

N. 723/2009 R.G.T.
N. 4292/2006 R.G.N.R.
N. 3025/2006 R.G. G.I.P.

**Sentenza n. 17/2011
del 13 gennaio 2011**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Reggio Calabria - Prima Sezione Penale - composto dai sigg. magistrati:

dott.ssa Adriana COSTABILE - Presidente
dott.ssa Caterina CATALANO - Giudice
dott. Massimo MINNITI - Giudice relatore

ha pronunciato, all'udienza dibattimentale del 13.1.2011, la seguente

SENTENZA

nella causa penale

CONTRO

DANILA IONUT, nato ad Onesti (ROMANIA) il 17.1.1983, residente in ROMANIA, Comune di Oituz, Sat. Oituz n. 224, provincia di Bacau, già domiciliato in Italia, loc. Condofuri (RC) alla via P. Borsellino;

POSIZIONE GIURIDICA: latitante
POSIZIONE PROCESSUALE: contumace

Difeso d'ufficio dall'aw. Antonio Pizzone, Foro di Reggio Calabria, presente;

Persona offesa: GHEORGHICA Costantin Costin, nato ad Onesti (ROMANIA) in data 1.7.1976, residente in Romania, provincia di Bacau, loc. Oiutz, via Strad Peste Vale 1441;

IMPUTATO

a) del delitto p.p. dagli artt. 56, 61 n. 1, 92 e 575 c.p., perché, per futili motivi, essendo stato commesso il fatto nel corso di unalite occasionata dal rifiuto della persona offesa di consegnare il proprio cellulare, e trovandosi in stato di ubriachezza, colpendolo ripetutamente al capo con una scopa di plastica, compiva atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare la orte di GHEORGHICA Costantin, cagionandogli lesioni consistenti in ferite lacero-contuse in regione parietale sinistra e frontale, trauma cranio-encefalico, frattura impressa frontale sinistra, per le quali lo stesso è stato ricoverato in ospedale in prognosi riservata, sottoposto ad intervento chirurgico e dimesso il 4.10.2006 con postumi sindrome di Gerstman.

Commesso in Condofuri il 17.9.2006.

b) del reato p.p. dall'art. 14, comma 5-ter, prio periodo, D.L.vo n. 286/98 poiché, senza giustificato motivo, si tratteneva nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del Questore di Reggio Calabria del 4.9.2006, impartito ai sensi del comma 5 bis del D.L.vo n. 286/98, in esecuzione del decreto di espulsione emesso dal Prefetto di Reggio Calabria il 4.9.2006, atti tutti allo stesso notificati in pari data.

Accertato in Condofuri il 17.9.2006.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto del 24.3.2009 il G.u.p. disponeva il giudizio nei confronti di DANILA IONUT, in epigrafe già compiutamente generalizzato e chiamato a rispondere dei reati di cui alla rubrica che precede.

All'udienza dell'8.10.2009, l'imputato, già latitante, veniva dichiarato contumace.

A quella successiva, del 10.12.2009, aperto il dibattimento, venivano ammesse le prove come da richiesta delle parti. Si procedeva, quindi, con l'escussione dei seguenti testi del P.M.: Tramonte Salvatore e Romano Carlo, entrambi appartenenti al RIS dei Carabinieri; Nucera Bruno, medico in servizio presso il nosocomio di Melito P.S. (RC); Cipri Saverio, medico in servizio presso il nosocomio di Reggio Calabria; Romeo Leonardo.

Nel corso della successiva udienza, del 14.1.2010, l'istruttoria proseguiva con l'esame del maresciallo Livia Carlo e del carabiniere scelto Sorrentino Valentino, entrambi in forza al Comando Stazione CC Condofuri San Carlo, nonché di Gullaci Giovanni, medico in servizio presso il Pronto Soccorso dell'ospedale di Melito P.S..

All'udienza del 2.3.2010, stante la avvenuta citazione della P.O., Gheorghica Costantin Costin, ma la mancata presentazione della stessa, ormai rientrata nel proprio paese d'origine (Romania), il Tribunale disponeva la sua escussione tramite rogatoria internazionale. Tanto avveniva all'udienza immediatamente successiva, precisamente quella del 13.4.2010, nel corso della quale la P.O. veniva esaminata in videoconferenza e con l'ausilio di interprete sia in aula, sia presso il corrispondente ufficio giudiziario rumeno.

