

L'incidenza della direttiva rimpatri nel diritto interno a seguito della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

di Elisabetta Cutrale, Sezione legale CIR

La direttiva del 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in coerenza con gli obiettivi comunitari, si pone lo scopo di istituire norme comuni in materia di rimpatri ed allontanamento affinché l'esecuzione di tali provvedimenti avvenga in maniera umana e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e dignità.

Lo stato italiano avrebbe dovuto far propria la direttiva entro il 24/12/2010, adeguandone la normativa interna. Lo spirare del termine massimo di recepimento ha creato notevoli problemi sull'assetto delle espulsioni amministrative italiane e sui reati connessi ad esse, in quanto la norma comunitaria, a prescindere dall'atto di recepimento, risulterebbe essere *self-executing* nell'ordinamento italiano poiché la materia è dettagliatamente disciplinata, com'era stato rilevato da giurisprudenza e dottrina maggioritaria e com'è stato confermato dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'aprile 2011.

Il Consiglio dei Ministri del 16/6/2011 n.143¹ ha approvato lo schema di decreto legge recante disposizioni urgenti per la completa attuazione della direttiva 2004/38/CE e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE.

Per chiarezza si riporta in breve il contenuto dell'atto governativo, in quanto non volendo e potendo entrare nel merito, sarebbe auspicabile attendere l'eventuale conversione in legge dello stesso e l'apertura della procedura d'infrazione qualora si andasse incontro ad una errata trasposizione dell'atto comunitario.

In sostanza si può affermare che la norma definisce i casi in cui è possibile attuare l'accompagnamento forzato alla frontiera da parte della forza pubblica dei cittadini di paesi terzi clandestini, indicandone le condizioni valutate caso per caso dal Prefetto, quali in particolare:

- l'esistenza del pericolo di fuga;
- quando la domanda di permesso di soggiorno sia stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;
- qualora, senza un giustificato motivo, lo straniero non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria, previsto dalla normativa comunitaria;
- quando sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

Tanto premesso nella trattazione che segue si evidenzieranno le problematiche sorte ed affrontate in diversi modi dalla giurisprudenza e dottrina, dal termine in cui doveva essere recepita la direttiva fino alla soluzione data dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea.

Contenuto della direttiva 2008/115/CE e profili di contrasto tra direttiva e diritto interno

L'ambito di applicazione del testo normativo comunitario contenuto **nell'art. 2** della direttiva riconosce come soggetti interessati i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare, il paragrafo 2 del suddetto articolo nei punti a) e b) identifica solo due ipotesi per cui uno Stato può decidere di non applicare la direttiva ossia nel caso di persone sottoposte a respingimento alla frontiera, conformemente all'art. 13 del codice frontiere Schengen, e nei confronti di soggetti a cui è stata irrogata una sanzione penale od il rimpatrio è conseguenza della stessa, oppure nell'ipotesi di estradizione.

La modifica del Testo unico in materia d'immigrazione, avvenuta con legge 15/7/2009 n. 94, ha introdotto l'art. 10 bis, che nel considerare reato l'ingresso o il permanere nel territorio dello Stato in modo irregolare, sembrerebbe finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva, poiché sarebbero sempre legittimate le espulsioni giudiziali previste dall'art. 2 paragrafo 2 lettera b); difatti l'atto comunitario sarebbe automaticamente inapplicabile, in quanto non sarebbe rispettato il sistema espulsivo graduale voluto. Tuttavia l'ostacolo potrebbe aggirarsi se venisse riconosciuta un'interpretazione restrittiva di sanzione penale come conseguenza di fattispecie di reato diverse dall'ingresso o dal soggiorno irregolare in sé, che nel rispetto della norma comunitaria non dovrebbero essere considerati illeciti, e quest'ultimo obiettivo sarebbe possibile solo attraverso la trasposizione della direttiva con la quale il Governo potrebbe chiarire i

¹ Si veda www.governo.it

casi in cui la direttiva non si applica ed eventualmente prevedere una sanzione penale in sintonia con gli obblighi di leale cooperazione comunitari.

