



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI AOSTA

In composizione monocratica
Giudice dr. TORNATORE MARCO

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Alla pubblica udienza del 28/1/2011

nel procedimento penale contro:

HASAJ Samed, nato il 7/2/1987 in Albania – C.U.I. 038A1HV, domiciliato presso lo studio dell'avv. Antonio Genovese del foro di Torino.

Difensore: Avv. Antonio Genovese del foro di Torino.

LIBERO (L) - contumace

IMPUTATO

del reato di cui all'art. 14 comma 5-ter d.lgs. n. 286/1998, perché, essendo stato espulso dal territorio dello Stato con provvedimento del Questore di Varese in data 6/3/2007, si tratteneva nel territorio dello Stato senza giustificato motivo.

Accertato in Aosta, il 12/12/2010.

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Il Pubblico Ministero chiede l'assoluzione perché il fatto non sussiste.

Il difensore dell'imputato si associa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il cittadino di nazionalità albanese HASAJ Samed veniva tratto a giudizio con l'accusa di essersi trattenuto nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine

Sent. 97/11

del 28/1/2011

R.G. 2011/1 dib.

R.G.N.R. 2010/3130

Depositata oggi

25 FEB. 2011

Il Cancelliere

IL CANCELLIERE CI

M. G. VALENTI

Comunicata al Proc. Gen. i

Camp. n.

Scheda il

Estratto esecutivo il

Passata in cosa giudicata il

Copia al P.M.

ex art. 15 il

ex art. 27 il

ex art. 28 il

1

del Questore di Varese emesso in data 6 marzo 2007 che gli imponeva di lasciare l'Italia entro il termine di giorni cinque dalla notificazione.

Ai fini della decisione, occorre in primo luogo verificare se il decreto del Questore di Varese del 6/3/2007, recante l'ordine di espulsione dal territorio dello Stato del cittadino albanese HASAJ Samed, sia legittimo.

La questione si pone a seguito della decorrenza del termine ultimo – fissato al 24 dicembre 2010 in sede comunitaria – per l'adeguamento del diritto nazionale alla disciplina dettata dalla direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, in tema di rimpatri.

Come è noto il suddetto termine è decorso, senza che la direttiva in esame sia stata recepita da parte dell'ordinamento italiano e si pone ora il dubbio della persistente legittimità dei provvedimenti amministrativi adottati sulla base della legislazione nazionale anteriormente vigente ed eventualmente contrastante con il contenuto della direttiva rimasta inattuata.

Va premesso in proposito che la giurisprudenza di legittimità ha tempo sostenuto che il decreto di espulsione è soggetto al sindacato di legittimità da parte del giudice penale, non soltanto limitato alla verifica del rispetto delle norme di settore che ne disciplinano i presupposti, ma esteso al controllo della sua motivazione (cfr., tra le più recenti, Cass. n. 5955/2009; Cass. n. 29727/2007; Cass. n. 42168/2006), con la conseguenza che, ove il decreto fosse ritenuto illegittimo, il giudice è tenuto disporre la disapplicazione e ad assolvere l'imputato perché il fatto non sussiste, venendo meno uno degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice.

In questa sede, dunque, il vaglio di legittimità cui sottoporre il decreto di espulsione non concerne il rispetto del diritto interno o la congruenza della motivazione dell'atto amministrativo, ma la sua conformità al diritto comunitario, alla luce della decorrenza del termine ultimo fissato dalla direttiva 2008/115/CE per l'adeguamento degli ordinamenti nazionali ai parametri stabiliti dall'Unione Europea.

E' noto in proposito che le direttive comunitarie, a differenza dei regolamenti, non hanno un'efficacia diretta ed immediata nell'ordinamento degli Stati aderenti all'Unione Europea, ma vincolano gli Stati medesimi al raggiungimento delle



finalità cui la direttiva è preordinata, lasciando ai legislatori nazionali la facoltà della scelta degli strumenti normativi ritenuti appropriati per l'attuazione delle predette finalità.

Tuttavia, la direttiva comunitaria impone agli Stati membri, fin dal momento della sua adozione, l'obbligo incondizionato della sua attuazione, lasciando ai legislatori nazionali la sola facoltà della scelta dei tempi e dei modi di adeguamento. Infatti, se il recepimento della normativa comunitaria può avvenire in anticipo rispetto al termine fissato o gradualmente per tappe successive, l'obbligo di attuazione impone allo Stato membro, fin da subito, di non comportarsi come se la direttiva fosse *tamquam non esset*, continuando ad applicare il diritto interno che sia incompatibile, o adottando provvedimenti in contrasto con la direttiva, o comunque tali da compromettere la realizzazione del risultato che la direttiva medesima prescrive (c.d. obbligo di *standstill* o di non aggravamento: cfr.: Corte di Giustizia, nella causa C-129/96, del 18 dicembre 1997).

