

# Diritto italiano

## Rassegna di giurisprudenza

### Asilo

6.

**Corte d'appello di Roma**  
**sentenza 30.5.2011 n. 2405 - Bochicchio**

**richiedente la protezione internazionale - impugnazione del provvedimento del giudice di primo grado confermativo del diniego della Commissione - lamentata violazione delle regole procedurali amministrative e della disciplina dei casi di accoglienza negli appositi Centri: irrilevanza richiedente la protezione internazionale - accertamento di merito del giudice ordinario - ricostruzione fattuale operata dal richiedente alla luce di vari elementi di conoscenza - attendibilità: accoglimento del reclamo e dichiarazione dello status di protezione sussidiaria**

*Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati; art. 10 Cost.; art. 14 d.lgs. n. 251/07; artt. 20 e 35 d.lgs. n. 25/08; art. 19, co. 1 TU n. 286/98*

Nel procedimento in sede di reclamo iscritto al n. 54623 del Ruolo generale V.G. dell'anno 2010 posto in decisione all'udienza del 4.4.2011 e vertente tra [...] (Nigeria) e Ministero dell'interno [...] e con l'intervento del Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma. Oggetto: reclamo *ex art. 35*, co. 11, d.lgs. n. 25/2008.

#### Fatto e diritto

Con sentenza n. 153 vol. in data 25.3.2010, notificata il 21.4.2010 il tribunale di Roma rigettava il ricorso *ex art. 35* del d.lgs. n. 25/2008 proposto dal sig. [...] contro la decisione in data 21.5.2009, notificata il 13.7.2009, della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Roma di non riconoscere all'interessato il diritto alla protezione internazionale.

La sentenza era reclamata dall'interessato con ricorso depositato il 3.5.2010 con richiesta di declaratoria di nullità degli atti impugnati e di riconoscimento del diritto alla protezione sussidiaria *ex art. 14* del d.lgs. n. 251/2007 o, in subordine, del diritto alla protezione umanitaria di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra e dell'art. 19, co. 1, del d.lgs. n. 286/1998.

Il Ministero reclamato rimaneva contumace. Il P.M. interveniva chiedendo il rigetto del reclamo.

*Diritto, immigrazione e cittadinanza XIII, 3-2011*

Il reclamante lamenta in primo luogo l'omessa pronuncia da parte del giudice reclamato in ordine alla dedotta violazione da parte dell'autorità di pubblica sicurezza dell'art. 20 del d.lgs. 25/2008 che disciplina i casi di accoglienza del richiedente asilo in uno degli appositi Centri. Si tratta di questione irrilevante perché il giudizio riguarda il riconoscimento del diritto alla protezione internazionale e non l'indebita limitazione della libertà personale conseguente alla sussistenza di una delle ipotesi di accoglienza di cui al co. 2 lett. b) ed e) del citato art. 20. Inoltre, quanto alla dedotta violazione delle regole sul procedimento amministrativo, si osserva l'irrelevanza della questione in questa sede perché l'atto di diniego del riconoscimento del diritto alla protezione internazionale da parte dell'autorità amministrativa non ha natura provvedimentale ma è un mero atto ricognitivo dei presupposti della protezione internazionale che non incide sul diritto soggettivo di *status* oggetto del presente giudizio con conseguente inapplicabilità della disposizione. Il reclamo appare invece fondato nel merito dovendo essere riconosciuto il diritto alla richiesta protezione sussidiaria.

Lo [...] ha riferito in sede di esame da parte della Commissione di aver paura di rientrare in Nigeria perché, accusato di furto di petrolio dalla polizia del suo Paese, ingiustamente salvo che per l'ultimo episodio in cui erano stati rotti "i tubi", aveva paura di subire una carcerazione. Il richiedente aveva anche affermato di essere un attivista del partito di opposizione PDP e di essere stato coinvolto in un duro scontro con la polizia, in occasione del quale aveva anche subito lesioni da arma da taglio e la perdita di un dente, in occasione della vicenda della rottura delle condotte petrolifere di proprietà del governo. Quanto alla identità e provenienza del reclamante dalla regione del delta del Niger in Nigeria, si osserva che, pur essendo la parte priva di documenti d'identità, non risulta che detti elementi siano mai stati messi in dubbio dall'autorità amministrativa che non ha neppure indicato, rimanendo contumace in entrambi i gradi, alcuna possibile diversa origine dell'[...].

Questi ha anche reso, sia in sede amministrativa, sia in sede giudiziaria, un dettagliato e attendibile racconto della sua vicenda personale che, con riferimento alle violenze subite in occasione di scontri con la polizia, trova riscontro nella certificazione in data 24.9.2010 del Centro per lo studio e il trattamento delle patologie post-traumatiche e da stress dell'azienda ospedaliera San Giovanni-Addolorata.

Appare quindi credibile che [...] sia stato coinvolto nel 2008 in atti di danneggiamento degli impianti petroliferi e furto di petrolio nella Regione del delta del Niger che sono effettivamente avvenuti, come risulta notoriamente da resoconti di stampa, dal sito internet "Viaggiare Sicuri" del Ministero degli esteri e dai rapporti di organizzazioni come Human Rights Watch, nell'ambito della cd. Oil War. Da detti rapporti risulta anche la notevole diffusione della corruzione tra le forze di polizia e che le autorità di sicurezza indulgono largamente nella pratica della tortura, delle estorsioni e delle "esecuzioni extragiudiziali". Si tratta di pratica "widespread and systematic" che aveva portato, come riferito da Human Rights Watch nel "country summary" del 2009 all'omicidio da parte della polizia di più di 10.000 nigeriani a

partire dal 2000. Nel momento in cui il reclamante fuggì dalla Nigeria lo stesso aveva quindi certamente il fondato timore di correre, a causa della sua recente condotta, un rischio effettivo di subire un grave danno come la condanna a morte, la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti da parte delle autorità conformemente all'art. 2 del d.lgs. 251/2007. Neppure può essere ritenuto, come affermato dalla sentenza reclamata e censurato dall'[...] che la situazione interna nigeriana sia significativamente migliorata a partire dal 2009 in modo da ritenere che sia venuto meno il fondato timore di lesione dei diritti umani fondamentali. Il "country summary" 2011 di Human Rights Watch riferisce che i perpetratori di ogni classe di violazione dei diritti umani continuano ad avere "near-total impunity" e che, ancora nel 2010, le forze di polizia erano largamente implicate in arresti arbitrari, torture ed uccisioni extragiudiziali.

Appare evidente l'incapacità delle autorità di governo nigeriane di garantire l'osservanza dei principi fondamentali dello "stato di diritto".

Le spese di lite, da distrarsi in favore dello Stato, seguono la soccombenza e sono liquidate con l'applicazione dei criteri di cui al d.p.r. 115/2002 stante l'ammissione del reclamante al patrocinio erariale.

P.Q.M.

in accoglimento del reclamo proposto da [...] contro la sentenza del tribunale di Roma n. 153 vol. in data 25.3.2010 così provvede: dichiara il diritto del reclamante di beneficiare della protezione sussidiaria di cui all'art. 14 del d.lgs. 251 e al rilascio del corrispondente permesso di soggiorno; condanna il reclamato al pagamento, in favore dello Stato *ex art.* 133 del d.p.r. 133/2002, delle spese di lite [...].

## Diritti civili

### 3.

#### **Corte di cassazione - Sezioni unite civili ordinanza 18.1/30.3.2011 n. 7186 - rel. Toffoli**

**azione civile contro la discriminazione - natura di diritto soggettivo assoluto della posizione protetta - regolamento di giurisdizione - giurisdizione ordinaria - sussistenza**

*artt. 3 e 5 Cost.; art. 2729 c.c.; artt. 414, 669 octies, 737, 738, 739 c.p.c.; artt. 43 e 44 TU n. 286/98; art. 388 c.p.; art. 63 co. 4 d.lgs. n. 165/2001; att. 4 e 4 bis d.lgs. n. 215/2003*

Sul ricorso proposto da azienda ospedaliera San Paolo di Milano, [...] contro Cisl Milano, Cgil Milano Funzione pubblica Cgil Milano, Cisl Milano, [...] e contro la Regione Lombardia; [...]; sul ricorso 2022/2010 proposto da azienda ospedaliera San Paolo di Milano, [...] contro Cisl Milano, FPS Cisl Milano, Cgil Milano, fun-

zione pubblica Cgil Milano, [...] e contro il prefetto della provincia di Milano, Regione Lombardia; [...] per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 6171/2009 del Tribunale di Milano;

Svolgimento del processo

Con ricorso d.lgs. n. 286 del 98, *ex art.* 44, le organizzazioni sindacali in epigrafe, con l'intervento *ad adiuvandum* della sig.ra [...], chiedevano al tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, che fosse accertata la natura discriminatoria, lesiva del diritto fondamentale della persona al riconoscimento della pari dignità sociale e alla non discriminazione nell'accesso al lavoro, del proclamato proposito dell'azienda ospedaliera San Paolo di Milano di escludere dalla procedura di stabilizzazione del personale a tempo determinato - a norma della l. n. 249 del 2007, art. 1, co. 565, lett. c), n. 3, e del Protocollo d'intesa 3.8.2007 intervenuto tra la Regione Lombardia e le organizzazioni sindacali - le persone di nazionalità straniera extracomunitaria, non in possesso della cittadinanza italiana.

Con ordinanza del 30.5.2008 il tribunale di Milano accoglieva il ricorso affermando la propria giurisdizione e ordinando all'Amministrazione convenuta di ammettere i dipendenti extracomunitari già assunti a termine alle procedure di stabilizzazione previste dalle norme di legge e dalle norme contrattuali "fermi restando gli ulteriori requisiti diversi dalla cittadinanza". Il provvedimento, impugnato con reclamo, veniva confermato dal tribunale di Milano con ordinanza del 31.7.2008.

In ottemperanza a tali provvedimenti l'azienda ospedaliera San Paolo avviava tre distinte procedure di stabilizzazione del personale extracomunitario (privo di cittadinanza italiana ma in possesso degli altri requisiti prescritti) per 27 posti di operatori socio-sanitari, 3 di collaboratore professionale-sanitario infermiere e 1 di collaboratore professionale sanitario tecnico di laboratorio, riservandosi il successivo eventuale annullamento all'esito della procedura giudiziale.

Con ricorso *ex art.* 414 c.p.c. la stessa Amministrazione promuoveva il giudizio di merito, eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e, comunque, sostenendo l'illegittimità delle ordinanze emanate.

Proponeva, quindi, nell'ambito di tale giudizio di merito, regolamento preventivo di giurisdizione, deducendo la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base dell'assunto che la controversia riguardava una procedura di tipo concorsuale, con la conseguente sua attribuzione, ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, co. 4, al giudice amministrativo. Riguardo al merito della controversia rilevava che non era stata compiuta alcuna discriminazione poiché l'ostacolo all'accesso alla costituzione di un rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato era posto dalla stessa legge, che richiedeva il requisito della cittadinanza italiana.

In via subordinata eccepeva l'illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 44, in riferimento agli artt. 3 e 25 Cost., co. 1, per violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge - da identificarsi nel giudice amministrativo ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, co. 4, attesa la natura concorsuale della procedura di stabilizzazione -, e del principio di uguaglianza, in considerazione

della mancanza di deroga alla giurisdizione amministrativa nella normativa sulla repressione delle discriminazioni cd. di genere (d.lgs. n. 1998 del 2006, art. 36 e ss.). Si costituivano con controricorso le associazioni sindacali convenute e la sig.ra [...] sottolineando che la domanda, per come proposta nel giudizio di merito dalle originarie parti ricorrenti, non poteva che appartenere alla giurisdizione del giudice ordinario grattandosi di azione civile promossa contro il datore di lavoro che ha compiuto “un atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza [...] ad una cittadinanza”, come previsto dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 43, co. 2 lett. e), azione la quale, per espressa previsione dell’art. 44, co. 2, del citato decreto legislativo appartiene al giudice ordinario, mentre la pretesa dell’Amministrazione di aver operato una scelta in conformità alla legge (e, quindi, di non aver posto in essere alcuna discriminazione) doveva ritenersi priva di rilievo ai fini della giurisdizione. Il diritto fondamentale oggetto di tutela, del resto, non andava individuato nel preteso diritto ad accedere al pubblico impiego, ma in quello a non subire distinzioni per una ragione vietata. Ne conseguiva la necessità di distinguere tra il rapporto sostanziale sottostante che, in relazione alle sue specificità, può appartenere all’una o all’altra giurisdizione, e la disparità di trattamento per ragioni vietate, per la cui lesione la giurisdizione appartiene al giudice ordinario. Sottolineavano, in ogni caso, che, in tema di stabilizzazione, doveva essere affermata la giurisdizione ordinaria non venendo in rilievo una procedura concorsuale o ad essa assimilabile. Nel corso del giudizio di merito, il prefetto di Milano formulava, ai sensi dell’art. 41, co. 2, e art. 368 c.p.c., la richiesta di dichiarazione da parte delle S.U. della Corte di cassazione del difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Il Presidente del tribunale, per l’effetto, sospendeva il giudizio in attesa della definizione della questione davanti alle S.U. L’azienda ospedaliera San Paolo investiva di tale questione la Cassazione con un ulteriore ricorso a norma dell’art. 368 c.p.c., co. 4, nell’alveo delle questioni già autonomamente proposte. Le organizzazioni sindacali e la sig.ra [...] si costituivano con apposito controricorso, ribadendo le loro precedenti difese.