Per quel che riguarda la decisione di rimpatrio, ai sensi **dell'art. 6** della direttiva, è l'atto con cui gli Stati membri possono decidere di rimpatriare chi soggiorna irregolarmente nei limiti del rispetto di deroghe espresse come il caso di richiesta di soggiorno per motivi umanitari, inizio della procedura di rinnovo del permesso di soggiorno oppure rilascio di un'altra autorizzazione che gli permetta di soggiornare.

In tal caso lo stato membro ha ampia discrezionalità nel valutare la situazione che si presenta caso per caso, difatti gli viene imposto unicamente il rispetto delle garanzie procedurali previste dagli artt. 12 e 13 della direttiva, ossia l'uso della forma adeguata attraverso una chiara motivazione della decisione in fatto e in diritto e la possibilità di esercitare il diritto al ricorso avverso la stessa.

La norma interna in tal senso non sembrerebbe discostarsi da quella comunitaria se non per la perentorietà dei termini contenuti nell'articolo 13 comma 2 lettera b) del Testo Unico immigrazione legge 286/98 che nello stabilire che il decreto di espulsione disposto dal prefetto è emanato in tutti i casi in cui non è stata presentata, nel termine prescritto, domanda per ottenere il permesso di soggiorno, oppure per lo stesso, scaduto da più di 60 giorni, non è stato chiesto il rinnovo, non prevede alcuna deroga nel caso in cui sia stata inoltrata in ritardo domanda di primo rilascio.

Conseguenza della decisione di rimpatrio è **la partenza** che la direttiva nell'art. 7 fissa come **volontaria**, in particolare è stabilito un termine congruo massimo compreso tra 7 e 30 giorni, con possibilità sia di proroga per motivi specifici rilevati individualmente, che di deroga con immediata partenza nei seguenti casi 1) rischio di fuga, 2) domanda di soggiorno respinta perché ritenuta manifestamente infondata o fraudolenta 3) pericolo per l'ordine pubblico, pubblica sicurezza o sicurezza nazionale.

Nella durata del periodo previsto per la partenza volontaria ciascuno Stato membro può prevedere degli obblighi a cui la persona soggetta a decisione di rimpatrio deve adempiere ai sensi del paragrafo 3, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti e l'obbligo di dimora.

Nella legislazione italiana l'unica ipotesi di partenza volontaria è prevista dall'articolo 13 comma 5 del T.U, che concede un termine di 15 giorni per lasciare il territorio dello stato nei confronti dello straniero che si è trattenuto con un permesso di soggiorno scaduto e per il quale non è stato chiesto il rinnovo. La regola generale delle espulsioni riconosce l'immediata esecutività delle stesse attraverso l'accompagnamento alla frontiera da parte del questore a mezzo della forza pubblica.

Da ciò si deduce che nell'adeguamento della norma interna a quella comunitaria occorrerà sia invertire i criteri che disciplinano quest'ambito, poiché la partenza volontaria ed i termini (dai 7 ai 30 giorni) per essa previsti dovranno essere applicati in tutti i casi di soggiorno irregolare secondo i principi contenuti nella direttiva, sia prevedere una possibilità di proroga in base alle situazioni che si presentano. Si dovrà inoltre provvedere **all'allontanamento** solo nei casi in cui siano trascorsi i termini per il rimpatrio volontario o per le deroghe del paragrafo 4 dell'art. 7 sopra elencate.

La direttiva **nell'art. 8 paragrafo 4** afferma che gli Stati membri possono ricorrere a misure coercitive, solo in ultima istanza e nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione alle situazioni per cui sono applicate nonché dei diritti fondamentali, della dignità ed integrità fisica della persona che le subisce. Tale concetto è inoltre rafforzato dal **divieto di trattenimento ai fini dell'allontanamento** previsto **dall'art. 15** della direttiva, che ne delimita l'ambito d'applicazione a 2 ipotesi, qualora non possano essere applicate misure meno coercitive:

- Sussiste rischio di fuga;
- Il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

La disciplina comunitaria in materia di trattenimento prevede inoltre l'obbligo di motivazione dell'atto che lo legittima, un riesame dello stesso da parte dell'autorità giudiziaria che può essere ripetuto ad intervalli ragionevoli, nonché la possibilità di presentare ricorso per la persona soggetta al provvedimento. Qualora il trattenimento fosse riconosciuto illegittimo, la norma permette l'immediata liberazione dello straniero, il quale può comunque essere trattenuto per un periodo limitato non superiore a 6 mesi, prorogabili a 12 nei casi in cui l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa della mancata cooperazione dell'interessato o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione.

