

La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano

Alberto di Martino e Rosa Raffaelli*

Scuola Superiore Sant'Anna (Pisa)

SOMMARIO: 1. I termini essenziali della questione sottoposta alla Corte di Giustizia.– 2. Il contenuto della direttiva e le ragioni di contrasto con l'ordinamento interno.– 2.1. Le norme rilevanti della direttiva.– 2.2. Le ragioni di contrasto con l'ordinamento interno: incompatibilità "diretta" od "indiretta" della normativa nazionale.....– 2.3. ... e la tesi del mancato contrasto. – 3. La decisione della Corte.– 3.1. Il fatto.– 3.2. La presa di posizione dell'Avvocato Generale.– 3.3. La sentenza. – 4. Sistema della direttiva, *status libertatis* e valutazioni critiche. – 5. Conseguenze per l'ordinamento interno (valutazioni generali).

1. *I termini essenziali della questione sottoposta alla Corte di Giustizia.*– La questione sottoposta alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, decisa con la sentenza che si annota, concerneva l'interpretazione degli articoli 15 e 16 della c.d. direttiva rimpatri (dir. 2008/115/EC del 16.12.2008)¹, aventi ad oggetto i casi, i presupposti, i limiti, le condizioni materiali di legittima detenzione, disposta nei confronti di stranieri extracomunitari al fine di preparare le procedure di «rimpatrio» (*return*) e/o eseguire materialmente le procedure e operazioni di «allontanamento» (*removal process*).

In particolare, si trattava di stabilire se quelle due norme debbano essere interpretate come preclusive di una legislazione nazionale (quale l'italiana vigente all'epoca della pronuncia in esame) che preveda una condanna a pena

* Il lavoro è frutto di riflessioni e discussioni in comune. A soli fini burocratici si precisa che A. di Martino ha formulato il titolo e redatto i paragrafi 1, 2.1., 4, 5; R. Raffaelli ha redatto i paragrafi 2.2, 2.3, 3.

¹ Direttiva «recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare». Fra i primi commenti v. R. BARBERINI, M. CASUCCI, *La Corte di Giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14, comma 5, e la direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, doc. 551.1.

privativa della libertà personale nei confronti d'uno straniero che, trovandosi illegalmente sul territorio dello Stato, contravvenga all'ordine di lasciare il territorio entro un certo termine – così la CGUE condensa efficacemente e semplicemente l'oggetto della questione pregiudiziale.

Com'è noto, la principale ragione di contrasto fra la direttiva e l'ordinamento italiano era ravvisata, per un verso, nella residualità (per legge, se non per prassi) del rimpatrio volontario, e dunque in una preliminare e pressoché assorbente situazione di “incompatibilità comunitaria” della disciplina amministrativa interna, incardinata sulla coattività dell'espulsione e comunque sulla concessione di termini largamente più ridotti rispetto al minimo imposto dalla normativa europea per l'allontanamento volontario; per altro verso, nell'utilizzazione della sanzione penale privativa della libertà personale per punire la violazione di un provvedimento (l'ordine del Questore) costituente parte della complessa procedura di espulsione².

² Tale procedura si apriva, secondo la legge in vigore sino alla recentissima adozione del D.L. 23 giugno 2011, n. 89, con un decreto prefettizio di espulsione (art. 13, c. 2, TUImm), a cui faceva seguito un decreto del questore. Tale decreto, secondo la procedura prevista per legge, doveva di preferenza disporre l'accompagnamento coattivo alla frontiera dell'immigrato irregolare (art. 13, c. 4); all'accompagnamento doveva di regola procedersi immediatamente dopo la convalida del decreto da parte del giudice di pace competente. Nella prassi, tuttavia, spesso non era possibile eseguire immediatamente l'accompagnamento, per l'indisponibilità di vettori o di documenti di viaggio, o per la necessità di identificare lo straniero; in tal caso, il questore pronunciava un decreto che disponeva il trattenimento nei CIE (anch'esso soggetto a convalida obbligatoria da parte del giudice di pace, in quanto la Consulta ha ritenuto trattarsi di misura che incide sulla libertà personale dello straniero ai sensi dell'art. 13 Cost.). Qualora non fosse possibile disporre la detenzione, ovvero all'esprire del termine di durata massima della stessa (allora, 180 giorni), il questore adottava un decreto con cui ordinava 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, c. 5 *ter*, con la reclusione da uno a quattro anni. Peraltro, all'accertamento del reato seguiva una nuova procedura di espulsione; qualora questa conducesse all'adozione di un nuovo decreto di allontanamento, la violazione dello stesso era punita, ai sensi dell'art. 14, c. 5 *quater*, con la reclusione da uno a cinque anni. Per un'analisi dei reati ex art. 14 in una prospettiva “storica” si veda, per tutti, A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G. L. Gatta, Milano 2009, 273 ss. Il sistema, come accennato, è stato riformato dal D.L. 89/2011, mirante tra l'altro ad attuare la direttiva rimpatri; attualmente, dunque, esso prevede che l'espulsione sia eseguita mediante accompagnamento coattivo alla frontiera solo in presenza di determinate condizioni (quali 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 è concesso su richiesta dello straniero (art. 13, c. 5) e comporta necessariamente l'applicazione di misure cautelari volte ad evitarne la fuga; la violazione di tali misure costituisce delitto punibile con pena pecuniaria. Quanto al divieto di reingresso, esso dura tra i tre ed i cinque anni e può essere revocato su richiesta dello straniero che provi di aver lasciato volontariamente lo Stato nel termine concessogli (art. 13, c. 14). Il legislatore ha inoltre provveduto a prevedere misure meno coercitive rispetto al trattenimento nei CIE (art. 14, c. 1 bis) e ad innalzare il termine di durata massima di tale trattenimento, sino ad un massimo di complessivi 18 mesi (art. 14, c. 5). Continua ad essere previsto, per lo straniero che non possa (o non possa più) essere trattenuto nel CIE, l'ordine del questore di allontanarsi dal territorio nazionale in 7 giorni (art. 14, c. 5 bis); la violazione di quest'ultimo

