

Il diritto “a tempo” nella gestione dell’immigrazione irregolare

Variabili e costanti della sicurezza pubblica blindata: dall’art. 650 c.p. all’art. 14 d.lgs. n. 286/1998

Daniela Falcinelli

SOMMARIO: 1. Controllo penale ed immigrazione irregolare: le direttrici del sistema nei giorni dell’Europa unita - 2. Il *diritto* comunitario ed il *fatto delittuoso* nazionale, *come* e *quando* cambia l’area della punibilità ex art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998 - 2.1. La retroattività del valore scriminante impresso nella libertà europea - 2.2. L’art. 14, co. 5 *ter*, *uguale* e *diverso*: il dilemma della questione intertemporale - 3. La matrice originaria plasmata dall’art. 650 c.p.: l’eccezione *transiente* - 4. L’ordinaria *insicurezza* nel moderno contesto dei flussi migratori: la temporaneità del diritto dello straniero e la transitorietà dell’ordine di allontanamento - 5. Discontinuità strutturale ed effetto irretroattivo del precetto: la *perenne emergenza* nelle righe dell’art. 2, co. 5 c.p.

1. Controllo penale ed immigrazione irregolare: le direttrici del sistema nei giorni dell’Europa unita

Si è all’alba della l. 2 agosto 2011, n. 129¹, come a dire al tramonto della procedura di espulsione già riservata dal legislatore italiano all’immigrato irregolare secondo gli “interni” dettami del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U.Imm.): ad uscirne rimodellato è l’intervento penale a presidio della effettività della gestione dei flussi migratori, gestione “rinnovata” in ambito nazionale sulla base delle prescrizioni comunitarie.

La sequenza è invero ben nota: l’*idea* è stata forgiata dalla Direttiva 2008/115/CE «recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare», la *realizzazione* - tardiva rispetto al termine di attuazione della anzidetta disciplina comunitaria - è stata traslata sul campo del diritto positivo con la metamorfosi delle dinamiche amministrative che nell’architettura del vigente T.U.Imm. reggono l’allontanamento dello straniero dal territorio nazionale.

Tra l’uno e l’altro passaggio normativo ha riposato la decisione - di tenore pregiudiziale - della Corte di Giustizia della Comunità Europea², messa di fronte alla preliminare e stringente “incompatibilità comunitaria” della regolamentazione italiana, incardinata, dal lato del precetto, sulla coattività dell’espulsione e comunque sulla concessione di termini largamente più ridotti rispetto al minimo imposto dalla disciplina europea per l’allontanamento volontario; dal lato della sanzione, sull’utilizzazione della misura privativa della libertà personale per punire la violazione di un provve-

¹ Legge di conversione con modificazioni del d.l. 23 giugno 2011, n. 89.

² CGCE, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, Hassen El Dridi, in www.penalecontemporaneo.it, con commenti di VIGANÒ, *Corte di giustizia dell’Unione europea, 28 aprile 2011, Hassan El Dridi (direttiva rimpatri e inosservanza dell’ordine di allontanamento dello straniero)*, e MASERA-VIGANÒ, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*.

dimento - l'ordine del Questore - costituente una fondamentale porzione del complesso *iter* procedurale *de quo*³.

La statuizione del Giudice del Lussemburgo si è portata dunque alla guida dell'interpretazione della direttiva comunitaria sancendone il «*senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro ... 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 lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo*»; conciocché spetta ai giudici penali degli Stati della Unione «*disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115*», tenendo anche «*debito conto del principio della applicazione retroattiva della legge più mite il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*»⁴.

A spiegazione di questo esito - guardando agli articoli 15 e 16 della c.d. direttiva rimpatri - sta la costante giurisprudenza europea, secondo cui, allorché lo Stato non abbia recepito o non abbia recepito correttamente una direttiva entro il termine previsto, i singoli sono legittimati a invocare contro lo stesso Stato le disposizioni della direttiva che appaiano incondizionate e sufficientemente precise; caratteristiche, queste, proprie dei citati disposti, che tracciano la misura esatta del trattenimento legittimo, fissandone condizioni, modalità e limiti in maniera non derogabile *in peius* per lo straniero da parte del Paese membro.

L'effetto giuridico che sta a valle di questo percorso si scorge allora luminoso: il giudice dovrà direttamente riconoscere allo straniero i *diritti* che il legislatore avrebbe dovuto garantirgli entro il termine fissato per il recepimento della direttiva.

Così, in un simile ambiente concettuale, la sensibilità della Corte ha trovato ben spazio per dedicare un cenno alla ricognizione dell'attuale rapporto di incidenza della normativa comunitaria rispetto all'ordinamento criminale costruito dalla singola nazione: in equilibrio, per un verso non si nega l'assunto della mancanza di competenze penali dell'Unione europea, per l'altro nem-

³ In argomento, v. l'approfondimento di DI MARTINO-RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it. Per un'analisi dei reati ex art. 14 in una prospettiva «storica» si veda, per tutti, CAPUTO, *Ingustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, a cura di Corbetta - Della Bella - Gatta, Milano 2009, 273 ss.

⁴ Cfr. CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e altri; CGCE, 11 marzo 2008, causa C-420/06, Jager.

meno si contraddice la pacifica *capacità di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale degli Stati membri*, il quale - in particolare - non può essere conformato in maniera tale da «compromettere la realizzazione degli obiettivi di una direttiva e da privare quest'ultima dell'effetto utile» (mentre la disciplina italiana allora in comparazione si dimostrava votata a produrre effetti disfunzionali in ordine all'immediato allontanamento, quali risultanti dall'imprigionamento del soggetto eventualmente condannato e dunque dalla sua ulteriore permanenza sul territorio, sia pure in stato di detenzione a titolo di sanzione penale). Del resto, non può disconoscersi che un cotanto "incedere" del diritto dell'Unione sia già il portato del secondo e del terzo co. dell'art. 4, n. 3, T.U.E. (per cui gli Stati membri «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione», e «si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», compresi quelli perseguiti dalle direttive)⁵.

Ad entrare in comunicazione - ancora oggi - sono dunque due *sistemi*: quello della direttiva comunitaria direttamente applicabile, che illustra e costruisce uno *status libertatis*, e quello penale italico, che veicola nella normativa neointrodotta i passaggi decisivi della pronuncia comunitaria, abbracciando a chiare lettere la riconosciuta libertà di stabilire sanzioni penali al fine di «dissuadere gli stranieri dallo "stare" illegalmente sul territorio dello Stato», pur nel rispetto del limite "di principio" che è la garanzia dell'effetto utile della direttiva.

La riflessione sulla correlata regolamentazione nazionale si arricchisce, da qui, di una pluralità di punti di osservazione, che tutti si irradiano dalla rilevata "creazione" di una situazione soggettiva attiva di stampatura sovranazionale. L'abbandono del territorio da parte dello straniero irregolare, nella porzione presidiata dal diritto penale, staziona difatti oltre la decorrenza temporale che sancisce la cessazione del diritto di allontanamento volontario, che esiste e persiste (solo) entro un certo lasso temporale (nel riscritto minimo di sette giorni). La volontarietà dell'allontanamento "tempestivo", garantita in modo primario, non è pertanto l'espressione *tout court* di un atto libero, ma modalità libera di un'azione vincolata, segnatamente di una condotta doverosa, che la veste assegnata dai commi 5 *bis* e 5 *ter* dell'art. 14 d.lgs. n. 286/1998 all'odierno contenuto dell'ordine del questore porta direttamente in seno al

⁵ V. in questo senso, in particolare, CGCE, 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati; CGCE, 2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan; CGCE, 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens. Per la giurisprudenza italiana in tema, si rinvia per tutte alle considerazioni di Trib. Torino, 29 giugno 2011, A.G., in www.penalecontemporaneo.it.

fenotipo dell'oggettività delittuosa. Così, a parallelo ed eterogeneo richiamo interno, vale additare la fattispecie di abuso dei mezzi di correzione/disciplina *ex art. 571 c.p.*, argine *tipico* del dovere/potere spettante ai genitori di educare i figli minorenni; in una siffatta categoria casistica, ove a fare da spartiacque tra fatto di reato e comportamento legittimato è l'espletamento del diritto oltre (e, rispettivamente, entro) le esatte modalità consentite dall'ordinamento, la *faccia negativa* della concessa facoltà ha la statura per descrivere la realtà dell'accadimento, e quindi partecipare direttamente alla composizione della struttura tipica dell'incriminazione. Così che, in pedestre chiosa, l'osservazione varrà ad allineare la previsione in parola pure rispetto alle figure delittuose del vilipendio (per tutte, l'art. 402 c.p.) e della diffamazione (art. 595 c.p.) al confronto con il diritto costituzionale di libera espressione del pensiero.

Questo lo snodo: dal versante giustificativo del *diritto comunitario*, che è penetrato nel sistema giuridico interno al sorgere della applicabilità immediata della direttiva *self executing* (da radicare in data del 24 dicembre 2010) ci si è tosto spostati, con l'entrata in vigore del d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito nella citata l. n. 129/2011, sul lato della *tipicità penale nazionale*, dove si lascia apprezzare il senso di una discontinuità strutturale della violazione dell'ordine emanato dal questore; nel contempo, si dovrà ponderare la "blindatura" che ne è stata operata all'insegna di una perenne emergenza del controllo dei flussi di immigrazione.

2. Il *diritto* comunitario ed il *fatto delittuoso* nazionale, *come* e *quando* cambia l'area della punibilità *ex art. 14, co. 5 ter*, d.lgs. n. 286/1998

La portata della correzione intervenuta in direzione della armonizzazione interna, pretesa dalla descritta antinomia, si staglia nella sua duplice articolazione: tanto il precetto quanto la sanzione della figura delittuosa *ex art. 14, co. 5 ter* (e di seguito pure di quella *ex art. 14, co. 5 quater*) oggi si presentano con cangiata formulazione, sulla scorta di un ripensamento - di ascendenza per l'appunto comunitaria - sia delle condizioni legittimanti la fisionomia dell'ordine di allontanamento dal territorio statale, sia della proporzione tra l'incidenza del fatto omissivo sull'integrità del valore giuridico (del controllo dei flussi migratori) tutelato e la misura (in senso qualitativo e quantitativo)

dell'amputazione della libertà personale del colpevole (per inciso, con passaggio dalla sanzione della reclusione a quella della multa).

In essenziale estratto: la procedura generale si apriva, secondo la legge in vigore sino alla adozione del di poi convertito decreto legge, con un decreto prefettizio di espulsione (art. 13, co. 2, T.U.Imm.), a cui faceva seguito un decreto del questore disponente l'accompagnamento coattivo alla frontiera dell'immigrato irregolare (art. 13, co. 4), cui di regola procedersi immediatamente dopo la convalida da parte del giudice di pace competente. Stante la - frequente - impossibilità ad eseguire immediatamente l'accompagnamento, determinata dall'indisponibilità di vettori o di documenti di viaggio, o dalla necessità di identificare lo straniero, il questore era chiamato a pronunciare un decreto impositivo del trattenimento nei CIE (anch'esso soggetto a convalida obbligatoria da parte del giudice di pace): da qui, ove non fosse stato possibile disporre la detenzione, ovvero allo spirare del termine di durata massima della stessa (180 giorni), il questore adottava un decreto con cui ordinare allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro i successivi 5 giorni; l'inottemperanza a tale ordine costituiva reato, punibile, ai sensi dell'art. 14, co. 5 *ter*, con la reclusione da uno a quattro anni. Peraltro, all'accertamento del reato seguiva una nuova procedura di espulsione, suscettibile di condurre all'adozione di un nuovo decreto di allontanamento, la cui violazione punire, ai sensi dell'art. 14, co. 5 *quater*, con la reclusione da uno a cinque anni.

Il riformato sistema, come accennato mirante in prima battuta ad attuare la c.d. direttiva rimpatri, ha previsto - ancora per sommi tratti, di immediato interesse - che l'espulsione sia eseguita mediante accompagnamento coattivo alla frontiera solo in presenza di determinate condizioni, quali ad esempio il rischio di fuga, la richiesta di un permesso di soggiorno palesemente fraudolenta, o il mancato rispetto del termine per la partenza volontaria. Il periodo per la partenza volontaria (dai 7 ai 30 giorni) è concesso su richiesta dello straniero (art. 13, co. 5), e comporta l'applicazione di misure cautelari volte ad evitarne la fuga, la cui violazione integra delitto punibile con pena pecuniaria. Il legislatore ha inoltre provveduto - accanto al prevedere misure meno coercitive rispetto al trattenimento nei CIE (art. 14, co. 1 *bis*) e ad innalzare il termine di durata massima di tale trattenimento (art. 14, co. 5) - a stabilire che lo straniero che non possa (o non possa più) essere trattenuto nel CIE, rimanga destinatario dell'ordine del questore di allontanarsi dal territorio nazionale, calibrato su un margine temporale di 7 giorni (art. 14, co. 5 *bis*), la cui violazione ridonda nella punibilità con multa (ai sensi del co. 5 *ter*, al pari di quanto ricalcato *ex novo* dall'art. 14 co. 5 *quater*).

Sicché, a parafrasare il dettaglio delle norme penali, *ieri* era punito con la reclusione *lo straniero che senza giustificato motivo permaneva illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni, impartito dal questore a chi non fosse possibile trattenere presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la cui permanenza in tale struttura non avesse consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento*⁶. Oggi è punito con la multa *lo straniero che senza giustificato motivo viola l'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, impartito dal questore allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale*⁷.

⁶ «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. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, anche reiterata, nel territorio dello Stato. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza»; «5-ter. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del co. 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, co. 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, co. 3, della [legge 28 maggio 2007, n. 68](#). 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 co. 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, co. 3».

⁷ «5-bis. Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione, in caso di violazione, delle conseguenze sanzionatorie. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato, anche su sua richiesta, della documenta-

L'orizzonte problematico, che si apre da una siffatta traduzione applicativa dei concetti giuridici comunitari, lambisce dunque due distinte dimensioni. L'una coinvolge il tratto esegetico che ha impegnato la giurisprudenza, datata tra la scadenza del termine applicativo della direttiva/il pronunciamento della Corte di Giustizia e l'intervento normativo italiano, nelle decisioni definitive dei procedimenti penali relativi ai fatti di inottemperanza iniziati prima del 24 dicembre scorso; l'altra - attuale e futura protagonista della scena interpretativa - pronta ad accogliere i pensieri sversati sui confini e sugli effetti della *successione favorevole* tra le norme penali incriminatrici, per l'esattezza, l'art. 14, co. 5 *ter* T.U.Imm. rispettivamente nella passata e presente dizione.