Nel corso della predetta udienza, il Gheorghica, oltre a riferire sui fatti di cui è stato vittima, ha anche riferito di aver promosso azione penale e civile in Romania contro l'imputato DANILA IONUT e che tali procedimenti si erano conclusi con sentenza di condanna a carico di quest'ultimo e conseguente tacitazione delle proprie pretese risarcitorie.

Rinviato il procedimento per l'acquisizione degli esiti del procedimento penale instaurato dinanzi all'A.G. rumena, la sentenza emessa da quest'ultima perveniva in cancelleria il 25.5.2010 (in duplice copia; in lingua originale e sua corrispondente traduzione in lingua italiana).

Il 15.6.2010, dopo aver dichiarato la chiusura dell'istruttoria, preso atto della ricezione di detta sentenza, il Tribunale poteva avere contezza che l'imputato non era in realtà irreperibile, ma risultava residente all'estero (Romania), ove aveva pure preso parte al processo colà celebrato a suo carico. Ciò inficiava *ab ovo* la sua dichiarazione di contumacia con la conseguente necessità di procedere al rinnovo della notificazione - nei suoi confronti - del decreto ex art. 429 c.p.p., oltre che del verbale d'udienza, nonché alla riapertura dell'istruttoria dibattimentale.

Tali adempimenti, al fine della necessaria regolarizzazione della costituzione in giudizio delle parti - ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p. - in una con il nuovo assetto tabellare dell'ufficio, nelle more entrato a regime, imponeva il rinvio del procedimento d'anzì a Collegio in diversa composizione ed all'udienza del 14.10.2010.

Nel corso di quest'ultima, stante la regolarità delle disposte notifiche all'estero e la perdurante assenza del DANILA, questi veniva dichiarato contumace; il P.M. chiedeva, ed otteneva, termine per esaminare la memoria fatta pervenire in cancelleria dall'imputato il 12.10.2010.

All'udienza del 13.1.2011, la difesa chiedeva emettersi sentenza di N.D.P. ai sensi dell'art. 129 c.p.p., stante l'esistenza di precedente giudicato dell'A.G. rumena; richiesta a cui si associava anche il P.M..

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'esame delle attività compiute e dei documenti presenti agli atti del fascicolo impone, alla luce della cogenza della normativa comunitaria, e con riferimento all'imputazione di cui al capo A) della rubrica, l'accoglimento della concorde richiesta delle parti.

Premesso il fatto come compendiato nell'imputazione citata (capo A), già immediatamente dopo la rogatoria internazionale disposta per l'escussione della P.O., nel frattempo rientrata nel proprio paese d'origine (Romania), era pervenuta in cancelleria copia della sentenza penale di condanna emessa a carico di DANILA Ionut dall'A.G. rumena, precisamente dal Tribunale di Onesti, provincia di BACAU, in ordine agli stessi fatti di cui al presente procedimento.

Sentenza emessa il 21.11.2007, pervenuta sia in lingua originale che con corrispondente traduzione in lingua italiana, ma, in quel caso, sprovvista della dichiarazione di esecutività.

In data 12.10.2010, invece, l'imputato, anch'egli cittadino rumeno, dopo essere stato regolarmente citato presso il suo domicilio all'estero, ha fatto pervenire in cancelleria, tramite piego raccomandato, memoria difensiva con cui ha evidenziato di essere già stato condannato - per lo stesso fatto per cui pende processo in Italia a suo carico - dall'A.G. del proprio Stato con sentenza divenuta irrevocabile, chiedendo, per l'effetto, l'applicazione del divieto di *bis in idem*, ai sensi dell'art. 54 dell'Accordo di Schengen, attesa l'identità del fatto sotto il profilo soggettivo ed oggettivo.

A sostegno di quanto richiesto, ha allegato copia conforme al suo originale della riportata sentenza di condanna, munita di clausola di esecutività ed in effetti divenuta definitiva in data 1.4.2008.

