

**La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 –  
Orientamenti giurisprudenziali – Disapplicazione della norma interna  
contrastante con direttiva comunitaria  
(Andrea Natale, giudice del Tribunale di Torino)**

**SOMMARIO**

<b>1. La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998.....</b>	<b>2</b>
1.1. La direttiva 2008/115/CE.....	3
1.1.1. Gli scopi della direttiva.....	3
1.1.2. La disciplina dettata dalla direttiva.....	3
1.2. Il sistema previsto dal D.lgs. n. 286/1998.....	5
1.2.1. La disciplina. ....	5
1.2.2. L'interesse protetto.....	6
<b>2. I profili di contrasto tra normativa interna e comunitaria.....</b>	<b>7</b>
2.1. In generale.....	7
2.2. L'interpretazione correttiva suggerita dalla Circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza - Prot. 400/B/2010 - del 17/12/2010.....	8
<b>3. Conseguenze del contrasto tra T.U. D.lgs. n. 286/1998 e direttiva 2008/115/CE. I diversi orientamenti. ....</b>	<b>9</b>
<b>4. Criteri per risolvere il contrasto.....</b>	<b>13</b>
4.1. In generale.....	13
4.2. Il diritto comunitario ed il diritto penale.....	20
<b>5. Direttiva 2008/115/CE. Valutazione in ordine alla eventuale sussistenza di norme ad effetto diretto. ....</b>	<b>25</b>
5.1. L'art. 7 direttiva 2008/115/CE.....	26
5.2. L'art. 15 direttiva 2008/115/CE.....	27
5.3. La sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 30 novembre 2009, Kadzoev in causa C-357/09. ....	28
<b>6. Conseguenze del contrasto tra direttiva 2008/115/CE e diritto interno. ....</b>	<b>31</b>
6.1. Il contrasto con l'art. 7 § 1 direttiva 2008/115/CE. La validità formale degli ordini di allontanamento emessi ex art. 14, comma 5 bis, D.lgs. n. 286/1998. ....	31
6.2. Il contrasto con l'art. 15 direttiva 2008/115/CE. Conseguenze sulla configurabilità dei reati di cui all'art. 14 comma 5 ter e 5 quater D.lgs. n. 286/1998.....	34
<b>7. Impatto della direttiva 2008/115/CE sui processi pendenti. ....</b>	<b>38</b>
7.1. Disapplicazione amministrativa dell'ordine illegittimo.....	38
7.2. Disapplicazione (non applicazione) dell'art. 14, comma 5 ter e comma 5 quater D.lgs. n. 286/1998 .....	38
7.3. (Tentativo di) confutazione tesi contrarie. ....	40
<b>8. Ulteriori conseguenze. ....</b>	<b>43</b>
8.1. La convalida degli arresti in flagranza.....	43
8.2. Ulteriori conseguenze: revoca delle sentenze di condanna?.....	44
8.3. Avvertenza.....	45

## **1. La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998<sup>1</sup>.**

In data 16 dicembre 2008 il Parlamento ed il Consiglio dell'Unione Europea hanno adottato la direttiva 2008/115 CE (di seguito: *direttiva rimpatri*). Con tale provvedimento si intende –come noto- disciplinare le norme e le procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. La *ratio* che sorregge l'intervento in materia a livello europeo è data dal considerando introduttivo n. 20, ove si fonda l'intervento sulla necessità –in base al principio di sussidiarietà, fondato sull'art. 5 TFUE e in considerazione della dimensione globale del fenomeno migratorio- di realizzare gli obiettivi della direttiva a livello comunitario.

Il termine per recepire negli ordinamenti interni la direttiva è –per le parti qui di interesse- quello del 24 dicembre 2010. L'Italia non ha emesso –ad oggi- alcun atto di recepimento della direttiva in questione; della *direttiva rimpatri* non ha tenuto conto la legge n. 94/2009, che pure ha introdotto il reato di cui all'art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998, né la cd. *legge comunitaria* del 2009 (legge n. 96/2010, in cui non si fa menzione della cd. direttiva rimpatri, nemmeno delegando il Governo a darvi attuazione con decreto legislativo, come prevede –per una serie di materie- l'art. 1 della legge citata).

Va aggiunto –per mera informazione- che nemmeno il disegno di legge comunitaria per il 2010 (disegno di legge S.2322, in corso di esame al Senato) risulta prendere in considerazione la materia disciplinata dalla direttiva.

Si pongono dunque i numerosi (e consueti) problemi discendenti dalla mancata (e non tempestiva) attuazione delle direttive comunitarie. La complessità del caso e il

---

<sup>1</sup> Nel corso del tempo si sono moltiplicati gli interventi in materia. Senza pretesa alcuna di completezza, si vedano: Viganò-Masera, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il Giudice penale italiano*, Cassazione penale n. 5/2010; F. Viganò e L. Masera *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale; F. Viganò, *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e di inosservanza agli ordini di allontanamento*, reperibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); C. Favilli *La direttiva rimpatri, ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fascicolo 2/2009; G. Savio, *La direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) e le sue ricadute sull'attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei C.I.E. Relazione al seminario di studi organizzato da ASGI e M.D.*, tenutosi a Verona il 15.01.2011, reperibile sul sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it); F. Focardi, *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all'art. 14 co. 5-ter e 5-quater d.lgs. 286/1998* reperibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); T. Epidendio, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione, Intervento nel dibattito* reperibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); G. Amato, *Un sistema incompatibile con la direttiva UE perché non privilegia il rimpatrio volontario*, Guida al diritto n. 5/2011; M. Castellaneta, *Necessario bilanciare sicurezza e diritti umani*, Guida al diritto n. 5/2011; P. Bonetti, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso e permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009,4, p. 85; M. Borraccetti, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010,1, p.17; A. Puggiotto, *I meccanismi di allontanamento dello straniero, tra politica del diritto e diritti violati*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010,1, p.42; F. Viganò, *Diritto penale ed immigrazione: qualche riflessione sui limiti della discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010,3, p.13; L. Masera, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte Costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010,3, p.37.

sovrapporsi di diversificati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali impone di procedere in modo analitico.

## **1.1. La direttiva 2008/115/CE**

### **1.1.1. Gli scopi della direttiva.**

Nelle considerazioni preliminari, la direttiva in questione esplicita quali siano gli **obiettivi** dell'intervento comunitario; dei trenta *considerando* è utile ricordarne alcuni; la normativa è stata emanata al fine di:

- istituire “*un’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*” (considerando n. 2);
- introdurre “*un corpus orizzontale di norme, applicabile a tutti i cittadini di paesi terzi che non soddisfano –o non soddisfano più- le condizioni di ingresso, soggiorno o residenza in uno Stato membro*” (considerando n. 5);
- “*stabilire garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni connesse al rimpatrio, per l’efficace protezione degli interessi delle persone interessate*”, predisponendo altresì una necessaria garanzia di *assistenza legale* (considerando n. 11);
- prevedere che “*l’uso di misure coercitive [sia] espressamente subordinato al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti*” (considerando n. 13);
- stabilire che “*il ricorso al trattenimento ... dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti*” (considerando n. 16); in tale considerando si aggiunge che “*il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l’allontanamento e se l’uso di misure meno coercitive è insufficiente*”;
- di assicurare un trattamento *umano e dignitoso* ai cittadini di paesi terzi soggetti a trattenimento: “*fatto salvo l’arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell’applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale, il trattenimento dovrebbe avvenire di norma presso gli appositi centri di permanenza temporanea*” (considerando n. 17).

Sempre nei considerando della direttiva (considerando n. 10) si evidenzia che –nella procedura di allontanamento e rimpatrio- si dovrebbe privilegiare –salve specifiche situazioni- il *rimpatrio volontario* rispetto al rimpatrio forzato.

In sintesi, questi dunque gli scopi della direttiva: armonizzare i sistemi nazionali; assicurare l’effettività delle decisioni di rimpatrio; garantire in modo adeguato i diritti di libertà dei cittadini di Paesi terzi.

### **1.1.2. La disciplina dettata dalla direttiva.**

Per perseguire tali scopi –trascurando tutta una serie di previsioni derogatorie al sistema, non rilevanti nel caso di specie- il legislatore comunitario ha previsto che:

- gli Stati membri possano decidere di non applicare la *direttiva* alle persone *respinte* alla frontiera e ai cittadini di paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale (art. 2, § 2, lett. a) e b), direttiva 2008/115/CE);

- gli Stati membri possano prevedere di introdurre “*disposizioni più favorevoli* alle persone cui si applica, purché compatibili con le norme” stabilite nella direttiva rimpatri (art. 4, § 3, direttiva 2008/115/CE; espressivi del medesimo principio anche i §§ 1-2);
- gli Stati adottino una *decisione di rimpatrio* nei confronti di qualunque cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è *irregolare* (art. 6 § 1 direttiva 2008/115/CE), fatte salve alcune deroghe (previste dai §§ 2-5);
- la decisione di rimpatrio *fissi un termine per la partenza volontaria* (da 7 a 30 giorni); gli Stati possono prevedere che tale periodo sia *concesso* unicamente su richiesta dell’interessato (art. 7 § 1, primo e secondo periodo, direttiva 2008/115/CE);
- in pendenza del termine per la partenza volontaria (che in presenza delle condizioni previste dall’art. 7 § 4 direttiva 2008/115/CE può essere abbreviato o anche non concesso) gli Stati membri possano imporre obblighi al cittadino di Paese terzo, per evitare il rischio di fuga o inottemperanza della decisione (art. 7 § 3, direttiva 2008/115/CE);
- gli Stati membri possano adottare *tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio*, qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria o per mancato adempimento dell’obbligo di rimpatrio entro il termine stabilito per la partenza volontaria (art. 8 § 1 direttiva 2008/115/CE);
- gli Stati membri possano adottare una decisione o un atto amministrativo o giudiziario distinto che ordini l’allontanamento (art. 8 § 3 direttiva 2008/115/CE);
- gli Stati membri possano ricorrere “*in ultima istanza*” a “*misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza*”; tali misure “sono proporzionate e non eccedono uno uso ragionevole della forza” (art. 8 § 4 direttiva 2008/115/CE);
- l’art. 9 § 2, lett. b), della direttiva prevede altresì che “gli Stati membri *possono rinviare l’allontanamento* per un congruo periodo di tempo, tenendo conto delle circostanze specifiche di ciascun caso”, tenendo conto, in particolare “*delle ragioni tecniche, come l’assenza di mezzi di trasporto o il mancato allontanamento a causa dell’assenza di identificazione*”;
- nell’ipotesi in cui sussista un *pericolo di fuga* ovvero *il cittadino di Paese terzo eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento* e “*salvo se [che] nel caso concreto* possano essere applicate efficacemente *misure sufficienti ma meno coercitive* gli Stati membri possono *trattenere il cittadino di un Paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento*” (art. 15 § 1 direttiva 2008/115/CE);
- il trattenimento “ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto *solo per il tempo necessario* all’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio” (art. 15 § 1 direttiva 2008/115/CE); deve essere riesaminato ad intervalli di tempo ragionevoli d’ufficio o su richiesta dell’interessato (art. 15 § 3); non può durare più di sei mesi (art. 15 § 5), eventualmente prolungabili di altri 12 mesi –“*conformemente alla legislazione nazionale*”- quando *nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo* l’operazione di allontanamento rischi di durare di più (art. 15 § 6);

- il trattenimento avvenga *di norma in appositi centri di permanenza temporanea* ovvero laddove impossibile *in un istituto penitenziario*, separando i detenuti ordinari dai cittadini di Paesi terzi ivi trattenuti (art. 16 § 1 direttiva 2008/115/CE).

## **1.2. Il sistema previsto dal D.lgs. n. 286/1998.**

### **1.2.1. La disciplina.**

Evidenti le difformità rispetto al sistema delineato dal cd. Testo Unico immigrazione.

Quanto alla procedura –e prendendo in considerazione solo i tratti rilevanti nel giudizio in esame- l’ordinamento italiano prevede:

- l’esistenza di un *provvedimento di espulsione*; nel sistema delineato dal D.lgs. n. 286/1998 sono previste diverse ipotesi di espulsione; quella *ordinaria* (ossia, quella maggiormente ricorrente nella pratica) è quella contemplata dall’art. 13, comma 2, D.lgs. n. 286/1998;

- l’esecuzione immediata del provvedimento di espulsione, anche in caso di presentazione di impugnazione del decreto di espulsione (art. 13, comma 3, D.lgs. n. 286/1998), con accompagnamento alla frontiera (art. 13, comma 4, D.lgs. n. 286/1998);

- in caso di impossibilità di eseguire immediatamente l’espulsione (in considerazione di situazioni predeterminate: necessità di accertamenti sull’identità personale; indisponibilità di documenti di viaggio; indisponibilità del vettore), è possibile disporre che lo straniero sia *trattenuto* in un centro di identificazione ed espulsione, *per il tempo strettamente necessario* (art. 14, comma 1, D.lgs. n. 286/1998); in tal caso il provvedimento del Questore che dispone il trattenimento dello straniero deve essere convalidato dal Giudice di Pace territorialmente competente (art. 14, comma 3, D.lgs. n. 286/1998);

- il termine massimo di permanenza nel centro di identificazione ed espulsione è –secondo la normativa italiana- di trenta giorni, prorogabili di trenta in trenta sino ad una durata massima di centottanta giorni (art. 14, comma 5, D.lgs. n. 286/1998);

- nell’ipotesi di decorso del termine massimo di trattenimento, *ovvero* laddove sia impossibile inserire lo straniero in un centro di identificazione ed espulsione (secondo consolidata giurisprudenza ciò è possibile anche per *indisponibilità di posti nei C.I.E.*), allora il Questore può *ordinare allo straniero* (con provvedimento motivato, notificato e tradotto all’interessato in lingua a lui nota) di allontanarsi dal territorio nazionale entro il termine di cinque giorni (art. 14, comma 5 bis, D.lgs. n. 286/1998);

- l’inottemperanza –senza giustificato motivo- a tale ordine (e la permanenza irregolare in violazione dell’ordine) impone l’arresto obbligatorio dello straniero, la celebrazione del giudizio direttissimo e può comportare l’applicazione di un trattamento sanzionatorio di durata compresa tra uno e quattro anni di reclusione (art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998);

- laddove lo straniero non ottemperi al primo ordine, il Prefetto *emette un nuovo decreto di espulsione*, immediatamente esecutivo, tenuto conto della pregressa violazione del precedente ordine del Questore (art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998);

- anche in questo caso, l'espulsione è immediatamente esecutiva e –laddove non ne sia possibile l'esecuzione- è previsto un *nuovo trattenimento* in un centro di identificazione ed espulsione (ex art. 14, comma 1, D.lgs. n. 286/1998) o –laddove ciò sia impossibile o sia decorso inutilmente il termine di trattenimento- l'emissione di un *nuovo ordine di allontanamento* (ex art. 14, comma 5 bis, D.lgs. n. 286/1998);

- l'inottemperanza –senza giustificato motivo- a tale *secondo* ordine (e la permanenza irregolare in violazione dell'ordine) impone l'arresto obbligatorio dello straniero, la celebrazione del giudizio direttissimo e può comportare l'applicazione di un trattamento sanzionatorio di durata compresa tra uno e cinque anni di reclusione (art. 14, comma 5 quater, D.lgs. n. 286/1998).

Lo schema –all'evidenza- risulta pressoché capovolto rispetto alla prospettiva oggi dettata dal legislatore comunitario. Infatti, la sequenza è ricostruibile secondo questo *iter*:

- decreto prefettizio di espulsione (analogo alla cd. *decisione di rimpatrio*);
- esecuzione immediata dell'espulsione; ovvero:
- trattenimento presso un centro di identificazione e di espulsione; ovvero, in caso di impossibilità di trattenimento o di maturazione del termine massimo di trattenimento:
- emissione di un ordine di allontanamento entro cinque giorni; in caso di inottemperanza:
- arresto e assoggettabilità a custodia cautelare e a procedimento penale con pene sino a quattro-cinque anni.

### **1.2.2. L'interesse protetto.**

La legittimità costituzionale di tale normativa è stata sottoposta in più occasioni a scrutinio di conformità alla Costituzione italiana, soprattutto –ma non solo- al fine di sollecitare la Corte costituzionale a verificare la *ragionevolezza* del bilanciamento di interessi contrapposti (libertà personale dello straniero vs. interessi protetti dalla norma incriminatrice) operato nel Testo Unico D.lgs. n. 286/1998.

Nel replicare alle sollecitazioni, la Corte Costituzionale ha così ben evidenziato la **natura dell'interesse protetto dalle norme incriminatrici**<sup>2</sup>. E, così, in rapida rassegna (e senza pretesa alcuna di esaustività):

- **Corte Costituzionale, Sentenza n. 5/2004**: la Corte ha rilevato che “la norma incriminatrice, mirando a rendere effettivo il provvedimento di espulsione, persegue l'obiettivo di rimuovere situazioni di illiceità o di pericolo correlate alla presenza dello straniero nel territorio dello Stato, nella cornice del più generale potere — che al legislatore indubbiamente compete — di regolare la materia dell'immigrazione, in correlazione ai molteplici interessi pubblici da essa coinvolti ed ai gravi problemi connessi a flussi migratori incontrollati”;

---

<sup>2</sup> Si veda, tra i molti contributi suscettibili di menzione: *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario - Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese* - Madrid 25-26 settembre 2008, a cura di S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli - (luglio-2008), reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

- **Corte Costituzionale, Sentenza n. 22/2007**: la Corte ha –anzitutto- evidenziato che “il reato di indebito trattenimento nel territorio nazionale dello straniero espulso riguarda la semplice condotta di inosservanza dell'ordine di allontanamento dato dal questore, con una fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili”;

- **Corte Costituzionale, Sentenza n. 22/2007**: la Corte ha –inoltre e tra l'altro- negato (ritenendo altrimenti di invadere prerogative proprie del legislatore) la possibilità di comparare (e di considerare quindi irragionevole la difformità di disciplina) le sanzioni penali previste dall'art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998 rispetto ad altre fattispecie di *disobbedienza* agli ordini dati da Pubbliche autorità; a sostegno di tale conclusione, ha sottolineato che “tra le norme assunte come *tertia comparationis*, un primo gruppo di casi è costituito da condotte di inottemperanza a provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa per ragioni di sicurezza e ordine pubblico, in relazione ai quali non è rinvenibile la finalità che il legislatore intende perseguire con la norma censurata, ossia il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio, problema che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine pubblico”;

- **Corte Costituzionale, Sentenza n. 250/2010** –nello scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998 (che, come noto, incrimina non l'inottemperanza all'ordine del questore, ma l'ingresso e la permanenza irregolare in Italia)- ha esplicitamente negato che la norma incrimini una mera condizione personale o una mera disobbedienza alla normativa disposta in materia di ingresso; al contrario -sostiene la Corte- “il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'*interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori*, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico “*di categoria*”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel *testo unico* del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero. L'ordinata *gestione dei flussi migratori* si presenta, in specie, come un bene giuridico “*strumentale*”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “*finali*”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata”.