Le **cause di trattenimento nei Centri d'identificazione ed espulsione tassativamente contenute nell'art. 14 comma 1 del Testo Unico immigrazione legge 286/1998** sono evidentemente diverse da quelle dell'art. 15 del testo comunitario:

- Necessità di procedere al soccorso;
- Necessità di accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità;
- Necessità di acquisire documenti per il viaggio;
- Indisponibilità del vettore;

Il trattenimento previsto dalla normativa italiana non riconosce la possibilità di un riesame periodico ma riconosce unicamente la convalida da parte del giudice di pace dell'atto con cui il trattenimento è concesso. Difatti, l'articolo 14 comma 5 del T.U. afferma che tale convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi 30 giorni, con eventuali proroghe che non devono superare i 180 giorni e con possibilità del questore di eseguire l'espulsione anche prima della scadenza del termine stabilito.

È facile intuire come la normativa italiana, che come già sopra rilevato, non riconosce un generale diritto di rimpatrio volontario ma un'immediata esecuzione dell'ordine di espulsione, applichi sempre la misura coercitiva (non come *extrema ratio*), considerato che ai sensi degli artt. 13 comma 4 e 14 del T.U. 286/98 è previsto l'accompagnamento coattivo alla frontiera da parte del questore a mezzo della forza pubblica oppure il trattenimento presso un centro di permanenza temporanea per ipotesi e con modalità diverse da quelle stabilite dalla direttiva.

L'atto comunitario prevede anche l'**obbligo di rinviare l'allontanamento** qualora violi il principio di *non-refoulement* oppure nei casi di ricorso avverso la decisione di rimpatrio ai sensi dell'art. 13 paragrafo 2, il quale lascia libero lo Stato di prevedere o meno la sospensione temporanea dell'esecuzione del provvedimento in via cautelare; in altri casi elencati nel paragrafo 2 dell'art. 9 può essere concessa una sospensione dell'allontanamento per a) condizioni fisiche e mentali del cittadino di un paese terzo; b) ragioni tecniche come l'assenza dei mezzi di trasporto o il mancato allontanamento per assenza d'identificazione.

In sintesi si può affermare che nella direttiva l'allontanamento a seguito di mancata partenza volontaria può essere sospeso o rinviato per i motivi contenuti nella stessa, e che il trattenimento in appositi centri è previsto per sole 2 ipotesi e nel caso in cui non possano essere applicate misure meno coercitive.

Si rileva che nel diritto interno il concetto di rinvio coincide con quello di trattenimento nei C.I.E e quello di sospensione per circostanze specifiche è invece assente.

Infine secondo il testo comunitario, le decisioni di rimpatrio sono obbligatoriamente corredate dal divieto di reingresso quando non sia stato concesso il termine per la partenza volontaria, o quando quest'ultimo non sia rispettato, facendo salva la possibilità per gli stati membri sia di prevedere anche altri casi in cui vietare l'ingresso successivo al rimpatrio sia di revocare tale divieto nei confronti di coloro che adempiono regolarmente tramite partenza volontaria. In ogni caso il reingresso è vietato fino ad un massimo di 5 anni e la sua durata può essere superiore nel caso in cui lo straniero sia una minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

A tal proposito l'art. 13 commi 13 e 14 del testo unico in materia d'immigrazione stabilisce che lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello stato, salvo che sia diversamente disposto, per un periodo di 10 anni, con possibilità di riduzione al massimo di 5 anni sulla base di speciale autorizzazione da parte del Ministro dell'Interno. Anche in questo caso i termini dei due testi normativi non coincidono².

Le fattispecie di reato previste dall'art. 13 commi 13 e 13 bis che prevedono la reclusione da 1 a 4 anni per lo straniero che viola il divieto di reingresso sembrerebbero incompatibili con l'articolo 11 della direttiva che, in quanto norma dettagliata, riconosce un termine superiore a 5 anni solo in alcune ipotesi e comunque quando lo straniero ha già dimostrato una sua pericolosità.