Orbene, sebbene il riferimento normativo sia stato impropriamente rinvenuto dall'imputato medesimo nell'art. 54 dell'Accordo di Schengen del 14.6.1985¹, dal 1999 integrato nel quadro istituzionale e giuridico dell'Unione europea tramite protocollo allegato al Trattato di Amsterdam del 2.10.1997 (in vigore dal 1° maggio 1999²), nel caso in esame, occorre dichiarare non doversi procedere nei confronti del DANILA, alla luce del divieto di un secondo giudizio contro lo stesso imputato e per lo stesso fatto per come ormai sancito dal Trattato istitutivo dell'UE nella versione c.d. "consolidata" e successiva al Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009.

Premesso che il divieto in argomento è sancito nella normativa interna dall'art. 649 c.p.p., ma che, in virtù di accordi fra Stati³ e della normativa comunitaria, ha acquisito nel tempo valenza e riconoscimento anche in ambito internazionale, l'applicabilità di tale divieto non rinviene - nel caso in esame - il suo fondamento normativo nell'indicato art. 54 dell'Accordo di Schengen.

¹ Ratificato in Italia con Legge 30.9.1993 n. 388.

² La Romania è entrata a far parte dell'UE il 1° gennaio 2007.

³ Tra le altre, Conv. di Bruxelles del 25.5.1987, ratificata in Italia con Legge 16.10.1989 n. 350 (sostanzialmente assorbita dalla successiva Conv. di Schengen; VI Conv. tra gli Stati NATO siglata a Londra il 19.6.1954.

Infatti, l'applicabilità di tale articolo, che pure riconosce in termini ampi e generali il divieto in questione allorché una persona sia stata già giudicata con sentenza definitiva da parte di uno degli Stati contraenti, è derogata nei casi enunciati dal successivo art. 55; casi che i singoli Stati potevano far valere come riserva alla vigenza del principio generale (cosa che l'Italia, in effetti, ha inteso fare proprio con l'art. 7 della Legge di ratifica (L. n. 388/1993)), e tra i quali vi è quello così indicato dalla norma stessa: "quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti" sul territorio dello Stato che procede nonostante la intervenuta sentenza straniera.

In ragione di ciò, quindi, essendo stato consumato il reato interamente in Italia, l'A.G. italiana avrebbe potuto e dovuto procedere nei confronti del DANILA nonostante l'intervenuta sentenza emessa dallo Stato estero di appartenenza dell'imputato (e della P.O.).

Tanto considerato, però, la normativa e gli accordi, sempre in ambito comunitario, successivi all'Accordo di Schengen, come visto, anch'esso già "comunitarizzato", declinano oggi un'applicazione più intensa ed estesa del divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto.

Infatti, dal citato accordo, peraltro sorto *ab origine* fuori dall'ambito comunitario e solo in un secondo tempo fatto proprio dall'Unione europea, diverse tappe hanno contrassegnato una continua evoluzione del settore dei diritti fondamentali dell'uomo in ambito comunitario ed, in particolare, i rapporti tra questi ultimi e la normativa comunitaria sia *originaria* che *derivata*.

Il principio del *ne bis in idem* si iscrive sostanzialmente in tale tematica incidendo il giudizio penale, e l'eventuale condanna che ne può derivare, su un bene primario della persona quale quello della libertà personale.

Inoltre, è opportuno evidenziare che la *ratio* del medesimo principio è quella di evitare una duplicità di decisioni, peraltro anche potenzialmente contrastanti, e si riconnette ad uno dei diritti fondanti della stessa Unione europea: la libera circolazione dei cittadini comunitari all'interno dell'Unione stessa. Il divieto di *bis in idem*, infatti, ha anche lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione sul suolo comunitario, sia sottoposta a procedimento penale, per i medesimi fatti, nel territorio di più Stati.

Ciò detto, già con la c.d. Carta di Nizza⁴, approvata dal Consiglio europeo l'11.12.2000 e siglata il 26.2.2001 (in vigore dall'11.2.2003), è stato ribadito il divieto di "perseguire" o di "condannare" due volte una persona per lo stesso reato (art. 50, v. *infra*).

Si trattava, tuttavia, di un atto non avente natura giuridica vincolante per le Istituzioni europee e per gli Stati membri aderenti all'UE.

Cosa però destinata a mutare con il successivo Trattato di Lisbona.