Il ricorso al diritto penale, si lamentava in dottrina e si censurava in giurisprudenza con una serie di rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia (*infra*, § 2.2)³, da un lato poteva apparire incongruo con la tutela dei diritti fondamentali ed in particolare della libertà personale (da misure più coercitive di quelle previste almeno in prima battuta dalla direttiva 2008/115); dall'altro lato, avrebbe comunque prodotto effetti disfunzionali all'immediato allontanamento, 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.

Questi due profili d'incompatibilità della normativa penale interna con la disciplina europea sono qui riassunti all'osso. Tuttavia, da un lato, mette conto ricordare ch'essi sono stati dibattuti – in Italia – nel contesto di un cospicuo numero di contributi che tutti opportunamente, se pur con varietà d'accenti e di valore, hanno affrontato prevalentemente i luoghi d'incompatibilità della normativa nazionale con la direttiva; dall'altro lato, val la pena sottolineare che quegli stessi problemi derivano da un assetto normativo, quello della direttiva 2008/115, esso stesso dibattuto e consapevolmente contestato – ma soprattutto fuori dei confini nazionali e nell'ambito di organizzazioni internazionali di tutela dei diritti umani: da questo secondo angolo visuale sono stati evidenziati profili d'incompatibilità della stessa direttiva con gli strumenti di tutela dei

ordine costituisce delitto, punito con pena pecuniaria, come pure la violazione del decreto che conceda un termine per la partenza volontaria (art. 14, c. 5 ter). Rimane in vigore anche il sistema di ri-espulsione che dà luogo a responsabilità penale ex art. 14, c. 5 quater; anche quest'ultimo, però, consente l'applicazione della sola pena pecuniaria. La condanna per tali delitti è inoltre inserita all'art. 16 TUIImm, quale possibile presupposto per l'espulsione da parte del giudice di pace.

³ Si vedano in particolare Tribunale di Ragusa, 9 febbraio 2011, Mohamed Mrad, caso C-60/11, OJ C 113, 09.04.2011, p.8; Tribunale di Ivrea, 4 febbraio 2011, Lucky Emegor, caso C-50/11, OJ C 113, 09.04.2011, p.7; Tribunale Ordinario Di Milano, 31 gennaio 2011, Assane Samb, Caso C-43/11, OJ C 113, 09.04.2011, p.7; Tribunale di Bergamo, 28 febbraio 2011, Survival Godwin, Caso C-94/11; Tribunale di Rovereto, 11 febbraio 2011, John Austine, Caso C-63/11, OJ C 120, 16.04.2011, p.5; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 7 marzo 2011, Yeboah Kwadwo, Caso C-120/11; Corte Suprema di Cassazione, 21 marzo 2011, Demba Ngagne, Caso C-140/11.

diritti umani nel diritto internazionale⁴, ad onta delle riserve di garanzia contenute nel testo europeo.

