

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo

di GIANDOMENICO SALCUNI

1. *Premessa.* Il confronto tra i due modelli di diritto penale, europeo e nazionale, può essere analizzato sotto molteplici angoli visuali (1). In questa sede prediligeremo l'aspetto forse più importante di questo rapporto, ovvero l'interazione tra i due ordinamenti che passa attraverso l'interpretazione conforme. L'influenza del diritto europeo sul diritto penale interno si esplica, infatti, in prima battuta, attraverso il ricorso del giudice nazionale all'interpretazione conforme al diritto dell'Unione (2), in seconda battuta, attraverso la disapplicazione della norma penale in contrasto con il diritto europeo e, infine, attraverso il giudizio di legittimità costituzionale della norma penale che collide con una norma europea, che diviene così parametro di legittimità costituzionale interposto (3). A ben guardare, anche la disapplicazione e il giudizio di costituzionalità sono momenti diversi del processo interpretativo, una sorta di interpretazione in senso lato. Mentre l'interpretazione si esaurisce, di solito (4), nel percepire ed attribuire il significato ad una disposizione ricavando così il contenuto precettivo della *norma* (5), con la disapplicazione o il giudizio di costituzionalità si interpreta l'intero ordinamento per renderlo conforme al diritto dell'Unione.

L'obbligo di interpretazione conforme vale in ogni caso, sia in presenza di una normativa *self executing* che in presenza di una normativa priva di tale efficacia (6). In materia penale, l'impatto più evidente e problematico del diritto europeo consiste nell'ampliare

(1) BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in PICOTTI (a cura di), *Posibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Padova, 1999, 79 ss.

(2) SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 12 ss.

(3) SALCUNI, voce *Diritto penale europeo*, in corso di pubblicazione in *Dig. Pen.*, 2011, Aggiornamento.

(4) CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. Pen.*, 2006, 171 ss.

(5) GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 15 ss.

(6) PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008, 26 ss.

-già in chiave ermeneutica e prima di qualsiasi intervento legislativo (7)- la norma penale interna per ricomprendervi le modalità di lesione del bene giuridico europeo non previste dalla norma nazionale (8): la normativa nazionale, qualora interferisca con il diritto europeo, deve sempre interpretarsi in modo da perseguire gli scopi europei (9) (art. 288 T.F.U.E.).

L'influenza degli obblighi europei sull'interpretazione (10) è tale da modificare (integrandola) la portata dell'art. 12 delle preleggi al codice civile, stabilendo *de facto* un criterio gerarchico nell'interpretazione del diritto penale in relazione al diritto europeo. In forza del principio di interpretazione conforme al diritto dell'Unione (11), infatti anche il giudice interno, quando è al cospetto di fattispecie relative ad interessi europei, deve fornire della

(7) DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di diritto penale transnazionale*, Torino, 2006, 33 ss.; GARGANI, *La protezione immediata dell'ambiente tra obblighi di incriminazione e tutela giudiziaria*, in VINCIGUERRA, DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 418 ss.

(8) BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 61 ss.; ID., *Il diritto penale agroalimentare tra tradizione statualistica ed esigenze di armonizzazione europea*, in COSTATO (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario e comunitario*, Padova, 2003, 1141 ss.

(9) BACIGALUPO, *L'applicazione del diritto penale e la uguaglianza davanti alla legge. Un quadro europeo*, in COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 15; RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art.177 TCE, questioni di costituzionalità)*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1155.

(10) BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 810 ss.; LO MONTE, *Dai diritti dell'uomo al primato del mercato: le tendenze involutive del diritto penale dell'economia*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 203 ss.; MANES, *Il nuovo falso in bilancio al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2003, 1333 ss.; RUGGIERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, 229 ss.

(11) CGUE, 21 settembre 1989, causa 68/88, in *Cass. pen.*, 1992, 1654ss.

norma nazionale un'interpretazione "orientata allo scopo", sicché l'interpretazione teleologica finisce con il predominare sugli altri criteri ermeneutici (12).

Bisogna però sempre essere vigili affinché ciò non sconfini in una analogia *in malam partem* (13), anche se, nei casi che analizzeremo, questo pericolo sembra scongiurato. Perché si possa infatti correttamente parlare di interpretazione *contra reum* è necessario dimostrare che si superi lo "steccato" costituito dal dato letterale e si oltrepassi, pertanto, l'interpretazione consentita per sfociare nell'analogia *in malam partem* (14). Sarà però possibile riscontrare ciò solo in quei casi in cui il testo legislativo è "chiuso" (15), ovvero in cui il legislatore enuclea la fattispecie in modo da ridurre al minimo la zona d'ombra semantica. In tutti gli altri casi in cui, invece, la "zona d'ombra" semantica è più estesa, vi sono insiemi di sotto-fattispecie che possono rientrare o non rientrare nel fuoco della disposizione penale solo in base al pre-giudizio ermeneutico dell'interprete (16). In queste ipotesi non sembra corretto parlare di interpretazioni *in malam partem*, ma solo di interpretazioni (al limite estensive) dovute all'esigenza di tutelare il diritto europeo. Non è possibile criticare questi processi ermeneutici attraverso il richiamo dell'art. 25, co. 2, Cost., in quanto il legislatore non è stato sufficientemente chiaro nella selezione delle sottofattispecie e la

(12) BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 13 ss.; SOTIS, *Diritto comunitario e meritevolezza di pena*, in DE FRANCESCO, VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002, 48 ss.

(13) In sintesi possono essere le posizioni di MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui*, Padova, 2007.

(14) Da ultimo, v. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 447 ss.; AMARELLI, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, *ivi*, 2010, 848 ss.

(15) PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, I, 657 ss.; Cass. Sez. Un., 25 giugno 2009, C.L., in *Dir. pen. proc.*, 2010, 4, 433 con nota di MAIELLO.

(16) DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 122.

possibilità di rendere la norma conforme al diritto europeo dipende solo dall'interpretazione del giudice che, comunque, non deve sconfinare nell'analogia.

Così pure non è consentito, a nostro avviso, invocare la violazione dell'art. 25 della Cost. tutte quelle volte in cui, come nel caso che analizzeremo, gli effetti in *malam partem* derivano dalla riespansione di una fattispecie generale, la cui portata viene limitata da una norma eccezionale illegittima⁽¹⁷⁾. La riespansione della norma generale, con effetti *contra reum*, non viola la riserva di legge, così come giustamente osservato dalla sentenza n. 394 del 2006 della Corte costituzionale⁽¹⁸⁾ che, pur dichiarando l'incostituzionalità di una fattispecie incriminatrice (riespandendo la portata di una disposizione generale con contestuale effetto *in malam partem*), ha condivisibilmente ritenuto che non si sconfini nella discrezionalità legislativa laddove venga utilizzato il criterio logico formale della specialità⁽¹⁹⁾. Quando i beni tutelati dalla fattispecie incriminatrice speciale risultino preminenti (quanto ad importanza) rispetto a quelli tutelati dalla norma incriminatrice generale, contrasta con il principio di ragionevolezza/uguaglianza conferire ai primi una tutela meno severa o meno efficace. Come rilevato dalla Corte costituzionale "il principio di legalità impedisce alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più

(17) L'interpretazione costituzionalmente conforme non è nuova, a nostro avviso, a soluzioni costituzionalmente orientate in *malam partem*. Critico però sul punto GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010, 33 ss.

(18) ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario e Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 538 ss.; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali"*, *ivi*, 2007, 100 ss.

(19) MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le zone franche*, in *Giur. cost.*, 2006, 4160; DI MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, 4170 ss.

generale, accordando loro un trattamento più benevolo [...]. In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria" (20). Per esplicare tali fenomeni è opportuno procedere per casi.

2. *Gli effetti in bonam partem della Direttiva 2008/115/CE*. Prescindendo dalle enormi problematiche legate all'interpretazione del T.U. sull'immigrazione (21), ci soffermeremo sui riflessi che il diritto europeo esercita su alcune norme incriminatrici in tema di immigrazione. Il 24 dicembre 2010 è scaduto il termine entro cui i Paesi membri dell'Unione europea avrebbero dovuto adeguare i rispettivi ordinamenti alla direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008. L'Italia non ha provveduto entro tale data ad adeguarsi alla direttiva rimpatri, a meno di non voler accogliere la tesi, espressa dal Ministro dell'Interno, secondo cui, dato che con l'ingresso dell'art. 10 *bis* (22), l'espulsione è ora prevista a seguito di condanna penale troverebbe applicazione la norma di cui all'art. 2, co. 2, della suindicata direttiva che ammetterebbe deroghe alla stessa proprio laddove le procedure di espulsione abbiano natura penale. È bene precisare come una simile lettura non può essere accolta, altrimenti si risolverebbe in un *escamotage* per aggirare il contenuto precettivo

(20) C. cost., n. 394 del 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 2, 171 ss. e in *Dir. pen. proc.*, 2007, 3, 324 con nota di LA ROSA.

(21) Si rinvia sul punto a CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006.

(22) Su cui v. le diverse ottiche di GIUNTA, CAPUTO, CICALA, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, 385 ss.

della direttiva ⁽²³⁾. È infatti da escludere che la clausola di esonero di cui alla Direttiva comunitaria possa riferirsi al reato di immigrazione clandestina. Se così fosse, dato che il reato di clandestinità è infatti presente in molti Paesi dell'Unione europea ⁽²⁴⁾ si giungerebbe al paradosso, se l'intento degli autori della Direttiva fosse stato quello di negarne l'applicazione per gli stranieri ritenuti "colpevoli" del reato di immigrazione clandestina, di ritenere che l'Unione Europea abbia adottato una normativa destinata a rimanere "lettera morta", perché rivolta a persone che come *status* hanno quello di essere clandestini ⁽²⁵⁾. I reati che escludono perciò l'applicazione della direttiva sono tutti quelli che, diversamente dal 10 *bis*, non sono connessi alla semplice presenza irregolare dello straniero nel territorio dello Stato.

La Direttiva si pone, dunque, l'obiettivo di armonizzare le procedure amministrative di rimpatrio degli immigrati irregolari al fine di garantire l'effettività dei rimpatri e, al contempo, di assicurare la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini di Paesi terzi attraverso la previsione di "garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni connesse al rimpatrio" (Considerando 11) che realizzino "una procedura equa e trasparente" (Considerando 6).

⁽²³⁾ VIGANÓ, MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 1711 ss.; ID., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 560 ss.

⁽²⁴⁾ MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in MAZZA, VIGANÓ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 2009, 28 ss.; CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in CORBETTA, DELLA BELLA, GATTA (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforma del 2009*, Milano, 2009, 254.

⁽²⁵⁾ Sull'art. 10 *bis* come norma che incrimina uno *status* e pertanto incostituzionale per violazione dell'art. 25 Cost., *sub specie* del principio di offensività, v. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. Giust.*, 2009, 9 ss.; MANNA, *Disequilibri fra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 1244 ss. Di diverso avviso, però, la Corte costituzionale, v. Corte cost., n. 250 del 2010.

In estrema sintesi il contenuto della direttiva è così compendiabile:

1) la modalità ordinaria di allontanamento dello straniero irregolare dal territorio nazionale è costituita, ai sensi dell'art. 7, dal *rimpatrio volontario*, realizzato mediante la notifica all'interessato di una *decisione di rimpatrio*, attraverso cui viene assegnato un termine, compreso tra *sette e trenta* giorni, entro il quale lo straniero deve allontanarsi;

2) la possibilità di ridurre o omettere il termine per la partenza volontaria solo nei casi di pericolo di fuga, di reiezione di una domanda di soggiorno irregolare, manifestamente infondata o fraudolenta, nonché al caso in cui il soggetto rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale (art. 2, co. 1);

3) qualora l'interessato non sia partito volontariamente, lo Stato può procedere all'esecuzione coattiva della decisione di rimpatrio, previa emanazione da parte dell'autorità amministrativa e giudiziaria di un ordine di allontanamento (art. 8);

4) nell'ulteriore caso in cui non sia possibile eseguire coattivamente l'allontanamento e non possano essere efficacemente applicate "altre misure" (meno afflittive), l'art. 15 consente di disporre il trattenimento dello straniero, il cui regime è notevolmente diversificato dalla disciplina prevista dal legislatore italiano⁽²⁶⁾.

Le norme della Direttiva, così riassunte, devono trovare applicazione in tutte le procedure di rimpatrio degli immigrati "irregolari", ferma restando la *facoltà* degli Stati di *non applicarle* in materia di *respingimento alla frontiera* (art. 2§2 lett. a) nonché quando il rimpatrio sia disposto come "sanzione penale" o come "conseguenza di una sanzione penale", ed ancora nell'ambito di procedure di estradizione (art. 2, §2 lett. b)⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ MASERA, *Terra bruciata*, cit., 28 ss.

⁽²⁷⁾ Per alcuni la deroga alla disciplina comunitaria sarebbe invocabile solo nell'ipotesi in cui l'espulsione fosse prevista come sanzione principale del reato e non come sanzione sostitutiva. BONETTI, *Le norme in tema di stranieri del disegno di legge sulla sicurezza pubblica all'esame dell'Assemblea della Camera dei Deputati*, Ana-

Come denunciato dalla dottrina ⁽²⁸⁾, le norme nazionali contro l'immigrazione clandestina mostrerebbero numerosi punti di frizione con le norme della direttiva, il cui contenuto ha notevoli affinità con l'impianto della legge Turco Napolitano, sostituita dalla legge c.d. Bossi Fini e poi inasprita col passare degli anni e dei pacchetti sicurezza ⁽²⁹⁾.