Infatti, con detto ultimo Trattato, siglato il 13 dicembre 2007⁵, sono state apportate rilevanti modifiche ai trattati istitutivi dell'UE e tra queste, in particolare, il rafforzamento del principio democratico e della tutela dei diritti fondamentali, anche attraverso l'attribuzione alla menzionata Carta di Nizza del medesimo *status* e valore giuridici dei trattati.

Si tratta di una delle conseguenze ritenute più rilevanti dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre del 2009 all'esito dell'esaurimento delle procedure di ratifica da parte di tutti gli Stati, cioè il riconoscimento della natura giuridicamente cogente e del valore di rango di fonte primaria, in ambito comunitario, della Carta di Nizza.

Tanto è espressamente disposto dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea - trattato nella versione consolidata⁶ successiva, appunto, al citato Trattato di Lisbona – che così dispone: " 1. *L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati (...)*"⁷.

⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; questa ha ripreso e compreso in un unico testo, per la prima volta nella storia dell'Unione europea, i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei nonché di tutte le persone che vivono sul territorio dell'Unione.

⁵ Ratificato dall'Italia con Legge 2 agosto 2008 n. 130.

⁶ In G.U.C.E. del 30.3.2010 - C 83/13.

⁷ Si tratta di una norma che costituisce una svolta epocale quanto ai rapporti tra le fonti in materia di protezione dei diritti fondamentali. Con essa l'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dunque si assoggetta alla giurisdizione della Corte europea di Strasburgo (che, com'è noto, giudica sulle violazioni della Carta operate dalle Parti contraenti). Il Trattato di Lisbona risolvendo una volta per tutte la questione dell'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, sancisce, come detto, che questa ha lo stesso valore giuridico dei trattati, pur non essendo inclusa tra di essi; ne risultano quindi tre distinti livelli di possibile tutela dei diritti fondamentali: il primo, di tipo nazionale, propriamente costituzionale, assicurato dalle Costituzioni degli Stati membri; il secondo, nell'ambito del diritto dell'Unione, offerto dalla Carta di Nizza; il terzo, di tipo convenzionale, assicurato dalla Cedu, che si

Ne deriva che è obbligatoria la diretta ed immediata applicazione di quanto disposto da detta Carta e, per quanto interessa in questa sede, della norma enunciata dall'art. 50 (sub capo "VI Giustizia"): "*Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato. Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*".

Infatti, discende da quanto sopra detto che la citata disposizione – si noti, posteriore all'Accordo di Schengen (ed alla legge interna di ratifica dello stesso) e dal tenore letterale molto più ampio ed esteso di quello di cui agli artt. 54-55 di quell'Accordo (poi confluito nella Convenzione di Schengen del 19.11.1990) – a cagione del menzionato richiamo e dello *status* giuridico conferito alla Carta in cui è contenuta, possiede lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi dell'UE.

L'ulteriore conseguenza di tale parificazione è l'efficacia cogente della normativa in questione all'interno dei singoli ordinamenti nazionali degli Stati membri, sicché, per giungere al caso concreto, preso atto che DANILA Ionut è stato già giudicato (e condannato) dall'A.G. rumena per lo stesso fatto di cui al presente processo e con sentenza munita del crisma della irrevocabilità, non può esperirsi un secondo giudizio nei suoi confronti in Italia e va quindi dichiarato, per l'effetto preclusivo del divieto di *bis in idem* nella sua valenza comunitaria, non luogo procedere nei suoi confronti.

Giova ricordare, infatti, quanto alla cogenza ed al valore giuridico vincolante dei Trattati UE, cui la Carta dei diritti fondamentali, come visto, risulta oggi parificata, che l'ordinamento giuridico comunitario nel suo complesso è autonomo rispetto a quello dei singoli Stati membri⁸ secondo un modello, però, non di netta separazione ma di stretta integrazione e interdipendenza, nell'ambito del quale la giurisprudenza comunitaria ha

sposta da parametro assiologico di valutazione del contegno degli Stati a regola di diretta applicabilità nei rapporti intersoggettivi all'interno dello spazio giuridico europeo.