In effetti, la direttiva europea solleva forti perplessità almeno quanto alla sua matrice politica, che ne impronta in modo marcato e diretto, se non il testo dell'articolato, certamente il lungo esordio⁵. Lì il lessico ha importanza non secondaria; ricorrono parole-chiave: lotta (nel testo inglese, «fight») all'immigrazione clandestina (“Considerando”, nr. 1); «rimpatrio» e «allontanamento», che devono bensì avvenire secondo modalità rispettose della dignità umana e dei diritti fondamentali – nonché del principio di *non refoulement* quale norma avente rango di *jus cogens* –⁶, ma rispetto a cui il limite della dignità e della tutela dei diritti è enunciato in quanto direttamente strumentale, per l'appunto, ad una efficace politica di allontanamento e rimpatrio (“Considerando”, nr. 2, nr. 4). Tale nesso d'immediata strumentalità riguarda anche l'applicazione dei principi di proporzione ed effettività con riferimento ai mezzi usati e agli obiettivi perseguiti: principi ai quali è espressamente subordinato l'uso di misure coercitive⁷. E ancora: divieto, o

⁴ Cfr. ad es. la posizione dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati: *UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, 16 giugno 2008, reperibile in www.unhcr.org/refworld/pdfid/4856322c2.pdf. Ma si vedano anche la Presa di posizione dei dieci esperti del Consiglio per i Diritti Umani dell'ONU, *UN press release*, 18 luglio 2008, in www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/227C3A187C0BDB81C125748A0037A405?opendocument; nonché SAVE THE CHILDREN, *Letter to the Members of the European Parliament*, 11 giugno 2008, in www.savethechildren.net/separated_children/publications/reports/Letter_to_MEP_on>Returns_Directive-1.pdf.

⁵ Del resto, l'analisi dei lunghissimi negoziati tra Parlamento e Consiglio che hanno preceduto l'adozione della direttiva dà conto di un dibattito che è stato quasi un “braccio di ferro” tra le due istituzioni, per la prima volta chiamate ad adottare uno strumento in materia di diritto dell'immigrazione secondo la procedura di co-decisione (oggi, procedura legislativa ordinaria). Sui negoziati, si veda in particolare D. ACOSTA, *The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive)*, in 11 *European Journal of Migration and Law*, 2009, 19.

⁶ Sul principio di *non refoulement* cfr. ampiamente, fra i manuali di “diritto internazionale dei rifugiati”, G.S. GOLDWIN-GILL, J. MC. ADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007³, 49 s. e 201-284 (ove interessanti rilievi sui modi con i quali gli Stati, di per sé forniti di larga libertà d'azione, possono aggirare l'applicazione delle regole in materia semplicemente evitando ogni utilizzo della terminologia di “rifugiato”, mediante circonlocuzioni quali *displaced persons*, *illegal immigrants*, *economic migrants*, *aliens*, *boat-people*, *stowaways*); inoltre J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, 278-370. Fra pubblicazioni recenti in riviste penalistiche, che espongono la funzione di limite del principio in discorso rispetto alle procedure di espulsione, cfr. in particolare V. SCALIA, *L'espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in *Ind. pen.*, 2010, partic. 857-867.

⁷ Lo si desume anche dal richiamo a specifiche modalità di esecuzione pratica della procedura di rimpatrio, quale l'organizzazione di voli collettivi («joint flights») od ordini individuali di *return*.

meglio «interdizione d'ingresso» («entry ban»), da realizzare in termini comuni a tutta l'area europea, in modo da proibire l'ingresso nel territorio di tutti gli Stati membri ("Considerando", nr. 14, art. 11).

Orbene, con la decisione in commento la Corte interpreta le disposizioni sostanziali della direttiva in termini che impongono di riconoscere, innanzi tutto e prevedibilmente, l'incompatibilità con essa delle norme penali direttamente coinvolte dalla vicenda (l'art. 14, co. 5 *ter* e, conseguentemente, *quater*, d.lgs. 286/1998 [di séguito, "TUImm"]); e che, come si avrà modo di precisare, si riverberano indirettamente ma indiscutibilmente su norme qualificanti, dal punto di vista penalistico, dell'intero TUImm.

Le argomentazioni addotte dalla Corte a sostegno delle conclusioni raggiunte sembrano tuttavia largamente discostarsi dalle interpretazioni affermate dalla più sensibile dottrina e dalle stesse motivazioni dei giudici che avevano portato il caso all'attenzione dei giudici europei e volte, come si dirà (*infra*, §§ 2.2.e 2.3), a svincolare le prescrizioni normative dallo scopo politico perseguito in generale⁸, e ciò al fine di garantire il maggior grado di tutela dei diritti fondamentali. La posizione dei giudici europei – si ritiene di doverlo anticipare sin d'ora – sembra tuttavia confermare che il reale portato normativo delle disposizioni contenute nella direttiva rappresenterebbe la coerente traduzione *in action* d'una linea politico criminale che, in tema di rimpatri, non sembra affatto incardinarsi sul rispetto della libertà personale quale scopo *finale* realmente perseguito, ma prende in considerazione quella libertà (o, se si vuole, la degrada) quale semplice *strumento*: non certo trascurabile per questo⁹, ma pur

⁸ Sui principi della politica comunitaria contro l'immigrazione illegale e la loro evoluzione nel tempo cfr. tuttora, seppur risalenti (tenuto conto, per così dire, del ritmo evolutivo della materia), R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale[,] comunitario e interno*, a cura di U. Leanza, Napoli, 2005, partic. 354 s., 361-364; S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2006, partic. 153 ss., e soprattutto 183 ss.

