

**“I reati in materia di immigrazione clandestina  
alla luce della recente sentenza della  
Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 28 aprile 2011”**

**Relazione del dottor Carlo Lenzi**

*(Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo)*

**Giornata di studio sul tema**

**L’INCIDENZA DELLE SENTENZE DELLE CORTI EUROPEE DI STRASBURGO E DI  
LUSSEMBURGO SULL’ORDINAMENTO GIURIDICO E SULLA SOCIETÀ CIVILE**

**Palermo – 10 giugno 2011**

**I.RE.S.P.A.**

Come è noto, il D. l.vo 286/98, che disciplina la materia dell’immigrazione e del soggiorno degli stranieri extracomunitari nel territorio della Repubblica, contiene diverse norme di carattere penale.

Un esame approfondito di ognuna di tali norme esulerebbe dai limiti della nostra trattazione, non solo per il numero di esse, ma anche e soprattutto perché non tutte le norme penali contenute nel predetto decreto legislativo sono state toccate dalla pronuncia della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 28 aprile 2011 (c.d. sentenza *El Dridi*)<sup>1</sup>.

Le norme di cui occorre occuparsi sono soltanto due: i commi 5 ter e 5 quater dell’art. 14 del citato decreto legislativo.

La particolarità di queste due norme – ed è questo, come vedremo, il punto di contrasto con la normativa comunitaria – è la previsione di una sanzione detentiva a fronte di una illegale permanenza dello straniero extracomunitario nel territorio dello Stato. E infatti, un’altra norma contenuta nel citato decreto, l’art. 10 bis, che colpisce il medesimo comportamento ma con sanzione pecuniaria, non viene a contrastare con l’ordinamento comunitario, per tutti i motivi che vedremo, e non è quindi minimamente inficiata dalla sentenza *El Dridi*.

Ma per inquadrare bene la vicenda è necessario fare un passo indietro fino all’anno 2008, quando l’Unione Europea emana la direttiva 2008/115/CE, c.d. Direttiva Rimpatri. Tale direttiva

---

<sup>1</sup> Lussemburgo, Sentenza della Corte (Prima Sezione) 28 aprile 2011 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte d’appello di Trento) - Procedimento penale a carico di Hassen El Dridi alias Karim Soufi. (Causa C-61/11 PPU)

prevede un articolato sistema diretto all'espulsione degli extracomunitari irregolari, ispirato al principio di gradualità: *in primis*, va incoraggiato l'allontanamento volontario dello straniero e solo se tale mezzo risulta senza esito può procedersi alla sua espulsione coattiva, con i limiti previsti dalla direttiva stessa; la direttiva prevede la possibilità di adottare misure limitative della libertà personale, ma solo come misure cautelari – per impedire che lo straniero si dia alla macchia, per intenderci -, non a titolo di sanzione. Su questo punto va fatta, credo, una precisazione: la Direttiva Rimpatri esclude la restrizione della libertà personale quale sanzione non perché sia una direttiva “buonista”, come è stato ritenuto da alcuni suoi commentatori, interessati a veicolare un determinato messaggio politico, bensì perché si tratta di una sanzione che, dietro la sua astratta maggiore severità, costituisce in realtà un ostacolo all'attuazione dello scopo della direttiva, che non è la punizione dello straniero per non avere obbedito agli ordini dell'ordinamento, ma, appunto, la sua espulsione; ed è di tutta evidenza che un soggetto condannato ad una pena detentiva o non la sconta – e allora la pena è inutile – o la sconta – e allora non può essere espulso, almeno finché la pena non sia stata espiata-.

Agli Stati membri dell'Unione è stato dato un termine biennale per adeguare i loro ordinamenti alla Direttiva Rimpatri: scaduto tale termine – che è scaduto il 24 dicembre 2010 – ogni norma interna in contrasto con la Direttiva Rimpatri deve essere disapplicata.

E' proprio il caso occorso all'Italia, il cui ordinamento, nei due anni dal 2008, non è stato adeguato alla Direttiva Rimpatri e le cui norme contrastanti vanno quindi disapplicate.

La sentenza *El Dridi* è stato non il primo, ma il più significativo passo in questa direzione.