⁸ Principio affermato già da Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza *Van Gend & Loos*, del 5 febbraio 1963; sentenza con la quale è stato declinato anche il peculiare principio per cui agli obblighi comunitari sono soggetti non solo gli Stati aderenti, ma anche i loro cittadini.

elaborato due ormai consolidati e pacifici principi che regolano i rapporti tra ordinamento comunitario e quello degli Stati membri:

- il principio della diretta applicabilità del diritto dell'Unione⁹,
- il principio della preminenza e del primato del diritto comunitario rispetto alla norma statale¹⁰;

principi - entrambi supportati dal collante dato dall'obbligo di leale collaborazione ex art. 4 T.U.E. sussistente in capo ai singoli Stati membri - valevoli per il diritto comunitario c.d. *derivato*¹¹ (regolamenti, direttive c.d. dettagliate, decisioni), nonché - ed *a fortiori* - per quello c.d. *originario* (i Trattati, appunto).

Con riferimento, invece, al reato di cui al capo B) dell'imputazione (art. 14, comma 5-*ter* primo periodo, d.lgs. n. 286/1998, di seguito T.U.), si osserva quanto segue.

Preliminarmente è d'obbligo verificare l'impatto della c.d. "direttiva rimpatri" (direttiva 2008/115/CE) sulla fattispecie incriminatrice contestata all'imputato; direttiva emanata dall'Unione Europea con obbligo degli Stati membri di adeguare i rispettivi ordinamenti interni entro il 24.12.2010. Il termine in oggetto, però, è decorso e la normativa in materia è rimasta invariata per cui occorre chiedersi:

- se la disciplina nazionale in materia di espulsioni sia conforme alla normativa stessa;

- in caso contrario, se la direttiva, per la parte che interessa, sia *self-executing*, cioè abbia immediata efficacia nell'ordinamento interno anche se non formalmente recepita, e, in caso positivo, quale sia la sorte della incriminazione in oggetto a far data dal 25.12.2010.

⁹ Per tutte, con specifico riferimento alla diretta applicabilità anche delle norme contenute nei Trattati istitutivi, C.G.U.E. sentenza n. 43/75, *Defrenne c. Sabena*; nello stesso senso, anche la citata sentenza C.G.U.E. *Van Gend & Loos*, del 5 febbraio 1963, nonché C.G.U.E. sentenza *Van Duyn* del 4 dicembre 1974; in buona sostanza, con le proprie costanti pronunce in materia, la Corte di Giustizia dell'UE ha affermato che l'ordinamento giuridico comunitario, riconoscendo come destinatari dello stesso non solo gli Stati membri, ma anche i singoli cittadini, impone loro degli obblighi e, parimenti, attribuisce agli stessi diritti soggettivi.

¹⁰ Per tutte, C.G.U.E. sentenza n. 6/1964, *Costa c. Enel*.

¹¹ Il carattere "obbligatorio" per la normativa c.d. *derivata* è espressamente sancito dall'art. 288 T.U.E. (in particolare "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" nella versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona, in G.U.C.E. del 30.3.2010 - C 83/47).

Nell'attuale testo unico in materia di immigrazione il soggetto istituzionalmente preposto ad occuparsi del rimpatrio forzoso è il Questore (art. 13 co. 4° T.U.: "*L'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica*").

Per essa sono previste tre fasi: accompagnamento immediato dello straniero alla frontiera e affidamento dello stesso a un vettore; ove il rimpatrio immediato non sia possibile (mancanza di documenti, mancato reperimento di un vettore), il Questore dispone il trattenimento dello straniero in un c.i.e. per il tempo necessario alla rimozione degli ostacoli che ne impediscono il rimpatrio (art. 14 co.1 T.U.); se neppure il trattenimento è possibile o se è trascorso il termine massimo di permanenza senza che si sia dato corso al rimpatrio, il Questore emette l'ordine di allontanamento volontario entro giorni 5 (art. 14 co. 5° bis T.U.).

L'inosservanza dell'ordine del Questore è sanzionata penalmente.

Se lo straniero non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di allontanamento, è punito con la reclusione da 1 a 4 anni ed è nuovamente espulso (art. 14 co. 5° ter). Se senza giustificato motivo non ottempera neppure a questa reiterata espulsione è nuovamente punito con la reclusione da 1 a 5 anni ed è ancora espulso (art. 14 co. 5° quater) con conseguente nuovo trattenimento e/o nuovo ordine di allontanamento in una sequenza senza fine se non viene a cessare la sua presenza in Italia.