I principali motivi di frizione sono così riassumibili:

1) mentre il considerando n. 10 e l'art. 7 della Direttiva stabiliscono che la decisione di rimpatrio debba privilegiare la partenza volontaria, entro un termine che varia da 7 a 30 giorni, il T.U. n. 286 del 1998 prescrive, all'art. 13, co. 4, che tutte le espulsioni siano invece immediatamente esecutive e che esse siano eseguite tramite accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica;

2) mentre il paragrafo 2 del citato art. 7 consente, con una valutazione in concreto e caso per caso, di prorogare il termine per la partenza volontaria (tenendo conto delle circostanze specifiche del caso, come, ad esempio, la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali), il T.U. n. 286 del 1998 non prevede alcuna possibilità di proroga (art. 13, co. 5, T.U.);

3) l'art. 8 della Direttiva conferisce la facoltà agli Stati membri di ricorrere a "misure coercitive", proporzionate e non eccessive rispetto ad un uso ragionevole della forza, per eseguire l'allontanamento di chi oppone resistenza; al contrario il T.U. n. 286 del 1998 prevede che tutte le modalità di esecuzione delle espulsioni contemplino il ricorso (diretto o eventuale) a misure coercitive, senza alcuna distinzione, essendo sufficiente la difficoltà nell'identificazione, la mancanza di documenti per il viaggio o del vettore;

4) l'art. 9 della Direttiva prevede ulteriori ipotesi di rinvio

lisi e Commento a prima lettura, a cura dell'Associazione Studi Giuridici sull'immigrazione, in www.asgi.it, 5.

⁽²⁸⁾ VIGANÓ, MASERA, *Illegittimità comunitaria*, cit., 560 ss.

⁽²⁹⁾ MASERA, *Terra bruciata*, cit., 35 ss.

dell'allontanamento, come in caso di violazione del principio di *non refoulement*, o di concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione di rimpatrio quando lo richiedano le condizioni fisiche o mentali del cittadino del Paese terzo o altre ragioni quali l'assenza del vettore o dell'identificazione; al contrario, per il diritto interno, queste ultime ragioni comportano un rinvio dell'allontanamento (art. 14, co. 1, T.U.), ma determinano il trattamento obbligatorio nei CIE.

Come evidenziato in letteratura ⁽³⁰⁾, mentre la L. 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. Legge Turco-Napolitano) prevedeva una procedura fondata sull'intimazione allo straniero a lasciare il territorio nazionale entro il termine di 15 giorni, dopo l'entrata in vigore della L. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini) la disciplina dettata dall'ordinamento interno è radicalmente difforme dal modello delineato dalla Direttiva, non essendo previsto che il decreto prefettizio, ossia l'atto in qualche misura corrispondente alla decisione di rimpatrio, attribuisca alcun termine per la partenza volontaria, salva la ricordata ipotesi di cui all'art. 13, co. 5.

Ma il punto in cui il T.U. sull'immigrazione diverge maggiormente dalla Direttiva sono proprio le disposizioni incriminatrici di cui all'art. 14, co. 5 *ter* e *quater*, là dove sanzionano con la pena della reclusione, rispettivamente da uno a quattro anni e da uno a cinque anni, lo straniero che non lascia il territorio nazionale a seguito del ricevimento dell'ordine di allontanamento o di espulsione. Tali disposizioni si pongono in netto ed evidente contrasto con la Direttiva che prevede, all'art. 15, la privazione della libertà personale dello straniero per un tempo massimo di 18 mesi ⁽³¹⁾.

Viene in tal modo elusa una delle garanzie imposte dalla direttiva a tutela della libertà personale dello straniero sia dal punto quanti-

⁽³⁰⁾ MASERA, *Terra bruciata*, cit., 35 ss.; VIGANÓ, MASERA, *Inottemperanza dello straniero*, cit., 1711 ss.

⁽³¹⁾ VIGANÓ, *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento*, in www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/-/328il_dibattito_continua_ancora_in_tema_di_direttiva_rimpatri_e_inosservanza_dell_ordine_di_allontanamento/

tativo che qualitativo. Infatti, la direttiva prevede l'applicazione, qualora sia possibile, di misure coercitive meno lesive della libertà personale secondo il principio sussidiarietà a cui si ispira il diritto europeo e che risulta molto simile all'analogo principio presente nel nostro codice di rito all'art. 275 C.p.p. ⁽³²⁾.

3. *Gli effetti diretti e indiretti delle Direttive europee.* Il contrasto tra norma nazionale e diritto europeo impone di risolverlo alla stregua dei meccanismi all'uopo posti dall'ordinamento ⁽³³⁾. Nel nostro caso i mezzi utilizzabili sono, come anticipato, l'interpretazione conforme, la disapplicazione, il ricorso alla Corte costituzionale. E' da escludere l'intervento del legislatore, dato che la sua inerzia fino alla data di scadenza della direttiva lascia presagire come esso manterrà il suo atteggiamento anche in futuro, anche se il protrarsi del suo silenzio è assordante. L'interpretazione conforme al diritto comunitario non è *prima facie* applicabile ai casi oggetto di analisi, dato che i precetti legislativi paiono "chiusi" ed è, dunque, impossibile per l'interprete ricostruire il senso della disposizione, anche attraverso opere di ortopedia giuridica, senza violare, però, il dettato normativo. È noto come l'obbligo di interpretazione conforme non sia illimitato ma incontri l'ostacolo della *littera legis*, della certezza del diritto e della irretroattività della norma penale³⁴. Sul punto anche le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza Caruso, hanno posto il limite, in realtà non sempre ben visibile, costituito dal testo normativo rispetto a interpretazioni adeguatrici o

⁽³²⁾ Per la valenza anche in chiave sostanziale di tale norma cfr., volendo, SALCUNI, *Il cammino verso l'abolizione della pena di morte*, in *Ind. Pen.*, 2009, 7 ss.

⁽³³⁾ SALCUNI, voce *Diritto penale europeo*, cit.; VIGANÓ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti giuridicità del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1062 ss. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989.

⁽³⁴⁾ VERRI, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale alla luce della sentenza italiana sul caso Pupino*, in *Ind. Pen.*, 2010, 371 ss.; SOTIS, *Il "caso Pupino": profili sostanziali*, in SGUBBI, MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 33 ss.

teleologiche che facilmente rischierebbero di sfociare in un'analogia vietata ⁽³⁵⁾.

Quanto alla disapplicazione, questa ricorre quando la direttiva sia immediatamente esecutiva e, dunque, il giudice è tenuto a "non applicare" ⁽³⁶⁾ la norma interna con essa contrastante. La disapplicazione in genere non ha valore *erga omnes*, perché presuppone una conoscenza *incidenter tantum* del giudice che è limitata al giudizio in corso. Questa è la disciplina della disapplicazione derivante dall'art. 101 della Cost ⁽³⁷⁾. e dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo. Tali principi possono essere ripresi anche per la disapplicazione della norma nazionale in contrasto col diritto comunitario, quando questo contrasto sia però ravvisato dal giudice della causa senza richiamare pregiudizialmente la CGCE. Il giudice della causa, essendo anche giudice comunitario, ha il dovere di interpretare in maniera conforme al diritto europeo l'ordinamento giuridico. Se invece si solleva una questione pregiudiziale e la decisione della CGUE riconosce il contrasto tra la norma nazionale e quella europea, imponendone la disapplicazione, in questi casi la pronuncia della CGUE ha invece efficacia *erga omnes*. Maggiore è il grado di analiticità, precisione o, per usare il lessico dei costituzionalisti, più la decisione della CGUE è a "rime obbligate" ⁽³⁸⁾ e tanto maggiore sarà anche la sua efficacia *erga omnes*. È senz'altro da sot-

⁽³⁵⁾ MAIELLO, *La confisca*, cit., 447 ss.; AMARELLI, *Morti sul lavoro*, cit., 848 ss.; MARINUCCI, *L'analogia*, cit., 1254 ss.

⁽³⁶⁾ Per un esaustivo quadro dei rapporti tra la giurisprudenza costituzionale e quella europea: LUZZATO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, 78; SPERDUTI, *L'ordinamento italiano e il diritto comunitario*, Padova, 1981, 127; POCAR, *Diritto delle comunità europee*, Milano, 1991, 250 ss.; SORRENTINO, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, 157 ss.

⁽³⁷⁾ GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 55, 93, 108; tra i penalisti, GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 96 ss.

⁽³⁸⁾ CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 83 ss.

toscrivere l'idea secondo cui "non si può capire il senso di una sentenza [...] senza esaminare l'atto che introduce il giudizio: la Corte risponde a domande, a questioni formulate, costruite e delimitate dal giudice". Il giudizio di *compatibilità europea* è "costruito su una concatenazione precisa e coerente di passaggi logici e di regole procedurali [...]; il giudice formula la questione rispettando la regola della pregiudizialità, cioè legando i termini generali e astratti del quesito che propone alla Corte alle caratteristiche particolari e concrete del caso che sta giudicando" (39).

Se la direttiva non ha i caratteri della immediata applicabilità, il giudice, rilevato il contrasto tra la norma europea e la norma interna dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale alla stregua dell'art. 117, co. 1, Cost., utilizzando la direttiva come norma costituzionale interposta (40).

La prima questione da porsi è, dunque, relativa alla natura *self executing* della direttiva rimpatri. Sul punto la giurisprudenza di merito è divisa tra coloro che ammettono la natura auto applicativa della direttiva (41) e coloro che, al contrario, ritengono sia necessaria una pronuncia della CGCE (42). Quest'ultima è la soluzione patro-

(39) BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto e Quest. Pubbl.*, 2002, 124 ss.

(40) Questioni che i penalisti hanno affrontato con riferimento alla problematica del falso in bilancio, v. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela penale?*, in RUGA RIVA, *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, 207 ss.; RIONDATO, *Falso in bilancio e Corte di Giustizia CE (causa Berlusconi). Non è un rigetto*, in AA. VV., "Ai confini del «favor rei». Il falso in Bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia", Torino, 2005, 335 ss.; VIGANÓ, 'Illegittimità comunitaria' e illegittimità costituzionale: qualche spunto per una riflessione, in *ivi*, 366 ss.; e della nozione di rifiuto, v. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario (Prima parte)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 973 ss.; GIUNTA, *Sub art. 50*, in ID. (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2005, 969.; PAONESSA, *La definizione nazionale di rifiuto approda al vaglio della Consulta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 340.

(41) Trib. Torino 8 gennaio 2011; Trib. Reggio Calabria 13 gennaio 2011, Trib. Torino 20 gennaio 2011, tutte pubblicate in www.penalecontemporaneo.it

(42) Per la natura *self executing*: Trib. Verona 18 gennaio 2011- 20 gennaio 2011; Trib. Pavia 18 gennaio 2011; Trib. Milano 18 gennaio 2011, reperibili in

cinata anche dal massimo organo di legittimità, il quale afferma come “la Direttiva n. 2008/115/CE, laddove fosse interpretata nel senso che essa intende escludere che lo straniero irregolare sia sottoposto ad una spirale senza fine di intimazioni a lasciare il territorio nazionale e di restrizioni della propria libertà, nella sostanza riconducibili esclusivamente alla sua mancanza di cooperazione al rimpatrio volontario, risulterebbe di certo in contrasto con l'intervento legislativo di cui alla Legge n. 94 del 2009, recante delle modifiche al D.Lgs. n. 286 del 1998 che hanno inasprito le pene ivi previste, estendendo le ipotesi in cui la violazione dell'ordine di allontanamento volontario integra un delitto, sì da evidenziare come nell'ordinamento interno l'espulsione coattiva sia tuttavia la scelta prioritaria. In tal senso, infatti, si rileva come, a seguito dell'entrata in vigore della legge di cui sopra, non solo è stato introdotto il reato di ingresso o soggiorno irregolare, prevedendo per esso l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva, ma sono state altresì ribadite e novate sia le norme incriminatrici che le disposizioni regolanti l'ordine di allontanamento volontario e le conseguenze della sua violazione. Ne consegue la necessità di chiedere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle questioni di interpretazione degli artt. 2, par. 2, lett. b); 7, par. 1, 4; 8, par. 1, 4; 15, par. 1, 4, 5, 6, della direttiva summenzionata, al fine di stabilire se la norma incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 *quater*, D.Lgs. n. 286 del 1998, o comunque, la disciplina dell'espulsione che ne costituisce il presupposto, sia in contrasto con la direttiva *de qua*, dal momento che, se così fosse, lo Stato avrebbe violato l'obbligo di astenersi durante la pendenza del termine di trasposizione della direttiva in questione dall'adottare disposizioni che possano compromettere diritti, la cui tutela costituisce il risultato prescrittivo della normativa comunitaria e che, dun-

www.penalecontemporaneo.it. Al contrario, per il ricorso alla CGUE: Tribunale Milano, 24 gennaio 2011; Trib. Rovereto 27 gennaio 2011; Corte Appello Trento 2 febbraio 2001; Trib. Milano 11 febbraio 2011, reperibili *ibidem*.

que, non potrebbero dare causa a condanne ⁽⁴³⁾”.

Tale accertamento preliminare condiziona il tipo di strumento esperibile sul piano giudiziario (non applicazione della norma interna, proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ovvero di una questione incidentale di legittimità costituzionale) ⁽⁴⁴⁾.

