PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA
PRESSO LA CORTE D'APPELLO DI PERUGIA

IL P. G.

Il Sostituto Procuratore Generale,
propone

RICORSO PER CASSAZIONE

[avviso di deposito della sentenza comunicato in data ☐]

Il tribunale di Perugia ha condannato A. L. nato in … il …. alla pena di Euro 5000 di ammenda per il reato di cui all'art. 10 bis D.L.vo n. 286/1998;

PUNTO / CAPO DELLA SENTENZA IMPUGNATO:
condanna dell'imputato

MOTIVO: erronea applicazione di norme giuridiche – art. 606, lett. b) c.p.p. –

1. - La decisione con cui il giudice di pace ha condannato l'imputato, per il reato di cui all'art. 10 bis D.L.vo n. 286/1998, alla pena indicata in premessa, non può essere condivisa perché il prevenuto doveva essere assolto essendo il fatto più previsto dalla legge come reato per i motivi di seguito illustrati.

I. LA DIRETTIVA 2008/115/CE L'OMESSO ADEMPIMENTO DELLO STATO ITALIANO

Il 24 dicembre 2010 è scaduto il termine previsto dall'art. 20 della direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 (norme e procedure comuni applicabili negli stati membri al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare), termine entro il quale gli Stati membri erano tenuti a dare attuazione ai principi in essa stabiliti, adeguando i rispettivi ordinamenti con l'adozione di disposizioni - legislative, regolamentari e amministrative - necessarie per conformarsi alla direttiva stessa.
L'Italia non ha emesso –ad oggi- alcun atto di recepimento della direttiva in questione[1].

[1] L'unico segno - da parte dell'ordinamento interno- di attenzione ai problemi conseguenti all'entrata in vigore della direttiva 2008/115/CE è rappresentato dalla Circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza - prot. 400/B/2010 del 17/12/2010 con cui, assumendosi implicitamente l'esistenza di norme della direttiva

Tale mancato adempimento ha posto innanzitutto la questione della compatibilità delle norme contenute nell'art. 14, co. 5 *ter* e *quater* del D. Lgs. n. 286/98 con la disciplina comunitaria.
Tale questione è stata risolta dallo scrivente Ufficio nel senso della ricorrenza di un caso di **contrasto** tra normativa nazionale e comunitaria, con conseguente inapplicazione della prima, sulla base di una ricostruzione del rapporto tra le norme interne e quelle comunitarie.
Le argomentazioni che hanno portato a tale conclusione, e quindi a ritenere la conseguente, intervenuta abolizione delle fattispecie di reato di cui ai commi 5 *ter* e 5 *quater* dell'art. 14 d.lgs. 286/9 devono essere di seguito necessariamente ripercorse, in quanto costituenti il presupposto della presente impugnazione inerente altra norma penale (l'art. 10 *bis*, appunto) inserita nel medesimo *corpus* normativo.
Solo all'esito di tale *excursus* sarà infatti possibile verificare se, in che misura e con quali conseguenze si pongano analoghe questioni in relazione alla norma oggetto del processo la cui sentenza di primo grado qui si impugna.
Occorre pertanto in primo luogo effettuare una sintetica ricognizione dei principi, ricostruibili dagli arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, vigenti in ipotesi di contrasto tra la normativa interna e la normativa comunitaria, che possono essere riassunti come segue, per poi analizzare la questione della attuale applicabilità delle sanzioni penali di cui ai commi 5 *ter* e *quater* dell'art. 14, per poi giungere alla valutazione della attuale applicabilità della norma penale di cui all'art. 10 *bis*.

II. IN GENERALE - RAPPORTI TRA ORDINAMENTO COMUNITARIO E ORDINAMENTO NAZIONALE

a) Il giudice nazionale ha l'obbligo di interpretare il diritto interno in base al criterio della interpretazione c.d. conforme o comunitariamente orientata, al fine di garantire il conseguimento del risultato ricavabile dalla lettera e dallo scopo perseguito con la direttiva2;
b) il giudice nazionale ha l'obbligo di disapplicare il diritto interno nel caso in cui non sia possibile fornire interpretazione comunitariamente orientata ad una norma di diritto interno, per un contrasto insanabile tra le due normative, a condizione che *(i)* la norma comunitaria abbia *effetto diretto*, ossia che riconosca al singolo una posizione soggettiva di vantaggio (diritto) in modo chiaro, sufficientemente preciso e non condizionato; *(ii)* la norma comunitaria non prevede specifiche clausole di esclusione, in base alle quali in presenza di

---

dotate di effetto diretto, il Dipartimento di Pubblica Sicurezza, impartisce prescrizioni tese a conformare l'azione amministrativa al dettato della direttiva 2008/115/CE; con ciò ritenendo che l'osservanza di quelle prescrizioni possa rendere compatibile la legislazione nazionale alla direttiva rimpatri, sì da neutralizzare gli effetti di eventuali ricorsi opposti dallo straniero nel corso della procedura espulsiva.