La condotta del reato qui considerato punisce penalmente il reingresso prima del decorso del termine senza prevedere un controllo sull'effettivo perdurare di tale condizione³.

Conseguenze del contrasto tra direttiva 2008/115/CE e diritto interno.

Le conseguenze del mancato recepimento dell'atto comunitario sono state, preventivamente, considerate dal Dipartimento della pubblica sicurezza nella persona del Capo della polizia che in data 17/12/2010 ha ritenuto opportuno la diramazione di una circolare del Ministero dell'Interno prot. 400/B/2010, per informare

² Guido Savio, seminario di studi ASGI-MD, Verona 15 gennaio 2011.

³ Intervento della dott.ssa Paola Di Nicola, presidente Corte d'Appello di Roma, al Convegno presso la Corte di Appello di Roma in data 6/6/2011 dal titolo "l'incidenza della direttiva rimpatri sulla disciplina dell'espulsione e sui reati in materia d'immigrazione dopo la sentenza della Corte di Giustizia dell'UE".

questori e prefetti di adeguare le motivazioni dei decreti espulsivi alla recente normativa comunitaria, onde evitare che lo straniero possa in qualsiasi situazione fare ricorso contro il decreto di espulsione ed eccepire, di fronte all'autorità giudiziaria, il mancato rispetto della direttiva rimpatri, attributiva di diritti per le persone a cui si riferisce.

La circolare infatti contiene delle indicazioni affinché i provvedimenti amministrativi emanati in materia non siano impugnabili, dunque tenta di aggirare l'ostacolo della carenza di recepimento attraverso l'invito ad usare determinate accortezze nelle motivazioni contenute in tali atti in modo da "neutralizzare gli effetti del ricorso".

Nello specifico si esortano le autorità competenti a valutare con attenzione la posizione dello straniero che soggiorna illegalmente nello Stato, tenendo in considerazione i casi in cui può non essere concesso un termine per la partenza volontaria ossia:

- domanda di soggiorno respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;
- lo straniero sia pericoloso per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale;
- oppure sia sottoposto a rischio di fuga, dimostrabile tramite consegna di apposito carteggio.

Conseguentemente la circolare contiene anche delle indicazioni relative alla motivazione del provvedimento che giustifica il trattenimento, in particolare si sollecita gli addetti ai lavori a rilevare che non sono stati adottati meccanismi automatici di rimpatrio e il trattenimento è avvenuto ai sensi dell'art. 14 comma 1 del T.U.

Gli effetti del contrasto normativo si ripercuotono anche nel rapporto tra **art. 7 della direttiva in materia di partenza volontaria e l'art.14 comma 5 bis del D.lgs n. 286/1998** "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.....*"

Occorre premettere che l'articolo 7, nel paragrafo 1 primo periodo, nel fissare per la partenza volontaria un termine compreso tra sette e trenta giorni, sembrerebbe concedere una posizione di vantaggio allo straniero, attribuendogli un diritto ossia la possibilità di lasciare volontariamente il territorio dello stato entro un termine prestabilito. Tale diritto risulterebbe *non condizionato* in quanto il dettato della norma è chiaramente attributivo dello stesso e non lascia margine di discrezionalità allo stato membro di prevederlo o meno all'interno della legislazione nazionale.

Pertanto la giurisprudenza maggioritaria afferma che l'articolo 7 nel primo periodo ha effetto diretto nel nostro ordinamento e che l'eventuale violazione dello stesso attraverso comportamenti contrari come l'allontanamento coattivo, previsto dalla direttiva solo in situazioni particolari contenute nello stesso articolo paragrafo 4, contrasterebbe anche con l'art. 13 della Costituzione, in quanto la **Corte Costituzionale con sentenza n. 105/2001** ha stabilito che l'accompagnamento contenuto nell'art. 14 del D.lgs 286/1998 "inerisce alla materia regolata dall'art.13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione".