Sulla scorta della costante giurisprudenza della CGCE la norma europea si considera *self executing* quando è “chiara, precisa ed incondizionata” ⁽⁴⁵⁾. La chiarezza equivale a non ambiguità od equivocità della norma; la precisione, invece, richiama una situazione di sufficiente specificità della norma, tale da non richiedere l’emanazione d’alcun ulteriore provvedimento da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri e che non lascia a questi ultimi alcuna discrezionalità nella sua attuazione. Il carattere incondizionato deriva, invece, quando l’applicazione della disciplina normativa non è soggetta ad alcuna condizione. La direttiva può essere inoltre fatta valere nei rapporti verticali, cioè cittadino *vs* Stato, di modo che dalla direttiva discenda un *effetto giuridico favorevole* per l’individuo nei confronti dello Stato inadempiente ⁽⁴⁶⁾. L’ultimo parametro da vagliare riguarda la scadenza del termine di attuazione per lo Stato, il quale non deve avere adempiuto a conformare il proprio ordinamento.

4. *La natura “self executing” della Direttiva rimpatri.* Sulla natura *self executing* della direttiva rimpatri, alla scadenza del termine per

⁽⁴³⁾ Cass. Sez. I, 8 marzo 2011, Ngagne, in http://bd.utetgiuridica.it/index44.html#opera:!44!,key:!44MA0002267356!,mode:!full_show!;

⁽⁴⁴⁾ Tesi sostenuta da FOCARDI, *Ancora sull’impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all’art. 14, co.5 ter e quater, D. Lgs. n. 286 del 1998*, in http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/-/313ancora_sull_impatto_della_direttiva_comunitaria2008_115_ce_sui_reati_di_cui_all_artt_14_co_5_ter_e_5_quater_d_lgs_286_1998/.

⁽⁴⁵⁾ In argomento, da ultimo NICO, *Le direttive comunitarie tra Corte costituzionale e giudice comune*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1 ss.

⁽⁴⁶⁾ PIVA, *Giudice nazionale*, cit., 39 ss., 162 ss., 173.

l'attuazione, si è subito schierata una parte della giurisprudenza di merito ⁽⁴⁷⁾, avallata da autorevole dottrina ⁽⁴⁸⁾. Il Tribunale di Torino ha assolto, infatti, uno straniero imputato per essersi trattenuto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore ed essendo inottemperante a un precedente ordine di allontanamento. Nello stesso senso la Procura della Repubblica di Firenze ha ordinato la rimessione in libertà di uno straniero clandestino arrestato per non aver ottemperato all'ordine del Questore di lasciare il territorio, in quanto *“l'effetto diretto prodotto dalla direttiva inattuata deve comportare conseguentemente la non applicazione della norma incriminatrice che comprime la libertà personale dello straniero in modo palesemente contrastante con gli obblighi inattuati posti a carico dello stato dal diritto comunitario”* ⁽⁴⁹⁾. Così pure la Procura della Repubblica di Pinerolo ha chiesto al Gip l'archiviazione di un procedimento in caso simile per l'incompatibilità delle norme con quelle comunitarie ⁽⁵⁰⁾.

Sono certamente “chiare e precise” le norme che stabiliscono, quale modalità ordinaria dell'allontanamento, il rimpatrio volontario, così descrivendo una sequenza di attività che si connota come chiaramente incompatibile rispetto al paradigma procedimentale previsto dal diritto interno. Tale norma è incondizionata dal momento che non è attribuita allo Stato membro alcuna possibilità di scelta in ordine alla disciplina applicabile ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ *Ex plurimis*: Trib. Bologna, 21 marzo 2011, Di.Go., in http://bd.utetgiuridica.it/index44.html#opera:!44!,key:!44MA0002273997!,mode:!full_show!; *contra*: Trib. Padova, 1 marzo 2011, Ka.Yh., *ibidem*.

⁽⁴⁸⁾ VIGANÓ, *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater: sette repliche ad altrettante obiezioni*, in www.penalecontemporaneo.it/tipologia/3-/-/416-disapplicazione_dell_art_14_co_5_ter_e_quater_sette_repliche_ad_altrettante_obiezioni/; in senso solo parzialmente diverso, v. D'AMBROSIO, *Qualche ulteriore riflessione sulla illegittimità comunitaria della vigente disciplina amministrativa e penale in materia di espulsioni*, in www.penalecontemporaneo.it/tipologia/3-/-/380-qualche_ulteriore_considerazione_sulla_illegittimita_comunitaria_della_vigente_disciplina_amministrativa_e_penale_in_materia_di_espulsioni/

⁽⁴⁹⁾ In www.penalecontemporaneo.it.

⁽⁵⁰⁾ In www.penalecontemporaneo.it.

⁽⁵¹⁾ VIGANÓ, *Disapplicazione dell'art. 14, co. 5 ter e quater*, cit.

Il termine di attuazione deve ritenersi infruttuosamente scaduto, non potendo riconoscersi, come anticipato, alcuna valenza attuativa alla Circolare del Ministero dell'Interno del 17 dicembre 2010⁽⁵²⁾. Quest'ultima nel classico gioco dello "scarica barile" lasciava ai Prefetti e ai Questori l'onere di adeguare la normativa interna a quella europea attraverso la motivazione dei provvedimenti. L'obiettivo era quello di sfruttare la deroga prevista nell'art. 2, co. 2, della Direttiva. "Questa circolare, però, non tiene conto dell'incompatibilità strutturale esistente fra le due normative che non può essere superata da un semplice onere motivazionale"⁽⁵³⁾. Se fosse sufficiente quest'ultimo la disciplina comunitaria risulterebbe oltremodo frastagliata anche nell'applicazione, a dispetto della finalità della Direttiva di armonizzazione delle procedure amministrative di espulsione.

Ne consegue che le disposizioni che prescrivono la *regola*, nell'accezione dworkiniana⁽⁵⁴⁾, del rimpatrio volontario sono certamente *self executing*. L'eventualità, riconosciuta dalla Direttiva, per lo Stato di aggiungere disposizioni di dettaglio non inficia quanto appena asserito, dato che, da una parte trattasi di una mera eventualità e, quindi, vuol dire che la direttiva è analitica, dall'altra, lo Stato non potrà in alcun modo stabilire una modalità differente (e *in peius*) di esecuzione dell'allontanamento. Insomma, la relativa norma della direttiva non richiede alcun provvedimento di attuazione da parte degli Stati membri⁽⁵⁵⁾.

Le eccezioni alla regola generale del rimpatrio volontario hanno un carattere meramente eventuale⁽⁵⁶⁾, come detto, il singolo Stato non

⁽⁵²⁾ DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri asilo*, in *Il diritto dell'UE*, 2010, 49 ss.

⁽⁵³⁾ Così efficacemente Trib. Cagliari, 14 gennaio 2011, in www.ordineavvocati torino.it/UserFiles/File/convegni/atti/Anno_2011/Espulsione_dello_straniero/Trib_cagliari.pdf

⁽⁵⁴⁾ DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

⁽⁵⁵⁾ VIGANÓ, *Disapplicazione dell'art. 14*, cit.; ID., *Il dibattito continua*, cit.;

⁽⁵⁶⁾ *Contra*: EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 T.U. immigrazione*, in www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/332-direttiva_rimpatri_e_art_14_t_u_immigrazione/

è obbligato a prevedere una normativa di dettaglio sicché non può certo ammettersi che l'efficacia della regola base possa essere paralizzata dalla mera possibilità di eventuali deroghe da parte del legislatore dello Stato membro ⁽⁵⁷⁾. Così pure dicasi per le norme che stabiliscono un termine diverso e più ampio di quello, pari a soli cinque giorni, previsto dalla norma interna per il rimpatrio, atteso che anche in tale ipotesi vi è un chiarissimo divieto di stabilire un termine inferiore ai sensi dell'art. 7 § 1. Il regime derogatorio facente leva sul rischio di fuga, sul respingimento di una domanda di soggiorno in quanto manifestamente infondata o fraudolenta, sul pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, ha carattere eventuale e, pertanto, non presuppone in sé alcuna specificazione attuativa. L'ordine pubblico potrebbe essere un motivo addotto in difesa dallo Stato per consentire la deroga alle procedure di espulsione armonizzate ⁽⁵⁸⁾. Tale possibilità è, però, più astratta che concreta. Se è vero che formalmente la CGUE lascia, da una parte, ai giudici comuni la valutazione della sussistenza delle ragioni di ordine pubblico ⁽⁵⁹⁾, dall'altra non si esime dal dettare criteri stringenti per la sua valutazione ⁽⁶⁰⁾. Ad esempio, in materia di scommesse la CGUE ha negato sia l'opponibilità dell'ordine pubblico sociale (prevenzione della ludopatia) perché la politica fiscale nazionale è volta ad incentivare il gioco, sia dell'ordine pubblico materiale, anche se la materia delle scommesse può essere richiamato per la criminalità organizzata e per fenomeni legati al riciclaggio. Sotto questo profilo –specifica la CGUE– si deve analizzare il requisito dell'autorizzazione di polizia. La fi-

⁽⁵⁷⁾ VIGANÓ, *Disapplicazione dell'art. 14*, cit.; ID., *Il dibattito continua*, cit.; Trib Cagliari, 14 gennaio 2011, cit.

⁽⁵⁸⁾ Cfr., la vicenda relativa alle scommesse *on line*: Cass., Sez. Un., 26 aprile- 18 maggio 2004, Corsi, in *Dir. Form.*, 2005, 312 ss.; EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, 342 ss.

⁽⁵⁹⁾ CGUE, Grande sezione, 6-03-2007, nn. 338/04, 359/04, 360/04 Placanica, in *Foro it.*, 2007, V, 249 ss. Cfr.: PAONESSA, *Verso la disapplicazione della disciplina penale delle scommesse transfrontaliere*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 129 ss.

⁽⁶⁰⁾ D'AMBROSIO, *La disapplicazione dei divieti penali in materia di raccolta di scommesse. Rien ne va plus?*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2009, 179 ss.

nalità di quest'ultima è certamente quella di evitare che gli operatori siano implicati in attività criminali o fraudolente e sembra una misura del tutto proporzionata a tale obiettivo. Il profilo discriminatorio e di sproporzione sorge però dal fatto che le autorizzazioni di polizia vengono rilasciate solo ai titolari di una concessione, sicché sarebbe stato impossibile per gli imputati ottenere tali autorizzazioni ⁽⁶¹⁾. Il che palesa il vero intento della disciplina penale, vale a dire la tutela delle ragioni fiscali che, di per sé, non possono legittimare il regime discriminatorio ⁽⁶²⁾. In materia di immigrazione, le valutazioni di ordine pubblico sono state affrontate negativamente già dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'aggravante dell'art. 61, n. 11 *bis* c.p. ⁽⁶³⁾. "La violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori può essere penalmente sanzionata, per effetto di una scelta politica del legislatore non censurabile in sede di controllo di legittimità costituzionale, *ma non può introdurre automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile*, che deve essere frutto di un *accertamento particolare*, da effettuarsi *caso per caso*, con riguardo alle concrete circostanze oggettive ed alle personali caratteristiche soggettive" ⁽⁶⁴⁾. Perciò le presunte statistiche, spesso invocate da alcune parti politiche ⁽⁶⁵⁾, per cui l'immigrato clandesti-

⁽⁶¹⁾ CGUE, 15 dicembre 1983, causa 5/83 punti 10 e 11.

⁽⁶²⁾ CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2009, Causa C-42/07 commentata da NATALINI, *Scommesse on line: il monopolio degli Stati non lede la circolazione di capitali e servizi*, in *Guida al dir.*, 2009, 39, 100 ss. e spec. 102. *Amplius* VIGANÓ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti giuridicità del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1068.

⁽⁶³⁾ PULITANÓ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettiva*, in VINCIGUERRA, DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria*, cit., 711; GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n.11 bis, c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 713; DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *ivi*, 2008, 1634 ss.

⁽⁶⁴⁾ Corte cost., 5 luglio 2010.

⁽⁶⁵⁾ Criticano altresì l'aggravante di *status*: MASERA, *Immigrazione*, in MAZZA - VIGANÓ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 2009, 28 ss.; nel senso invece di una sua compatibilità con il sistema penale: PLANTAMURA, *La circostanza*

no avrebbe un comportamento deviante più frequente e maggiore di quello regolare o del cittadino, non sono basi su cui fondare un giudizio di anti giuridicità penale. Lo slogan “di tutta l’erba un fascio” non è *regola* che possa valere per il diritto penale ⁽⁶⁶⁾. In definitiva, la qualità di immigrato irregolare diventa, nelle argomentazioni della Corte, uno “stigma”, che “funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento” ⁽⁶⁷⁾. Ciò determina il contrasto con l’art. 25, co. 2, Cost., che pone come *regola* il fatto offensivo alla base della responsabilità penale e cioè che un soggetto debba essere sanzionato per le sole condotte tenute e non per le sue qualità personali ⁽⁶⁸⁾. Le ragioni di ordine pubblico ⁽⁶⁹⁾ non sembrano sussistere.

Da quanto suindicato deriva che lo spazio di discrezionalità del legislatore è ridotto al minimo, il che significa che la direttiva è *self executing* in quanto il nucleo normativo in essa contenuto consente di “determinare il livello minimo di tutela che deve essere comunque realizzato”. Il meccanismo espulsivo, presupposto dell’art. 14, co. 5 *ter*, non si fonda sulla partenza volontaria, *anche se* nella prassi spesso si assiste ad espulsioni realizzate non attraverso l’ accom-

aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura Lorusso, Cedam, Padova, 2008, 271 ss.