⁹ Cfr. ad es. nella dottrina internazionalistica M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'immigrazione. Profili di Diritto interno, Comunitario e Internazionale*, a cura di U. Gasparini Casari, I, Modena, 2010, 45

sempre aspetto strumentale al governo tecnocratico e *sécuritaire* (*securitising*, come propone una riflessione recente di scienza della politica)¹⁰ dei flussi migratori verso i Paesi membri; una prospettiva da mettere a nudo, dunque, riconoscendo se del caso il carattere ottativo o, se si preferisce, prescrittivo – e non già descrittivo – a letture che meritoriamente intendano contenerne gli effetti.

Prima di considerare soluzione e motivi addotti a sostegno della decisione della Corte UE, è dunque utile ripercorrere preliminarmente, sia pure per sommi capi, i termini della discussione.

2. Il contenuto della direttiva e le ragioni di contrasto con l'ordinamento interno.

2.1. *Le norme rilevanti della direttiva.* – È appena il caso di ricordare che scopo della direttiva è quello di stabilire regole comuni concernenti rimpatrio, allontanamento, uso di mezzi coercitivi, detenzione, divieti d'ingresso: obiettivo che non può essere sufficientemente raggiunto a livello nazionale e dunque richiede di essere perseguito a livello europeo – fermi i limiti, iterativamente ricordati già nel preambolo, della «proporzione» e del rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed in generale dei «diritti fondamentali» come principi generali del *Community law* e del diritto internazionale.

ss. e partic. 79 s., il quale valorizza particolarmente la lotta all'immigrazione irregolare quale condizione necessaria per ogni politica di gestione dell'immigrazione; in quest'ottica, è apprezzata la posizione espressa dalla Commissione europea secondo la quale lottare contro l'immigrazione irregolare «costituisce riaffermazione del principio di legalità, su cui si fonda l'Unione» (COMMISSIONE CE, «Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri», Doc. COM(2002) 175 definitivo: http://eur-lex.europa.eu/LexUriSero/site/it/com/2002/com2002_0175it01.pdf). Ma lo stesso A. riconosce, poco oltre, che non è possibile fornire una nozione chiara della stessa "immigrazione irregolare"; il che, francamente, lascia perplessi proprio sulla premessa, e cioè sulla possibilità di ricondurre – in modo plausibile e non contraddittorio – quella "lotta" al principio di legalità.

¹⁰ A. FREYBERG-INAN, M. VAN DIJK, *paper* di ricerca presentato in occasione delle Jean Monnet Lectures presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, maggio 2011. Per una bibliografia in tema v. ancora A. FREYBERG-INAN, M. VAN DIJK, *Organising Migration's Securitisation: Law and Order Critical Connections*, University of Amsterdam, 2010, p. 7 ss.

Su queste basi, l'indirizzo politico ed il sistema ad esso strumentale capaci di condizionare direttamente ed immediatamente le scelte del legislatore nazionale, sono riassumibili nei seguenti capisaldi:

(a) preferire il rimpatrio volontario a quello forzato ("Considerando", nr. 10 prima parte);¹¹ solo nel caso in cui vi sia il rischio che del soggetto si perdano le tracce («rischio di fuga»), o se la persona costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, il periodo di partenza volontaria può non essere concesso, od essere concesso per un termine più breve di 7 giorni (in tal senso l'art. 7.4 Direttiva);

(b) garantire un periodo per consentire il rimpatrio volontario;

(c) garantire per il rimpatrio una specifica, qualificata assistenza e consulenza, sfruttando al meglio le possibilità di finanziamento offerte dal Fondo europeo per i rimpatri¹² ("Considerando", nr. 10);

(d) garantire assistenza legale d'ufficio al fine di assicurare la protezione degli interessi individuali avverso le decisioni di rimpatrio, in modo che siano preservate le garanzie legali, definite secondo *standards* minimi comuni, nell'ambito delle procedure esecutive di quelle decisioni ("Considerando", nr. 11 e art. 13.4)¹³.

¹¹ Secondo un principio che era stato enunciato già nelle Linee Guida sui Rimpatri adottate dal Consiglio d'Europa nel settembre 2005, ed alle quali la direttiva si è in più punti ispirata; si vedano le *Council of Europe's Twenty Guidelines on Forced Return*, reperibili online all'indirizzo www.coe.int/t/dg3/migration/Source/MalagaRegConf/20_Guidelines_Forced_Return_en.pdf.