## **2. I profili di contrasto tra normativa interna e comunitaria.**

### **2.1. In generale**

I fatti storici ordinariamente ricondotti –nei processi per direttissima- alle fattispecie previste dall'art. 14, comma 5 ter e comma 5 quater D.lgs. n. 286/1998- risultano perfettamente riconducibili nel perimetro applicativo della cd. *direttiva rimpatri*. Infatti:

- identico è il presupposto: la situazione di irregolarità sul territorio nazionale di uno Stato membro;

- in entrambe le discipline è previsto che il cittadino di Paese terzo sia destinatario di una decisione di rimpatrio (o decreto di espulsione) (cfr. art. 6 1 direttiva 2008/115/CE; nel caso qui in esame, l'art. 13, comma 2, D.lgs. n. 286/1998);

- in entrambe le discipline è previsto che la esecuzione della *decisione di rimpatrio* possa essere assicurata dall'emanazione di un distinto *ordine* (art. 8 § 3 direttiva 2008/115/CE; art. 14, comma 5 bis D.lgs. n. 286/1998);

- in entrambe le discipline si descrive la condotta ascrivibile al Cittadino di Paese terzo: il mancato allontanamento;

- in entrambe le discipline è presa in considerazione l'ipotesi della mancata collaborazione all'esecuzione della decisione di rimpatrio (art. 15 § 1, lett. b), direttiva 2008/115/CE; art. 14, comma 5 ter e 5 quater, D.lgs. n. 286/1998).

Le differenze tra disciplina comunitaria e diritto interno si riscontrano nelle *conseguenze* che derivano dalla mancata collaborazione dell'interessato all'esecuzione della decisione di rimpatrio.

La cd. *direttiva rimpatri* prospetta la conseguenza del trattenimento in un centro di permanenza temporanea (*soltanto per preparare il rimpatrio e qualora non siano efficaci misure sufficienti ma meno coercitive*).

Il decreto legislativo n. 286/1998, invece, contempla la possibilità che –in funzione di *enforcement* delle decisioni di rimpatrio- entri in gioco anche un apparato di repressione penale con previsione di pene edittali di carattere detentivo e di lunga durata.

## **2.2. L'interpretazione correttiva suggerita dalla Circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza - Prot. 400/B/2010 - del 17/12/2010.**

In vista della scadenza del termine per recepire la direttiva rimpatri, nella prospettiva di un mancato adempimento da parte degli organi legislativi, l'amministrazione centrale –ossia, il Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno, nella persona del capo della Polizia- ha tentato di *adeguarsi* alla direttiva, emanando una circolare indirizzata alle Questure in cui si tenta di conciliare l'ordinamento interno con il diritto comunitario sopravvenuto. Senza entrare nell'esame specifico di tutto il corpo della circolare<sup>3</sup>, ci si limita qui a porre l'accento su tre punti:

- il Dipartimento di Pubblica Sicurezza, impartisce prescrizioni tese a conformare l'azione amministrativa al dettato della direttiva 2008/115/CE, in particolare sollecitando le Questure a motivare specificamente le ragioni per cui –con valutazione da fare caso per caso- i Questori possono non *concedere un termine per la partenza volontaria*; nella circolare si impartiscono una serie di suggerimenti sullo *standard motivazionale* utile a dimostrare l'assenza dei requisiti per veder concesso il termine per la partenza volontaria;
- l'osservanza di quelle prescrizioni –ad avviso del Dipartimento di Pubblica Sicurezza- rendono *compatibile* la legislazione nazionale alla direttiva rimpatri e sono funzionali a *neutralizzare gli effetti di eventuali ricorsi* opposti dallo straniero nel corso della procedura espulsiva;
- il Dipartimento di Pubblica Sicurezza, quantomeno implicitamente, aderisce alla tesi che vuole le disposizioni della *direttiva rimpatri* –almeno alcune di esse- dotate di *effetto diretto* nel nostro ordinamento; è –evidentemente- valutazione che non risulta vincolante per chi è investito di funzioni giurisdizionali; la circostanza è

---

<sup>3</sup> Su cui si diffonde ampiamente G. Savio, *Relazione*, cit. [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

comunque sintomatica della *percezione* che gli operatori hanno dell'impatto della direttiva sul nostro sistema.

Non è necessario in questa sede diffondersi oltre nell'esame della circolare del Dipartimento di Pubblica Sicurezza; ciò per due ragioni:

- 1) anzitutto, quella in esame è una mera circolare interpretativa, priva di qualsivoglia contenuto normativo;
- 2) in secondo luogo –come si vedrà nel prosieguo- uno Stato membro non può adeguare il proprio ordinamento a direttive comunitarie in materie già regolate con leggi nazionali, intervenendo con fonti di carattere gerarchicamente subordinato (in altri termini: l'unica forma di adeguamento possibile, per l'Italia, è l'intervento con fonti primarie).

### **3. Conseguenze del contrasto tra T.U. D.lgs. n. 286/1998 e direttiva 2008/115/CE. I diversi orientamenti.**

A seguito dell'entrata in vigore della *direttiva rimpatri* e della scadenza del termine per il recepimento della stessa negli ordinamenti interni, si è sviluppato un variegato dibattito dottrinale e si sono affermati diversi orientamenti giurisprudenziali. In estrema sintesi e senza pretese di completezza, si possono individuare **almeno sette orientamenti diversificati**:

#### **1) La direttiva non incide sulle norme incriminatrici del T.U. d.lgs. n. 286/1998<sup>4</sup>.**

In ragione del fatto che la direttiva non *vieta* al legislatore nazionale di prevedere sanzioni penali per la mancata obbedienza ad atti delle pubbliche autorità, non si può ritenere precluso al legislatore nazionale di incriminare la disobbedienza agli ordini del Questore. Tale orientamento si fonda su cinque capisaldi:

- a) la sfera penale è poi sottratta all'intervento del diritto comunitario, quantomeno in materia di immigrazione ed è prerogativa di scelte discrezionali dei legislatori nazionali; ciò è vero soprattutto se si considera che –in base al Trattato di Lisbona- le competenze penali comunitarie attribuite all'autorità sovra-nazionale saranno in futuro ancorate alla previsione di una competenza comunitaria espressamente attribuita all'UE; la *competenza penale* comunitaria, infatti, sarà riconosciuta –in base agli artt. 9-10 del del titolo VII del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie del Trattato di Lisbona- solo per il futuro e –relativamente agli atti adottati anteriormente- continueranno ad applicarsi secondo la valenza ad essi attribuita prima dell'entrata in vigore del Trattato<sup>5</sup>;

---

<sup>4</sup> Tesi recepite da: Tribunale di Verona, sentenza del 18 gennaio 2011, est. Piziali, Tribunale di Verona, sentenza del 20 gennaio 2011, est. Piziali e da Tribunale di Bologna, sentenza del 29 dicembre 2010, est. Palladino; Tribunale di Pavia, sentenza del 18 gennaio 2011, est. Rizzi; Tribunale di Milano, ordinanza 18.01.2011, est. Tremolada; Tribunale di Milano, ordinanza 11.02.2011, est. Barazzetta; Procura Generale di Torino, PG Maddalena, ricorso del 09.02.2011; materiale tutto pubblicato sul [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) . Nello stesso senso anche la Corte di Appello di Torino con provvedimento inedito.

<sup>5</sup> Cfr. T.E. Epidendio, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione, Intervento nel dibattito*, cit.; nello stesso senso, vedi anche: Tribunale di Milano, ordinanza 11 febbraio 2011, est. Barazzetta che –nel respingere una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia- sostiene quanto riportato nel testo. Il provvedimento è reperibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) .

- b) la direttiva rimpatri non osta esplicitamente all'adozione –da parte del legislatore nazionale- di sanzioni penali;
- c) del resto, la stessa direttiva non esclude che gli Stati membri adottino *tutte le misure necessarie* per assicurare il buon esito della procedura di allontanamento (art. 8 § 1 direttiva 2008/115/CE);
- d) la direttiva prevede che gli Stati membri possano adottare autonomi e **specifici ordini** distinti dalla decisione di rimpatrio (art. 8 § 3 direttiva 2008/115/CE)<sup>6</sup>; addirittura –in questa prospettiva- si è sostenuto che il legislatore possa “adottare tutte le norme ritenute idonee a *sanzionare l'inottemperanza* alla procedura di espulsione” (art. 8 della direttiva)<sup>7</sup>;
- e) la stessa sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 30.11.2009, cd. caso Kadzoev, causa C-357/09, ha ammesso che non si computassero –ai fini del calcolo dei termini massimi previsti dall'art. 15 della direttiva- i periodi di trattenimento in un C.P.T. nell'ambito di una procedura di richiesta di asilo; la Corte avrebbe così riconosciuto la possibile coesistenza di diversi titoli di privazione della libertà personale di un cittadino di Paese terzo trattenuto a fini di allontanamento; ciò che quindi renderebbe ammissibile anche la privazione della libertà a titolo di sanzione penale<sup>8</sup>.

**2) La direttiva non impedirebbe di ritenere comunque penalmente rilevanti le condotte di inottemperanza anteriori al 24 dicembre 2010.**

L'orientamento in esame<sup>9</sup> premette una considerazione: la normativa comunitaria –ragionevolmente- incide non tanto sulla legittimità delle fattispecie incriminatrici previste dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998, quanto piuttosto sulla legittimità degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto. Ciò nondimeno –anche ove si ritenesse l'incompatibilità tra art. 14 D.lgs. n. 286/1998 e contenuto della direttiva 2008/115/CE- si dovrebbe considerare che il termine di recepimento della direttiva è maturato al 24.12.2010 e che, quindi, gli ordini emessi in precedenza debbono essere considerati formalmente validi (ed efficaci sino al 24.12.2010); ne consegue che si dovrebbe ritenere la violazione della norma incriminatrice (art. 14, comma 5 ter o 5 quater D.lgs. n. 286/1998) quantomeno sino a quella data<sup>10</sup>. Rinviano a quanto si dirà in seguito, ci si limita qui a sottolineare due considerazioni:

<sup>6</sup> È la soluzione adottata dal Tribunale di Verona, sentenza del 18 gennaio 2011, est. Piziali, Tribunale di Verona, sentenza del 20 gennaio 2011, est. Piziali e da Tribunale di Bologna, sentenza del 29 dicembre 2010, est. Palladino. Sentenze pubblicate, sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>7</sup> Cfr. Tribunale di Milano, ordinanza 18 gennaio 2011, Giud. Tremolada, in cui si respinge una richiesta di revoca di misura cautelare, sostenendo che –nonostante l'entrata in vigore della direttiva- la fattispecie di cui all'art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998 è tuttora valida ed efficace e che, anzi, essa è esercizio della facoltà per il legislatore di *sanzionare l'inottemperanza*; non si può non notare, però, che nell'ordinanza, il Tribunale di Milano evoca un concetto –quello di *sanzione*- che risulta estraneo alla formulazione lessicale delle disposizioni della direttiva rimpatri. L'ordinanza è pubblicata sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>8</sup> Insiste su questo aspetto, Tribunale di Verona, sentenza del 20 gennaio 2011, est. Piziali, cit.

<sup>9</sup> È la tesi sostenuta dalla Procura Generale di Bologna, PG Candi, in una serie di appelli *de libertate* proposti al Tribunale per il Riesame di Bologna a seguito di ordinanze (anch'esse inedite) di revoca di misure cautelari, adottate dalla Corte di Appello di Bologna nei confronti di imputati –in allora- detenuti per violazione dell'art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998.

<sup>10</sup> Procura Generale di Bologna, PG Candi, pagg. 5-6 del ricorso, inedito, con rimandi –alla nota 7- a giurisprudenza di legittimità, con richiamo a: Cass. Civ. Sez. 1, sentenza n. 2369/1996, Rv. 496459; Cass. Civ. sez. 2, sentenza n. 10429 del 30.07.2001, Rv. 548633

- a) secondo tale ricostruzione, la direttiva rimpatri conterrebbe comunque norme chiare e incondizionate (quantomeno con riferimento all'art. 7 direttiva 2008/115/CE), tanto che la conseguenza delineata da questa tesi –per i fatti successivi al 25.12.2010- è quella dell'assoluzione dell'imputato inottemperante all'ordine;
- b) la tesi in esame non sembra prendere in considerazione che tale ricostruzione sembra porsi in contrasto con i principi generali delineati nell'art. 2 c.p. (che, secondo la giurisprudenza comunitaria, peraltro, rappresentano principi generali del diritto comunitario).

**3) La direttiva 2008/115/CE non ha effetto diretto. Incidente di legittimità costituzionale.**

La direttiva rimpatri **non conterrebbe norme chiare e non condizionate**: ciò risulterebbe dimostrato con evidenza dalla presenza di numerose riserve di intervento previste in diverse norme; e, pertanto, sarebbe priva di *effetto diretto* nel nostro ordinamento; essendo tuttavia innegabile il contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria, si dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte delle leggi, per violazione – quantomeno- dell'art. 117 della Costituzione<sup>11</sup>.

**4) La direttiva 2008/115/CE non sarebbe chiara nel precludere l'imposizioni di sanzioni penali come quelle nel TU d.lgs. n. 286/1998. Rinvio alla Corte di Giustizia.**

La direttiva rimpatri non sarebbe chiara –anzi è addirittura silente- nella parte in cui alcuni interpreti vorrebbero far discendere da essa l'impossibilità di prevedere sanzioni penali simili a quelle oggi previste in Italia; sicché si dovrebbe sospendere il processo e rimettere la questione interpretativa –con rinvio per interpretazione pregiudiziale- alla Corte di Giustizia perché chiarisca se il testo gli artt. 15-16 della *direttiva rimpatri* siano d'ostacolo ad una normativa sanzionatoria quale è prevista dal nostro diritto interno<sup>12</sup>.

**5) Necessità di distinguere tra inottemperanza agli ordini questurili impartiti a seguito di trattenimento in un C.I.E. e inottemperanza ad un ordine di allontanamento dato senza trattenimento in un C.I.E.**

Secondo altra opinione, la direttiva 2008/115/CE avrebbe effetto diretto nella parte regolata dall'art. 15 §§ 5-6, come del resto riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 30 novembre 2009, Kadzoev in causa C-357/09; data questa premessa, si dovrebbe distinguere tra due ipotesi:

- a) in caso di contestata violazione dell'art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998 a seguito di inottemperanza ad un ordine impartito dal Questore successivamente al trattenimento in un CIE, si dovrebbe ritenere oramai esaurito l'ambito applicativo della direttiva rimpatri e, conseguentemente, applicare la norma interna, dovendosi

---

<sup>11</sup> Si tratta della tesi sostenuta da F.Focardi, *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all'artt. 14 co. 5-ter e 5-quater d.lgs. 286/1998*, e da T.E. Epidendio, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione, Intervento nel dibattito* entrambi pubblicati sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Epidendio, in realtà, manifesta perplessità sulla stessa tesi del contrasto – dal punto di vista penalistico- tra norme incriminative e sistema previsto dalla direttiva rimpatri.

<sup>12</sup> Si tratta della soluzione accolta da Tribunale di Milano, ordinanza 24.01.2011 e da Tribunale di Rovereto, ordinanza 27.01.2011, entrambe pubblicate sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

ritenere oramai conclusa la procedura espulsiva così come regolamentata dal legislatore comunitario (e non potendosi –dopo l’esaurimento della procedura espulsiva- *vietare* al legislatore nazionale di incriminare fattispecie anche di mera disobbedienza);

- b) in caso di contestazione di violazione dell’art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998 a seguito di ordine di allontanamento (impartito dal Questore senza previo trattenimento nel CIE), si dovrebbe invece rilevare la sovrapposibilità tra normativa interna e comunitaria, constatare il contrasto tra le due discipline e –in ragione dell’effetto diretto da attribuire all’art. 15 direttiva 2008/115/CE- si dovrebbe *disapplicare* la norma interna con essa incompatibile<sup>13</sup>.

**6) La direttiva 2008/115/CE e l’illegittimità degli ordini di allontanamento: disapplicazione amministrativa dell’atto presupposto e assoluzione perché il fatto non sussiste.**

La direttiva rimpatri inciderebbe -con effetto diretto- sui presupposti del reato di cui all’art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998; in particolare, l’art 7, § 1, della direttiva renderebbe gli ordini di allontanamento illegittimi, così impedendo –come riconosciuto in ipotesi simili dalla stessa giurisprudenza comunitaria- che gli ordini amministrativi disattesi dal cittadino di Paese terzo possano avere ancora effetto nell’ambito di una procedura tesa all’irrogazione di sanzioni per l’inottemperanza; disapplicato l’atto amministrativo, viene meno il presupposto del reato, con la conseguenza che si dovrebbe assolvere l’imputato *perché il fatto non sussiste*<sup>14</sup>.