[2] Cfr. Corte di Giustizia, sesta sezione, sentenza del 13 novembre 1990, *Marleasing* causa c-106/89, in il criterio della cd. *interpretazione conforme* è stato esplicitamente affermato anche in materia penale (si trattava di non conformità della legge penale italiana ad una decisione quadro, emessa nell'ambito del cd. *terzo pilastro*); e Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 16 giugno 2005, *Pupino*, C-105/03) ove si legge anche che il principio di *interpretazione conforme* non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.

determinati presupposti lo Stato membro sia esentato dall'obbligo di conformarsi ad essa; *(iii)*sia scaduto il termine per il recepimento 3;

c) in caso di dubbio sulla portata della norma comunitaria, ovvero quando occorra risolvere un dubbio interpretativo che non sia già risolto dalla Corte di Giustizia, il giudice nazionale deve disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia4;

d) nel caso in cui si ritenga che la norma interna sia in contrasto con la norma comunitaria non dotata di effetto diretto, il giudice nazionale potrà proporre questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.5;

e) la direttiva comunitaria può essere dotata di *effetto diretto* non solo nel suo complesso, ma anche in relazione a norme specifiche, purché idonee ad attribuire ai singoli diritti chiaramente formulati e non condizionati: il giudice nazionale dovrà pertanto verificare se nell'ambito di una normativa comunitaria generalmente sprovvista di effetto diretto, specifiche disposizioni riconoscano posizioni soggettive di vantaggio per il singolo che siano descritte in modo chiaro e non condizionato, di modo da assicurare negli ordinamenti nazionali spazi di tutela immediata di posizioni soggettive già garantire in ambito comunitario6;

f) il fenomeno dell'*effetto diretto* della disposizione comunitaria non comporta un effetto sostitutivo della norma comunitaria alla norma interna con essa contrastante, ma esclusivamente un effetto di preclusione alla produzione di effetti per la norma interna incompatibile con il diritto comunitario;

g) in nome del principio di certezza del diritto, l'incompatibilità della norma interna con disposizioni comunitarie dotato di effetto diretto può essere eliminata "solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare"7;

h) la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha in più occasioni ritenuto che norme comunitarie possano incidere, in senso favorevole all'interessato, su fattispecie penali incriminatici, in considerazione proprio della efficacia diretta del diritto comunitario nel caso in cui riconosca posizioni soggettive di vantaggio a singoli consociati8.

---

[3] Corte Cost. sent. n. 170/1984 e sent. n. 389/1989).

[4] Corte Cost., sent. n. 28/2010, con richiami alla giurisprudenza comunitaria.

[5] Corte Cost., sent. n. 28/2010, n. 170/1984, n. 317/1996, n. 284/2007.

[6] Corte Cost., sent. n. 168/1991, che parla esplicitamente di diretto applicabilità in tutto o in parte delle prescrizioni delle direttive comunitarie; Corte di Giustizia, C-194/08, Gassmayr, sent. 1.7.2010, che fornisce soluzioni diversificate in ordine alle due questioni poste in relazione a due diverse disposizioni della direttiva indicate dal giudice nazionale di rinvio.

[7] Corte di Giustizia, sent. 7 marzo 1996, Commissione vs. Repubblica francese, causa C-334/94; Corte di Giustizia, sent. 15 ottobre 1986, Commissione vs. Repubblica italiana, causa 168/05.

[8] Si riportano sul punto i precedenti giurisprudenziali esposti nella sentenza emessa *in subiecta materia* dal Tribunale di Torino, 18 gennaio 2011: la **Corte di Giustizia** (C.Giust., Grande sezione, sentenza 6 marzo 2007, **Placanica** ed altri, causa C-338/04 ed altre) –in materia di **scommesse** - ha già esplicitamente riconosciuto che (punto 68 della sentenza) "anche se, in via di principio, la legislazione penale è riservata alla competenza degli Stati membri, da una costante giurisprudenza risulta che tuttavia il diritto comunitario pone limiti a tale competenza, **non potendo, infatti, una tale legislazione limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario** (v. sentenza 19 gennaio 1999, causa C 348/96, Calfa, Racc. pag. I 11, punto 17)"; in altra sentenza la Corte di Giustizia ha escluso che un precetto non conforme al diritto comunitario possa essere considerato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto [illegittimo]" (C. Giust., seconda sezione, sentenza del 29 aprile 1999 - **Ciola**, Causa C-224/97); in altra sentenza, la Corte ha ritenuto la illegittimità comunitaria di precetti che trovavano poi sanzione nell'ordinamento italiano (C.Giust., seconda sezione, sentenza del 8 novembre 2007, **Schwibbert**, causa C-20/05, in merito all'apposizione del cd. **bollino SIAE** su opere intellettuali);

In sintesi:

- a seguito della emanazione della direttiva comunitaria, lo Stato membro ha l'obbligo di conformarvisi entro il termine in essa stabilito;
- in ipotesi di inottemperanza a tale obbligo, il giudice nazionale deve verificare se la normativa interna si ponga in rapporto di difformità con la direttiva nel suo complesso, o una sua parte;

---

la **Corte di Cassazione** ha più volte (e in modo esplicito) riconosciuto la possibilità di interferenza tra norme comunitarie dotate di effetto diretto e legislazione penale interna (in senso favorevole agli imputati); la Suprema Corte non ha mai mostrato di dubitare della legittima interferenza del diritto comunitario nella perimetrazione dei precetti suscettibili di sanzione penale, limitandosi –nelle varie occasioni- a riflettere (e dividersi) in ordine al tipo di formula assolutoria da utilizzare nelle varie situazioni. È così possibile –in rapida rassegna- menzionare alcuni casi giudiziari relativi ad ipotesi in cui la normativa comunitaria ha inciso su quella penale nella parte relativa al precetto:

- in materia di **divieto di lavoro notturno** per le donne; la Corte di legittimità -ravvisando un parziale contrasto tra il diritto interno (che prevedeva il divieto di lavoro notturno per le donne, comminando una sanzione penale) ed alcune norme (solo alcune, si badi) della direttiva comunitaria intervenuta in materia- ha statuito che la normativa interna dovesse essere disapplicata dal giudice italiano, così assolvendo l'imputato *perché il fatto* ***non è previsto dalla legge come reato*** Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 9983 del 01/07/1999, ric. Valentini, CED Rv. 214345;
- in materia di **contrabbando doganale**: la Corte di Cassazione –con giurisprudenza piuttosto consolidata- ha ritenuto che, nelle situazioni regolate dall'art. 9 del –in allora vigente- Trattato CE, la normativa interna che prevedeva il reato di *contrabbando doganale* con riguardo a beni di provenienza comunitaria fosse da disapplicare per ***non configurabilità del reato*** (Cfr., di recente: Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 16860 del 17/03/2010, ric. PM in proc. Sirtori, Ced Rv. 246990; Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 36198 del 04/07/2007, PM in proc. Di Fulvio, CED Rv. 237552; Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 10677 del 05/02/2004, ric. Marroni, CED Rv. 227874; più risalenti le precedenti decisioni della S.C., Terza Sezione, sentenze n. 1026 del 1991, CED Rv. 186390, n. 2708 del 1991, CED Rv. 186520, n. 3921 del 1991, CED Rv. 186783);
- in materia di violazioni della **legge** sul **diritto d'autore** (in fattispecie di contestata violazione degli artt. 171 bis e 171 ter R.D. 633/1941, cd. legge sul diritto di autore): la Corte ha ripetutamente disapplicato la normativa penale interna (allora vigente) per contrasto con la normativa comunitaria dotata di effetto diretto (così come riconosciuto nella nota sentenza della Corte di Giustizia, Terza Sezione, 8 novembre 2007, Schwibbert, causa C-20/05); le molte pronunce della Corte di legittimità –ferme nell'esito assolutorio, fondato sul contrasto tra diritto interno e comunitario in ragione della disciplina relativa all'apposizione del marchio SIAE- si differenziano solo per la formula assolutoria utilizzata: alcune decisioni concludono per la ***insussistenza del fatto contestato*** (Cfr., per esempio, Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 1073 del 19/11/2009, ric. Ramonda, CED Rv. 245758); altre decisioni, viceversa, hanno assolto gli imputati ***perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*** (Cfr. Cass. Pen. Sez. 2, Sentenza n. 30493 del 30/06/2009, ric. PG. in proc. T.S., Ced Rv. 245322, Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 34553 del 24/06/2008, ric. Beye, Ced Rv. 240791);
- in materia di **scommesse**: dopo un certo contrasto interpretativo tra Corte di giustizia e Corte di Cassazione italiana, la S.C. –recependo le indicazioni della Corte di Giustizia (rese con la citata C.Giust., sentenza 6 marzo 2007, Placanica ed altri)- ha infine riconosciuto che, per effetto della diretta applicazione nell'ordinamento italiano di alcune norme dei Trattati, l'attività organizzata per la accettazione e raccolta di scommesse operata, per conto di società quotate aventi sede in altro Stato membro ed in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato della Comunità non integra il reato di cui all'art. 4 L. 13 febbraio 1989 n. 401: l'applicazione della fattispecie incriminatrice, in simili ipotesi si porrebbe in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE (cfr. Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 16969 del 28/03/2007, ric. PG in proc. Palmioli, Ced Rv. 236116; Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 16968 del 28/03/2007, ric. Isgrò, Ced Rv. 236685; Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 2417 del 22/10/2008, ric. Greco, Ced Rv. 242344).

- in caso di accertata difformità, occorre innanzitutto verificare se la direttiva o una sua parte abbia le caratteristiche, sopra riassunte, per potersi considerare direttamente applicabile;
- in caso di accertamento della diretta applicabilità della norma comunitaria, il giudice nazionale dovrà verificare se la direttiva contenga eventuali clausole in base alle quali, in determinate ipotesi, lo Stato membro abbia facoltà di non conformarsi;
- esclusa l'esistenza di clausole rilevanti in tal senso nel caso di specie, il giudice dovrà rilevare il formale contrasto tra direttiva e norma interna, disapplicando quest'ultima.

III. L'ATTUALE INAPPLICABILITÀ DELLE NORME PENALI DI CUI AI COMMI 5 TER E 5 QUATER DELL'ART. 14 D. LGS. N. 286/98 PER CONTRASTO CON LA DIRETTIVA 2008/115/CE

1. Le norme contenute negli artt. 7 e 15 della direttiva suddetta rivestono le caratteristiche indicate a livello normativo e giurisprudenziale (nazionale e comunitario) per essere ritenute dotate di **diretta applicabilità**, in quanto idonee ad attribuire ai singoli delle posizioni soggettive di vantaggio (diritti), descritte in modo sufficientemente chiaro e preciso e non condizionate; in particolare:

a) l'**art. 7 § 1 della direttiva**, stabilendo che "la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni" e dunque che in pendenza di tale termine l'interessato non possa essere allontanato coattivamente (salvi i casi eccezionali di cui all'art. 7 § 4), garantisce a quest'ultimo il **diritto** di non essere allontanato coattivamente e di godere di un congruo periodo per allontanarsi, qualificabile come posizione soggettiva di vantaggio sub specie diritto di libertà rilevante anche ex art. 13 Cost.[9]; diritto espresso in **forma chiara e precisa**, trattandosi di posizione soggettiva di cui si fissa anche con precisione il lasso temporale di efficacia, e **non condizionato** ad ulteriori interventi normativi da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri; ciò che consente di ritenere che la norma comunitaria in questione abbia **effetto diretto nell'ordinamento nazionale**;

