

Inottemperanza “reiterata” all’ordine di allontanamento: la ragionevole “addizione” del giustificato motivo quale causa di esclusione della punibilità dello straniero*

di Valentina Pupo **
(1 febbraio 2011)

Con la sentenza 13-17 dicembre del 2010, n. 359, la Corte costituzionale ha risolto l’ennesima questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla normativa italiana in tema di immigrazione, quale risultante all’esito delle recenti innovazioni legislative.

Oggetto del giudizio, in questa circostanza, è stato l’art. 14, comma 5-*quater*, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), nella formulazione introdotta dall’art.1, comma 22, lettera *m*), della legge 15 luglio 2009, n. 94, (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), meglio nota come “secondo pacchetto-sicurezza”. La Corte ne ha dichiarato l’illegittimità «nella parte in cui non dispone che l’inottemperanza all’ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-*ter*, sia punita nel solo caso che abbia luogo “senza giustificato motivo”», dando, in tal modo, fondamento ai dubbi di legittimità costituzionale prospettati dagli studiosi della legislazione in materia già all’indomani dell’entrata in vigore delle nuove norme¹. La disposizione censurata, in base alla riforma del 2009², prevedeva la sanzione penale della

* Testo proposto dal prof. Luigi Ventura.

¹ Cfr., ad esempio, F. VANORIO, *I reati collegati all’espulsione dopo la riforma*, in *Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*, C.S.M., *Incontro di studio*, Roma 4-5 febbraio 2010, p. 5 ss e 8 ss., in www.csm.it; A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore*, in *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta, Milano, 2009, p. 278 ss.; Id., *Le principali modifiche alla disciplina penalistica in materia di immigrazione*, in *Disposizioni in materia di pubblica sicurezza la nuova disciplina in tema di immigrazione*, C.S.M., *Incontro di studio*, Palermo 30 novembre 2010, p. 17 ss., in www.csm.it; L. DEGLI’INNOCENTI, *I reati collegati all’espulsione dopo la riforma*, in *Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*, C.S.M., *Incontro di studio*, Roma 4-5 febbraio 2010, p. 8 s., in www.csm.it; A. SCUDIERI, *Le questioni di legittimità costituzionale*, in *Disposizioni in materia di pubblica sicurezza la nuova disciplina in tema di immigrazione*, C.S.M., *Incontro di studio*, Palermo 30 novembre 2010, in www.csm.it; L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009, Commenti*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 63 ss.

² Può essere utile riportare alcuni punti delle disposizioni in questione: art. 14, comma 5-*bis* «Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l’esecuzione con l’accompagnamento alla frontiera dell’espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni.[...]»; comma 5-*ter* «Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell’ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-*bis*, è punito con la reclusione da uno a quattro anni [...] In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all’adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all’ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-*bis*. Qualora non sia possibile procedere all’accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-*bis* del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all’articolo 13, comma 3»; comma 5-*quater* «Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-*ter* e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-*bis*, che continua

reclusione da uno a cinque anni a carico dello straniero che, continuando a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, non avesse ottemperato, entro i prescritti 5 giorni, ad un ordine di allontanamento del questore, emesso in seguito ad un provvedimento di espulsione conseguente alla precedente inottemperanza di un "primo", analogo ordine di allontanamento (comma 5-ter). Con la fondamentale differenza, però, che per la condotta omissiva di cui al comma 5-ter (in altre parole, per la violazione della prima intimazione questorile) la normativa contempla la clausola del "giustificato motivo" quale possibile elemento di esclusione dell'illiceità della condotta, laddove, invece, il comma 5-quater, irragionevolmente, non subordinava la punibilità delle eventuali, successive (e materialmente identiche) condotte inottemperanti alla mancanza di un "giustificato motivo", trattando, così, in modo diverso situazioni giuridiche soggettive sostanzialmente analoghe.

La Corte non ha, quindi, potuto fare a meno di riscontrare, in relazione al *tertium comparationis* rappresentato dal comma 5-ter, una palese violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost., "aggiungendo", di conseguenza, anche in riferimento al reato di inottemperanza "reiterata" dell'ordine di allontanamento del questore, la necessità che siano vagliate dai giudici possibili cause integranti giustificati motivi delle condotte omissive degli stranieri, costituite, ad esempio, da situazioni di "estrema indigenza".

La questione è stata sollevata dal Tribunale di Voghera, in composizione monocratica, con ordinanza dell'8 gennaio del 2010, ed era sorta nell'ambito di un procedimento nei confronti di una cittadina straniera irregolarmente presente in Italia. La donna, trovata ed arrestata mentre soggiornava nel sottoscala di un edificio fatiscente, privo di riscaldamento e di ogni altro servizio essenziale, era stata destinataria, per la quarta volta, di un ordine di allontanamento, non eseguito entro la scadenza di 5 giorni disposta dalla legge. Aveva, dunque, già violato ben tre precedenti intimazioni, continuando a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, ed era stata perciò condannata altrettante volte ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter, del T.U.

I profili di illegittimità costituzionale sono stati prospettati dal giudice *a quo* in relazione ai parametri rappresentati dall'art. 2 Cost., inerente al principio di solidarietà, in quanto si paventa che la nuova incriminazione vada a colpire una condizione sociale, quella dell'essere cittadino straniero migrante e non, invece, uno specifico fatto; dagli artt. 25 e 27 Cost., perché si andrebbero ad intaccare i principi di offensività e di personalità della responsabilità penale in quanto il reato in questione darebbe luogo ad una serie di innumerevoli condanne sempre più gravi (data l'irrelevanza del giustificato motivo) e relative a condotte carenti di una effettiva pericolosità sociale; dall'art. 3, comma 1, Cost. in conseguenza della disparità di trattamento rispetto all'analogia condotta inottemperante sanzionata dal comma 5-ter, che prevede la possibile esimente del "giustificato motivo".