**7) La direttiva 2008/115/CE impedisce che si possano avere conseguenze sanzionatorie quali quelle previste dall’art 14 d.lgs. n. 286/1998.**

La direttiva 2008/115/CE –con norme provviste di effetto diretto (art. 15 e 16 della direttiva)- impedirebbe che -in conseguenza della mancata collaborazione del cittadino di Paese terzo al rimpatrio- si possano determinare per l’interessato conseguenze –in termini di privazione della libertà personale- diverse da quelle previste dall’art. 15 direttiva 2008/115/CE (che costituirebbe la massima compressione della libertà personale *tollerata* dall’ordinamento comunitario); la normativa inciderebbe sulla stessa fattispecie penale –determinando la non applicazione della sua parte *sanzionatoria*- con la conseguenza che l’imputato dovrebbe essere assolto *perché il fatto non è previsto dalla legge penale come reato*<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Trattasi dell’opinione di L. D’Ambrosio, *Qualche ulteriore considerazione sulla illegittimità comunitaria della vigente disciplina amministrativa e penale in materia di espulsioni*, pubblicato sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>14</sup> Si tratta della soluzione adottata da Tribunale di Cagliari, sentenza 14 gennaio 2011, est. Renoldi, ove ci si diffonde in un’ampia motivazione sulla necessità di disapplicare l’atto amministrativo presupposto divenuto non più applicabile per effetto dell’entrata in vigore della direttiva; nello stesso senso, si veda anche: Tribunale di Torino, sentenza del 03.01.2011, est. La Gatta e Tribunale di Torino, sentenza del 08.01.2011, est. A. Salvatori, che esplicitamente procedono alla disapplicazione degli ordini illegittimi; Tribunale di Torino, sentenza del 04.01.2011, est. Minucci. Sentenze tutte pubblicate sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); in prospettiva analoga –pur avendo deciso di rimettere gli atti alla Corte di Giustizia- sembra muoversi la Corte di Appello di Trento, ordinanza 02.02.2011, Pres. Pagliuca (anche essa pubblicata su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

<sup>15</sup> È la soluzione adottata da Tribunale di Torino, sentenza 05 gennaio 2011, est. Bosio; Tribunale di Torino sentenza del 20 gennaio 2011, est. Natale. Nello stesso senso si vedano anche: Procura della Repubblica di Pinerolo, 13 gennaio 2011 (richiesta di archiviazione), p.m. Amato; Nota del Procuratore

#### 4. 4.1. Criteri per risolvere il contrasto.

##### 4.1. In generale.

Senza pretese di completezza, ci si limita qui a qualche richiamo istituzionale. È nota la *sequenza* che il giudice interno deve percorrere –secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, alla quale si è oramai adeguata (fatte salve le sfumature) anche la giurisprudenza costituzionale- per affrontare le problematiche di contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria:

1) vi è –da parte del giudice nazionale- l'**obbligo di interpretare** il diritto interno in maniera **comunitariamente orientata** (il criterio della cd. *interpretazione conforme*), al fine di garantire il conseguimento del *risultato* ricavabile dalla *lettera* e dallo *scopo* perseguito con la direttiva<sup>16</sup>; a parte il necessario riferimento alla celebre sentenza resa dalla Corte nel cd. *caso Marleasing*<sup>17</sup>, 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); è il cd. *caso Pupino* (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 16 giugno 2005, Pupino, C-105/03) ove si legge:

---

della Repubblica di Firenze, 18 gennaio 2011; Nota del Procuratore della Repubblica di Roma, 7 febbraio 2011; Procura della Repubblica di Rovereto, 17 gennaio 2011, PM merlo (decreto di immediata liberazione ex art. 389 c.p.p.); provvedimenti –tutti- pubblicati sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Nello stesso senso Procura della Repubblica di Milano, 19 gennaio 2011, PM Poniz e Procura della Repubblica di Firenze, 06 gennaio 2011, PM Barlucchi (decreto di immediata liberazione ex art. 389 c.p.p.), inediti.

<sup>16</sup> “Un altro aspetto della prospettiva pedagogica nella quale si muove il giudice comunitario nel definire la portata della direttiva è rinvenibile nell’accento posto sull’obbligo del giudice nazionale, nonché delle amministrazioni di 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 comma 3 del Trattato” (pre-Lisbona) (Tesauro, Diritto comunitario, 2<sup>a</sup> ed. 2003, pag. 178; vedi note con citazione delle sentenze Marleasing et similia). Vi è, in definitiva, “l’obbligo del giudice di utilizzare tra le chiavi di interpretazione del diritto nazionale quella che consenta di attribuirgli un significato conforme o compatibile con il diritto comunitario”. (...) “Il criterio dell’interpretazione conforme riguarda la direttiva in quanto tale, indipendentemente dal suo eventuale effetto diretto” (Tesauro, Diritto comunitario, 2<sup>a</sup> ed. 2003, pag. 179). Rimangono casi in cui il criterio dell’interpretazione conforme non può giovare, quando vi sia una palese e non sanabile difformità tra norma interna e quella contenuta in direttiva. Quando ciò si verifica e la norma sia provvista di effetto diretto, il giudice deve disapplicare la norma nazionale contrastante, affinché non si pervenga ad un esito contrario al diritto comunitario (Tesauro, Diritto comunitario, 2<sup>a</sup> ed. 2003, pag. 180). “Più in generale va rilevato che la costruzione fatta valere dalla Corte di Giustizia –per quanto appaia poco rigorosa- le ha consentito di modellare *al giusto* la soluzione del caso concreto, dosando l’effetto diretto anche in funzione dei valori che, di volta in volta, vengono in rilievo: che, all’occorrenza, possono anche prevalere sul (non troppo) rigido assetto geometrico degli effetti diretti” (Tesauro, Diritto comunitario, 2<sup>a</sup> ed. 2003, pag. 180).

<sup>17</sup> Corte di Giustizia, sesta sezione, sentenza del 13 novembre 1990, *Marleasing* causa c-106/89; punto 8 della sentenza: “Per risolvere questa questione occorre ricordare che, come la Corte ha precisato nella sentenza 10 aprile 1984, Von Colson e Kamann, punto 26 della motivazione ( causa 14/83, Racc . pag . 1891 ), che “l’obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l’**obbligo** loro imposto dall’ art . 5 del Trattato, di adottare **tutti i provvedimenti** generali o particolari atti a **garantire l’adempimento** di tale obbligo, **valgono per tutti gli organi** degli Stati membri, ivi **compresi, nell’ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali**. Ne consegue che nell’ applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il **giudice nazionale deve 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 . 189, terzo comma, del Trattato”.

al punto 43: “applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato ad interpretare quest’ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all’art. 34, n. 2, lett. b), UE”;

al punto 47: “**l’obbligo** per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell’**interpretazione** delle norme pertinenti del suo diritto nazionale **cessa** quando quest’ultimo non può ricevere un’applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Tale principio richiede tuttavia che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest’ultimo può ricevere un’applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro”;

2) in caso di impossibilità di dare interpretazione comunitariamente orientata ad una norma di diritto interno, si deve **disapplicare** il [o -secondo altre sistemazioni teoriche- *non dare applicazione* al] **diritto interno**, nell’ipotesi in cui vi sia contrasto insanabile per via interpretativa e purché alla norma comunitaria possa essere riconosciuto un *effetto diretto*<sup>18</sup>. Per comprendere se una norma abbia –o meno- effetto diretto, la giurisprudenza comunitaria (infine recepita dalla giurisprudenza costituzionale; cfr. tra le altre C.Cost. sentenza n. 170/1984 e C. Cost. sentenza n. 389/1989) ha delineato criteri interpretativi consolidati; la norma comunitaria deve assegnare al singolo un **diritto** (una posizione soggettiva di vantaggio) in modo **sufficientemente chiaro e preciso e non condizionato** dall’intervento di altri atti dell’UE o degli Stati membri<sup>19</sup>; l’effetto diretto, ovviamente, –in caso di direttive comunitarie- si produce nell’ordinamento interno solo –come è nel caso di specie- successivamente alla scadenza del termine di recepimento;

3) nell’ipotesi in cui la norma comunitaria non abbia effetto diretto o si dubiti della sua effettiva portata, vi sono due alternative:

(3.a) dubbi sulla portata della norma comunitaria: **rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia**; il rinvio pregiudiziale non è tuttavia necessario quando il significato della norma

---

<sup>18</sup> “Va premesso che “dell’effetto diretto sono provviste tutte le disposizioni comunitarie che siano sufficientemente chiare e precise e la cui applicazione non richieda [*non sia condizionata* a] l’emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionale di esecuzione o comunque integrativi” (Tesauro, Diritto comunitario, 2<sup>a</sup> ed. 2003, pag. 165; vedi note a pag. 167). Va ancora premesso che “non è che una direttiva sia provvista di effetto diretto in quanto sia dettagliata, poiché a quel fine non rileva il grado di dettaglio, bensì che la norma non sia condizionata per la sua applicazione ad alcun atto delle autorità nazionali; tanto è vero che anche le disposizioni di un regolamento che non abbiano queste caratteristiche non sono provviste di effetto diretto” (Tesauro, Diritto comunitario, 2<sup>a</sup> ed. 2003, pag. 169). “L’attribuzione di effetto diretto a determinate disposizioni contenute in direttive si fonda su...: a) un preciso obbligo dello Stato, che ha come contropartita un diritto del singolo; b) l’art. 249 (trattato pre-lisbona) non esclude che atti diversi dal regolamento producano gli stessi effetti; c) la portata dell’obbligazione sarebbe ridotta se i singoli non ne potessero far valere l’efficacia e i giudici nazionali non potessero prenderla in considerazione, come è confermato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale”.

<sup>19</sup> Giova richiamare un passaggio del manuale di diritto comunitario di Tesauro: “Ne consegue che – ancora una volta sulla base del criterio che vuole la sostanza prevalere sulla forma- occorre esaminare caso per caso “ se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti tra gli Stati membri ed i singoli” (Tesauro, Diritto comunitario, 2<sup>a</sup> ed. 2003, pag. 170-171; vedi riferimenti in nota 237.

comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e si impone soltanto quando occorra risolvere un dubbio interpretativo (cfr. C.Cost. sentenza n. 28/2010, con richiami alla giurisprudenza comunitaria);

(3.b) se la norma non ha effetto diretto: **questione di legittimità costituzionale** davanti alla **Corte Costituzionale** per violazione dell'art. 11 Cost. e dell'art. 117 Cost. L'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa infatti che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario -che compete così alla Corte costituzionale- davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 e – oggi- anche dell'art. 117, primo comma, Cost. (Cfr. C. Cost. sentenza n. 28/2010, con richiami alle precedenti sentenze n. 170 del 1984, n. 317 del 1996, n. 284 del 2007).

Vanno, poi, aggiunte **alcune specificazioni**, non controverse nella giurisprudenza comunitaria e utili ad affrontare alcune questioni insorte in merito alle ricadute sull'ordinamento italiano della cd. *direttiva rimpatri*.

4) Il fenomeno dell'*effetto diretto* della norma comunitaria, con conseguente *in-applicazione* del diritto nazionale, consiste **non già in un effetto sostitutivo** (cioè di sostituzione della norma comunitaria alla norma interna), ma in un mero effetto di *preclusione* alla produzione di effetti per la norma interna incompatibile con il diritto comunitario<sup>20</sup>; a ciò si deve aggiungere il fatto che –come noto- alle norme comunitarie può essere attribuito effetto diretto solo se favorevoli al singolo interessato nell'ambito di una relazione giuridica che lo vede coinvolto di fronte ad un'autorità pubblica;

5) Va chiarito che la normativa comunitaria -perché le si riconoscano *effetti diretti*- non necessariamente deve essere per intero connotata da tali caratteristiche, essendo sufficiente che essa –anche su punti specifici- attribuisca ai singoli diritti chiaramente formulati e non condizionati dall'intervento di altri atti dell'UE o degli Stati membri<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Così, persuasivamente, F. Viganò, *il dibattito continua*, cit.: “L'effetto diretto, che la tesi qui sostenuta ritiene debba attribuirsi alle norme in questione in relazione alle incriminazioni di cui all'art. 14 commi 5-ter e quater t.u., concerne quello che i comunitaristi chiamano effetto “di esclusione” della norma nazionale contrastante con la norma UE, e non già un effetto “di sostituzione” della norma medesima. Mi spiego: ciò che intendo sostenere è, semplicemente, che la norma UE comporti l'obbligo per il giudice italiano di disapplicare la norma incriminatrice contrastante, escludendo per l'effetto che essa venga in considerazione quale parametro di decisione del caso concreto; senza con ciò sostenere che la norma UE debba sostituirsi alla norma interna nel dettare la regolamentazione del caso concreto. Né, del resto, il giudice avrebbe alcuna necessità di applicare direttamente la norma UE sui trattenimenti al caso concreto, posto che – nell'ambito di un giudizio penale per inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore – la direttiva UE esaurirebbe i propri effetti diretti nel paralizzare l'applicazione della norma incriminatrice. Con ciò peraltro non si produrrebbe alcuna lacuna, posto che l'impossibilità di applicare la norma incriminatrice comporta semplicemente... il riconoscimento dell'irrelevanza penale del fatto, e la conseguente assoluzione dell'imputato.

<sup>21</sup> Da C.Cost. 168/1991: la diretta applicabilità, in tutto od in parte, delle prescrizioni delle direttive comunitarie non discende unicamente dalla qualificazione formale dell'atto fonte, ma richiede ulteriormente il riscontro di alcuni presupposti sostanziali: la prescrizione deve essere *incondizionata* (sì da non lasciare margini di discrezionalità agli Stati membri nella loro attuazione) e *sufficientemente precisa* (nel senso che la fattispecie astratta ivi prevista ed il contenuto del precetto ad essa applicabile devono essere determinati con completezza, in tutti i loro elementi), ed inoltre lo Stato destinatario - nei cui confronti (e non già nei confronti di altri) il singolo faccia valere tale prescrizione - deve risultare inadempiente per essere inutilmente decorso il termine previsto per dar attuazione alla direttiva. La ricognizione in concreto di tali presupposti costituisce l'esito di un'attività di interpretazione della direttiva

Diversamente opinando, si rischierebbe di frustrare l'effetto utile delle direttive comunitarie, relativamente alle parti in cui esse già attribuiscono diritti in modo chiaro e non condizionato (del resto, è la stessa *ratio* sottesa alla giurisprudenza comunitaria – pedagogica e sanzionatoria<sup>22</sup> delle inadempienze degli Stati membri- a confermarlo); inoltre, si consentirebbe agli Stati membri di *ostacolare* la piena attuazione del diritto comunitario limitandosi a mantenere un atteggiamento dilatorio; infine, si trascurerebbe il fatto che le direttive –per loro natura- non hanno un effetto diretto.

La teoria dell'effetto diretto –in altri termini- impone all'interprete proprio di individuare – all'interno di una normativa generalmente *non self executing*- quelle posizioni soggettive di vantaggio per il singolo che siano descritte in modo chiaro e non condizionato, così garantendo negli ordinamenti nazionali spazi di tutela immediata di posizioni soggettive già garantite dal diritto comunitario.

Nella giurisprudenza comunitaria –senza pretese di completezza- vi sono plurime conferme di quanto appena sostenuto. Traggio una conferma da una recente sentenza della Corte di Giustizia; ci si limita ad un riferimento piuttosto recente, probabilmente utile a comprendere anche quali siano gli *schemi argomentativi* utilizzati dalla Corte di Giustizia:

- - **C. Giust. C-194/08, Susanne Gassmayr contro Bundesminister für Wissenschaft und Forschung, sent. 1 luglio 2010**; il giudizio *a quo* era relativo ad un caso di diritto –attribuito dalla direttiva- ad ottenere la modifica delle condizioni di lavoro e al riconoscimento di una “indennità adeguata” in favore di lavoratrici gestanti, puerpere ed in allattamento; in quella sentenza, la Corte ha:
  - ritenuto che abbia effetto diretto (punto 46 della sentenza) l'art. 11, punti 1-3, della direttiva 92/85 “dato che impone agli Stati membri, in termini non equivoci, un obbligo di risultato preciso (consistente nel garantire, a seguito di una modifica delle condizioni lavorative, di un'assegnazione provvisoria ad un'altra mansione e nei periodi di assenza dal lavoro per gravidanza ex artt. 5-7 della stessa direttiva nonché durante il congedo di maternità ex art. 8 della medesima, i diritti connessi al contratto di lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento nonché il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata)”;
  - ritenuto che non incida sul carattere incondizionato del diritto la previsione dell'art. 11, punto 1, della direttiva 92/85 secondo cui “con riguardo alle lavoratrici gestanti nei casi contemplati all'art. 5 della medesima – vale a dire quelle interessate da una modifica temporanea delle condizioni di lavoro, da un'assegnazione provvisoria ad un altro posto o, ove ciò fosse impossibile, da una dispensa dal lavoro – tale retribuzione deve essere garantita conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali”; infatti (punto 48 della sentenza), il rinvio alla legislazione e alle prassi nazionali non incide sul carattere preciso ed incondizionato dell'art. 11, punto 1, della direttiva 92/85. Infatti, sebbene tale disposizione lasci agli Stati membri un certo margine discrezionale nell'adottare le sue modalità di attuazione, tale circostanza non rimette in discussione il suo carattere preciso ed incondizionato. Le modalità

---

comunitaria e delle sue singole disposizioni, che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 177, secondo comma, del Trattato di Roma, facoltà quest'ultima che invece costituisce obbligo per il giudice nazionale di ultima istanza (art. 177, terzo comma, cit.), sempre che - secondo quanto ritenuto dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (sent. 6 ottobre 1982, in causa 283/81) - il precetto della norma comunitaria non si imponga con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla sua esegesi.