Il terreno su cui corrono i due binari della riflessione rimane nondimeno unitario, segnato come è dall'oramai tralatizia conclusione per cui la pronunzia della Corte di Giustizia che accerta l'incompatibilità della norma incriminatrice con il diritto europeo «si incorpora nella norma stessa e ne integra il precepto con efficacia immediata, così producendo una sorta di *abolitio criminis* che impone, in forza di interpretazione costituzionalmente necessitata, di estendere a siffatte situazioni di sopravvenuta inapplicabilità della norma incriminatrice nazionale la previsione dell'art. 673 c.p.p.»⁸.

Ciò posto, le premesse del ragionamento impongono di tracciare una griglia dei canali di influenza del diritto europeo sul diritto penale interno⁹. Dagli scaffali del diritto penale si estraggono in argomento significativi materiali, che aprono l'elencazione col ricorso del giudice nazionale all'interpretazione conforme al diritto dell'Unione¹⁰, come obbligo che vale in ogni caso, sia in presenza di una normativa *self executing* che in presenza di una normativa priva

zione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza, compreso il titolo di viaggio»; «5-ter. La violazione dell'ordine di cui al co. 5-bis è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, co. 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, co. 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del co. 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, co. 3».

⁸ Così Cass., sez. I, 28 aprile 2011, p.g. in proc. c. Tourghi, in *CED Cass.*, n. 249732. Cfr. Corte cost., 23 gennaio 1985, n. 13, in *Giur. cost.*, 1985, I, 38; Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Foro it.*, 1991, I, 1076; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, *ivi*, 1992, I, 660.

⁹ Sul tema, ampiamente dibattuto, si rinvia all'analitica disamina sviluppata da SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, in part. 165 ss.

¹⁰ SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 12 ss.

di tale efficacia¹¹; quindi, richiamano la *disapplicazione* della norma penale in contrasto con il diritto europeo; infine, invocano il giudizio di legittimità costituzionale della norma penale “in collisione” con una norma europea, che diviene quindi parametro di legittimità costituzionale interposto¹². La validità del riparto non offusca, peraltro, il minimo comun denominatore riconoscibile tra tutte le citate componenti: a ben intendere, anche la disapplicazione - al pari del giudizio di costituzionalità - è un momento (“diverso”) del medesimo processo interpretativo dell’illecito penale, più esattamente del sillogismo giuridico che l’interprete è chiamato ad applicare per verificare la sussunzione del fatto entro un modello di reato.

Puntuale, difatti, è il rilievo per cui, mentre l’interpretazione conforme è chiamata ad esaurirsi nel percepire ed attribuire il significato ad una disposizione¹³, ricavando così il contenuto precettivo della norma¹⁴, con la disapplicazione (o il giudizio di costituzionalità) si interpreta l’intero ordinamento per renderlo conforme al diritto dell’Unione.

Detto in altri termini. L’impatto del diritto europeo - già prima di qualsiasi intervento legislativo nazionale - si può certo (se del caso) apprezzare nell’immediata veste di *integratore ermeneutico* della norma penale interna¹⁵, sì pure da ricomprendervi la ricognizione delle modalità di lesione del bene giuridico europeo non espressamente previste dalla fattispecie¹⁶, ma esplicitate dal senso (*acquisito*) della linguistica in uso: l’influenza degli obblighi europei sull’interpretazione¹⁷ è cioè tale da fornire un nuovo respiro a quella che è la

¹¹ PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2008, 26 ss.

¹² In proposito si rinvia anche alle riflessioni sviluppate da SALCUNI, *Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs. diritto penale europeo*, in www.archiviopenale.it.

¹³ CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Leg. pen.*, 2006, 171 ss.

¹⁴ GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 15 ss.

¹⁵ V. 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 *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra-Dassano, Napoli, 2010, 418 ss.

¹⁶ 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 *Trattato breve di diritto agrario e comunitario*, a cura di Costato, Padova, 2003, 1141 ss.

¹⁷ V. RUGGIERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di Ferrari, Milano, 2001, 229 ss.; 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 AA.VV., *Diritti dell’uomo e*

portata dell'art. 12 disp. prel. c.c., "orientando allo scopo comunitario" la perimetrazione del fatto tipico.

Quest'ordine di idee sottende allora, d'evidenza, l'applicarsi in senso ampio della teorica del "rinvio esterno", operato dalla fattispecie incriminatrice (anche) per il tramite di elementi normativi giuridici od extragiuridici: la nuova era della eterointegrazione della norma penale, spalancata sul fronte delle fonti sovranazionali, e precipuamente di quelle comunitarie, si trova pertanto a dover riepilogare gli approdi recentemente metabolizzati in ordine alle interazioni tra riserva di legge ed interventi di specificazione tecnica ad opera di fonti terze¹⁸, anche subordinate. Ad accompagnare lungo questo sentiero esegetico è, d'altronde, pure il pensiero della Corte di Cassazione, "innovatore" rispetto ai margini di configurabilità del fatto criminale di detenzione e commercio di esemplari di pesci inferiori alle dimensioni legali¹⁹, alfine estesi al di là delle barricate che fin lì si consideravano collocate dal diritto interno. Tanto, ad effetto della *disapplicazione* di quella disciplina esecutiva di origine nazionale che invece definiva l'elemento costitutivo della condotta tipizzata (detentiva ovvero di commercializzazione) per il tramite di una percentuale di tolleranza sul pescato al di sotto della quale non si configurava il reato²⁰: in buona sostanza, ad ammettere al rilievo penale anche i casi in cui, secondo la normativa nazionale, il fatto non veniva a costituire reato, è valso il mancato riscontro a livello comunitario della anzidetta soglia quantitativa, vietando *tout*

sistema penale, a cura di Moccia, Napoli, 2002, 203 ss.; MANES, *Il nuovo falso in bilancio al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2003, 1333 ss.

¹⁸ Cfr., per i rilievi *ex art.* 2 c.p., Cass., sez. un., 27 settembre 2007, Magera, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 307 ss.; Cass., sez. un., 28 febbraio 2008, Niccoli, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss.; Cass., sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 177 ss.

¹⁹ Cass., sez. III, 19 gennaio 2011, Trinca, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁰ In dettaglio, la fattispecie in considerazione è la contravvenzione di cui agli artt. 15, co. 1, lett. c) e 24, co. 1, l. 14 luglio 1965 n. 963, la quale - salvo che il fatto costituisca più grave reato - punisce chi pesca, detiene, trasporta e commercia il novellame di qualunque specie marina senza la preventiva autorizzazione del Ministero delle politiche agricole e forestali. La figura criminale di specie va letta in combinato disposto con l'art. 91 d.p.r. n. 1639/1968 e successive modifiche, agli effetti del quale non sono soggetti alla sanzione prevista dal predetto art. 24, co. 1, la pesca, la detenzione, il trasporto e la commercializzazione di esemplari "sotto misura" qualora questi ultimi siano presenti in percentuale non superiore al 10% del totale del pescato. Si è dunque ritenuto che tali disposizioni si ponessero in contrasto con il regolamento CE n. 51/2006 all. III parte D.20 - che per il tonno rosso, in specifico rilievo nel caso concreto, a differenza di quello obeso, non contempla alcun "margine di tolleranza" al divieto di pesca e commercializzazione - e andassero conseguentemente disapplicate. Per una estesa analisi del caso si rinvia a SOTIS-BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui 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.

court il diritto dell'Unione la detenzione di novellame (con segnato riguardo al "tonno rosso"), senza lasciare alcuno spazio autorizzato²¹. Un approdo, questo²², non incontroverso²³ e che tuttavia trova un inappuntabile plauso a fronte della ravvisabile "eterosufficienza" del precetto posto dalla fonte nazionale primaria, che per l'appunto non "autodefinisce" in termini rigidi il contorno *de quo* del fatto tipico, ammettendone la normativizzazione tramite disciplina di specificazione e dettaglio, al mutare della quale, per il sopravvento di apposito regolamento comunitario, muta *immediatamente* la porzione di realtà umana racchiusa nel cono della criminalità. L'effetto di (ri)scrittura, dunque, è diretto pur discendendo da una "periferica" specificazione tecnica dell'area penale, qui di matrice sovranazionale; e ben distinto rispetto a quello che consegue alla soccombenza della disposizione domestica in risposta al primato del diritto comunitario sul diritto nazionale inadempiente, invece legato alla (positiva conclusione della fase di) pregiudizialità comunitaria prima, e (a rigore) alla consecutiva questione di illegittimità costituzionale poi (se non alla autonoma abrogazione/ridefinizione conforme a mano del legislatore nazionale).

E' in questa direzione che si incuneano pure le affermazioni della Suprema Corte impegnate a distinguere il caso in cui l'eterointegrazione incida sulla definizione del fatto da quello in cui incida sullo stesso precetto: quando la normativa "di dettaglio" interviene a precisare elementi della fattispecie già "esauriti" nella definizione del relativo nucleo essenziale da parte delle scelte valutative della legge penale, e tale specificazione tecnica si pone in conflitto con la normativa comunitaria di applicazione diretta, importando quest'ultima una nuova "ricostruzione" di quel medesimo dato della vicenda umana, il giudice è tenuto a non applicare la disposizione contrastante con il dettato di fonte comunitaria²⁴. Va difatti percepita - si ritiene - una sopravvenuta modifica mediata della fattispecie incriminatrice, i cui esiti intertemporali cadono appieno sotto il governo dell'art. 2, commi 2 ss., c.p.

Su analoga impostazione si è peraltro allineata pure la "disapplicazione" delle norme interne confliggenti in una pronuncia relativa all'art. 348 c.p., rispetto

²¹ V. Cass., sez. III, 12 dicembre 2006, Filippo, in *CED Cass.*, n. 236251; Cass., sez. III, 15 febbraio 2007, Badioli, *ivi*, n. 236117; Cass., sez. III, 3 luglio 2007, Baldini, *ivi*, n. 237998.

²² In termini cfr. Cass., sez. III, 7 maggio 2009, p.m. in proc. c. Ibba, in *CED Cass.*, n. 244137.

²³ Cfr. Cass., sez. III, 17 gennaio 2006, p.m. in proc. c. Boscolo, in *CED Cass.*, n. 233555; Cass., sez. III, 11 luglio 2007, Artese, *ivi*, n. 237389.

²⁴ Così Cass., sez. III, 3 luglio 2007, Baldini, cit.; Cass., sez. III, 7 maggio 2009, p.m. in proc. c. Ibba, cit. Si veda anche Cass., sez. III, 3 giugno 2008, C., in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1251.

alla quale si è affermato assumere valenza di norma integratrice della fattispecie penale la disciplina comunitaria che prevede il libero esercizio della professione di avvocato all'interno della Comunità Europea²⁵, con ciò negandosi l'integrazione del reato di abusivo esercizio della professione di avvocato in Italia da parte di un soggetto che aveva conseguito in Germania il titolo di *Rechtsanwalt*: del resto, è la stessa Corte costituzionale italiana che chiama gli atti legislativi o amministrativi rilevanti per l'accertamento della liceità o meno del singolo esercizio professionale ad identificare la mancanza di abilitazione quale elemento del fatto costruito negativamente²⁶.

Ciò posto - *retournant à nos moutons* - è doveroso puntualizzare che i limiti all'operatività dell'integrazione normativa comunitaria - discendenti dal canone supremo della riserva di legge penale ex art. 25, co. 2, Cost. - non possono che essere pariteticamente riconosciuti anche nei casi in cui la norma dell'ordinamento esterno avrebbe un effetto favorevole per l'imputato²⁷, delimitando così l'ambito applicativo dell'art. 2 c.p. alla casistica della disciplina comunitaria ragguagliabile alla "norma integratrice"²⁸, vale a dire quando assuma il ruolo di *individuatore del dettaglio contenutistico* di un elemento normativo di fattispecie²⁹.

2.1. La retroattività del valore scriminante impresso nella libertà europea

Seguendo l'ordine dei piani d'indagine, l'attenzione si sofferma sul primo: ivi si attesta come sia stata diffusamente adottata la formula usuale in materia di *abolitio criminis* - "perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato" - ad efficace espressione dell'inquadramento di un simile esito di non punibilità quale effetto della applicazione retroattiva del nuovo (e più favorevole) contesto normativo, nato in seguito alla scadenza del termine di attuazione della direttiva e, dunque, dall'acquisizione di effetto diretto da parte della stessa.

²⁵ Cfr. Trib. Milano, 1 marzo 2001, Padani, in *Foro ambr.*, 2001, 310 ss.

²⁶ Corte cost., 27 aprile 1993, n. 199, in *Giur. cost.*, 1993, 1359.

²⁷ Sul punto, EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, 399 ss.

²⁸ Cfr. Cass., sez. I, 16 maggio 2006, Tortora, in *CED Cass.*, n. 234217, e, nello stesso senso, già Cass., sez. III, 22 febbraio 2000, Asaad Nagy Nawar, *ivi*, n. 215952.

²⁹ In tema FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in AA.VV., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di Fondaroli, Padova, 2009, 23 s. Ancora in argomento, BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, 995 ss.; ID., *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 99 ss.; ID., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 15 ss.

In quest'ultimo senso si è in effetti orientata la Cassazione, che - già annunciando le sue prime decisioni successive alla sentenza El Dridi - ha utilizzato la formula di proscioglimento trascritta in apice previo espresso riferimento all'art. 2, co. 2, c.p. ed all'art. 129, co. 2, c.p.p., assimilando così, in buona sostanza, la situazione a quella di una vera e propria abrogazione della norma incriminatrice³⁰: sull'indubitata premessa che l'espressione «legge» contenuta nel richiamato disposto del codice penale - «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato» - vada riferita anche alle norme di diritto dell'Unione dotate di effetto diretto, del resto di rango sovraordinato rispetto alla legge statale ex artt. 11 e 117, co. 1, Cost.

La giurisprudenza di merito non ha avuto remore nel seguire la medesima rotta, ad un tempo curando di mettere in risalto la «atipicità» della *disapplicazione abolitiva* in tal guisa operata, anch'essa attenta ad esplicitare di avvalersi del «riferimento (in modo a-tecnico) ad una *sorta di abolitio criminis*»³¹; con ciò intendendo che l'incidenza diretta ed autoritativa del diritto dell'Unione impedisce la configurabilità del reato in virtù di un effetto «*paragonabile a quello della legge sopravvenuta*»³²; e così riecheggiando la lettura offerta dalla Corte Costituzionale, secondo cui «i principi enunciati nella decisione della Corte di giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quella norma conserva efficacia e deve essere applicata anche da parte del giudice nazionale»³³.