Mette conto di soffermarsi proprio su quest'ultimo aspetto, perché è in base a tale parametro che la Corte ha emesso la sua pronuncia additiva, ritenendo assorbite le ulteriori censure di incostituzionalità prospettate dal giudice *a quo*.

Nell'ordinanza di rimessione, il Tribunale di Voghera rileva come la mancanza della clausola di salvezza del "giustificato motivo" nel comma 5-quater non sia spiegabile alla luce della *ratio* posta alla base della l. 94/2009. Tale normativa ha rappresentato la

a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo».

“risposta” del legislatore all’orientamento giurisprudenziale prevalente, delineatosi nel vigore delle precedenti regole (l. n. 271/2004), contro la prassi della reiterazione degli ordini di allontanamento³.

L’inammissibilità della procedura di espulsione mediante intimazioni reiterate veniva ricavata dalla lettera dell’art. 14, comma 5-*ter*, esplicita nello stabilire che, in seguito alla commissione del reato di inosservanza dell’ordine impartito dal questore, si dovesse «in ogni caso» procedere con l’espulsione tramite accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica⁴. Tale modalità di espulsione, però, sovente non era attuata dall’amministrazione, ricorrendosi assai più spesso a reiterati ordini di allontanamento, emessi in seguito agli arresti degli stranieri inottemperanti agli ordini precedenti. La Corte di cassazione, con la sent. 580/2006, I Sez. pen., stabilì che «l’adozione di un secondo ordine di espulsione non può che avvenire in base alle modalità indicate nella parte finale dell’art. 5-*ter*, e cioè mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica», non avendo senso affidarsi ancora una volta alla spontanea osservanza dell’ordine da parte dell’espellendo che ha già manifestato di non volervi ottemperare, derivandone ulteriormente che, se il secondo provvedimento di espulsione non viene attuato con l’accompagnamento coattivo, «lo straniero non commette una nuova violazione dell’art. 5-*ter*, trattenendosi senza giustificato motivo nel territorio dello Stato»⁵. In sostanza, la Cassazione ha sancito l’illegittimità del secondo ordine di allontanamento spontaneo impartito allo straniero (c.d. “autoespulsione”), poiché in contrasto con l’assunto che si dovesse disporre “in ogni caso” l’accompagnamento coattivo (art. 14, comma 5-*ter*, ultima parte). L’obiettivo era quello di evitare di innescare una “spirale di condanne”⁶ indefinita, idonea ad esasperare la carica criminogena dell’immigrazione clandestina⁷. Delimitato in tal modo l’ambito applicativo del comma 5-*ter*, anche il delitto previsto dal comma successivo non poteva essere contestato allo straniero inottemperante all’espulsione disposta dopo la violazione dell’ordine di allontanamento del questore: tale tesi, infatti, contrastava con il tenore letterale della precedente formulazione del comma 5-*quater*, che incriminava non la “permanenza” dello straniero, ma il caso particolare in cui lo “straniero espulso” fosse stato “trovato” nel territorio dello Stato. Il che postulava l’effettiva

³ Per una più accurata ricostruzione dell’orientamento giurisprudenziale di seguito brevemente descritto si vedano A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento*, cit., 278 s.; F. VANORIO, *I reati collegati all’espulsione*, cit., 2 ss.; L. DEGLI-INNOCENTI, *I reati collegati all’espulsione*, cit., 8; M. CALDERANI - S. TOVANI, *I reati di illecito trattenimento e di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato previsti dall’art.14 T.U.*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di L. Degli-Innocenti, Milano, 2008, 321 ss.; L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino*, cit., 64-65.

⁴ Questo faceva sì che, di conseguenza, si ritenesse sussistente, in capo al giudice penale, l’obbligo di disapplicare, ai sensi dell’art. 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, il provvedimento del questore in quanto atto illegittimo. Cfr. P. L. DI BARI, *La nuova disciplina dell’espulsione e dei trattenimenti*, in *Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*, C.S.M., Incontro di studio, Roma 4-5 febbraio 2010, p. 4.

⁵ Spiega la Suprema Corte nella citata sentenza che «la locuzione “in ogni caso” riferita al nuovo provvedimento di espulsione esclude qualunque richiamo all’eccezione contemplata nel precedente comma 5-*bis*, che consente al questore, in presenza dei presupposti indicati nella stessa norma [...], di ordinare allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni».

⁶ Cass. pen., sez. I, 14 dicembre 2005, n. 1052 osserva proprio che «seguire l’opposta opinione significa, nella sostanza, innescare una “spirale di condanne” ed esasperare la carica criminogena della normativa sull’immigrazione clandestina, la cui reale *ratio* va identificata, piuttosto, nell’intento legislativo di assicurare effettività all’allontanamento dal territorio italiano dello straniero».

⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 4 dicembre 2008, n. 46240.

esecuzione del provvedimento di espulsione e il successivo, indebito “reingresso” in Italia dello straniero⁸.

L’innovazione legislativa intervenuta con la l. n. 94/2009 ha “corretto”⁹ la richiamata giurisprudenza¹⁰, legittimando espressamente la possibilità di procedere all’espulsione reiterando *ad libitum* le intimazioni di allontanamento¹¹, laddove non siano possibili l’accompagnamento coattivo o il trattenimento in un c.i.e., nei confronti dello «straniero che senza giustificato motivo permane nel territorio dello Stato» (comma 5-*ter*) e prevedendo una sanzione penale anche per la violazione dell’ordine reiterato a carico di chi «continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato» (comma 5-*quater*)¹², consentendo «l’incriminazione *in perpetuo* dello straniero inottemperante ad ordini di allontanamento emessi in successione»¹³.