#### Motivi della decisione

1. I due ricorsi, diretti a contestare la giurisdizione del giudice ordinario relativamente allo stesso giudizio, devono essere riuniti. Tuttavia si prenderà in considerazione in primo luogo il ricorso proposto dall’azienda ospedaliera in via autonoma.
2. Hanno un rilievo centrale rispetto alla questione di giurisdizione in esame le disposizioni di natura processuale introdotte al fine di consentire una più efficace attuazione concreta del divieto di discriminazioni basate sulla razza, la religione, l’origine etnica, la cittadinanza, ecc., e cioè la speciale azione disciplinata dal d.lgs. 25.7.1998 n. 286, art. 44 (TU delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nel quadro delle previsioni di carattere sostanziale di cui all’art. 43, che,

in relazione alla materia regolata dal TU, delinea in maniera molto circostanziata la disciplina di divieto delle discriminazioni (rispetto alla quale possono assumere rilievo anche le varie disposizioni dello stesso testo normativo circa i diritti e i doveri dello straniero, comprese ora le disposizioni di cui agli artt. 9 e 9 *bis*, nel testo di cui al d.lgs. n. 3 del 2007, art. 1, co. 1, emanato per dare attuazione alla direttiva 2003/109/CE sullo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo). Il modello di azione delineato dall'art. 44 cit. è richiamato, poi, con taluni secondari adattamenti, dal d.lgs. 9.7.2003, n. 215, artt. 4 e 4 *bis* (il secondo inserito dal D.L. n. 59 del 2008, art 8 *sexies*, convertito con modificazioni dalla l. n. 101 del 2008) e dal d.lgs. n. 216 del 2003, art. 4, testi normativi che, dando attuazione, rispettivamente, alla direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e alla direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, formano con lo stesso d.lgs. 286/1998 (oltre che con altre disposizioni di carattere generale o settoriale - cfr. per esempio il d.lgs. n. 67 del 2006 di contrasto alle discriminazioni delle persone con disabilità, il cui art. 3 fa analogamente rinvio al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 44 -, nonché con fonti sovranazionali e in particolare comunitarie) un complesso normativo antidiscriminatorio di lettura non del tutto agevole, a causa della tecnica adottata della successiva integrazione e ripetizione, sotto prospettive parzialmente diverse, delle previsioni antidiscriminatorie.

3. È utile riportare il testo dei primi dieci commi del citato d.lgs. n. 286 del 1998, art. 44 (tenendo presente l'intervenuta sostituzione del tribunale in funzione monocratica al pretore):

1. Quando il comportamento di un privato o della PA produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione.
2. La domanda si propone con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella Cancelleria del pretore del luogo di domicilio dell'istante.
3. Il pretore, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto.
4. Il pretore provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi.
5. Nei casi di urgenza il pretore provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il pretore, con ordinanza, conferma, modifica o revoca provvedimenti emanati nel decreto.

6. Contro i provvedimenti del pretore è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'art. 739, co. 2 c.p.c. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737, 738 e 739 c.p.c.

7. Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

8. Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti del pretore di cui ai co. 4 e 5 e dei provvedimenti del tribunale di cui al co. 6 è punito ai sensi dell'art. 388 c.p., co. 1.

9. Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza a proprio danno del comportamento discriminatorio in ragione della razza, del gruppo etnico o linguistico, della provenienza geografica, della confessione religiosa o della cittadinanza può dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di cui all'art. 2729 co. 1 c.c.

10. Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni sulla base del ricorso presentato ai sensi del presente articolo, ordina al datore di lavoro di definire, sentiti i predetti soggetti e organismi, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate (seguono il co. 11 prevedente sanzioni nei confronti di imprese beneficiarie di agevolazioni o appalti pubblici e il co. 12 sull'istituzione su base regionale di Centri di osservazione e di assistenza riguardo ai fenomeni di discriminazione nei confronti degli stranieri).

4. Queste S.U. hanno avuto l'occasione di precisare, sulla base di un esame approfondito della questione, che il riportato art. 44 ha introdotto e disciplinato un procedimento cautelare con funzione anticipatoria della pronuncia di merito, al quale si applicano, in quanto compatibili, le norme sul procedimento cautelare uniforme regolato dal codice di procedura civile e in particolare la disposizione dell'art. 669 *octies*, co. 6, sulla esclusione dell'onere di iniziare il giudizio di merito entro un termine perentorio (Cass. S.U. n. 6172/2008. a cui ha prestato adesione la recente sentenza Cass. S.U. n. 3670/2011). Nella specie risulta seguito un iter procedurale conforme a tale modello ricostruttivo e, in particolare ne discende l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione proposto dall'azienda ospedaliera nel corso del primo grado del giudizio di merito.

5. Il relativo ricorso si basa in sostanza sulla tesi secondo cui l'introduzione dello speciale procedimento *ex art. 44 cit.* non può avere influenza sulle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo secondo le generali previsioni al riguardo e sulla natura della posizione soggettiva di cui fruisce il privato in relazione alla natura dei vari procedimenti amministrativi e dei poteri esercitati dalla PA

nell'ambito degli stessi. Con riferimento alla specie, si sostiene che il procedimento di stabilizzazione di lavoratori a termine implica lo svolgimento di procedure concorsuali ricadenti nella disciplina in punto di giurisdizione di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, co. 4, con attribuzione della controversia alla giurisdizione amministrativa e qualificabilità come interesse legittimo della posizione dei soggetti partecipanti alla selezione concorsuale o comunque aspiranti a parteciparvi, senza che possa farsi alcuna distinzione nel caso in cui si controverta circa l'operatività o meno del requisito della cittadinanza italiana.

La qualificazione come concorsuale del procedimento di stabilizzazione dei lavoratori precari è contestata dai controricorrenti.

La Corte ritiene però che la qualificabilità o meno come concorsuale della procedura di stabilizzazione in questione non sia decisiva nella presente sede, stante il ruolo concretamente assorbente della questione logicamente e giuridicamente preliminare relativa alla rilevanza anche sul piano della giurisdizione della disciplina sostanziale e processuale antidiscriminatoria.

3. Questa problematica è stata già affrontata di recente da questa Corte, sia pure in relazione ad un procedimento promosso a norma del d.lgs. n. 215 del 2003, art. 4 *bis*. Si è osservato che la chiarezza del dato normativo non consente dubbi riguardo all'attribuzione alla giurisdizione ordinaria della tutela contro gli atti e i comportamenti ritenuti lesivi del principio di parità e, in particolare della parità di trattamento dovuta, a norma del d.lgs. n. 215 del 2003, art. 3, "senza distinzione di razza ed origine etnica [...] a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato", per la cui attuazione viene fatto rinvio dagli artt. 4 e 4 *bis* - quest'ultimo diretto ad assicurare la speciale tutela processuale nel caso di ritorsioni nei confronti di attività dirette a perseguire la parità di trattamento - al procedimento d.lgs. n. 286 del 1998, *ex art.* 44 (Cass. S.U. n. 3670/2011 *cit.*).

Nella stessa occasione, circa il rapporto tra situazioni sostanziali e modi di tutela processuale, si è osservato che costituiscono oggetto di tutela veri e propri diritti assoluti, derivanti dal fondamentale principio costituzionale di parità (art. 3 Cost.) e dalle analoghe norme sovranazionali, in attuazione delle quali il legislatore nazionale ha emanato le normative in esame; e circa l'attribuzione al giudice ordinario anche del giudizio di merito, si è rilevato in particolare che comporterebbe l'introduzione di una palese anomalia sistemica ammettere la possibile attribuzione al giudice amministrativo del giudizio di merito, con interruzione del nesso tra giudizio cautelare, finalizzato ad assicurare interimamente o ad anticipare gli effetti del giudizio di merito, e quest'ultimo.

4. Tali rilievi sono condivisibili e sono recepitivi in questa sede.

In presenza di normative che, al fine di garantire parità di trattamento, in termini particolarmente incisivi e circostanziati, e correlativamente vietare discriminazioni ingiustificate, con riferimento a fattori meritevoli di particolare considerazione sulla base di indicazioni costituzionali o fonti sovranazionali articolano in maniera specifica disposizioni di divieto di determinate discriminazioni contemporanea-

mente istituiscono strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati al giudice ordinario, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come “diritto assoluto” in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa.

Il fatto che la posizione tutelata assurga a diritto assoluto, e che simmetricamente possano qualificarsi come fatti illeciti i comportamenti di mancato rispetto della stessa, fa sì che il contenuto e l'estensione delle tutele conseguibili in giudizio presentino aspetti di atipicità e di variabilità in dipendenza del tipo di condotta lesiva che è stata messa in essere e anche della preesistenza o meno di posizioni soggettive di diritto o interesse legittimo del soggetto leso a determinate prestazioni. Di ciò si trova riscontro nel dettato normativo, secondo cui il giudice può “ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione” (d.lgs. n. 286 del 1998, art. 44, co. 1), oltre che condannare il responsabile al risarcimento del danno (co. 7).

Risulta quindi spiegabile, in particolare, come, in relazione a discriminazioni del genere di quelle in esame, anche quando esse siano attuate nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento da parte della PA di utilità rispetto a cui il soggetto privato fruisca di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, la tutela del privato rispetto alla discriminazione possa essere assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali.

L'inquadramento nell'ambito del diritto assoluto spiega efficacia, infatti, ai fini e nei limiti delle esigenze di repressione della (in ipotesi) illegittima discriminazione, anche se non possono essere predeterminati in astratto i termini della tutela accordabile giudizialmente, dovendosi tenere conto delle specificità di ogni situazione e del riferimento delle disposizioni di legge anche ad ipotesi di discriminazione indiretta (cfr. il d.lgs. n. 286 del 1998, art. 43, co. 2 lett. e), e il d.lgs. n. 215 del 2003, art. 2, co. 1, lett. b).

D'altra parte è lo stesso testo del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 44, con il suo riferimento incondizionato ai comportamenti sia dei privati che della PA (co. 1), che non consente di escludere l'esperibilità delle azioni ivi previste solo perché la PA ha attuato la discriminazione in relazione a prestazioni rispetto a cui il privato non fruisce di una posizione di diritto soggettivo. Anche il d.lgs. n. 215 del 2003, art. 3, precisa che il relativo principio di parità di trattamento opera sia nel settore pubblico che in quello privato (co. 1), e fa particolare riferimento all'accesso all'occupazione e al lavoro “compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione” (lett. a) e all'accesso a ogni tipo di prestazione sociale (lett. e) e seguenti), mentre l'unica eccezione alla giurisdizione del giudice ordinario è prevista in favore della giurisdizione amministrativa esclusiva - in quanto tale estesa alla tutela dei diritti soggettivi - relativa al personale alle dipendenze della pubblica ammi-

nistrazione in regime di diritto pubblico a norma del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 3, co. 1, (co. 7 del cit. art. 3).

Nella specie non risulta alcuna esorbitanza dell'oggetto del giudizio rispetto alle finalità di repressione delle asserite discriminazioni in ragione della cittadinanza, visto che il giudizio di merito ha ad oggetto la conferma o meno delle statuizioni adottate nella fase cautelare, contenenti l'ordine di ammettere anche i lavoratori di cittadinanza extracomunitaria alle procedure di stabilizzazione, salva la verifica di ogni altro requisito.

5. La proposta eccezione di illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 44 è qualificabile come manifestamente infondata, in relazione alle già evidenziate ragioni che spiegano e giustificano l'attribuzione della relativa azione al giudice ordinario. Quanto al confronto con le tutele in giudizio previste in caso di discriminazioni di genere, premesso che il testo del d.lgs. n. 198 del 2006, artt. 36 e ss. che risente delle formulazioni della più antica l. n. 125 del 1991, essendosi proceduto in sostanza alla redazione di un testo unico a norma della l. n. 246 del 2005, art. 6, non fornisce elementi univoci a conferma della tesi che i riferimenti alla competenza del tribunale amministrativo regionale riguardino ipotesi ulteriori rispetto ai casi di rapporti di pubblico impiego in atto, deve comunque rilevarsi che non potrebbe costituire un idoneo elemento di comparazione ai fini in esame la disciplina relativa ad uno specifico elemento di discriminazione, in (ipotesi) disomogenea rispetto ad un coerente e costituzionalmente giustificato indirizzo adottato in genere dal legislatore con riferimento alle discriminazioni particolarmente qualificate per essere relative a fattori specificamente presi in considerazione dalla Costituzione o da altre fonti qualificate riguardo alla protezione dei diritti della persona.