Una volta decorso inutilmente il termine stabilito per il recepimento, la direttiva, secondo l'orientamento ormai consolidato, può divenire immediatamente applicabile nel diritto interno degli Stati aderenti all'Unione Europea ed anzi prevalere rispetto ad esso in caso di contrasto, allorché ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- la direttiva abbia un contenuto precettivo chiaro, preciso e non condizionato (c.d. direttive *self-executing*);
- preveda effetti giuridici favorevoli per l'individuo nei confronti dello Stato inadempiente (c.d. effetto verticale).

In tali ipotesi, gli organi dello Stato membro (amministrativi o giudiziari), nell'inerzia del legislatore interno, hanno il dovere di applicare, in luogo della norma nazionale, la norma comunitaria, la quale potrà integrare o addirittura sostituire la norma interna.

Se invece un organo dello Stato membro, tra cui rientra certamente la pubblica amministrazione, non applica la norma comunitaria, ma continua ad applicare il diritto interno incompatibile, esso adotterà un atto illegittimo e l'autorità giudiziaria, alla quale è attribuito il potere di sindacato di legittimità degli atti



amministrativi, può disapplicare l'atto, anche in sede penale, ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 2248/1865.

Per verificare se, nel caso di specie, la direttiva 2008/115/CE sia suscettibile, nei limiti suddetti, di immediata applicazione nell'ordinamento italiano, occorre considerare che la disciplina posta dalla direttiva medesima è estremamente dettagliata e specifica nel prevedere presupposti, forme e limiti del rimpatrio di cittadini non appartenenti a Stati dell'Unione Europea in condizioni di soggiorno non regolare e privilegia istituti e strumenti normativi, di contenuto sufficientemente determinato, contrastanti con il diritto interno ed in particolare con gli artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998.

E' in proposito senz'altro condivisibile l'opinione secondo cui la direttiva richiede comunque un intervento normativo del legislatore nazionale, se non altro negli aspetti che la normativa medesima rimette alla discrezionalità degli Stati membri, e dunque ad un intervento di recepimento normativo nel diritto interno. Ciò, tuttavia, non permette di concludere che l'intero *corpus* della direttiva non sia immediatamente applicabile in mancanza di un atto normativo di recepimento negli ordinamenti nazionali, poiché nulla vieta che, su singoli aspetti o istituti, la direttiva sia già immediatamente operante, senza necessità di alcuna opera di adeguamento normativo da parte del legislatore nazionale.

A tale conclusione si perviene agevolmente ove si consideri la struttura della normativa comunitaria proprio laddove disciplina la "*decisione di rimpatrio*", ossia l'atto con il quale viene intimato allo straniero extracomunitario di allontanarsi dal territorio dello Stato membro, a causa del suo soggiorno irregolare.

Essa, secondo il *considerando* n. 6 della direttiva, dovrebbe essere adottata "*caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare*", e sempre preferendo, in base al *considerando* n. 10, il rimpatrio volontario al rimpatrio forzato, a tal fine concedendo un termine per la partenza spontanea, "*se non vi è motivo di ritenere che ciò possa compromettere la finalità della procedura di rimpatrio*".

Ed infatti, l'art. 7 paragrafo 1 della direttiva in esame stabilisce, con norma immediatamente applicabile – in quanto è direttamente riferita ai contenuti della



decisione di rimpatrio e non è rivolta alla potestà legislativa discrezionale dei singoli Stati aderenti – che, laddove gli Stati medesimi intendano adottare un provvedimento di allontanamento dello straniero irregolare, esso avvenga favorendo lo spontaneo adempimento dell'interessato, a tal fine concedendogli un termine variabile da sette a trenta giorni, in ragione delle peculiarità del caso concreto.

A riprova dell'immediata applicabilità della materia in esame (e non solo della disciplina dei termini per lo spontaneo adempimento della decisione di rimpatrio), va citata la recente direttiva del Ministero dell'Interno, datata 17 dicembre 2010, la quale, pur considerando l'aspetto, parzialmente diverso, del possibile accoglimento dei ricorsi proposti avverso gli ordini di espulsione per contrasto con la disciplina comunitaria, implicitamente presuppone la diretta applicabilità della direttiva in esame nell'ordinamento interno, laddove indica proprio ai Questori l'assolvimento di specifici oneri motivazionali nell'adozione degli ordini di espulsione in armonia con le nuove disposizioni comunitarie, senza più riferimento alla disciplina nazionale.