Quest’ultima nuova norma incriminatrice punisce indefettibilmente ogni condotta di permanenza illegale nel territorio italiano dello straniero, successiva alla violazione di un primo ordine di allontanamento, ma non contempla, come già ricordato, alcuna esimente, sancendo un trattamento peggiore (pena aumentata nel massimo da quattro a cinque anni) per una condotta strutturalmente identica a quella dello straniero alla prima inottemperanza, per la quale il comma 5-*ter* contempla il “giustificato motivo”.

La Corte costituzionale, nella sent. 5/2004, aveva già avuto modo di pronunciarsi proprio sul tema delle c.d. “clausole di salvezza” come quella in oggetto, considerate come una sorta di «“valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo», che evita l’operatività

⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 22 maggio 2007, n. 22798. Così anche in dottrina: cfr. M. CALDERANI - S. TOVANI, *I reati di illecito trattenimento e di illecito reingresso*, cit. 296.

⁹ Considerano le innovazioni della l. 94 “correttive”, “reattive” o, in qualche modo, “affossatrici” del diffuso orientamento giurisprudenziale, G. LEO, *Illegittima la punizione dell’inottemperanza all’ordine “reiterato” di allontanamento quando ricorre un “giustificato motivo”*, in www.penalecontemporaneo.it; F. VANORIO, *I reati collegati all’espulsione*, cit., p.7; P. L. DI BARI, *La nuova disciplina dell’espulsione*, cit., p. 4; G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 4/2009, 80. Di carattere addirittura “ritorsivo” è stato considerato il seguito legislativo della sent. 223/2004, che aveva considerato illegittima la previsione della l. 182/2002 che disponeva la misura cautelare dell’arresto obbligatorio in flagranza per la contravvenzione dell’inottemperanza all’ordine del questore, in quanto misura fine a se stessa e priva di copertura costituzionale. Con la l. 271/2004 il reato venne trasformato in delitto, la pena fu quadruplicata nel massimo per consentire l’adozione di misure cautelari nei confronti dello straniero arrestato: seguito che sconfessa la *ratio* della sentenza 223 ed «ha tutti i tratti della ritorsione»: così A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, relazione al Convegno annuale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 13, nota 49. Sempre sulla “replica” del legislatore, “elusiva” del giudicato costituzionale, v. M. CALDERANI - S. TOVANI, *I reati di illecito trattenimento e di illecito reingresso*, cit., 279 s.; L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino*, cit., 65; L. DEGLI’INNOCENTI, *I reati collegati all’espulsione*, cit., 7 s.

¹⁰ Ciò con l’obiettivo, secondo il rimettente, di superare la “paralisi del sistema” determinata dall’affermazione dell’indirizzo contrario alla configurabilità del reato di illecito trattenimento dopo reiterate intimazioni questorili.

¹¹ Cfr. G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale*, cit., 80; F. VANORIO, *I reati collegati all’espulsione*, cit., 7.

¹² Quindi non più per illecito “reingresso” dello straniero espulso, non essendo più necessario che il provvedimento di espulsione sia stato effettivamente eseguito, ma essendo sufficiente che lo straniero sia stato destinatario dell’ordine di espulsione (comma 5-*ter*) e del nuovo ordine di allontanamento adottato nei casi previsti dal comma 5-*bis*

¹³ Cfr. A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento*, cit., 281.

della sanzione penale anche laddove, pur non ricorrendo una reale causa di giustificazione, non possa concretamente pretendersi l'osservanza del precetto in ragione di situazioni ostative, di natura soggettiva o oggettiva, di obblighi di segno opposto, dell'esigenza di tutelare interessi configgenti, di rango pari o superiore a quello tutelato dalla norma penale, bilanciando adeguatamente i valori in gioco¹⁴. Dunque il significato di tale clausola non può essere limitato ai soli casi in cui la condotta comandata sia assolutamente impossibile, in quanto ciò ne renderebbe inutile la stessa previsione, poiché non sarebbe ovviamente punibile l'inottemperanza di condotte impossibili¹⁵. La Consulta precisa ulteriormente che la presenza di una clausola del genere non evoca una scriminante in senso tecnico, poiché ciò ne renderebbe ridondante la presenza in quanto le cause di giustificazione opererebbero in ogni caso, trattandosi di istituti di carattere generale. Con tale esimente il legislatore si sarebbe piuttosto fatto carico, per escludere la configurabilità del reato, «di situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa», senza, però, che la si potesse connettere a situazioni di mero disagio economico, di regola sottostanti al fenomeno migratorio¹⁶. Sarebbe da valutare il grado di esigibilità della condotta¹⁷, non potendosi pretendere, ad avviso della Corte, l'ottemperanza all'ordine in varie eventualità di fatto (assoluta impossidenza, indisponibilità di un vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo, difficoltà nell'ottenimento dei titoli di viaggio, nel raggiungimento della frontiera entro il termine, etc.) in ragione del principio per cui *ad impossibilia nemo tenetur*¹⁸. Tanto più se l'ordine giunge, come succedeva in precedenza nella prassi che ora è stata codificata, quando la stessa amministrazione di pubblica sicurezza non sia stata in grado di procedere all'accompagnamento alla frontiera o al trattenimento in un c.i.e. e si rifugi «nell'*escamotage* dell'ordine di allontanamento (affidandosi di fatto alla pretesa collaborazione dell'espulso)», data l'inadeguatezza degli strumenti amministrativi di gestione coattiva delle espulsioni¹⁹, pretendendo che lo

¹⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent. 5/2004, punto 2.1 cons. in dir.

¹⁵ Cfr. M. CALDERANI - S. TOVANI, *I reati di illecito trattenimento e di illecito reingresso*, cit., 327.

¹⁶ Cfr. Corte costituzionale, sent. 5/2004, punto 2.2 cons. in dir.