La disciplina della direttiva privilegia (salvo ragioni di segno contrario) il rimpatrio volontario dello straniero da attuare mediante la notifica all'interessato di una decisione di rimpatrio, con cui gli si assegna un termine di regola compreso tra sette e trenta giorni per la sua partenza volontaria (art. 7), salvo la possibilità per le autorità dei paesi membri di concedere un termine minore o di non concedere alcun termine in ipotesi espressamente contemplate dalla direttiva.

Qualora l'interessato non si sia allontanato volontariamente nel termine concessogli ovvero non sia stato concesso alcun termine, ovvero sia sorto in pendenza del termine uno dei rischi che ne avrebbero legittimato la mancata concessione, lo Stato è facoltizzato a procedere coattivamente al rimpatrio,

eventualmente previa emanazione da parte dell'autorità amministrativa e giudiziaria di un ordine di allontanamento (art. 8).

Laddove non sia possibile eseguire immediatamente l'allontanamento coattivo e non possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti e meno coercitive (quali l'obbligo di presentarsi periodicamente all'autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo), si potrà disporre il trattenimento dello straniero, la cui durata dovrà essere quanto più breve possibile e sarà mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio (art. 15). La misura dovrà essere riesaminata ad intervalli ragionevoli e dovrà cessare allorché non sussista più alcuna ragionevole prospettiva di allontanamento del cittadino di paese terzo. Dovrà avvenire, di norma, negli appositi centri di permanenza temporanei e potrà avere la durata massima di sei mesi, prorogabili sino ad un massimo di 18 mesi complessivi nel caso in cui l'operazione rischi di durare più a lungo a causa della mancata cooperazione da parte dello straniero o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi.

Dall'esame e raffronto fra le due discipline concisamente illustrate emerge un palese contrasto tra le stesse.

Le criticità riguardano anzitutto la procedura di espulsione e la disciplina nei C.I.E. dal momento che il T.U. vigente stabilisce come regola l'espulsione coattiva immediata dello straniero e contempla il trattenimento come unica misura coercitiva adottabile nelle more dell'accompagnamento coattivo, mentre la direttiva UE privilegia e incentiva la partenza volontaria del cittadino di paese terzo irregolare imponendo all'autorità di concedere allo straniero espulso un termine congruo compreso tra i sette ed i trenta giorni per lasciare volontariamente il territorio (mentre l'ordine di allontanamento del questore prevede un termine inferiore - cinque giorni- per lasciare il territorio nazionale), e concepisce il trattenimento come ultima "ratio", utilizzabile quando altre misure meno afflittive si presentino inadeguate ad assicurare il rimpatrio e sempre che le condizioni che giustificano l'avvio del trattenimento sussistano per la durata del medesimo.

Il contrasto, peraltro, sussiste, oltre che nel settore amministrativo, anche in quello penale ed in particolare con riferimento ai delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore, considerati dal legislatore italiano quale basilare strumento di contrasto all'immigrazione clandestina.

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), epperò 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 direttiva la quale prevede unicamente il ricorso alle misure coercitive ivi previste e in "*extrema ratio*" il trattenimento in un apposito centro di permanenza temporanea, per un periodo complessivo massimo di 18 mesi e con le garanzie previste agli art. 15 e 16 della direttiva. 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. Infatti, nel caso per cui si procede, si applica la detenzione in una casa di reclusione da uno a cinque anni quando per la mancata cooperazione da parte dello straniero interessato (situazione di fatto del tutto simile) è prevista soltanto la proroga del trattenimento a 18 mesi nel centro di permanenza temporaneo (art. 15). E si noti, obiettivo della direttiva non è soltanto istituire norme comuni per un'efficace politica in materia di allontanamento e di rimpatrio, ma anche garantire il "rispetto dei diritti fondamentali" dello straniero (considerando n. 24), fra i quali va sicuramente annoverato il diritto alla libertà personale. Ciò è stato di recente affermato dalla Corte di Giustizia europea nella sentenza *Kadzoef* (del 30.11.2009, ric. n. C-357/09) ove è stato affermato che l'art. 15 della direttiva "*non consente, quando il periodo massimo di trattenimento previsto da tale direttiva sia scaduto, di non liberare*

immediatamente l'interessato in quanto egli non è in possesso di validi documenti, tiene un comportamento aggressivo e non dispone di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine". Non solo, l'aver espressamente previsto che la direttiva "lascia impregiudicata la facoltà degli stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alla persone cui si applica, purché compatibili con le norme in essa richiamate", *a fortiori* esclude l'introduzione o il mantenimento di norme meno favorevoli nella materia toccata dalla direttiva stessa, fra cui sicuramente vanno annoverate quelle relative alle conseguenze penali della inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore.