b) l'**art. 15 della direttiva** non solo delinea i **presupposti** che giustificano il trattenimento nei seguenti termini: necessità di dare esecuzione ad una decisione di rimpatrio; **1.** sussistenza di pericolo di fuga ovvero mancata collaborazione dell'interessato; **2.** inefficacia di misure meno coercitive; **3.** necessaria connessione teleologica tra privazione della libertà dell'interessato e successo della procedura di rimpatrio; ma individua anche le **scansioni procedurali e cronologiche** che lo devono caratterizzare, in quanto: **4.** deve essere previsto

[9] La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 105/2001 (punto 5 del Considerato in diritto) ha statuito che " *l'accompagnamento [di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286/1998] inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione*", principio ribadito anche in sede comunitaria nella sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 30 novembre 2009, Kadzoev, nella causa C-357/09, al cui punto 56 il trattenimento viene definito appunto come misura privativa della libertà personale, che si giustifica solo in quanto funzionale all'esecuzione del rimpatrio e/o dell'allontanamento (punti 63-66).

che il trattenimento sia riesaminato ad intervalli ragionevoli (art. 15 § 3); **5.** esso può durare al massimo sei mesi (art. 15 § 5), prorogabili per un massimo di ulteriori 12 mesi nei casi – e con le garanzie - previste dall'art. 15 § 6; **6.** nel caso non esista più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento –quale ne sia il motivo- il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata (art. 15 § 4); garantendo anche in questo caso all'interessato un **diritto ad un determinato spazio di libertà anche nella fase del trattenimento**, descritto **in maniera sufficientemente chiara e precisa** e **non condizionata** all'emissione di ulteriori atti normativi[10]. Peraltro, **l'effetto diretto dell'art. 15 § 4** della direttiva è stato già riconosciuto della stessa Corte di Giustizia, nella sentenza della Grande Sezione, 30 novembre 2009, Kadzoev, nella causa C-357/09[11].

2. Rispetto a tale chiara, precisa e non condizionata disciplina, l'ordinamento italiano:
A) prevede una procedura con un iter sostanzialmente inverso a quello previsto dal legislatore comunitario, ovvero:

a) pone come regola l'accompagnamento coattivo alla frontiera mediante decreto prefettizio di espulsione (art. 13 co. 2) e la sua esecuzione immediata (art. 13 co. 4), mentre la direttiva 115/2008 prevede all'art. 7 § 1 che il principio ordinario debba essere quella dell'allontanamento volontario dello straniero, sulla base di un ordine di rimpatrio che dia allo straniero un termine compreso tra il 7 e i 30 giorni (a nulla in ciò rilevando, ovviamente, che la prassi amministrativa posta in essere dagli uffici di Polizia sia stata e sia quella dell'intimazione, con una sostanziale rarefazione, nella prassi, dell'accompagnamento coattivo: ché, anzi, tale prassi costituisce la ragione della crescente rilevanza della criminalizzazione del comportamento "irregolare" dello straniero, e, ai fini che qui rilevano, rende ancora più evidente il problema della compatibilità del regime penale e pre-cautelare – con l'arresto obbligatorio in flagranza – con i princìpi della direttiva in questione);
b) nel caso di "impossibilità" di eseguire l'accompagnamento coattivo, prevede che venga disposto il trattenimento dello straniero presso un "centro di identificazione ed espulsione" (art. 14 co. 1), senza che siano previste misure coercitive meno limitative della libertà personale (imposte secondo un principio di gradualità dall'art. 8 § 4 della direttiva);
c) nel caso di impossibilità o di superamento del termine massimo per il trattenimento, è previsto che venga notificato allo straniero un ordine di allontanamento emanato dal Questore nel quale si concede allo straniero il termine di 5 giorni (art. 14 co. 5 bis, termine inferiore a quello minimo previsto dall'art. 7 § 1 della direttiva);

B) impone che lo straniero sottoposto ad una procedura di espulsione amministrativa debba essere oggi sottoposto ad una catena teoricamente infinita di privazioni della libertà personale, ora a titolo di "trattenimento" ex art. 14, co. 1-5, ora in conseguenza dell'arresto, della custodia cautelare e poi della pena inflitta per i reati di cui all'art. 14, co. 5 ter e 5 quater d.lgs. n. 286/98, fino a che non decida di abbandonare volontariamente il territorio nazionale o che non abbia corso l'allontanamento coattivo.

---

[11] Punti 60-61 della sentenza.

Così comportando **privazioni della libertà personale** dello straniero a titoli formalmente differenti, ma tutti aventi quale presupposto sostanziale la mancata cooperazione alla procedura di espulsione amministrativa, per periodi che complessivamente considerati, possono risultare assai più estesi del termine massimo di 18 mesi previsto dall'art. 15 § 6 della direttiva e comunque in un'ottica meramente sanzionatoria e non funzionalizzata alla concreta esecuzione dell'espulsione, difettando anche la possibilità di periodico riesame della situazione.
Tali aspetti profilano una **radicale differenziazione** di disciplina tra normativa comunitaria e disciplina di diritto interno.
Tale differenziazione appare vieppiù evidente se si considerano anche gli scopi perseguiti dalle due discipline, che si caratterizzano:

i) per la **comunanza** dello scopo di controllare e governare i flussi migratori;
ii) per la presenza di un **ulteriore scopo fondante la direttiva** e non considerato dal legislatore nazionale, consistente nella **tutela dei diritti di libertà dei cittadini dei Paesi Terzi** (cfr. i considerando nn. 2, 11, 13, 16, 17), che hanno portato il legislatore comunitario a scelte di bilanciamento degli interessi estranee al nostro corpus normativo interno.