Proprio la sensibile peculiarità di questa *forma di sopravvenienza normativa* - e dell'abolizione che essa si trae seco - si presta ad essere nuovamente meditata, rifogliando ampi capitoli della scienza penale. Si incontra, lungo questo andare, l'esegesi concentrata attorno alla possibilità che la normativa comunitaria produca effetti «limitativi» dell'area di illiceità criminale: essa ha distinto, sotto il profilo concettuale-dogmatico, i casi in cui un simile effetto riduttivo sia prodotto dalla norma comunitaria immediatamente a livello di tipicità del fatto di reato, intaccando la definizione dell'accadimento umano significativo, o piuttosto successivamente, a livello di antigiuridicità, traghettando la

³⁰ V. Cass., sez. I, 28 aprile 2011, p.g. in proc. c. Tourghi, cit.; Cass., sez. I, 29 aprile 2011, M.S. ed altro, in www.fondazioneforensepg.it.

³¹ Trib. Torino, 27 giugno 2011, J.N., in www.penalecontemporaneo.it.

³² Trib. Torino, 27 giugno 2011, J.N., cit.

³³ V. Corte cost., (ord.) 23 giugno 1999, n. 255, in *Giur. cost.*, 1999, 2203; Corte cost., (ord.) 14 marzo 2003, n. 63, in *Foro it.*, 2003, I, 2197; Corte cost., (ord.) 20 aprile 2004, n. 125, *ivi*, 2004, I, 2299; Corte cost., (ord.) 16 giugno 2005, n. 241, in *Giur. cost.*, 2005, 3.

valenza giustificante di un comportamento pur sempre tipico³⁴. La “realtà” della distanza tra le due fasi si pesa del resto nella diversità delle formule assolutorie che rispettivamente ne conseguono, col passaggio dalla declaratoria di insussistenza del fatto alla pronuncia attestante che il fatto non costituisce reato.

Così, (solo) una volta passati oltre il dato tipico - in quanto la regolamentazione comunitaria non valga a fornire elementi, grammaticali e logici, di specificazione per la descrizione/definizione di uno dei fattori della vicenda umana raffigurata dal legislatore nazionale - allora si è tenuti a sostare sul lato dell’antigiuridicità³⁵: a questo livello la verifica si volge ad accertare se sia o meno configurabile una ipotesi di contraddittoria incompatibilità tra la realizzazione del fatto penale e l’esercizio di una situazione giuridica ammessa o piuttosto pretesa dall’ordinamento, a fronte della quale rimane precluso un reale contrasto oggettivo tra l’atteggiamento materiale del “reo” e le direttive del sistema; e quindi ad accertare (di particolare interesse in questa sede) la sussistenza di un *diritto* scriminante, che l’ordinamento attribuisce e consente nell’esercizio proprio attraverso l’attività che - per chi non ne sia titolare - costituisca reato³⁶.

Ci si porta, in fin dei conti, sul lato dell’interferenza instaurata tra precetto penale e disposizione di liceità, per definizione appartenente ad un ramo *extrapenale* dell’ordinamento³⁷ e nella cui categoria ricomprendere - per il tramite del sintagma “diritto” richiamato dall’art. 51 c.p. - non solo i c.d. “diritti soggettivi” in senso stretto³⁸, ma, in una prospettiva amplissima, qualunque facoltà di agire riconosciuta dall’ordinamento (libertà costituzionali, diritti po-

³⁴ In argomento, si vedano i recenti interventi di SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale vigente*, Milano, 2007, 40 ss.; PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1036.

³⁵ In generale, sul tema dei rapporti tra scriminanti e norme sovranazionali, si rinvia al contributo di VIGANÒ, *La dimensione internazionale. L’influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di “antigiuridicità” del fatto tipico*, in AA.VV., *Il penale nella società dei diritti*, a cura di Donini-Orlandi, Bologna, 2010, 93 ss.

³⁶ App. Catania, 19 gennaio 2005, in *Giur. aetnea*, 2005, 2. In dottrina v. SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale*, cit., 213 ss., che scandisce gli alternativi orizzonti delle soluzioni del conflitto tra norma penale nazionale e diritto europeo, consistenti nel ravvisare l’operatività della causa di giustificazione ex art. 51 c.p. o nel disapplicare la norma penale.

³⁷ In questo senso ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 542.

³⁸ Così, invece, la giurisprudenza: Cass., sez. IV, 25 giugno 1982, Scuderi, in *CED Cass.*, n. 155594; Cass., sez. III, 8 maggio 1996, p.m. in proc. c. Saccocci, *ivi*, n. 205511; Cass., sez. VI, 26 marzo 1998, Ferri ed altro, in *Giust. pen.*, 1999, II, 4. *Contra*, Cass., sez. III, 11 luglio 1995, n. 9464, Pace, in *CED Cass.*, n. 203477.

testativi, poteri degli organi pubblici, mere facoltà riconosciute ai privati)³⁹. Da qua, la tematica afferente alle fonti del “diritto scriminante”, stringendosi attorno alle problematiche suscitate dal rapporto tra fatto e cause di giustificazione (in generale)⁴⁰, non lascia persistere dubbi circa il fatto che “situazioni giuridiche attive” così come possono promanare da norme costituzionali - suscettibili anche di segnare l’illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice ove questa non conservi una propria sfera di operatività non rapportabile all’esercizio del diritto garantito - e da disposizioni di legge ordinaria, possono altresì discendere dalle previsioni del diritto comunitario dotate di efficacia diretta, pur sempre a condizione della rispettiva non discrasia al confronto con i principi supremi dell’ordinamento nazionale e/o con i diritti inviolabili della persona⁴¹.

Per un canto la giurisprudenza, tanto comunitaria quanto nazionale, ha in più occasioni puntualizzato questa posizione: norme comunitarie possono incidere su fattispecie penali incriminatrici, in senso favorevole all’interessato, in considerazione proprio della efficacia diretta del diritto comunitario nel caso in cui riconosca *posizioni soggettive di vantaggio* a singoli consociati⁴². Per altro canto, la scena dogmatica non ha suggerito disallineamenti⁴³: anche là dove si muova dall’idea per cui le scriminanti possano essere previste soltanto da una legge dello Stato, non è stato messo in dubbio che in virtù dell’“efficacia

³⁹ PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 152 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 271.

⁴⁰ V. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1232 s.

⁴¹ Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062.

⁴² V. CGCE, Grande Sezione, 6 marzo 2007, causa C-338/04 ed altre, Placanica ed altri: «anche se, in via di principio, la legislazione penale è riservata alla competenza degli Stati membri, da una costante giurisprudenza risulta che tuttavia il diritto comunitario pone limiti a tale competenza, non potendo, infatti, una tale legislazione limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario (v. sentenza 19 gennaio 1999, causa C 348/96, Calfa, Racc. pag. I 11, punto 17)». Ancora in termini la Corte di Cassazione: in materia di divieto di lavoro notturno per le donne, Cass., sez. III, 1 luglio 1999, Valentini, in *CED Cass.*, n. 214345; in materia di contrabbando doganale, Cass., sez. III, 5 febbraio 2004, Marroni, *CED Cass.*, n. 227874; Cass., sez. III, 4 luglio 2007, p.m. in proc. c. Di Fulvio, *ivi*, n. 237552; Cass., sez. III, 17 marzo 2010, p.m. in proc. c. Sirtori, *ivi*, n. 246990; in materia di violazioni della legge sul diritto d’autore (così come riconosciuto nella nota sentenza della CGCE, 8 novembre 2007, causa C-20/05, Schwibbert), Cass., sez. III, 24 giugno 2008, Beye, in *CED Cass.*, n. 240791; Cass., sez. II, 30 giugno 2009, p.g. in proc. c. T.S., *ivi*, n. 245322; Cass., sez. III, 19 novembre 2009, Ramonda, *ivi*, n. 245758; in materia di scommesse Cass., sez. III, 22 ottobre 2008, Greco, in *CED Cass.*, n. 242344; Cass., sez. III, 28 marzo 2007, p.g. in proc. c. Palmioli, *ivi*, n. 236116; Cass., sez. III, 28 marzo 2007, Isgrò, *ivi*, n. 236685.

⁴³ V. BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 600.

diretta” e del “primato” riconosciuto alle fonti comunitarie rispetto alle fonti interne⁴⁴, queste potranno anche «attribuire ai cittadini facoltà il cui esercizio può produrre un effetto scriminante»⁴⁵.

Tanto finisce per incidere profondamente nella comprensione della “causa” e della natura dell’effetto disapplicativo in disamina per l’art. 14, co. 5 *ter*, T.U.Imm., quale innescato dalla c.d. direttiva rimpatri. La ricordata struttura delle fattispecie incriminatrici “nazionali” di inottemperanza all’ordine del questore non pare difatti ammettere la normativa comunitaria ad interagire nella descrizione del fatto, che rimane di contro esattamente sviluppato attorno a “quel” procedimento ed a “quel” provvedimento, definiti passo passo dalla normativa interna per espresso - ed esclusivo - rinvio al co. 5 *bis*. Una eterointegrazione “chiusa”, quindi, attraverso un elemento normativo giuridico che non consente di “aprire” la lettura - *melius*, la specificazione - verso fonti terze ed esterne, bandite dal riempire i contenuti di dettaglio dell’elemento costitutivo *de quo*.

Si tratta, allora e piuttosto, di rileggere l’art. 7 § 1 della direttiva, laddove stabilisce che «la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni», comportando che in pendenza di tale termine l’interessato non possa essere allontanato coattivamente (salvi i casi eccezionali di cui all’art. 7 § 4). Ciò significa garantire a quest’ultimo il diritto di non essere allontanato coattivamente e di godere di un congruo periodo per uscire volontariamente dal territorio, qualificabile come posizione soggettiva di vantaggio *sub specie* di diritto di libertà rilevante anche ex art. 13 Cost.⁴⁶; diritto espresso in forma ben poco questionabile, trattandosi di posizione soggettiva di cui si fissa con precisione pure il lasso temporale di efficacia, e non condizionato ad ulteriori interventi normativi da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri; ciò che consente di ritenere che la norma comunitaria in questione sia *direttamente applicabile* nell’ordinamento nazionale.

Ne consegue - sciolto dalla competente Corte di Giustizia il preesistente dubbio sulla portata della normativa comunitaria - come in questo quadro al giudice nazionale spetti applicare l’esatta disciplina della non punibilità conse-

⁴⁴ In argomento PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1044 s.; VIGANÒ, *L’influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di “antigiuridicità” del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1064 ss.

⁴⁵ DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 258; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 382.

⁴⁶ V. Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Foro it.*, 2001, I, 2700.

guente al configurarsi della causa di giustificazione ex art. 51 c.p.⁴⁷, e per il passato invocare la disciplina della retroattività ex art. 2 c.p. ponendo mente ai limiti di cui al co. 5. Tant'è: l'invocazione contenuta nella sentenza El Dridi quanto all'operatività del principio della retroattività della norma favorevole, non fatica a veicolare un criterio interpretativo/integrativo del menzionato disposto ex art. 2 c.p., che trova così inglobata entro la disciplina sancita per gli effetti intertemporali del fatto non più previsto dalla legge come costituente reato anche la dinamica cronologica delle scriminanti.

E' con questo linguaggio penalistico, pertanto, che si chiarisce nel caso il fenomeno dell'*effetto diretto* della disposizione comunitaria⁴⁸: lungi dal comportare un qualsivoglia risultato sostitutivo rispetto alla fattispecie interna con essa contrastante, innesci un effetto di preclusione alla relativa produzione di "effetti penali" in nome della sopravvenuta carenza di antigiuridicità; all'ombra del principio di certezza del diritto, viepiù penale, l'incompatibilità della norma interna con le disposizioni comunitarie dotate di effetto diretto per essere eliminata necessita invero dell'intervento - di poi occorso - di «disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare»⁴⁹.

2.2. L'art. 14 co. 5 *ter*, *uguale* e *diverso*: il dilemma della questione intertemporale

La seconda delle dimensioni riflessive aperte guida ora verso la riformulazione, effetto del preteso intervento correttivo, operata sull'art. 14, commi 5 *bis* e *ter*, d.l.gs. 286/1998, e si scopre anch'essa avvolta dalla *moral suasion* avanzata dalla Corte di Giustizia col "dirigere" il giudice nazionale a tenere in *debito conto* il *principio della applicazione retroattiva della legge più mite* in quanto

⁴⁷ V. in generale sul tema PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in *Diritto penale. Scritti*, I, Milano, 2003.

⁴⁸ Il riferimento è ovviamente limitato alle tipologie di fonti comunitarie dotate di una simile efficacia, per cui vanno ricordati i regolamenti comunitari, i trattati e le direttive incondizionate e sufficientemente precise, non appena sia spirato il termine stabilito dalle medesime per l'adeguamento delle legislazioni nazionali, cfr. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 2006, 540 s., anche per gli essenziali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁴⁹ CGCE, 15 ottobre 1986, causa 168/05, Commissione c. Repubblica italiana; CGCE, 7 marzo 1996, causa C-334/94, Commissione c. Repubblica francese.

parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, sulla scorta della premessa della non irrogabilità della pena della reclusione in risposta al fatto dell'irregolare permanenza dello straniero entro il territorio statale al seguito dell'ordine di allontanamento.

Tocca peraltro lasciare ai margini dell'interesse il nuovo equilibrio che esce così affrescato quanto ai “doveri comunitari” gravanti sul legislatore nazionale⁵⁰: non più “solo” quello di trasfondere in una legge la direttiva prescrittiva dell'obbligo di prevedere sanzioni penali (laddove “indispensabili”⁵¹) a tutela di beni giuridici di rilievo comunitario, stabilendo in proprio il *quantum* della sanzione⁵², ma anche di “corrispondere” all'*imprimatur* comunitario rispetto alla determinazione del tipo e del *quantum* di pena⁵³. Ciò, nondimeno, sembra non possa esimersi dal *supremo* rispetto della logica penale nazionale di cui agli artt. 25, co. 2, e 117, co. 1, Cost., per cui il significato da ricondursi agli obblighi comunitari allo stato attuale non pare rintracciabile nel senso della “diretta ed immediata vincolatività” (come se la norma rimanesse già scritta dall'ordinamento sovranazionale), ma consente di parlare, con riferimento ai sistemi legislativi nazionali, dell'esistenza, piuttosto che di obblighi, di oneri di tutela⁵⁴.