¹⁷ A. CAPUTO, *Il nuovo diritto penale dell'immigrazione*, in *Le recenti riforme del sistema penale*, C.S.M., Incontro di studio, Roma 25 gennaio 2010, p.4-5, in www.csm.it

¹⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent. 5/2004, punto 2.2 cons. in dir. Anche la giurisprudenza della Corte di cassazione ha, nel corso del tempo, ulteriormente ribadito la necessità di valutare le cause che in concreto possono rendere inesigibile la condotta ottemperante dello straniero (*ex multis*, Cass. pen., sez. I, 25 maggio-18 settembre 2006, n. 30774, in cui si precisa che, fermo restando il potere-dovere del giudice di rilevare l'esistenza di ragioni legittimanti l'inosservanza del precetto, lo straniero ha l'onere di allegazione di quelle circostanze non conosciute né conoscibili dal giudice; Cass. pen., sez. I, 26 ottobre 2006 n. 40315; Cass. pen., sez. I, 06 dicembre 2006, n. 42384; Cass. pen., sez. I, 15 aprile 2009, n. 18537; Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2009, 23812; Cass. pen., sez. I, 15 luglio 2009, n. 34365.

¹⁹ Cfr. E. GROSSO, "Ad impossibilia nemo tenetur": *la Corte detta ai giudici rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2004, I, 101.

Vi è anche chi ha prospettato un'illegittimità costituzionale dell'intero precetto penale disposto dal comma 5-*quater*, rispetto alla ipotesi principale sanzionata al comma 5-*ter*, perché la commissione del reato è influenzata notevolmente, se non addirittura determinata, dall'inefficienza della P.A. nell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, risultando, di conseguenza pregiudicato il principio della personalità della responsabilità penale: F. VANORIO, *I reati collegati all'espulsione*, cit., 11.

straniero compia da solo, e in un termine ristrettissimo, ciò che essa non è stata in grado di fare pur avendo, in tutti i sensi, sicuramente più mezzi a disposizione.

La Corte costituzionale ha, oltretutto, recentemente rilevato come la clausola del “giustificato motivo” non sia indispensabile per assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione, poiché trovano in ogni caso applicazione le scriminanti di ordine generale e, rispetto ai reati omissivi impropri, il principio generale per cui l'impossibilità, materiale o giuridica, del compimento di un'azione richiesta esclude che si possa configurare il reato, non solo dal punto di vista della colpevolezza, ma anche da quello della stessa tipicità del fatto²⁰.

Nonostante ciò, in questo caso la previsione di una clausola di salvezza è ritenuta essenziale anche nella formulazione del comma 5-*quater*, data l'identità strutturale della condotta descritta rispetto a quella contemplata al comma 5-*ter* (le due figure di reato colpiscono entrambe la permanenza illegale nel territorio nazionale di stranieri ai quali è stato intimato di allontanarsi). È irragionevole, a parere della Corte, che, se il legislatore ha dato rilievo all'eventualità che determinate situazioni di difficoltà, come un “estremo stato di indigenza”, rendano concretamente inesigibile l'adempimento, giustificando in tal modo l'inottemperanza al primo ordine di allontanamento, non si dia allo straniero la possibilità di allegare analoghi impedimenti in occasione di successivi accertamenti della sua permanenza illegale nello Stato, in seguito a violazioni di ulteriori intimazioni questorili²¹. Non possono essere considerate diversamente, infatti, situazioni giuridiche sostanzialmente omogenee ed assimilabili, che si differenziano soltanto dal punto di vista della successione cronologica, tanto più che gli impedimenti di particolare pregnanza, per i quali – con il riferimento al “giustificato motivo” di cui al comma 5-*ter* – il legislatore ha previsto una tolleranza anche oltre il limite delle ordinarie cause di non punibilità²², potrebbero perdurare o sopravvenire al primo accertamento dell'inottemperanza e dunque essere rilevanti come elementi negativi del fatto di reato²³. Occorre sempre, quindi, un «ragionevole bilanciamento tra l'interesse pubblico all'osservanza dei provvedimenti dell'autorità, in tema di controllo dell'immigrazione illegale, e l'insopprimibile tutela della persona umana»²⁴.

La Corte, dunque, non riscontra un “ragionevole motivo di diversificazione”²⁵ delle due previsioni: laddove un fatto sia tale da escludere la rilevanza penale del comportamento inosservante, tale attitudine non muta se, a parità di condizioni (e dunque in applicazione del principio di eguaglianza), esso «sia riscontrabile in plurime occasioni o venga in evidenza la prima volta in seguito ad un successivo ordine»²⁶. Altrimenti verrebbe sancita un presunzione *iuris et de iure* di ingiustificabilità della reiterata condotta

²⁰ Cfr. Corte costituzionale, sent. 250/2010, punto 11.2 cons. in dir.

²¹ Cfr. sent. in commento, punti 3.1 e 3.2 cons. in dir.

²² Cfr. G. LEO, *Illegittima la punizione dell'inottemperanza*, cit., 2.

²³ Cfr. sent. in commento, punto 3.2 cons. in dir. Già gli studiosi avevano paventato l'illegittimità di questa norma esattamente per i motivi accolti dalla Corte: v. ad esempio F. VANORIO, *I reati collegati all'espulsione*, cit., 10, il quale ipotizza situazioni ostative come malattie, stati di guerra o calamità naturale nella nazione di provenienza del cittadino straniero sorti dopo la prima inottemperanza all'intimazione di lasciare il territorio italiano.

²⁴ Cfr. sent. in commento, punto 4.1 cons. in dir.

²⁵ Cfr. G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 42 ss.

²⁶ Cfr. sent. in commento, punto 3.3 cons. in dir.

inottemperante, mentre, invece, potrebbero al massimo ammettersi diversi trattamenti sanzionatori, ma non l'adozione di difformi criteri di valutazione della rimproverabilità della condotta²⁷.