⁽⁶⁶⁾ SCHAUER, *Di ogni erba un fascio*, Bologna, 2008, 31; PULITANÓ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 558.

⁽⁶⁷⁾ Corte cost., n. 249 del 2010; la quale richiama anche Corte cost., n. 22 del 2007.

⁽⁶⁸⁾ Corte cost., n. 249 del 2010.; MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1373 ss.

⁽⁶⁹⁾ Sulle varie nozione di ordine pubblico, v. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqua e il Sindaco. Prove atecniche di diritto penale municipale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.

pagnamento coattivo, bensì ad una intimazione assimilabile ad un rimpatrio volontario. Far assurgere la prassi a regola però significherebbe violare la legge di Hume sulla c.d. fallacia naturalistica, ma soprattutto non considera ben altri fattori di criticità. Tale via non è percorribile sia perché il termine per l'allontanamento è inferiore a quello minimo di sette giorni per la partenza volontaria, "sia perché l'emanazione dell'ordine di allontanamento da parte del questore è una forma di esecuzione dell'espulsione meramente *residuale* rispetto alla modalità ordinaria dell'immediato accompagnamento alla frontiera o, nelle more, di trattenimento in un CIE" ⁽⁷⁰⁾.

Ne consegue che gli artt. 13 e 14 T.U. n. 286 del 1998 che disciplinano il procedimento di espulsione sono in radicale ed insanabile contrasto con le norme *self executing* della Direttiva ⁽⁷¹⁾ e, dunque, debbono essere disapplicate, travolgendo il provvedimento amministrativo emanato nell'esercizio della potestà amministrativa attribuita da tali norme, essendo emanato in carenza di potere. Ciò vale per gli atti emanati successivamente alla scadenza del termine di attuazione della Direttiva.

5. *La sorte degli atti amministrativi emessi prima del 24-12-2010.* L'affermazione conclusiva del paragrafo precedente potrebbe far già concludere per l'irrelevanza dello *jus superveniens*, atteso che il procedimento amministrativo è regolato dal principio generale del *tempus regit actum*, dovendo ogni atto amministrativo essere conforme alla legge in vigore nel momento in cui viene posto in essere. Vi sono resistenze nell'ammettere ipotesi di illegittimità sopravvenuta dell'atto amministrativo conforme alla norma interna successivamente divenuta in contrasto con la norma comunitaria ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ Trib. Cagliari, 14 gennaio 2011, cit.

⁽⁷¹⁾ CGUE, 26 aprile 2011, in www.penalecontemporaneo.it, §§46, 47

⁽⁷²⁾ In generale sull'argomento v. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 421 ss.; CASSETTA, FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 545 ss.

L'argomento più utilizzato fa leva sulla presenza di termini di decadenza nella proposizione dell'impugnazione che verrebbero aggirati ove si consentisse di far valere, in qualunque tempo, il vizio sopravvenuto ⁽⁷³⁾.

Con riferimento alla materia in esame, tali argomentazioni sono state superate da una parte della giurisprudenza di merito ⁽⁷⁴⁾, la quale cita a tal proposito, nell'impianto argomentativo, la sentenza Ciola c. Land Voralberg ⁽⁷⁵⁾. In tale pronuncia si è asserito il principio secondo cui non soltanto le norme della legislazione interna ma anche i provvedimenti amministrativi in contrasto con la norma europea, vadano necessariamente disapplicati nel giudizio sulla legittimità della sanzione penale irrogata per l'inosservanza di tale norma; ciò anche quando essi siano stati adottati anteriormente alla vigenza della norma europea. A ben vedere, sempre per il Tribunale di Cagliari, più che di una disapplicazione dell'atto amministrativo deve, più correttamente, parlarsi di un contrasto riguardante le norme amministrative interne su cui si fonda la potestà del questore di emanare gli ordini ⁽⁷⁶⁾. Norme che quindi non andranno applicate dal momento che "il 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" ⁽⁷⁷⁾. La conseguenza dal punto di vista interno dovrà essere la disapplicazione delle norme che costituiscono la base legale della potestà amministrativa (artt. 13 e 14 T.U. immigrazione), per l'emanazione dei presupposti delle fattispecie incriminatrici, di modo che la disapplicazione dei primi non può non avere ripercussioni anche sulle

⁽⁷³⁾ SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010, 82 ss.

⁽⁷⁴⁾ Trib. Cagliari, 14-1-2011, cit.

⁽⁷⁵⁾ CGUE, 29 aprile 1999, C-224/97; *contra* NATALE, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D. Lgs. n. 286 del 1998*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Relazione%20Natale.pdf>.

⁽⁷⁶⁾ Trib. Cagliari, 14 gennaio 2011, cit.

⁽⁷⁷⁾ CGUE 9.9.2003, C-198/01 in www.curia.eu.int.

norme penali. Tali riflessi, secondo una prima tesi sviluppata in seno alla giustizia amministrativa, vanno rinvenuti nella nullità/inesistenza sopravvenuta dell'atto amministrativo ⁽⁷⁸⁾. Il giudice penale dovrebbe insomma ricorrere ad una disapplicazione (art. 5 L. 20 marzo 1865, n. 2248) con efficacia retroattiva delle norme e degli atti amministrativi da questa scaturienti, il che comporterà di non applicare le norme interne sull'espulsione che contrastino con la direttiva e, al contrario, applicare proprio le norme contenute nella direttiva ⁽⁷⁹⁾. A conferma di tali assunti, si argomenta muovendo dal presupposto che *gli effetti dell'atto amministrativo non possono ritenersi ancora esauriti fino a quando esso può determinare l'applicazione di una qualsivoglia conseguenza giuridica, sia pure come presupposto del reato*. Ed a riprova di ciò si richiama l'obbligo per il giudice penale, qualora l'atto amministrativo è presupposto negativo o positivo di una fattispecie penale, di non limitarsi a verificare l'esistenza naturalistica di esso ⁽⁸⁰⁾, ma di indagare, nell'attività di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, l'incidenza della condotta non conforme al provvedimento sull'interesse sostanziale protetto dalla norma ⁽⁸¹⁾.

In conclusione, laddove l'atto amministrativo, emanato prima della scadenza del termine per attuazione della direttiva, produca ancora effetti dopo la scadenza di suddetto termine, l'atto amministrativo dovrà essere disapplicato retroattivamente ed il cittadino extracomunitario essere assolto perché il fatto non costituisce reato. D'altronde questa, ci sembra, anche la situazione che la CGUE ha, di recente, deciso. Il caso El Dridi riguarda, come vedremo meglio *infra*, un procedimento penale, non ancora conclusosi, che vedeva

⁽⁷⁸⁾ T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I, 17 ottobre 2006, n. 723, in *Giornale Dir. Amm.*, 2007, 2, 202; Cons. Stato Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro It.*, 2004, 3, 413; *contra* NATALE, *La direttiva 2008/115/CE*, cit.

⁽⁷⁹⁾ GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 139 ss.

⁽⁸⁰⁾ Cass., Sez. Un., 31 gennaio 1987, Giordano, in *Cass. Pen.*, 1987, 878.

⁽⁸¹⁾ Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, Borgia, in *Cass. Pen.*, 1994, 902 nota di MENDOZA.

imputato un cittadino extracomunitario entrato illegalmente in Italia e privo di permesso di soggiorno, condannato, per il delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter*, per non avere ottemperato all'ordine di allontanamento del maggio 2010 (prima della scadenza del termine di attuazione della direttiva), sulla base di un decreto prefettizio di espulsione risalente al 2004 ⁽⁸²⁾.

Per poter incidere, invece, sul passato, vale a dire sulle sentenze passate in giudicato prima dello scadere del termine di attuazione della direttiva, l'unica via (difficilmente) percorribile è quella dell'*abolitio criminis* ⁽⁸³⁾.

6. *La Direttiva e il fenomeno della successione di leggi modificative.* Ricontrato il contrasto tra architettura amministrativistica del testo unico e la normativa europea, nei termini di cui sopra (e che conduce alla sua radicale disapplicazione), si dovrebbe altresì addivenire alla conclusione che la permanenza dell'illecito penale, per le sentenze passate in giudicato, potrebbe contrastare con la prudenza o l'equità del giudizio ⁽⁸⁴⁾, oltre che con gli artt. 3 e 27 della Cost. nella parte in cui recepiscono la regola della retroattività della *lex mitior* ⁽⁸⁵⁾.

Per evitare un simile paradosso, un diverso iter argomentativo che pone l'accento però sull'illegittimità delle norme penali del testo unico (su cui v. *infra*), propende, da un punto di vista tecnico-giuridico, per ricondurre la sopravvenienza della norma europea

⁽⁸²⁾ CGUE, 26 aprile 2011, El Dridi, in www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/555-corte_di_justizia_dell_unione_europea_sent_28_aprile_2011_hassen_el_dridi_causa_c_61_11_ppu_direttiva_rimpatri_e_inosservanza_dell_ordine_di_allontanamento_dello_straniero/; con nota di VIGANÓ.

⁽⁸³⁾ Via tentata da VIGANÓ, *Il dibattito continua*, cit., e suggerita in conclusione della sentenza della CGUE, 26 aprile 2011, cit.

⁽⁸⁴⁾ Riferendomi col primo termine all'accezione datane da ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; e col secondo all'accezione datane da PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006.

⁽⁸⁵⁾ C. cost., n. 394 del 2006, cit..

nell'ambito del fenomeno dell'*abolitio criminis* ⁽⁸⁶⁾. *Mutatis mutandis*, dal punto di vista dell'illegittimità delle norme amministrative si potrebbe sostenere che la fattispecie incriminatrice, richiamando le norme che disciplinano il procedimento, sarebbe soggetta ad una *abolitio criminis* mediata ⁽⁸⁷⁾. Il "fatto", nell'accezione penalistica, che prima era considerato punibile, oggi, dato il contrasto con la direttiva europea, non è più punibile, pertanto ciò varrà anche per il passato in forza dell'art. 2, co. 2, c.p ⁽⁸⁸⁾. L'unica difficoltà che potrebbe sorgere sarebbe quella di ricondurre la direttiva UE al concetto di "legge posteriore" di cui all'art. 2, co. 2, c.p.. Tale difficoltà viene superata –almeno secondo la tesi di Marinucci e Viganò– in quanto nel concetto di "legge" ben può ricomprendersi *qualsiasi* fonte che abbia per effetto quello di escludere che un dato fatto, pur previsto da una legge penale ancora in vigore, possa ancora costituire reato ⁽⁸⁹⁾. Tale tesi è stata accolta pienamente dalla CGUE che ha ritenuto la normativa penale nazionale in contrasto con i postulati della direttiva ed ha stabilito che è compito del giudice del rinvio, incaricato di applicare le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, di disapplicare ogni disposizione nazionale contraria al risultato della direttiva (segnatamente, la disposizione che prevede la pena della reclusione da uno a quattro anni) e *tenere conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite*, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁶⁾ VIGANÒ, *Il dibattito continua*, cit.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 3° ed., Milano, 2009, 40.

⁽⁸⁷⁾ In generale su tale fenomeno v. RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008; GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, 817 ss.; MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006.

⁽⁸⁸⁾ Trib. Roma, sent. 1 febbraio 2011, in www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=5960.

⁽⁸⁹⁾ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 40.

⁽⁹⁰⁾ CGUE, 26 aprile 2011, cit.

Tale tesi, seppur autorevolmente sostenuta, non sembra accoglibile, almeno in questi termini e limitatamente alla soluzione assolutoria per i decreti di espulsione emessi prima del 24 dicembre 2010 e la cui violazione sia stata consumata ed accertata anch'essa prima del predetto termine. Si tratta, in questi casi, di un provvedimento amministrativo emesso legittimamente che è stato violato prima che divenisse efficace la norma comunitaria. In merito alla successione mediata di fattispecie penali, la giurisprudenza ribadisce che l'art. 2 c.p. ha ad oggetto la successione nel tempo delle norme incriminatrici. Nell'ambito di operatività dell'istituto in esame non rientrano, invece, le vicende successive di norme extra-penali *che non integrano la fattispecie incriminatrice nè quelle di atti o fatti amministrativi che, pur influenzando sulla punibilità di determinate condotte, non implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, che resta, pertanto, immutata e quindi in vigore. Ne consegue che la successione di norme extra-penali determina esclusivamente una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento e che, in tale ipotesi, non viene meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso*" ⁽⁹¹⁾. Analogamente, in materia di reati di sfruttamento dell'immigrazione extracomunitaria, la Corte ha respinto la tesi per cui, rientrando la Polonia nei paesi membri dell'UE, da quella data, successiva alla commissione del reato, verrebbe meno l'antigiuridicità della condotta di favoreggiamento dell'ingresso illegale (art. 12 D. Lgs. n. 286 del 1998) di cittadini polacchi nel territorio italiano a fini di lucro, a norma dell'art. 2 del c.p. Trattasi perciò di vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e che determinano solo una variazione della rilevanza penale del fatto *in concreto* con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento normativo di adesione del nuovo paese all'U.E., senza fare venire meno il

⁽⁹¹⁾ Così: Cass., Sez. III, 19 marzo 1999, Arlati, in *Cass. pen.*, 2000, 3014; Cass., Sez. V, 25 febbraio 1997, De Lisi, in *Foro It.*, 1998, II, 95 con nota di ROMANO. In dottrina negano la valenza delle modifiche mediate: GROSSO, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 1210; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, Milano, 57 ss.

disvalore penale del fatto anteriormente commesso ⁽⁹²⁾. Con riferimento ad alcune modifiche apportate dal D. Lgs. 10 agosto 2007, n. 154 ⁽⁹³⁾, la Cassazione ha ribadito come la fattispecie dell'art. 14, co. 5 *ter*, D. Lgs. n. 286 del 1998 è rimasta immutata e la modificazione intervenuta nella disciplina dei permessi può incidere sulla condizione dello straniero, consentendogli di ottenere un permesso che prima gli era precluso, ma non può far venir meno la punibilità di un fatto già commesso ⁽⁹⁴⁾. La soluzione opposta sarebbe percorribile solo se mutasse la *nozione di straniero*, cioè l'art. 1 D. Lgs. n. 286 del 1998, di modo che tale mutazione, che ad esempio escluda il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione, si riverbererebbe anche sulla fattispecie penale producendo il fenomeno tipico dell'abolizione parziale (art. 2, co. 2, c.p.) ⁽⁹⁵⁾.