Così, anche l'*attenzione* in questi termini sollecitata dal Giudice di Lussemburgo con riguardo all'*applicazione retroattiva della legge più mite*, convince di un dato: la retroattività favorevole non è un *necessario* principio comunitario⁵⁵, nel senso di assoluto ed inderogabile, e ciò vale a lasciar apprezzare

⁵⁰ V. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 196 ss.; PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *Criminalia*, 2007, 379 ss.

⁵¹ Cfr. in proposito le articolate riflessioni di SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo “tassello” della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 241 ss.

⁵² Cfr. CGCE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione c. Consiglio UE. In tema VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433 ss.; ID., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, 2006, 366 ss.; MANNOZZI-CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 899 ss.

⁵³ Cfr. CGCE, Grande Sezione, 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio UE.

⁵⁴ V. PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, cit., 382 ss.

⁵⁵ V. in proposito BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei»*, a cura di Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi, Torino, 2005, 34 s., 48; MASTROIANNI, *Vecchi principi e nuove interpretazioni nella sentenza della Corte di Giustizia sul «falso in bilancio»*, ivi, 258 ss.; TARTAGLIA, *La sentenza sul falso in bilancio: i «controlimiti» della Corte di Giustizia*, ivi, 351 ss.

condizioni di ragionevolezza e proporzione da parte del competente (in materia penale) legislatore nazionale, in linea con lo stesso orizzonte recentemente aperto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁶; il rinvio, pertanto, è esattamente alla disciplina intertemporale ex art. 2 c.p., esecutiva dei principi costituzionali di *irretroattività sfavorevole assoluta* e di *retroattività favorevole ragionevole* segnati rispettivamente dagli artt. 25, co. 2, e 3 Cost.⁵⁷, come suggerisce la posizione della Consulta⁵⁸.

E' lo spunto per affrontare la disamina della specifica regolamentazione della successione retroattiva di favore, e per infine spiegarla quale espressione applicativa del limite generale sancito dal co. 5 del medesimo art. 2 c.p. Un indizio verso questo obiettivo si coglie non solo dall'aversi a che fare - anche e già all'esito del *primo passaggio europeo* di "reformatio" normativa - con una legge temporanea (o eccezionale) nel senso di norma integratrice costitutiva, ex art. 51 c.p., di un diritto "a tempo", di libera circolazione nel territorio straniero che insorge dall'entrata in vigore "nazionale" della direttiva comunitaria e vige per un (generale) ventaglio cronologico minimo di sette giorni (fino al massimo di trenta). Ma altresì, ed in particolare modo, guardando alle origini della formulazione penale dell'omissione qui in rilievo, che nel descri-

⁵⁶ Cfr. CEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, con nota di GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 2020 ss.; PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 397 ss.; FALCINELLI, *L'"evoluzione" del principio di retroattività della legge più favorevole: un nuovo diritto fondamentale*, in www.diritti-cedu.unipg.it.

⁵⁷ In questo senso v. VASSALLI, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 377 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 268; AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in *Commentario sistematico al codice penale*, I, *La legge penale*, a cura di Ronco, Bologna, 2006, 234.

⁵⁸ Già Corte cost., 23 febbraio 1995, n. 80, con nota di Rapisarda, *Retroattività, legalità, uguaglianza e leggi penali finanziarie*, in *Cass. pen.*, 1995, 2073 ss., sosteneva che «dalla lettura dell'art. 25, co. 2 Cost. della Costituzione emerge [...] che solo il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice ha acquistato valenza costituzionale ma non quello della retroattività della legge più favorevole al reo. Da ciò consegue che, come deve essere ritenuto conforme al richiamato disposto costituzionale il principio della retroattività della disposizione più favorevole, alla stessa conclusione dovrà pervenirsi in ordine alla legge che prevede la irretroattività delle norme favorevoli». Più recentemente, la Corte ha peraltro, precisato che il principio della retroattività della legge penale più favorevole è suscettibile di limitazioni e deroghe, purché le stesse si giustificino in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti di analogo rilievo a quelli posti a fondamento della *lex mitior*. V. inoltre Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, con nota di AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. pen.*, 2007, 424 ss.; Corte cost., 18 giugno 2008, n. 215, in *Giur. it.*, 2009, 1105. In ultimo, si rinvia alle riflessioni svolte da Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, con commento di F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it.

vere l'accadimento significante secondo le scadenze dell'art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998 usava - ed ancor oggi usa, pur sempre mediamente - termini di inattaccabile "contingenza cronologica" in funzione definitoria dell'ordine di allontanamento del questore.

E' difatti faticoso non constatare come tale provvedimento trovi collocata la sua legittima identità (secondo l'abrogato co. 5 *bis*.) in un preciso contesto temporale, in senso ampio destinato ad aprirsi da «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», in senso stretto inaugurato dall'emanazione dell'ordine, ed in ogni modo cessante con lo scadere del «termine di cinque giorni». Ebbene, ad oggi quella identità cronologica si vede riconosciuta (ai sensi del vigente co. 5 *bis*) principiano da invariate circostanze (bensì attivate da eterogenee condizioni, vedi *supra*) e terminando una volta decorsi sette giorni dall'emanazione del provvedimento.

Scorrendo gli insegnamenti della didattica v'è dunque da intendersi, in via preliminare, sul senso esatto di questo rimarcato connubio tra il precetto delittuoso e la (mutata) regolamentazione amministrativa della procedura di espulsione, culminante con la formulazione dell'ordine del questore: perché la *certa apparenza* di una immediata continuità tra la struttura normativa dell'art. 14, co. 5 *ter*, *pre* e *post* sentenza CGCE, rapida svanisce una volta che si giunga a pesare la reale portata della mutazione normativa che ha investito (la regolamentazione specifica de) il contenuto del contenitore-provvedimento; e perché comprendere l'essenza di una simile modifica mediata rappresenta il punto cardinale per orientarsi attorno alla macro questione dell'applicabilità al caso della disciplina intertemporale dettata dall'art. 2 c.p., nell'aspetto della regola della retroattività (commi 2, 3, 4) come nell'aspetto della relativa eccezione (co. 5).

Quanto alla regola, come noto, l'art. 2, co. 2, prevede che l'abolizione di un reato estenda i propri effetti anche a tutti i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della norma abrogatrice, sancendosi come il fenomeno dell'*abolitio criminis* travolga anche il giudicato; in forza del disposto di cui al co. 4 «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile»; infine, sta l'ultima ipotesi di retroattività favorevole, recentemente introdotta al co. 3: «se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena

pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135»⁵⁹.

Quanto alla deroga ad una siffatta cadenza del principio di retroattività della norma penale favorevole, essa è stabilita (al co. 5) per le leggi temporanee e quelle eccezionali, in tal caso dimostrandosi conforme al canone costituzionale della ragionevolezza il diverso principio della incondizionata applicazione della legge del tempo in cui il fatto è stato commesso. Nel comune sentire si intende d'altronde evidente che, nell'ipotesi di leggi emanate per fronteggiare situazioni oggettive di carattere straordinario, il ritorno alla normalità, e quindi la conseguente abrogazione dei reati previsti da tali norme, non possa avere l'effetto del far venir meno la rilevanza penale delle condotte realizzate nel vigore della normativa eccezionale, parimenti dovendosi concludere anche in relazione alle leggi temporanee, cioè a quelle che contengono la predeterminazione espressa del periodo di tempo in cui avrà vigore, anch'esse introdotte per fronteggiare eventi a carattere contingente⁶⁰.

E' altrettanto evidente come sul piano applicativo della regola, e di seguito dell'eccezione, assuma decisiva rilevanza l'esatto inquadramento del fenomeno successorio nella categoria dell'*abolitio criminis* ovvero in quella della mera modifica della fattispecie⁶¹, potendo ciascuna di queste fenomenologie risultare conseguenza di modificazioni immediate o mediate della norma penale a seconda che l'intervento di riformulazione incida direttamente sulla struttura del tipo di illecito o piuttosto non sulla struttura della fattispecie, ma sulla possibilità di applicazione ad un caso concreto⁶².

Con necessario eccesso di sintesi, si rammenta che l'ampio panorama esegetico ha proposto tre criteri interpretativi volti ad individuare se si sia in presenza di un fenomeno di abolizione del reato ovvero di mera sostituzione della fattispecie: essi possono venire individuati nella teoria della "valutazione in concreto", della "continuità del tipo di illecito" e della c.d. "piena continenza" o dei c.d. "rapporti strutturali"⁶³, e si intendono attualmente sovrastati dalla

⁵⁹ Per un approfondimento sul tema si rinvia per tutti ad AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, cit., 222 ss.; PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, 5 ss.

⁶⁰ Cfr. AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, cit., 235.

⁶¹ AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004, 23 ss.

⁶² MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 3 ss.; GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 236 ss.

⁶³ In tema PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2 e 3 co., c.p.*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1982, 1364 ss.; AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifica*

comune considerazione per cui presupposto indefettibile per ipotizzare un rapporto di successione sarebbe la presenza di due fattispecie strutturalmente omogenee.

Ad una simile varietà di posizioni dottrinali ha fatto da contraltare un nodoso quadro giurisprudenziale, che, oscillando dall'una all'altra delle principali tesi elaborate sul punto, si è attestato su una sostanziale adesione alla teoria della "continuità del tipo di illecito"⁶⁴, ovvero sull'adesione più o meno espressa al parametro della "valutazione in concreto"⁶⁵, infine attuando una decisiva svolta verso la tesi dei "rapporti strutturali", già da tempo prevalente nella scienza penalistica italiana⁶⁶. Ciononostante, persiste il temperamento col ricorso ad elementi valutativi individuati nel confronto fra le oggettività giuridiche tutelate nelle fattispecie in esame, veicolato sotto l'affermazione per cui il passaggio da un criterio strutturale a una successiva valutazione delle oggettività giuridiche delle norme messe a confronto «*non sia di regola necessario e debba avvenire solo se vi sono elementi univocamente indicativi di una volontà legislativa totalmente abolitrice*»⁶⁷.

Niente affatto univoca, di pari passo, è la risposta fornita all'interrogativo se le c.d. modifiche mediate - in questione nelle presenti riflessioni - possano determinare un effetto abolitivo della fattispecie penale: ancora in via di rassegna espositiva, va ricordato che secondo un primo orientamento si dovrebbe escludere l'applicabilità dell'art. 2, co. 2 c.p. nel caso di successione di norme

della fattispecie, cit., 50 ss.; GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 74 ss.

⁶⁴ Cass., sez. un., 20 giugno 1990, Monaco, in *Foro it.*, 1990, II, 637 ss., con nota di FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*.

⁶⁵ Cass., sez. VI, 18 novembre 1997, Fricano ed altro, con nota di AMATO, *La Cassazione comincia a precisare i profili normativi del nuovo abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1998, 793; App. Firenze, 10 dicembre 1997, con nota di PIEMONTESE, *Un nuovo caso di successione di leggi nella turbolenta esistenza dell'art. 323 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1999, 2374.

⁶⁶ In particolare, hanno dato la stura all'accoglimento della c.d. teoria dei rapporti strutturali: Cass., sez. un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 732 ss., con nota di LANZI, *Non è più reato utilizzare fatture per operazioni inesistenti: si pronunciano le Sezioni unite*; in *Cass. pen.*, 2001, 448 ss., con nota di MUSCO, *La riformulazione dei reati tributari e gli incerti confini dell'abolitio criminis*; Cass., sez. un., 13 dicembre 2000, Sagone, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 878 ss., con nota di DOVERE, *L'omessa dichiarazione dei redditi: una nuova ipotesi di abolitio criminis*; con nota di MICHELETTI, *La riformulazione del reato tributario di omessa dichiarazione. A proposito della distinzione tra abolitio criminis e abrogatio sine abolizione*, in *Cass. pen.*, 2001, 2643 ss.

⁶⁷ Cass., sez. un., 26 marzo 2003, n. Giordano, con nota di PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nelle mani delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2003, 3310.

integratrici di legge penale⁶⁸, in contrapposto avviso rispetto agli autori che si riconoscono invece favorevoli ad un'interpretazione in questo senso estensiva⁶⁹, prevalentemente schermando la soluzione col distinguo della specifica natura della norma integratrice della fattispecie penale⁷⁰. Per intendersi, si assume non corretto qualificare come fattispecie integratrici di un precetto penale quelle cui faccia riferimento altro disposto attraverso un elemento normativo della fattispecie, dal momento che tale abrogazione non farebbe venir meno il disvalore del fatto criminoso commesso anteriormente e quindi la *ratio puniendi* del medesimo⁷¹; mentre ad opposta conclusione sarebbe invece inevitabile pervenire con riferimento alle c.d. disposizioni definitorie⁷²

⁶⁸ GROSSO, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 1206 ss.; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 314.

⁶⁹ IORI, *Abrogazione di norma extrapenale integratrice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 349 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 43; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 96.

⁷⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 273; ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2006, 78 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, 84.

⁷¹ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 85; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 273. In argomento si veda la decisione con cui la Suprema Corte a sezioni unite (Cass., sez. un., 16 gennaio 2008, n. 2451), ha risolto negativamente la questione dell'effetto abolitivo rispetto all'integrazione delle fattispecie penali in tema di immigrazione ad opera delle disposizioni che hanno modificato lo status dei rumeni, facendoli diventare cittadini dell'Unione Europea (in argomento anche RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 307 ss.); ed ancora la pronuncia di Cass., sez. un., 28 febbraio 2008, Niccoli, cit., con nota di AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 3602 ss.

⁷² MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 276. In argomento, v. Cass., sez. un., 27 settembre 2007, Magera, cit.: «Diversa a quanto pare dovrebbe essere la conclusione se a cambiare fosse proprio la definizione di straniero contenuta nell'art. 1 d.lg. n. 286/98. Se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale riconducibile all'art. 2, co. 2, c.p. (Sez. un. 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano). In un caso del genere dall'ambito della precedente fattispecie verrebbe esclusa una sottoclasse, quella relativa ai cittadini dei Paesi candidati all'ingresso nell'Unione Europea, e rispetto a questa sottoclasse si potrebbe parlare di abolito criminis, come avviene quando in una vicenda di successione di leggi penali una fattispecie più ampia viene sostituita con una più limitata (si pensi alla modificazione del reato di abuso di ufficio o di quello di false comunicazioni sociali, dei quali la giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsi ampiamente), facendo venire meno la punibilità dei fatti che, pur integrando precedentemente il reato, non rientrano nella nuova fattispecie ... Al contrario, la cittadinanza dell'uno o dell'altro Stato, membro oppure no dell'Unione Europea, rispetto alla fattispecie dell'art. 14, co. 5 ter, d.lg. n. 286/98 non dà luogo a sottoclassi, non designa nell'ambito della categoria una parte con caratteristiche specifiche, ma individua più semplicemente l'appartenenza all'una o all'altra categoria, cioè a quella dei cittadini extracomunitari o dei cittadini comunitari. L'essere rumeno o albanese significa oggi essere o non essere cittadino dell'Unione Europea, perciò, ai fini del reato in questione, l'ingresso di uno Stato nell'Unione, così come in ipotesi la sua esclusione, non dà luogo a una successione di leggi riconducibili

nonché in ordine alla c.d. norma penale in bianco, ove l'abrogazione della disposizione realmente integratrice importa quella liceità del comportamento alla stregua del giudizio di valore astratto che è essenziale nell'art. 2, co. 2, c.p.; per contro, ad una conclusione negativa si dovrebbe giungere nell'ipotesi in cui ad essere annullato o modificato sia l'atto amministrativo richiamato dalla norma penale⁷³.