In merito all'art. 14, comma 5-*quater*, del Testo Unico n. 286/1998, nella formulazione previgente alla riforma del 2009, la Corte aveva già avuto modo di pronunciarsi con l'ordinanza 9 febbraio 2009, n. 41, con la quale dichiarò la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata dal Tribunale di Ivrea, in relazione agli articoli 3 e 27 Cost., nella parte in cui la norma, configurando come delitto la condotta dello straniero espulso e successivamente trovato nel territorio dello Stato, non prevedeva proprio la clausola del "giustificato motivo", diversamente dal comma 5-*ter*. Sennonché, nella sentenza in commento, la Corte fa notare come, all'epoca, la sua decisione non avrebbe potuto essere diversa, data la "disomogeneità" delle fattispecie poste a raffronto. E poiché lo schema argomentativo del giudizio di eguaglianza è quello maggiormente usato dalla Corte nelle valutazioni della ragionevolezza delle leggi, l'accertamento dell'omogeneità fra le situazioni considerate rappresenta uno dei presupposti da vagliare in via preliminare, in quanto la sua assenza fa mancare le stesse condizioni per l'applicazione del principio di eguaglianza²⁸. Fondamentale è poi la comparazione tra le *rationes* poste alla base delle disposizioni confrontate²⁹, in quanto nel giudizio di ragionevolezza la Corte giunge sovente a valutare anche se le previsioni legislative introdotte siano arbitrarie (e perciò irragionevoli), facendo così assurgere l'eguaglianza a canone generale di controllo sull'esercizio della funzione legislativa³⁰, non del tutto «immune», quindi, da valutazioni discrezionali, inevitabilmente connesse all'interpretazione del diritto e alla ricostruzione dei contesti fattuali di applicazione delle norme³¹.

La Corte, nella citata ordinanza, dopo aver ricordato come sia un dato ormai consolidato della propria giurisprudenza l'essenzialità della sussistenza dell'omogeneità fra le fattispecie normative comparate, si è pronunciata per l'infondatezza della questione perché la fattispecie di cui al comma 5-*quater*, nel contesto normativo della l. 241/2004, sanzionava condotte "commissive" di indebito reingresso nel territorio dello Stato, successive all'espulsione, non assimilabili, dunque, a condotte "omissive" degli adempimenti necessari per interrompere il trattenimento illegale³². Di conseguenza, data tale eterogeneità, la Corte non ha ritenuto manifestamente irragionevole la mancanza della clausola del "giustificato motivo" nella previsione dell'illecito reingresso di cui all'art.

²⁷ Cfr. Corte costituzionale, sent. 250/2010, punto 1.1 rit. in fatto; punto 3.3 cons. in dir. sent. qui in commento.

²⁸ Cfr. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 49 ss. La Corte, nella sentenza sottolinea, come l'applicazione di tale fondamentale criterio sia una costante della sua giurisprudenza. Cfr. anche ord. n. 41/2009, ord. n. 71 e n. 30 del 2007.

²⁹ Cfr. L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Milano, 1995, 97 ss.

³⁰ Cfr. L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali*, cit. 43, 61; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 42-43 ss.

³¹ Cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2008, 244.

³² Si rileva come non siano paragonabili le situazioni di chi incontra consistenti difficoltà nel reperire i fondi ed i documenti per un espatrio e quelle di chi ha invece trovato i fondi per un illecito reingresso: una semplice omissione non è equiparabile ad un'effettiva azione contraria: cfr. G. LEO, *Illegittima la punizione dell'inottemperanza*, cit., 3; F. VANORIO, *I reati collegati all'espulsione*, cit., 10.

14, comma 5-*quater*, l. 241/2004, potendo, invece, in alcuni casi ritenersi integrate talune delle cause di giustificazione ordinarie per escludere la rilevanza penale della condotta.

Un'analoga valutazione, nella sent. n. 250/2010, ha fatto sì che la Corte non ritenesse irragionevole, e quindi in contrasto con il principio di eguaglianza, la previsione di cui al comma 10 *bis*, laddove non prevedeva la clausola in questione.

La Corte costituzionale contesta, ulteriormente, l'assunto della difesa erariale secondo il quale sarebbe legittima la maggiore severità del trattamento sanzionatorio della reiterata inottemperanza all'ordine del questore e corretta la mancanza del giustificato motivo poiché tale condotta esprimerebbe una "progressione criminosa" e manifesterebbe la pervicace volontà dello straniero di non abbandonare il territorio nazionale, destando in tal modo un "particolare allarme sociale". Nulla impedirebbe, infatti, a parere della Consulta, che possano esserci circostanze rilevanti, da sottoporre al vaglio del giudice ed in grado di giustificare l'inottemperanza.

In generale, si può osservare come un punto spesso oggetto degli strali critici della dottrina sia stato il ruolo servente rispetto ai meccanismi amministrativi di espulsione che progressivamente il legislatore ha fatto assumere alla normativa penale, sostanziale e processuale, in tema di immigrazione. Si è fatto spesso ricorso, infatti, alla creazione di «una costellazione di reati», connessi alla violazione delle regole sull'ingresso e sul soggiorno legale nel territorio dello Stato, in cui la minaccia di sanzioni limitative della libertà personale – caratterizzate frequentemente da una «sproporzionata dosimetria sanzionatoria» – dovrebbe avere la finalità di ottenere la collaborazione dello straniero nell'attuazione dei meccanismi di allontanamento, ma ha, invece, il sicuro effetto di derogare alla regola del ricorso alla leva penale quale *extrema ratio*³³. Anche alcuni aspetti del rito penale³⁴ vengono considerati indicativi del «ruolo servile della giurisdizione rispetto all'azione della P.A.»³⁵.

Sebbene la Costituzione assegni espressamente la titolarità di alcuni diritti e doveri ai soli cittadini, essa stessa, tuttavia, ai sensi dell'art. 2, laddove impone allo Stato di riconoscere e garantire ad ogni persona i "diritti inviolabili dell'uomo" e richiede l'adempimento dei corrispettivi "doveri di solidarietà", prescinde completamente da uno stretto legame di cittadinanza³⁶. La Corte si è attestata sulla tesi per la quale si deve andare oltre il dato letterale, considerando che «se è vero che l'art. 3 Cost. si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio d'eguaglianza vale pure per

³³ A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente)*, cit., 8-9.