Infatti, nelle considerazioni preliminari (considerando n. 29) si afferma che l'obiettivo della direttiva è "stabilire norme comuni in materia di rimpatrio, allontanamento, uso di misure coercitive, trattenimento e divieti d'ingresso" e si sottolinea (considerando n.13) che "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" e non si vede quale utilità - ai fini del ritorno nello Stato di appartenenza del rimpatriando - si possa trarre dal trattenerlo in carcere, quando nessuno più si occupa in sede amministrativa del suo allontanamento.

Si potrebbe, però, obiettare che la fattispecie di cui all'art. 14 comma 5° *quater* T.U. n. 286/1998 non verrebbe intaccata dalla direttiva rimpatri, in quanto l'art. 2 par. 2 lett. b) della direttiva consente di escludere dal suo ambito di applicazione "gli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale".

Senonché, una siffatta interpretazione estensiva della disposizione, riferita anche alla sanzione penale conseguente al reato di soggiorno irregolare, violerebbe il principio generale del c.d. *effetto utile*, rendendo residuale o addirittura escludendo l'ambito di applicazione della direttiva. Conseguentemente, proprio il ricorso ai principi ermeneutici del diritto comunitario avvalorava la tesi della incompatibilità della incriminazione in oggetto con la direttiva UE, poiché la norma nazionale sanziona una condotta

che presuppone la sola irregolarità dello straniero, cui deve conseguire il rimpatrio ai sensi dell'art. 2 par. 1 della direttiva.

Le esclusioni dall'operatività della disciplina UE riguardano, perciò, soltanto i provvedimenti di espulsione disposti dall'autorità giudiziaria a conclusione di procedimenti penali (ad es. restano perfettamente compatibili con la direttiva comunitaria le espulsioni previste come misura di sicurezza dall'art. 235 c.p. ovvero a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione dall'art. 16 T.U. n. 286/1998.)

Poiché alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale, sia comunitaria che costituzionale, è indiscussa la primazia (c.d. *primauté*) del diritto comunitario rispetto a quello nazionale dei singoli Stati membri (v. anche *infra*), compito del giudice nelle varie controversie pendenti (anche in materia penale) è di dare applicazione alle fonti comunitarie dotate di efficacia diretta e *verticale* (fra cui rientrano le direttive che prevedono, anche solo in parte, misure "*precise, chiare e incondizionate*") nonché applicare il diritto nazionale in modo conforme alla lettera e agli scopi del diritto dell'Unione, non applicando, all'occorrenza, le norme interne con esso incompatibili.

La Corte di Giustizia, infatti, ed a specificazione dell'obbligo di leale collaborazione sopra già richiamato, ha più volte affermato che spetta ai giudici nazionali interpretare "*il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249 3° comma del Trattato*" (*Marleasing*, sent. 13.11.1990 C-106/89).

Ora, essendo inutilmente scaduto il termine riservato allo Stato italiano per attuare la direttiva in questione, occorre prendere atto che:

- questa è estremamente precisa nell'indicare presupposti, modalità esecutive e termini massimi di compressione della libertà personale del cittadino di stato terzo soggetto a rimpatrio, sulle quali lo stato membro potrà intervenire nei dettagli, senza peraltro poter configurare in senso peggiorativo (tipologia e durata) il quadro della detenzione previsto dalla direttiva;

- dalla sua applicazione discendono effetti giuridici favorevoli all'individuo (c.d. effetto verticale) dal momento che la direttiva mira a garantire allo straniero una sfera non comprimibile di libertà personale, che invece viene

compresa, per le ragioni già sinteticamente esposte, dalle vigenti norme incriminatrici in materia di espulsione.