6. Deve osservarsi infine che appartiene al merito - incidendo sulla configurabilità o meno di una illegittima discriminazione in ragione della nazionalità - e non rileva ai fini della giurisdizione, la soluzione della questione relativa alla applicabilità o meno del requisito della cittadinanza italiana ai fini della partecipazione alle procedure in questione di stabilizzazione di lavoratori precari, funzionali alla assunzione da parte di soggetto della PA con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

7. Deve in conclusione dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario, restando assorbita ogni questione circa l'ammissibilità della richiesta di regolamento fatta dal prefetto.

8. Le spese del giudizio vengono poste a carico della parte ricorrente, che ha contestato la riconosciuta giurisdizione del giudice ordinario.

P.Q.M.

la Corte riunisce i ricorsi; dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; condanna l'azienda ospedaliera San Paolo a rimborsare le spese del giudizio di cassazione ai controricorrenti, [...].

**Tribunale di Vicenza**  
**sentenza 11.2.2010 n. 297 - rel. Bozza**

**divorzio pronunciato in Italia fra cittadino e straniera dopo che i coniugi avevano sottoscritto in Cina accordo amministrativo per scioglimento - ammissibilità**

*artt. 3 n. 2 lett. e) e 4 co. 13 l. n. 898/1970; art. 64 l. n. 218/1995*

In Camera di Consiglio nella causa civile di primo grado, promossa con ricorso presentato in data 10.12.2009, avente ad oggetto scioglimento del matrimonio da [...] e [...] e con l'intervento del P.M.

Premesso che con il ricorso in epigrafe i coniugi [...] esponendo:

- a) di avere contratto matrimonio ad Haikou (Repubblica popolare cinese), in data 27.6.2006, dal quale non erano nati figli;
- b) di aver essi coniugi provveduto al divorzio in Cina, comparando avanti all'ufficiale dello stato civile della provincia di Hainan, ove avevano sottoscritto un accordo che l'ufficio aveva recepito rilasciando certificazione dell'avvenuto scioglimento del vincolo matrimoniale in base alla legge cinese;
- c) di non essere riusciti ad ottenere la trascrizione di tale provvedimento nei registri dello stato civile italiano in quanto divorzio volontario recepito da atto di carattere amministrativo e non giudiziario, non soggetto, pertanto, alla procedura di cui all'art. 65 legge 218/95;
- d) di non aver ripreso la convivenza dal giorno della loro comparizione avanti all'ufficiale dello stato civile cinese per manifestare la volontà di divorziare;
- e) di ritenere impossibile una riconciliazione, chiedevano che questo tribunale pronunciasse lo scioglimento del matrimonio di cui in precedenza ai sensi dell'art. 3, co. 2, lett. e) legge n. 898/70 e succ. modifiche.

Rilevato che all'udienza avanti al giudice delegato all'audizione dei coniugi, compariva personalmente l'[...], nel mentre la [...] partecipava a mezzo di procuratore, fornito di procura speciale, e entrambi confermavano quanto esposto nel ricorso introdotto;

che, uno dei coniugi, quando sia impossibilitato a comparire può farsi rappresentare da un procuratore speciale all'udienza presidenziale, in applicazione analogica di quanto previsto per il matrimonio per procura, purché la procura, come nella fattispecie, sia dettagliata al punto da lasciare al procuratore soltanto la facoltà di esternare la volontà espressamente manifestata dal coniuge nel corpo della procura. La domanda congiunta di scioglimento del matrimonio va accolta.

Va premesso che sussiste la giurisdizione italiana a norma dell'art. 32 l. n. 218/95 per il fatto che uno dei coniugi è cittadino italiano e che la controversia va risolta in base alla legge italiana sia perchè non risulta dove, tra Cina e Italia, i coniugi abbiano vissuto prevalentemente, sia perchè nella fattispecie posta a fondamento della domanda le parti intendono proprio far ricorso alla legge italiana dal momento che in Cina esse già hanno ottenuto il divorzio.

Le parti hanno, infatti, posto a fondamento della loro domanda l'intervenuto divorzio estero, ottenuto nella Repubblica popolare cinese su richiesta congiunta, facendo appello all'ipotesi di cui all'art. 3, n. 2 lett. e) della legge n. 898/70, e successive modifiche.

Tale norma, non risulta modificata dalle disposizioni in materia di diritto internazionale privato emanate con la legge 31.5.1995 n. 218, che, con gli artt. 64 e ss., entrati in vigore al 31.12.1996, permettono il riconoscimento in Italia di sentenze straniere o di provvedimenti di giurisdizione volontaria, senza la necessità di alcun preventivo giudizio.

Ciò, nel caso particolare, perché il provvedimento cinese di divorzio, sostanzialmente nel recepimento da parte dell'ufficiale di stato civile della comune volontà delle parti di voler sciogliere il matrimonio, e nella verifica della rispondenza alla legge di tale volontà, non può essere trascritto in Italia, trattandosi, appunto di atto amministrativo e non giudiziario. Ma, più in generale, perché la disciplina di diritto internazionale privato è intervenuta sul giudizio di delibazione, sostanzialmente eliminandolo, ma questo procedimento si pone(va) su un piano diverso da quello per divorzio *ex art. 3, n. 2 lett. a)*, producendo differenti effetti giuridici. In quest'ultimo caso la sentenza straniera non viene utilizzata per la sua efficacia di giudicato, ma quale semplice documento probatorio dei fatti in esso accertati, per cui può essere attribuita rilevanza anche a sentenze straniere non riconoscibili e diventa del tutto irrilevante l'eventuale colpa e il contenuto della decisione straniera. Come è stato correttamente detto «la sentenza straniera di divorzio ha quindi una duplice valenza giuridica nel nostro ordinamento, ponendosi sia come “atto” che come “fatto”, ossia da un lato produce effetti immediati nel nostro ordinamento, al pari di un qualunque titolo giuridico, d'altra parte essa costituisce anche il presupposto di fatto per la formazione di un nuovo e diverso titolo giuridico, costituito dalla (successiva) sentenza di divorzio, che sulla base della sua esistenza può essere pronunciata dal giudice italiano».

Ciò non è in contrasto col nostro ordinamento, che in tal modo offre la possibilità di conseguire lo scioglimento del matrimonio anche al di fuori dei casi previsti dall'ordinamento nazionale, perché è il nostro legislatore che ha riconosciuto questa autonoma e peculiare causa di divorzio, per evitare motivi di conflitto tra diversi ordinamenti, con conseguente disparità di trattamento tra coniugi.

In questa ottica, la possibilità concessa alla parte di poter chiedere direttamente all'ufficiale di stato civile l'annotazione della sentenza straniera di divorzio nei relativi registri costituisce una facoltà per l'interessato, che fa venir meno l'interesse a chiedere preventivamente l'accertamento dei requisiti del riconoscimento (possibile solo dopo la contestazione da parte dell'ufficiale di stato civile e il parere del P.M.), ma non fa venir meno l'interesse ad ottenere una autonoma sentenza di divorzio, fondata su un requisito che ancor oggi la legge pone come causa autonoma della cessazione degli effetti civili della trascrizione del matrimonio.

Orbene, la norma di cui all'art. 3, n. 2 lett. e) della legge n. 898/70, e successive modifiche prevede che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del ma-

trimonio può essere richiesta da uno dei coniugi quando “l’altro coniuge, cittadino straniero, ha ottenuto all’estero l’annullamento, o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all’estero nuovo matrimonio”.

Nel caso è stata fornita la prova che i coniugi hanno ottenuto il divorzio in Cina con un provvedimento amministrativo pienamente valido ed efficace per la [...], cittadina cinese. Al divorzio cinese ha aderito anche l’[...] - anzi i due coniugi, come già detto hanno congiuntamente iniziato la procedura che si è conclusa con il provvedimento di divorzio -, per cui si ripropone il dubbio sollevato da quelle decisioni secondo cui la disposizione citata non può trovare applicazione quando il coniuge italiano abbia favorito la richiesta di divorzio del coniuge straniero, e a maggior ragione quando ha lui stesso proposto la relativa azione.

Questo tribunale ha già ripetutamente risolto in passato tale dubbio in senso positivo avendo aderito alla tesi secondo cui è superfluo, ai fini della pronuncia dello scioglimento di matrimonio o cessazione degli effetti stabilire quale dei due coniugi abbia proposto l’azione diretta ad ottenere il divorzio all’estero, come è egualmente irrilevante accertare se vi sia stata o meno acquiescenza o adesione all’altrui domanda di divorzio da parte del coniuge cittadino italiano tanto sia per la lettera della legge (la norma in questione parla del coniuge straniero che ha “ottenuto” all’estero il divorzio ed in tale dizione rientra non solo il coniuge che si sia fatto promotore del relativo giudizio, ma anche quello che abbia subito l’azione del coniuge italiano o che abbia aderito alla domanda proposta all’estero da questi e ancor più quello che abbia congiuntamente proposto la domanda), sia per motivi di giustizia perchè, in caso come quello in esame, si consentirebbe al coniuge straniero di essere divorziato e di risposarsi, nel mentre quello italiano, non potendo ottenere la trascrizione del matrimonio estero in Italia né la sentenza di divorzio, dovrebbe passare attraverso un giudizio di separazione, con gli inevitabili costi in termini di tempo e di denaro.

Ne discende che va dichiarato lo scioglimento del matrimonio contratto dai coniugi in causa. Nessun altro provvedimento va preso in mancanza di altre domande, anche sulle spese.

P.Q.M.

visti gli artt. 3 n. 2 lett. b) e 4 co. 13 della legge 1.12.1970 n. 898, come modificata dalla legge 6.3.1987 n. 74, il tribunale dichiara lo scioglimento del matrimonio celebrato in Haikou (Repubblica popolare cinese) il 27.6.2006, tra [...] e [...], ordina all’ufficiale dello stato civile di [...] di annotare la presente sentenza sull’atto di matrimonio di quel Comune [...].

## **Espulsioni**

### **6.**

#### **Tribunale di Novara**

**decreto 28.9.2011 - est. Filice**

**richiesta convalida accompagnamento coattivo alla frontiera di cittadino comunitario - motivazione basata sull'esistenza di precedenti penali (per reati contro il patrimonio) a carico della persona interessata e sull'inottemperanza ad analogo provvedimento - nuova definizione normativa dei motivi imperativi di pubblica sicurezza legittimanti la limitazione del diritto di ingresso e soggiorno - mancata riconducibilità a nessuno dei parametri normativi della situazione concreta - non appartenenza dell'interessato ad alcuna delle categorie di legge sulle persone ritenute socialmente pericolose - insussistenza di attualità di pericolosità sociale in relazione a carcerazione appena terminata: diniego di convalida**

*art. 20, co. 3; art. 20 ter, d.lgs. n. 30/2007*

N. 1264-2011 V.G. [...] in ordine alla richiesta di convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica emesso in data odierna dal prefetto della Provincia di Novara e del pedissequo ordine di esecuzione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica emesso dal questore di Novara sempre in data odierna, nei confronti di [...].

Il tribunale, letti gli atti di causa ed esaminati i documenti prodotti dall'autorità ricorrente, vista la richiesta di convalida depositata ai sensi degli artt. 20 e 20 *ter* del d.lgs. n. 30/07 modificati dal d.lgs. 32/08 e di poi dal decreto-legge 23.6.2011, n. 89 convertito con legge 2.8.2011, n. 129 e recante: «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari»;

rilevato che al sig. [...], in atti generalizzato, è stato notificato in data odierna provvedimento prefettizio (con ordine di esecuzione del questore) di allontanamento dal territorio nazionale mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, fondato: 1) sul fatto che esso [...] risulta attinto da alcuni precedenti penali occorsi tra il 2005 e il 2011 (ultimo precedente, non ancora riportato dal Casellario giudiziale aggiornato ma certificato dall'organo richiedente: sentenza del tribunale di Milano del 14.3.2011 di condanna a mesi otto di reclusione per il reato di cui agli artt. 624, 625 co. 1 n. 2 c.p.); 2) sul fatto che il medesimo era già risultato destinatario di analogo provvedimento di allontanamento emesso dal prefetto di Palermo in data 6.9.2010, cui non aveva dato ottemperanza;

che il rappresentante in udienza dell'organo richiedente ha ribadito la fondatezza del provvedimento in esame sulla scorta di tali argomentazioni, rilevando in particolare, che:

- il sig. [...] è stato scarcerato ieri dalla Casa circondariale di Novara;

- la sua posizione penale conta diversi precedenti penali per furto aggravato di cui l'ultimo precedente risale al 14.3.2011 (sentenza del tribunale di Milano), come riportato in decreto di allontanamento emesso dal prefetto di Novara il in data odierna;
- la sua posizione amministrativa sconta un precedente decreto di allontanamento del prefetto di Palermo del 6.6.2010 rimasto inottemperato;
- la sua posizione familiare è incerta, essendosi limitato a dire di avere dei parenti a Foggia; non può dimostrare di avere un reddito da fonte lecita.