<sup>22</sup> Cfr. Tesaurò, Diritto, 2<sup>a</sup> ed. 2003, cit., pag. 183.

di siffatta attuazione non possono in alcun modo incidere sul contenuto stesso del diritto sancito dall'art. 11, punto 1, e non possono dunque condizionare l'esistenza o restringere la portata di tale diritto (v. sentenze Parviainen, cit., punto 55, e, per quanto riguarda l'art. 10 della direttiva 92/85, 4 ottobre 2001, causa C-438/99, Jiménez Melgar, Racc. pag. I-6915, punti 33 e 34; v. altresì, per analogia, sentenze 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., Racc. pag. I-8835, punto 105, nonché 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, Racc. pag. I-2483, punto 67);

- ritenuto che –laddove il singolo reclami nei confronti dello Stato l'effetto diretto di una direttiva sotto un duplice profilo- si debba procedere all'esame separato delle due questioni (punto 55-56 della sentenza): punto 55: “Si deve anzitutto precisare che, con tale questione, il giudice del rinvio si interroga sulla portata del diritto di una lavoratrice gestante a percepire un reddito in due periodi distinti, vale a dire, da un lato, nel periodo di sospensione del lavoro nel corso della gravidanza e, dall'altro, in quello di astensione obbligatoria dal lavoro corrispondente al congedo di maternità”; punto 56: “Alla luce del fatto che i due periodi menzionati sono disciplinati da disposizioni differenti della direttiva 92/85, si devono fornire soluzioni separate alla questione posta dal giudice del rinvio, a seconda che quest'ultima abbia ad oggetto il diritto di una lavoratrice ad essere retribuita durante la gravidanza, ovvero durante il congedo di maternità”.

6) secondo la giurisprudenza comunitaria, la possibilità di riconoscere **effetto diretto** ad una disposizione della direttiva che attribuisce al singolo una posizione soggettiva di vantaggio **non** risulta **preclusa** dal fatto che vi possano essere –all'interno della medesima direttiva- disposizioni che assegnano agli Stati membri la **facoltà di introdurre deroghe** che risultino in qualche misura limitative della posizione soggettiva di vantaggio attribuita all'interessato (in questo caso al cittadino di Paese terzo).

Infatti, sino a che gli Stati membri non esercitino la prerogativa normativa loro riconosciuta dal diritto comunitario, si deve ritenere che il diritto riconosciuto al singolo dall'ordinamento dell'Unione europea sia esteso in tutta la sua latitudine (ciò che esclude che –in simili casi- l'inerzia dei legislatori nazionali possa comprimere posizioni soggettive di vantaggio riconosciute dal diritto comunitario).

Nella giurisprudenza comunitaria –anche qui, senza pretese di completezza- vi sono svariate conferme di quanto appena sostenuto. Anche sotto questo profilo, ci si limita ad un semplice richiamo –a titolo esemplificativo- ad una recente sentenza della Corte di Giustizia (relativamente al carattere incondizionato di un *diritto* di prestazione, reclamabile dal singolo nei confronti dello Stato):

- **Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 14 ottobre 2010, nel procedimento C-243/09, nella causa Günter Fuß contro Stadt Halle**, in materia di disciplina della durata massima dell'orario settimanale di lavoro e di conseguenze del rifiuto di effettuare un lavoro che superi tale durata; **la direttiva** oggetto di rinvio pregiudiziale **attribuiva all'art. 6 lett. b) un certo diritto, prevedendo la possibilità** –per gli Stati- **di introdurre alcune deroghe, disciplinate dall'art. 22** della direttiva; ciò premesso, in quella decisione, la Corte ha, tra l'altro, ritenuto che, nel caso in cui al singolo sia attribuito in modo chiaro un diritto (ad un tetto massimo dell'orario di

lavoro)<sup>23</sup>, la previsione di una facoltà di deroga a tale diritto, ricorrendo determinate condizioni, non esclude –in mancanza di esercizio della facoltà di deroga- il carattere chiaro e incondizionato della norma che attribuisce il diritto:

(punto 38 della sentenza: “**in mancanza di provvedimenti di diritto interno che attuino la facoltà di deroga** concessa agli Stati membri dall’**art. 22, n. 1, primo comma**, della direttiva 2003/88, tale disposizione è **priva di qualsiasi rilievo per dirimere la controversia** principale e che, **di conseguenza, deve essere preso in considerazione soltanto l’art. 6, lett. b)**, della direttiva in parola, poiché sancisce il principio del rispetto, da parte degli Stati membri, della durata media massima di 48 ore lavorative per ogni periodo di 7 giorni”). Infatti (punto 56 della sentenza) “per quanto riguarda ... le conseguenze derivanti per i giudici nazionali da una siffatta violazione dell’art. 6, lett. b), della direttiva 2003/88, occorre ricordare come da una giurisprudenza costante della Corte risulti che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, segnatamente in qualità di datore di lavoro, in particolare ove quest’ultimo non abbia recepito nei termini tale direttiva nel diritto interno o non l’abbia recepita correttamente (v., in tal senso, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, Racc. pag. 723, punti 46 e 49, nonché 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki e a., Racc. pag. I-3071, punti 193 e 194). (punto 57): “Orbene, **l’art. 6, lett. b), della direttiva 2003/88 risponde a tali criteri, giacché addossa agli Stati membri, in termini non equivoci, un’obbligazione di risultato precisa e assolutamente incondizionata quanto all’applicazione della regola da esso enunciata, che consiste nella previsione di un limite di 48 ore, compresi gli straordinari, per la durata media dell’orario di lavoro settimanale** (v., in tal senso, sentenza Pfeiffer e a., cit., punto 104). (Punto 58): A tal riguardo, **benché la direttiva 2003/88 al suo art. 22, n. 1, primo comma, consente agli Stati membri di derogare alle disposizioni dell’art. 6 della medesima, tale circostanza non incide sul carattere preciso e incondizionato di quest’ultimo articolo,** lett. b). Infatti, la facoltà degli Stati membri di non applicare tale art. 6 è subordinata al rispetto di tutte le condizioni enunciate all’art. 22, n. 1, primo comma, cosicché è possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata (v., in tal senso, sentenza Pfeiffer e a., cit., punto 105).

7) Deve infine essere evidenziato che –allorché una direttiva comunitaria intervenga in un campo già considerato dal legislatore nazionale con norme in vigore in epoca precedente alla scadenza del termine per il recepimento della direttiva- la **trasposizione** di quest’ultima negli ordinamenti interni deve essere realizzata **con un atto di rango equivalente a quello interessato dalla direttiva**. Anche relativamente a tale profilo, sono riscontrabili plurime conferme nella giurisprudenza comunitaria, che ancora tale necessità a principi di *certezza del diritto*; si considerino –a titolo di esempio- le seguenti pronunce:

---

<sup>23</sup> Punto 57 della sentenza citata: “Orbene, l’art. 6, lett. b), della direttiva 2003/88 risponde a tali criteri, giacché addossa agli Stati membri, in termini non equivoci, un’obbligazione di risultato precisa e assolutamente incondizionata quanto all’applicazione della regola da esso enunciata, che consiste nella previsione di un limite di 48 ore, compresi gli straordinari, per la durata media dell’orario di lavoro settimanale (v., in tal senso, sentenza Pfeiffer e a., cit., punto 104)”.

- **Corte di Giustizia, Sesta Sezione del 7 marzo 1996.** - Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese, causa C-334/94: l'ordinamento francese conteneva disposizioni legislative incompatibili con norme comunitarie; il governo francese si era difeso evidenziando di avere già emanato una circolare tale da assicurare comunque il risultato prefissato dalla direttiva comunitaria e di avere già presentato al Parlamento nazionale un disegno di legge; tali comportamenti *-lato sensu-* normativi non sono stati ritenuti soddisfacenti dalla Corte che -al punto 30 della sentenza- afferma: "Occorre ricordare anzitutto che, per giurisprudenza costante, **l'incompatibilità** della legislazione nazionale con le disposizioni del Trattato, persino direttamente applicabili, **può essere definitivamente soppressa solo tramite disposizioni interne vincolanti** che abbiano **lo stesso valore giuridico di quelle da modificare**. Semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dall'amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi del Trattato (v. sentenza 15 ottobre 1986, causa 168/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 2945, punto 13);

- **Corte di Giustizia, sentenza dell'11 giugno 1991** - commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese, causa 307/89, la cui massima recita "il mantenimento di una normativa nazionale che sia di per sé incompatibile con il diritto comunitario, anche se lo Stato membro interessato agisca in conformità con tale diritto, determina una situazione di fatto ambigua, mantenendo per gli interessati uno stato di incertezza circa le loro possibilità di fare appello al diritto comunitario, incertezza che può solo essere accresciuta dal carattere interno delle istruzioni semplicemente amministrative con le quali sarebbe esclusa l'applicazione della legge nazionale. Esso costituisce pertanto inadempimento degli obblighi imposti dal Trattato";

- **Corte di Giustizia, Sentenza del 15 Ottobre 1986**, Commissione contro Italia, causa 168/85: in quel caso, la Corte di Giustizia *-replicando al governo italiano che allegava a propria difesa l'esistenza di prassi amministrative conformi al diritto comunitario-* ha sostenuto *-al punto 13-* che "l'incompatibilità della legislazione nazionale con le disposizioni del trattato, persino direttamente applicabili, può essere definitivamente soppressa solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare. Come la corte ha dichiarato nella costante giurisprudenza relativa all'attuazione delle direttive da parte degli stati membri, semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dell'amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi del trattato"; al punto 14, la Corte ha aggiunto 14 "la Repubblica italiana non può quindi sottrarsi all'obbligo di adattare la sua legislazione nazionale a quanto prescritto dal trattato invocando l'applicabilità diretta delle disposizioni di quest'ultimo, oppure il fatto di avere adottato una data prassi amministrativa, o inoltre la migliore conoscenza che i cittadini comunitari avrebbero dei loro diritti. Nella fattispecie, del resto, questi rimangono in uno stato di incertezza non solo per la conservazione in vigore di disposizioni nazionali contrarie al trattato, ma anche per l'entrata in vigore di nuove disposizioni della stessa natura ...".

Ne discende la conclusione per cui non rileva *-in ordine alla valutazione dell'inadempimento agli obblighi comunitari da parte dell'ordinamento italiano-* l'emissione della circolare del Dipartimento di Pubblica sicurezza, sopra citata.

## **4.2. Il diritto comunitario ed il diritto penale<sup>24</sup>.**

Si ritiene, tradizionalmente, che l'ordinamento comunitario non abbia la facoltà di incidere sulla sovranità degli Stati membri in materia penale. Affermazione tradizionale che –tuttavia- deve essere oggetto di seria revisione. Anche in questo caso, non si può che procedere schematicamente.

In dottrina<sup>25</sup>, si distinguono tre moduli diversi di possibile *interferenza* o *integrazione* tra normativa sovra-nazionale (ivi comprese le fonti comunitarie) e normativa interna. Anche qui si deve procedere in modo schematico:

- a) l'*affidamento*, ossia l'imposizione allo Stato membro di un obbligo di intervento legislativo per la previsione di determinati illeciti penali;
- b) l'*assimilazione*, ossia l'intervento di una fonte comunitaria per l'estensione –a tutela di interessi comunitari- di illeciti penali già previsti dalla legge nazionale;
- c) un modulo *interpretativo* che –per il tramite dell'attività interpretativa- verifica la (in)compatibilità del diritto interno con la normativa comunitaria eventualmente provvista di effetto diretto, con conseguente *disapplicazione* (o *non applicazione*) della norma interna confliggente con la fonte comunitaria; dovendosi –si badi- distinguere le ipotesi di *disapplicazione* (o *non applicazione*) *in bonam partem* (questa affidata direttamente ai giudici comuni) dalle ipotesi di *disapplicazione in malam partem* (questa preclusa ai giudici comuni, non potendo derivare pregiudizio al singolo dal riconoscimento di effetti diretti a norme comunitarie non recepite dal legislatore interno; hanno evocato questo stesso principio tanto la Corte di Giustizia, Grande Sezione 3 maggio 2005, Berlusconi ed altri, causa C-387/02 quanto la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 28/2010).

Ciò posto, deve, da un lato, rammentarsi –pur non rilevando ciò nel caso di specie- che, in determinate materie, le competenze dell'Unione Europea –con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona- sono esplicitamente estese anche alla materia penale (la previsione è tuttavia valida limitatamente alle materie esplicitamente considerate dal legislatore comunitario e non si applica alle norme adottate precedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>26</sup>).

Deve, dall'altro lato, considerarsi anche che –già nell'assetto pre-vigente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona- il tema delle interferenze tra diritto comunitario e diritto penale dettato dagli ordinamenti interni è già stato affrontato in più occasioni sia dalla giurisprudenza comunitaria, sia dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità (addirittura, in alcuni casi, sotto il profilo del preteso obbligo di previsione –da parte degli stati membri- di predisposizione di un certo apparato di repressione penale<sup>27</sup>).

---

<sup>24</sup> Per qualche nozione istituzionale, si veda A. Nappi, Manuale di diritto penale, parte generale, ed. 2007, pagg. 49-61; si veda anche –con ampi riferimenti bibliografici- T.E. Epidendio *Schema di orientamento generale sul sistema integrato di tutela dei diritti... Relazione all'incontro di studi organizzato dal CSM*, reperibile –per gli accreditati- sul sito [www.cosmag.it](http://www.cosmag.it).

<sup>25</sup> Cfr. A. Nappi, Manuale, cit., pagg. 49-61.

<sup>26</sup> Cfr. artt. 9 e 10, titolo VII del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie del medesimo Trattato di Lisbona, come notato da Epidendio, *Intervento nel dibattito*, cit.

<sup>27</sup> Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione 3 maggio 2005, Berlusconi ed altri, causa C-387/02 (in materia di [in]adeguatezza della sanzione penale prevista dall'ordinamento italiano); la Corte non ha affrontato il merito della questione, ma non per inammissibilità della valutazione di adeguatezza a lei richiesta dai giudici *a quibus*, bensì per effetto della irrilevanza della sua ipotetica decisione, posto che il principio di

Senza poter entrare troppo nello specifico, ci si limita qui a segnalare una linea di tendenza affermatasi nella giurisprudenza comunitaria che sollecita una *lettura estensiva* delle competenze comunitarie –anche in tema di potestà *penale*- attraendo così nell’orbita comunitaria (e –si badi- all’orbita *penale comunitaria*) materie che –nell’assetto *pre-Lisbona*- erano tradizionalmente ricondotte al cd. Terzo Pilastro<sup>28</sup>, così riconoscendo che

[anche] “se è vero che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità (v., in tal senso, sentenze 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati, Racc. pag. 2595, punto 27, 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens, Racc. pag. I-3711, punto 19, nonché 13 settembre 2005, Commissione/Consiglio, cit., punto 47), resta nondimeno il fatto che **il legislatore comunitario, allorché l’applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l’obbligo di introdurre tali sanzioni** per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito (v., in tal senso, sentenza 13 settembre 2005, Commissione/Consiglio, cit., punto 48)<sup>29</sup>.”

Si badi: affermazioni simili sono state formulate dalla Corte di Giustizia per sostenere la ammissibilità –già prima di Lisbona- di interventi comunitari in materia penale tali da comportare obblighi di incriminazione per gli Stati membri.

E –ciò posto- è ancora opportuno svolgere una sottolineatura: successivamente al deposito della sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005, causa C-176/03, cit., la Commissione in data 23.11.2005 ha inoltrato una comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio<sup>30</sup>, nella quale ha indicato quali potessero essere le conseguenze della sentenza della Corte di Giustizia. Orbene: tra le conseguenze ivi considerate, la Commissione indica esplicitamente la necessità di rivedere l’assetto degli interventi normativi in materia di repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali (inizialmente regolamentati –*in parallelo*- nell’ambito del Primo e del Terzo Pilastro, con previsione –anche- di obblighi di incriminazione<sup>31</sup>). Tale indicazione permette di formulare due conclusioni: in primo luogo, che la materia *dell’immigrazione* (e della repressione dell’immigrazione irregolare) è materia –a pieno titolo- *comunitaria*; in secondo luogo, che,

---

*irretroattività* della disciplina sfavorevole –dalla Corte ritenuto principio fondamentale dell’ordinamento- avrebbe comunque impedito alla sua decisione di produrre effetti.

<sup>28</sup> Si vedano due sentenze in particolare: Corte di Giustizia, sentenza 13 settembre 2005, causa C-176/03, commissione c. Consiglio, in materia di protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale; Corte di Giustizia, sentenza 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione contro Consiglio in materia di repressione dell’inquinamento provocato da navi.

<sup>29</sup> Corte di Giustizia, sentenza 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione contro Consiglio, punto 66 della sentenza. La precedente sentenza Corte di Giustizia, sentenza 13 settembre 2005, causa C-176/03, commissione c. Consiglio aveva affermato principi simili: Punto 47: “Orbene, **in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità** (v., in tal senso, sentenza 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati, Racc. pag. 2595, punto 27, e 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens, Racc. pag. I-3711, punto 19)”. Punto 48: “**Quest’ultima constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l’applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri** e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell’ambiente”.

<sup>30</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 23.11.2005 COM(2005), 583; cfr.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0583:FIN:IT:PDF> .

<sup>31</sup> Cfr. direttiva 2002/90/CE del 28.11.2002 e decisione quadro 2002/946/GAI del 28.11.2002.

nell'ambito di tale materia, il legislatore comunitario ha competenza –occorrendo- ad intervenire con norme che abbiano ricadute anche in materia penale<sup>32</sup>. Con il che risulta smentito l'assunto relativo all'esistenza –in materia penale- di una sfera discrezionale riservata agli Stati membri comunque intangibile<sup>33</sup>.

Del resto, non si può trascurare che –già sino ad oggi, e quindi prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e pur in assenza di esplicite attribuzioni di competenze penali all'ordinamento comunitario- il tema delle interferenze tra diritto comunitario e diritto penale dettato dagli ordinamenti interni è già stato affrontato in più occasioni sia dalla giurisprudenza comunitaria, sia dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Deve, a questo punto, essere ricordato che –secondo la Corte di Giustizia- sussiste l'obbligo di *interpretazione conforme*, consistente –come già ricordato- nel dovere per il giudice nazionale di interpretare il proprio diritto interno –anche in materia penale- in materia comunitariamente orientata (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 16 giugno 2005, Pupino, C-105/03, citata) con il limite di non potere addivenire a *interpretazioni del diritto interno contra legem*; si deve escludere che l'interpretazione comunitariamente orientata –così la citata sentenza Pupino- “possa condurre a determinare o ad aggravare sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni (v., per quanto riguarda le direttive comunitarie, in particolare, sentenze Corte di Giustizia, Grande Sezione, citata, punto 24, e 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I-3565, punto 74)”.