³⁴ A titolo meramente esemplificativo, si potrebbe fare riferimento alla perlomeno "strana" previsione dell'art 13, comma 3, T.U., relativa al rilascio tacito (attraverso una sorta di silenzio-assenso dell'autorità giudiziaria, che non abbia provveduto entro 7 giorni dalla richiesta del questore) del nullaosta giudiziario per l'espulsione dello straniero sottoposto procedimento penale.

³⁵ Cfr. G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale*, cit., 84. In proposito, si riferisce ad una «funzione di notarile ratifica a posteriori dei provvedimenti amministrativi» G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 219. V. anche A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente)*, cit., 9; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2006, 323.

³⁶ Cfr. P. FALZEA, *Evoluzione sociale ed evoluzione normativa nella società complessa. Le riforme tra attuazione e cambiamenti della Costituzione*, Torino, 2004, 76-77; R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, in L. Ventura, P. Nicosia, A. Morelli, R. Caridà, *Stato e sovranità*, Torino, 2010, 157 ss.; L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in www.federalismi.it, n. 21/2008, p. 31 e 41.

lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali»³⁷. Sennonché, come viene rilevato, la Corte, in talune pronunce, opera una distinzione tra *titolarità* dei diritti fondamentali della persona, in relazione alla quale è pienamente applicabile il principio di eguaglianza anche nei confronti dello straniero, e *godimento* o *esercizio* di tali diritti, in merito al quale il legislatore potrebbe avere un ampio spazio discrezionale per un trattamento differenziato tra cittadino e straniero, legato alla ponderazione di svariati interessi pubblici (sicurezza, sanità, ordine pubblico, politiche migratorie, ecc.), purché ciò avvenga in base al criterio della ragionevolezza³⁸.

Il Testo Unico sull'immigrazione collega la "tutela dei diritti fondamentali della persona umana" alla mera presenza dello straniero in Italia³⁹, delineando uno statuto dei diritti e doveri degli stranieri "comunque presenti alla frontiera o nel territorio dello Stato", includendovi la "parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi" (art. 2, commi 1 e 5, T.U.). Tuttavia la dottrina nota criticamente che, su questi ultimi aspetti, spesso il problema è rappresentato dalla distinzione operata tra titolarità formale ed effettivo godimento del diritto alla tutela giurisdizionale, frutto della politica del diritto in materia di immigrazione volta ad assicurare, nel minor tempo possibile, l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale e dunque pronta a marginalizzare i profili di tutela processuale degli stranieri, in particolare di quelli non regolarmente soggiornanti, considerandoli un lusso ingiustificato⁴⁰.

La giurisprudenza costituzionale ha spesso colpito duramente le misure repressive di ordine pubblico, non di rado discriminatorie, che progressivamente hanno ingrossato le fila della legislazione italiana in tema di immigrazione. Ha talvolta fatto salve le disposizioni, provvedendo, però, a rivolgere pesanti moniti al legislatore affinché operi organici interventi di riforma e consideri il fenomeno migratorio come «un grave problema sociale, umanitario ed economico, che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a

³⁷ Cfr. Corte costituzionale, sent. n.120/1967, punto 2 cons. in dir. Ma v. anche sent. n.199/1986, sent. n. 62/1994. In tale prospettiva, i diritti fondamentali la cui titolarità è riconosciuta anche agli stranieri spazia dal diritto alla libertà personale alla presunzione di non colpevolezza, dalla libertà di manifestazione del pensiero alla libertà di religione, dal diritto alla salute ai diritti della famiglia, dal diritto di difesa al diritto alla tutela giurisdizionale.

³⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 62/1994 e, fra le più recenti, n. 148/2008, con relative indicazioni dei precedenti. V. ONIDA, Relazione introduttiva al Convegno annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p.15; A. CAPUTO, *Il nuovo diritto penale dell'immigrazione*, cit., 2; R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, cit., 165; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, Utet, 1999, 166.

³⁹ Cfr. R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, cit., 163.

⁴⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente)*, cit., 5-6, 13. L'Autore sottolinea che le "differenze di fatto" tra cittadini e non cittadini che possano giustificare un diverso godimento di diritti costituzionali di cui siano entrambi titolari deve essere originaria, non può essere fissata dalla legge, perché in tal modo il legislatore creerebbe quelle differenze che poi sfrutta per giustificare la legittimità costituzionale di successive scelte discrezionali. Poiché non vi sono elementi di fatto che consentano di distinguere tra titolarità formale ed effettivo godimento delle garanzie giurisdizionali, si deve concludere che tale distinzione è del tutto discriminatoria perché basata solo sullo *status* giuridico di straniero (*ivi*, 46-47).

Un esempio, ancora una volta, potrebbe essere rappresentato dal seguito legislativo che ha avuto la sent. della Corte n. 223/2004, in precedenza richiamata.

mere esigenze di ordine e sicurezza pubblica»⁴¹; altre volte ha accolto le questioni di legittimità prospettate⁴², aggiungendo, laddove necessario, le previsioni ritenute irragionevolmente mancanti, come nel caso in esame.

Il problema è rappresentato di frequente dal “tipo” di seguito che il legislatore ha dato, e continua a dare, in questa materia, alle sentenze ed ai moniti della Corte, poiché non di rado essi rimangono inascoltati o viene dato loro un seguito in aperto contrasto con la *ratio* delle sentenze⁴³. Il più delle volte, infatti, si è ritenuto che gli interventi di «ortopedia normativa»⁴⁴ della giurisprudenza costituzionale vadano ad inceppare i meccanismi sanzionatori e quelli espulsivi e di allontanamento dello straniero.