Ritenuto che il provvedimento in esame non possa essere convalidato in quanto:

- la giurisprudenza della Corte europea di giustizia, già antecedentemente alla scadenza del termine per il recepimento della c.d. «direttiva rimpatri», e alle vicende legislative che ne sono seguite (culminate nel conio della novella di cui al citato decreto-legge 23.6.2011, n. 89 convertito con legge 2.8.2011, n. 129 e recante: «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari»), era attestata sul ritenere che il diritto d'ingresso e di soggiorno del cittadino comunitario e/o del suo familiare potesse essere limitato unicamente per motivi imperativi di pubblica sicurezza (desunti da comportamenti che compromettono la tutela della dignità umana o dei diritti fondamentali della persona, ovvero l'incolumità pubblica, rendendo la permanenza sul territorio nazionale incompatibile con la civile e sicura convivenza);
- il recepimento, seppur tardivo, della direttiva rimpatri, in punto di rilievo, ha apportato alcune modifiche alla disciplina normativa di cui all'art. 20 d.lgs. 30/07, segnatamente:
- il co. 3 è sostituito dal seguente: «3. I motivi imperativi di pubblica sicurezza sussistono quando la persona da allontanare abbia tenuto comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica. Ai fini dell'adozione del provvedimento, si tiene conto, quando ricorrono i comportamenti di cui al primo periodo del presente comma, anche di eventuali condanne, pronunciate da un giudice italiano o straniero, per uno o più delitti non colposi, consumati o tentati, contro la vita o l'incolumità della persona, ovvero di eventuali condanne per uno o più delitti corrispondenti alle fattispecie indicate nell'art. 8 della legge 22.4.2005, n. 69, o di eventuali ipotesi di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p. per i medesimi delitti o dell'appartenenza a taluna delle categorie di cui all'art. 1 della legge 27.12.1956, n. 1423, e successive modificazioni, o di cui all'art. 1 della legge 31.5.1965, n. 575, e successive modificazioni, nonché di misure di prevenzione o di provvedimenti di allontanamento disposti da autorità straniere.»;
- al co. 4, primo periodo, le parole: «una minaccia concreta e attuale» sono sostituite dalle seguenti: («una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave»);

- nel caso di specie, la situazione del sig. [...] non pare sussumibile sotto alcuno dei parametri sopra riportati: anzitutto i sei precedenti penali invocati dall'organo richiedente a sostegno della richiesta di convalida attengono, in misura di due, al reato di cui all'art. 14 co 5 *ter* TU imm., oggi, come noto, non costituente più reato; in misura di tre ai reati di cui agli artt. 624, 625 co. 1 n. 2 c.p. e, in misura di uno, al delitto di cui all'art. 648 c.p.: nessuno dei reati in questione dunque appartiene al *genus* dei reati contro la vita o l'incolumità della persona, né alle fattispecie indicate nell'art. 8 della legge 22.4.2005, n. 69; constando, invece, di reati, per lo più di modesta entità, mono offensivi del bene giuridico patrimonio;

- neppure può esser data per scontata l'appartenenza del sig. [...] alle categorie di cui di cui all'art. 1 della legge 27.12.1956, n. 1423, e successive modificazioni, o di cui all'art. 1 della legge 31.5.1965, n. 575: in quanto, per costante giurisprudenza di legittimità, più volte confermata da questo tribunale in sede di applicazione di misure di prevenzione, elementi imprescindibili per l'applicazione di misure di prevenzione personali sono rappresentati: a) dalla pericolosità per la sicurezza pubblica, valutata alla stregua di una valutazione globale dell'intera personalità del soggetto, risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita con riguardo all'intera sua condotta; b) dalla persistenza nel tempo di un comportamento illecito e antisociale, tale da rendere necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza; c) dall'attualità della pericolosità sociale: nel senso che deve trattarsi di pericolosità non meramente potenziale bensì concreta, attuale e specifica, e come tale desunta da un particolare comportamento sussistente al momento in cui la misura di prevenzione deve essere applicata.

- la pericolosità sociale del proposto e, soprattutto, la stringente attualità di tale pericolosità non possono essere esclusivamente desunte dal *curriculum* criminale, per quanto gli ultimi precedenti ivi riportati si riferiscano a epoca recente; e ciò in quanto tra la consumazione di tali occorsi e il periodo attuale si é frapposta una irrefutabile cesura: costituita, giustappunto, dal periodo di carcerazione; con tutto che, a sostegno del provvedimento in scrutinio, l'autorità richiedente non offre alcun elemento sufficientemente analitico, pregnante e individualizzato, da cui desumere *aliunde* una pericolosità sociale del sig. [...] e, soprattutto, una stringente attualità dell'asserito pericolo: a nulla potendo rilevare in tal senso la presunzione, peraltro meramente abduttiva e di ordine puramente economico, che esso non disponga di fonte lecita di guadagno.

P.Q.M.

letto l'art. 20 *ter* d.lgs. n. 30/07 con successive modifiche, 1) non convalida il provvedimento meglio indicato in epigrafe; [...].

## Famiglia

6.

**Corte di cassazione - sez. I**  
**sentenza 7.10.2010 n. 20838 - rel. Macioce**

**permesso di soggiorno per motivi familiari - richiesta di rinnovo al raggiungimento della maggiore età - condanne per violazione della legge sugli stupefacenti - diniego - legittimità**

**permesso di soggiorno per motivi familiari - esistenza di figli minori - clausola di salvaguardia della coesione familiare introdotta dal d.lgs. n. 5/07 con il nuovo testo dell'art. 5, co. 5, TU n. 286/98 - applicabilità a soggetti che non hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o non ne hanno beneficiato - esclusione**

**permesso di soggiorno per motivi familiari - esistenza di figli minori - clausola di temperamento della coesione familiare introdotta dal d.lgs. n. 5/07 con il nuovo testo dell'art. 5, co. 5, TU n. 286/98 - idoneità ad escludere l'applicazione di condizioni automaticamente ostative al rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno - esclusione - prevalenza dell'interesse nazionale di ordine pubblico**

*artt. 4, co. 3, 5, co. 5, 28, co. 3, 29, 31, co. 3, TU n. 286/98*

Svolgimento del processo

Con decreto del 26.3.2008 il tribunale di Milano ebbe a rigettare il ricorso proposto dalla cittadina [...] avverso il provvedimento 31.3.2007 con il quale il questore di Milano aveva respinto l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per ragioni di famiglia (avendo ella, divenuta maggiorenne, né instaurato rapporto di lavoro né intrapreso corsi di studi, di contro registrando quattro condanne per violazione della legge sugli stupefacenti).

La [...] propose reclamo innanzi alla Corte di Milano, respinto con decreto del 28.4.2009 nel quale il giudice del reclamo ebbe ad affermare: che la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, co. 3, e 5, co. 5, del d.lgs. n. 286/98, per l'ostacolo al rinnovo del permesso costituito dalla commissione di reati in violazione della legge sugli stupefacenti, era manifestamente infondata; che oggetto della contesa era la concessione del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di famiglia, alla quale facevano ostacolo i predetti precedenti penali; che estranei alla contesa erano i motivi attinenti allo sviluppo psicofisico dei minori.

Per la cassazione di tale decreto [...] ha proposto ricorso il 20.5.2009 - al quale l'intimato questore ha opposto difese con atto del 2.7.2009 - lamentando in cinque motivi violazioni di legge e contraddittorietà della motivazione e sollevando questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, 5 e 30 del TU sull'immigrazione.

Motivi della decisione

Ritiene il Collegio che, nessuno dei motivi meritando condivisione di sorta, il ricorso debba essere rigettato.

Con i primi tre motivi del ricorso, che si esaminano congiuntamente perché connessi, viene da un canto stigmatizzata una inesatta comprensione da parte della Corte di merito del *thema decidendi*, che non doveva essere correlato ad una attività lavorativa in atto ma ad una attribuzione del titolo di accesso al lavoro, e dall'altro canto viene denunciata la indebita sottovalutazione della questione di legittimità costituzionale posta nei confronti dell'art. 4, co. 3, d.lgs. n. 286/98, per violazione degli artt. 2, 3, 4, 16, 27, 35 e 97 Cost., questione che - diffusamente illustrata - viene quindi riproposta.

Osserva il Collegio che la indubbia pertinenza delle osservazioni afferenti una confusione qualificatoria del decreto impugnato con riguardo alla domanda proposta dalla [...] (che in effetti chiese il rinnovo o la conversione del pregresso permesso di soggiorno quale minorenni in permesso per motivi di famiglia) non hanno rilievo invalidante alcuno sul *decisum*, posto che la Corte di merito ha ben percepito il valore assorbente che, nel diniego di rinnovo o concessione, era costituito dalla esistenza di una ragione ostativa, quella prevista dall'art. 4, co. 3, d.lgs. n. 286/98, come modificato dall'art. 4 l. n. 189/02 (nella specie, come accertato dal questore, l'aver riportato condanne, anche *ex art. 444 c.p.p.*, per tentata rapina e per ripetute violazioni delle norme sugli stupefacenti). E su tale ragione assorbente la Corte di merito, con motivazione in diritto affetta da tortuosità in questa sede irrilevante, ha fondato la sua giusta decisione di rigetto.

Devesi infatti dare seguito all'orientamento di questa Corte per il quale il diritto al mantenimento dell'unità familiare riceve nella legislazione vigente una specifica regolamentazione sulle modalità di ingresso e sulle condizioni per la sua attuazione che fissa punti di equilibrio tra i diversi valori, costituzionalmente protetti, della unità familiare e del controllo statale dei flussi di immigrazione (Cass. 16453/06 - 25026/05 - 22206/04 - 12223/03), con una sintesi che, ragionevolmente espressa, non compete al giudice sindacare. La cogente scelta di fissare condizioni ostative al rilascio del permesso di soggiorno, anche in conversione, per ragioni familiari, ravvisandole nella commissione di gravi reati (dettagliatamente richiamati nel menzionato co. 3 dell'art. 4 del TU come novellato nel 2002), appare quindi attuativa di tale punto di equilibrio e pertanto del tutto immune da alcun sospetto di incostituzionalità. Che poi il valore ostativo sia riconnesso anche a condanne adottate ai sensi dell'art. 444 c.p.p., è dato privo di irragionevolezza, essendosi esattamente affermato (Cass. 16453/06 citata) che ben è stato introdotto, in ragione della preminenza dell'interesse generale al controllo dei flussi di ingresso, un peculiare effetto civile della sentenza di applicazione della pena su richiesta.

Con il quarto motivo, quindi, si censura la pronuncia per non aver posto la dovuta attenzione sulla questione dell'interesse dei minori (figli della deducente) che sarebbe stato irrimediabilmente pregiudicato dal diniego di permesso di soggiorno, pregiudizio che la appena entrata in vigore previsione dell'art. 5 co. 5 del TU novellato dal d.lgs. n. 5/07 imponeva categoricamente di evitare. La doglianza non ha pregio, posto che la stessa invocazione della clausola di salvaguardia della coesio-

ne familiare è nella specie fuori posto. La norma, infatti, si applica come clausola di contemperamento ai casi di rifiuto, revoca, mancato rinnovo del permesso dei soggetti che abbiano esercitato il ricongiungimento (ed alle relative condizioni) od ai familiari ricongiunti che chiedano il relativo titolo e non ha alcuna applicazione al di fuori della sfera applicativa dell'art. 29 del TU. D'altro canto, la clausola *de qua* obbliga a tenere conto dell'interesse al mantenimento del vincolo familiare ma non ha alcuna idoneità ad escludere le norme ostative improntate alla indiscutibile prevalenza dell'interesse nazionale (di ordine pubblico) a non concedere titoli allo straniero condannato per gravi, significativi, reati.

Con il quinto motivo, infine, si censura il decreto per avere ignorato l'analogo dettato di prevalenza del fanciullo articolato nell'art. 28, co. 3, del TU. Anche tal censura, per le appena esposte ragioni, appare fuor di segno, non senza rilevare che le situazioni emergenziali afferenti lo sviluppo psicofisico del minore (per il danno che potrebbe derivare dall'allontanamento repentino del genitore, espulso per assenza di titolo di soggiorno) ricevono nella previsione normativa una specifica sede di regolamentazione, con l'istituto di cui all'art. 31, co. 3, del TU sull'immigrazione (azionabile solo con la richiesta alla competente sede del tribunale per i minorenni).

Si rigetta il ricorso gravando la soccombente delle spese di giudizio in favore della controricorrente Amministrazione.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente alla refusione delle spese in favore del questore di Milano, [...].