La giurisprudenza muove da una preoccupazione di politica criminale di cui deve farsi carico nella scelta della tesi argomentativa da percorrere. La tesi della radicale *abolitio criminis* dell'art. 14, co. 5 *ter* nel caso di ingresso di un Paese extraeuropeo nell'Unione potrebbe, infatti, rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione Europea, risultare criminogena e dare vita a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione ⁽⁹⁶⁾.

Tali preoccupazioni sono presenti anche nell'interpretazione delle

⁽⁹²⁾ Cass., Sez. I, 11 gennaio 2007, Ferlazzo, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2007, 12, 809 con nota di GUARINIELLO; Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2004, *Riv. Pen.*, 2006, 3, 368; Cass., Sez. Un., 26 marzo 2003, Giordano e altri, in *Guida al dir.*, 2003, 45, 91.

⁽⁹³⁾ Normativa che ha modificato alcuni articoli della l. n. 286/98 in attuazione della direttiva 2004/114/CE.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, in *Riv. Pen.*, 2008, 3, 245; MICHELETTI, *Le modificazioni mediate della fattispecie penale*, in *St. Juris*, 2007, 1350 ss., diversamente v. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., 300 ss.

⁽⁹⁵⁾ Cass., Sez. Un. 26 marzo 2003, Giordano, cit.; argomento che rende questa sentenza compatibile e non in contrasto con il vecchio precedente delle stesse sezioni unite in tema di qualifica pubblicistica dell'operatore bancario, Cass., Sez. Un., 23 maggio 1987, Tuzet, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695 ss.

⁽⁹⁶⁾ Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, cit.

fattispecie oggetto di analisi, nonché, anche in questi casi la mutata disciplina amministrativa dei rimpatri non incide direttamente sulla disposizione incriminatrice. Inoltre, sempre in tema di modifiche mediate e atti amministrativi presupposti negativi o positivi della condotta, le Sezioni Unite ⁽⁹⁷⁾ affermano la sindacabilità dell'atto presupposto nei soli limiti e con gli specifici mezzi previsti dalla legge, quindi, con riferimento all'art. 14, co. 5 *ter* sarebbe esclusa la rivalutazione dei presupposti di fatto alla base del provvedimento ⁽⁹⁸⁾. Il giudice dovrà quindi verificare previamente la legalità formale e sostanziale del provvedimento presupposto e, laddove riscontri la violazione di legge, l'incompetenza o l'eccesso di potere, sarà tenuto a disapplicarlo ⁽⁹⁹⁾. Nel caso da noi preso in esame, però, il provvedimento richiamato dalla norma penale risponde al modello legale vigente al momento della sua emanazione e, a quella data, non è passibile di censure né sotto il profilo della violazione di legge, né dell'eccesso di potere o dell'incompetenza.

Nel caso in esame, il fatto che dal 25 dicembre 2010 sono modificate le *regole* dei rimpatri non potrà che riguardare i provvedimenti di espulsione successivi e non integra alcuna delle ipotesi disciplinate, rispettivamente, l'art. 2 c.p., co. 2. A questo panorama giurisprudenziale si deve aggiungere la più condivisibile posizione della dottrina che razionalizza il fenomeno delle modifiche mediate¹⁰⁰. Tra i pur vari argomenti, proposti dalla dottrina, per distinguere se una modifica mediata integri, o meno, una *abolitio criminis*, ai sensi dell'art. 2 co. 2, c.p., quello preferibile ci sembra il criterio sostanziale ⁽¹⁰¹⁾, ovverosia verificare se la modifica mediata incida, o meno, sul disvalore astratto della fattispecie. Se la modifica mediata

⁽⁹⁷⁾ Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2008, Niccoli, in *Dir pen proc.*, 2009, 4, 482 con nota di SCARCELLA; in *Corr. Giur.*, 2009, 6, 822 con nota di CERQUA.

⁽⁹⁸⁾ Cass., Sez. I, 24 giugno 1992, Beltrami, in *Cass. pen.*, 1994, 602; Cass., Sez. I, 28 marzo 2006, A., in http://bd.utetgiuridica.it/index44.html#opera:!44!,key:!44MA0000931820!,mode:!full_show!

⁽⁹⁹⁾ Cass., Sez. I, 28 marzo 2006, A., in *Riv. Pen.*, 2007, 3, 339.

⁽¹⁰⁰⁾ PULITANÓ, *Diritto penale*, 2°, Milano, 2007, 686 ss

⁽¹⁰¹⁾ MANTOVANI, *Diritto penale*, V, Padova, 2007, 82 ss.; PULITANÓ, *Diritto penale*, cit., 686 ss.

neutralizza il disvalore astratto della fattispecie ci sarà una *abolitio criminis*, nel caso inverso, cioè quando la modifica mediata non incide sulla lesione del bene protetto, non si rientrerà nell'ipotesi di cui all'art. 2, co. 2, c.p. Nel nostro caso ci sembra, dunque, indispensabile indagare quale sia l'interesse protetto dagli artt. 14 comma 5 *ter* e *quater*. A nostro giudizio, confortato per certi versi anche dalla Corte costituzionale¹⁰², queste norme tutelerebbero un bene funzionale in senso proprio¹⁰³ ravvisabile nella gestione e controllo dei flussi migratori¹⁰⁴. La normativa penale è servente rispetto a precetti di natura amministrativa, come spesso accade anche in altri settori dell'ordinamento (lavoro, ambiente, urbanistica), che disciplinano i casi, i tempi, i modi con cui uno straniero può risiedere legittimamente nel territorio dello Stato e, al tempo stesso, disciplinano i casi, i tempi e i modi con cui lo stesso straniero debba essere allontanato dal territorio dello Stato in caso di illegittimità del soggiorno. La direttiva rimpatri modifica, nella parte in cui contrasta con l'ordinamento, i casi, i tempi e i modi con cui lo straniero deve essere allontanato, descrivendo in maniera totalmente diversa, da come aveva fatto il legislatore nazionale, il bilanciamento di interessi fra *favor expulsionis* e tutela della libertà personale e dei diritti fondamentali del cittadino extracomunitario. Ciò non inficerebbe, però, in alcun modo la legittimità delle norme penali a tutela dei provvedimenti amministrativi di espulsione. Se sono previsti procedimenti di espulsione, anche coattiva seppur come *extrema ratio*, è evidente che sarà possibile tutelarli, anche con la sanzione penale, laddove in forza di un rigoroso *test* di sussidiarietà questa risulti necessitata. E' vero che la Corte costituzionale ha affermato che il fenomeno dell'immigrazione è un "grave pro-

⁽¹⁰²⁾ Corte cost., n. 250 del 2010.

⁽¹⁰³⁾ SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, in corso di stampa, Milano, 2011.

⁽¹⁰⁴⁾ PAGLIANO - STANZIOLA, *La particolare tenuità del fatto nel processo davanti al giudice di pace: un bilancio sulla funzionalità dell'istituto*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 610 ss.

blema sociale, umanitario ed economico, che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica" (105), ma ciò non toglie legittimità all'utilizzo della sanzione penale, ma ammonisce, a giusta ragione, che la sanzione penale non deve essere utilizzata come *prima ratio* o, peggio ancora, come strumento propagandistico (solo per fare un esempio l'art. 10 *bis* T.U. immigrazione) (106), ma deve essere utilizzata quando tutte le altre forme di tutela, meno invasive della libertà personale, non siano sufficienti.

7. *L'illegittimità dell'art. 14 T.U. immigrazione.* Nel precedente paragrafo abbiamo avuto modo di affermare la legittimità, almeno in astratto, dell'utilizzo dello strumento penale per tali violazioni. Legittimità che è stata altresì confermata anche dalla Corte di Giustizia, al punto 52 della decisione si asserisce che "Per quanto riguarda, poi, le misure coercitive che gli Stati membri possono adottare ai sensi dell'art. 8, n. 4, della Direttiva 2008/115, in particolare l'accompagnamento coattivo alla frontiera previsto all'art. 13, co. 4, del decreto legislativo n. 286 del 1998, è giocoforza constatare che, in una situazione in cui tali misure non abbiano consentito di raggiungere il risultato perseguito, ossia l'allontanamento del cittadino di un paese terzo contro il quale sono state disposte, *gli Stati membri restano liberi di adottare misure, anche penali*, atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati".

A tal proposito bisogna, però, verificare se, in concreto, le attuali norme penali non siano, loro volta, in netto e radicale contrasto con la direttiva rimpatri. Tale tesi è quella sostenuta da autorevole dottrina che, in una ideale battaglia di civiltà, ha anche affascinato i giudici europei che hanno accolto le argomentazioni supportate

(105) Corte cost., n. 22 del 2007.

(106) GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1323 ss.

dagli studiosi citati⁽¹⁰⁷⁾. Si deduce l'illegittimità europea delle norme penali in esame per contrasto con gli artt. 14 e 15 della Direttiva rimpatri. In estrema sintesi le argomentazioni sono così compendiabili:

1) gli artt. 14, co. 5 *ter* e *quater* nella misura in cui prevedono pene detentive sino a cinque anni di reclusione a carico dello straniero inottemperante ad un ordine di espulsione, eludono le garanzie assicurate alla libertà personale dello straniero da parte degli stessi articoli 15 e 16 della direttiva;

2) gli artt. 15 e 16 della direttiva consentono di privare della propria libertà personale lo straniero sottoposto a una procedura amministrativa di rimpatrio attraverso la misura del trattenimento in un CIE, nelle ipotesi in cui lo straniero non abbia volontariamente adempiuto alla decisione di rimpatrio e non sia stato possibile eseguirne l'allontanamento (artt. 6 e 8);

3) la misura del trattenimento nell'impianto della direttiva è costruita come *ultima ratio*, a cui lo Stato può dunque accedere soltanto qualora ogni altra misura meno coercitiva risulti inefficace. Gli artt. 14, co. 5 *ter* e *quater*, prevedono, invece, che lo straniero che non collabori alla procedura amministrativa di espulsione, rendendosi inottemperante all'ordine di allontanamento emanato dal questore, commetta un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio, la possibilità di custodia cautelare e la pena della reclusione superiore al limite dei diciotto mesi consentito dalla direttiva⁽¹⁰⁸⁾.

La CGUE ha recepito queste tesi affermando che "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

⁽¹⁰⁷⁾ VIGANÓ, *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater*, cit.; MASERA, *Giudice di pace ed immigrazione: le novità introdotte dalla direttiva 2008/115/CE in materia di espulsione*, in *Il Giudice di Pace*, 2010, 97 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ VIGANÓ, *Disapplicazione dell'art. 14, co. 5 ter e quater*, cit.

lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo” (Punti 29 e 62) ⁽¹⁰⁹⁾.

I passaggi essenziali della motivazione sono quelli inerenti alla proporzionalità ed all’efficacia delle misure coercitive, laddove la CGUE conclude “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 decreto legislativo n. 286 del 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” (§58). Il giudice del rinvio dovrà dunque “disapplicare ogni disposizione del D. Lgs n. 286 del 1998 contraria al risultato della Direttiva 2008/115, segnatamente l’art. 14, co. 5 *ter*, di tale decreto legislativo”. Il giudice della causa dovrà “tenere debito conto del principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” (§ 61) ⁽¹¹⁰⁾.

I primi commentatori affermano che, d’ora in poi, “i giudici italiani dovranno disapplicare la norma incriminatrice di cui all’art. 14 comma 5 *ter* D. Lgs. n. 286 del 1998 per contrasto col diritto europeo e mandare assolti gli imputati perché il fatto non sussiste, indipendentemente dalla circostanza che l’ordine del questore rimasto inadempito fosse antecedente o successivo al 24 dicembre 2010, e cioè della data entro la quale l’ordinamento italiano avrebbe dovuto conformarsi alla direttiva” ⁽¹¹¹⁾. Ciò si evince, secondo

⁽¹⁰⁹⁾ www.penalecontemporaneo.it/upload/Sentenza%20Corte%20di%20giustizia.pdf

⁽¹¹⁰⁾ www.penalecontemporaneo.it/upload/Sentenza%20Corte%20di%20giustizia.pdf

⁽¹¹¹⁾ VIGANÓ, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l’incriminazione di cui all’art. 14 co. 5 *ter* T.U. imm.*, in www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/555-corte_di_giustizia_dell_unione_europea_sent_28_aprile

questa tesi, dal monito secondo cui il giudice penale dovrà necessariamente tener conto della necessaria retroattività della legge penale più favorevole (§61). Il che dovrebbe far propendere anche per il travolgimento delle sentenze passate in giudicato.