<u>Deve pertanto concludersi che, sulla base di identici presupposti, la direttiva e la legge italiana stabiliscono un trattamento diverso, con maggiore aggravio per i diritti di libertà dei cittadini stranieri in base alla disciplina interna, in contrasto con gli scopi della direttiva.</u>

3. Tale difformità non pare sia ammessa dalla direttiva, nemmeno nella parte in cui consente la facoltà per gli Stati membri di non conformarsi alla disciplina comunitaria. L'art. 2, co. 2, lett. b) della direttiva, infatti, nel suo contenuto letterale, conferma l'ipotesi dell'incompatibilità dell'art. 14, co. 5 *ter* e *quater*, d.lgs. n. 286/98, con la disciplina comunitaria: ammettendo che i Paesi membri possano prevedere il rimpatrio (con modalità anche difformi da quelle previste dalla direttiva) come sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale, la norma comunitaria in esame implicitamente – ma chiaramente – esclude che la stessa condotta che costituisce il presupposto per l'applicazione della direttiva possa essere disciplinata e sanzionata in maniera difforme e maggiormente lesiva dei diritti di libertà degli interessati dal legislatore nazionale.
Una siffatta interpretazione letterale della norma comunitaria trova conforto nella necessità da parte dello Stato membro di porre in essere una leale collaborazione con le istituzioni comunitarie assicurando, attraverso le norme di diritto interno, l'effetto utile della direttiva, ossia garantendo una disciplina interna che persegua, e non eluda o contrasti, con lo scopo o gli scopi della direttiva.
Il combinato disposto degli artt. 2, 7 e 15 della direttiva va dunque interpretato nel senso di non consentire che gli Stati membri possano prevedere che alla mera presenza irregolare dello straniero sul territorio nazionale ed alla sua mancata collaborazione all'allontanamento possano essere ricollegate conseguenze, o trattamenti, incompatibili con le finalità della direttiva stessa, da individuarsi, come sopra evidenziato, nell'allontanamento dello straniero nel rispetto dei suoi diritti di libertà, comprimibili in maniera non superiore a quanto ammesso nella disciplina comunitaria.
Una diversa interpretazione dell'art. 2, co. 2 lett. b) della direttiva, nel senso di ritenere che tale clausola di esclusione consenta allo Stato membro di perseguire penalmente la condotta oggetto della disciplina comunitaria porterebbe ad un vero e proprio

aggiramento di essa, frustrandone l'effetto utile.
L'art. 2 co. 2 lett. b) della direttiva va pertanto interpretato nel senso che il rimpatrio conseguente a sanzione penale, per cui gli Stati membri non hanno obbligo di conformarsi alla direttiva medesima, è solo quello che sia previsto come conseguenza di condotte, penalmente rilevanti, diverse da quella che costituisce il presupposto applicativo della direttiva (ossia, lo si ribadisce, l'omesso allontanamento in violazione di ordine in tal senso imposto dall'Autorità)[12].

4. Da ciò deriva che l'incompatibilità tra diritto comunitario e normativa interna attiene specificamente al meccanismo sanzionatorio previsto dalla norma interna di cui all'art. 14, che non è conforme, ed è anzi radicalmente incompatibile quantomeno con l'art. 15 della direttiva.
Il contrasto rilevato comporta la non applicazione delle norme incriminatici di diritto interno, in conseguenza del venir meno, a seguito della diretta applicazione della direttiva, di uno degli elementi strutturali della fattispecie, ovvero della sanzione, incompatibile con la norma comunitaria.
Ci si trova pertanto dinanzi ad un fenomeno successorio di leggi regolatrici del medesimo fatto reato, prima penalmente sanzionato e poi, a seguito della disapplicazione della norma interna (integratrice della norma penale), non più tale, con la creazione di un vuoto normativo non colmabile dal giudice nazionale.
A seguito del venir meno della sanzione (illegittima, in quanto incompatibile con la disciplina comunitaria direttamente applicabile), viene meno un elemento strutturale della fattispecie penale, con la conseguenza che il **fatto della inosservanza dell'ordine di allontanamento questorile ex art. 14 co. 5 ter e quater d. lgs. n. 286/98 non è più previsto dalla legge come reato**, perché non è più punibile con quella sanzione che ad oggi il nostro ordinamento ancora prevede, trattandosi di caso di retroattività di norma più favorevole al reo ex art. 2, co. 2 c.p., perché il fatto, secondo la legge posteriore, non costituisce più reato (cfr. sul punto **Cass., Sez. VII, sent. n. 21579/2008 ric. Boujaib, CED 239960**, secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione in ragione della manifesta infondatezza dei motivi non impedisce di rilevare, a norma dell'art. 129 cod. proc. pen., la mancata previsione del fatto come reato in conseguenza dell'inapplicabilità delle norme nazionali incompatibili con la normativa comunitaria (in applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto che l'inammissibilità del ricorso non impedisse di assolvere l'imputato dal fatto di cui all'art. 171 ter, comma secondo, lett. a), della L. n. 633 del 1941, per non essere lo stesso previsto dalla legge come reato, in conseguenza della inapplicabilità, preesistente alla commissione del fatto stesso, delle disposizioni relative al contrassegno Siae ritenute incompatibili con la normativa comunitaria a seguito della sentenza 8 novembre 2007, Schwibbert, della Corte di Giustizia CE); nonché **Cass., Sez. III, sent. n. 38033/2008, ric. Mollica, CED 241280**, secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione che non sia dovuta a mancanza di legittimazione o a proposizione tardiva non esime il giudice di legittimità