## Penale

### 4.

#### Tribunale di Roma

sentenza 9.5.2011 n. 9060 - est. Di Nicola

**reato di reingresso nel territorio dello Stato di cui all'art. 13, co. 13 TU n. 286/1998 - effetti della direttiva 2008/115/CE - disapplicazione del decreto di espulsione contenente il divieto di reingresso - conseguenze - assoluzione perché il fatto non sussiste**

*art. 13, co. 3, 4, 13 e 13 bis TU n. 286/98; artt. 7 e 11 direttiva 2008/115/CE*

[...].

#### Svolgimento del processo

Con decreto del 2.2.2008 [...] era citato davanti al tribunale di Roma per rispondere del reato di cui all'art. 13 co. 13 d.lgs. 286/1998. All'udienza dell'11.2.2009, nella contumacia dell'imputato, venivano ammesse le prove che non potevano es-

sere assunte nelle udienze successive per l'assenza reiterata ed ingiustificata dei testimoni. Solo il 29.9.2010 era esaminato il teste [...], funzionario dell'ufficio immigrazione della questura di Roma, venivano acquisiti al fascicolo del dibattimento i documenti depositati dalle parti e, su istanza della difesa, il processo era rinviato al 9.5.2011, udienza in cui, sentite le conclusioni del P.M. e della difesa, il giudice dava lettura del dispositivo riservandosi sui motivi.

#### Motivi della decisione

##### § 1 Il fatto

Sulla base della testimonianza del funzionario dell'ufficio immigrazione della questura di Roma e dai documenti acquisiti al fascicolo del dibattimento, è emerso che l'imputato, [...] il giorno 8.9.2006 si era presentato presso l'ufficio immigrazione al fine di richiedere "il permesso di soggiorno per lavoro subordinato flussi 2005".

Compiuti gli accertamenti preliminari, tra cui i riscontri fotodattiloscopici, era risultato che l'uomo, sotto l'*alias* di [...] (di nazionalità israeliana), era stato colpito da un decreto di espulsione del questore di Bolzano del 25.9.2003, con ordine di immediato accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ed avvertimento del divieto di reingresso in Italia per 10 anni senza autorizzazione del Ministero degli interni pena l'arresto da sei mesi ad un anno e nuova espulsione.

Contestualmente, dalla medesima autorità, era stato emesso nei confronti dello straniero anche l'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni, con una motivazione prestampata, in lingua italiana, in cui si dava atto dell'impossibilità di eseguire l'accompagnamento alla frontiera:

- per la necessità di procedere ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità;
- per la necessità di acquisire un valido documento per l'espatrio;
- per indisponibilità di un vettore;
- per impossibilità di trattenimento presso un Centro di permanenza temporanea.

Il questore di Bolzano informava, altresì, lo straniero che qualora si fosse trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine, sarebbe stato punito con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e si sarebbe proceduto a nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica e nel caso fosse stato trovato ancora sul territorio dello Stato gli sarebbe stata applicata la pena della reclusione da uno a quattro anni.

Dalla fotocopia dei documenti allegati nell'istanza di permesso di soggiorno risulta che [...], sotto dette generalità, era munito di passaporto rilasciato il 10.7.2006 dall'autorità egiziana e da visto di ingresso rilasciato il 28.8.2006 dal Consolato italiano di Alessandria d'Egitto.

Risulta, quindi, *per tabulas* che l'imputato, essendo stato espulso dal territorio italiano (con decreto di espulsione del 25.9.2003) ed avendo lasciato lo stesso (vedi passaporto rilasciato in Egitto il 10.7.2006), vi ha poi fatto rientro dopo soli tre anni (quantomeno dall'11.9.2006, data di presentazione dell'istanza di permesso di soggiorno alla questura di Roma) senza la speciale autorizzazione del Ministro

dell'interno, realizzando una condotta che appare formalmente riconducibile nell'ambito della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 13 co. 13 d.lgs. n. 286/98. Va, tuttavia, rilevato che, per configurare una responsabilità penale per il reato indicato, occorre che il decreto del prefetto (nella specie del questore che è a tal uopo delegato per la Provincia di Bolzano) con il quale è stata disposta l'espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato sia conforme non solo alla disciplina interna, ma anche a quella dell'Unione europea, quando direttamente applicabile negli Stati membri, ed *in primis* alla direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.12.2008, "recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", anche detta direttiva rimpatri.

§ 2 La sequenza procedimentale: il d.lgs. n. 286 del 1998 (artt. 13 e 14) e la direttiva rimpatri 2008/115

Nel testo unico in materia di immigrazione è prevista la seguente sequenza procedimentale nei confronti del cittadino di Paese terzo irregolarmente soggiornante in Italia:

- emissione di un **decreto di espulsione immediatamente esecutivo**<sup>1</sup> da parte del prefetto (art. 13, co. 2, d.lgs. n. 286/1998; analogo alla cd. *decisione di rimpatri di cui alla direttiva*) che nella specie, trattandosi della Provincia di Bolzano, viene però emesso dal questore.

Esso contiene, di solito, e comunque nella specie, anche il **divieto di reingresso** nel territorio italiano per un termine di dieci anni in assenza di una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno, corredato dalla previsione della sanzione penale.

**- esecuzione dell'espulsione da parte del questore:**

a) con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4, d.lgs. n. 286/1998);

b) *ovvero, se ciò non è possibile*, anche per fattori estranei alla volontà dello straniero quali la difficoltà nell'identificazione o la mancanza di documenti per il viaggio, con trattenimento presso un Centro di identificazione e di espulsione (art. 14, co. 1, d.lgs. n. 286/1998);

c) *ovvero*, in caso di impossibilità di trattenimento o di maturazione del termine massimo di trattenimento di 180 giorni, anche in questo caso per fattori estranei alla volontà dello straniero, come la mancanza di posti disponibili:

- emissione di un **ordine di allontanamento dallo Stato da parte del questore** entro cinque giorni (art. 14, co. 5 *bis*, d.lgs. n. 286/1998);

---

1. Eccezione: l'ipotesi, prevista dall'art. 13 co. 5 d.lgs. n. 286/98, dello straniero trattenutosi nel territorio italiano con permesso di soggiorno scaduto da più di sessanta giorni di cui non sia stato chiesto il rinnovo, per la quale è prevista un'intimazione a lasciare il territorio entro 15 giorni. Anche in tal caso non è stabilita alcuna proroga del termine per la partenza volontaria.

- **in caso di inottemperanza a detto ordine:** arresto obbligatorio, assoggettabilità a misura cautelari coercitive e a procedimento penale con pene sino a quattro anni (art. 14, co. 5 *ter*) e sino a cinque anni (art. 14, co. 5 *quater*), e l’emanazione di un nuovo ordine di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, che, nell’ipotesi in cui non possa essere eseguito, potrà determinare l’emanazione di un nuovo ordine di allontanamento del questore, la cui violazione comporterà l’irrogazione di una ulteriore sanzione penale (art. 14 co. 5 *ter* terzo e ultimo periodo), con possibilità di una rinnovata applicazione di una misura cautelare, generandosi così una catena potenzialmente infinita di provvedimenti restrittivi della libertà personale finché non venga a cessare la permanenza in Italia dello straniero.

Come si può notare dalla lettura dell’art. 14 co. 5 *ter* terzo periodo il **SECONDO nuovo ordine di espulsione con accompagnamento alla frontiera** può essere emesso dal prefetto “SALVO che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere”;

- **in caso di reingresso nel territorio italiano, entro 10 anni, senza autorizzazione del Ministro dell’interno:** arresto obbligatorio, assoggettabilità a misura cautelari coercitive e a procedimento penale con pene sino a quattro anni (art. 13, co. 13) e l’emanazione di un nuovo ordine di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica;

- **in caso di SECONDO reingresso:** arresto obbligatorio, assoggettabilità a misura cautelari coercitive e a procedimento penale con pene sino a cinque anni (art. 13, co. 13 *bis* seconda parte), ma questa volta la norma non impone l’emissione di nuovo ordine di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera.

La *direttiva rimpatri* 2008/115 prevede, invece, nella stessa ipotesi di presenza irregolare, una diversa sequenza procedimentale:

- ***partenza volontaria*** della persona irregolarmente dimorante sul territorio in un termine compreso tra 7 e 30 giorni (art. 7 § 1 direttiva 2008/115/CE);

- **in caso di mancata collaborazione** all’esecuzione della decisione di rimpatrio, possibilità per gli Stati membri di comprimere, secondo criteri di proporzionalità e di stretta necessità (art. 8 § 4 della direttiva), i diritti di libertà dell’interessato con strumenti **di compressione via via crescenti, fino all’uso di misure coercitive;**

- se nessuna misura coercitiva può essere efficacemente impiegata 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). Il trattenimento deve essere assoggettato a periodici riesami (art. 15 § 3) ha una durata massima (art. 15 § 5), eventualmente prorogabile (art. 15 § 6 che delinea i termini massimi per la proroga e le condizioni in cui essa è ammessa);

- **cessazione** del trattenimento nel caso non vi sia più una *ragionevole prospettiva* di esecuzione della decisione di rimpatrio (art. 15 § 4 direttiva 2008/115/CE), prospettiva che potrebbe venire meno anche semplicemente per la incapacità o l’impossibilità per lo Stato di provvedervi;

- **divieto di ingresso**, autonomo dalla decisione di rimpatrio, per non più di cinque anni (art. 11 § 2 direttiva 2008/115/CE, salvo il caso dello straniero che costituisca grave minaccia), quando non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria o non sia stato ottemperato all'obbligo di rimpatrio o in altri casi (art. 11 § 1 direttiva 2008/115/CE). Anche da una semplice lettura delle sopra indicate sequenze procedurali emerge, in modo evidente, il contrasto tra i due sistemi. Nell'ordinamento italiano è previsto un provvedimento espulsivo immediatamente esecutivo con accompagnamento alla frontiera (art. 13 co. 3 e 4) mentre in quello europeo è stabilita una pluralità di modi per eseguire l'allontanamento, che va dalla partenza volontaria all'accompagnamento coattivo, connotati da una gradualità e proporzionalità crescente.

§ 3 La direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.12.2008, come interpretata dalla sentenza della Corte di giustizia UE, 28.4.2011, El Dridi (C-61/11 PPU)

La giurisprudenza italiana, con una ricchissima attività interpretativa, si è posta il problema della diretta applicabilità nel nostro ordinamento della direttiva 2008/115/CE e della sua compatibilità con le fattispecie penali previste dal d.lgs. 286/1998, sino a richiedere alla Corte di giustizia dell'Unione europea, con più questioni pregiudiziali (tutte relative all'art. 14 co. 5 *ter*), una pronuncia chiarificatrice che è intervenuta, in relazione solo ad una tra quelle sollevate (la questione pregiudiziale proposta dalla Corte d'appello di Trento con procedura d'urgenza), con la sentenza 28.4.2011, El Dridi C-61/11 PPU.

Prima di esaminare i punti essenziali di questa, al fine di valutarne l'impatto anche con riguardo alla definizione del presente processo, si ritiene necessario premettere che l'Italia:

a) ha violato l'obbligo di attuazione della direttiva rimpatri 2008/115, la cui data di scadenza era prevista al 24.12.2010, mantenendo ferma una legislazione, come quella contenuta nel d.lgs. 286/1998, con essa del tutto in contrasto, perché connotata da condizioni diverse e più restrittive, rispetto al *minimum* fissato dalla legislazione europea;

b) non si è avvalsa della clausola di riserva prevista dall'art. 2 e, in particolare, per quello che in questa sede interessa, al § 2 **lett. b)** che consente agli Stati membri **di non applicare la direttiva** ai soggetti "sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione"; opzione il cui esercizio, considerate le conseguenze restrittive che ne derivano, può esprimersi solo con fonti normative che, in termini inequivoci ed espressi, manifestano la volontà dello Stato membro di escludere determinati soggetti o situazioni dalla disciplina della fonte sovraordinata. Se, dunque, non è stato esplicitamente limitato dallo Stato italiano l'ambito di applicabilità della citata direttiva rimpatri ai casi in cui ciò sarebbe potuto avvenire (espulsione come conseguenza di un reato), ne consegue che **la di-**

**disciplina della stessa è, ad oggi, estesa a tutti i casi di espulsione, senza limitazione alle sole espulsioni amministrative.**

§ 3.1 L'incompatibilità della sanzione penale prevista dagli artt. 13 co. 13 e 13 bis con il sistema sovraordinato europeo

Il procedimento argomentativo seguito dalla Corte di giustizia (da ora CGE), per pervenire alla declaratoria di incompatibilità dell'art. 14 co. 5 *ter* del d.lgs. 286/1998 rispetto alla direttiva rimpatri, parte proprio dallo **scopo** perseguito dalla disciplina europea, scopo costituito dall'“attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità” (§ 31), con il limite per lo Stato membro di derogare soltanto prevedendo condizioni più favorevoli per lo straniero (§ 33).