¹² Il riferimento al Fondo europeo per i rimpatri pare particolarmente rilevante, se si considera che è stato solo grazie al congelamento di tale fondo, disposto dal Parlamento nell'attesa dell'adozione di una direttiva volta a comunitarizzare le procedure di rimpatrio nazionali, che gli Stati membri sono riusciti a trovare un compromesso che consentisse l'emanazione della direttiva. Si veda S. PEERS, *Statewatch Analysis: the proposed EU Returns Directive*, 2008, in www.statewatch.org. Anche la decisione relativa al congelamento del fondo è disponibile online: cfr. Bilancio 2008, Doc. 12, Vol. 2, 59 s. (linea 18 03 10), in www.europarl.europa.eu/comparl/budg/budg2008/procedure/procedure_en.htm#Doc12

¹³ La disciplina dell'assistenza legale è stata oggetto di trattative particolarmente complesse tra il Parlamento (deciso a non lasciare la questione alle scelte dei legislatori nazionali) e gli Stati membri (desiderosi di evitare il riconoscimento di un diritto all'assistenza legale gratuita). Il compromesso raggiunto nel testo finale è stato possibile solo grazie alla Dichiarazione della Commissione con cui questa si è impegnata ad aiutare gli Stati a limitare gli oneri finanziari derivanti dall'attuazione dell'art. 13(4), sottolineando che le misure di attuazione di questa disposizione possono essere cofinanziate fino al 75 % con il Fondo rimpatri. Si veda la Dichiarazione, 16166/08 ADD 1 REV 1, disponibile online in <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/08/st16/st16166-ad01re01.it08.pdf>. Si noti anche che la scadenza per l'attuazione dell'art. 13(4) è stata fissata al 24 dicembre 2011, un anno dopo rispetto alle altre disposizioni.

E soprattutto la direttiva prescrive che:

(e) il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il «trattenimento» (così il testo italiano della direttiva: ma in inglese è *detention*; in francese *réention*) è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente; ("Considerando", nr. 16 e art. 15.1);

(f) nei casi nei quali si applichi il "trattenimento", devono comunque essere rispettati i diritti fondamentali e la detenzione essere garantita in appositi, specializzati locali ("Considerando", nr. 17 e art. 16.1).

Questione centrale diviene dunque quella di definire quale sia lo *status libertatis* del soggetto nel periodo tra l'adozione della decisione di rimpatrio (ex art. 6.1 direttiva) e la sua effettiva esecuzione, specie qualora alla stessa l'interessato non si conformi volontariamente.

In linea di principio, possono essere adottate misure "cautelative", ma di tipo non detentivo (art. 7.3). Misure di tipo coercitivo (quali ad esempio l'accompagnamento coattivo alla frontiera) possono essere adottate soltanto, in ultima istanza, se il soggetto oppone resistenza all'esecuzione materiale del rientro (fermi i limiti della proporzione e della forza ragionevolmente necessaria per vincere la resistenza, oltre che il rispetto dei diritti fondamentali, primi fra essi la dignità e l'integrità fisica: art. 8.4).

Quanto alla detenzione a scopo di esecuzione del rientro, i principi generali poc' anzi riassunti sono concretizzati nella disciplina degli artt. 15 e 16:

a) principio di residualità o di *extrema ratio*¹⁴;

¹⁴ Art. 15: « Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive».

b) delimitazione funzionale: la detenzione è consentita solo al fine di preparare il rientro o effettuare l'allontanamento;

c) presupposti oggettivi: (i) rischio di fuga; (ii) aggiramento o altri impedimenti frapposti dal destinatario alla preparazione del rientro;

d) limiti di durata¹⁵: (i) cronologici puri: il più breve periodo possibile, e comunque non superiore a sei mesi prorogabile al massimo di ulteriori 12 mesi (art. 15.1. seconda parte in rel. 15.5 e 15.6); (ii) analogici: soltanto per la durata dei preparativi e dell'esecuzione materiale delle operazioni strumentali al rientro;

e) requisiti di forma e procedurali (art. 15.2 e nr. ss.);

f) requisiti "logistici" (art. 16)¹⁶.

Da notare che le situazioni eccezionali, nei termini previsti dall'art. 18, non costituiscono causa di deroga alle regole sostanziali in materia di detenzione ma soltanto ai termini del riesame giudiziario ed alle previsioni relative al trattenimento in centri appositi e alla disponibilità di spazi separati per le famiglie.

Come sintetizza la Corte¹⁷, si tratta di un sistema gradualistico: un sistema, cioè, che – osservando per ogni «misura» il principio di proporzione – muove dalla misura che consente il maggior grado di libertà personale (garantendo un termine per la partenza volontaria) per giungere a quelle di massima limitazione consentita, cioè il trattenimento (*detention*) in stabilimenti a ciò specificamente destinati; questo trattenimento esprime, d'altronde, il grado massimo di privazione della libertà personale.

Come valutare questo sistema dal punto di vista del rapporto fra gl'interessi perseguiti e lo *status libertatis*?

¹⁵ Cfr. la specificazione della CGUE, nr. 43.