Le conseguenze della difformità normativa riguardano anche il rapporto tra l' art. 15 della direttiva ed i reati dell'art. 14 comma 5 ter e quater del D.lgs 286/1998 "5-ter. *Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 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, comma 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, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68....*

5-quater. Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello

Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo.”

L'atto comunitario in sé non vieta esplicitamente la possibilità di sanzionare penalmente la permanenza irregolare dello straniero a seguito di ordine di allontanamento, tuttavia la non ammissibilità di una sanzione penale sarebbe deducibile implicitamente dall'analisi dei risultati che l'atto comunitario persegue, quali stabilire garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni di rimpatrio per un'efficace protezione degli interessi delle persone coinvolte (considerando 11); prevedere l'uso delle misure coercitive e dunque anche del trattenimento ai fini dell'allontanamento espressamente subordinato al principio di proporzionalità (considerando 13 e 16); garantire il rispetto dei diritti fondamentali ed i principi riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (considerando 24).⁴

Conseguenze del contrasto sui processi pendenti

La conclusione di quanto detto in precedenza dovrebbe essere la disapplicazione, per i processi pendenti dopo la data del 24 dicembre, dell'articolo 14 comma 5 ter e quater del Testo unico immigrazione in quanto in contrasto con le norme degli articoli 7 e 15 della direttiva.

In altri termini si assisterebbe all'attuazione del principio di successione di leggi nel tempo che regolano un medesimo fatto, cioè norma interna e norma comunitaria, quest'ultima, in quanto direttamente applicabile, interviene a disciplinare un fatto che era regolato dalla norma interna, portando alla sua abrogazione implicita.

Inoltre in questo caso non è il fatto storico a mutare ma la fattispecie penale in uno dei suoi elementi strutturali ossia la sanzione⁵, pertanto si ricorrerà all'articolo 2 comma 2 c.p che sancisce il principio di retroattività della normativa favorevole nel caso in cui secondo una legge posteriore il fatto non costituisce più reato, *abolitio criminis*, estendendone gli effetti anche nel caso di sentenza irrevocabile. Ciò che rileva dunque in questo contesto è la modifica della norma interna attraverso la sua abrogazione, ma anche l'abolizione di fattispecie di reato in quanto le condotte considerate non possono essere punite penalmente⁶.

In conseguenza di ciò la formula assolutoria prevista dal codice di rito sarà "l'assoluzione perché il fatto non è più previsto come reato dalla legge penale"⁷ ed inoltre il parametro normativo di riferimento sarà anche l'art. 673 c.p.p che disciplina le ipotesi di revoca delle sentenza di condanna per intervenuta abolizione del reato.

A tal proposito è interessante la sentenza del Tribunale Torino del 04/01/2011 *“gli effetti della normativa comunitaria attualmente vigente sulle fattispecie di cui all'art 14 comma ter e quater appaiono più dirompenti. Si è già detto che con essi si introduce una sanzione penale nell'ambito della procedura amministrativa di espulsione. Pur in assenza di un espresso divieto del legislatore europeo a quello dello stato membro di prevedere come reato il fatto dello straniero che, colpito da una decisione di rimpatrio ai sensi dell'art. 6 della direttiva o da un successivo ordinato di allontanamento emanato ai sensi dell'art. 8 § 3 della direttiva, non vi ottemperi, si deve sottolineare che esso prevede il raggiungimento dello scopo, “rimpatrio” del cittadino extracomunitario, attraverso misure gradatamente coercitive che culminano nella c.d. detenzione amministrativa rectius trattenimento presso i centri di permanenza temporaneo, o in istituti penitenziari, ove siano tenuti separati dai detenuti ordinari (art 16) per un tempo limitato, non eccedente i 18 mesi, strettamente “necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio” (art15). Disciplina questa che non pare conciliabile con la previsione di una sanzione e quale quella prevista dall'art 14, per natura ed entità astratta più gravosa, comminabile in relazione ad un decreto di espulsione e ad un ordine di allontanamento rimasti ineseguiti e soprattutto emanati sulla base di presupposti diversi da quelli che sulla base della normativa europea legittimano atti amministrativi simili.*

⁴ Andrea Natale, giudice del Tribunale di Torino, La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art.14 D.Lgs. n. 286/1998- Orientamenti giurisprudenziali- Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria..

