



CORTE DI APPELLO DI BRESCIA

Brescia, 9 giugno 2011

**Alla Presidente
della Corte di Appello di
Brescia**

Nella causa promossa dal Procuratore Generale - sede

Nei confronti di Seferovic Ekrem alias Salkanovic Daniele

Registrata al numero 104/11 di Registro Generale penale esecuzione

Avente ad oggetto: revoca della sentenza per abolizione del reato

Tenutasi all'udienza camerale del 26 maggio 2011

Segnalo una decisione basata su un principio innovativo come di seguito sinteticamente descritto:

effetti della recente sentenza della Corte Europea 28.4.2011 (El Didri) e della legge 94/2009 sui reati di cui agli artt. 6 comma 3 e 14 comma 5 ter D. L.vo 286/98 ; conseguente declaratoria di non eseguibilità della pena irrogata con utilizzo della procedura ex art. 673 c.p.p.

Il Consigliere Estensore
dr. Giorgio Barbuto

VISTO. _____

Il Presidente di Sezione

VISTO. SI RITIENE conveniente la revoca delle diffide

La Presidente della Corte di Appello di Brescia
Graziana Campanato

e pubblic.
nel n. h

REPUBBLICA ITALIANA
CORTE D'APPELLO DI BRESCIA
1[^] sezione penale

Dott. Enrico Fischetti	Presidente
Dott. Enzo Rosina	Consigliere
Dott. Giorgio Barbuto	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

p r e m e s s o

- che Seferovic Ekrem alias Salkanovic Daniele, nato a Mostar (Yugoslavia) il 6.12.67 è stato condannato con sentenza emessa da questa Corte in data 8.7.2010 , irrev. 7.10.2010 per la violazione degli artt. 6 comma 3 e 14 comma 5 *ter* D. L.vo 286/98 ;
- che il P.G. in Sede, in data 7.5.2011, ha chiesto ai sensi dell'art. 673 c.p.p., la revoca della sentenza in parola limitatamente ai suddetti reati per effetto della pronuncia della Corte Europea (sent. 28.4.2011) e delle modifiche apportate dalla legge 94/2009, con la conseguente declaratoria di non eseguibilità della pena irrogata per i medesimi reati ;
- che detta richiesta deve essere accolta perché conforme alle norme presupposte e richiamate;
- invero, l'art. 14 comma 5 *ter* D. L.vo 286/98 ha subito una modifica attraverso l'applicazione diretta degli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri 115/2008 come interpretata dalla sentenza El Didri della Corte di Giustizia del 28.4.2011, disposizioni che hanno inciso non solo sulla norma penale,

tanto da imporne la disapplicazione/non applicazione, perché compromette la realizzazione dell'obiettivo della disciplina dell'Unione e segnatamente dell'art. 8 n.1 (eseguire la decisione di rimpatrio), ma anche sul procedimento amministrativo dell'espulsione, di cui al TU immigr., che costituisce il presupposto dell'elemento normativo della fattispecie; il fatto, quindi, non è più previsto come reato in forza di una legge -direttiva immediatamente esecutiva- successiva;

come è noto, il giudice nazionale deve attenersi alla conclusione resa dalla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 164 del Trattato C.E.E (fattispecie in tema di detenzione di CD privi di contrassegno S.I.A.E. (v. Cass. Sez. VII, sent. n. 21579/08 e succ.), in quanto l'interpretazione del diritto comunitario da parte di tale Corte ha efficacia vincolante per tutte le autorità (giurisdizionali o amministrative) degli stati membri. La sentenza della CGE, interpretativa di una norma comunitaria, infatti, si incorpora nella stessa e ne integra il precetto con efficacia immediata e retroattiva, come avviene a seguito dell'accoglimento di una questione di legittimità costituzionale (v. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 10/5/2011).In questi termini vedi anche Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 9.9.2003, C-198/01 secondo cui: "*il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore*";

l'effetto di tale diretta applicazione non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie (Corte Cost. n.168 del 1991);

in ordine alle conseguenze sugli atti amministrativi adottati antecedentemente alla normativa comunitaria non vige il principio *tempus regit actum*, in quanto anche i provvedimenti amministrativi in contrasto con la norma europea successiva vanno necessariamente disapplicati (*rectius*

non applicati) nel giudizio sulla legittimità della sanzione penale irrogata per l'inosservanza di tale norma. Infatti, secondo la Corte di Giustizia, la tutela giurisdizionale accordata ai singoli dalle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta non può dipendere dalla natura legislativa od amministrativa della disposizione del diritto interno con esse contrastanti (sent. 9.9.2003, cit);

- l'art. 6 comma 3 D. L.vo 286/98 è stato sottoposto a modifiche dalla legge 94 del 2009, con limitazione dell'individuazione del soggetto attivo al solo straniero regolare, unico per il quale è esigibile la condotta di esibizione del permesso o della carta di soggiorno, così come emerge dalla motivazione della sentenza delle S.U.16453/2011.

Alla previgente disposizione se ne è sostituita un'altra, in rapporto di specialità: omessa esibizione dei documenti di identificazione e del permesso/carta di soggiorno da parte dello straniero.

Quindi per gli stranieri irregolari, a cui detta norma non si applica (ma si applica al più l'art. 10 bis TU Imm che non si colloca in continuità normativa con l'art. 6 per l'evidente eterogeneità rispetto ad esso), si deve procedere a revoca della sentenza ex art. 673 c.p.p. per *abolitio criminis*.