Resta dunque da vedere quale sarà, in questo caso, la “reazione” del legislatore che in passato non ha perso tempo ad “aggirare” il significato delle pronunce della Corte – specie in presenza di pressioni politiche particolarmente forti, perlomeno da parte di quei partiti che del tema della repressione dell’immigrazione clandestina hanno fatto il loro principale baluardo⁴⁵ – ricorrendo ad interventi adottati in via d’urgenza, in nome di una perenne emergenza immigratoria, snaturando, così, quella che secondo alcuni dovrebbe essere la principale funzione dei decreti legge laddove si profilino pronunce completamente caducatorie della Consulta, vale a dire quella di colmare al più presto il vuoto legislativo determinatosi⁴⁶.

Vi è, in conclusione, un ulteriore profilo negativo che interessa la normativa italiana in tema di immigrazione e, nello specifico, le incriminazioni di cui all’art. 14, comma 5-*ter* e 5-*quater* del T.U. n. 286/1998. Si tratta delle difformità che esso presenta rispetto agli *standards* imposti dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2008/115/CE del 16 dic. 2008, nota anche come “direttiva rimpatri”, recante “*Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*”.

⁴¹ Cfr. Corte costituzionale, sent. 22/2007, punto 7.2 cons. in dir. A mero titolo di esempio si possono ricordare le sentenze n. 105/2001; 35/2002; 5-80-302/2004; 386/2006; 22/2007; 250/2010.

⁴² Cfr. oltre alla sent. in commento, le nn. 222-223/2004; 249/2010

⁴³ L’esempio va ancora una volta al seguito legislativo che ha avuto la sent. 223/2004 (v. *supra*, nota 9) ed alla richiamata *ratio* che ha guidato alcune delle innovazioni della l. 94/2009, tese a superare l’orientamento giurisprudenziale che si opponeva alla reiterazione degli ordini di allontanamento.

⁴⁴ A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente)*, cit., 12.

⁴⁵ Già all’indomani della sentenza 359/2010, nel *question time* del 22 dicembre 2010, il deputato del partito della Lega Nord, On.le Marco Giovanni Reguzzoni, ha rivolto un’interrogazione al Ministro dell’Interno per ottenere “rassicurazioni” relativamente alle «iniziative per garantire l’effettività delle espulsioni non eseguite con accompagnamento coattivo in relazione ad una recente sentenza della Corte costituzionale» che potrebbe avere un impatto negativo sull’azione del Governo di contrasto all’immigrazione clandestina, e dunque è tale richiedere adeguate contromisure per evitare che possa incidere negativamente sul meccanismo delle espulsioni amministrative degli stranieri irregolari. Si veda il testo dell’interrogazione, reperibile sul sito della Camera dei Deputati www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stenografici/sed412/SINTERO.pdf, p. 75.

⁴⁶ Cfr. L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali*, cit. 69-70. Secondo l’A., l’esigenza di colmare il vuoto legislativo conseguente alle pronunce di annullamento configurerebbe uno di quei “casi straordinari di necessità e di urgenza” cui fa riferimento l’art. 77 Cost., tale da legittimare l’adozione di un decreto legge. Nel corso del tempo la Corte ha affinato le proprie tecniche decisorie, anche per ovviare agli “inconvenienti” determinati dalla “solerte inerzia” del legislatore, soprattutto in tema di attuazione dei diritti sociali, divenendo così essa stessa, in special modo tramite le sentenze manipolative di tipo additivo, il principale artefice dell’implementazione di tali diritti (*ivi*, 82).

La direttiva, ad esempio, privilegia la “partenza volontaria” (art. 7, par. 1), imponendo di concedere allo straniero un “termine congruo”, di durata compresa tra 7 e 30 giorni, prorogabile per esigenze specifiche, come l’esistenza di bambini che frequentano la scuola (art. 7, par. 2), durante il quale possono essere disposte misure finalizzate ad evitare il rischio di fuga (art. 7, par. 3) e solo se questo sussiste o se la domanda di soggiorno è respinta o lo straniero costituisce un pericolo per l’ordine pubblico, gli Stati possono concedere un termine inferiore a 7 giorni o non concederne alcuno (art. 7, par. 4). La direttiva stabilisce, inoltre, che il ricorso a misure coercitive deve avvenire solo “in ultima istanza” (art. 8, par. 4), e che il trattenimento possa avvenire, a determinate condizioni, quando altre misure meno afflittive siano inadeguate ad assicurare l’obiettivo del rimpatrio (art. 15, par. 1) e comunque non possa durare per un periodo superiore a 6 mesi (art.15, par. 5), prolungabili al massimo per altri 12 mesi se ricorrono le ragioni eccezionali previste (art. 15, par. 6), dovendo lo straniero essere liberato laddove le condizioni per il trattenimento non siano più presenti (art. 15, par. 4)⁴⁷.

Il T.U. vigente, invece, non prevede alcuna partenza volontaria. Come si è visto, infatti, dispone quale “regola” l’espulsione coattiva immediatamente esecutiva, con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, con l’unica eccezione rappresentata dal caso in cui per l’amministrazione di pubblica sicurezza sia impossibile eseguirla, il che fa sì che si ricorra o al trattenimento in un c.i.e. oppure, se neanche il trattenimento risulta possibile, all’ordine di allontanamento, al quale, peraltro, lo straniero deve dare spontanea esecuzione entro il termine di soli 5 giorni. Quanto al trattenimento, la direttiva si limita ad indicare i termini massimi, non escludendo, quindi, che il legislatore nazionale possa fissarli in misura minore. Come viene criticamente notato⁴⁸, però, il legislatore italiano non ha previsto misure meno afflittive del trattenimento e si è subito orientato per la fissazione della durata massima possibile in 180 giorni.