⁵ Occorre rilevare che il problema parte dall'atto amministrativo contenuto nel precetto penale, il quale dovendo essere disapplicato, in quanto contrario alla norma comunitaria, modifica la fattispecie di reato, facendone venire meno la condotta per mancanza dell'elemento presupposto.

⁶ si veda Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze – immediata scarcerazione- 18/1/2011.

⁷ Si veda Tribunale ordinario di Torino IV sezione penale 5/1/2011.

Ne consegue che la norma contestata deve essere disapplicata perché in contrasto con la disciplina introdotta dalla direttiva comunitarie e l'imputato deve essere assolto dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste⁸.”

Tesi contrarie alla diretta applicabilità della direttiva 2008/115/CE

Le tesi contrarie si basano sostanzialmente su due principi:

- 1) al legislatore interno non è sottratto il potere di sanzionare penalmente la disobbedienza agli ordini impartiti ai consociati;
- 2) le sentenze della Corte di Giustizia in alcuni casi ammettono come ipotizzabile la co-esistenza di più titoli che giustificano la limitazione della libertà personale.

In relazione al primo punto i fautori della tesi contraria osservano che la direttiva rimpatri nell'art. 8 paragrafi 3 e 4 permette allo Stato sia di adottare una decisione o atto amministrativo o giudiziario distinto che ordini l'allontanamento, sia di ricorrere a tutte le misure necessarie affinché la decisione di rimpatrio sia efficace, valutando la possibilità di misure coercitive che siano proporzionate, che non eccedano un uso ragionevole della forza e che siano applicate in ultima istanza, pertanto la norma non vieta la possibilità di una sanzione penale nel caso di disobbedienza all'ordine impartito. Gli stessi osservano inoltre che la direttiva in questione è stata adottata in epoca anteriore al Trattato di Lisbona e dunque essa non ha nessuna valenza in ambito penale, poiché tale materia rimaneva sfera esclusiva di ogni Stato membro e pertanto qualora venisse riconosciuta efficacia diretta all'atto comunitario, ciò comporterebbe solo la disapplicazione dell'atto amministrativo di allontanamento e non la inapplicabilità dell'art. 14 d.lgs n. 286/98.

Conseguentemente il reato dell'articolo 14 del T.U. immigrazione non rientrerebbe nei settori di rilevanza comunitaria, ma la norma in questione potrebbe solamente essere oggetto di un giudizio di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale oppure di questione pregiudiziale interpretativa dinanzi alla Corte di Giustizia.

Quest'ultimo passaggio è legittimato dal fatto che l'ordinamento comunitario e quello interno sono separati ed autonomi, con la conseguenza che la normativa comunitaria non entra direttamente nello Stato ma ciascuna norma resta valida ed efficace nel proprio ordinamento secondo le condizioni previste dallo stesso (cd. Teoria dualistica, Corte Cost. n. 170/1984).

Riguardo la seconda tesi si fa riferimento alla sentenza del 30 novembre 2009, caso Kadzoev, causa C-357/09, in cui è stato affermato che un trattenimento disposto nell'ambito di una procedura di asilo, diverso da quello finalizzato all'espulsione, non può essere equiparato al trattenimento ai fini dell'allontanamento disciplinato dall'art. 15 della direttiva rimpatri.

Pertanto non può essere comparata la detenzione disposta per sanzionare un delitto ossia l'inottemperanza all'ordine di allontanamento volontario, con la restrizione alla libertà personale finalizzata all'espulsione coatta. Il contrasto tra norma interna e comunitaria potrebbe riscontrarsi solo nella procedura amministrativa di accompagnamento alla frontiera e nei termini previsti per il rimpatrio volontario, ma non nella possibilità di sanzionare penalmente il comportamento di violazione dell'ordine impartito.⁹

A tal proposito si segnala **un'ordinanza del Tribunale di Milano dell'11/02/2011 (inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento) :**

“La direttiva 2008/115/Ce non ha natura autoapplicativa, in quanto anche le disposizioni che contengono una disciplina dettagliata (come l'art. 7, relativo alla partenza volontaria; l'art.11, relativo alla disciplina del divieto di reingresso; l'art. 15, contenente la disciplina del trattenimento) non hanno natura incondizionata, la loro applicabilità risultando subordinata all'intervento del legislatore, al quale la direttiva lascia ampi margini di discrezionalità; e del resto, non è possibile invocare il carattere di diretta applicabilità della direttiva comunitaria in senso “parziale”, cioè nelle sole parti sufficientemente specificate.