Questo punto merita una qualche riflessione che in parte riprende quanto già sostenuto a proposito degli atti amministrativi illegittimi. Anche in questo caso, se il reato si è perfezionato prima della scadenza del termine per l'adeguamento nazionale alla direttiva, ma gli effetti del reato si continuano a produrre anche dopo la scadenza di suddetto termine, perché il processo penale continua nelle more, è evidente che la soluzione non potrà che essere assoluta.

La fattispecie penale incriminatrice dovrà essere disapplicata. Se invece il reato si è perfezionato prima della scadenza del termine per l'adeguamento dell'Italia alla direttiva, ed il processo si è concluso anche prima della scadenza di suddetto termine, essendo la sentenza passata in giudicato in un momento in cui il contrasto con la direttiva non produceva effetti nel diritto interno, non riteniamo che si possa giungere a sostenere il travolgimento dei giudicati. Più nello specifico, non riteniamo che questa soluzione sia possibile ricorrendo allo schema dell'art. 2, co. 2, c.p., ovvero all'*abolitio criminis*. Ciò, non tanto, o non solo, in forza del fatto che l'art. 2 si riferirebbe alla successione di sole leggi penali, ma soprattutto perché ci sembra corretto continuare a mantenere in vita la sostanziale distinzione tra abrogazione⁽¹¹²⁾ e disapplicazione⁽¹¹³⁾. La soluzione potrebbe essere cercata tra le righe della motivazione della CGUE, la quale evidenzia un dato paradossale della norma-

[_2011_hassen_el_dridi_causa_c_61_11_ppu_direttiva_rimpatri_e_inosservanza_dell_ordine_di_allontanamento_dello_straniero/](#)

(112) RESCIGNO G.U., *Abrogazione*, in CASSESE S. (dir da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 33; GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 139.

(113) GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002, 139 ss.; MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *St. Juris*, 1997, 955.

zione penale italiana, ovvero la lesione dell'effetto utile della direttiva, in quanto la normativa nazionale rallenta l'espulsione consentendo di incarcerare il cittadino extracomunitario ⁽¹¹⁴⁾. Se l'effetto utile della direttiva rimpatri è quello di facilitare le espulsioni e se le sentenze passate in giudicato e le rispettive detenzioni ledono l'effetto utile della direttiva sarà necessario disapplicare non solo l'art. 14, co. 5 *ter*, bensì anche quelle norme di procedura e di esecuzione che impongono la detenzione del reo. Si verrebbe a creare una situazione analoga a quello che è avvenuto nel caso Dorigo, in cui, pur in presenza di un titolo esecutivo valido in astratto (cioè valido per l'ordinamento nazionale), lo stesso titolo è inefficace in concreto perché lesivo del diritto convenzionale o, *a fortiori*, del diritto dell'Unione ⁽¹¹⁵⁾. Anzi, se la soluzione della Cassazione nel caso Dorigo è criticabile nelle argomentazioni, ma non negli effetti ⁽¹¹⁶⁾, dato che è alquanto dubbio che il contrasto tra norma nazionale e norma convenzionale sia risolvibile attraverso la disapplicazione e non, come invece ha sostenuto la Consulta, attraverso la questione di legittimità costituzionale ⁽¹¹⁷⁾, nessun dubbio può ancora sorgere per il diritto dell'Unione. La disapplicazione è, infatti, il secondo strumento che l'interprete ha per rendere conforme il diritto nazionale a quello europeo.

Una seconda via percorribile è quella di interpretare analogicamente non una norma, ma un istituto di creazione giurisprudenziale, ovvero la revisione della sentenza per successivo contrasto con le norme Convenzionali ed estenderla anche al contrasto so-

⁽¹¹⁴⁾ CGUE, 26 aprile 2011, cit., §§ 55, 59

⁽¹¹⁵⁾ GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in *Quest. Giust.*, 2007, 149 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cass. Pen., Sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo, in *Guida al dir.*, 2007, 9, 74.

⁽¹¹⁷⁾ Argomentazioni svolte nelle pronunce 348/349 2007, cfr. GUERINI U., *Le fonti del diritto dell'Unione europea e lo "spaesamento" comunitario del diritto penale degli Stati membri*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'Unione europea*, Torino, 2008, 116 ss.

pravvenuto con le norme europee (art. 630 C.p.p.) ⁽¹¹⁸⁾. Se però per il contrasto col diritto convenzionale questo giudizio di revisione *sui generis* può anche confermare la sentenza di condanna, non così se il parametro invocato è di diritto europeo, infatti, l'udienza di revisione in questi casi servirà solo a dichiarare la disapplicazione dell'art. 14, co. 5 *ter* e, dunque, a rendere inoperante il titolo esecutivo di condanna.

8. *L'efficacia espansiva in malam partem del diritto penale europeo*. Un recente esempio di interpretazione conforme (*rectius* disapplicazione) in *malam partem* è fornito da una sentenza della Cassazione ⁽¹¹⁹⁾. L'antefatto parte da una condanna per il reato di cui agli artt.15 lett. c) e 24 co. 1 Legge n. 963 del 1965 perché il reo cedeva due esemplari di tonno rosso del peso inferiore ai 10 Kg e di lunghezza inferiore agli 80 cm, in violazione del regolamento C.E. n. 51/2006 allegato III parte D.20. Per quella particolare tipologia di tonno il regolamento comunitario non prevedeva alcun margine di tolleranza, presente invece nella normativa nazionale ⁽¹²⁰⁾. La *quaestio juris* portata all'attenzione della Corte riguarda quindi l'applicazione dell'art. 91 D.P.R. n. 1639 del 1968 e la compatibilità/incompatibilità con il regolamento CEE n.51/2006. La fattispecie incriminatrice di cui all'art.15 L. n. 963 del 1965 è norma penale in bianco che, quanto all'oggetto materiale del reato, rinvia alla normativa nazionale e/o comunitaria. Ci si chiede se il legislatore ha, ai sensi del regolamento comunitario, un margine di discrezionalità tale da prevedere una soglia di tolleranza del 10%, così come

⁽¹¹⁸⁾ Corte Cost., n. 113 del 2011; in precedenza hanno anticipato le conclusioni della Corte costituzionale VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 81.

⁽¹¹⁹⁾ Cass., Sez. III, 19 gennaio 2011, n. 107, in www.penalecontemporaneo.it/upload/Trinca.pdf

⁽¹²⁰⁾ Per una prima lettura v. la nota redazionale di COLLELLA, in www.penalecontemporaneo.it/materia/3-/32-/-/425-cass_pen_sez_iii_19_1_2011_dep_23_2_2011_pres_de_maiore_rel_amoresano_ric_trinca/

previsto dall'art.91 D.P.R. n. 1639 del 1968. La tesi difensiva, non accoglibile, sostiene che il regolamento in esame ponga vincoli sulla commerciabilità del prodotto, ma non incida sul precetto penale. Il che viene argomentato in base a due presupposti: 1) l'Unione Europea si sarebbe limitata a prescrivere i limiti minimi del pescato, lasciando libero il legislatore nazionale di valutare le sanzioni opportune (ed il legislatore italiano ha previsto il margine di tolleranza del 10%); 2) per il principio di necessaria offensività non possono essere puniti comportamenti che non ledono o pongono in pericolo il bene giuridico tutelato, come avviene con la cattura di esigue quantità di novellame rispetto all'obiettivo del ripopolamento marino. Pertanto quando il pescato si mantiene nell'ambito del 10%, pur non essendo commerciabile, non è soggetto a sanzione penale.

La Corte rileva giustamente che l'art.15, co. 1, lett. c, Legge n. 963 del 1965 fa divieto di "di pescare, detenere, trasportare e commerciare il novellame di qualunque specie vivente marina oppure le specie di cui sia vietata la cattura in qualunque stadio di crescita, senza la preventiva autorizzazione del Ministero della Marina mercantile". Inoltre, aggiunge la Corte, le disposizioni "interne" che prevedono un margine di tolleranza del 10% sono in contrasto con la normativa comunitaria. Quest'ultima non prevede, infatti, alcuna deroga al divieto di pesca e di commercializzazione del novellame, pertanto, in forza del primato del diritto comunitario sul diritto interno il giudice nazionale è titolare di un sindacato di costituzionalità diffuso⁽¹²¹⁾ (se ha ad oggetto norme *self executing* come in questo caso un regolamento CE) che gli impone di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con quella europea⁽¹²²⁾. La Corte si attarda nel ricordare i precedenti della Corte costituzionale che, fin dalla sentenza n. 170 del 1984, hanno affermato che, nelle materie in cui vi è competenza

⁽¹²¹⁾ GROPPI, *Giustizia costituzionale comparata*, in CASSESE S. (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2795 ss.; RIONDATO, *Profili*, cit., 1155.

⁽¹²²⁾ FIORE S., *Principio di prevalenza delle fonti comunitarie e diritto penale economico*, in CATENACCI, MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia*, Torino, 2009, 65 ss.

concorrente Stato-Unione europea e quest'ultima abbia esercitato il proprio potere di formazione in senso difforme alle norme nazionali, il giudice ordinario deve applicare direttamente la norma europea, la quale prevale sulla legge nazionale incompatibile, anteriore o successiva ⁽¹²³⁾. La Cassazione ribadisce questa supremazia del diritto comunitario in quanto l'ordinamento dello Stato e quello della Unione europea sono due sistemi reciprocamente autonomi e, al tempo stesso, coordinati secondo le previsioni dei Trattati la cui osservanza forma oggetto, proprio in forza dell'art. 11 della Costituzione, di una specifica, piena e continua garanzia. Tale passaggio argomentativo sembra frutto ancora di una visione dualistica degli ordinamenti, nazionale ed europeo, che, allo stato di avanzamento del fenomeno dell'europeizzazione specie con il Trattato di Lisbona, non sembra più spendibile ⁽¹²⁴⁾. Oggi l'ordinamento europeo comprende quello nazionale, il quale è paragonabile all'ordinamento di una macro-regione rispetto allo Stato. Ad ogni modo, ciò non inficia la correttezza dell'iter motivazionale.

La Corte regolatrice, proseguendo nella motivazione, prende anche atto della presenza di numerosi *casi facili* nei rapporti diritto europeo *vs* diritto penale, cioè casi in cui la soluzione ridonda a favore del reo ⁽¹²⁵⁾. Nessuno ha infatti mai dubitato dell'efficacia immediata e in *bonam partem* del diritto comunitario, con la conseguente disapplicazione, totale o parziale delle norme penali interne eventualmente incompatibili ⁽¹²⁶⁾. La Corte decide, però, un *hard case*, vale a dire un'ipotesi in cui l'adeguamento del diritto nazionale al

⁽¹²³⁾ FIORE S., *Principio di prevalenza*, cit., 65 ss.

⁽¹²⁴⁾ NICOTRA, *Norma comunitaria come parametro di costituzionalità tra monismo e dualismo*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 231.; CALVANO, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o una svolta monista nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni comunitarie?*, in *Giur. Cost.*, 2005, 4436 ss.

⁽¹²⁵⁾ Classici esempi sono ormai quelli della raccolta di scommesse *on line* e della disapplicazione delle c.d. regole tecniche, v. EPIDENDIO, *Diritto comunitario*, cit., 342 ss.

⁽¹²⁶⁾ Cass., Sez. III, 1° luglio 1999, Valentini, in *Mass. Uff.*, 214345.

diritto europeo passa attraverso l'aggravamento di responsabilità per il reo. Per le norme europee immediatamente esecutive (regolamenti e direttive *self executing*), infatti, in caso di contrasto fra la normativa nazionale e quella europea, è quest'ultima a prevalere tramite la disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice di merito (che è anche giudice europeo) e la conseguente applicazione della normativa europea (in chiave scriminante) o della normativa nazionale (incriminatrice se in *malam partem*) (legittima per il diritto dell'UE), a sua volta derogata da un'altra norma nazionale illegittima ⁽¹²⁷⁾.

Citando testualmente la motivazione della Cassazione: "*la problematica dell'influenza in **malam partem** [...] deve misurarsi con il principio di legalità e con la teoria delle fonti*", da intendersi secondo noi col rispetto della riserva assoluta di legge ⁽¹²⁸⁾. Sul punto la Corte, riprendendo implicitamente alcune tesi emerse in dottrina fra coloro (pochi) che ammettono effetti in *malam partem*, asserisce che la conseguente condanna dell'imputato si fonda sulla base delle disposizioni di matrice nazionale di cui agli artt. 15 co. 1 lett. c) e 24 co. 1 l. 14 luglio 1965 n. 963, in quanto l'applicazione diretta della normativa comunitaria è valsa, infatti, semplicemente a disapplicare ⁽¹²⁹⁾ gli artt. 86-91 D.P.R. 1639/1968, che costituivano -secondo noi- una causa di esclusione del tipo ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁷⁾ CGUE, 13 gennaio 2004, causa C-453/0, Kuhne & Heitz NV e Productschap voor Pluimvee en Eieren, in *Racc.*, I- 837; CGUE, 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04; C-422/04, I-21 Germany GmbH, in www.curia.eu.int; MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 589.

⁽¹²⁸⁾ FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, 17 ss.

