

Scheda a cura del dott. Lorenzo Miazzi
(giudice del Tribunale di Rovigo – redattore di Diritto, immigrazione e cittadinanza”)

La disciplina del T.U. D. Lgs. n. 286/1998

Il giudice analizza preliminarmente la disciplina delle espulsioni contenuta nel T.U. D. Lgs. n. 286/1998 e osserva che *"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"*.

La disciplina della Direttiva rimpatri

Passando all'analisi del contenuto della Direttiva Rimpatri, il giudice conclude che :
"le disposizioni che prescrivono che il rimpatrio debba essere innanzitutto volontario sono certamente self executing, come peraltro riconosciuto dalla stessa circolare del Ministero dell'Interno appena citata. Lo Stato italiano potrà eventualmente aggiungere disposizioni di dettaglio; ma non potrà in alcun modo stabilire una modalità differente di esecuzione "ordinaria" dell'allontanamento, ed è per questo che la relativa norma non richiede alcun provvedimento di attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri."

Conseguenze del contrasto

Conseguentemente, per il giudice, in linea generale dopo il termine per l'attuazione della Direttiva:
"le norme del D.lvo n. 286/98 che disciplinano il procedimento di espulsione (contenute in particolare agli artt. 13 e 14 T.U. 286/98) sono in radicale ed insanabile contrasto con le norme self executing della Direttiva e non debbono quindi essere applicate, con conseguenti effetti caducatori sul provvedimento amministrativo emanato nell'esercizio della potestà amministrativa attribuita da tali norme, rimanendo esso del tutto sprovvisto di base legale (c.d. illegittimità comunitaria indiretta o derivata del provvedimento amministrativo). Ciò vale sicuramente per i casi di atti emanati successivamente alla scadenza del termine di attuazione della Direttiva."

Provvedimenti emessi prima del 24.12.2010: legittimità

Il giudice poi distingue fra i provvedimenti emessi prima e dopo la scadenza del 24.12.2010: per quelli anteriori afferma la legittimità:

"Nel caso di specie, peraltro, entrambi i provvedimenti amministrativi sono stati emanati in data 3 novembre 2008, e quindi dopo l'entrata in vigore della direttiva ma prima della scadenza del termine per la sua attuazione. Ne consegue, che non essendo le norme della Direttiva incondizionata in vigore al momento della loro adozione, i provvedimenti dovevano considerarsi adottati in maniera del tutto legittima."

Provvedimenti emessi prima del 24.12.2010: disapplicazione

La legittimità al momento delle missione non è però sufficiente a sostenere le conseguenze penali all'attualità. Questo discende dalla stretta connessione fra disciplina delle espulsioni e sanzioni penali che caratterizza il T.U.:

"Infatti, rispetto ad una fattispecie incriminatrice che si caratterizza per una strettissima compenetrazione tra normativa amministrativa e strumento penale, chiaramente posto a presidio della prima, pare fondato affermare che gli effetti del provvedimento non possano ritenersi esauriti"

fino a quando esso possa determinare l'applicazione di una conseguenza giuridica, sia pure in maniera mediata dalla fattispecie incriminatrice."

Quindi:

"ove si ritenesse possibile non applicare la norma ma non anche l'atto amministrativo che ne costituisce attuazione, si vanificherebbe lo scopo per il quale la disciplina europea è stata introdotta." E inoltre "la norma non potrebbe più considerarsi posta a tutela di una funzione amministrativa in grado di estrinsecarsi nelle forme tipizzate dalla norma incriminatrice, con una evidente violazione del principio di offensività."

Insussistenza del fatto

Le conclusioni sono chiare:

"Le considerazioni fin qui svolte impongono di ritenere che in presenza di una sequenza di provvedimenti amministrativi chiaramente illegittimi, ancorché per effetto del sopraggiungere della norma europea confliggente con le norme che fondano la potestà amministrativa, non possa che procedersi alla inapplicabilità delle norme che disciplinano il procedimento amministrativo di espulsione (contenute in particolare agli artt. 13 e 14 T.U. 286/98) e, conseguentemente, alla disapplicazione amministrativa del decreto di espulsione e dell'ordine di allontanamento del Questore. La disapplicazione di entrambi i provvedimenti impedisce quindi di ritenere integrato il fatto materiale tipico del delitto contestato.

In conclusione, l'imputato va quindi mandato assolto perché il fatto non sussiste."

Applicabilità dell'art. 2 c.p.

Aggiungo perché utile alla riflessione generale sul tema, che nel suo percorso argomentativo il giudice prende posizione incidentalmente anche sulla delicata questione dell'applicabilità dell'art. 2 c.p.:

"nel momento in cui l'intera struttura del procedimento amministrativo si pone in radicale conflitto con la norma europea fino al punto da andare incontro ad una ineluttabile non applicazione, l'eventuale permanenza del presidio della sanzione penale rappresenterebbe una aporia difficilmente sostenibile.

Questa riflessione, sul piano della argomentazione tecnica porta a ricondurre la sopravvenienza della norma europea nell'ambito del fenomeno dell'abolitio criminis, sul presupposto che la fattispecie incriminatrice richiamata, implicitamente, le norme che disciplinano il procedimento amministrativo di cui il decreto prefettizio e l'ordine questorile sono espressione. In tal caso, la modifica delle norme richiamate dall'elemento normativo assurgerebbe al rango di un vero e proprio fenomeno successorio, dal momento che come affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione "l'art. 2 cod. pen. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l'assetto giuridico che realizzano" (Cass. S.U. sent. 2451 del 27.9.2007)."