La tesi secondo cui gli artt. 14 co. 5 ter e quater t.u. imm. contrasterebbero con il contenuto della direttiva 2008/115/CE è destituita di fondamento, in quanto – ai sensi dell'art. 8 della direttiva 2008/115/CE, ove è previsto che gli Stati possano adottare “tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio” –

⁸ Si veda anche Tribunale ordinario di Torino V sezione penale 8/1/2011.

⁹ Tommaso Ependidio, *Direttiva rimpatri e art.14 T.U. immigrazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

la direttiva non vieta agli Stati membri di prevedere la repressione penale dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento, e comunque i termini fissati dall'art. 15 dir. concernono esclusivamente la durata del trattenimento amministrativo, e non riguardano le sanzioni di natura penale”.

Criteri per risolvere il contrasto

La Corte di Giustizia Europea ha enunciato dei principi, in diverse sentenze, per risolvere le problematiche di contrasto tra normativa interna e comunitaria, ed anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale si è rifatta a questi parametri di adeguamento:

- Criterio della interpretazione conforme: il giudice nazionale ha l'obbligo di interpretare il diritto interno in maniera comunitariamente orientata secondo il risultato da conseguire e lo scopo perseguito dalla direttiva (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 16/6/2005, Pupino, C-105/03);
- Disapplicazione: nel caso in cui la norma comunitaria assegni un diritto al singolo in modo chiaro, preciso e non condizionato, essa può considerarsi direttamente applicabile nel diritto interno e dunque può avere un effetto diretto attraverso la disapplicazione della norma interna di contrasto (Corte Costituzionale sentenza n. 170/1984 e Corte Costituzionale sentenza 389/1989).

Nella ipotesi in cui la norma comunitaria non abbia effetto diretto si solleva **questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale**, per violazione degli articoli 11 e 117 Cost. e dunque controllo di conformità del diritto interno alla norma comunitaria;

qualora vi siano dubbi dell'effettiva portata della norma comunitaria si ricorre **alla Corte di Giustizia attraverso rinvio pregiudiziale**.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha inoltre inteso in senso ampio il concetto di effetto diretto della norma comunitaria, considerando irrilevante la facoltà di deroga concessa dalla direttiva comunitaria agli Stati membri per limitare la posizione soggettiva di vantaggio attribuita all'interessato, qualora gli Stati non abbiano esercitato tale facoltà attraverso la trasposizione della direttiva nell'ordinamento interno (Corte di Giustizia 14/10/2010 C- 243/09).

La direttiva 2008/115/CE, secondo la giurisprudenza e dottrina maggioritaria, è certamente *self-executing*, in quanto il diritto che vuole attribuire al singolo è chiaro, preciso e non condizionato. La problematica dunque riguarda la portata di tale atto ossia se le disposizioni dell'articolo 14 comma 5 ter e quater siano incompatibili con gli articoli 15 e 16 dell'atto comunitario.

A tal proposito la Corte di Appello di Trento con ordinanza del 2 febbraio 2011¹⁰, ha fatto rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ponendo la questione d'interpretazione degli articoli 15 e 16 della direttiva, ossia se la norma comunitaria osta ad una normativa, come quella italiana, che prevede 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, vi permane senza giustificato motivo.

La Corte di Giustizia Europea in data 28 aprile 2011, nel procedimento C-61/11 PPU, ha considerato incompatibile la sanzione penale prevista dalla legislazione italiana in quanto comprometterebbe la realizzazione dell'obiettivo di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali. Essa ha inoltre stabilito la disapplicazione delle norme interne contrarie alla direttiva, da parte del giudice nazionale incaricato di applicare le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurare la piena efficacia, tenendo conto del principio di retroazione della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Pertanto la Corte di Lussemburgo ha così dichiarato ***“La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per***

¹⁰ si veda anche l'ordinanza del Tribunale di Milano del 24/1/2011 e del Tribunale di Rovereto del 27/1/2011.