Ciò posto –e ragionando qui di efficacia diretta del diritto comunitario favorevole alla posizione soggettiva del singolo interessato- si deve poi osservare che:

a) la **Corte di Giustizia** ha già esplicitamente –e ripetutamente- riconosciuto che “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**”

[Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza 6 marzo 2007, Placanica ed altri, causa C-338/04 ed altre, in materia di scommesse (punto 68 della sentenza); Corte di Giustizia, sentenza del 19 gennaio 1999, caso *Calfa*, causa C-348/96 (punto 17); Corte di Giustizia, sentenza 2 febbraio 1989, caso *Cowan*, causa 186/87 (punto 19), Corte di Giustizia, sentenza del 11 novembre 1981, caso *Casati*, causa C-203/80 (punto 27<sup>34</sup>)].

<sup>32</sup> In quel caso, addirittura sotto il profilo della previsione di obblighi di incriminazione.

<sup>33</sup> La Comunicazione della Commissione del 23.11.2005 è stata, peraltro, recepita con una certa prudenza da parte del Parlamento Europeo che –in data 14.06.2005- ha adottato una Risoluzione, reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:300E:0255:0259:IT:PDF>. In tale risoluzione, comunque, la prudenza del Parlamento Europeo è orientata a serbare rispetto nei confronti della sfera di discrezionalità penale del legislatore interno non tanto in funzione di un tradizionale omaggio alle prerogative degli Stati membri, quanto piuttosto in ragione dell'esigenza di limitare la previsione di *obblighi di incriminazione* comunitaria che –almeno in linea tendenziale- debbono restare prerogativa dei legislatori nazionali, se non altro per esigenze di certezza del diritto e di rispetto del principio di legalità.

<sup>34</sup> È interessante notare che, nel cd. caso *Casati*, la Corte di Giustizia si spinge sino a *sindacare* la *proporzionalità* della sanzione prevista nella legislazione dello Stato membro. Questo il testo del punto

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, punto 34: “va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto”).

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 altra sentenza, la Corte di Giustizia è stata sollecitata –con un primo quesito- a verificare la compatibilità della normativa interna con il diritto comunitario; con un altro quesito (il quarto quesito), il giudice *a quo* ha poi sollecitato esplicitamente la Corte di giustizia a chiarire se il diritto comunitario –anche in relazione ai principi di non discriminazione e proporzionalità- fosse compatibile con un certo assetto sanzionatorio dettato dall'ordinamento interno. In quel caso, la Corte ha –prima- ritenuto la non conformità del precetto all'ordinamento comunitario e –poi, sul quarto quesito- ha concluso osservando che

[punto 78 della sentenza] **la sanzione, penale o di altro genere, che deriva da una misura restrittiva nazionale riconosciuta come contrastante con il diritto comunitario è anch'essa incompatibile**, come la restrizione stessa, **con il diritto comunitario** (v. sentenze 28 marzo 1979, causa 179/78, Rivoira e a., Racc. pag. 1147, punto 14, e 16 dicembre 1981, causa 269/80, Regina/Tymen, Racc. pag. 3079, punti 16 e 17).

[punto 79 della sentenza] Per tale ragione, **un regime sanzionatorio diretto ad assicurare l'applicazione di una normativa nazionale non conforme alle norme comunitarie deve essere dichiarato in contrasto con il diritto comunitario senza che sia necessario valutare la sua conformità ai principi di non discriminazione o di proporzionalità”**.

[Corte di Giustizia, Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 20 giugno 2002. - Radiosistemi Srl contro Prefetto di Genova, causa C-388/00 e 429/00].

Significativo –sul punto si tornerà- che la Corte non abbia ritenuto inammissibile la sollecitazione del giudice a quo in merito alla richiesta di valutare la *proporzionalità della sanzione*, limitandosi a prendere atto del fatto che la questione era *superata* dalla soluzione data al primo quesito.

---

27: “**in via di principio , la legislazione penale e le norme di procedura penale restano di competenza degli Stati membri. Tuttavia**, dalla costante giurisprudenza della corte risulta che, anche in questo settore **il diritto comunitario pone dei limiti** per quel che concerne le misure di controllo che esso consente agli Stati membri di mantenere in vigore nell'ambito della libera circolazione delle merci e delle persone. **Le misure amministrative o repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario**, le modalità di controllo non devono essere concepite in modo da limitare la libertà voluta dal trattato e **non è lecito comminare in proposito sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo a tale libertà”**.

b) la **Corte di Cassazione** –nel contesto ordinamentale previgente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, quindi, in situazione sicuramente assimilabile a quella che si presenta nel caso della direttiva 2008/115/CE- ha più volte (e in modo esplicito) riconosciuto la possibilità di interferenza tra norme comunitarie dotate di effetto diretto e legislazione penale interna.

È così possibile –in rapida rassegna- menzionare alcuni casi:

b.1) in materia di **divieto di lavoro notturno** per le donne: con la sentenza Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 9983 del 01/07/1999, ric. Valentini, CED Rv. 214345, la Corte di legittimità ha –da un lato- ravvisato 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; la Corte ha pertanto statuito la normativa interna dovesse essere disapplicata dal giudice italiano (fatta salva la parte in cui essa era conforme al dettato della direttiva e, cioè, con riferimento al divieto assoluto di lavoro notturno per le donne in gravidanza e per le puerpere); non essendo accertato che la donna adibita a lavoro notturno fosse in gravidanza, la Corte ha disapplicato la norma incriminatrice assolvendo l’imputato *perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*;

b.2) in materia di **contrabbando doganale**: la Corte di Cassazione –con giurisprudenza 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);

b.3) 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)<sup>35</sup>;

---

<sup>35</sup> Cfr. cass. Pen. Sez. 3, sentenza n. 35143/2009, ric. Grillo, non massimata; si legge in motivazione: Nel caso in cui la condotta contestata riguardi esclusivamente l'apposizione del contrassegno SIAE, la **disapplicazione della norma nazionale**, incompatibile con quella comunitaria, comporta davanti alla Corte Suprema l'annullamento senza rinvio della decisione impugnata. Si tratta ora di individuare tra le diverse **formule di proscioglimento** di cui all'art. 530 c.p.p. quella più aderente al caso concreto. **Quelle**

b.4) in materia di **scommesse**: dopo un certo contrasto interpretativo tra Corte di giustizia e Corte di Cassazione italiana, la S.C. –ricependo le indicazioni della Corte di Giustizia (rese con la citata 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).

##### **5. Direttiva 2008/115/CE. Valutazione in ordine alla eventuale sussistenza di norme ad effetto diretto.**

Così assodato che non è controversa la possibilità che norme di diritto comunitario provviste di cd. *effetto diretto* possano comportare effetti favorevoli alle persone accusate di violazioni della legge penale, se del caso con disapplicazione (non applicazione) della norma incriminatrice, si deve esaminare se –nella cd. direttiva rimpatri- si attribuiscono ai singoli dei **diritti** (delle posizioni soggettive di vantaggio) che siano **descritti** in modo –per usare le parole della Corte di giustizia- **sufficientemente chiaro e preciso e non condizionati** –per l’inveramento del diritto- ad ulteriori interventi normativi da parte di istituzioni comunitarie o nazionali.

Richiamandosi alle considerazioni che precedono, ci si limita qui a ricordare che:

---

**più conformi alla fattispecie disapplicativa sono costituite dall'assoluzione per l'insussistenza del fatto o dall'assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato** Questa sezione in una fattispecie analoga, riguardante però altra materia, nella sentenza n. 9983 del 1999, Valentini già citata ha utilizzato la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", senza però enunciare la ragione. Sotto la locuzione anzidetta, che non era contenuta nell’art. 479 previgente codice di rito, vanno sussunte le ipotesi in cui il fatto non corrisponde ad una fattispecie incriminatrice. L’irrelevanza penale del fatto può dipendere o da una sua mancata previsione normativa o da una successiva abrogazione della norma o dalla dichiarazione di incostituzionalità della previsione normativa. L’anzidetta formula non esclude la possibilità che il fatto penalmente irrilevante possa assumere rilievo in sede civile. La formula assolutoria perché il fatto non sussiste viene adottata, invece, quando manca un elemento costitutivo del reato. Tale formula escludendo il fatto rileva anche in sede diversa da quella penale. La formula anzidetta è più liberatoria perché esclude non solo l’illiceità penale ma la stessa rilevanza extrapenale del fatto. La disapplicazione per la mancata comunicazione di una regola tecnica non comporta l’abrogazione della norma, ma solo la sua inefficacia che peraltro non è definitiva ma perdura fino a quanto permane l’inadempimento. Questo collegio in altre decisioni adottate nell’udienza pubblica del 12 febbraio e dell’11 marzo del 2008 ha ritenuto corretta la formula perché il fatto non sussiste perché la disapplicazione, incidendo sull’efficacia della norma, produce i suoi effetti in tutti i settori dell’ordinamento e quindi esclude qualsiasi rilevanza anche extrapenale al fatto mentre la formula "perché il fatto non è preveduto dalla legge come reato" non pregiudica l’eventuale rilevanza extrapenale del fatto e, quindi, non è perfettamente aderente alla fattispecie disapplicativa che esclude qualsiasi rilevanza al fatto. Inoltre, in presenza di più formule assolutorie astrattamente compatibili con la fattispecie concreta, per il principio del favor innocentiae, si deve preferire quella più liberatoria.

- (a) non tutta la normativa comunitaria deve essere chiara, precisa ed incondizionata; è sufficiente che specifiche disposizioni attribuiscono al singolo interessato *posizioni soggettive di vantaggio* rispetto all'ordinamento;
- (b) non rileva il fatto che in una direttiva –una volta attribuito un diritto- sia previsto che gli Stati membri possano introdurre delle deroghe (quantomeno sino a che lo Stato membro non abbia esercitato tale facoltà di normazione derogatoria);
- (c) per ritenere l'immediata applicabilità del diritto comunitario con disapplicazione del diritto interno, non è necessario che la disciplina comunitaria si *sostituisca* a quella interna.

Occorre, a questo punto, valutare se –una volta emessa la *decisione di rimpatrio*- l'ordinamento comunitario attribuisca al cittadino di Paese terzo, nel momento *esecutivo* della decisione, delle posizioni soggettive di vantaggio.

### **5.1. L'art. 7 direttiva 2008/115/CE.**

L'art. 7 § 1, primo periodo, direttiva 2008/115/CE stabilisce che “*la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni*”.

Tale norma –nella misura in cui attribuisce al cittadino di Paese terzo il diritto a non essere allontanato coattivamente e a godere di un congruo lasso di tempo per organizzarsi- attribuisce con evidenza una posizione di vantaggio, ossia un *diritto*, alla persona colpita dalla decisione di rimpatrio: si tratta, in particolare, di un *diritto di libertà*, come riconosciuto –tra le altre- dalla stessa

Corte Costituzionale nella sentenza n. 105/2001 (punto 5 del Considerato in diritto): “Per eliminare ogni eventuale residuo dubbio basta considerare 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”.

Che si tratti di un *diritto* è conclusione –d'altra parte- evidente alla luce del fatto che –in pendenza del termine assegnato per la partenza volontaria- lo straniero irregolare sul territorio non può essere allontanato coattivamente (fatti salvi i casi previsti dall'art. 7 § 4 direttiva 2008/115/CE).

Che si tratti di un diritto espresso in forma *sufficientemente chiara e precisa* è reso evidente dal fatto che –di tale posizione di vantaggio- è ben possibile comprendere con immediatezza il contenuto e perfino la latitudine temporale che caratterizza la posizione soggettiva.

Che si tratti di diritto *non condizionato* ad ulteriori interventi normativi (da parte di istituzioni comunitarie o degli Stati membri) è, infine, conclusione comprovata dal fatto che la posizione di vantaggio è costituita dalla stessa norma comunitaria. Infatti, perché il diritto alla partenza volontaria possa essere riconosciuto come tale da un giudice comune, non è necessario che gli Stati membri pongano in essere atti normativi o decisioni amministrative che rendano possibile il godimento del diritto.

Né si può escludere la natura incondizionata del diritto emergente dal primo periodo dell'art. 7 § 1 della direttiva per il fatto che sia prevista –per gli Stati membri- la facoltà di introdurre deroghe al diritto in questione; né sull'effetto diretto della norma incide la previsione che gli Stati membri possano prevedere che tale periodo non sia concesso *in*

*automatico*, ma “unicamente su richiesta del cittadino di Paese terzo interessato” (art. 7 § 1, secondo periodo, direttiva 2008/115/CE).

Come già visto, infatti, sino a che gli Stati membri non esercitino la facoltà di deroga –ossia la prerogativa normativa loro riconosciuta dal diritto comunitario- si deve ritenere che il diritto riconosciuto al singolo dall’ordinamento dell’Unione europea sia pienamente operante e non possa ritenersi condizionato da ulteriori interventi statali.

Si deve –pertanto- concludere ritenendo che **l’art. 7 § 1, primo periodo, direttiva 2008/115/CE ha effetto diretto nel nostro ordinamento.**

## **5.2. L’art. 15 direttiva 2008/115/CE**

Come risulta sicuramente chiaro dalla trattazione che precede, la cd. *direttiva rimpatri* -in caso di mancata collaborazione del cittadino di Paese terzo alla esecuzione della decisione di rimpatrio- ammette che gli Stati membri comprimano i diritti di libertà dell’interessato secondo una sequela di strumenti caratterizzati da livelli di compromissione della libertà via via crescenti.

Senza pretese di esaustività, si possono qui menzionare le misure previste dall’art. 7 § 3 direttiva 2008/115/CE, che gli Stati –nel dare attuazione alla direttiva- possono imporre allo straniero, dare esecuzione all’obbligo mediante *allontanamento* (“trasporto fisico dell’interessato fuori dal territorio”), se del caso ricorrendo a *misure coercitive* (art. 8 § 4 direttiva 2008/115/CE).

Secondo il chiaro dettato dell’art. 15 § 1 direttiva 2008/115/CE, se nessuna misura coercitiva –tra quelle praticabili nell’osservanza dei *diritti fondamentali* e nel rispetto della *dignità ed integrità fisica* del cittadino di Paese terzo (art. 8 § 4, direttiva)- può essere efficacemente impiegata per assicurare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento, allora –*solo allora*- gli Stati membri possono trattenere il cittadino, soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento (a condizione che vi sia il pericolo di fuga ovvero nel caso in cui l’interessato eviti o ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento).

La norma –dunque- delinea in modo chiaro i presupposti che giustificano il trattenimento:

- necessità di dare esecuzione ad una *decisione di rimpatrio*;
- sussistenza di pericolo di fuga ovvero mancata collaborazione dell’interessato;
- inefficacia di misure meno coercitive;
- necessaria connessione teleologica tra privazione della libertà dell’interessato e successo della procedura di rimpatrio.

Coerentemente alla chiarezza dei presupposti –e per poterne verificare la effettiva sussistenza- è previsto che il trattenimento sia disposto per iscritto e motivato in fatto ed in diritto.

L’art. 15 direttiva 2008/115/CE non delinea solo i presupposti del trattenimento, ma declina anche le scansioni procedurali e cronologiche che lo devono regolare.

E, così:

- deve essere previsto che il trattenimento sia riesaminato ad intervalli ragionevoli (art. 15 § 3);
- 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;
- 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).

Ad avviso di chi scrive, la norma in esame attribuisce al cittadino di Paese terzo una posizione soggettiva di vantaggio (il **diritto** ad un determinato spazio di libertà, comprimibile solo a certe condizioni e per un tempo determinato), dando una descrizione del contenuto del **diritto** che risulta **sufficientemente chiara e precisa** e che **non** può dirsi certo **condizionata** –per il godimento del diritto **nel suo contenuto incompressibile**- dalla necessità di intervento di altri atti o provvedimenti normativi o amministrativi.

Il che, del resto, è del tutto coerente con la natura di *libertà negativa* che –in casi simili a questo- deve riconoscersi al diritto alla libertà personale.

### **5.3. La sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 30 novembre 2009, Kadzoev in causa C-357/09.**

La Corte di Giustizia si è, peraltro, già occupata della cd. *direttiva rimpatri*. Nel caso considerato dalla Corte di Giustizia, la situazione in esame era quella di un cittadino straniero trattenuto in un centro di permanenza temporanea in Bulgaria. Va precisato che la Bulgaria –all’epoca della decisione della Corte di Giustizia- aveva già dato attuazione alla direttiva 2008/115/CE (con legge bulgara del maggio 2009).

Tuttavia, il Giudice rimettente aveva comunque rilevato alcuni profili di contrasto tra legislazione bulgara e la cd. *direttiva rimpatri*. Almeno due gli aspetti di potenziale frizione:

- al punto 8 della sentenza si segnala che **“l’art. 15 § 4 di tale direttiva non è ancora stato recepito nella legislazione bulgara”**;
- al punto 11 della sentenza si evidenzia che “il trattenimento ... non può superare i sei mesi” (prima del recepimento della direttiva non era previsto alcun termine); tuttavia, secondo la legislazione bulgara, “in via eccezionale, quando la persona si rifiuta di cooperare con le competenti autorità, oppure sussiste un ritardo nell’ottenimento dei documenti indispensabili per il riaccompagnamento o l’espulsione, o ancora la persona costituisce una minaccia per la sicurezza nazionale e l’ordine pubblico, il periodo di trattenimento può essere esteso a dodici mesi”.

In questo quadro normativo, il Giudice rimettente ha sollecitato la Corte di Giustizia a chiarire alcuni snodi fondamentali:

- a) se –nel computo del periodo massimo di trattenimento- si dovesse tenere conto anche dei periodi di trattenimento precedenti all’entrata in vigore della legge nazionale di recepimento;
- b) se –nel computo del periodo massimo di trattenimento- si dovessero computare anche i periodi di trattenimento *sofferti* in forza di altro titolo (trattenimento disposto nell’ambito di una procedura di richiesta di asilo politico);

- c) quale sia l'esatta interpretazione da dare all'art. 15 § 4 direttiva 2008/115/CE;
- d) se –ricorrendo le condizioni previste dall'art. 15 §§ 4 e 6 direttiva 2008/115/CE (e, quindi, la acclarata insussistenza di una prospettiva ragionevole di allontanamento dello straniero o il superamento dei termini massimi di trattenimento)- il rilascio della persona trattenuta possa essere condizionato da ragioni di sicurezza o ordine pubblico o da altri motivi.