¹⁶ Da notare il co. 4 sulle visite ai centri di detenzione da parte di « pertinenti e competenti organismi ed organizzazioni nazionali, internazionali e non governativi».

¹⁷ Cfr. partic. nr. 41-42.

Sembra inevitabile riconoscere che le garanzie modali accedono ad una prescrizione di carattere generale: gli Stati *devono* emettere una decisione di rimpatrio nei confronti degli stranieri che si trovino illegalmente sul territorio dello Stato, facendo salve le eccezioni espressamente indicate (art. 6.1 Direttiva in relazione ai commi da 2 a 5 dello stesso articolo). Ciò che dev'essere garantito è che il rientro possa essere volontario, con un tempo per provvedervi fra 7 e 30 giorni (art. 7.1).

La libertà deve essere garantita, dunque, in quanto sia compatibile con la (e co-funzionale alla) procedura di rimpatrio. In altri termini, essa non costituisce un fine di garanzia in sé e per sé, ma la modalità preferibile di esecuzione dell'allontanamento dal territorio: quella dello straniero extracomunitario è, per così dire, la libertà di Bertoldo di scegliere l'albero al quale essere impiccato.

2.2. Le ragioni di contrasto con l'ordinamento interno: incompatibilità "diretta" od "indiretta" della normativa nazionale... – L'(inutile) scadenza del termine per l'attuazione della direttiva rimpatri, fissato al 24 dicembre 2010, ha fornito l'occasione – lo si è accennato (*retro*, § 1)– per un ampio dibattito sulle conseguenze della mancata trasposizione della stessa nel diritto interno. La discussione ha coinvolto in egual misura dottrina e giurisprudenza: la prima ha proposto le soluzioni più diverse; in giurisprudenza, altrettanto differenziate sono state le applicazioni, con un deprecabile esito di sfilacciata incertezza del diritto.

Una prima opzione interpretativa è stata quella di chi, ritenendo che gli artt. 15 e 16 della direttiva avessero effetto diretto, in quanto disposizioni

incondizionate e sufficientemente precise,¹⁸ ha sostenuto che i reati di cui all'art. 14, c. 5 *ter* e *quater* non fossero più applicabili. A questa conclusione, peraltro, si è giunti seguendo due diverse linee argomentative, che è necessario mantenere distinte.

Da un lato, infatti, si è affermato che l'incompatibilità delle disposizioni penali con la normativa europea fosse indiretta, derivando dalla palese non conformità della procedura di espulsione nazionale alla direttiva: le fattispecie penali sanzionavano infatti il mancato rispetto di un ordine di allontanamento comunitariamente illegittimo, in quanto pronunciato dal Questore nel corso di una procedura di espulsione - l'italiana - del tutto opposta rispetto a quella descritta dalla direttiva.¹⁹ Secondo questo orientamento, dunque, l'illegittimità dell'ordine di allontanamento avrebbe dovuto necessariamente comportare l'assoluzione dell'extracomunitario irregolare, il quale aveva disobbedito ad un decreto invalido per violazione del diritto dell'Unione; tale violazione, peraltro, era fatta derivare ora dall'intero sistema nazionale delle espulsioni (fondato sulla preferenza per l'espulsione coattiva, in palese contrasto con l'approccio richiesto dalla direttiva), ora semplicemente dal mancato rispetto del termine minimo imposto dalla direttiva per consentire l'allontanamento volontario (in virtù dell'art. 14, TUImm, il questore deve infatti fissare un termine di 5 giorni per la partenza volontaria, invece dei 7 previsti dalla direttiva).²⁰ Il punto su cui tuttavia i teorici di questo orientamento si sono divisi è stato quello relativo al

¹⁸ Un'interpretazione poi confermata dalla CGUE nel caso *Kadzoev* (C-357/09 PPU, 30 novembre 2009, OJ C 24, 30 gennaio 2010, p. 17), come richiamato da F. VIGANÒ, *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater: sette repliche ad altrettante obiezioni*, reperibile in internet, alla pagina www.penalecontemporaneo.it/materia/3-/41-/416-disapplicazione_dell_art_14_co_5_ter_e_quater_sette_repliche_ad_altrattante_obiezioni/.

¹⁹ Si vedano in particolare F. VIGANÒ, L. MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 1410 ss.; e A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14, D. Lgs. n. 286/98*, in www.penalecontemporaneo.it/upload/Relazione%20Natale.pdf, 31. Gli A., pur ritenendo un contrasto diretto tra l'art. 14 TUImm e la direttiva, avevano anche esaminato la possibilità di dichiarare nulli gli ordini amministrativi costituenti un presupposto del reato.