L'art. 7 predetto fissa dunque il termine in esame con norma direttamente applicabile al diritto interno, siccome dettata con riferimento all'atto amministrativo senza la mediazione del legislatore nazionale: *"la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni"*.

La direttiva fa unicamente salva la previsione di eventuali deroghe alla disciplina del termine predetto, rimesse alla facoltà discrezionale degli Stati membri, quali l'individuazione dei casi di proroga (art. 7, paragrafo 2), in ragioni di particolari circostanze del caso singolo, ovvero dei casi di abbreviazione o elisione del termine minimo di sette giorni, ove ricorrano i presupposti dell'art. 7, paragrafo 4, essenzialmente fondati sull'esigenza di evitare che la decisione di rimpatrio resti inattuata per fatto attribuibile al diretto interessato.

Da ciò si ricava agevolmente che, ove lo Stato non introduca espressamente tali deroghe (eventualità tipicamente ricorrente qualora lo Stato non recepisca la direttiva), il termine necessariamente concedibile allo straniero extracomunitario colpito da un ordine di espulsione (o decisione di rimpatrio, secondo il lessico



della direttiva in esame) dovrà essere sempre superiore a sette giorni e comunque contenuto nel termine massimo di trenta giorni.

E' allora evidente il contrasto del diritto nazionale con la disciplina comunitaria, poiché il termine stabilito dalla legge italiana per lo spontaneo adempimento dell'ordine questorile di espulsione è invariabilmente di cinque giorni, come stabilito dall'art. 14 comma 5-bis del d.lgs. n. 286/1998, senza possibilità alcuna di adeguare i tempi della partenza volontaria alle particolari esigenze dello straniero irregolare o, comunque, delle peculiarità del caso concreto.

Ulteriore profilo di contrasto in materia è rappresentato dall'impossibilità di adottare, secondo il diritto interno vigente, un provvedimento di rimpatrio volontario immediato del cittadino extracomunitario irregolarmente soggiornante in Italia, in presenza di presupposti corrispondenti a quelli descritti dall'art. 7 paragrafo 4 della direttiva.

Tale disposizione della direttiva consente di concedere un termine inferiore a giorni sette o di non prevedere alcun termine (ciò che equivale ad un ordine di espulsione immediato cui segue un rimpatrio volontario e non forzato, ossia eseguito d'ufficio dalla forza pubblica), laddove sussista pericolo di fuga o il precedente rigetto di una domanda di soggiorno regolare manifestamente infondata o fraudolenta o ancora se l'interessato è da considerarsi soggetto pericoloso.

Tuttavia, tale disciplina è radicalmente diversa da quella nazionale, poiché i presupposti comunitari previsti per l'adozione dell'atto di rimpatrio ad effetti immediati sono radicalmente differenti da quelli previsti dal sistema delineato dagli artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998.

Infatti, se la direttiva consente l'abbreviazione o l'eliminazione del termine minimo di sette giorni per la partenza volontaria qualora ricorra uno dei presupposti testé menzionati, l'art. 14 comma 1 del d.lgs. n. 286/1998 impone all'Autorità di Pubblica Sicurezza un generalizzato dovere di esecuzione immediata dell'espulsione amministrativa, mediante l'esecuzione d'ufficio a mezzo della forza pubblica.

A fronte di tale scelta legislativa prioritaria, il rimpatrio volontario è circoscritto ad una mera eventualità legata al ricorrere di presupposti del tutto indipendenti



dalle condizioni personali dello straniero o dalle peculiarità del caso concreto, come invece richiesto dall'art. 7 paragrafo 4 della direttiva.

Infatti, solo laddove l'esecuzione coatta immediata dell'espulsione non sia praticabile, il medesimo art. 14 comma 1 del suddetto decreto prevede il trattenimento dello straniero irregolare in un centro di identificazione ed espulsione e solo qualora non sia possibile neppure tale forma di trattenimento in attesa dell'esecuzione coatta (per indisponibilità di posti), il successivo comma 5-*bis* del medesimo art. 14 consente l'adozione di un decreto del Questore di espulsione, che ingiunge all'interessato di allontanarsi dal territorio dello Stato nel termine indifferibile di giorni cinque dalla sua notificazione, così consentendo, solo in tale ipotesi residuale, lo spontaneo rientro dello straniero nel Paese di provenienza.