Per quel che riguarda in particolare i delitti di inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore, di cui ai commi 5-ter e 5-quater dell’art. 14 T.U., la dottrina rileva come il legislatore, con la minaccia delle pesanti pene detentive previste, abbia l’obiettivo di indurre lo straniero colpito da decreto di espulsione a lasciare il territorio volontariamente, essendo tuttavia ben consapevole della scarsa persuasività di tali incriminazioni e, dunque, avendo come scopo reale quello di assicurarsi che lo straniero sia posto in condizione di non recare danno alla collettività, segregandolo il più a lungo possibile dal contesto sociale, finché non sia possibile l’espulsione o la partenza volontaria⁴⁹. Ciò comporta una sostanziale elusione delle garanzie della direttiva europea, consentendo di prolungare la privazione della libertà personale dello straniero oltre il termine massimo di 18 mesi previsto dalla direttiva stessa, attraverso un’alternanza

⁴⁷ Cfr., anche per una più ampia analisi della direttiva, F. VIGANÒ – L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*, C.S.M., Incontro di studio, Roma 4-5 febbraio 2010, p. 5 e 9 ss., e anche in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, n. 2, p.560-596; G. SAVIO, *La nuova disciplina dell’espulsione e dei trattenimenti*, in *Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*, C.S.M., Incontro di studio, Roma 4-5 febbraio 2010, p. 6-7.

⁴⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente)*, cit., 30; ma anche G. SAVIO, *La nuova disciplina dell’espulsione e dei trattenimenti*, cit., 7; F. VIGANÒ – L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni*, cit., 6.

⁴⁹ Cfr. O. MAZZA – F. VIGANÒ, *Introduzione*, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, cit., p. IX.

potenzialmente illimitata di periodi di detenzione amministrativa nei cc.i.e. e di privazioni della libertà personale conseguenti alla commissione delle suddette inottemperanze, senza che tale sanzione penale trovi giustificazione nella commissione di un fatto offensivo di interessi diversi ed ulteriori rispetto a quelli che la stessa direttiva intende tutelare⁵⁰.

Il termine per l'attuazione della direttiva 2008/115/CE era fissato per il 24 dicembre 2010. Il legislatore italiano avrebbe dovuto adeguare le disposizioni italiane difformi del T.U. n. 286/1998 agli obblighi di fonte europea. Il termine è, però, trascorso invano. Questa inerzia del legislatore, oltre ad esporre l'Italia ad una possibile procedura di infrazione in sede europea, attribuisce ai giudici nazionali il compito di adeguare l'ordinamento italiano ai vincoli derivanti dal diritto europeo.

In virtù della primazia del diritto dell'Unione su quello interno, infatti, i giudici italiani hanno l'obbligo di dare diretta applicazione, nelle controversie che si trovano a decidere, anche in quelle di natura penale, alle norme di diritto dell'UE che siano dotate di *effetto diretto* (tra le quali rientrano le direttive di cui sia inutilmente scaduto il termine di attuazione); che prevedano misure *precise, chiare ed incondizionate*; dalle quali discendano *effetti giuridici favorevoli* per l'individuo nei confronti dello Stato inadempiente (c.d. *effetto diretto verticale*)⁵¹. All'occorrenza i giudici devono anche *disapplicare* il diritto interno eventualmente contrastante, senza che sia necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma interna incompatibile con la norma UE dotata di effetto diretto⁵².

Le norme incriminatrici di cui all'art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, T.U. n. 286/1998, nella misura in cui siano incompatibili con la direttiva 2008/115/CE, devono pertanto essere disapplicate dal giudice penale, dal momento che dall'applicazione diretta della direttiva discendono effetti giuridici favorevoli all'individuo e che la stessa mira a garantire allo straniero una sfera non comprimibile di libertà personale, che invece viene compressa dalle vigenti norme incriminatrici in materia di espulsione.

A tal proposito, già si sono avuti, nel corso delle prime settimane del 2011, i primi casi di disapplicazione, da parte del giudice penale, delle previsioni del delitto di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore per contrasto con la "direttiva rimpatri" UE⁵³. Casi nei quali si è dunque assunta la disciplina della direttiva quale parametro diretto per la decisione dei singoli casi concreti rimessi alla valutazione dei giudici.

Si ritiene che, di fronte alla inattuazione della "direttiva rimpatri", la magistratura italiana si possa trovare nelle condizioni di ricondurre un ampio settore dell'ordinamento, come quello che regola la materia dell'immigrazione, al rispetto dei *diritti fondamentali dell'uomo*, senza distinzioni tra cittadini e stranieri, tra soggetti presenti regolarmente in Italia e soggetti irregolari, ridando centralità a diritti inviolabili come la

⁵⁰ Cfr. F. VIGANÒ – L. MASERA, *Illegittimità comunitaria*, cit., 15 ss.

⁵¹ Cfr. F. VIGANÒ – L. MASERA, *Illegittimità comunitaria*, cit., 2 ss. Tali obblighi di diretta applicazione non interessano soltanto i giudici, ma coinvolgono anche i pubblici ministeri, le prefetture i giudici di pace, la stessa pubblica amministrazione.

⁵² Ciò a partire dalla fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984.

⁵³ Ad esempio: Trib. Torino, 3 gennaio 2011, Giudice La Gatta; Trib. Torino, 4 gennaio 2011, Giudice Minucci; Trib. Torino, 8 gennaio 2011, Giudice Salvadori; Procura della Repubblica di Pinerolo, 13 gennaio 2011 (richiesta di archiviazione), P.M. Amato.

libertà e la dignità della persona⁵⁴, in modo da «invertire di segno una legislazione che ci rende sempre più stranieri alla nostra Costituzione»⁵⁵. Ed in tale opera, un notevole ruolo è svolto anche dalla Corte costituzionale, con pronunce additive di garanzia come questa che si finisce di commentare.

** Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro.

Forum di Quaderni Costituzionali



⁵⁴ Cfr. F. VIGANÒ – L. MASERA, *Illegittimità comunitaria*, cit., 29.

⁵⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente)*, cit., 51.

stituzionali