Rileva il Collegio che nella fattispecie è stata svolta dalla PG, in fase di indagine, la verifica circa la condizione di irregolarità dello straniero che non ha esibito i documenti di cui all'art. 6, come emerge dalla contestazione e condanna pure per la violazione dell'art. 14 co.5 *ter*, da cui si deduce l'irregolarità della presenza del soggetto controllato sul territorio italiano alla data della consumazione del reato di omessa esibizione (dovendo altrimenti essere disposta nella fase esecutiva l'acquisizione di informazioni ai sensi dell'art. 666 co.5 c.p.p. presso l'Ufficio Stranieri della Questura);

- ne discende la revoca della succitata sentenza quanto ai reati sub capi a) e

c) della rubrica, perché i fatti ivi descritti non sono più previsti dalla legge come reato, riducendosi per l'effetto la pena già irrogata al condannato nella misura indicata in dispositivo.

- da ultimo, quanto alla procedura richiesta dalla P.G. , il Collegio osserva che le ipotesi ricomprese nell'art.673 c.p.p. - che attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di revoca della sentenza di condanna o del decreto penale quando "*il fatto non è previsto dalla legge come reato*" - sono le seguenti:

1) *abolitio criminis*, così come previsto dall'art. 2 comma 2 c.p. (*nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali*);

2) *declaratoria di incostituzionalità ex art. 30 della legge 11 marzo 1953 n. 87* (*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*).

Il G.E. provvede allo stesso modo allorché "*è stata pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità*"

Pertanto, per una più chiara e corretta applicazione dell'art. 673 c.p.p. ad entrambi i casi di specie (artt. 6 e 14 commi 5 *ter*) è utile richiamare la sentenza delle S.U. n. 24468 del 2009 che fornisce parametri certi all'interprete in relazione all'ammissibilità della revoca delle sentenze per *abolitio criminis* "*Se l'intervento legislativo posteriore altera la fisionomia della fattispecie nel senso che sopprime un elemento strutturale della stessa e, quindi, la figura di reato in essa descritta, ci si trova - di norma - di fronte ad una ipotesi di abolitio criminis, il fatto cioè, già penalmente rilevante, diventa penalmente irrilevante per effetto dell'abrogazione di quell'elemento, quale conseguenza del mutato giudizio di disvalore insito nella scelta di politica criminale; in questo caso, non può non trovare applicazione la disciplina*

prevista dal secondo comma dell'art. 2 c.p. La ratio della retroattività della legge abolitrice del reato va individuata nell'esigenza di giustizia e di ragionevolezza, non potendosi tollerare di continuare a punire chi in passato ha commesso un fatto che l'ordinamento non ritiene più meritevole o bisognoso di pena.,

Quanto alla direttiva occorre precisare che la Corte di Giustizia ha chiaramente affermato che disapplicazione non significa abrogazione , né annullamento della legge nazionale . L'annullamento e l'abrogazione spetta, infatti, al legislatore nazionale (così si è espressa anche la Corte cost. nella sent. 170/1984).

Nulla esclude, tuttavia, sul piano del diritto dell'Unione europea , che a tale conclusione si pervenga, appunto, applicando norme nazionali.

In questo senso si è espresso Consiglio di Stato in relazione al rigetto dell'istanza di regolarizzazione (art. 1-ter, co. 13, della l. n. 102/2009) a causa della condanna ai sensi dell'art 14, co. 5 ter, D.Lgs. n. 286/1998. In maniera un po' criptica il Consiglio di Stato afferma che "l'entrata in vigore della normativa comunitaria ha prodotto l'abolizione del reato previsto dalla disposizione sopra citata, e ciò, a norma dell'art. 2 del codice penale, ha effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali. Tale retroattività non può riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell'emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato".

Ad analoga conclusione è giunta la Procura generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione che in una nota del 3 maggio 2011 ha affermato che poiché gli artt. 14, co. 5 ter e quater del D.Lgs. n. 286/1998 non possono più trovare applicazione, il fatto non è più previsto dalla legge come reato, richiedendo l'applicazione degli articoli 665 e 673 del c.p.p.;

-si ricava, pertanto, la possibilità un'applicazione analogica della suddette

norme processuali, ammissibile in quanto in *bonam partem* (in questi termini, peraltro, si è di recente espressa la S.C. “*In tema di esecuzione, la revoca della sentenza di condanna opera anche, in virtù di interpretazione estensiva o analogica, nel caso d'inapplicabilità sopravvenuta della norma nazionale per effetto di pronuncia della Corte di Giustizia CE che ne affermi l'incompatibilità con quella comunitaria*”, così Cass, sez. VII, n.21579 del 6.3.2008).

visti gli artt.665 ss. c.p.p. e le norme da essi richiamate,

r e v o c a

la sentenza di condanna emessa dalla Corte di Appello di Brescia in data 8.7.2010 , irrev. il 7.10.2001 , limitatamente ai reati sub capi a) e c) della rubrica, perché i fatti non sono più previsti dalla legge come reato, con conseguente non eseguibilità della pena per gli stessi irrogata pari a complessivi anni 1, mesi 6, giorni 15 reclusione ;

m a n d a

alla cancelleria per le necessarie comunicazioni e notificazioni.

Brescia , 26.5.2011

Il Consigliere rel.

Il Presidente