In conclusione, il rimpatrio volontario non costituisce per il diritto interno il principale strumento di allontanamento dello straniero extracomunitario irregolarmente soggiornante, poiché viene preferito il rimpatrio forzoso e, solo quando ciò è impossibile per ragioni organizzative, viene rimessa allo straniero la facoltà di abbandonare spontaneamente il territorio nazionale, senza valutazione alcuna delle peculiarità del caso concreto e senza tenere conto delle condizioni personali del soggetto interessato.

Può dunque affermarsi che l'abbreviazione o l'elisione del termine minimo di sette giorni è consentito dalla direttiva in presenza di presupposti del tutto diversi da quelli previsti dal diritto interno, con l'inevitabile conclusione che il decreto di espulsione del Questore è da ritenersi illegittimo per contrasto con la normativa comunitaria nella parte in cui ingiunge per l'allontanamento dal territorio nazionale un termine indifferibile e generalizzato di giorni cinque, in luogo di un termine flessibile, da determinarsi in ragione del caso concreto tra un termine minimo, normalmente più ampio di quello imposto dalla legge italiana, ed un termine massimo di giorni trenta, del tutto ignoto al diritto interno.

La disciplina nazionale, quanto meno nella parte sopra descritta, è dunque totalmente in contrasto con la direttiva in esame, da considerarsi chiara e completa, nonché di immediata applicazione, sicché ciò comporta la



disapplicazione degli ordini questorili di espulsione che siano adottati in contrasto con essa.

Tale conclusione concerne tutti i decreti di espulsione, indipendentemente dalla circostanza che essi siano stati adottati prima o dopo il 24 dicembre 2010, termine ultimo di recepimento della direttiva 2008/115/CE.

In proposito, non vi è dubbio alcuno che il Giudice italiano dovrà disapplicare ogni atto amministrativo emesso dopo la data suddetta sulla base di una legislazione nazionale ormai superata dalla recente e preminente legislazione europea (cfr. Corte Cost. 389/1989), tale divenuta dopo lo spirare del termine di adeguamento.

Potrebbe invero residuare il problema della legittimità degli ordini di espulsione adottati prima del 24 dicembre 2010, in quanto emessi prima della decorrenza del termine ultimo di recepimento. Essi sono infatti formalmente conformi al diritto nazionale vigente al tempo della loro adozione e non contrasterebbero con la direttiva, posto che essa, al momento della loro adozione, non poteva ritenersi immediatamente applicabile e cogente per gli Stati aderenti all'Unione Europea.

Per quanto concerne i decreti di espulsione emessi prima del termine ultimo di recepimento della direttiva in esame, occorre distinguere tra quegli atti amministrativi adottati prima del 24 dicembre 2010, ma dopo il 16 dicembre 2008, data di adozione della direttiva 2008/115/CE, dagli atti amministrativi adottati anteriormente al 16 dicembre 2008, quando non esisteva alcun vincolo o disciplina comunitaria di sorta.

Durante il periodo di tempo concesso dall'Unione Europea agli Stati membri per l'adeguamento alla direttiva (vale a dire il periodo 16 dicembre 2008-24 dicembre 2010), già si è detto del dovere degli Stati, in attesa dell'attuazione, di non adottare provvedimenti in contrasto con la direttiva o di non applicare il diritto interno incompatibile. In tale ottica, l'adozione di decreti di espulsione non motivati secondo le indicazioni comunitarie o che non rispondano alle finalità espresse nei principi fondamentali della direttiva – tra cui è sicuramente presente quello che vieta un indifferenziato dovere di dare esecuzione coatta alle espulsioni, salvi i casi di impossibilità dovuti a ragioni organizzative, rimettendo il rimpatrio volontario ai casi in cui l'amministrazione non riesca ad eseguire

d'autorità l'ordine questorile – debbono considerarsi di natura tale da compromettere la realizzazione del risultato che la direttiva medesima prescrive, poiché lo Stato membro, come si è già detto, non può comportarsi come se la direttiva fosse *tamquam non esset*, trascurando il fatto nuovo costituito dall'adozione in sede comunitaria di una direttiva.

Per quanto riguarda, inoltre, i decreti di espulsione adottati prima della data di approvazione della direttiva comunitaria, ossia prima del 16 dicembre 2008, tra cui ricade proprio il decreto di espulsione che ha riguardato il cittadino extracomunitario HASAJ Samed in quanto emanato il 6 marzo 2007, va rilevato che il caso non è ignorato dalla giurisprudenza comunitaria sia pure con riferimento alla diversa materia della libera prestazione di servizi ed alle sue ricadute sulle conseguenze sanzionatorie adottate da uno Stato membro a seguito della trasgressione di un atto amministrativo adottato addirittura prima dell'adesione dello Stato predetto all'Unione Europea.