Perché detto scopo possa concretamente essere perseguito dagli Stati membri, la CGE, ponendo fine ad un dibattito apertosi nella giurisprudenza e nella dottrina italiana, ha espressamente riconosciuto **effetto diretto** agli artt. 15 e 16 della direttiva,<sup>2</sup> che disciplinano la misura del trattenimento (“Trattenimento ai fini

---

2. **Art. 15** Trattenimento

1. Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre 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, in particolare quando:

- a) sussiste un rischio di fuga o
- b) il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.

2. Il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative o giudiziarie.

Il trattenimento è disposto per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto.

Quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli Stati membri:

- a) prevedono un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso,
- b) oppure accordano al cittadino di un Paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento. In tal caso gli Stati membri informano immediatamente il cittadino del paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso.

Il cittadino di un Paese terzo interessato è liberato immediatamente se il trattenimento non è legittimo.

3. In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un Paese terzo interessato o d'ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria.

dell'allontanamento”). Per fare questo, la Corte ha richiamato i suoi precedenti, secondo cui, allorché lo Stato non abbia recepito, o non abbia recepito correttamente, una direttiva entro il termine previsto - come appunto è il caso dell'Italia, ma non solo -, i singoli sono legittimati ad invocare, contro lo Stato, le disposizioni della direttiva che appaiano incondizionate e sufficientemente precise (§ 46), come indubbiamente sono gli artt. 15 e 16, lì dove fissano requisiti, modalità e limiti del trattenimento. Al riguardo si riporta testualmente il § 47 della sentenza El Didri: “[...] gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115, [...], come si evince dal punto 40 della presente sentenza, sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto”.

---

4. Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata.

5. Il trattenimento è mantenuto finché perdurano le condizioni di cui al paragrafo 1 e per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito. Ciascuno Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi.

6. Gli Stati membri non possono prolungare il periodo di cui al paragrafo 5, salvo per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi conformemente alla legislazione nazionale nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa:

- a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o
- b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi.

#### Art. 16 Condizioni di trattenimento

1. Il trattenimento avviene di norma in appositi Centri di permanenza temporanea. Qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un Paese terzo interessato in un apposito Centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di Paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari.

2. I cittadini di Paesi terzi trattenuti hanno la possibilità - su richiesta - di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti.

3. Particolare attenzione è prestata alla situazione delle persone vulnerabili. Sono assicurati le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie.

4. I pertinenti e competenti organismi ed organizzazioni nazionali, internazionali e non governativi hanno la possibilità di accedere ai Centri di permanenza temporanea di cui al paragrafo 1, nella misura in cui essi sono utilizzati per trattenere cittadini di Paesi terzi in conformità del presente capo. Tali visite possono essere soggette ad autorizzazione.

5. I cittadini di Paesi terzi trattenuti sono sistematicamente informati delle norme vigenti nel centro e dei loro diritti e obblighi. Tali informazioni riguardano anche il loro diritto, ai sensi della legislazione nazionale, di mettersi in contatto con gli organismi e le organizzazioni di cui al paragrafo 4.

Altrettanto incondizionato e sufficientemente preciso si ritiene, per le stesse motivazioni, anche l'art. 11 della direttiva, che non era oggetto della questione sottoposta all'esame della CGE, e che riguarda il divieto di ingresso (vedi *infra*).

Da ciò consegue che il giudice italiano, che è allo stesso tempo giudice dell'Unione europea, è tenuto a riconoscere allo straniero i diritti che il legislatore avrebbe dovuto garantirgli entro il termine fissato per il recepimento della direttiva, ovvero entro il 24.12.2010, mediante l'applicazione di questa.

Ma il nucleo davvero significativo della citata sentenza, anche ai fini della presente decisione, riguarda le ricadute della direttiva rimpatri, più complessivamente, sul sistema penalistico degli Stati membri, tra cui ovviamente il nostro.

La CGE sottolinea, al § 53, come il diritto dell'Unione, pur non incidendo sulla legislazione penale e di procedura penale, che è, infatti, rimessa alla competenza degli Stati membri, possa comunque riverberare i propri effetti su tale ambito giuridico che non deve "compromettere la realizzazione degli obiettivi di una direttiva e [...] privare quest'ultima dell'**effetto utile**" (§ 55).

Con specifico riguardo poi agli ordinamenti interni "in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, [gli Stati membri] devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione" (così la seconda parte del § 54 della sentenza della CGE).

L'eventuale norma penale che non realizzi l'effetto utile della direttiva, consistente nell'esecuzione del rimpatrio dello straniero irregolare, e contrasti con essa, dovrà essere disapplicata, *rectius* non applicata, da parte del giudice interno; fatto, comunque, salvo il diritto dello Stato membro di adottare, ai sensi dell'art. 8 n. 4 della direttiva, anche misure coercitive (indicate come "accompagnamento coattivo alla frontiera").

Solo quando queste non abbiano raggiunto il loro risultato, ovvero il rimpatrio, subentrerà anche il diritto di prevedere sanzioni *penali* - necessariamente non detentive - nei confronti dello straniero inottemperante, dotate della capacità di dissuasione dal continuare a soggiornare illegalmente nel territorio dello Stato (§ 52).

Seguendo sempre il percorso interpretativo tracciato dalla CGE, è di tutta evidenza che l'eventuale **sanzione penale detentiva**, conseguenza o di una semplice condotta di mancata cooperazione dello straniero alla procedura di rimpatrio (con l'inosservanza all'ordine di allontanamento: art. 14) o di una violazione di carattere formale (come il successivo rientro prima del termine senza autorizzazione del Ministro dell'interno art. 13), quasi sempre, come nel caso in esame, senza alcun previo tentativo da parte dello Stato di provvedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera o ad altre forme coercitive più gradate, si pone, per sua stessa natura, in contrasto con l'effetto utile stabilito dagli artt. 15 e 16 della direttiva (§§ 55-59), alla luce del principio di leale cooperazione tra Stati membri e Unione.

D'altra parte, se l'obiettivo dello Stato, di fronte ad una condizione di accertata irregolarità del cittadino di Paese terzo che abbia fatto rientro senza autorizzazione ministeriale nello Stato, è quello dell'allontanamento di questi dal territorio, risulta non solo incompatibile con il sistema dell'Unione, ma anche palesemente irragio-

nevole, costoso ed inefficace, il farraginoso meccanismo previsto dall'art. 13 co. 13 e 13 *bis* (arresto obbligatorio; giudizio direttissimo, applicabilità della custodia cautelare durante il processo, irrogazione di una pena detentiva fino a 4/5 anni) che si inserisce, peraltro, in via incidentale, nell'ambito del procedimento amministrativo di espulsione, non consentendo l'obiettivo finale dell'allontanamento dello straniero, cui lo Stato è, invece, tenuto in forza della direttiva (§ 59).

È utile al riguardo riportare testualmente i § 58 e 59 della sentenza che, si ritiene, costituiscono il nucleo della pronuncia:

“58 Ne consegue che **gli Stati membri non possono introdurre**, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, **una pena detentiva**, come quella prevista all'art. 14, co. 5 *ter*, del d.lgs. n. 286/1998, solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. **Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti.**

59 **Una tale pena**, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, **rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva**, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. In particolare, come ha rilevato l'Avvocato generale al paragrafo 42 della sua presa di posizione, una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 2008/115 e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio”.

La ragione del sistema coercitivo scelto dal legislatore italiano è ben esplicitata nella presa di posizione dell'Avvocato generale Jan Mazak, dell'1.4.2011, nel processo El Didri in cui, dopo essere stato individuato il punto in comune tra la direttiva 2008/115 ed il d.lgs. n. 286/998 (prevedere la possibilità che il cittadino di un Paese terzo che soggiorna irregolarmente nel territorio di uno Stato membro non ottemperi all'ordine dell'autorità pubblica di lasciare il territorio nazionale nel termine prescritto), si conclude che le conseguenze che derivano dall'inottemperanza all'ordine sono profondamente diverse:

- nel sistema della direttiva 2008/115 può determinare, ai sensi dell'art. 15, n. 1, il trattenimento del cittadino di un Paese terzo quale misura necessaria per eseguire la decisione di rimpatrio e sempreché non possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive;

- nel d.lgs. n. 286/1998 detto comportamento è qualificato come reato punibile con la pena della reclusione da uno a quattro anni e la relativa sanzione detentiva, per ciò solo, non può avere i connotati del trattenimento di cui all'art. 15 della direttiva, perché non finalizzata al rimpatrio, ma alla sua stessa espiazione.

Detto diverso trattamento trova la propria *ratio* nella prevalenza per lo Stato italiano, “di punire la violazione di un ordine dell’autorità che costituisce una grave lesione dell’ordine pubblico e, di conseguenza, tale pena non è una misura coercitiva destinata a dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, ma costituisce una reazione repressiva dell’ordinamento giuridico, subordinata alla verifica della mancanza di un giustificato motivo per la violazione di un ordine dell’autorità” (così la presa di posizione al § 40).

Lo stesso avviene nell’ipotesi delittuosa di cui all’art. 13 co. 13 (e 13 *bis* seconda parte) del d.lgs. 286/1998 in cui lo straniero:

- è espulso dallo Stato italiano;
- viene rimpatriato (volontariamente o a mezzo di accompagnamento coattivo) con obbligo di non tornare entro 10 anni o comunque per un periodo non inferiore a 5 anni (art. 13 co. 14) salva la speciale autorizzazione del Ministro dell’interno;
- fa rientro nel territorio prima del termine fissato dal prefetto senza autorizzazione.

In detto caso la norma prevede, in prima battuta, che lo straniero deve essere punito, previo arresto obbligatorio e rito direttissimo, con la pena da uno a quattro anni di reclusione e **solo una volta scontata la sanzione** “è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera”.

L’art. 13 co. 13 *bis* seconda parte (seconda trasgressione al reingresso) dopo avere previsto la sanzione (da uno a cinque anni di reclusione) non fa neanche menzione della successiva espulsione a differenza del comma che lo precede.

In questo modo viene disvelato come il “diritto penale dell’immigrazione”, ed in particolare gli artt. 13, co. 13 e 13 *bis*, e 14, co. 5 *ter* e *quater*, non sia altro che lo strumento attraverso il quale si compie una prova di forza tra l’autorità, che impone l’ordine di non rientro nel territorio italiano (art. 13) o di rimpatrio (art. 14), e lo straniero che non lo rispetta, con la conseguente criminalizzazione della trasgressione (art. 13) o dell’inottemperanza (art. 14) che viene punita con una pena detentiva capace di prevalere sull’opposta esigenza di eseguire l’espulsione.

Nella scelta tra interessi divergenti costituiti, da un lato, dall’esercizio della potestà punitiva dello Stato, con conseguente trattenimento dello straniero irregolare per l’esecuzione della pena detentiva e, dall’altro lato, da un’efficace politica di rimpatrio degli stranieri irregolari, lo Stato italiano, con il sistema di cui agli artt. 13 e 14 del testo unico immigrazione, sceglie inequivocabilmente il primo, con inevitabile e deliberato travolgimento del secondo.

Se a ciò si aggiunge che, nel caso in esame, nei confronti di [...] non era stato neanche tentato l’accompagnamento coattivo alla frontiera o il trattenimento presso un Centro di identificazione al fine di provvedere successivamente al suo rimpatrio, è di tutta evidenza che la sanzione penale detentiva è, in sostanza, l’unico strumento predisposto dall’ordinamento interno per fare fronte alla presenza irregolare dell’imputato che prima ha persino ottemperato, volontariamente e con mezzi propri, all’espulsione, e poi ha trasgredito l’ordine di rientro per violazione

del termine e assenza dell'autorizzazione; con tutto ciò che ne consegue in termini di irragionevolezza del sistema e di ovvia incompatibilità con la finalità perseguita dalla direttiva 2008/115, per come interpretata dalla Corte di giustizia con la sentenza El Didri.

§ 3.2 L'incompatibilità del procedimento amministrativo di cui all'art. 13 co. 3 e 4 presupposto della fattispecie penale di cui all'art. 13 co. 13 e 13 bis seconda parte d.lgs. 286/98

Valutato il profilo dell'incompatibilità finalistica e di sistema dell'art. 13 co. 13 con la direttiva rimpatri, si passa adesso ad esaminare il profilo della ritenuta incompatibilità procedimentale, con la medesima disciplina dell'UE (sinteticamente riportata al § 2 cui si rinvia): a) del decreto di espulsione emesso il 25.9.2003 dal questore di Bolzano (autorità competente per la provincia di Bolzano in luogo del prefetto), con divieto di reingresso in Italia per 10 anni senza autorizzazione del Ministero degli interni; b) del contestuale ordine di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni, emesso dalla medesima autorità nei confronti di [...].