⁽¹²⁹⁾ Cass., Sez. III, 2 luglio 2009, Cinti, in *Mass. Uff.* 244928; Id., Sez. III, 7 maggio 2009, P.M. in proc. Ibba, in *Mass. Uff.* 244137; Id., Sez. III, 19 marzo 2009, Puglisi, *ivi*, 243762; Id., Sez. III, 15 febbraio 2007, Badioli, *ivi*, 236117.

⁽¹³⁰⁾. In generale sulle clausole di esclusione del tipo, ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)* in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, 1721 ss.; SOTIS, BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui*

Ciò dimostra come, a livello più generale, la riserva di legge sta subendo un processo di mutazione proprio ad opera degli influssi europei. Essa non è più vista –seppur non ancora a chiare lettere nella giurisprudenza della Corte costituzionale– come baluardo delle scelte del Parlamento in quanto funzionali al controllo della minoranza ⁽¹³¹⁾, bensì come garanzia del suo successivo controllo ad opera della Corte costituzionale ⁽¹³²⁾. Ciò dipende dalla presa d’atto della progressiva entrata in crisi della garanzia di democraticità ⁽¹³³⁾, sottesa al principio di legalità, ed alla ricerca di soluzioni che permettano di recuperare quelle garanzie fondamentali, perdute con il declino della riserva di legge ⁽¹³⁴⁾. Una via percorribile sarebbe –a nostro avviso– quella di prevedere un controllo di un organo tecnico sulle scelte deliberative della maggioranza, sia essa parlamentare o di governo ⁽¹³⁵⁾.

L’appiattimento del Parlamento sulle posizioni della maggioranza di Governo ⁽¹³⁶⁾, inducono a ripensare la riserva di legge non più esclusivamente nell’ottica del controllo democratico interno delle scelte operate dalla maggioranza, bensì nel senso della possibilità di sottoporre quelle scelte e quelle decisioni politico criminali ad

rapporti tra disapplicazione dell’atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario, in www.penalecontemporaneo.it/upload/11%20bizzarro%20caso.doc.

⁽¹³¹⁾ Da ultimo, v. DOLCINI, *Leggi “ad personam”, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 52 ss.

⁽¹³²⁾ PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Principio di legalità e diritto penale*, Milano, 2008, 1294; BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 597 ss.; SALCUNI, voce *Diritto penale europeo*, cit.

⁽¹³³⁾ DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1067 ss.

⁽¹³⁴⁾ LÜDERSSEN, *Europeizzazione del diritto penale e legittimazione governativa*, in CANESTRARI, FOFFANI, *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l’Europa?*, Milano, 2005, 488 ss.

⁽¹³⁵⁾ SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto*, cit.

⁽¹³⁶⁾ MANES, *L’eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva “politica” e specificazione “tecnica”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 93.

un controllo esterno ⁽¹³⁷⁾. D'altronde proprio i casi analizzati nel presente contributo, sia in *bonam* che in *malam partem*, dimostrano come il Parlamento italiano, infatti, da tempo ha smesso di gestire la politica criminale nelle materie "sensibili" ⁽¹³⁸⁾, quest'ultima viene decisa in altre sedi istituzionali soprattutto sovranazionali. La conseguenza ulteriore di questa tendenza coincide con un obiettivo incremento del tasso di politicità degli organi di garanzia e, di conseguenza, rischia di ridimensionare il distacco e l'imparzialità della loro funzione di controllo ⁽¹³⁹⁾. Quest'ultimo, comunque sia formulato, mantiene sempre un *quid* di valutativo e perciò di politico ⁽¹⁴⁰⁾. Il grado di politicità di tale momento dipenderà poi dal tipo di controllo di costituzionalità che può essere ora in un senso più ristretto, ora in un senso più ampio ⁽¹⁴¹⁾.

Ricerca nell'organo di controllo la garanzia ultima della riserva di legge è una tesi che emancipa il diritto penale e consente una sua apertura anche ai nuovi orizzonti europei. Principio di legalità e riserva di legge assumono un diverso significato nei sistemi segnati dalla rigidità costituzionale garantita da un sindacato accentrato sulle leggi ⁽¹⁴²⁾, perché qui viene meno l'assoluta supremazia della legge del Parlamento. Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, infatti, la riserva di legge in materia penale diviene una eterolimitazione nei confronti del legislatore ordinario, posta da una fonte normativa gerarchicamente superiore. Di qui le intersezioni, volute dal costituente, tra Parlamento, organo di legittimazione democratica (che rimane *conditio sine qua non* per

⁽¹³⁷⁾ PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1292; FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, III, Roma-Bari, 2007, 571; BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, 58.

⁽¹³⁸⁾ In generale sul declino del ruolo politico-decisionale del Parlamento si v. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 167.

⁽¹³⁹⁾ PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1292.

⁽¹⁴⁰⁾ ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, 308 ss.

⁽¹⁴¹⁾ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in AA.VV., *Principio di legalità*, cit., 1267.

⁽¹⁴²⁾ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1971, 55; TRAPANI, *Voce Legge penale. I. Fonti*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990, 1 ss.

l'incriminazione di un fatto), e la Consulta, organo di legittimazione tecnica (che avrebbe un ruolo di controllo delle scelte legislative in funzione dei principi costituzionali). La garanzia realizzata dalla legge è, dunque, efficace *non tanto per la forma, quanto per la necessaria sottoposizione dell'atto avente forza di legge al controllo di legittimità della Corte costituzionale* ⁽¹⁴³⁾, con l'effetto di preservare la Carta costituzionale ed i suoi valori da modifiche surrettizie. Tale visione sembra celarsi dietro tutte quelle sentenze, poche per la verità, che sembrerebbero ammettere pronunce in *malam partem*, laddove il legislatore introduca norme di favore in contrasto con il diritto europeo ⁽¹⁴⁴⁾. Dato il valore di norme costituzionali interposte delle direttive o comunque del diritto europeo non *self executing*, ne discende che sarebbe astrattamente possibile giungere a pronunce *contra reum* in caso di contrasto tra normativa interna e normativa europea non *self executing* ⁽¹⁴⁵⁾. Se il contrasto è dovuto ad una normativa penale di favore, che ha abrogato una disciplina legittima per il diritto dell'UE, si potrà richiedere il controllo di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost.; altrimenti, qualora la normativa contrastante col diritto europeo sia speciale, ma non abroghi alcuna disciplina legittima per il diritto dell'UE (riducendone solo il campo applicativo, come nel caso oggetto della sentenza), si potrà ricorrere alla "non applicazione" (o più comunemente disapplicazione) della normativa speciale e alla riespansione di quella generale. In alcuni casi la Cassazione, celandosi dietro l'interpretazione conforme al diritto comunitario, compie una disapplicazione nei fatti della norma nazionale. Esempio più im-

⁽¹⁴³⁾ Così testualmente: PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2000, 120 ss.; BALDUZZI - SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 1219 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Corte cost., n. 255 del 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 8, 972; in *Dir. pen. proc.*, 2006, 10, 1231 con nota di PENNISI.

⁽¹⁴⁵⁾ VIGANÓ, *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione sempre più problematica*, in *Quad cost.*, 2006, 366 ss.; ID., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433 ss.

mediato sono le pronunce *Ilie Petre* e *Ramoci* sul mandato di arresto europeo ⁽¹⁴⁶⁾. La prima giunge ad aggirare l'art. 17 della L. n. 69 del 2005 che, attuando la decisione sul MAE, introduce i gravi indizi di colpevolezza che non erano previsti nella decisione quadro. La seconda, invece, aggira l'art. 18 della legge nazionale sul MAE, giungendo a riconoscere la possibilità di consegna anche a Paesi che non prevedono un termine massimo per la custodia cautelare. La Corte costituzionale ha invece, negli ultimi tempi, iniziato a decidere questioni anche *contra reum* con uno schema argomentativo, non sempre condivisibile, ma molto simile, *mutatis mutandis* a quello utilizzato dalla Cassazione in questa sentenza. Ci si riferisce alla sentenza n. 394 del 2006 con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità di una fattispecie incriminatrice in quanto, pur se posta a tutela di beni giuridici più significativi rispetto all'omologa fattispecie generale di collocazione codicistica, era punita meno gravemente ⁽¹⁴⁷⁾. Si tratta in quest'ultimo caso di una decisione in *malam partem*, in quanto riespande anche per i giudizi in corso l'operatività della fattispecie generale vigente. Tale pronuncia si basa su di un controllo di ragionevolezza/uguaglianza *ex art 3 Cost.*, "inteso come principio di coerenza o proporzione interna del sistema normativo, in ordine al rapporto fra beni giuridici e forme di tutela" ⁽¹⁴⁸⁾. Nello stesso filone di pensiero si devono inserire quelle sentenze che censurano l'esercizio della potestà legislativa delle Regioni svolta in contrasto con la legge statale. Orbene, nessuno ha mai dubitato della legittimità di siffatte pronunce, sotto il profilo del rispetto dell'art. 25, co. 2, Cost., giacché la norma penale -ridotta nella sua sfera di applicazione dalla legge regionale- preesiste al fatto storico e, pertanto, non viola il principio di legalità la punizione di colui che ha commesso il fatto nella vigenza del precetto penale, seppur paralizzato

⁽¹⁴⁶⁾ Cass., 26 settembre 2005, in *Cass. pen.*, 2005, 3772; Cass., 30 gennaio 2007, in *Cass. pen.*, 2007, 1911; GRANDI, *Riserva di legge*, cit. 64 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza*, cit., 100 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ PULITANÓ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 525.

dalla norma illegittima. Lo stesso meccanismo potrebbe operare, anche qui *mutatis mutandis*, nel caso in cui la norma statale sia invasiva delle competenze della UE, come nel caso in esame, e dunque l'annullamento della norma interna avrebbe come effetto quello di ripristinare la sfera di applicazione della preesistente disposizione (conforme alla normativa europea) ⁽¹⁴⁹⁾. Tali conclusioni sono anche quelle fatte proprie dalla CGUE nelle sentenze Tombesi e Niselli, laddove sostengono che la disapplicazione della normativa nazionale di favore, contrastante con il diritto europeo, non integra una violazione del principio di legalità penale purché all'epoca della condotta tipica essa già integrava gli estremi del reato contestato ⁽¹⁵⁰⁾. Soprattutto in quest'ultima sentenza, il caso oggetto di analisi è molto simile a quello ora affrontato dalla Cassazione, infatti, per l'art. 14 del D. L. n. 138 del 2002, un residuo di produzione o di consumo non rientrava nella nozione di rifiuto allorché potesse essere riutilizzato in qualunque ciclo di produzione o di consumo, vuoi in assenza di trattamento preventivo e senza arrecare danni all'ambiente, vuoi previo trattamento, ma senza che occorra un'operazione di recupero ai sensi dell'allegato IIB della Direttiva 75/442. Un'interpretazione del genere si risolve manifestamente nel sottrarre dalla qualifica di rifiuto residui di produzione o di consumo che invece corrispondono alla definizione sancita dall'art. 1, lett. a, co. 1, della direttiva 75/442 ⁽¹⁵¹⁾. Pertanto, in tutte le fasi precedenti al riutilizzo, questi prodotti mantenevano la qualifica di rifiuto, che perderanno solo dopo il trattamento di riutilizzo ⁽¹⁵²⁾. Era evidente, dunque, il contrasto tra la nozione di rifiuto stabilita dalla sentenza CGUE nel caso Niselli e l'interpretazione au-

⁽¹⁴⁹⁾ DI GIOVINE, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, 217 ss.; SALCUNI, voce *Diritto penale europeo*, cit.;

⁽¹⁵⁰⁾ CGUE, 11-11-2004, n. 457, in *FI.*, 2005, 4, 16; CGUE, 14 settembre 2000, causa C-343/98, Collino e Chiappero, in *Racc.*, I-6659, punto 20.

⁽¹⁵¹⁾ CGUE, 11 novembre 2004, C-475/02, cit., punti 50 e 52.

⁽¹⁵²⁾ CGUE, 19 giugno 2003, causa C-444/00, Mayer Parry Recycling, in *Racc.* p. I-6163, punti 61-75; CGUE, 11 novembre 2004, C-475/02, cit., punto 53.

tentica di cui all'art. 14. Orbene, ribadiva la CGUE, la soluzione corretta dal punto di vista del diritto europeo comportava per il giudice di merito la disapplicazione della normativa illegittima, applicando, nel caso di specie, l'art. 6 del D. Lgs. n. 22 del 1997⁽¹⁵³⁾ e, dunque, ritenere integrato il reato di cui all'art. 51, co. 1, D. Lgs. 22 del 1997⁽¹⁵⁴⁾.

Ammettere la possibilità in astratto di sentenze di merito o di costituzionalità, a seconda dei casi⁽¹⁵⁵⁾, *in malam partem* non equivale a sostenere, in concreto che sarà sempre possibile addivenire ad una sentenza di condanna dell'imputato. L'interpretazione teleologica, *genus* a cui appartiene l'interpretazione conforme al diritto sovranazionale, per non essere "monca"⁽¹⁵⁶⁾ deve aver riguardo anche al principio di colpevolezza. È vero che la prassi svilisce spesso questo aspetto fondamentale del reato, però, specie laddove il contenuto precettivo dell'illecito viene ricavato a seguito di una c.d. pronuncia *in malam partem*, il giudice ha il dovere di valutare in maniera ancor più rigorosa la colpevolezza del soggetto agente. L'affaire Niselli è emblematico, dato che tra Corte costituzionale, CGUE e Cassazione, i tre massimi organi di giustizia, non è stato possibile addivenire ad una nozione unitaria di rifiuto, partendo dagli stessi dati normativi, come sarebbe stato possibile per l'imputato adeguarsi ad una normativa così oscura? Anche se l'illegittimità comunitaria della nozione di rifiuto deve condurre il giudice a disapplicare la norma nazionale in contrasto, ciò non equivarrà alla condanna dell'imputato che, nel caso Niselli, non potrà che essere l'assoluzione per difetto di colpevolezza. Nei casi di

⁽¹⁵³⁾ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Kokott in <http://web.unife.it/convegni/amicuscuriae/>, in dottrina, v. AMENDOLA, *Gestione dei rifiuti e normativa penale*, Milano, 2003, 102. *Contra*: Cass., sez. III, 16-1-2006, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 333 ss.; PAONESSA, *La definizione nazionale*, cit., 340.

