

## **Sentenza della Suprema Corte di Cassazione 18 gennaio 2008, n. 2907**

*Immigrazione – ordine di espulsione – violazione - esimente – omosessualità – accertamento in concreto – necessità – sussistenza.*

### **SEZIONE I PENALE**

#### **Svolgimento del processo**

Con sentenza del 28/6/2006 (dep. il 25/9/2006) il Tribunale di Modena, in composizione monocratica, ha assolto H.S. dal reato di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 ter (omesso ottemperamento all'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato intimatogli dal Questore di Modena in data 7/1/2006) ritenendo che, attese la condizione di omosessualità dell'imputato e la possibilità di essere perseguitato nel proprio Paese - Marocco - avendo riguardo alla legislazione ivi vigente, sussistesse un giustificato motivo dell'inosservanza addebitata allo straniero.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso il 13/11/2006 il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Bologna lamentando violazione di legge consistente nella omessa considerazione che la condizione addotta dall'imputato non configurasse una ipotesi di impedimento alla esecuzione dell'ordine di allontanamento ma, eventualmente, una causa di impedimento all'esecuzione del decreto espulsivo ove accertato, a seguito della prevista procedura, lo status di rifugiato politico.

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Ritiene il Collegio che il ricorso evidenzi indiscutibili profili di violazione di legge a carico della sentenza impugnata e che detta sentenza debba pertanto essere annullata, con rinvio, seppure per violazioni diversamente qualificabili rispetto a quelle denunciate dal ricorrente P.M..

E' certamente fondato il rilievo del ricorrente sulla indebita estensione del sindacato incidentale del Giudice del merito, in sede di giudizio sul reato di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 ter, a detto Giudice spettando valutare pienamente la legittimità dell'atto presupposto della violazione penale (il decreto del Questore) ma non già dell'antecedente logico-giuridico di tale atto (il decreto di espulsione del Prefetto, del quale l'atto del Questore è mera modalità di esecuzione e la cui cognizione compete esclusivamente al Giudice di Pace in sede civile), semmai potendo il Giudice penale disapplicare l'intimazione di allontanamento quando essa non sia preceduta da alcun atto di espulsione e quindi le volte in cui non la invalidità ma la inesistenza del decreto espulsivo (anche sotto il profilo della adozione a non domino) travolga ex se la misura di attuazione.

Ha certamente errato, quindi, il Tribunale di Modena là dove ha ritenuto esaminabile la esistenza di una invalidità della espulsione prefettizia 9/11/2005 per l'integrazione in fatto del divieto di cui al citato D.Lgs., art. 19, comma 1, non a quel Giudice spettando di esaminare l'esistenza di un diritto a permanere in Italia (pervero alle condizioni del riconoscimento dello status di rifugiato di cui alle pronunzie n. 20938/04 e 2239/05 di questa Sezione).

A quel Giudice competeva infatti, soltanto, esaminare se la condizione di inespellibilità prospettata dallo straniero integrasse nel concreto il giustificato motivo che lo avrebbe esonerato dalla sanzione penale per la contestata inosservanza.

**Questa Corte**, nelle più recenti decisioni afferenti la questione della interpretazione della formula de qua - in coerenza con il "sistema legale" di tutela dell'interesse nazionale al

controllo degli ingressi, ma nel rispetto dei valori costituzionali della persona - **ha avuto modo di puntualizzare i confini dell'apprezzamento spettante al Giudice del merito sul predetto giustificato motivo.**

**In particolare si è affermato che:**

**- esula dall'ambito applicativo della esimente ogni ipotesi di scelta volontaria o libera dell'espulso (cfr. Cass. sent. n. 19131/06) pur se connessa ad esigenze degne di tutela, quale quella di presentare una istanza di "emersione" (o sanatoria) e di attenderne la definizione (cfr. Cass. sentenze n. 45431/05 e n. 48863/03);**

**- di contro deve darsi risalto allo stato di grave condizionamento psichico, indotto dalle circostanze concrete, tali da rendere inesigibile l'ottemperanza all'ordine del Questore (cfr. Cass. sent. n. 32929/05);**

**- con particolare riguardo alla dibattuta questione della possibilità che la condizione economica dell'obligato possa integrare l'esimente in esame, non può integrare l'esimente stessa la mera difficoltà di reperire i fondi necessari all'acquisto del titolo di viaggio (cfr. Cass. sent. n. 19086/06) ma soltanto la grave assoluta impossidenza, da accertarsi con riguardo alle condizioni personali e di inserimento sociale dello straniero e da valutarsi anche in relazione al costo del viaggio di rimpatrio nel concreto imposto (cfr. Cass. sent. n. 25640/06);**

**- compete, comunque, al Giudice del merito effettuare il dovuto scrutinio, al di là dell'onere di allegazione dell'interessato, ed allo stesso Giudice incombe di dare adeguata e logica motivazione della valutazione effettuata (cfr. Cass. sent. n. 30774/06).**

Le sintetizzate pronunzie muovono dunque su una linea di rigoroso accertamento della condizione di concreta inesigibilità dell'ottemperanza, delineando le condizioni applicative peculiari di una esimente speciale la quale si colloca al di fuori dell'ordinario ambito applicativo delle esimenti generali del codice e deve trarre la propria ragione, ed al contempo i propri limiti, in un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di tutela sociale alle quali è preposto l'ordine adottato ex D.Lgs. citato, art. 14, comma 5 bis ed i diritti fondamentali dello straniero, garantiti dalle norme costituzionali.

Venendo al caso sottoposto, appare evidente la superficialità della valutazione sommariamente espressa dal primo Giudice: se l'esistenza del rischio per grave persecuzione (in ragione della propria addotta omosessualità) deve essere di grado tale da rendere (ut supra) assolutamente inesigibile l'ottemperanza all'ordine del Questore, è necessario che venga accertato e pienamente valutato:

1. che H.S. sia cittadino del \*\*\* (e non solo nato in \*\*\*\*\*), di guisa che, come cittadino ed in ragione della propria appartenenza a comunità sociale e familiare, egli potrebbe far ritorno (spontaneamente o in executivis) soltanto in quel Paese;

2. che alla stregua della previsione del codice penale di detto Paese sia penalmente sanzionata proprio l'omosessualità come pratica personale (che H.S. afferma essere propria della sua persona ed un teste avrebbe asseverato) e non soltanto la manifestazione esteriore di "impudicizia sessuale" (nel qual caso non sussisterebbe, secondo il condivisibile opinamento di Cass. civ. 1<sup>a</sup> sezione n. 16417/07, il rischio grave ed inaccettabile di persecuzione di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 19, comma 1).

Avendo il Giudice del merito non applicato i predetti criteri e ritenuto in via automatica che la mera affermazione della propria appartenenza nazionale ad uno Stato nel quale l'omosessualità sarebbe repressa penalmente integri il giustificato motivo, la pronunzia deve

essere cassata con rinvio, per nuovo giudizio (nel quale dovranno essere applicati i principi testè formulati).

Stante l'applicazione dell'art. 569 c.p.p., comma 4, in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità (cfr. Corte Cost. sent. n. 320/07) della L. n. 45 del 2006, art. 2 - nella parte in cui, modificando l'art. 443 c.p.p., comma 1, esclude che il P.M. possa appellare contro le sentenze di proscioglimento emesse a seguito di rito abbreviato - il Giudice del rinvio si individua nella Corte di Appello di Bologna.

**P.Q.M.**

**Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio alla Corte di Appello di Bologna.**

Così deciso in Roma, il 23 novembre 2007.

Depositato in Cancelleria il 18 gennaio 2008.