A fronte di un sistema europeo improntato sulla gradualità crescente nell'uso delle misure coercitive (cfr., artt. 7, 8 e 15 della direttiva rimpatri) che vanno dalla partenza volontaria all'accompagnamento coattivo (ultima e più grave forma di allontanamento), proprio in ragione del contemperamento tra efficace azione di controllo dei flussi migratori e tutela dei diritti di libertà dei cittadini di Paesi terzi; l'art. 13 della disciplina interna prevede, invece, l'immediata esecuzione del provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ed applicazione, quindi, della massima forma coercitiva prevista dalla direttiva, senza alcuna gradualità e proporzionalità rispetto, peraltro, al medesimo interesse perseguito. Il sistema del d.lgs. 286/1998 è strutturato secondo condizioni deteriori e diverse rispetto a quelle tassativamente stabilite dagli artt. 15 e 16 della direttiva, con una incompatibilità tra il sistema sovraordinato del diritto dell'Unione e l'ordinamento interno che involge non solo il profilo finalistico, ma prima ancora quello procedimentale.

Infatti, da questi due angoli visuali, non vi è dubbio che l'art. 13, co. 3, 4 e 13, così come tutte le disposizioni del testo unico sull'immigrazione relative al procedimento espulsivo, abbia subito una radicale modifica dall'applicazione della direttiva rimpatri 2008/115, come interpretata dalla sentenza della Corte di giustizia, proprio nella logica funzionalistica che informa complessivamente detta pronuncia. Da un lato si ravvisa una evidente compromissione dell'obiettivo perseguito dall'art. 8 n. 1, rappresentato dal privilegiare l'esecuzione della decisione di rimpatrio dello straniero irregolare rispetto a forme di coercizione della sua libertà personale che la ostacolano e violano il principio di proporzione (cfr., il § che precede); dall'altro lato emerge l'assenza della obbligatoria gradualità procedurale del regime espulsivo che costituisce, peraltro, il presupposto dell'elemento normativo della fattispecie penale oggetto del presente processo.

Al riguardo si richiama il § 50 della sentenza lì dove sostiene che “[...] la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana in discussione nel procedimento principale **differisce notevolmente da quella stabilita da detta direttiva**”. In questo modo la Corte di giustizia ha voluto sancire un principio interpretativo che va ben oltre l’esame del solo art. 14 e che coinvolge e travolge il sistema della legislazione interna nel regime delle espulsioni, lì dove manca del tutto una forma graduale e proporzionale delle stesse in un crescendo di limitazioni e coartazioni delle volontà dello straniero irregolare che non può mai giungere, comunque, fino all’applicazione di una sanzione penale detentiva incompatibile con l’obiettivo.

§ 3.3 L’incompatibilità del sistema di reingresso dell’art. 13 co. 13 d.lgs. 286/98 con l’art. 11 della direttiva rimpatri

Un ulteriore profilo di contrasto viene ravvisato anche tra l’art. 13 co. 13 del d.lgs. 286/1998, in cui l’ordine di espulsione del Prefetto **contiene** il divieto di reingresso nello Stato (per un periodo di 10 anni senza la speciale autorizzazione del Ministro dell’interno, salva la possibilità di prevedere un termine più breve ma comunque non inferiore a 5 anni) e l’art. 11 della direttiva rimpatri.

Quest’ultima, da ritenersi norma ad effetto diretto avuto riguardo alla specificità e precisione del suo contenuto che non richiede ulteriori adempimenti ed interventi da parte dello Stato membro, stabilisce una disciplina in tema di reingresso che, diversamente dalla nostra, non prevede alcuna automaticità tra decisione di rimpatrio e divieto di reingresso.

Infatti, ai sensi del citato art. 11, detto divieto può essere previsto in tre ipotesi:

- a) quando non è stato concesso un periodo per la partenza volontaria (vedi art. 7 § 4 che fa riferimento ai casi di straniero sostanzialmente pericoloso),<sup>3</sup>
- b) quando lo straniero non ha ottemperato, nel termine, all’ordine di rimpatrio;
- c) negli altri casi.

Il divieto di reingresso, peraltro, oltre a tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto non può durare oltre cinque anni (art. 11 § 2), salvo che il cittadino costituisca un pericolo per l’ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale.

Anche tra dette disposizioni (art. 13 del d.lgs. 286/1998 e art. 11 della direttiva rimpatri), che hanno lo stesso ambito applicativo, in quanto riguardano il medesimo caso - quello cioè dell’ordine dato allo straniero irregolarmente presente di non rientrare nello Stato - vi è un insanabile contrasto, avuto riguardo al contenuto di maggiore favore previsto dalla disciplina europea che, per ciò solo, ne determina un’applicabilità retroattiva.<sup>4</sup>

---

3. Art. 7 § 4 della direttiva. “Se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l’interessato costituisce un pericolo per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni.”.

4. Corte di giustizia europea 29.4.1999, C-224/97.

Si pensi, in particolare:

- alla mancanza di automaticità tra decisione di rimpatrio e divieto di reingresso;
- alla previsione di un obbligo di reingresso solo in casi in cui lo straniero ha dato prova, in concreto, di una condotta gravemente negativa e dimostrativa di una volontà di pervicace violazione degli ordini dell'autorità in relazione alla permanenza irregolare (rischio di fuga, domanda di soggiorno fraudolenta, soggetto pericoloso);
- ad una durata del divieto di reingresso valutata tenendo conto del caso concreto e che, comunque, non può superare il termine massimo di cinque anni;
- alla revocabilità del divieto quando lo straniero dimostri di avere ottemperato volontariamente ad una decisione di rimpatrio (art. 11 § 4).

A questo ultimo riguardo si sottolinea che, nel caso oggetto del presente processo, si perverrebbe al paradosso che, se non fosse disapplicato l'atto amministrativo presupposto della fattispecie penale di cui all'art. 13 co. 13 del d.lgs. 286/1998, [...] sarebbe passibile di essere sottoposto ad una sanzione penale detentiva grave, in relazione proprio all'ipotesi in cui la direttiva 115 prevede, in capo agli Stati membri, la revocabilità del divieto del rimpatrio.

Infatti, come risulta dagli atti, l'imputato aveva ottemperato volontariamente all'ordine di espulsione ed aveva dimostrato documentalmente di avere fatto ritorno nel proprio Paese, l'Egitto.

#### § 3.4 Effetti dell'incompatibilità del sistema previsto dall'art. 13 del d.lgs. 286/98

Il sopravvenuto ritenuto contrasto della disciplina espulsiva prevista dal d.lgs. 286/98 con la direttiva rimpatri impone al giudice la non applicazione, per sopravvenuta illegittimità, dell'art. 13 di tale d.lgs. che attribuisce al prefetto e al questore la potestà amministrativa sulla base della quale sono emessi l'ordine di espulsione e l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato, atti-presupposto per l'applicazione della fattispecie penale in questa sede contestata.

Per pervenire a detta conclusione non si ignora che la dottrina e la giurisprudenza amministrativistica sostengano che nella materia valga il principio del *tempus regit actum* in forza del quale "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 sopravvengano norme di sanatoria anche in favore di situazioni su cui l'amministrazione ha già provveduto".<sup>5</sup>

Tuttavia, il problema dell'incidenza dello *ius superveniens* sugli atti amministrativi va rivisitata proprio alla luce della primazia della fonte europea direttamente applicabile sul diritto interno che impone, non solo ai giudici nazionali, ma anche alle amministrazioni, di dare piena e completa attuazione al diritto dell'UE, compiendo ogni atto necessario a tal fine.

---

5. Consiglio di Stato 17.10.2003 n. 6361.

Al riguardo è bene richiamare due decisioni della Corte di giustizia europea che delineano in modo chiaro ed univoco il percorso interpretativo e la gerarchia delle fonti da rispettare:

a) “non è in alcun modo possibile sostenere che la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta e che è compito dei giudici nazionali garantire, debba negarsi agli stessi singoli nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto la validità di un atto amministrativo. L’esistenza di una siffatta tutela non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno contrastante con il diritto comunitario”;<sup>6</sup>

b) “il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore”.<sup>7</sup>

Se, per ragioni quantomeno di logica, sull’autorità giudiziaria grava l’obbligo di equiparare l’atto amministrativo alla norma nazionale in contrasto con il diritto dell’Unione, anche perché altrimenti “si creerebbe una discriminazione alla rovescia a danno delle norme nazionali”,<sup>8</sup> è di tutta evidenza che anche il provvedimento amministrativo dovrà essere disapplicato ove non conforme alla disciplina europea “indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore” ad essa.

A ciò bisogna aggiungere che l’ordine di espulsione e la sua esecuzione sono atti per i quali non è applicabile il principio amministrativistico del *tempus regit actum*, sebbene siano stati adottati antecedentemente al mutamento della normativa dell’UE. Invero, il suddetto principio esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l’atto inerisce sia irretrattabilmente definito, e diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento. Tale la circostanza non si verifica nella specie in quanto l’assetto prodotto da detti atti permane per il solo fatto di costituire il presupposto applicativo di fattispecie incriminatrici capaci di determinare l’irrogazione di sanzioni penali, peraltro detentive.<sup>9</sup>

---

6. Corte di giustizia europea 29.4.1999, C-224/97 cit: il caso oggetto della citata sentenza appare, sul punto, esemplare. Un soggetto austriaco, nel 1990, otteneva l’autorizzazione dall’Amministrazione locale di allestire 200 posti barca sul lago di Costanza, dovendo però limitare la loro fruibilità a non oltre 60 soggetti residenti all’estero. Nel 1996, al privato veniva comminata una sanzione amministrativa per aver violato tale divieto, risultando essere 62 i posti barca messi a disposizione di persone non residenti in Austria. La Corte di giustizia ha ritenuto che il provvedimento autorizzatorio, pur se legittimo nel 1990, fosse divenuto contrastante con il diritto comunitario a partire dall’adesione alla UE dell’Austria (avvenuta nel 1995), cosicché esso andava disapplicato “nella valutazione della legittimità di un’ammenda irrogata per inosservanza di tale divieto dopo la data di adesione”.

7. Corte di giustizia europea 9.9.2003, C-198/01.

8. Consiglio di Stato 21.2.2005, n. 579.

9. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria - sentenza 10.5.2011 n. 8.

In conclusione, se l'espulsione dello straniero non può più essere disposta secondo la procedura prevista dagli artt. 13 e 14 d.lgs. 286/98, in quanto la stessa è in contrasto con le disposizioni dell'UE per le ragioni esposte, non è sanzionabile penalmente un soggetto che non ha ottemperato alle prescrizioni contenute in un precedente provvedimento amministrativo emanato sulla base di tali norme, poiché altrimenti lo stesso sarebbe ingiustamente discriminato rispetto agli altri stranieri che siano raggiunti oggi dal medesimo provvedimento e che non potrebbero essere puniti per la violazione delle prescrizioni contenute nello stesso. Inoltre, una soluzione diversa sarebbe anche in contrasto con il principio di offensività in quanto la fattispecie penale continuerebbe a tutelare l'esercizio di una funzione amministrativa, che non può più estrinsecarsi nelle forme previste dalla stessa norma penale (in questi termini cfr. tribunale di Cagliari, sentenza del 14.1.2011, imp. Silla Mody, con riferimento all'art. 14 co. 5 *ter* e tribunale di Napoli sentenza del 18.2.2011, imp. Perera Siriwardana Muthuporuthotage Dilidu Prasad Rapita, con riferimento all'art. 13 co. 13).

#### § 4 La formula assolutoria

Dalle sopra esposte argomentazioni consegue l'assoluzione dell'imputato dal reato di cui all'art. 13 co. 13 d.lgs. 286/1998 perché il fatto non sussiste, previa disapplicazione dell'atto amministrativo complesso e presupposto, costituito dal decreto di espulsione contenente il divieto di reingresso e dall'ordine di allontanamento del questore di Bolzano, emessi entrambi il 25.9.2003.

Detti atti sono divenuti illegittimi perché emessi nel rispetto delle disposizioni dettate dall'art. 13 d.lgs. 286/1998, in materia di immediata esecutività del decreto di espulsione mediante accompagnamento coattivo e di divieto di reingresso nello Stato prima di dieci anni senza autorizzazione del Ministro dell'interno; disposizioni da ritenersi incompatibili con la sopravvenuta direttiva dell'UE 2008/115, direttamente applicabile nel nostro ordinamento.

Se all'autorità giudiziaria è preclusa l'applicazione (*inapplicazione*) delle norme che disciplinano il procedimento amministrativo di espulsione e di reingresso di cui all'art. 13, per la supremazia del diritto dell'Unione sul diritto interno ritenuto confliggente, ne consegue che la stessa autorità giudiziaria deve provvedere alla disapplicazione degli atti amministrativi emessi nella sua osservanza e che, costituendone il presupposto, fanno venire meno l'integrazione del fatto materiale tipico del delitto contestato. Motivi riservati in 30 giorni

P.Q.M.

visto l'art. 530 c.p.p. assolve [...], sedicente, dal reato ascrittogli, previa disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto, perché il fatto non sussiste.