Tale ultimo assunto reimmette le presenti riflessioni sul selciato della materia dell'immigrazione, aprendo ora il fronte sulla giurisprudenza di settore, le cui prime battute si sono dimostrate variabilmente ligie nell'osservanza di un parametro in fin dei conti sincretico, che lascia sempre l'ultima parola sulla continuità della fattispecie penale ad una malleabile valutazione di permanenza o meno del disvalore tracciato.

Così, si avvede come la giurisprudenza di merito abbia in proposito imboccato un (variegato) percorso motivazionale che osteggia l'applicarsi - a chi imputato del delitto ex art. 14, co. 5 *ter*, testo previgente, commesso in data antecedente al dicembre 2010 - della disposizione di cui all'art. 14, co. 5 *ter*, nella nuova formulazione introdotta con il d.l. n. 89/2011, entrato in vigore il 24 giugno 2011, alfine promuovendone l'assoluzione *perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato*⁷⁴.

La pronuncia che per prima si annota - di pugno del tribunale di Torino - ha marcato sicura la continuità strutturale delle menzionate previsioni incriminatrici contenute nel d.lgs. n. 286/1998 (nella nuova veste prescrittiva di una sanzione pecuniaria e della devoluzione della competenza al giudice di pace), assieme alla mancata dettatura di una disposizione transitoria utile a regolare i rapporti tra norme nel tempo⁷⁵. Se ne è dunque dedotta la conseguenza per cui - di regola - i processi pendenti non potrebbero essere definiti con l'assoluzione dell'imputato, destinato piuttosto ad essere "rinvio" davanti al giudice di pace, a sua volta tenuto a definire i processi con sentenza di condanna per violazione dell'art. 14 d.lgs. n. 286/1998, ferma l'applicazione della disciplina di maggior favore. Tuttavia, proprio tale conclusione è stata additata come capace di determinare «situazioni di inaccettabile disparità di trattamento tra persone che si trovano in situazioni perfettamente omologabili: situazioni analoghe verrebbero infatti ad essere trattate diversamente semplice-

le all'art. 2, co. 2, c.p., non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale, ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa».

⁷³ ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 59 s.

⁷⁴ Trib. Torino, 27 giugno 2011, J. N., in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Torino, 29 giugno 2011, A.G., *ivi*.

⁷⁵ Trib. Torino, 27 giugno 2011, J. N., cit.

mente in funzione del mero dato (casuale) dell'ordine di fissazione dei ruoli dei processi (o - con riguardo agli incidenti di esecuzione già promossi per revoca della sentenza di condanna per violazione dell'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 - del momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna o, perfino, della sollecitudine del giudice dell'esecuzione a sciogliere una riserva assunta in un procedimento ex art. 673 c.p.p.). La sola irragionevolezza di tale approdo impone di ragionare in termini diversi»⁷⁶.

Alla *doverosa inversione*, pertanto, ben si presta - nella mente del giudice - l'aggancio alla teoria della *discontinuità del tipo di illecito*; in base alla quale ammettere «la possibilità di “una abolizione integrale dell'incriminazione senza depenalizzazione”: nel senso che, seppure in presenza di alcune tipologie di incriminazioni riconducibili altresì alla nuova incriminazione, i fatti commessi prima dell'innovazione legislativa - anche se sussumibili all'interno della nuova ipotesi criminosa, e dunque tutt'ora punibili - si ritengono non più perseguibili, giacché l'incriminazione non esiste più come “tipo di illecito”; e l'effetto abolitivo viene esteso anche alle sentenze passate in giudicato».

La breccia in questa direzione è aperta dalla giurisprudenza di legittimità, a seguire la quale un'evenienza del genere - che pure disattende la regola oramai condivisa della ricerca della omogeneità/disomogeneità strutturale delle fattispecie in successione - non può essere esclusa in modo assoluto, «ma deve trovare una sicura fonte nella nuova legge. Le regole dell'art. 2 c.p. infatti sono derogabili sia nel senso della c.d. ultrattività o meglio della perdurante attività (art. 2, co. 4, c.p.), quando manca la continuità, sia nel senso della esclusione della continuità, quando ne ricorrerebbero le condizioni. È quindi possibile che nella legge successiva vi siano elementi indicativi della volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei reati commessi in precedenza, benché esistano le condizioni per l'applicabilità della regola dell'art. 2, co. 3, c.p. Si pensi per esempio a reati collegati con una particolare situazione politica, economica, sociale o giudiziaria e a una legge, diretta al tempo stesso a modificare tale situazione e la disciplina penale, la quale, pur stabilendo che alcuni fatti continuano a costituire reato, intenda escluderne per il passato la punibilità: chiudere con il passato senza indulgenze per il futuro, nel presupposto che la situazione politica, economica, sociale o anche giudiziaria che quei reati aveva originato, e in qualche modo giustificato, o che ne ha reso comunque problematico e discutibile il perseguimento richieda un cambia-

⁷⁶ Trib. Torino, 27 giugno 2011, J. N., cit.

mento che si proietti verso il passato fino al punto della totale abolizione dei reati precedentemente commessi»⁷⁷. Il legislatore, in altre parole, per *intrinseche specifiche ragioni*, avrebbe il potere di togliere rilevanza penale ad un fatto per il passato (*abolitio*) anche se la riformulazione del reato è compiuta in modo tale da mantenere ancora la punibilità di quelle medesime vicende (in tutto o in parte) già comprese nella incriminazione abrogata.

Rispetto al caso oggi in esame, c'è dunque chi ha intravisto simili indici di *discontinuità del tipo di illecito* nella profonda mutazione che ha investito la procedura amministrativa collocata a presupposto del reato, del resto essendo insorta la necessità di intervenire con un decreto legge su tutta la materia in conseguenza del ricordato inadempimento dell'obbligo sovranazionale (certificato dalla Corte di Giustizia e da svariate sentenze di giudici di merito e di legittimità)⁷⁸. In buona sostanza - a monte di ogni altra considerazione - si è ritenuto che una decisione diversa da quella convergente in una ipotesi di *abolitio criminis* verrebbe a porsi in netto contrasto con i principi di effetto utile del diritto comunitario, di doveroso rispetto delle sentenze della Corte di Giustizia e - in particolare - del principio di retroattività del trattamento (penale) più favorevole e del principio di uguaglianza delle persone davanti alla legge.

Pure, l'inquietante chiusa di un siffatto ragionare - per cui «l'esito assolutorio, dunque, si impone, benché la vicenda sfugga alle categorie dogmatiche proprie del diritto nazionale e nonostante l'entrata in vigore del decreto legge n. 89/2011» - ha dato presto voce ad una opinione di dubbio sulla plausibilità del riscontro di cotanti indizi di discontinuità.

Così, un pronunciamento immediatamente successivo - ed ancora una volta del giudicante torinese - si è impegnato a lasciare solo sullo sfondo la questione dell'*ardua* applicabilità del paradigma teorico della c.d. "discontinuità sostanziale", al contempo stemperando ogni perplessità in ordine alle relazioni normative intertemporali col negare *illico et immediate* l'integrazione di una continuità tra la precedente e l'attuale formulazione dell'art. 14, co. 5 *ter* (e 5 *quater*), «di tal che essa deve essere considerata, a tutti gli effetti, una nuova incriminazione, applicabile soltanto ai fatti verificatisi dopo la sua entrata in vigore»⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, Giordano e altri, in *CED Cass.*, n. 248865.

⁷⁸ Trib. Torino, 27 giugno 2011, J. N., cit.

⁷⁹ Trib. Torino, 29 giugno 2011, A.G., cit., che chiude la motivazione in commento affermando: «Tale soluzione permette, oltretutto, di evitare l'irragionevole esito di trovarsi in presenza di condanne definitive pronunciate per il delitto di cui all'art. 14 co. 5-*ter* in parte nel frattempo revocate perché il fatto non è più previsto come reato sulla scorta della sentenza della Corte di giustizia, applicando analogica-

L'arresto porta dunque di nuovo innanzi alla dinamica dei meccanismi di attivazione degli effetti favorevoli importati dalla retroattività di cui all'art. 2 c.p., ed arricchisce la condivisibile schiera delle opinioni a sostegno della rilevanza di ogni modifica c.d. mediata, che discende dall'avvistare nella legge incriminatrice quella composita del «complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto»⁸⁰; nella maturata convinzione che pure le norme «non ricomprese nel precetto penale ne costituiscono, tuttavia, l'indispensabile presupposto o concorrono, comunque, a determinarne il contenuto»⁸¹.

Va perverso ammesso che, parafrasare il fatto ex art. 2 c.p. nel complesso di tutti e ciascuno degli elementi rilevanti alla stregua della dimensione tipica dell'illecito penale (in quanto in essa sussumibili), significa fare riferimento alla fattispecie astratta, ovvero al modello di situazione che il legislatore ha immaginato nei panni ed in funzione di regolare espressione empirica dello specifico disvalore penale. Se, quindi, è ad un fatto di tale contenuto semantico che si riferisce il meccanismo successorio, non può certo negarsi che a disegnarlo concorrano pure le discipline convocate dalla medesima figura incriminatrice ad «esplicitare» un elemento linguistico sinteticamente indicato per il tramite di una locuzione normativa. E questo è certo anche il caso all'attenzione, per quanto concerne la disposizione normativa di cui al co. 5 *bis* dell'art. 14, richiamata a dare corpo contenutistico al violato ordine del questore.

Il rinvio alla disposizione extrapenale non implica infatti il fuoriuscire al di là dei confini della fattispecie astratta, bensì sovviene a fornire una spiegazione in termini espansi di quanto già definito in una «economica» versione riassun-

mente l'art. 673 c.p.p., e di sentenze irrevocabili rispetto alle quali, dopo il 24 giugno 2011, il giudice dell'esecuzione potrebbe soltanto commutare la pena detentiva in pecuniaria, senza eliminare tutti gli altri effetti penali della condanna (art. 2 co. 3 c.p.).» Nel senso di una «rottura della continuità normativa», v. anche Trib. Pinerolo, 14 luglio 2011, L.R., in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁰ «Tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo», così Cass., sez. un., 23 maggio 1987, Tuzet ed altro, in *Cass. pen.*, 1987, 2099 ss.; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695 ss., con commento di PALIERO, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*.

⁸¹ Cass., sez. III, 11 febbraio 2005, Pitrella, in *Cass. pen.*, 2006, 425. Cfr. Cass., sez. I, 10 febbraio 2005, C., in *Dir. pen. proc.*, 2006, 616; Cass., sez. I, 9 marzo 2005, S. e altri, *ibidem*; Cass., sez. I, 2 marzo 2006, B.G., *ibidem*, 614 ss. V. anche Cass., sez. III, 29 gennaio 1998, Sciacchitano, in *Riv. pen.*, 1998, 446; Cass., sez. III, 26 giugno 2002, Nanni, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1466; Cass., sez. V, 4 febbraio 2005, Battaglia e altri, in *Cass. pen.*, 2006, 426.

tiva di immediata scrittura penale⁸². Ciò accade ogni qual volta l'interprete, al fine di pervenire ad una ricostruzione della figura tipica, risulti tenuto - per esplicito o implicito, ma comunque "espresso" volere legislativo - ad appoggiarsi ad una definizione che sta topograficamente fuori della norma penale.

Se ne dovrà concludere come il mutamento - solo testualmente - esterno ingenera precisamente una modifica, abolitiva o successoria che sia, della legge penale identificativa del fatto di reato. Al mutare di questa *definizione*, allora, cambia anche la descrizione dell'illecito⁸³: condizione che evidentemente non si verifica se ed in quanto oggetto del mutamento risulti (esclusivamente) un dato appartenente alla vicenda concreta e non assolvete codesta funzione tipizzante⁸⁴.

In questo cammino incedono del resto gli ultimi interventi delle Sezioni Unite. Accintesi a sciogliere i nodi degli effetti, nei reati di bancarotta, della *modifica* della definizione del "piccolo imprenditore"⁸⁵, prima, e della abrogazione dell'amministrazione controllata⁸⁶, poi, esse hanno (tendenzialmente) dimostrato di aderire ad un criterio strutturale "puro"⁸⁷, che non abbisogna cioè di ricercare conferme della continuità facendo ricorso ai criteri valutativi dei beni tutelati e delle modalità di offesa⁸⁸: «*L'art. 2 c.p., co. 2, al pari del co. 1, postula un rapporto diretto tra norma e "fatto", da intendersi quest'ultimo in senso stretto, l'insieme cioè degli elementi oggettivi, descritti nella fattispecie incriminatrice, che individuano e caratterizzano ogni singolo reato, quale*

⁸² In proposito si consenta il rinvio a FALCINELLI, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normativo-culturale*, Torino, 2007, 67 ss.

⁸³ Cfr. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, 122 ss., 135 ss.; GAMBARDILLA, *Nuovi cittadini dell'Unione europea e abolito criminis parziale dei reati in materia d'immigrazione*, in *Cass. pen.*, 2008, 914, 918; GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, *ibidem*, 2700 ss.

⁸⁴ Osserva efficacemente MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, I, Padova, 2007, 85, che «le modifiche mediate comportano in ogni caso l'applicazione dell'art. 2 c.p.», così «equiparandole, in sostanza, alle modifiche immediate, proprio perché, in entrambi i casi, abbiamo una influenza sulla portata operativa della fattispecie».

⁸⁵ Cass., sez. un., 28 febbraio 2008, Niccoli, cit.

⁸⁶ Cass., sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 177 ss. A commento v. GAMBARDILLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata*, in *Cass. pen.*, 2009, 4124 ss.