[12] Lo stesso d. lgs. n. 286/98 prevede peraltro ulteriori ipotesi di reato per cui è prevista l'espulsione, come ad es. il reato di reingresso in violazione di precedente espulsione di cui all'art. 13 co. 13: in questo caso risulta in maniera lampante la compatibilità con la direttiva, alla luce della interpretazione sopra fornita dell'art. 2 co. 2 lett. b), in quanto l'espulsione è prevista come conseguenza della sanzione penale, ossia come misura di sicurezza ex art. 15 d. lgs. cit. o ancora come sanzione sostitutiva di pene detentiva brevi ex art. 16 d. lgs. cit. Preme infatti rilevare che in questo caso, a differenza di quanto previsto degli artt. 14 co. 5 *ter* e *quater*, il legislatore sanziona penalmente una condotta attiva (il reingresso), e non una condotta di mera resistenza passiva all'ordine dell'Autorità.

dal dovere di valutare la conformità o meno, ai principi del diritto comunitario, della normativa nazionale e, in tale secondo caso, di procedere alla disapplicazione della stessa. (Fattispecie di annullamento senza rinvio per insussistenza del fatto derivante da ritenuta incompatibilità con il Trattato CE della disciplina interna in materia di attività organizzata per la raccolta di scommesse a fronte di ricorso corredato da motivi generici).

Viceversa, nel caso di **ordini di allontanamento dal territorio nazionale emessi a seguito di provvedimento giurisdizionale** (*misura di sicurezza* dell'espulsione ex artt. 235 o 312 c.p., art. 86 d.p.r. n. 309/90 o ancora art. 15 d. lgs. n. 286/98; ovvero, espulsione come *sanzione sostitutiva di pena detentiva breve* ex art. 16 d.lgs. n. 286/98) ricorre una delle ipotesi di cui all'art. 2, comma 2, lett. b) della direttiva, essendo facoltà dello Stato membro di non applicare la direttiva medesima nei confronti di cittadini di paesi terzi "*sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale*", e la normativa nazionale di cui all'art. 14 commi 5 *ter* e *quater* D. lgs. n. 286/98, *nella misura e nei limiti in cui sanziona l'omessa esecuzione di ordine di allontanamento disposto in forza di tali titoli giurisdizionali*, risulta **tuttora conforme al diritto comunitario**, non confliggendo, in virtù della sopra riportata clausola di esclusione, con la direttiva comunitaria 2008/115/CE del 16 dicembre 2008.

IV. L'ART. 10 BIS DEL D. LGS. N. 286/98: CONTRASTO CON GLI ARTT. 7 E 15 DELLA DIRETTIVA. CONSEGUENTE INAPPLICAZIONE DELLA NORMA INTERNA

1. L'art. 1, comma 16, lett. A) della l. 15 luglio 2009, n. 94, ha introdotto nel decreto legislativo suddetto l'ulteriore fattispecie penale di cui al processo in questione.

Tale norma prevede la sanzione penale della ammenda da 5.000 a 10.000 euro (non oblazionabile) per lo straniero che faccia ingresso clandestinamente nel territorio nazionale (che non sia immediatamente respinto alla frontiera) o che ivi si trattenga senza conseguire provvedimenti autorizzativi di tale permanenza (permesso di soggiorno, asilo, ecc.).

All'accertamento del reato da parte della polizia giudiziaria segue l'avvio della procedura di espulsione di cui agli artt. 13 e 14, senza che sia richiesto il nulla osta del giudice di pace.

L'eventuale esito positivo di siffatta procedura comporta l'improcedibilità del reato, dovendo in tal caso il giudice di pace pronunciare sentenza di non luogo a procedere (art. 10 *bis*, co. 5).

In sede di sentenza di condanna il giudice di pace può applicare, in luogo dell'ammenda, la sanzione sostitutiva dell'espulsione, ai sensi dell'art. 16, 1° co. del medesimo d .lgs. n. 286/98.

2. La norma in oggetto incrimina condotte (l'ingresso o la permanenza nel territorio nazionale in stato di clandestinità) temporalmente e logicamente anteatte rispetto a quelle di omesso adempimento all'ordine questorile di cui all'art. 14, della cui inapplicabilità a seguito del mancato adempimento alla direttiva si è sopra argomentato.