²⁰ Si vedano, a titolo d'esempio, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Rovereto, 17 gennaio 2011; Tribunale di Torino, 8 gennaio 2011, in www.penalecontemporaneo.it/materia/3-legislazione_penale_speciale/41-stranieri/.

regime applicabile con riferimento alle ipotesi in cui la violazione del decreto di allontanamento avesse avuto inizio prima del 25 dicembre 2010 – e cioè, a tutti i casi in cui il decreto fosse stato emesso, ed il termine per la sua esecuzione fosse scaduto, prima della scadenza del termine per l’attuazione della direttiva rimpatri. Secondo alcune interpretazioni, infatti, tali violazioni avrebbero comunque potuto dar luogo a responsabilità penale, in quanto il destinatario dell’ordine di allontanamento non vi aveva dato esecuzione in un momento in cui tale decreto era perfettamente legittimo:²¹ di conseguenza, dato che la direttiva rimpatri avrebbe inciso sulla materia penale solo indirettamente, il principio di retroattività della norma penale più favorevole non sarebbe comunque stato applicabile, trattandosi di una c.d. “modificazione mediata”.²² Secondo altri, viceversa, gli ordini di allontanamento, pur se originariamente validi, sarebbero divenuti illegittimi in un momento successivo alla loro emanazione, non potendo più comunque formare la base per una pronuncia di condanna per la loro violazione.²³ Un ulteriore problema si poneva poi con riferimento agli ordini di allontanamento pronunciati dopo il Natale 2010 e conformi alle direttive impartite dal Ministero dell’Interno con la circolare del 17 dicembre 2010, che a lungo ha rappresentato l’unico strumento con il quale si è cercato di attuare la direttiva rimpatri, “tamponando” l’evidente difformità della procedura nazionale da quella europea:²⁴ tali ordini, infatti, potevano

²¹ Cfr. Tribunale di Verona, 20 gennaio 2011; Corte di Appello di Ancona, 31 gennaio 2011; Tribunale di Bologna, 29 dicembre 2010. Tutte reperibili in www.penalecontemporaneo.it/materiale/3-legislazione_penale_speciale/41-stranieri/.

²² Pare opportuno il richiamo alla sentenza delle Sezioni Unite del 27 settembre 2007, n. 2451, *Magera*, in *Cass. pen.* 2008, 898, anch’essa relativa all’art. 14, c. 5 ter, ed alle conseguenze dell’acquisto della cittadinanza dell’Unione da parte di romeni e bulgari a seguito dell’allargamento dell’UE.

²³ Cfr. Tribunale di Bologna, 16 marzo 2011; Tribunale di Torino, 3 gennaio 2011; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, 7 febbraio 2011. Queste decisioni sono anch’esse tutte disponibili su sito www.penalecontemporaneo.it/materiale/3-legislazione_penale_speciale/41-stranieri/.

²⁴ Il riferimento è a MINISTERO DELL’INTERNO, DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA, *Circolare 17 dicembre 2010*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 5, pp. 20-23. Peraltro, che una simile misura di “attuazione” del diritto dell’Unione sia del tutto insufficiente, a fronte di una chiara incompatibilità della disciplina legislativa, emerge con chiarezza da un orientamento assolutamente pacifico della Corte di Giustizia: la Corte, infatti, ha più volte precisato che “semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dell’amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi del trattato” (causa 165/1986, *Commissione vs. Italia*) e che

apparire conformi alla direttiva, in quanto adeguatamente motivati quanto al rispetto della procedura in essa stabilita, pur essendo evidentemente incompatibili con quest'ultima.²⁵

A questo filone interpretativo se ne è affiancato un altro, secondo cui l'incompatibilità con la disciplina europea avrebbe riguardato l'art. 14 in via diretta ed immediata. Ad avviso dei sostenitori di questa teoria, la direttiva avrebbe infatti vietato l'incriminazione dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento, o, quantomeno, la previsione di una sanzione detentiva sino a 5 anni per tale condotta;²⁶ a tale conclusione si è giunti principalmente sulla base di un'interpretazione degli obiettivi della direttiva secondo cui questa avrebbe mirato non soltanto a definire una politica di rimpatrio efficace (Considerando n. 4), ma anche a garantire il rispetto dei diritti fondamentali nel corso della procedura di rimpatrio (art. 1).²⁷ Secondo questo orientamento, l'applicazione di misure detentive per la disobbedienza all'ordine di allontanamento avrebbe dovuto conformarsi alla disciplina stabilita negli artt. 15 e 16 della direttiva, che stabiliscono precisi limiti al potere degli Stati di detenere i migranti irregolari;²⁸ l'art. 14 TUIImm, dunque, prevedendo una detenzione per periodi ben più lunghi del massimo stabilito nella direttiva e a

l'incompatibilità della legislazione nazionale con il diritto comunitario "può essere definitivamente soppressa solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare" (causa C-334/94, Commissione vs. Francia).