Il caso veniva esaminato dalla Corte di Giustizia, nella causa C-224/97, decisa con sentenza del 29 aprile 1999, nell'ambito di un ricorso proposto da un cittadino comunitario avverso le ammende irrogategli per avere superato il contingente di posti barca riservati, nella zona litoranea del lago di Costanza, alle imbarcazioni i cui proprietari erano residenti all'estero. In particolare, il ricorrente, dopo avere preso in locazione taluni terreni nella zona litoranea del lago di Costanza otteneva l'autorizzazione amministrativa del 9 agosto 1990 per l'allestimenti di 200 posti barca, nella quale si imponeva però al ricorrente di ridurre, entro il 1 gennaio 1996, i posti barca disponibili per i soggetti residenti all'estero ad un numero massimo complessivo di 60 posti

Non avendo rispettato la prescrizione relativa alla progressiva riduzione dei posti barca, al ricorrente veniva inflitta una sanzione amministrativa pecuniaria di 75.000 scellini austriaci.

A prescindere dall'analisi della compatibilità con il principio della libera prestazione di servizi di un atto amministrativo interno che limita la facoltà di agire del beneficiario di un provvedimento autorizzativo in ragione della sua nazionalità, la Corte di Giustizia ha affrontato il caso – identico a quello che qui rileva – se un divieto posto anteriormente all'adesione di uno Stato membro

de

all'Unione Europea (e dunque, a maggior ragione, un divieto posto prima dell'adozione di una direttiva europea) non attraverso una norma generale ed astratta, ma attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto, che sia in contrasto con una normativa comunitaria successivamente approvata, vada disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto.

La Corte premette in proposito che il diritto comunitario è preminente su quello nazionale e, in caso di contrasto, quest'ultimo va disapplicato e va data applicazione alla disciplina sovranazionale (cfr. Corte di Giustizia, causa 106/77, sentenza del 9 marzo 1978, caso c.d. Simmenthal); prosegue sostenendo che, qualora le norme comunitarie siano divenute efficaci nell'ordinamento interno alla scadenza del periodo transitorio di recepimento, tali norme precludano di conseguenza l'applicazione di ogni atto di diritto interno contrastante o incompatibile.

Non vi è dunque ragione di distinguere tra l'ipotesi della disapplicazione delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario successivamente divenuto efficace nell'ordinamento nazionale dall'ipotesi della disapplicazione dell'atto amministrativo con la disciplina comunitaria successivamente divenuta di immediata applicazione nel diritto interno, soprattutto qualora si faccia questione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale ordine dopo la data di adesione, trattandosi di un tipico effetto c.d. verticale della direttiva rimasta inattuata.

E' dunque evidente che se il diritto positivo degli Stati membri deve adeguarsi al diritto comunitario, fino a giungere alla sua disapplicazione da parte delle autorità nazionali, non di meno, ed a maggior ragione, il provvedimento amministrativo adottato prima o in pendenza del recepimento della disciplina comunitaria, ove contrasti con essa, va disapplicato laddove si faccia questione, come nel caso in esame, delle sanzioni conseguenti alla trasgressione dell'atto amministrativo (pecuniaria o, a maggior ragione, detentiva, come nel caso in esame), irrogabili nei confronti del singolo.

L'ordine questorile di espulsione va dunque disapplicato per la contrasto con la direttiva comunitaria in esame, indipendentemente dalla data della sua adozione.



Tale atto amministrativo è pacificamente parte integrante della struttura della fattispecie incriminatrice contestata all'imputato, per la semplice ragione che la sanzione penale consegue alla trasgressione di tale atto.

Laddove quest'ultimo sia illegittimo, non può che venire meno uno degli elementi costitutivi del reato, con la conseguenza che si impone l'assoluzione dell'imputato, ai sensi dell'art. 530 c.p.p., perché il fatto non sussiste.

P.Q.M.

Il Giudice, visto l'art. 530 c.p.p., assolve HASAJ Hamed dal reato ascrittogli perché il fatto non sussiste.

Riserva la motivazione nel termine di giorni sessanta.

Aosta, 28/1/2011.

IL CANCELLIERE C1

PIRELLA G. VALENTI

Il Giudice

dott. Marco Tornatore