Se la condotta di mera mancata collaborazione al rimpatrio/allontanamento non può essere ritenuta sanzionabile dal punto di vista penale - per la macroscopica violazione della direttiva comunitaria e dei suoi scopi, nella parte di cui stabilisce a favore dei migranti dei veri e propri ***diritti*** *di non essere allontanati coattivamente, di godere di un congruo periodo per allontanarsi e di determinati spazi di libertà anche nella fase del*

trattenimento, non compatibili con una condanna penale e l'esecuzione di una pena per tale semplice condotta meramente passiva – risulta allora vieppiù in contrasto con la disciplina e gli scopi della direttiva l'incriminazione di condotte che costituiscano il **presupposto di fatto** della mancata collaborazione all'espulsione.
Non è infatti ipotizzabile che – considerata incompatibile con la direttiva la normativa interna che disciplina le modalità di allontanamento dal territorio nazionale e criminalizza chiunque non vi si conformi, anche in base ad una mera resistenza passiva – possa essere ritenuta la compatibilità con la disciplina comunitaria dell'art. 10 *bis*, che criminalizza la mera condotta di chi si trova a rivestire un semplice *status*, presupposto della procedura di rimpatrio/allontanamento, ovvero il clandestino.
Se allo straniero che fa ingresso o si trattiene clandestinamente nel territorio nazionale devono essere riconosciute le posizioni soggettive di vantaggio, riconducibili a veri e propri diritti, sopra evidenziati, in base alla direttiva in esame, appare di tutta evidenza che la **criminalizzazione della mera condotta di clandestinità (presupposto di applicazione della direttiva in questione)** si pone in **radicale contrasto** con i medesimi articoli 7 e 15 della direttiva, sopra analizzati.
Ma v'è di più.
Come sopra ricordato, la pena prevista per il reato di cui all'art. 10 *bis* può essere sostituta con l'espulsione ai sensi dell'art. 16 del medesimo d. lgs.
L'espulsione come misura sostitutiva di sanzione penale rientra tra le ipotesi di esclusione dell'applicazione della direttiva ai sensi dell'art. 2 co. 2 lett. b) (trattandosi di espulsione come conseguenza di sanzione penale), con la paradossale conseguenza che alla criminalizzazione della condotta di ingresso/trattenimento nello Stato in condizione di clandestinità conseguirebbe la possibilità per lo Stato di effettuare l'espulsione secondo modalità anche diverse da quelle imposte dalla direttiva, proprio in virtù della sopra citata clausola di esclusione.
In altri termini, ciò che risulta inammissibile ai sensi della direttiva in esame, ovvero la compressione dei diritti dei migranti oltre i limiti imposti dalla direttiva medesima, diventerebbe possibile per lo Stato membro come conseguenza della sanzione penale imposta in applicazione dell'art. 10 *bis*.
Il cortocircuito così creato trova il suo inaccettabile esito mediante l'applicazione della causa di improcedibilità del reato di cui al 5° co. dell'art. 10 *bis*: il rilievo penale dato al mero *status* di clandestino cessa di interessare all'apparato repressivo nazionale nel momento in cui l'espulsione viene eseguita in concreto. Ciò dimostra in maniera inequivoca che la criminalizzazione di detto *status* ha un solo ed esclusivo fine, che è quello di rafforzare gli strumenti amministrativi di espulsione, attraverso la minaccia della sanzione penale, minaccia che viene brandita solo ed in quanto l'espulsione non abbia luogo in via amministrativa, consentendosi comunque al giudice di ordinarla come sanzione sostitutiva della pena pecuniaria.

3. Le considerazioni sopra esposte in ordine alla incompatibilità dell'art. 14 con gli artt. 7 e 15 della direttiva valgono pertanto anche in relazione all'art. 10 *bis*, norma penale che si pone in **frontale contrasto** con la disciplina, gli scopi e lo spirito della direttiva, vanificandone l'effetto utile: sanzionare penalmente lo *status* di clandestino, accelerando l'espulsione amministrativa dietro la minaccia della sanzione penale, e comunque consentendo l'emissione di un provvedimento giudiziale di espulsione in via sostitutiva rispetto alla ammenda, significa eludere totalmente *l'iter* procedimentale

previsto dalla direttiva per il rimpatrio, escludere l'opzione – privilegiata dal legislatore comunitario – della volontarietà del rimpatrio, prevedere restrizioni delle posizioni soggettive dei migranti in maniera incompatibile con quanto stabilito dalla direttiva europea. Infatti, continuando ad applicare l'art. 10 *bis*:

- si criminalizzano condotte che costituiscono il presupposto di applicazione della direttiva, eludendone in radice l'applicazione e l'effetto utile;
- si accelera ingiustificatamente *l'iter* di espulsione, con tempi e modalità incompatibili con le previsioni comunitarie;
- si nega totalmente la possibilità di privilegiare il rimpatrio volontario, in quanto la rilevanza penale data allo *status* di clandestino, con l'implicita minaccia costituita dal processo e dalla sanzione penale, vizia in radice la volontà dell'interessato circa il possibile rientro nel paese di origine o l'allontanamento dal nostro territorio;
- si elude strumentalmente la clausola di esclusione dell'applicazione della direttiva di cui all'art. 2, co. 2 lett. b), consentendo una espulsione come conseguenza di sanzione penale artificiosamente costruita al solo ed esclusivo fine di accelerare la procedura espulsiva medesima, in evidente contrasto con la *ratio* sottesa alla direttiva.