⁸⁷ Per un generale ed ultimo sunto in ordine allo stato esegetico relativo all'art. 15 c.p., quale riferito ad una «relazione logico-strutturale tra norme», si rinvia a Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, Giordano e altri, cit., che ne sintetizza il procedimento di verifica «attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse».

⁸⁸ V. la lettura sinottica offerta in merito agli ultimi citati interventi delle Sezioni Unite da GATTA, *Abolizione criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, 430 ss., in part. 437.

forma di offesa a uno o più beni giuridici; come incisivamente si è affermato in dottrina, è il “fatto” - quale primo gradino della serie analitica del reato (antigiuridicità, colpevolezza, punibilità) a “ritagliare il perimetro del penalmente rilevante”⁸⁹.

3. La matrice originaria plasmata dall'art. 650 c.p.: l'*eccezione transeunte*

Gli *equivoci* pensieri così sversati dalla giurisprudenza sul tema della successione temporale dei reati in materia di immigrazione, si sono tuttavia saldati attorno all'idea secondo la quale l'ordinamento non reca in suo seno ipotesi residuali di reato da ritenersi interamente contenute nelle contestazioni *ex artt. 14, commi 5 ter e quater*, d.lgs. n. 286/1998, che siano idonee a riespandersi, senza necessità alcuna di integrazione, a fronte della disapplicazione/abolizione delle fattispecie in esame⁹⁰.

Più puntualmente: posta la questione, che verte sul rilievo penale comunque (eventualmente) da attribuirsi agli accadimenti di specie a fronte della maturata inottemperanza all'ordine dell'autorità competente, la risposta è stata data con l'intendersi preclusa l'applicabilità della contravvenzione *ex art. 650 c.p.*, il cui spessore generale è indiziato dall'incipiare con la tradizionale clausola di riserva che le assegna sussidiaria valenza a fianco di ogni altra, speciale, previsione di incriminazione del fatto.

Un rinnovato interesse - di revisione critica - merita però la ragione della incommunicabilità strutturale in questi termini sottintesa tra le due violazioni omissive, la cui tipicità mettere allo specchio, rispettivamente l'inosservanza da parte dello straniero irregolare dell'ordine di allontanamento emesso dal questore e l'inosservanza individuale di un provvedimento dell'autorità che sia stato dato per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene.

Difatti, è agevole saggiare nell'immediato come entrambe le fattispecie incriminatrici in disamina si apprestino in realtà a tutelare l'interesse concernente la polizia di sicurezza⁹¹, strumentale a quell'ordine pubblico che specificamen-

⁸⁹ Cass., sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, cit., 179.

⁹⁰ Cfr. Cass., sez. I, 28 aprile 2011, p.g. in proc. c. Tourghi, cit.; negli stessi termini Trib. Roma, 4 maggio 2011, R., in *Giur. mer.*, 2011, 1902 ss.; Trib. Torino, 27 giugno 2011, J. N., cit.

⁹¹ Con riguardo all'art. 650 c.p. v. PADOVANI, *Art. 650*, in *Codice Penale*, II, Milano, 2007, 4112.

te riguarda il buon assetto e il regolare andamento del vivere civile, e quindi il collettivo senso della tranquillità e della sicurezza⁹².

Sembra invero che non a caso l'immigrazione irregolare, «concepita come male da estirpare e da criminalizzare»⁹³, sia stata messa al centro delle disposizioni della l. 15 luglio 2009, n. 94, per l'appunto stesa in materia di "sicurezza pubblica", quale etichetta di fenomeni senz'altro eterogenei eppure accomunati da un marcato senso di insicurezza da essi ingenerato nell'opinione pubblica, vuoi per l'effettiva realtà delle cose vuoi per l'amplificazione dei media⁹⁴.

Verso questo senso⁹⁵ converge del resto, senza troppe sfumature, la più moderna "sezione" della nozione che si nomina "sicurezza urbana", valida a localizzare territorialmente un concetto - di «bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale» - che rimane ontologicamente inalterato pur una volta traslato in un contesto di dimensioni nazionali⁹⁶.

Ancora: ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 650 c.p., si apprezzano come pacificamente necessari due tratti: a) che l'inosservanza riguardi un ordine specifico impartito ad un soggetto determinato, in occasione di eventi o circostanze tali da far ritenere necessario che proprio quel soggetto ponga in essere una certa condotta, ovvero si astenga da una certa condotta; e ciò per ragioni di sicurezza (o di ordine pubblico, o di igiene o di giustizia); b) che l'inosservanza riguardi un provvedimento adottato in relazione a situazioni non prefigurate da alcuna specifica previsione normativa che comporti una specifica ed autonoma sanzione⁹⁷.

⁹² V. VIGNA-BELLAGAMBA, *Le contravvenzioni nel codice penale*, Milano, 1974, 284. Cfr. Cass., sez. I, 30 maggio 1995, Capano, in *Cass. pen.* 1996, 3665.

⁹³ Così DOLCINI-MARINUCCI, *Introduzione*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di Corbetta-Della Bella-Gatta, Milano, 2009, XXI.

⁹⁴ Per simili considerazioni si veda GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1323 ss.

⁹⁵ Per una definizione della formula, pur ontologicamente imprecisa e vaga, occorre rifarsi al pensiero del legislatore ed al contenuto dell'art. 1 T.U.L.P.S. (r.d. 18 giugno 1931, n. 773) il quale così recita: «la sicurezza pubblica è l'attività diretta al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità, alla tutela della proprietà, all'osservanza delle leggi, dei regolamenti e delle ordinanze, al soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni e alla prevenzione dei reati».

⁹⁶ Art. 1 (*Incolumità pubblica e sicurezza urbana*), d.m. (Ministero dell'Interno) 5 agosto 2008.

⁹⁷ Cfr. Cass., sez. I, 25 marzo 1999, Di Giovanni ed altri, in *Riv. pen.*, 1999, 541.

L'applicazione dell'art. 650 c.p. presuppone peraltro - *expressis verbis* - l'esistenza di un ordine (manifestazione di volontà dello Stato o di altri enti pubblici) "legalmente dato", ovvero estrinsecazione di una potestà amministrativa diretta a determinare la condotta del soggetto destinatario incidendo direttamente su situazioni soggettive con forza innovativa. Non rientrano, infatti, nella nozione di provvedimento amministrativo ormai compiutamente delineata dalla dottrina pubblicistica, gli atti normativi (con le tipiche caratteristiche dell'astrattezza e della generalità) che, pur potendosi rivolgere ad una ben determinata categoria di persone, non incidono direttamente su situazioni soggettive attive o passive: esse determinano la modificazione in modo definitivo ed irreversibile, piuttosto che di singoli rapporti, dell'ordinamento giuridico in sé, costituendo vere e proprie fonti del diritto⁹⁸.

Altrettanto partecipata è la lettura "di fondo" dei provvedimenti legittimi in commento: essi si identificano (esclusivamente) in quelli che prescrivono una regola di condotta in relazione ad una "contingenza presente e transeunte", in altri termini implicata da un contesto "eccezionale" che sia per l'appunto determinato in relazione a segnate ragioni di sicurezza pubblica (ovvero giustizia, ordine pubblico o igiene)⁹⁹; essi si identificano (esclusivamente) in quelli dotati di una simile, riconoscibile forza obbligatoria rispetto ai destinatari in quanto risultanti legittimi, sia nella sostanza sia nella forma. Per il versante sostanziale, ciò comporta che il provvedimento sia reso in esecuzione di una norma giuridica imperativa per l'Autorità, ovvero quando l'Autorità stessa lo abbia emesso nell'esercizio del potere conferitole; per il versante formale, la condizione è integrata quando il provvedimento rispetti le formalità eventualmente imposte dalla legge per la sua validità.

Spostandosi al centro della questione, quindi al nodo dell'inosservanza del provvedimento di espulsione, una ricognizione del rapporto internormativo spinge lo sguardo del giurista ai tempi in cui tale omissione veniva qualificata in guisa di illecito amministrativo, implicante l'immediato accompagnamento alla frontiera ai sensi dell'art. 7, co. 9, d.l. 30 dicembre 1989, n. 416¹⁰⁰:

⁹⁸ V. Cass., sez. I, 1 dicembre 1995, p.m. in proc. c. Brizzi, in *Cass. pen.* 1997, 999.

⁹⁹ Cass., sez. I, 18 gennaio 1996, n. 570, in *Riv. giur. polizia* 1997, 484; Cass., sez. I, 8 marzo 2001, Salviato, in *Cass. pen.*, 2002, 1710; Cass., I, 10 dicembre 2009, Atif ed altro, in *CED Cass.*, n. 245944; Cass., sez. I, 15 ottobre 1998, Berardinelli ed altro, in *Giust. pen.* 1999, II, 716.

¹⁰⁰ Si citano in estratto i commi di interesse della norma in menzione: «7. Fatto salvo quanto previsto dal co. 5, il questore esegue l'espulsione mediante intimazione allo straniero ad abbandonare entro il termine di quindici giorni il territorio dello Stato secondo le modalità di viaggio prefissato o a presentarsi in questura per l'accompagnamento alla frontiera entro lo stesso termine. 8. Copia del verbale di inti-

l'inapplicabilità della misura penale di cui all'art. 650 c.p. in questo spettro si riconduceva esattamente alla natura speciale della prima disposizione rispetto alla generica previsione contenuta nell'art. 650 c.p., in considerazione degli elementi specializzanti che caratterizzavano la disposizione di cui al citato decreto legge, ravvisabili nella individuazione dell'organo investito del potere di emettere l'ordine di espulsione, nella tipologia dei soggetti destinatari di tale ordine e nella specificazione delle ragioni che possano dar luogo alla espulsione¹⁰¹. Da allora sono trascorse decadi e norme, e la vicinanza delle fattispecie è ancora una volta in discussione, arricchita da considerazioni sui paletti di "invalidabilità" della pronuncia della Corte di Giustizia quanto alla disapplicazione di qualsiasi norma che preveda l'irrogazione della pena della reclusione in conseguenza della mera inosservanza di un ordine di allontanamento diretto allo straniero: è peraltro poco discutibile che la direttrice così posta valga a sinonimo di preclusione di ogni forma di detenzione personale, e sia espandibile quindi anche all'arresto.

Continua comunque ad annidarsi il dubbio concernente la locale specialità rispetto alla contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità cui all'art. 650 c.p., ancorché la si intenda aperta soltanto alla possibilità di irrogare un'ammenda.

Una risoluzione negativa è stata prospettata dalla dottrina contemporanea seguendo la pragmatica logica di non obbligare il giudice a «compiere il consueto (ed invero defaticante) accertamento relativo alla *legittimità* dell'ordine presupposto, naturalmente anche alla luce delle norme della direttiva (gli articoli 6 e ss.) dotate di effetto diretto, riproponendosi qui il problema - affrontato dalla sentenza *Ciola* della Corte di giustizia - dell'idoneità di queste ultime ad impedire la sanzionabilità in sede penale dell'inosservanza di provvedimenti legittimi al tempo della loro emanazione, ma in contrasto con il diritto UE sopravvenuto»¹⁰². Di più. L'argomentazione giuridica a sostegno dell'esclusione è stata estratta da una auspicata interpretazione restrittiva dell'art. 650 c.p., per cui l'ordine violato ex art. 14 T.U.Imm. si porrebbe fuori della menzionata tipicità risultando portatore di tutela rispetto ad inte-

mazione è consegnata allo straniero, che è tenuto ad esibirla agli uffici di polizia di frontiera prima di lasciare il territorio dello Stato e ad ogni richiesta dell'autorità. 9. Lo straniero che non osserva l'intimazione o che comunque si trattiene nel territorio dello Stato oltre il termine prefissato è immediatamente accompagnato alla frontiera». Si rammenta inoltre come l'art. 46, l. 6 marzo 1998, n. 40 abbia abrogato gli articoli 2 e seguenti del citato decreto, e che l'abrogazione è stata confermata dall'art. 47, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

¹⁰¹ Cass., sez. I, 27 febbraio 1998, p.m. in proc. c. Personi Perreira, in *Cass. pen.*, 1999, 1970.

¹⁰² MASERA-VIGANÒ, *Addio articolo 14*, cit.

ressi esclusi dalla forza attrattiva delle generali ragioni dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza, a mente del richiamo della Corte costituzionale per cui tali risulterebbero «non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica»¹⁰³.

Nondimeno, proprio il riesame di entrambi i profili valorizzati dalle attente osservazioni appena riportate, pare convincere della sussistenza di quella specialità che cuce l'esatta misura dei rapporti correnti tra i reati in discussione, e scrive il destino intertemporale del delitto commesso dallo straniero "clandestino".

Così, da un canto, sulle tracce della ricercata specialità, va seguita l'indicazione giurisprudenziale per cui gli ordini di allontanamento emessi in data anteriore al 24 dicembre 2010, sulla base della normativa nazionale, debbano ritenersi formalmente legittimi in forza del principio *tempus regit actum*, non potendosi disapplicare l'atto amministrativo medesimo per illegittimità amministrativa sopravvenuta, quale «principio consolidato nel diritto interno»¹⁰⁴ ed affermato anche in sede comunitaria nella sentenza della Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 29 aprile 1999, Ciola, nella causa C-224/97, ove si è escluso che - in caso di difformità tra atto amministrativo interno di imposizione di un ordine e fonte comunitaria sopravvenuta - il diritto comunitario sopravvenuto possa incidere sulla *validità* dell'atto amministrativo emesso in epoca precedente»¹⁰⁵.

D'altro canto, tali tracce non sono cancellate nel citato *obiter dictum* della Consulta: la "convinzione" dell'afferenza della gestione degli ingressi nel territorio nazionale alla vasta tematica della sicurezza pubblica non viene disattesa nei pur severi moniti lanciati dalla Corte costituzionale al legislatore con la sentenza n. 22 del 2007. Qui si scrive che il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nello Stato è «un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di sicurezza pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a

¹⁰³ MASERA-VIGANÒ, *Addio articolo 14*, cit.

¹⁰⁴ Cons. Stato, 5 ottobre 2005, n. 5316; Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6361.