Interessante, a questo punto, considerare che la Corte di Giustizia ha dato –evidentemente ritenendo l'**effetto diretto** dell'art. 15 direttiva 2008/115/CE- una risposta ai diversi quesiti ad essa sottoposti che risulta largamente –e con evidenza- imperniata sul *favor libertatis*.

Infatti:

- 1) la Corte ha ritenuto che gli artt. 15 §§ 4, 5 e 6 della direttiva abbiano –non solo **effetto diretto**, ma anche- **retroattivo**; la Corte ha ritenuto (punto 37 della sentenza) che -laddove non si computassero i periodi di trattenimento già sofferti al momento dell'entrata in vigore della normativa prevista dalla direttiva- il risultato interpretativo “non sarebbe conforme alla **finalità** perseguita dalle citate disposizioni della direttiva che consiste nel **garantire** che, **in ogni caso** , il trattenimento ai fini di allontanamento non ecceda i 18 mesi”;
- 2) la Corte ha inoltre ritenuto, ad evidenti fini di garanzia dello *status libertatis*, che – in pendenza di ricorso avverso la legittimità della decisione di allontanamento- debba comunque decorrere il termine rilevante ai fini degli artt. 15, §§ 5-6 della direttiva; (punto 54 della sentenza): “se così non fosse, la durata del trattenimento ai fini dell'allontanamento potrebbe variare, all'occorrenza anche considerevolmente, da un caso all'altro in uno stesso Stato membro oppure da uno Stato membro all'altro, a seconda delle particolarità e delle specifiche circostanze delle procedure giudiziarie nazionali, il che contrasterebbe con la **finalità** perseguita dall'art. 15 §§ 5 e 6, della direttiva 2008/115, che consiste nel **garantire** una comune **durata massima** del trattenimento negli Stati membri”;
- 3) la Corte ha quindi ritenuto che l'art. 15 § 4, della direttiva 2008/115 dev'essere interpretato nel senso che esso si applica “unicamente nei limiti di cui le durate massime di trattenimento stabilite dall'art. 15, §§ 5 e 6, di tale direttiva non sono state superate” (punto 61 della sentenza); l'art. 15 § 4, viceversa, non può trovare applicazione quando le possibilità di proroga dei periodi di trattenimento previsti dall'art. 15 § 6, della direttiva 2008/115 sono esaurite al momento del controllo giurisdizionale sul trattenimento della persona interessata, posto che –in caso di già maturato decorso del termine- “la persona interessata deve comunque essere immediatamente rimessa in libertà” (punto 60 della sentenza);
- 4) chiamata a chiarire cosa si debba intendere con “**concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento**” la Corte ha chiarito che tale prospettiva non vi sia:
  - quando è chiaro che non si riuscirà ad eseguire l'allontanamento entro il termine massimo (punti 65 e 66 della sentenza);

- quando risulta “poco probabile” che l’interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto dei detti termini<sup>36</sup>;

- 5) la Corte ha infine ritenuto che l’art. 15 §§ 4-6 della direttiva non consentano alle Autorità nazionali di non procedere alla immediata liberazione dell’interessato, allorquando il periodo massimo di trattenimento previsto dalla direttiva sia scaduto; divieto che è cogente per gli Stati membri anche quando il cittadino di Paese terzo non sia in possesso di validi documenti, tenga un comportamento aggressivo e non disponga di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine (punto 68 della sentenza); al successivo punto 70, la Corte precisa che “la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento nella direttiva 2008/115. Pertanto, nessuna delle circostanze richiamate dal giudice del rinvio può costituire, di per sé, un motivo di trattenimento ai sensi delle disposizioni di tale direttiva”.

La Corte di Giustizia è stata poi sollecitata a pronunciarsi su una ulteriore questione. Il sig. Kadzoev –a lungo trattenuto in un C.P.T.- aveva, durante il periodo di trattenimento, formulato anche richiesta di *asilo politico*. Il Giudice rimettente ha quindi domandato alla Corte di Giustizia di chiarire se la direttiva 2008/115/CE imponga di considerare (sotto il profilo dei termini massimi stabiliti dall’art. 15) anche il periodo di trattenimento eventualmente sofferto per effetto di un titolo emesso nel *parallelo procedimento volto all’esame della richiesta di asilo*.

La Corte ha così ritenuto che il periodo durante il quale una persona è stata collocata in un Centro di permanenza temporanea in forza di una decisione adottata a norma delle disposizioni nazionali e comunitarie relative ai richiedenti asilo **non deve essere considerato un trattenimento ai fini dell’allontanamento** ai sensi dell’art. 15 della direttiva 2008/115; in questo caso, la decisione si giustifica con il fatto che (punto 45 della sentenza) “il trattenimento ai fini dell’allontanamento disciplinato dalla direttiva 2008/115 ed il trattenimento [in arresto] disposto nei confronti di un richiedente asilo, in particolare in forza delle direttive 2003/9 e 2005/85 e delle disposizioni nazionali applicabili, rientrano in distinti regimi giuridici”.

La Corte –ai punti 40-44 della sentenza- chiarisce che tale conclusione è conseguenza del carattere di autonomia della disciplina dettata dalle direttive 2003/9/CE e 2005/85 CE in materia di asilo e soggiorno (che giustifica il trattenimento sulla base di presupposti diversi dalla mera irregolarità sul territorio e che risultano fondati anche su ragioni di ordine

---

<sup>36</sup> Punto 63 della sentenza: Per quanto concerne la terza questione, sub a) e b), occorre sottolineare che, secondo l’art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115, **il trattenimento non è più giustificato** e la persona interessata è immediatamente rilasciata **quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento** per motivi di ordine giuridico o per altri motivi. Punto 64. Come emerge dall’art. 15, nn. 1 e 5, della direttiva 2008/115, **il trattenimento ai fini dell’allontanamento è mantenuto solo per il tempo necessario all’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio**, purché sia necessario ad assicurare che l’allontanamento sia eseguito. Punto 65. Inoltre, **per poter considerare che esiste una «prospettiva ragionevole di allontanamento»** ai sensi dell’art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115, **è necessario che, al momento del riesame della legittimità del trattenimento da parte del giudice nazionale, risulti che esiste una concreta prospettiva di esecuzione dell’allontanamento**, tenuto conto dei termini fissati all’art. 15, nn. 5 e 6, di tale direttiva. Punto 66. Pertanto, **non esiste una prospettiva ragionevole di allontanamento quando sembra poco probabile che l’interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto dei detti termini**.

pubblico; cfr. art. 7 §§ 1-3 direttiva 2003/9/CE<sup>37</sup>); autonomia di disciplina che, peraltro, è stata anche implicitamente valorizzata dal nono considerando della direttiva rimpatri.

Quest'ultima notazione, peraltro, è da tenere ben presente, considerato che –proprio su tale punto della sentenza Kadzoev- fondano le loro argomentazioni alcuni di coloro che ritengono tuttora compatibile l'assetto disegnato dagli artt. 13-14 D.lgs. n. 286/1998 e la direttiva 2008/115/CE.

Concludendo l'esame della sentenza Kadzoev, si deve quindi osservare che:

- in essa si assume come dato non controverso che il trattenimento è misura privata della libertà;
- la privazione della libertà in tanto si giustifica, in quanto sia funzionale all'esecuzione del rimpatrio e/o dell'allontanamento;
- le norme che prevedono la durata massima del trattenimento e quelle che ne prevedono addirittura la cessazione prima del termine massimo in caso di “scarsa probabilità” di procedere all'espulsione hanno **effetto diretto**;
- quelle stesse norme hanno altresì **effetto retroattivo**.

#### **6. Conseguenze del contrasto tra direttiva 2008/115/CE e diritto interno.**

Una volta dato per assodato (per le ragioni appena viste) che gli artt. 7 e 15 direttiva 2008/115/CE hanno effetto diretto, è corretto, ad avviso di chi scrive, valutare le ricadute di tali norme sull'ordinamento interno, articolando la riflessione su due piani distinti:

- (1) il piano della **validità formale dei provvedimenti**;
- (2) il piano delle **conseguenze** discendenti dalla persistente permanenza irregolare in Italia del cittadino di Paese terzo (nonostante gli inviti da questi ricevuti).

#### **6.1. Il contrasto con l'art. 7 § 1 direttiva 2008/115/CE. La validità formale degli ordini di allontanamento emessi ex art. 14, comma 5 bis, D.lgs. n. 286/1998.**

Come già detto, ad avviso di chi scrive, è corretto ritenere che l'art. 7 § 1 della direttiva abbia **effetto diretto** nella parte in cui indica che il percorso preferenziale per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio [il primo momento della procedura] è rappresentato dalla partenza volontaria, con assegnazione di un termine non inferiore a sette giorni; in altri termini, vi è il diritto per lo straniero irregolare di essere –prima che si incida sul suo *status libertatis*<sup>38</sup>- invitato ad allontanarsi volontariamente.

Occorre –a questo punto- interrogarsi sulle conseguenze che l'art. 7 riversa sulla validità degli **ordini di allontanamento**. Risulta opportuno distinguere tre casi.

<sup>37</sup> Cfr. art. 7 § 3 direttiva 2003/9/CE: “Ove risultasse necessario, ad esempio per motivi legali o di ordine pubblico, gli Stati membri possono confinare il richiedente asilo in un determinato luogo nel rispetto della legislazione nazionale”.

<sup>38</sup> Per inciso, anche l'allontanamento coattivo e il trattenimento nel CIE sono –incontrovertibilmente- misure incidenti sulla libertà personale: tra le molte, cfr. C.Cost. sentenza n. 105/2001, punto 5 del considerato in diritto: “Per eliminare ogni eventuale residuo dubbio basta considerare 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”.

### 1. Ordini di allontanamento emessi successivamente al 24.12.2010

Se gli ordini in questione vengono concepiti e confezionati secondo i criteri adottati dall'Autorità di Pubblica Sicurezza prima del 24.12.2010, essi risultano chiaramente illegittimi. Si badi: non si disapplica l'atto amministrativo (l'ordine di allontanamento) perché non conforme alla direttiva comunitaria (cd. illegittimità comunitaria *diretta*), ma in quanto emesso alla luce di una *base legale* (l'art. 14 D.lgs. n. 286/1998) *non conforme al diritto comunitario*; venendo meno la base legale (oggetto di disapplicazione), viene *indirettamente meno* la legittimità del provvedimento amministrativo che ne costituisce il momento applicativo<sup>39</sup>. In questi termini, gli ordini di allontanamento emessi dopo il 24.12.2010 debbono essere disapplicati dal giudice penale, con la conseguenza che – venendo meno uno dei presupposti dei reati di cui all'art. 14, comma 5 ter e comma 5 quater, D.lgs. n. 286/1998- **l'imputato deve essere assolto perché il fatto non sussiste.**

### 2. Ordini di allontanamento emessi successivamente al 24.12.2010, in ottemperanza alle indicazioni contenute nella Circolare del Ministero dell'interno del 17/12/2010.

Come noto, con la Circolare del Ministero dell'interno del 17/12/2010, l'autorità di Pubblica Sicurezza ha –evidentemente ritenendo essa stessa l'*effetto diretto* della normativa comunitaria- inteso impartire alle autorità locali di P.S. delle prescrizioni tese a *conformare* l'azione amministrativa (ed il contenuto formale degli ordini di allontanamento) alle norme dettate nella direttiva 2008/115/CE.

Si è già detto che –sotto il profilo del *diritto comunitario*- tale adempimento non può certo ritenersi soddisfacente e capace di escludere l'inadempimento in cui è platealmente incorso il legislatore italiano.

Già questo sarebbe sufficiente ad escludere che provvedimenti così concepiti possano essere considerati validi.

Ma, ad ulteriore conferma della validità di tale conclusione, deve evidenziarsi che – percorrendo l'iter logico suggerito dalla circolare in questione- si determinerebbe (non già l'applicazione di una norma interna conforme -perché interpretata in modo *comunitariamente orientato*- al diritto comunitario, ma) la *artificiosa costruzione* di un *nuovo* procedimento amministrativo, secondo un meccanismo di *sostituzione* del diritto comunitario al diritto interno (peraltro con incisione su diritti di libertà) che –come visto- non è conforme alla teoria della disapplicazione (non applicazione) del diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario.

Ne discende che i “nuovi ordini” di allontanamento, non possono che risultare illegittimi e, come tali, essi debbono essere disapplicati dal giudice penale.

Anche in questo caso, la conseguenza è che –venendo meno uno dei presupposti del reato- **l'imputato deve essere assolto perché il fatto non sussiste.**

### 3. Ordini di allontanamento emessi in data antecedente al 24.12.2010.

---

<sup>39</sup> Cfr. *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, Pignatelli, Giurisprudenza costituzionale n. 4/2008; reperibile anche sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per la distinzione tra illegittimità comunitaria *diretta* e *indiretta* si veda –con abbondanza di riferimenti- il paragrafo 2. Sulle conseguenze della *illegittimità comunitaria indiretta dell'atto amministrativo*, si veda il paragrafo 6.

I *vecchi ordini* di allontanamento –laddove ricorrano i requisiti motivazionali minimi accettati dalla giurisprudenza- debbono ritenersi formalmente legittimi, benché solo per effetto del principio del *tempus regit actum*.

Senza avventurarsi in territori propri del diritto amministrativo, ci si limita qui a svolgere solo alcune riflessioni:

- a) la **giurisprudenza amministrativa** prevalente è orientata in senso sfavorevole ad ammettere l'esistenza della cd. *illegittimità amministrativa sopravvenuta*: si tende, cioè ad escludere che un provvedimento *originariamente* conforme al dettato normativo possa risultare considerato viziato a causa del mutato scenario normativo<sup>40</sup>; il Consiglio di Stato ha recentemente statuito che “la legittimità di un provvedimento amministrativo va valutata con riferimento alle norme di legge in vigore al momento della sua emanazione, non essendo configurabile un' illegittimità sopravvenuta a seguito di norme successive, a meno che la stessa non sia espressamente prevista da una specifica norma dell'ordinamento ovvero non sopravvivono norme di sanatoria anche in favore di situazioni su cui l'amministrazione ha già provveduto”<sup>41</sup>;
- b) in secondo luogo, non si può trascurare che –nello stratificarsi di sistemazioni teoriche in ordine all'integrazione tra ordinamenti interni e comunitario (*teorie dell'integrazione*, oggi prevalente o *della separatezza*)- la **primazia del diritto comunitario** si riverbera in ogni caso non tanto in un giudizio di validità / invalidità dell'atto (normativo o regolamentare), bensì in una *disapplicazione* [*in applicazione*] dell'atto interno non conforme alla fonte comunitaria provvista di effetto diretto (così, tra le molte, la celebre sentenza n. 170/1984 della Corte costituzionale nel caso *Granital*);
- c) nemmeno la Corte di Giustizia –che propende evidentemente per l'integrazione degli ordinamenti e per il riconoscimento delle norme comunitarie come criterio di validità- si spinge a sostenere che il diritto comunitario sopravvenuto possa incidere sulla *validità* dell'atto (amministrativo o normativo) emesso dallo Stato membro in epoca precedente. Ne è conferma la sentenza della Corte di Giustizia Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 29 aprile 1999. - Erich Ciola contro Land Vorarlberg, Causa C-224/97; in quel caso nel 1990 lo Stato austriaco aveva imposto un determinato ordine al sig. Ciola; tale ordine avrebbe avuto effetto solo a decorrere dal 1 gennaio 1996; senonché l'ingresso dell'Austria nella Comunità ha fatto sì che –quell'ordine del 1990, che avrebbe dovuto produrre effetti dal 1996- sarebbe risultato in contrasto con una normativa comunitaria che aveva effetto diretto per l'Austria sin dal 1995; la Corte ha escluso che il caso riguardasse la legittimità dell'atto; essa ha tuttavia precisato che –tale atto- non poteva essere *valutato* nel procedimento penale attivato a seguito della violazione dell'ordine interno:

si legge al **punto 24**: “**la controversia non riguarda la sorte dell'atto amministrativo in sé** - nella fattispecie, la decisione 9 agosto 1990 -, ma il problema di stabilire se tale atto debba essere disapplicato nell'ambito della

---

<sup>40</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 5316 del 05.10.2005: “in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la P.A. è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la lex specialis della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo ius superveniens, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela”.

<sup>41</sup> Consiglio di Stato, sentenza n. 6361 del 17.10.2003

valutazione della legittimità di una sanzione irrogata per l'inosservanza di un obbligo che ne discende, a seguito dell'incompatibilità di tale atto con il principio della libera prestazione dei servizi”;

si legge al **punto 34**: “Emerge dalle considerazioni che precedono che **un divieto emanato anteriormente** all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale ed astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, **va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata** per l'inosservanza di tale divieto dopo la data dell'adesione”.

Si deve avere cura di notare che –in quel caso- l'atto illegittimo la cui violazione veniva addebitata al Ciola (atto che la Corte ritiene vada disapplicato) deve essere *disapplicato* perché non ha *mai* potuto produrre effetti. Esso avrebbe avuto efficacia dal 1996. Ma la *preclusione comunitaria* era insorta già nel 1995. Esso –dunque- non avrebbe [non ha] mai esplicato effetti.

Diverso il caso degli ordini emessi –prima del 24.12.2010- ex art. 14, comma 5 bis, D.lgs. n. 286/1998. Essi sorgono come validi alla stregua dell'ordinamento interno (non v'è controversia sulla validità dell'atto in sé, direbbe la Corte di Giustizia); producono legittimamente effetti sino al 24.12.2010 (sia in quanto ordine impartito al singolo, sia in quanto presupposto dei reati di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286/1998). Senonché -dopo il 24.12.2010- non possono più produrre effetti, perché detti effetti risulterebbero in contrasto con la normativa comunitaria *medio tempore* entrata in vigore.

In sostanza: il problema –per i vecchi ordini- non è la loro validità. Ma la loro attitudine a produrre effetti ancora oggi.