## 5.

### **Tribunale di Pinerolo**

### **sentenza 14.7.2011 n. 384 - est. Reynaud**

**reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14, co. 5 ter, TU n. 286/1998 - effetti della direttiva 2008/115/CE - sostanziale *abolitio criminis* - modifica normativa introdotta dal D.L. n. 89/2011, conv. nella l. n. 129/2011 - nuova incriminazione - divieto di applicazione retroattiva**

*art. 14, co. 5 ter TU n. 286/98; art. 2 c.p.*

Motivi in fatto e in diritto

*(omissis)*

Dalla documentazione acquisita sull'accordo delle parti risulta che in data 8.7.2010 l'imputato - cittadino extracomunitario - fu controllato dai carabinieri i quali accertarono che, con decreto del prefetto di Torino del 30.8.2009 e contestuale ordine del questore di Torino notificatigli in pari data in versione tradotta nella sua lingua madre, egli fu espulso dall'Italia (causa l'omessa richiesta di permesso di soggiorno), con obbligo di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni. Non avendovi ottemperato, l'imputato fu dunque tratto in arresto per il reato in epigrafe e immediatamente liberato dal P.M., che non intese richiedere alcuna misura cautelare.

Ciò premesso, reputa il giudicante che debba essere accolta la concorde richiesta avanzata dalle parti per la pronuncia di una sentenza di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

Ed invero, deve osservarsi che il 24.12.2010 è scaduto, per lo Stato italiano, il termine per dare attuazione alla direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.12.2008, recante "norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", pubblicata in G.U. del 24.12.2008, in vigore dal 13.1.2009. A seguito di questione pregiudiziale interpretativa sollevata dalla Corte d'appello di Trento al fine di verificare la compatibilità dell'incriminazione di cui all'art. 14, co. 5 ter, d.lgs. 286/1998 con la citata direttiva, una volta scaduto il termine per la sua attuazione, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata con sentenza del 28.4.2011 in causa C-61/11 PPU, affermando che «la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo». La conclusione poggia su diverse argomentazioni:

- la necessità di interpretare la direttiva alla luce dello scopo perseguito, vale a dire quello della «attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità»;

- l'obbligo per gli Stati membri di osservare le norme dettate dalla direttiva ai fini del rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare con possibilità di «derogare a tali norme e procedure solo alle condizioni previste dalla direttiva medesima, segnatamente quelle fissate al suo art. 4» e, ferma la facoltà di introdurre o di mantenere disposizioni non incompatibili più favorevoli per i cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, il divieto di «applicare norme più severe nell'ambito che essa disciplina»;

- l'obbligo per gli Stati membri di «procedere all'allontanamento mediante le misure meno coercitive possibili. Solo qualora l'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell'interessato, detti Stati possono privare quest'ultimo della libertà ricorrendo al trattenimento [...] tale privazione della libertà deve avere durata quanto più breve possibile e protrarsi solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio» e in ogni caso non può superare la durata massima di 18 mesi;

- la notazione per cui «la successione delle fasi della procedura di rimpatrio stabilita dalla direttiva 2008/115 corrisponde ad una gradazione delle misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, gradazione che va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato - la concessione di un termine per la sua partenza volontaria - alla misura che maggiormente limita la sua libertà - il trattenimento in un apposito Centro -, fermo restando in tutte le fasi di detta procedura l'obbligo di osservare il principio di proporzionalità»;

- la possibilità del diritto dell'Unione europea di incidere anche sulla legislazione penale e le norme di procedura penale degli Stati membri con il con conseguente divieto per costoro di «applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile».

Sulla base di queste linee interpretative, la Corte ha pertanto concluso che «gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, co. 5 *ter*, del d.lgs. n. 286/1998, solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti». Si legge, ancora, nella sentenza della Corte, che al giudice nazionale italiano, «incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del d.lgs. n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, co. 5 *ter*, di tale decreto legislativo» tenendo nel debito conto il

«principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

Sulla scorta di tale pronuncia, la Corte di cassazione - estendendo la conclusione alla fattispecie di reato di cui all'art. 14, co. 5 *quater*, d.lgs. 268/1998, nella specie *sub iudice* - ha pertanto affermato il principio secondo cui «l'efficacia diretta nell'ordinamento interno della direttiva comunitaria 2008/115 (cosiddetta direttiva rimpatri) impone la disapplicazione dell'art. 14, co. 5 *quater*, d.lgs. n. 286 del 1998 con la stessa incompatibile, il che determina la sostanziale *abolitio* del delitto di violazione dell'ordine di allontanamento volontario dal territorio dello Stato, rilevabile dal giudice di legittimità, ai fini dell'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna per non essere il fatto più previsto come reato» (Cass., sez. I, sent. 28.4.2011, n. 22105). In detta pronuncia, richiamando insegnamenti della Corte costituzionale, la Corte di legittimità ha precisato che «la decisione della Corte di giustizia, interpretando in maniera autoritativa il diritto dell'Unione con effetto diretto per tutti gli Stati membri e le rispettive giurisdizioni, incide sul sistema normativo impedendo la configurabilità del reato. L'effetto è paragonabile a quello della legge sopravvenuta (cfr. Corte cost. nn. 255 del 1999, 63 del 2003, 125 del 2004 e 241 del 2005, secondo cui «i principi enunciati nella decisione della Corte di giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, con il valore di *jus superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quella norma conserva efficacia e deve essere applicata anche da parte del giudice nazionale») con portata abolitrice della norma incriminatrice» (Cass., sent. 22105/2011). Richiamando un proprio, recente, precedente (Cass., sez. I, sent. 20.1.2011, n. 16521, imp. Titas), la Cassazione ribadisce che «la pronuncia della Corte di giustizia che accerta l'incompatibilità della norma incriminatrice con il diritto europeo (si trattava del caso Schwibbert) «si incorpora nella norma stessa e ne integra il precetto con efficacia immediata» (cfr. Corte cost. nn. 13 del 1985, 389 del 1989, 168 del 1991), così producendo «una sorta di *abolitio criminis*» che impone, in forza di interpretazione costituzionalmente necessitata, di estendere a siffatte situazioni di sopravvenuta inapplicabilità della norma incriminatrice nazionale, la previsione dell'art. 673 c.p.p.» (così, ancora, Cass., sent. 22105/2011).

Sulla scorta di tali insegnamenti - che il tribunale condivide - deve pertanto concludersi che nessun effetto possa avere, ai fini della presente decisione, la recente modifica normativa introdotta dall'art. 3 D.L. 23.6.2011, n. 89, pubblicato in G.U. n. 144 del 23.6.2011 ed in vigore dal giorno successivo. All'evidente fine di armonizzare il diritto interno con la c.d. direttiva rimpatri, tenendo conto della citata pronuncia della Corte del Lussemburgo, detta disposizione ha sostituito l'art. 14 d.lgs. 286/1998, prevedendo, tra l'altro, e per quanto qui interessa: una nuova modulazione del procedimento di espulsione degli stranieri; la possibilità, nell'ambito di tale nuovo modello, di prescrivere allo straniero, con ordine del questore, di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni (co. 5 *bis*); la sanzione penale della multa, variamente graduata a seconda dei motivi che sorreggono

l'ordine di espulsione, in caso di ingiustificata violazione dell'ordine medesimo (co. 5 *ter*).

Or bene, a prescindere dalla valutazione se sia astrattamente ipotizzabile una sostanziale identità del tipo di illecito tra il reato previsto dalla norma incriminatrice da ultimo menzionata e quello di cui alla stessa disposizione quale vigente all'epoca in cui fu commesso il fatto oggi *sub iudice* (problema negativamente risolto da trib. Torino, sent. 29.6.2011, in proc. A.G.), reputa il giudicante che non vi sarebbe comunque spazio per l'applicazione della norma penale oggi vigente quale eventuale *lex mitior*. Ed invero, per quanto più sopra osservato, la fattispecie di reato di cui all'art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. 268/1998 vigente all'epoca del fatto per cui è processo è stata sostanzialmente abrogata dalla c.d. direttiva rimpatri nel momento in cui sono divenute efficaci nell'ordinamento interno le relative norme, incompatibili con tale previsione, vale a dire il 25.12.2010. È indubbio, pertanto, che dal quel momento il fatto ascritto all'odierno imputato non era più previsto dalla legge come reato per intervenuta *abolitio criminis* - come la stessa Corte di legittimità ha *medio tempore* ha avuto di affermare - sicché un'eventuale nuova incriminazione dello stesso introdotta a sei mesi di distanza (qualora così dovesse interpretarsi la corrispondente disposizione oggi vigente) non potrebbe che disporre per l'avvenire. Se così fosse, di fatti, il fenomeno di successioni delle leggi nel tempo avrebbe avuto la seguente scansione: reato punito con pena detentiva sino al 24.12.2010; fatto penalmente irrilevante in epoca successiva e sino al 23.6.2011; reato punito con pena pecuniaria dal 24.6.2011. Dovrebbe, pertanto, farsi pur sempre applicazione del disposto di cui all'art. 2, co. 2, c.p., posto che un fenomeno abrogativo dell'illecito penale seguito da una non contestuale nuova incriminazione dello stesso fatto spezza quella continuità normativa che è invece presupposta dal meccanismo di applicazione retroattiva della *lex mitior*, pena, altrimenti, una inammissibile - ed incostituzionale - retroattività della nuova legge incriminatrice a fatti *medio tempore* privi di rilevanza penale.

P.Q.M.

letto l'art. 530 c.p.p., assolve l'imputato [...] dall'addebito a lui ascritto perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

## 6.

### Giudice di pace di Vicenza sentenza 24.5.2011 n. 98 - rel. Stivan

**reato di soggiorno irregolare - titolo di soggiorno scaduto - appartenenza ad un nucleo familiare normoinserito - fatto di particolare tenuità - sussistenza art. 10 bis TU n. 286/98; art. 34 d.lgs. 274/2000**

[...] nei confronti di [...] imputato del reato di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. n. 286/98 perché faceva ingresso o comunque si tratteneva nel territorio dello Stato illegalmente. [...].

#### Motivi della decisione

Dalle testimonianze assunte in dibattimento e dalla documentazione acquisita si evince che l'imputata, presentatasi spontaneamente in questura per ottenere un permesso di soggiorno *ex art.* 13, lett. d) TU immigrazione in data 4.6.2010, risultava a quella data soggiornare in Italia irregolarmente, configurando la propria condotta la fattispecie di reato *ex art.* 10 *bis* medesimo testo unico.

Si evince, inoltre, che l'imputata, fatto regolare ingresso nel 2005 per motivi lavorativi con validità di un mese, non si è attivata allo scadere di tale periodo per regolarizzare la propria permanenza se non dal 2008, in occasione della prima gravidanza conclusasi con la nascita del primogenito, a differenza della seconda (2010) interrotta per aborto spontaneo.

In entrambi i casi il permesso di soggiorno è stato rilasciato: tra un permesso e l'altro l'imputata non ha dato corso a procedimenti amministrativi di regolarizzazione.

La difesa, a sostegno delle proprie domande conclusive svolte in modo gradato, nel merito ha invocato l'estinzione del reato per tenuità del fatto *ex art.* 34 d.lgs. 274/2000 alla luce di quanto dichiarato in via testimoniale dal coniuge, in Italia dal 2003 per sussistenti motivi umanitari (documentazione in atti) e di quanto pronunciato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 250/2010.

Il coniuge, occupato a tempo pieno sia pur con contratto a tempo determinato, ha infatti dichiarato che l'imputata (sua moglie) è casalinga e accudisce il figlio (soggiornante regolarmente in Italia ed, in quanto tale, figurante nel passaporto paterno) altrimenti privo di tutela: l'intero nucleo familiare vive in un appartamento condotto regolarmente in affitto (documentazione in atti).

Ebbene, sulla scorta della linea interpretativa fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 250 del 9.6.2010, questo giudice ritiene sussistere i presupposti per l'applicazione dell'art. 34 d.lgs. 274/2000, dopo aver attentamente riscontrata l'esiguità dell'offesa arrecata dalla condotta illecita commessa dall'imputata all'ordinamento giuridico italiano permanendo clandestinamente in Italia, rispetto al fatto non negabile che l'imputata, incensurata, è parte indispensabile di un nucleo familiare "emerso" del quale rappresenta espressione di un fisiologico equilibrio.

P.Q.M.

il giudice di pace, letti gli artt. 529 c.p.p. e 34 d.lgs. 274/2000 dichiara non doversi procedere nei confronti di [...] per il reato di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 286/98, perché il fatto è di particolare tenuità.