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

D'altronde, già nella sentenza n. 389 del 1989 la Corte Costituzionale modificava il lessico adoperato per definire il fenomeno (non più "non applicazione", ma "disapplicazione"), in quanto affermava che vi è "immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili", che la norma interna e quella comunitaria sono contemporaneamente vigenti, ancorché reciprocamente contrastanti, per cui, allo scopo di procedere all'applicazione della prevalente norma comunitaria, è necessario procedere alla "disapplicazione" della norma di grado inferiore da parte del giudice nazionale.

Ciò detto, si tratta di verificare se alla conclusione esposta si possa pervenire nel caso in esame, dal momento che la condotta illecita risale al 17.9.2006, quando cioè non era ancora spirato il termine riservato allo Stato italiano per adeguare ad essa la legislazione interna. Non v'è dubbio che la condotta antiggiuridica abbia avuto inizio quando la direttiva non aveva ancora vigore in Italia; il reato contestato all'imputato ha carattere permanente e la condotta conforme alla fattispecie dell'art. 14 co. 5 ter T.U immigrazione deve ritenersi cessata il giorno 25.12.2010, dal momento che, da quanto si è osservato, la norma in oggetto da tale data non è più applicabile alla fattispecie in esame per contrasto con norme della direttiva comunitaria dotate di effetto diretto. Conseguentemente il segmento di condotta durante la operatività della direttiva comunitaria non è più reato.

Il fenomeno della disapplicazione della fattispecie incriminatrice non sembra condurre ad un effetto abrogativo implicito derivante dal contrasto con norma sovraordinata e dichiarato dal giudice penale: infatti la norma

interna rimane in vigore nell'ordinamento e troverà applicazione in tutti i casi non coperti dalla norma comunitaria nonché nell'ipotesi in cui la norma comunitaria venga abrogata.

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

A questo punto occorre chiedersi come sia regolata, nella legislazione penale italiana, la situazione di fatto per cui una condotta penalmente rilevante da un certo momento in poi diventi lecita.

La risposta è nitidamente fornita dall'art. 2 comma 2 c.p.: "*nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato*". Nella specie, per effetto del prevalere delle norme della direttiva comunitaria ad effetto diretto, vigente in Italia dal 25.12.2010, alla fattispecie in esame non è più applicabile la norma interna di cui all'art. 14 comma 5° ter T.U. n. 286/98, per cui l'imputato va assolto.

A questa conclusione si ritiene di pervenire in stretta osservanza agli insegnamenti della sentenza pronunciata "*in subjecta materia*" dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 2451 del 27.9.2007) secondo cui si esula dalla sfera di applicazione dell'articolo 2 co. 2 c.p. quando "il cambiamento avvenuto nella normativa extrapenale, modificando il contesto giuridico, ha determinato una diversità del fatto e non della fattispecie"; nel caso in esame, invece, è intervenuta una restrizione della fattispecie incriminatrice in quanto non più tutte le condotte astrattamente rientranti nella fattispecie di reato restano tali, una parte essendo diversamente regolata dalla direttiva 2008/115/CE.

Infine, alla declaratoria di non doversi procedere per il reato di cui al capo A) segue la dichiarazione di perdita di efficacia dell'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere emessa il 26.9.2006 ed ancora pendente attesa la successiva latitanza dell'interessato.

Sussistono giustificati motivi, attese le peculiari questioni di diritto sottese alla decisione, per fissare in giorni novanta il termine per il deposito della motivazione.

P.Q.M.

Visti gli artt. 129 e 529 c.p.p., dichiara non doversi procedere nei confronti di DANILA IONUT in ordine al reato allo stesso ascritto al capo A) della rubrica, atteso che l'imputato per lo stesso fatto è stato già condannato con sentenza emessa dall'A.G. rumena ed in applicazione del divieto di *ne bis in idem* previsto e sancito anche dalla normativa comunitaria (art. 6 Trattato U.E., versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona, nonché art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., c.d. Carta di Nizza).

Visto l'art. 530 c.p.p., assolve DANILA IONUT dal reato di cui al capo B) della rubrica perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Visto l'art. 300 c.p.p., dichiara cessata l'efficacia della misura cautelare già disposta. Giorni 90 per i motivi.

Reggio Calabria, 13.1.2011.

IL GIUDICE RELATORE
dott. Massimo Minniti

IL PRESIDENTE
dott.ssa Adriana Costabile

depositata in cancelleria in data 11.2.2011.