In tale sentenza, la Corte, dopo avere ribadito che l'Unione Europea non ha competenza penale e che quindi la materia del diritto penale sostanziale e processuale resta di esclusiva competenza degli Stati membri, ha però ribadito il concetto che l'azione dell'Unione Europea si fonda sul perseguimento di obiettivi e che quindi gli organi comunitari hanno il diritto di “giudicare” tutti quegli elementi – incluse le norme penali degli Stati membri – che possano costituire un ostacolo al perseguimento degli obiettivi dell'Unione. E poiché, come si è più

sopra detto, in materia di espulsioni di extracomunitari irregolari l'obiettivo dell'Unione è appunto la loro espulsione, norme come quelle contenute nei commi 5 ter e quater dell'art. 14 D. L.vo 286/98 costituiscono un ostacolo al conseguimento di tale obiettivo.

Dunque, le norme in questione vanno disapplicate. Ma cosa dobbiamo materialmente intendere per "disapplicazione"? Ed entro quali limiti?

"Disapplicazione", o, meglio "non applicazione" va inteso pacificamente come sostanziale espunzione della norma dall'ordinamento interno, come se fosse stata abrogata dal legislatore. Ma abrogata in che misura?

Una tesi dottrinale sostiene infatti che non l'intera norma penale vada disapplicata, ma solo la parte relativa alla sanzione, che andrebbe sostituita con una sanzione pecuniaria utilizzando lo strumento della conversione previsto dal codice penale. Tale tesi non è assolutamente accoglibile. La norma penale non è un vestito d'Arlecchino, assemblato con pezze di vario colore che possano essere sostituite o spostate a piacimento del sarto: la norma penale è un *unicum*, in cui precetto e sanzione sono inscindibilmente legati come gemelli siamesi o, se si preferisce, come metalli fusi in un'unica lega; caduta la sanzione, deve cadere inevitabilmente anche il precetto. E poi, ammesso *per absurdum* che si possa procedere come tale orientamento postula, e quindi convertire la pena detentiva in pena pecuniaria, quale verrebbe a essere l'ammontare di questa? Non voglio impegnarmi in calcoli matematici, anche perché c'è chi li ha fatti: circa 90.000 euro! Decisamente al di là dei limiti alla conversione stabiliti dal codice penale...

Dunque, le due norme in questione vanno considerate cadute nella loro interezza. Ma il vuoto che viene così a crearsi nell'ordinamento può essere colmato da altre norme? In altre parole, posto che siamo dinanzi ad una *abrogatio*, vi è anche una *abolitio*, o la condotta dell'extracomunitario potrà essere penalmente perseguita in base ad altre norme? Il D.L.vo 286/98, come si è più sopra ricordato, contiene una norma, l'art. 10 bis, che non è minimamente inficiato né dalla Direttiva Rimpatri né dalla sentenza *El Dridi*, dal momento che non prevede alcuna pena detentiva: ed è di tutta evidenza che i comportamenti già puniti dai commi 5 ter e

quater dell'art. 14 sono ben sussumibili anche sotto il disposto dell'art. 10 bis, che era fino ad oggi inapplicabile solo per la sua clausola iniziale: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato", condizione oggi non più attuale. E, anche a voler ritenere non estendibile l'art. 10 bis, esistono altre norme – l'art. 650 c.p., ad esempio – che puniscono la "disobbedienza" del singolo agli ordini delle pubbliche autorità, e che potrebbero essere valutate come "successori" dei cessati commi 5 ter e quater.

Il dibattito è interessante e certamente la tesi che individua nell'art. 10 bis la norma più idonea ad occupare gli spazi precedentemente occupati dalle due norme abrogate sembra quella più corretta tanto sul piano teorico che su quello pratico. Ma la Corte di Cassazione, nelle poche sentenze finora emesse sul punto, è stata di contrario avviso: essa, comportandosi come Alessandro Magno con il nodo gordiano, ha evitato di impegolarsi in tentativi di dipanare la matassa e l'ha invece recisa con un deciso ed energico colpo di spada, annullando le sentenze di condanna con la formula "il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato".

Resta da dire della sorte delle condanne definitive, pronunciate per i due reati abrogati. Per i procedimenti in corso, infatti, *nulla quaestio*: in qualsiasi grado di giudizio, il giudice potrà pronunciare sentenza di assoluzione sulla scia delle pronuncie della Cassazione sopra ricordate. Per le sentenze definitive, versandosi in caso assolutamente analogo a quello della abrogazione della norma penale da parte del legislatore, dovrà procedersi a incidente di esecuzione per la revoca della sentenza di condanna a norma dell'art. 673 c.p.p., e, nelle more del procedimento, potrà ben disporsi la immediata scarcerazione del condannato da parte del p.m. ai sensi dell'art. 672 co. 3 c.p.p., applicato per analogia *in bonam partem*.