## **6.2. Il contrasto con l'art. 15 direttiva 2008/115/CE. Conseguenze sulla configurabilità dei reati di cui all'art. 14 comma 5 ter e 5 quater D.lgs. n. 286/1998.**

Quanto alle **conseguenze della persistente permanenza irregolare** nonostante la decisione di rimpatrio, sono necessarie alcune considerazioni preliminari.

Va anzitutto premesso che la direttiva non esclude in modo esplicito che possano esservi conseguenze penali alla permanenza irregolare. Da tale silenzio, alcuni traggono la conclusione della persistente legittimità –per il legislatore nazionale- di reprimere penalmente la disobbedienza agli ordini impartiti ai singoli dalla autorità.

Al proposito, si deve ricordare che, dovendo armonizzare ordinamenti giuridici diversi, il diritto comunitario non è solito profondersi in *sistemazioni dogmatiche* e, necessariamente, procede a dettare la propria disciplina limitandosi ad articolare i presupposti di intervento, i mezzi utilizzabili e gli obiettivi perseguiti con l'intervento comunitario, esplicitando –di regola- quale sia lo spazio di discrezionalità assegnato agli Stati membri e quale sia, invece, lo spazio di libertà comunque da garantire ai singoli interessati<sup>42</sup>. Non a caso, a mente dell'art. 288 TFUE (già art. 249 TCE), “la direttiva

---

<sup>42</sup> Il considerando 20 della direttiva conferma tali affermazioni: “Poiché l'obiettivo della presente direttiva, ossia **stabilire norme comuni in materia di rimpatrio, allontanamento, uso di misure coercitive, trattenimento e divieti d'ingresso**, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle sue dimensioni e dei suoi effetti, essere realizzato meglio a livello

vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda **il risultato** da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”.

In altri termini: l’ordinamento comunitario non si occupa del *nomen iuris* attribuito ad un determinato istituto; si occupa, piuttosto, di ottenere che quello specifico strumento –quale ne sia il *nomen iuris*- sia utilizzato agli scopi perseguiti con la direttiva (e con i limiti dalla stessa dettati).

E, allora, è necessario ricordare quale sia stato il risultato perseguito dal legislatore comunitario con la direttiva 2008/115/CE:

- **considerando n. 2:** istituire “un’**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”;

- **considerando 11:** “**stabilire garanzie giuridiche minime comuni** sulle decisioni connesse al rimpatrio, **per l’efficace protezione degli interessi delle persone interessate**”, predisponendo altresì una necessaria garanzia di assistenza legale;

- **considerando n. 13:** prevedere che “l’uso di **misure coercitive** [sia] espressamente **subordinato al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia** per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti”;

- **considerando 16:** Il ricorso al **trattenimento** ai fini dell’allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al **principio di proporzionalità** con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l’allontanamento e se l’uso di **misure meno coercitive** è **insufficiente**.

- **considerando 17:** I cittadini di paesi terzi che sono trattenuti dovrebbero essere trattati in modo umano e dignitoso, **nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali** e in conformità del diritto nazionale e internazionale. Fatto salvo l’arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell’applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale, il trattenimento dovrebbe di norma avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea.

- **considerando 24** (e art. 1): La presente direttiva **rispetta i diritti fondamentali** e osserva i **principi** riconosciuti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Per inciso: che la tutela dei diritti di libertà rientri tra le competenze dell’Unione Europea è affermazione sulla quale non sembra lecito avanzare perplessità: infatti, “L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6, comma 1, TUE). D’altra parte, l’art. 52 della Carta di Nizza, al comma 1, stabilisce che “eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

E che il diritto comunitario si occupi anche di *diritti fondamentali* è affermazione (forse scontata) che risulta vera anche in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia

---

comunitario, la Comunità può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall’articolo 5 del trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

che -consolidatasi già prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali<sup>43</sup>- oggi si spinge sino a evidenziare che “gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione delle suddette direttive, a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un **giusto equilibrio** tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario”<sup>44</sup>.

Ciò posto –e richiamandosi alla trattazione che precede- la conclusione della non conformità ai precetti della direttiva<sup>45</sup> delle norme di diritto interno (che incriminano il mancato allontanamento con le sanzioni penali a tutti note) è conclusione che si scandisce attraverso i seguenti passaggi logici:

- 1) la libertà personale è –per sua natura- una cd. *libertà negativa* che –per la sua attuazione- non esige alcun intervento da parte delle autorità pubbliche (che debbono soltanto astenersi dal comprimere –oltre i limiti della *legalità*- tale sfera, determinandone un perimetro intangibile); la normativa comunitaria che riconosce tale sfera minima non comprimibile non può che avere, dunque, *effetto diretto*;
- 2) ne è conferma il fatto che gli Stati possono prevedere *solo deroghe favorevoli* all'interessato a tale sistema (art. 4 direttiva 2008/115/CE<sup>46</sup>);
- 3) secondo la direttiva 2008/115/CE è accettabile –a determinate condizioni- una compressione della sfera di libertà del cittadino di Paese terzo colpito da *decisione di rimpatrio*;
- 4) il grado di coercizione alla libertà personale del cittadino di Paese terzo è delineato nella direttiva –in via di crescente compromissione della libertà- secondo la nota sequenza: allontanamento volontario (art. 7); cauzione, obblighi di presentazione e di dimora, etc. (art. 7 § 3 direttiva); allontanamento coattivo (art. 8) e –infine- trattenimento nel CIE (art. 15);
- 5) il trattenimento in un centro di permanenza temporanea costituisce una misura di privazione della libertà personale; lo sostiene –da anni- la Corte Costituzionale

---

<sup>43</sup> Si veda il repertorio di giurisprudenza ragionata della Corte di Giustizia (ad oggi solo in lingua francese): [http://curia.europa.eu/common/reccdoc/repertoire\\_jurisp/bull\\_ordrejur/data/index\\_A-01\\_02\\_01\\_00.htm](http://curia.europa.eu/common/reccdoc/repertoire_jurisp/bull_ordrejur/data/index_A-01_02_01_00.htm) , ove sono richiamate numerose sentenze ove si afferma in modo chiaro e non controverso che la protezione dei diritti fondamentali rientra –a pieno titolo- nei principi fondamentali del diritto comunitario. A mero titolo esemplificativo, si richiamano le pronunce più risalenti: Arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (11-70, Rec.\_p.\_01125); Arrêt du 17 décembre 1970, Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel / Köster (25-70, Rec.\_p.\_01161); più di recente, si vedano: Arrêt du 29 janvier 2008, Promusicae (C-275/06, Rec.\_p.\_I-271) (cf. points 60, 70 et disp.); Ordonnance du 19 février 2009, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (C-557/07, Rec.\_p.\_I-1227) (cf. point 29, disp. 1).

<sup>44</sup> Corte di giustizia, sentenza del 29 gennaio 2008, caso Promusicae, causa C-275/06, punto 68.

<sup>45</sup> Per le ipotesi in cui la direttiva trova applicazione; nella sentenza di Torino, est. Bosio si rinviengono spazi residuali di operatività per il 14 D.lgs. n. 286/1998.

<sup>46</sup> Si veda in particolare l'art. 4 § 3: “la presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni **più favorevoli alle persone cui si applica**, purché compatibili con le norme in essa stabilite”.

italiana<sup>47</sup>, lo riconosce in modo altrettanto esplicito la Corte di Giustizia nella sentenza C- 357/09 caso Kadzoev, cit<sup>48</sup>;

- 6) il **trattenimento** nel CIE è in modo non controverso una **misura privativa della libertà** che è ammessa “**salvo se** [sic] nel caso concreto possano essere applicate efficacemente misure sufficienti ma meno coercitive”; se ciò non è possibile “gli Stati membri possono trattenere il cittadino di Paese terzo ... **soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l’allontanamento...**”;
- 7) **da quanto sopra una prima conclusione: il trattenimento nel C.P.T. di un cittadino di Paese terzo è descritta nella direttiva in modo non equivoco come misura privativa della libertà e come misura estrema, funzionale alla preparazione del rimpatrio o all’esecuzione dell’allontanamento<sup>49</sup>**;
- 8) dall’art. 15 §§ 5 e 6 si ha conferma non equivoca del fatto che la **privazione della libertà può giustificarsi solo in funzione dell’allontanamento e –seconda conclusione– che il termine massimo di 18 mesi è assolutamente inderogabile** (conf. Corte di Giustizia nella sentenza C-357/09 caso Kadzoev. Cit.);
- 9) il sistema penale dell’immigrazione persegue lo stesso risultato perseguito dal legislatore comunitario, ossia “rendere effettivo il provvedimento di espulsione” ed “assicurare così l’efficace gestione dei flussi migratori”;
- 10) nessun contenuto ulteriore –se non la violazione dell’ordine di un’autorità<sup>50</sup>- è rinvenibile nella condotta di chi non ottempera all’ordine impartito dall’art. 14, comma 5 bis, D.lgs. n. 286/1998;
- 11) questa stessa situazione di fatto è considerata anche dalla cd. *direttiva rimpatri* (art. 15 § 1, lett. b), direttiva 2008/115/CE: il *trattenimento* è consentito ... in particolare quando ... “il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento”);
- 12) l’art. 14 D.lgs. n. 286/1998 commina pene detentive di durata superiore a quella prevista dalla direttiva 2008/115/CE –senza che la privazione della libertà sia funzionale all’esecuzione dell’espulsione e senza che sia previsto un periodico riesame della situazione dello straniero- per condotte del tutto assimilabili a quelle considerate dalla stessa direttiva.

Non potendosi certo ritenere che il diritto penale dell’immigrazione –per come concepito dall’art. 14 D.lgs. n. 286/1998- costituisca disciplina di maggior favore rispetto alle statuizioni della direttiva 2008/115/CE (e del suo art. 15), ne discende che il diritto

---

<sup>47</sup> Per tutte: C.Cost. 105/2001, considerato in diritto, punto 4: “Il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale”.

<sup>48</sup> Si veda –tra gli altri- il punto 56 della sentenza, ove si sostiene esplicitamente che il trattenimento incide sulla libertà personale dell’individuo; infatti “ (...) le durate massime previste dall’art. 15, §§ 5 e 6, della direttiva 2008/115 mirano a limitare la privazione di libertà di un individuo (...)”.

<sup>49</sup> Essendo chiara la funzione del trattenimento nel CIE (ancillare all’espulsione), si comprende l’ulteriore conseguenza che è espressa in modo non equivoco nella direttiva (art. 15 § 4 direttiva): rilascio dell’interessato quando non esista più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento

<sup>50</sup> C.Cost., sentenza n. 22/2007, cit.: **il reato “riguarda la semplice condotta di inosservanza dell’ordine di allontanamento dato dal questore”**.

interno si trova già ora in insanabile contrasto con tutte le previsioni dell'art. 15 direttiva 2008/115/CE.

Né è possibile procedere ad una *interpretazione comunitariamente orientata*, magari ipotizzando che le norme incriminatrici siano da disapplicare nella *porzione di pena* eccedente rispetto ai 6-18 mesi indicati dalla direttiva rimpatri. Ciò per la semplice ragione che –in caso di contrasto tra diritto interno e diritto comunitario- ciò che il giudice comune può fare (in veste di “giudice comunitario”) è non dare applicazione al diritto interno non conforme (*disapplicazione* o *in applicazione*); non già dare interpretazioni *contra legem* o, ancora, procedere ad una attività manipolativa della norma.

Considerato che una norma penale si struttura secondo il classico schema “precetto-sanzione” e constatato che proprio il meccanismo sanzionatorio è non conforme alla normativa comunitaria provvista di effetto diretto, ne discende la logica conseguenza: il contrasto -insanabile per via interpretativa- tra art. 15 direttiva 2008/115/CE e l'art. 14, comma 5 ter e comma 5 quater, D.lgs. n. 286/1998 non può che risolversi con la *non applicazione* della norma interna incompatibile.

Si deve –da ultimo- ribadire un punto: probabilmente –nel silenzio del legislatore comunitario- nulla vieterebbe al legislatore italiano di dare attuazione alla direttiva comunitaria continuando a considerare reato l'inottemperanza agli ordini di allontanamento (quantomeno a quelli validi); ciò che viceversa –già oggi- è sottratto allo spazio discrezionale del legislatore interno è prevedere che eventuali sanzioni penali incidenti sulla libertà personale abbiano contenuti, garanzie e caratteristiche difformi da quelli delineati dall'art. 15 (ma anche dall'art. 16) della cd. *direttiva rimpatri*.

## **7. Impatto della direttiva 2008/115/CE sui processi pendenti.**

Svolte queste premesse è agevole verificare –in concreto- quale sia l'impatto sui processi pendenti al momento della entrata in vigore della *direttiva rimpatri* e della scadenza del termine per il recepimento.

### **7.1. Disapplicazione amministrativa dell'ordine illegittimo.**

Essendo gli ordini successivi al 24 dicembre illegittimi, perché emessi in forza di una *base legale* contrastante con norme di diritto comunitario (ar. 7 direttiva 2008/115/CE) dotate di effetto diretto, il provvedimento amministrativo deve essere *disapplicato*. Con l'ovvia conseguenza che –essendo venuto meno uno dei presupposti del reato- l'imputato deve essere assolto *perché il fatto non sussiste*.

Quanto ai “vecchi” ordini di allontanamento che risultano comunque illegittimi (per vizi propri del provvedimento; tipico il vizio di motivazione o la mancata traduzione dell'ordine), si deve –anche in questo caso- constatare l'illegittimità dell'ordine la cui validità costituisce presupposto del reato; anche in questo caso, pertanto, l'imputato dovrà essere assolto *perché il fatto non sussiste*, formula in assoluto più favorevole.

### **7.2. Disapplicazione (non applicazione) dell'art. 14, comma 5 ter e comma 5 quater D.lgs. n. 286/1998**

In relazione ai “vecchi ordini di allontanamento” -che risultino formalmente legittimi (secondo il diritto interno vigente al momento della loro emissione)- si è già detto che il

contrasto tra l'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 e l'art. 15 direttiva 2008/115/CE deve comportare la *non applicazione* della norma interna. Si verifica così –per effetto dell'interazione tra norme interne e norme comunitarie- un fenomeno successorio di leggi regolatrici del medesimo fatto.

È stato giustamente osservato (Tribunale di Torino, sentenza del 05.01.2011, est. Bosio) che:

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 quater D. Lvo. 286/98 per cui l'imputato viene assolto con formula piena. A questa conclusione si ritiene di pervenire in stretta osservanza agli insegnamenti della importante sentenza pronunciata "in subiecta materia" dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 2451 del 27.9.2007). Ivi è stato precisato che 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 nostro, 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".

In altri termini –venendo meno la stessa legittimità dell'apparato sanzionatorio congegnato dal T.U. D.lgs. n. 286/1998 – non è il fatto storico a mutare nella sua considerazione, ma la stessa fattispecie penale, in uno dei suoi elementi strutturali (la sanzione). Detto in altri termini, il *fatto* –secondo la normativa europea direttamente applicabile nel nostro ordinamento- non costituisce più reato (perché non è più punibile con *quella sanzione*). Il che –con riferimento alle formule assolutorie previste dal codice di rito- comporta l'assoluzione *perché il fatto non è (più) previsto come reato dalla legge penale*.

Si devono, a questo punto, enfatizzare un paio di concetti:

- l'effetto sostanziale della disapplicazione è dunque –dal punto di vista del diritto interno- in tutto e per tutto assimilabile al fenomeno dell'abrogazione di una fattispecie (posto che la *porzione di norma interna* colpita da disapplicazione è il momento sanzionatorio, ossia proprio l'essenza tipica delle fattispecie penali
- l'effetto sostanzialmente retroattivo del fenomeno di *in-applicazione* dell'art. 14, comma 5 ter e comma 5 quater, D.lgs. n. 286/1998 (nella parte in cui comporta l'assoluzione anche per la *disobbedienza all'ordine per il periodo precedente alla scadenza del termine per il recepimento della direttiva*) si giustifica alla luce di tre considerazioni:

- (1) i reati di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 sono concepiti come *reati permanenti*; ed è un'acquisizione consolidata nella giurisprudenza quella secondo cui –in caso di reato permanente- si deve applicare all'imputato la disciplina in vigore al momento del fatto (anche la disciplina sfavorevole, se sotto la vigenza della *nuova normativa* si è consolidata una apprezzabile *porzione di condotta* illecita; a maggior ragione, si deve ritenere l'applicabilità della disciplina più favorevole);

- (2) inoltre, si deve considerare che l'art. 2 c.p. –nel sancire il *principio di retroattività della normativa più favorevole*- al comma 2 non fa riferimento solo al fenomeno *abrogativo* (anche se tale riferimento –per la nostra cultura giuridica- è il più immediato); fa riferimento, in senso lato, all'ipotesi in cui *un fatto –secondo una legge posteriore- non costituisce reato*; sicché, non è nemmeno necessario fare riferimento ad una interpretazione analogica (in favor) dell'art. 2, comma 2, c.p., potendosi riconoscere –in una simile ipotesi- al più una interpretazione estensiva di tale norma di favore;
- (3) né si può trascurare che la Corte di Giustizia, nel più volte citato caso Kadzoev, ha esplicitamente attribuito portata retroattiva alla disciplina che *governa* le conseguenze della permanenza irregolare sul territorio nonostante la presenza di una decisione di rimpatrio.

### **7.3. (Tentativo di) confutazione tesi contrarie.**

Si devono –a questo punto- esplicitare le ragioni per cui non si ritengono condivisibili le tesi di coloro che ritengono il persistente rilievo penale delle fattispecie penali previste dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998. Esse sono sostanzialmente due:

- (1) al legislatore interno non sarebbe sottratto il *potere di sanzionare* la disobbedienza agli ordini impartiti ai consociati;
- (2) è la stessa sentenza Kadzoev ad ammettere che sia ipotizzabile –in punto privazione della libertà personale dello straniero- la co-esistenza di più titoli che giustificano la compressione della libertà personale.