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.”

Nello specifico la Corte di Giustizia, dopo aver preso in considerazione la normativa interna ed europea di riferimento, ha osservato che il procedimento *a quo*, il cui imputato è il sig. Hassem El Dridi, riguardava un cittadino di uno stato terzo entrato illegalmente in Italia e privo del permesso di soggiorno, il quale era stato condannato in primo grado per il delitto di cui all'art. 14 comma 5 ter T.U. per non aver rispettato l'ordine di allontanamento del maggio 2010 sulla base del decreto di espulsione emanato dal Prefetto nel 2004.

Nel merito la Corte prosegue considerando che il fine che la direttiva rimpatri persegue è l'attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali.

Pertanto alla luce dei principi fissati dall'atto comunitario, la Corte nel vagliare la compatibilità della disciplina penale italiana con la direttiva 2008/115/CE, riconosce l'effetto diretto delle disposizioni comunitarie ed osserva che la stessa consente allo Stato di adottare tutte le misure coercitive indispensabili per eseguire la decisione di rimpatrio mediante l'allontanamento dello straniero, comprese misure di carattere penale “ atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti stati (paragrafo 52 della sentenza).

Tuttavia, eventuali misure di carattere penale dovranno risultare compatibili con il diritto dell'Unione europea, e non dovranno compromettere gli obiettivi della direttiva, in quanto la direttiva subordina l'uso di misure coercitive al principio di proporzionalità.

In conseguenza di ciò, l'art. 14 comma 5 ter, del decreto legislativo n. 286/1998 che prevede una pena detentiva per la permanenza irregolare sul territorio nazionale del cittadino di un paese terzo a seguito di notifica dell'ordine di lasciare il territorio di uno stato membro e scadenza del termine impartito, rischierebbe di ostacolare il conseguimento dell'obiettivo di una politica efficace di allontanamento e rimpatrio, ritardando l'esecuzione della decisione.

Il giudice del rinvio dovrà disapplicare le disposizioni del decreto legislativo n. 286/1998 contrarie al risultato della direttiva 2008/115/CE, lo stesso dovrà tenere in conto il principio dell'applicazione retroattiva della norma più mite.

In conclusione la Corte aggiunge che le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea hanno valore *erga omnes*, in quanto interpretano in maniera autoritativa il diritto dell'Unione con effetto diretto per tutti gli stati membri e le rispettive giurisdizioni.

Ne consegue che i giudici italiani dovranno disapplicare la norma incriminatrice di cui all'art. 14 comma 5 ter del d.lgs 286/1998 e mandare assolti gli imputati perché il fatto non sussiste, indipendentemente dalla circostanza che l'ordine del questore rimasto inadempito fosse antecedente o successivo al 24/12/2010, in base al principio di retroattività della norma più favorevole.

Dopo la sentenza della Corte di Lussemburgo, la Corte Suprema di Cassazione¹¹ sezione I penale in data 28 aprile 2011 in camera di consiglio in relazione a tre sentenze che riguardavano l'inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento, ha applicato i principi espressi dalla Corte di giustizia europea anche al delitto previsto per l'art. 14 comma 5 *quater* del d. lgs n. 286/1998, in quanto quest'ultimo prevede una pena detentiva ancora più severa (reclusione da uno a cinque anni) di quella del precedente comma 5 ter.

Occorre inoltre rilevare, aggiunge la suprema Corte, che a seguito di applicazione del principio di retroattività della norma più favorevole ai sensi dell'art. 2 comma 2 c.p., la formula assolutoria che deve essere usata è “ il fatto non è previsto dalla legge come reato”, in quanto ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di *abolitio criminis*.¹²

¹¹ Corte Suprema di Cassazione sezione I penale – Notizie di decisione- camera di consiglio del 28/4/2011- sentenze nn. 1590/2011; 1594/2011; 1606/2011.

¹² per i riferimenti giurisprudenziali si veda www.altalex.it