¹⁰⁵ In questi termini il modello di ricorso per Cassazione utilizzato dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Perugia per impugnare, prima dell'intervento della sentenza CGCE, le sentenze ex art. 444 c.p.p. già pronunciate in data successiva al 24 dicembre 2010, riprodotto testualmente in Trib. Perugia, 13 marzo 2011, D.I., in *Rass. giur. umbra*, 2011, n. 2, in corso di pubblicazione.

che fare con il fenomeno dell'immigrazione»¹⁰⁶. Qui si legge, cioè, che il problema di pubblica sicurezza coinvolto nel controllo dell'immigrazione si interseca con diversi ulteriori bisogni, di eterogenea vocazione, dovendosi questo riflettere nella equilibrata costruzione della tipicità della fattispecie. A conforto, sta del resto la ricordata "assegnazione", assieme culturale e normativa, della disciplina della immigrazione all'ampio settore *de quo*, per soddisfare la "pulsione securitaria"¹⁰⁷ che, diffusa e costante, insorge nei confronti dell'immigrazione irregolare, percepita come fattore di criminogenesi.

La domanda, quindi, torna ancora sulla bocca dell'interprete: se la (confermata) validità dell'atto amministrativo già impartito debba condurre a ritenere a tutt'oggi sussistenti i reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento ex art. 14, in quanto all'epoca legittimamente emesso; ovvero se tale sussistenza integri o meno la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. od altra fattispecie di reato; in ultima istanza se tale atto possa o meno essere valutato in un qualsiasi procedimento penale attivato a seguito della violazione dell'ordine amministrativo impartito.

4. L'*ordinaria insicurezza* nel moderno contesto dei flussi migratori: la temporaneità del diritto dello straniero e la transitorietà dell'ordine di allontanamento

L'analisi fa dunque apprezzare l'esistenza di un rapporto di specialità, tra le due forme di incriminazione citate a parametro giuridico della vicenda, che non è semplicemente strutturale; tra la figura pensata e descritta dal legislatore del 1930 sotto la rubrica dell'art. 650 c.p., ed il delitto plasmato sotto la numerazione dell'art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998¹⁰⁸, corre invero una relazione di *specialità* che potremmo definire *ideologica*, nella misura in cui essa riflette una distanza *epocale* tra i due contesti sociali (ciascuno storicamente e culturalmente identificabile) in cui ha di volta in volta impattato la politica criminale col suo strumento di controllo penale della sicurezza.

La traduzione normativa di queste diverse ed irriducibili atmosfere è trapassata dunque in disposizioni che possono ricondursi ad una uguale ispirazione di

¹⁰⁶ Così, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998, Corte cost., 22 gennaio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, 151 s., con nota di BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*

¹⁰⁷ V. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 559.

¹⁰⁸ Cfr. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza*, cit., 283 s.

fondo, quella di una “politica dell’esclusione” di una data condotta ovvero di un suo dato effetto, nel caso di specie l’esclusione della presenza sul territorio dell’extracomunitario irregolare; questi, tuttavia, solo nel più recente passato è stato considerato come un “nemico” della società¹⁰⁹ non più “occasionale” e bensì “costante”. Così, la “lotta al clandestino”, che un tempo riusciva a sussumere le sue sembianze penali entro i generali tratti di transitoria eccezionalità di cui si dota l’art. 650 c.p., più esattamente di cui si dota il provvedimento inottemperato, legalmente dato per le disquisite ragioni di sicurezza pubblica, si è vista, col trascorrere dello scorso millennio, “costretta” nella speciale configurazione dei reati di ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore, che hanno dichiarato acquisito dalla “questione immigrazione” il carattere dell’*ordinaria (non più eccezionale) emergenza*. Sicché - seguendo una astratta linea di ragionamento - nulla preclude alla contravvenzione in citazione di riespandersi nella sua valenza applicativa alla data in cui l’ordinamento, abolendo il delitto speciale, si rapporti al fatto in discorso contestualizzandolo come episodica ed eccezionale urgenza.

Al seguito di queste considerazioni di prima superficie tocca dunque riconsiderare la successione normativa intercorsa, pesando bene il ruolo che su questa linea deve essere riconosciuto all’ordine di allontanamento: elemento costitutivo dello speciale delitto in richiamo; elemento che - lo si ripete - ha oggi la tara di requisito descrittivo della violazione di un diritto comunitario che concede allo straniero “irregolare” la libertà temporanea (nel minimo fissato in sette giorni) di allontanarsi volontariamente dal territorio nazionale; e che fin dal suo primo predecessore, quale è il provvedimento legalmente dato ex art. 650 c.p., si è calibrato in guisa di fattore normativo temporaneo.

Abbandonando ogni indugio introduttivo, va dunque riattraversato con ampie bracciate l’argomento delle *leggi temporanee* (ed *eccezionali*) secondo la trama dell’art. 2, co. 5, c.p., che riserva il sigillo della temporaneità a quelle leggi che stabiliscono un termine per la loro durata, vale a dire quelle che cessano di avere vigore ad una data prefissa, senza che occorra una nuova disposizione, di caratura abrogativa, per dichiararle estinte¹¹⁰. In due parole, il carattere distintivo si concentra in quello della *transitorietà esplicita*, per essere il relati-

¹⁰⁹ Cfr. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 114 e 131; MAZZA-VIGANÒ, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, VIII; MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina. Tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 446 ss.

¹¹⁰ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 112. Si veda anche Cass., sez. III, 26 maggio 1999, p.m. in proc. c. Conotti ed altro, in *CED Cass.*, n. 214279.

vo periodo di vigenza predeterminato o predeterminabile a priori, tanto spiegando la *ratio* del limitato periodo di applicabilità, che si stringe attorno ai soli fatti commessi nel tempo in cui simili leggi sono in vigore, ovvero incondizionatamente ed esclusivamente a tali fatti¹¹¹.

La temporaneità che espressamente qui qualifica la legge è dunque da assumersi nel senso di durata che trova la chiusa in un arco temporale reso “certo” dall’agganciarsi ad uno o più dati positivamente individuati: quindi la temporaneità assegnata da una norma giuridica. Quella stessa che avvolge il provvedimento/ordine in richiamo, posto che l’estensione concettuale della *legge penale temporanea* è tale da abbracciare anche i singoli elementi costitutivi delle fattispecie criminose che la *voluntas legis* si sia apprestata a “temporalizzare”¹¹².

Simmetrica e parallela è peraltro la transitorietà che indulge nella legge eccezionale, cui la coerente normativa penale ha assegnato pari disciplina in punto di successione. Anche l’eccezionalità della legge diviene sensibile attraverso la latitudine della sua vigenza: essa è dal legislatore subordinata al persistere di una situazione eccezionale cui la normativa deve far fronte (guerra, stato di assedio, terremoto, alluvione, epidemia, ecc.)¹¹³, cessata la quale esse pure cessano di esistere¹¹⁴.

Si avverte allora, senza difficoltà alcuna, l’unitaria logica che entrambe le ipotesi avvinca, in quanto votate alla regolamentazione di situazioni contingenti e transeunti, in sostanza geneticamente segnate da un carattere transitorio¹¹⁵ che

¹¹¹ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 162.

¹¹² Sulla tematica, in generale, si rinvia a FALCINELLI, *La mappa cronologica dell’illecito penale: la disciplina del reato nel tempo e gli elementi del tempo del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 200 ss.

¹¹³ Cfr. Cass., sez. III, 5 giugno 1984, Attanasio, in *Riv. pen.*, 1985, 728.

¹¹⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 90. Sul tema si vedano in particolare BATTAGLINI, *Sulla ultrattività delle leggi temporanee ed eccezionali*, in *Giust. pen.*, 1931, I, 244 ss.; PAOLI, *Extrattività delle leggi penali temporanee, eccezionali e finanziarie*, in *Studi Longhi*, in *Riv. pen.*, 1935, 149 ss.

¹¹⁵ Per l’approfondimento del concetto si rinvia a MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, I, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 1999, 91 s.; GIULIANI A., *Le disposizioni sulla legge in generale gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, I, diretto da Rescigno, Torino, 1999, in part. 490 ss., che definisce l’oggetto del diritto transitorio come l’insieme delle «norme dettate espressamente dal legislatore per indicare i casi in cui la nuova norma opera retroattivamente» (op. cit., 470); DAMIANI, *Le disposizioni transitorie. Studio sulla ragionevolezza dell’efficacia della legge nel tempo*, Padova, 2008, *passim*, in part. 138 ss.; MATUCCI, *Tutela dell’affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009, 35 ss.

In dettaglio, nel senso che con il sintagma “disposizione transitoria” si intendano quegli enunciati legislativi che *derogano* alle norme o ai principi di diritto intertemporale, SCOLETTA, *L’abolitio criminis “parziale” tra vincoli costituzionali e aporie processuali*, in *Studi in onore di M. Pisani*, Piacenza, 2010, 559 ss., per cui conferiscono talvolta ultrattività alle norme della vecchia disciplina, talaltra retroattività espressa alle norme della nuova disciplina.

le rende “leggi di transizione”¹¹⁶: tali, nel caso dell’eccezione, assumono un implicito periodo di vigenza, “certamente” a scadere in coincidenza del pre-determinabile (ma non attraverso date di calendario) venir meno della situazione eccezionale in relazione alla quale furono emanate ed alla cui disciplina sono state teleologicamente dirette¹¹⁷.

Quanto a dire che il senso dell’eccezionalità, assorbito entro la lata cornice del temporaneo, sta tutto nella contingenza della disciplina apprestata, eletta a regolamentare un dato che l’ordinamento ha inteso assumere non come sua (tendenziale) *costante* strutturale, bensì come occasionale *episodio*, vivente in un limbo cronologico che rimane documentato, piuttosto che direttamente dal puro scorrere del tempo, dal persistere di certe, stabilite, condizioni. Ci si accorge allora che l’eccezione di cui si parla è il “prodotto” di un sistema giuridico che ha scelto di escludere la “regolare” continuità dell’esistenza di un determinato sfondo fattuale, e quindi anche della disciplina a questo riservata, rappresentando invece l’esigenza che tale sfondo sia mutevole, in altri termini non duraturo.

Si tratta dunque di fermarsi a verificare se le disposizioni chiamate in causa in questa cornice riflessiva si arricchiscano o meno di un simile carattere, puntualizzando in via preliminare, a corollario delle considerazioni appena espresse, come l’art. 2, co. 5, c.p. faccia riferimento non ad una generica temporaneità, che pure è connotato di transitorietà comune ad entrambe le speciali categorie legislative ivi disciplinate, ma alla sola temporaneità convenzionalmente statuita. La temporaneità che espressamente qualifica la legge è dunque da assumersi nel senso di durata che trova “certa” (non anche “necessaria” per l’ordito e nello spirito dell’ordinamento, come è per la legge eccezionale) la cessazione del suo periodo di persistenza, resa tale proprio dall’ancorarsi ad uno o più dati positivamente individuati: cioè la temporaneità assegnata da una norma giuridica.

Da questo scorcio, si avvistano nitidi i bordi del carattere “temporaneo” assunto dal provvedimento la cui inosservanza descrive il fatto *ex art. 650 c.p.*¹¹⁸:

¹¹⁶ Cfr. ROUBIER, *Le droit transitoire: conflits de lois dans le temps*, Parigi, 1960, 32.

¹¹⁷ Cass., sez. III, 29 gennaio 1998, Sciacchitano, cit.

¹¹⁸ Convengono trattarsi di norma penale in bianco CARBONI, *L’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell’articolo 650 del Codice Penale*, Milano, 1970, 154; SINISCALCO, *Inosservanza dei provvedimenti dell’autorità*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 664; BRICOLA, *art. 25, commi 2 e 3, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 247 ss.. Ritengono invece il provvedimento *de quo* estraneo alla norma ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, cit., 146; DE VERO, *Inosservanza di provvedimenti di polizia*

ivi, la qualifica del provvedimento violato nei termini di «provvedimento legalmente dato» vale a “trattenerne” la considerazione del significato penale al tempo della relativa emissione in modo da rendere inefficiente ex art. 2, co. 2, c.p. l'occorsa abrogazione della categoria provvedimentale di specie¹¹⁹, ovvero il mutare del relativo procedimento amministrativo di emanazione o ancora del rispettivo contenuto dispositivo. Ciò si spiega proprio in quello sfondo di “eccezionale urgenza” che si è pacificamente inteso definire l'individuale e contingente ragione (e contesto) della deliberazione impositiva.

5. Discontinuità strutturale ed effetto irretroattivo del precetto: la *perenne emergenza* nelle righe dell'art. 2, co. 5 c.p.

La conclusione sulla “temporaneità normativa” dell'elemento tipizzante non muta direzione con riguardo all'ordine di allontanamento del questore ex art. 14 d.lgs. n. 286/1998, che tanto “scade” - nel senso che cessa nella sua esistenza giuridica - allo scoccare del quinto/settimo giorno dalla sua emanazione (a seconda dell'antesignana o della attuale formulazione del precetto), che ne rimane (e rimaneva) disciplinata la discussa “possibilità” di reiterazione per lo straniero già resone destinatario, il quale continui a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, con l'altrettanto discussa “possibilità” di una spirale

e manifestazioni sediziose e pericolose (contravvenzioni), in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 76 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 109 ss.

¹¹⁹ Salda, in dottrina, la soluzione per cui l'ipotesi di “abolizione” del provvedimento amministrativo individuale e concreto, la cui mancanza o inosservanza struttura la fattispecie, non ricada nel governo dell'art. 2 c.p., cfr. BRUNELLI, *Rilevanza penale dell'abolizione del servizio militare obbligatorio: tra successione di norme e “scomparsa” del fatto tipico*, in *Cass. pen.*, 2006, 1687. L'irrelevanza è ampiamente sostenuta anche in giurisprudenza, in particolare si ritiene che tali disposizioni non abbisognino di integrazione alcuna riguardo alla portata ed al significato di suddetto elemento, giacché l'attività è lecita se esiste il permesso di svolgerla, illecita in caso contrario, a prescindere da qualsivoglia modificazione che intervenga all'interno o sulle condizioni dei provvedimenti medesimi. Cass., sez. IV, 10 marzo 1999, Brunetto, in *Arch. circolaz.*, 1999, 901, in attuazione di tale principio ha escluso il determinarsi di una successione di leggi penali nel tempo rispetto al delitto di trasporto senza autorizzazione di cui all'art. 46 del nuovo codice della strada per effetto dell'art. 88, co. 2, parte seconda della legge citata, che stabilisce non applicarsi le disposizioni della l. 6 giugno 1974 n. 298 agli autoveicoli aventi una massa complessiva a pieno carico non superiore a sei tonnellate. Conforme la giurisprudenza in tema di guida di autovettura con patente sospesa, di cui è stata riconosciuta la persistente natura contravvenzionale ai sensi dell'art. 80 del codice stradale del 1959 pure a fronte della norma di cui all'art. 1, l. 3 agosto 1988, n. 327, che ha previsto la cessazione *ex nunc* dell'efficacia della diffida e dei provvedimenti di diniego, di sospensione o di revoca della patente di guida emessi in conseguenza della diffida del questore, Cass., sez. I, 29 marzo 1989, Armenio, in *Cass. pen.*, 1990, 1135; Cass., sez. IV, 18 dicembre 1989, Sacramati, *ivi*, 1991, 1374; Cass., sez. IV, 21 febbraio 1990, Fezza, in *Riv. pen.*, 1991, 415.

di condanne che così si dimostra capace di fuoriuscire dal dettato del co. 5 *quater*, per come scritto già ieri ed ancora oggi¹²⁰.