⁽¹⁵⁴⁾ Sulla disapplicazione si pronuncia in chiave critica VAGLIASINDI, *La definizione*, cit., 1014; CGUE, 25 giugno 1998, C-192/96, Beside BV c/ Minister van Volkshuinvesting, in *GDir*, 1998, 28, 97.

⁽¹⁵⁵⁾ SALCUNI, voce *Diritto penale europeo*, cit.

⁽¹⁵⁶⁾ VIGANÓ, *La tutela penale della libertà individuale*, Milano, 2002, 243; PULITANO', *Diritto penale*, cit., 154.

riespansione della norma generale, come quello di cui ci stiamo occupando, il giudice comune dovrà valutare, innanzitutto, che al momento del fatto entrambe le norme erano vigenti (rispettando l'art. 2 c.p.), in secondo luogo che la riespansione con effetti in *malam partem* fosse risultato argomentativo prevedibile, il che sarà facilmente dimostrabile laddove le fattispecie, come quelle in esame, sono in rapporto strutturale di genere a specie, mentre sarà più ostico laddove l'applicazione della norma generale non sia strettamente connessa alla disapplicazione della norma speciale.

La prevedibilità dell'interpretazione cancella, però, molte differenze (se esistono) tra interpretazione analogica e interpretazione restrittiva⁽¹⁵⁷⁾ o meglio rende ancora più duttile (o dinamico) il preteso confine, in quanto ciò che, in un determinato contesto storico, non può prevedibilmente essere ricondotto nello spettro di una disposizione, in un diverso contesto situazionale potrebbe, invece, risultare prevedibile e rientrarvi⁽¹⁵⁸⁾. Il rischio però di legittimare in tal modo interpretazioni analogiche è scongiurato dal vincolo relativo alla c.d. "sostanza dell'infrazione" (imposto dalla giurisprudenza CEDU, ex art. 7). Vale a dire che il giudice, nell'interpretare, anche in maniera evolutiva, il significato della norma, deve comunque ricondurvi solo quelle sottofattispecie che hanno un omogeneo nucleo di disvalore con i casi paradigmatici che certamente vi rientrano⁽¹⁵⁹⁾.

Da ciò discende, che tutte le volte in cui la magistratura opererà un'interpretazione analogica a sfondo europeo, l'imputato sarà comunque da assolvere perché in violazione dell'art. 2, co. 2, c.p. essendo equiparabile il mutamento giurisprudenziale

⁽¹⁵⁷⁾ HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars Interpretandi*, 1997, 171 ss. e spec. 185-186.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. PALAZZO, *Dimensione linguistica del diritto e ruolo dell'avvocato*, in *St. Juris*, 2002, 720. Il caso concreto influenza anche l'interpretazione della fattispecie astratta, contribuendo a capirne e a plasmare la *ratio legis*: DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

⁽¹⁵⁹⁾ PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1320 ss.

all'introduzione di una nuova legge penale ⁽¹⁶⁰⁾, oppure per difetto di colpevolezza (tesi più aderente al nostro dato positivo).

Il principio di colpevolezza è, infatti, un baluardo garantistico che riequilibra le tendenze espansive dell'europeizzazione.

9. *Conclusioni.* I casi analizzati fanno emergere un aspetto fondamentale della cultura penalistica dell'Unione, vale a dire l'aumento del tasso di creatività nell'interpretazione da parte di un giudice comune che è, allo stesso tempo, giudice europeo titolare di un controllo di costituzionalità diffuso che si affianca a quello accentrato esercitato dalla Corte costituzionale. Da tempo è stato segnalato come lo spartiacque tra lecito e illecito non è più rinvenibile soltanto nella *littera legis* del Parlamento, in forza del ragionamento: ciò che non è vietato è lecito, bensì, dovrà ricavarsi mettendo insieme, a mo' di *mosaico*, una serie di tessere, tra le quali il testo legislativo mantiene ovviamente una "posizione centrale" ⁽¹⁶¹⁾. Le altre tessere sono costituite dalle interpretazioni giurisprudenziali, che, specie nella materia europea, si orientano alle conseguenze che accomunano, sotto il perimetro esterno della legalità penale, condotte di disvalore omogeneo ⁽¹⁶²⁾ (anche se non *espressamente pensate* dal legislatore in sede di tipizzazione della norma). È altresì evidente che dietro queste interpretazioni si nasconde una *politica penale europea* che fa capo agli organi dell'Unione e che richiede un proprio ed autonomo diritto penale che affianchi (o sostituisca) quello nazionale scaturente, a sua volta, sempre più, da *input* di matrice europea (ad es. *magna pars* della legislazione penale economica è frutto di obblighi europei, così pure il diritto penale

⁽¹⁶⁰⁾ Parte della giurisprudenza tedesca considera il *revirement* giurisprudenziale in *peius* una violazione del principio di irretroattività v. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000, 193; RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000, 239 ss.

⁽¹⁶¹⁾ DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 93 ss.

⁽¹⁶²⁾ PALAZZO, *Legalità penale*, cit. 1279 ss.

dell'ambiente e della sicurezza sui luoghi di lavoro). Vi è inoltre una *politica penale giudiziaria europea* che, in forza del principio di leale collaborazione o di fedeltà all'Unione (art. 4 T.U.E.) e del primato del diritto europeo sul diritto interno, ha stabilito un legame, sempre più stretto, con la magistratura nazionale, chiedendo a quest'ultima di disapplicare, in *bonam* ed in *malam partem*, la norma penale contrastante col diritto dell'UE. L'interpretazione teleologica a sfondo europeo, e così pure la soluzione di una questione di legittimità costituzionale sulla scorta di parametri europei predefiniti (direttive e/o interpretazioni del diritto ad opera della CGUE) sono segni di una trasfigurazione della riserva di legge⁽¹⁶³⁾.

Il modo di conformarsi, attraverso l'interpretazione, dell'ordinamento al diritto europeo non passa quasi mai attraverso la "cosmesi" di una singola disposizione, ma il più delle volte è tutto l'ordinamento che deve essere riletto alla luce del diritto europeo. Un esempio in tal senso mi sembra la vicenda relativa alla direttiva rimpatri. I modi con cui l'ordinamento interno si adegua perciò al diritto europeo solo in parte sono di competenza esclusiva del legislatore, dato che per molta altra parte l'adeguamento avviene per via pretoria. D'altronde, è inutile negarlo la cultura penalitica dell'Unione è una cultura che presenta i tratti somatici della *common law*⁽¹⁶⁴⁾. Ma ciò non deve destare clamore, né preoccupare oltremodo per le sorti della riserva di legge, principio che per molto tempo ha ostacolato l'irrompere di un diritto penale europeo⁽¹⁶⁵⁾. Si è rilevato giustamente come questa sia una garanzia

⁽¹⁶³⁾ Sia consentito il rinvio a SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit.,

⁽¹⁶⁴⁾ Sulle convergenze tra *civil* e *common law*, v. MATTEI-PES, *Civil law e Common Law: verso una convergenza?*, in VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2009, 184 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in *Dir. Pen. XXI sec.*, 2003, 47 ss.; ID., *Ripensare la giustizia penale europea: potenzialità e limiti di un progetto alternativo*, in SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, I, Milano, 2007, 129 ss.

che si è ridimensionata nelle società postmoderne o postdemocratiche⁽¹⁶⁶⁾ e che, pertanto, non è possibile pensare un modello europeo ispirato a principi nazionali che, tra l'altro, arrancano anche negli Stati nazionali⁽¹⁶⁷⁾. Il ruolo del giudice diventa principale nella cultura penalistica europea, non certo fino al punto da superare quello della legge, ma in certi casi da affiancarlo⁽¹⁶⁸⁾. L'interpretazione, l'argomentazione giuridica, i precedenti costituiscono gli argomenti principali del giudice europeo. L'armamentario argomentativo del giudice è composto da strumenti che razionalizzano, procedimentalizzano un'attività creativa che è, e resta, tale. In diritto europeo, ma per la verità anche in materia penale, la distinzione tra disapplicazione ed interpretazione conforme non può sempre essere agevolmente tracciata, proprio perché attività creativa non determinabile aprioristicamente. Il Giudice può non applicare il diritto nazionale oppure applicarlo in maniera del tutto innovativa, ignorando quelle parti di esso incompatibili col diritto europeo e valorizzando, invece, altre nella finalità di ottemperare alla normativa sovranazionale⁽¹⁶⁹⁾. Si tratta di interpretazioni teleologiche che hanno sullo sfondo una trama di norme costituzionali (o meta-costituzionali) nazionali ed europee che costituiscono un circolo virtuoso, in cui il significato di ciascuna di esse è strettamente connesso con quello delle altre⁽¹⁷⁰⁾. Queste considerazioni si tradurranno nell'immediato nella disapplicazione anche dell'art. 10 *bis* D. Lgs. n. 286 del 1998. Anche se la Cor-

⁽¹⁶⁶⁾ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit. 1267 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1267; DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, di pross. pubbl. in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.

⁽¹⁶⁸⁾ Prospettiva che parrebbe essere stata sposata da Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, P.G. in proc. Beschi, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 802. Cfr. RUSSO, *Il ruolo della "law in action" e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. Pen.*, 2001, 26 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ PIVA, *Giudice nazionale*, cit., 33-34.

⁽¹⁷⁰⁾ RUGGERI, *I diritti fondamentali*, cit., 161 ss.

te costituzionale, con motivazione non sempre condivisibile ⁽¹⁷¹⁾, ha salvato il reato di clandestinità, a noi sembra che dopo la pronuncia della CGUE nel caso El Dridi, l'art. 10 *bis* sia destinato ad una trattamento di "fine vita". La parte che più desta perplessità riguarda la condotta omissiva, ovvero il trattenersi nel territorio dello Stato. Per la verità, data anche la clausola di sussidiarietà presente nella contravvenzione, la seconda modalità di condotta tipica raramente avrebbe trovato applicazione, essendo assorbita dall'art. 14, co. 5 *ter*. Disapplicando però quest'ultima norma, l'art. 10 *bis* potrebbe incriminare quelle condotte di chi, già destinatario di un provvedimento di espulsione, rimanga in Italia permanendo illegalmente nel territorio. Se dobbiamo disapplicare l'art. 14, co. 5 *ter*, per le ragioni analizzate, *a fortiori*, in tali ipotesi dovrà disapplicarsi anche l'art. 10 *bis*, mantenerlo in vita sarebbe un accanimento terapeutico. Un'ulteriore ed evidente profilo di contrasto tra l'art. 10 *bis* e la direttiva rimpatri riguarda la sanzione sostitutiva. L'espulsione, come sanzione sostitutiva alla pena pecuniaria, è immediata ed automatica senza rispettare i termini previsti dalla direttiva, anzi mentre quando si procede all'espulsione di un soggetto in pendenza di un altro procedimento penale il questore deve chiedere all'autorità giudiziaria procedente il nulla osta, l'art. 10 *bis*, co. 4, consente l'allontanamento dello straniero senza il suddetto nulla osta, se il reato per cui si procede è l'art. 10 *bis*. Tali norme sono in contrasto con la direttiva e quindi disapplicate. Di conseguenza del reato di clandestinità resterebbe davvero ben poca cosa, se si vuol ritenere eurocompatibile la condotta di ingresso, il che però aprirebbe spiragli di incostituzionalità della norma per violazione del principio di uguaglianza, dato che l'ingresso sarebbe punito e la permanenza non costituirebbe reato.

(171) MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione*, cit. 1386 ss.; MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore, in corso di pubbl.*, in *Cass. pen.*, 2011, 446 ss.; dello stesso, in senso, però, critico, rispetto alla legittimità di una interpretazione analogica *in malam partem*, ID., *Disequilibri tra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale*, in *ibid*, 1244 ss. e, quivi, 1251 ss.

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

È evidente la “creatività” di tali interpretazioni che però sono connesse al nuovo volto che il diritto (anche quello penale) assume nel momento in cui si interfaccia con questa nuova realtà sociale e normativa che è l’Europa. Ecco che la perdita di garanzie e/o di certezza a livello di legalità formale deve essere compensata da strumenti di controllo che garantiscano *la coerenza delle interpretazioni, la razionalità e la persuasività delle stesse*, realizzando una condizione di universalizzabilità ⁽¹⁷²⁾, che altro non è se non la condizione nel panorama giuridico di una tesi argomentativa. “Certezza non può esservi se vi è una costante discrasia tra diritto e uditorio, tra decisioni e attese” ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷²⁾ ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, 169 ss.; GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2006, 103, 107, 112.

⁽¹⁷³⁾ PALOMBELLA, *Dopo la certezza*, cit., 11 ss.