4. Da quanto fin qui argomentato appare pertanto evidente che – come nel caso dell'art. 14 – anche in relazione all'art 10 bis l'incompatibilità tra diritto comunitario e normativa interna attiene specificamente al meccanismo sanzionatorio previsto dalla norma interna, che non è conforme, ed è anzi radicalmente incompatibile quantomeno con l'art. 15 della direttiva.
Il contrasto rilevato comporta la non applicazione delle norme incriminatici di diritto interno, in conseguenza del venir meno, a seguito della diretta applicazione della direttiva, di uno degli elementi strutturali della fattispecie, ovvero della sanzione, incompatibile con la norma comunitaria.
Ci si trova pertanto anche in questo caso dinanzi ad un **fenomeno successorio di leggi regolatrici del medesimo fatto reato**, prima penalmente sanzionato e poi, a seguito della disapplicazione della norma interna (integratrice della norma penale), non più tale, con la creazione di un vuoto normativo non colmabile dal giudice nazionale. Il fenomeno dell'effetto diretto della disposizione comunitaria non comporta infatti un effetto sostitutivo della norma comunitaria alla norma interna con essa contrastante, ma esclusivamente un effetto di preclusione alla produzione di effetti per la norma interna incompatibile con il diritto comunitario. In nome del principio di certezza del diritto, l'incompatibilità della norma interna con disposizioni comunitarie dotato di effetto diretto può essere eliminata "solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare"[13];

5. A seguito del venir meno della sanzione (illegittima, in quanto incompatibile con la disciplina comunitaria direttamente applicabile), viene meno un elemento strutturale della fattispecie penale, con la conseguenza che il **fatto dell'ingresso o del trattenimento nel territorio nazionale in condizioni di clandestinità non è più previsto dalla legge come reato**, perché non è più punibile con quella sanzione che ad

[13] Corte di Giustizia, sent. 7 marzo 1996, Commissione vs. Repubblica francese, causa C-334/94; Corte di Giustizia, sent. 15 ottobre 1986, Commissione vs. Repubblica italiana, causa 168/05.

oggi il nostro ordinamento ancora prevede, trattandosi di caso di retroattività di norma più favorevole al reo ex art. 2, co. 2 c.p., perché il fatto, secondo la legge posteriore, non costituisce più reato (cfr. sul punto Cass., Sez. VII, sent. n. 21579/2008 ric. Boujaib, CED 239960; Cass., Sez. III, sent. n. 38033/2008, ric. Mollica, CED 241280, sopra cit.).

In base alle considerazioni innanzi esposte si impone l'annullamento della sentenza impugnata e per l'effetto si chiede pertanto:

1) in via principale
l'annullamento dell'impugnata sentenza perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato;

2) In via subordinata,
qualora la Corte dubitasse del fatto che l'art. 10 *bis* d.lgs. n. 286/98 si ponga in contrasto con la direttiva (sotto entrambi i profili della efficacia delle procedure di espulsione e della contemporanea tutela dei diritti di libertà degli interessati), anche per effetto di una interpretazione dell'art. 2 co. 2 lett. b) della direttiva medesima, letto nel senso della compatibilità del rimpatrio come sanzione penale derivante dalla mera condotta di clandestinità e che pertanto sia opportuno sospendere il processo e rinviare gli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione, affinché chiarisca se l'interpretazione degli articoli 2, co. 2, lett., b), 15 e 16 della direttiva risultante dalle considerazioni che precedono debba ritenersi corretta, **chiede** che la Corte voglia **sospendere** il presente procedimento e, visto l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione e **rinviare** gli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, formulando la seguente questione di interpretazione del diritto dell'Unione:
– **se gli articoli 2, co. 2, lett. b), 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE, anche alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, ostino alla possibilità che un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con la ammenda da 5.000 a 10.000 euro ovvero con la sanzione sostitutiva dell'espulsione in conseguenza del mero *status* di clandestino.**

3) In via ulteriormente gradata,
nella denegata ipotesi in cui la Corte ritenesse che le norme della direttiva sopra citate non siano dotate di effetto diretto, chiede **sospendersi** il presente procedimento e sollevare questione di legittimità costituzionale dell'apparato sanzionatorio di cui all'art. 1° *bis* d. lgs. n. 286/98 per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., per contrasto della suddetta normativa interna con la direttiva comunitaria in questione[14].

P. Q. M.

Richiede che la Corte di Cassazione voglia:

1) **in via principale**

[14] Si rilevi come la sentenza n. 250 del 2010 della Corte Costituzionale avente ad oggetto il medesimo articolo non costituisce ad avviso di questo Ufficio precedente rilevante in questa sede, avendo affrontato profili di illegittimità rilevati dal giudice *a quo* diversi da quelli oggi sollevati, mentre per quanto riguarda il contrasto con l'art. 117 Cost., il mancato decorso del termine per conformarsi all'epoca della sentenza non aveva consentito alla Corte di esprimersi sul punto.

annullare la sentenza impugnata con i provvedimenti consequenziali **perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.**

2) In via subordinata,
sospendere il presente procedimento e, visto l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione e rinviare gli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, formulando la seguente questione di interpretazione del diritto dell'Unione:
– se gli articoli 2, co. 2, lett. b), 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE , anche alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, ostino alla possibilità che un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con la reclusione sino a quattro anni nell'ipotesi di inosservanza al primo ordine del Questore e con la reclusione sino a cinque anni per l'inosservanza agli ordini successivi (con contestuale obbligo per la polizia giudiziaria di procedere all'arresto in flagranza) in conseguenza della sua mera mancata cooperazione nella procedura di espulsione ed in particolare a seguito della mera inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa.

3) In via ulteriormente gradata,
sospendere il presente procedimento e sollevare questione di legittimità costituzionale dell'apparato sanzionatorio di cui all'art. 14 d. lgs. n. 286/98 per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., per contrasto della suddetta normativa interna con la direttiva comunitaria in questione.
Perugia lì 24.3.2011

IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE
Roberta barberini