Sta qui, del resto, la più smaccata riprova di un “diritto a scadenza” (quello di origine comunitaria) tramutato in elemento normativo giuridico “a tempo” (l’ordine *ex co. 5 bis*), espressamente calendarizzato in ragione dell’oramai acquisita *ordinarietà* del (*pericolo* implicato nel) fatto di ingresso irregolare/clandestino, che non si sposa più con la temporanea eccezionalità di cui all’art. 650 c.p. Sia l’uno - il diritto scriminante - sia l’altro - il *nuovo* provvedimento la cui inosservanza compone il precetto - determinano dunque, in ultima istanza, un mutamento intertemporale della fattispecie penale del già art. 14, co. 5 *ter*, che a rigore “cessa di essere prevista dalla legge come reato”, ora per il venir meno dell’antigiuridicità del fatto ora per il venire meno della relativa tipicità; Sia l’uno sia l’altro mutamento rimangono tuttavia disciplinati dalla derogatoria previsione di cui al co. 5 dell’art. 2 c.p., avendosi a che fare con leggi temporanee (*in parte qua*), ad effetto delle quali permane inalterata la significanza criminale, per l’appunto *ex art. 14, co. 5 ter*, d.lgs. n. 286/1998 vecchia scrittura, dei fatti perfezionatisi per il tramite di decreti emessi prima del termine di scadenza per l’attuazione della direttiva comunitaria. Peraltro, è l’elementare logica penale a portare fuori della linea di discussione tutti quegli episodi che ruotano attorno a provvedimenti di allontanamento emessi successivamente al menzionato termine attuativo ed alla stregua di un procedimento amministrativo “vecchia dizione”, vale a dire “non legittimo” perché in lesione del sancito diritto comunitario: qui (*ex nunc*), la nuova libertà gioca - secondo le regole - il suo ruolo scriminante, lasciando oggi alla innovata legislazione il ruolo di attuale parametro giuridico della vicenda.

L’opzione esegetica proposta in questi termini si pone dunque in innegabile e dirompente contrasto con quella “lettura di sistema” - della quale si è già dato conto - che ha riconosciuto il fatto di cui al previgente art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. n. 286 del 1998 come non più previsto dalla legge come reato¹²¹. Eppure, il

¹²⁰ Già negata dalla Cassazione nell’assetto normativo precedente alla riforma del 2009, cfr. ad es. Cass. 14 maggio 2006, n. 20374, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1536 s., con nota di VIZZARDI, *Illecito trattenimento del clandestino: la legge non consente “spirali di condanne”*. Nel senso del testo GATTA, *Immigrazione e delitti contro l’amministrazione della giustizia*, cit. V. anche le riflessioni in tema di CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza*, cit., 280, che ritiene possibile un’interpretazione restrittiva del co. 5 *quater*, capace di scongiurare l’eventualità di una “spirale di condanne”.

¹²¹ In termini anche App. Cagliari, 16 giugno 2011, Ma.Da.; Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4313, Ministero dell’Interno e altri c. Ka.Ud.; Cons. Stato, sez. III, 19 luglio 2011, n. 4368, To.Ab. c. U.T.G. - Prefettura di Brescia.

ragionamento attorno alla “temporalizzazione” di elementi costitutivi della fattispecie tipica pare calzare esattamente alle ipotesi di inadempimento in discussione, rese di natura temporanea per una scelta ordinamentale che trae seco l’operare della richiamata deroga in tema di successione di norme penali nel tempo, ancorché esse si attestino - come nel caso - portatrici di una discontinuità strutturale nella definizione del fatto di reato, altrimenti gestita dall’art. 2, co. 2, c.p.

Si parta allora dall’assunto per cui l’art. 2, co. 5, c.p. è l’unico incaricato nel dettare la regolamentazione dell’efficacia temporale delle leggi penali ivi contemplate, anche per quanto ne concerne l’avvicendamento¹²², e dunque anche la dinamica della consequenzialità tra leggi tutte temporanee od eccezionali. A questo riguardo emerge, tranciante, un dato negativo: il ripristino in tutta la sua efficacia del principio generale che vuole ogni fatto regolato dalla legge penale del tempo in cui fu commesso, senza possibilità alcuna di raffronto con altre leggi¹²³, non è affatto vulnerato dal contesto letterale della deroga, che non dà conforto a distinzioni tra il caso in cui alla legge eccezionale succeda una legge ordinaria ed il caso in cui gli succeda altra parimenti d’eccezione¹²⁴. Mentre le parole del legislatore non avrebbero potuto esimersi dal segnare chiaramente il confine con cui si fosse voluto delimitare all’una o all’altra casistica la disposta innovazione (apportata al tempo della codificazione Rocco dall’allora co. 4 dell’art. 2 c.p.)¹²⁵.

La falsificazione di un simile dogma, d’altronde, non è stata conquistata neppure all’esito del dibattito che è venuto maturando sul tema: l’ottica “assoluta”, per cui sempre va disconosciuta la retroattività della legge più favorevole quando si abbia a che fare con leggi di tal conto¹²⁶, portata avanti da una certa schiera di interpreti, si è col tempo giustapposta ad una lettura “relativa”, che ha sostenuto la retroattività della legge temporanea od eccezionale successiva sorretta dalla medesima *ratio*, e cioè emanata per disciplinare la stessa situa-

¹²² Sul tema v. le osservazioni già sviluppate in FALCINELLI, *L’eccezione “retroattiva”: il passaggio a nord-ovest per la successione delle leggi eccezionali e temporanee favorevoli*, in *Cass. pen.*, 2009, 2890 ss.

¹²³ SALTELLI, *L’etica fascista nella nuova legislazione civile e la disciplina annonaria*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1942, 638.

¹²⁴ Cass., sez. I, 10 aprile 1942, p.m. in proc. c. De Magistris, in *Mass. Riv. pen.*, 1942, 454 s.

¹²⁵ Cass., sez. I, 15 maggio 1942, p.m. in proc. c. Scaduto, in *Giust. pen.*, 1942, III, 359.

¹²⁶ ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 71 s.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 45; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 98. In giurisprudenza Cass., sez. I, 19 dicembre 1941, Di Carmine, in *Giust. pen.*, 1942, III, 132, con nota difforme di BATTAGLINI, *In tema di sottrazione di generi alimentari al normale consumo*, *ibidem*, 133 ss.

zione di emergenza¹²⁷. Un'ipotesi, questa, sulla cui operatività potersi trovare a questionare davanti allo scorrere tra le formulazioni dell'art. 14, co. 5 *ter*, T.U.Imm. - una volta metabolizzata la natura temporanea del provvedimento sulla cui violazione si incentrano e sempre che se ne disconosca l'esistente discontinuità strutturale - venendone a discendere l'efficacia "generale", nel senso di retroattiva, della più favorevole sanzione pecuniaria sopravvenuta. V'è allora da rammentare come nelle prime pagine dell'interpretazione talune massime abbiano dichiarato l'applicabilità della disposizione più mite in caso di successione fra leggi eccezionali¹²⁸, accogliendo la tesi riduttiva circa la portata del divieto «dell'extraattività della legge più favorevole al reo in tema di leggi temporanee ed eccezionali, giacché tale articolo disciplina il caso di una legge meno severa succeduta alla legge eccezionale più severa, e non il caso inverso»¹²⁹. Accanto, si scorgevano sporadiche decisioni a segnare il passo di un orientamento intermedio, volto a negare validità al divieto di retroattività quando una legge eccezionale fosse stata sostituita da altra legge eccezionale determinata dal solo fine di disciplinare più organicamente la materia¹³⁰. Ma ben presto dominante - la casistica ricorrente ha coinvolto la normativa annonaria¹³¹, quella in tema di blocco dei prezzi¹³², nonché il diritto penale mili-

¹²⁷ VASSALLI, *Successione di più leggi eccezionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1943, 222; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 162; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 90.

¹²⁸ Cass., sez. I, 1 dicembre 1941, Longhi, in *Giust. pen.*, 1942, III, 131 s. Nella fattispecie, di sottrazione di merci al consumo normale compiuta allo scopo di costituire eccessive provviste familiari, si è ritenuto configurabile il reato ex art. 12, l. 8 luglio 1941, n. 645, pur trattandosi di fatto commesso prima dell'entrata in vigore della suddetta legge, più favorevole rispetto all'allora vigente r.d.l. 3 settembre 1939, n. 1337, conv. in l. 4 dicembre 1939, n. 2094. Conforme l'opinione di CRISPO, *L'art. 2 del c.p. in rapporto alla successione di leggi eccezionali con particolare riferimento al r.d.l. 3 settembre 1939, n. 1337 e alla l. 8 luglio 1941, n. 645*, in *La Toga*, 1941, n. 15.

¹²⁹ Cass. sez. I, 31 ottobre 1941, Bonafini, in *Giust. pen.*, 1942, IV, 338.

¹³⁰ Trib. Roma, 7 agosto 1941, Mari, in *Riv. pen.*, 1941, 1191 ss., per cui tale sarebbe il caso della l. 8 luglio 1941, n. 645 rispetto alle leggi annonarie preesistenti. In guisa analoga si esprime MARUCCI, *Diritto penale annonario*, Milano, 1942, 102 ss., osservando che il carattere eccezionale di tali leggi annonarie non deve trarre in inganno: «Nel caso, si tratta di una legge che non ha inteso altro che specificare, diremmo quasi diluire, degradare, l'unica configurazione di altra legge precedente in varie configurazioni criminose, rispondenti tutte allo stesso concetto fondamentale, ma comportanti diverse sanzioni, che vanno da quella più grave prevista per la generica sottrazione al normale consumo a quella meno grave per la sottrazione particolare di merci al sistema del conferimento obbligatorio, a quelle ancor meno gravi commesse mediante illecito commercio o deviazione della merce dalla sua normale destinazione».

¹³¹ Cass., sez. I, 15 dicembre 1941, Mancini, in *Mass. Riv. pen.*, 1942, 261: «Il disposto del cpv. 3 dell'art. 2 cod. pen. concerne anche l'ipotesi che si tratti di legge eccezionale che ne ha sostituita altra, pure di carattere eccezionale, determinata dagli stessi motivi e dallo scopo di più organicamente disciplinare la materia»; Cass., sez. I, 30 gennaio 1942, p.m. in proc. c. Martori, *ibidem*, 244; Cass., sez. I,

tare¹³³ - è divenuta l'affermazione giurisprudenziale del principio dell'unicità dell'art. 2, terzo capoverso, c.p., «e cioè che ciascuna legge eccezionale è chiamata a regolare i casi verificatisi sotto il suo impero a nulla rilevando quello che possa essere l'ordinamento giuridico che ad esso sia succeduto, e pertanto anche il caso in cui tale ordinamento importi la *abolitio criminis* per i reati previsti nella legge precedente»¹³⁴. Ad essa hanno aderito i dogmatici che, in «quelle medesime ragioni che hanno consigliato l'adozione del principio della ultra-attività delle leggi eccezionali e temporanee, ossia che i fatti commessi sotto il loro impero recano impressa la sanzione che non può mutare per il sopravvenire di nuove norme sulla stessa materia o per il ripristinato vigore della legge comune», hanno rinvenuto la spiegazione del «loro valore tanto rispetto alla successione di leggi eccezionali alle comuni quanto rispetto alla successione di leggi penali ad altre della medesima specie»¹³⁵.

Continuando da qua a tessere la tela del ragionamento, esso si snoda allineare anche nella porzione all'attenzione, all'insegna di una ragionevole logica di temporaneità dettata a reggere con la normativa rispettivamente in vigore i fatti al tempo commessi, resi impermeabili - per ordine cronologico - alla sopravvenuta edificazione comunitaria dello spazio di libertà garantita così come al ridisegno nazionale dell'accadimento criminale e della correlata risposta sanzionatoria: a valere solo per un futuro di nuova gestione e controllo "europei" dei flussi di immigrazione.

18 maggio 1942, p.m. in proc. c. Brunero, *ibidem*, 553; Cass., sez. I, 18 maggio 1942, Orsini, in *Giust. pen.*, 1943, II, 197, Cass., sez. I, 2 dicembre 1942, Ripamonti e altri, *ibidem*, II, 197.

¹³² Cass., sez. I, 8 maggio 1942, Sentinelli, in *Mass. Riv. pen.*, 1942, 525: «la legge eccezionale, per il solo fatto che circoscrive la illiceità penale della trasgressione entro dati confini di tempo, porta in sé il precepto dell'obbligatorietà della sua applicazione anche al di là di tali confini, qualunque sia la natura della legge successiva, o che si tratti di legge diversa, pure eccezionale, o che riprenda vigore la legge ordinaria meno severa»; Cass., sez. I, 8 maggio 1942, p.m. in proc. c. Agostani, *ibidem*, 525: «Non può applicarsi il disposto dell'art. 2 cpv. 1, cod. pen., giacché per le leggi eccezionali e contingenti, a tenore del cpv. 3, dato tale carattere, non si applicano le disposizioni di quelli precedenti, anche quando si tratti di legge di carattere eccezionale che ne ha sostituita altra pure di carattere eccezionale, determinata dagli stessi motivi e dallo scopo di più organicamente disciplinare la materia».

¹³³ Trib. Supremo Militare di Guerra, 17 aprile 1942, Cimò, in *Riv. pen.*, 1942, 509.

¹³⁴ Cass., sez. I, 19 dicembre 1941, Di Carmine, cit. Sulla pronuncia si vedano le note di VASSALLI, *Successione di più leggi eccezionali*, cit., 213 ss.

¹³⁵ PIOLETTI, *Osservazioni in tema di successione di leggi penali eccezionali*, in *Mass. giur. corporativa*, 1941, 489 ss. Nello stesso senso LOASSES, *Le nuove sanzioni in materia di approvvigionamenti e consumi*, in *La Toga*, 1941, n. 13; ROBERTO, *Successione di leggi eccezionali*, in *Il pensiero giuridico penale*, 1942, 78 ss.