(1) La prima tesi si fonda su un assunto che, ad avviso di chi scrive, non è condivisibile. Si sostiene –in sostanza- che, essendo legittimo *adottare* tutte le misure necessarie per ottenere l'efficace esecuzione della decisione di rimpatrio (art. 8 § 1), ivi compresa l'emanazione di specifici ordini (art. 8 § 3), e rientrando nella *discrezionalità del legislatore* la potestà di incriminare la disobbedienza ad un ordine (a *qualunque* ordine) impartito ai consociati dall'autorità, ne discenderebbe che nulla osta alla persistente applicazione dell'art. 14 D.lgs. n. 286/1998. Del resto –si sostiene- la materia penale sarebbe sottratta -nell'ordinamento comunitario antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona- alle competenze attribuite all'UE.

In senso contrario, si deve però osservare che –come già visto sopra- è fenomeno noto quello dell'*interferenza* del diritto comunitario sul diritto penale interno. Interferenza che –per lo più- si risolve in una modifica di elementi normativi della fattispecie penale; ciò che –però- comporta in molti casi l'effetto di incidere direttamente sul *precetto*, con conseguente *in-applicazione* della fattispecie incriminatrice.

Né si può trascurare, poi, che –allorquando l'UE interviene in un settore specifico, ritenendo così la propria competenza- la stessa discrezionalità del legislatore viene, in qualche modo, ad essere limitata. Qui il discorso sarebbe molto complicato<sup>51</sup>; in via di prima approssimazione è, però, possibile segnalare che la Corte di Giustizia (in alcune sentenze<sup>52-53-54</sup>) ha esplicitamente affrontato il tema della *incidenza del diritto comunitario*

<sup>51</sup> Si rimanda a T.E. Epidendio, *Schema di orientamento*, cit. e a L. Siracusa, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo tassello della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Riv. Italiana di diritto e procedura penale, 2008, p. 241 e sgg.

<sup>52</sup> Corte di giustizia nella sentenza Grande Sezione 13 settembre 2005, Commissione c. Consiglio, causa C-176/03, la cui massima recita: A questo proposito, anche se, in linea di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientra nella competenza della Comunità, **ciò non può**

sull'adeguatezza del sistema *penale* predisposto da uno stato membro; i casi ora evocati sono, però, differenti da quello considerato nella presente riflessione (si trattava di casi in cui si discuteva della *legittimità* –o meno- di desumere, dall'ordinamento comunitario, *degli obblighi di incriminazione* o –nel caso Berlusconi- di obblighi di predisporre un *trattamento sanzionatorio* più severo rispetto a quello previsto dalla norma interna). Il richiamo è però importante, perché utile a sottolineare che mai la Corte di Giustizia si è spinta a sostenere che il legislatore comunitario debba *arrestarsi a prescindere* di fronte al perimetro della *discrezionalità del legislatore penale interno*.

Al contrario –in anni passati- la Corte di Giustizia, nel caso *Casati*, cit.<sup>55</sup> ha esplicitamente sostenuto che anche nel settore della legislazione penale “il diritto comunitario pone dei limiti per quel che concerne le misure di controllo che esso consente agli Stati membri di mantenere in vigore” nell’ambito di una libertà tutelata dal Trattato, aggiungendo che “le **misure amministrative o repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario**, le modalità di controllo non devono essere concepite in modo da limitare la libertà voluta dal trattato e **non è lecito comminare in proposito sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell’infrazione da risolversi in un ostacolo a tale libertà**”.

In anni più recenti, la Corte di giustizia –sebbene al di fuori della materia penale- ha nuovamente avuto modo di precisare che gli Stati membri –nel recepire le direttive- debbono fondarsi su un’interpretazione di queste ultime “tale da garantire un *giusto equilibrio* tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall’ordinamento giuridico comunitario”<sup>56</sup>; infatti “il diritto comunitario richiede che i detti Stati, in occasione della trasposizione di queste direttive, abbiano cura di fondarsi su un’interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall’ordinamento giuridico comunitario. Poi, **in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un’interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti**

---

tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l’applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritenga necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell’ambiente. Tale competenza del legislatore comunitario nell’ambito dell’attuazione della politica dell’ambiente non può essere messa in discussione dal fatto che gli artt. 135 CE e 280, n. 4, CE riservino, rispettivamente nel settore della cooperazione doganale e della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, l’applicazione del diritto penale nazionale e l’amministrazione della giustizia agli Stati membri.

<sup>53</sup> Corte di giustizia nella sentenza Grande Sezione 23 ottobre 2007, Commissione c. Consiglio, causa C-440/05; al punto 66 della sentenza, si legge: “Se è vero che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità (v., in tal senso, sentenze 11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati*, Racc. pag. 2595, punto 27, 16 giugno 1998, causa C-226/97, *Lemmens*, Racc. pag. I-3711, punto 19, nonché 13 settembre 2005, Commissione/Consiglio, cit., punto 47), resta nondimeno il fatto che **il legislatore comunitario, allorché l’applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l’obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito** (v., in tal senso, sentenza 13 settembre 2005, Commissione/Consiglio, cit., punto 48)”.

<sup>54</sup> Corte di giustizia nella sentenza Grande Sezione 3 maggio 2005, Berlusconi ed altri, causa C-387/02.

<sup>55</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 11 novembre 1981, caso *Casati*, causa C-203/80 (punto 27)

<sup>56</sup> Corte di giustizia, sentenza del 29 gennaio 2008, caso *Promusicae*, causa C-275/06, punto 68, cit., con richiami alle sentenze *Lindqvist*, punto 87, e 26 giugno 2007, causa C 305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* e a., Racc. pag. I 5305, punto 28.

**fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità**<sup>57</sup>.

E, allora, una volta constatato che non vi è una intangibilità della sfera di discrezionalità del legislatore (nemmeno di quello penale), si deve spingere la riflessione ad un approdo ulteriore: una volta che il legislatore comunitario abbia dato un certo assetto al *bilanciamento di interessi contrapposti*, entrambi ritenuti comunitariamente rilevanti (tutela delle frontiere<sup>58</sup>; tutela dei diritti di libertà<sup>59</sup>) –individuando un preciso punto di equilibrio– si deve ritenere che la *discrezionalità del legislatore penale interno* sia in larga misura vincolata da quella valutazione.

Ne deriva l'obbligo per il giudice nazionale di rispettare la direttiva anche in quanto tutela minima prevista dal diritto comunitario in materia di libertà personale nelle procedure di espulsione, bilanciata con il contrapposto interesse degli Stati alla effettività delle espulsioni.

Se così non fosse, ciascuno Stato membro sarebbe in grado di sottrarsi facilmente alle prescrizioni comunitarie, ridisegnando il bilanciamento di interessi contrapposti che ha invece trovato adeguata considerazione nella sede comunitaria. Il che, evidentemente, non può essere. Diversamente opinando si impedirebbe la *realizzazione di un corpus orizzontale di norme e di garanzie minime comuni, applicabili a tutti i cittadini di Paesi terzi*.

(2) Ma –e si passa così alla seconda obiezione posta alla tesi della disapplicazione– è la stessa Corte di Giustizia a *tollerare* il succedersi di privazioni della libertà del cittadino di Paese terzo in base a *titoli diversi*. Il che, quindi, consentirebbe la *successione* tra trattenimento come misura funzionale all'allontanamento e la pena inflitta per inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal Questore.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, l'obiezione non regge. Se è vero quanto appena sostenuto (circa l'esistenza di un limite alla discrezionalità legislativa penale a fronte di un bilanciamento di interessi operato dal legislatore comunitario secondo un certo assetto), è possibile cogliere con immediatezza la *diversità* riscontrabile con il caso citato dalla Sentenza Kadzoev. In quella sentenza, infatti, ambedue i titoli di *trattenimento* succedutisi erano emessi in base a normative nazionali di recepimento di direttive comunitarie. Materie, dunque, entrambe regolamentate dal diritto comunitario (che ha fissato –per ciascuna materia– il punto di equilibrio del bilanciamento di interessi). Materie –si aggiunge– che sono peraltro diverse (una attenendo alla necessità di *trattenere lo straniero* per eseguire l'espulsione; l'altra alla necessità di *trattenere il richiedente asilo* che –in base a certi criteri– era da ritenere *pericoloso*). Materie regolate da direttive comunitarie diverse (la direttiva 2008/115/CE, da un lato, e le direttive 2003/9/CE e 2005/85 CE applicabili ai richiedenti asilo dall'altro lato). Materie –si aggiunge infine– in relazione alle quali l'intervento comunitario si fonda su *basi giuridiche diverse* (il controllo dei flussi migratori:

---

<sup>57</sup> Corte di giustizia, Corte di Giustizia, sentenza del 29 gennaio 2008, caso Promusicae, causa C-275/06, cit., punto 70. Principi in tutto e per tutto sovrapponibili sono stati espressi dalla Corte di Giustizia, ottava sezione, Ordinanza del 19 febbraio 2009, causa C-557/07, ai punti 28-29 della decisione.

<sup>58</sup> Cfr. art. 63 TCE, ora 79 TFUE.

<sup>59</sup> Cfr. art. 6, comma 1, TUE, art. 52 della Carta di Nizza; quest'ultima norma, al comma 1, stabilisce che "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

l'art. 79 TFUE, ex articolo 63, punti 3 e 4, del TCE; la regolamentazione del diritto di asilo: l'art. 78 TFUE, già art. 63, punti 1 e 2, e articolo 64, paragrafo 2, del TCE).

Nel nostro caso, invece, la situazione di fatto è tutta riconducibile unicamente all'ambito regolato dal legislatore comunitario con la direttiva rimpatri (e ad essa –ed al bilanciamento di interessi vi indicato- deve essere perciò fedele).

Si potrebbe –a questo punto- svolgere un'ulteriore obiezione<sup>60</sup>: la tesi qui propugnata riconosce –per ipotesi- la persistente possibilità di utilizzare –allorquando il legislatore interverrà con norme di diritto interno- lo strumento penale per garantire l'esecuzione della decisione di rimpatrio (come misura residuale); e, però, contraddittoriamente, sottolinea che le (eventuali) norme incriminatrici dovrebbero comunque essere rispettose dei contenuti di garanzia propri degli artt. 15 e 16 direttiva 2008/115/CE. Con il che, si creerebbe una pena del tutto eccentrica al sistema penale. Se non altro per il fatto che la direttiva si muove esclusivamente in un'ottica di strumentalità all'espulsione, mentre la pena *si nutre* anche di altri contenuti (afflittivi).

La possibile replica muove anzitutto dalla constatazione del carattere ipotetico della questione (si dovrebbe anzitutto esaminare la modalità di strutturazione della fattispecie penale). Ma –detto questo- non si può che notare che: (a) probabilmente, al legislatore interno non sarebbe preclusa la scelta di prevedere sanzioni *non detentive* per i reati oggi incriminati dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998; (b) in secondo luogo, al legislatore non è -in linea teorica- precluso concepire sanzioni di tipo diverso da quello *ordinariamente previsto* (ne è conferma la normativa sul giudice di pace); (c) già oggi l'ordinamento prevede che l'espulsione possa *sostituire* la pena detentiva già nel momento della cognizione o, comunque, essere una modalità di espiazione della pena alternativa alla detenzione (art. 16 D.lgs. n. 286/1998; si veda anche l'art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998).

## **8. Ulteriori conseguenze.**

Assunta la conclusione per cui le fattispecie incriminatrici attualmente previste dall'art. 14, comma 5 ter e comma 5 quater D.lgs. n. 286/1998 sono da disapplicare per contrasto con l'art. 15 direttiva 2008/115/CE è doveroso soffermare –seppure fuggacemente- lo sguardo su almeno due corollari.

### **8.1. La convalida degli arresti in flagranza.**

Se l'inottemperanza agli ordini del Questore è fatto che non costituisce più reato (*non è previsto dalla legge come reato*), ne discende che la Polizia Giudiziaria –benché l'arresto risulti formalmente obbligatorio ex art. 14, comma 5, quinquies, D.lgs. n. 286/1998- non potrà procedere all'adozione della misura pre-cautelare, ex art. 385 c.p.p.

Qualora la Polizia Giudiziaria provveda comunque all'arresto del cittadino di Paese terzo, il PM dovrebbe procedere alla sua immediata liberazione ex art. 389 c.p.p., essendo l'arresto avvenuto fuori dei casi consentiti dalla legge. Si tratta, peraltro, della soluzione adottata da numerosi sostituti procuratori della Repubblica<sup>61</sup>.

La conclusione –in apparenza assolutamente lineare- potrebbe però prestare il fianco ad una obiezione: l'arresto per la violazione dell'art. 14 comma 5 ter D.lgs. n. 286/1998 è,

<sup>60</sup> In effetti sollevata in qualche conversazione con i colleghi.

<sup>61</sup> È la soluzione adottata dai Pubblici Ministeri di Milano, Rovereto, Firenze e Roma, con i decreti di immediata liberazione già citati e con le note trasmesse dal dirigente dell'Ufficio ai singoli sostituti.

in base al comma 5 *quiquies*, obbligatorio. E, ciò posto, la previsione dell'arresto obbligatorio, in realtà, non si porrebbe in *contrasto frontale* con le previsioni della direttiva rimpatri che –al considerando n. 17- implicitamente ammette la possibilità di un *arresto iniziale*. Se non vi fosse incompatibilità tra direttiva rimpatri e previsione dell'arresto obbligatorio, aderendo alla tesi della disapplicazione della norma incriminatrice (qui accolta), si avrebbe una misura pre-cautelare non funzionale all'applicazione di una fattispecie penale e nemmeno all'applicazione di misure cautelari (con qualche assonanza, dunque, con quanto avveniva all'epoca della previsione dell'arresto obbligatorio per la fattispecie contravvenzionale di cui all'originario art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998, prima che la Corte costituzionale intervenisse con la nota sentenza n. 223/2004).

Il problema è, però, superabile considerando che l'art. 14, comma 5 *quiquies*, D.lgs. n. 286/1998 impone l'arresto in relazione ai reati previsti dai commi 5 ter e 5 quater. Laddove si accolga la tesi della disapplicazione di tali fattispecie incriminatrici, ne consegue che l'arresto non può essere consentito e pertanto esso non può essere convalidato (sebbene la conclusione dipenda da valutazioni di ordine giuridico che l'operatore di PG non è in condizioni di svolgere agevolmente).

## **8.2. Ulteriori conseguenze: revoca delle sentenze di condanna?**

Se si ritiene, poi, che i fatti di reato di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 non siano costituiscono più reato (non siano più previsti dalla legge come reato), è doveroso interrogarsi sulla sorte delle sentenze di condanna già divenute irrevocabili. I parametri normativi, in questo caso, sono due. Da un lato, l'art. 2, comma 2, c.p., secondo cui *se vi è stata condanna per un fatto che in base ad una legge posteriore non costituisce reato, "ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali"*. Dall'altro lato, l'art. 673 c.p.p. che disciplina le ipotesi di revoca della sentenza di condanna "per abolizione del reato", prevedendo, però, in modo esplicito i soli casi della intervenuta *abrogazione* e della intervenuta *dichiarazione di illegittimità costituzionale*.

La questione è, evidentemente, estremamente delicata e implica riflessioni teoriche –in ordine ai rapporti tra fonti- di non poco momento, che, tuttavia, non possono essere svolte in questa sede. Qui ci si limita soltanto a segnalare il problema, offrendo un paio di spunti argomentativi utili a ragionare sul tema.

Applicando il mero dato letterale, la soluzione della revoca della sentenza di condanna per violazione dell'art. 14, comma 5 ter (o 5 quater), D.lgs. n. 286/1998 sarebbe da considerare preclusa. Conclusione, questa, che sarebbe, del resto, coerente con la teorica della disapplicazione (in applicazione) del diritto interno non conforme a normative comunitarie dotate di effetto diretto. È infatti noto che –la sentenza C.Cost. 170/1984, caso *Granital* è chiara sul punto- nel perimetrare i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario ha esplicitamente affermato che *"fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia"* (punto 5 del Considerato in diritto).

Senonché la Corte di Cassazione –pur investita di altra questione (ossia la questione relativa al persistente rilievo penale di materiale privo di marchio SIAE per contrasto con la normativa europea)- ha nell'argomentazione in diritto utilizzato un argomento *ad abundantiam*, successivamente cristallizzato nella massima che segue:

*“in tema di esecuzione, la revoca della sentenza di condanna opera anche, in virtù di interpretazione estensiva o analogica, nel caso d'inapplicabilità sopravvenuta della norma nazionale per effetto di pronuncia della Corte di Giustizia CE che ne affermi l'incompatibilità con quella comunitaria”* (Cass. Pen. Sez. 7, Sentenza n. 21579 del 06/03/2008, ric. Boujaib, Ced Rv. 239961)<sup>62</sup>.

### **8.3. Avvertenza.**

Si impone –da ultimo- un mero *consiglio pratico*, utile –credo- ai magistrati giudicanti. Al di là della convinzione –qui propugnata- circa la (sopravvenuta) irrilevanza penale dell'inottemperanza agli ordini del Questore, è utile introdurre nelle sentenze di assoluzione –chiaramente se ve ne sono le ragioni- l'indicazione di ulteriori motivi di assoluzione (se, cioè, vi sia un vizio di legittimità dell'atto sotto il profilo motivazionale o – ancora- se sussista un *giustificato motivo* che rilevi ai fini dell'assoluzione per i reati di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286/1998).

Si tratta di ragione di elementare prudenza, posto che –laddove l'assoluzione per disapplicazione dell'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 dovesse essere censurata dalla Corte di Cassazione- questa potrebbe limitarsi a *correggere* la motivazione ritenuta errata, ritenere corretto l'ulteriore motivo di assoluzione (superflamente) indicato in sentenza e, così, riformare la sentenza impugnata senza procedere ad un *annullamento con rinvio*.

Torino, 18 febbraio 2011

Andrea Natale

---

<sup>62</sup> Si segnalano, perché espressive di un principio simile: Cass. Pen., Sez. 7, Sentenza n. 21579 del 06/03/2008, ric. Boujaib Rv. 239960: “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)”. Si veda anche, sebbene in termini meno radicali, Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 38033 del 03/07/2008, ric. Mollica, Ced Rv. 241280 “L'inammissibilità del ricorso per cassazione che non sia dovuta a mancanza di legittimazione o a proposizione tardiva non esime il giudice di legittimità 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)”.