²⁵ Infatti, la Circolare ministeriale non poteva modificare strutturalmente la procedura di espulsione nazionale, che in ogni caso dà priorità all'espulsione forzata e, in subordine, alla detenzione nei CIE – peraltro stabilita, contrariamente a quanto richiesto dalla direttiva, come misura ad applicazione automatica e come unica possibile misura di natura cautelare, non prevedendo la legge altre misure meno limitative della libertà personale dell'imputato. Sull'incompatibilità di tali decreti con il diritto dell'Unione si veda A. NATALE, cit., p. 32; Tribunale di Torino, 28 febbraio 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶ Cfr. F. VIGANÒ, L. MASERA, op. ult. cit., 1415; A. NATALE, cit., 36; F. VIGANÒ, *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento*, online in www.penalecontemporaneo.it/materia/3-141-1-1328-il-dibattito-continua-ancora-in-tema-di-direttiva-rimpatri-e-inosservanza-dell-ordine-di-allontanamento/.

²⁷ Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza n. 11050/2011, 18 marzo 2011 (ricorso in via pregiudiziale alla CGUE); Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, 18 gennaio 2011; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, 11 marzo 2011. Decisioni reperibili online, sul sito www.penalecontemporaneo.it/materia/3-legislazione-penale-speciale/41-stranieri/.

²⁸ Cfr. A. NATALE, cit., 38.

condizioni comunque non conformi alla stessa, sarebbe stato incompatibile con la normativa europea.

Peraltro, mentre alcuni si sono concentrati essenzialmente sulla durata della detenzione (6 mesi di detenzione amministrativa, o “trattenimento”, secondo la direttiva; fino a 4 - o 5 - anni di reclusione secondo l’art. 14, c. 5 *ter* e *quater*), altri hanno sottolineato soprattutto come la disciplina italiana consentisse, in realtà, di cumulare le due forme di detenzione, sottoponendo l’immigrato irregolare prima alla misura del trattenimento nel CIE e poi alla pena della reclusione;²⁹ la disciplina nazionale, dunque, avrebbe ostacolato il conseguimento degli obiettivi della direttiva, impedendone l’effetto utile: inteso, questo, come protezione dei diritti fondamentali degli immigrati – che per l’appunto, secondo questo orientamento, costituirebbe uno scopo “secondario,” ma comunque esplicito, della normativa europea.

2.3. ... e la tesi del mancato contrasto.– A questi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, teorizzanti l’inapplicabilità dei reati *ex art. 14, c. 5 ter e quater* TUIImm, si è sin da subito contrapposto un orientamento antitetico. Una parte della dottrina, infatti, ha contestato l’effetto diretto della direttiva rimpatri: questa, lasciando ampi margini di apprezzamento discrezionale al legislatore, in particolare quanto al suo ambito di applicazione, non sarebbe risultata sufficientemente precisa ed incondizionata³⁰.

²⁹ E, potenzialmente, di nuovo alla misura amministrativa, quindi alla reclusione, in un circolo vizioso che si interrompeva solo nel momento in cui si fosse finalmente riusciti ad espellere lo straniero: cfr. F. VIGANÒ, *Disapplicazione*, cit.

³⁰ Di conseguenza, il giudice che dubitasse della compatibilità dell’art. 14 TUIImm con la direttiva rimpatri avrebbe dovuto richiedere una pronuncia risolutiva non alla Corte Europea, bensì alla Corte Costituzionale, che ben avrebbe potuto dichiarare l’art. 14 incostituzionale per violazione dell’art. 117 Cost., e della direttiva rimpatri quale norma interposta e parametro di costituzionalità. Cfr. T. E. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e articolo 14 t.u. immigrazione, intervento nel dibattito*; F. FOCARDI, *Ancora sull’impatto della direttiva comunitaria 2008/115/Ce sui reati di cui all’artt. 14 co. 5-ter e 5 quater d. lgs. 286/98*. Entrambi gli articoli sono disponibili online, www.penalecontemporaneo.it. Si vedano anche le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale del Tribunale di Modica, marzo 2011, in www.penalecontemporaneo.it/materiale/3-legislazione_penale_speciale/41-stranieri/, e del Tribunale di Busto Arsizio, 21 gennaio 2011, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, I Serie Speciale*, n. 19, 4 maggio 2011, p. 37.

Secondo un diverso orientamento, invece, anche accolta la tesi dell'effetto diretto della direttiva, questo non avrebbe potuto dispiegarsi sulla materia penale, trattandosi di una direttiva emessa prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in un momento storico in cui l'Unione aveva competenze estremamente ridotte in materia penale e poteva esercitarle solo tramite lo strumento della decisione quadro³¹. Una simile ricostruzione teorica può apparire certo ingenua, dato che la possibile incidenza delle direttive sulla materia penale è principio ormai del tutto pacifico³²; peraltro, in una diversa prospettazione si è ritenuto che ad escludere tale incidenza fosse non tanto un principio generale del diritto dell'Unione, bensì la stessa direttiva, il cui art. 2(2)(b) consente agli Stati di non applicare la procedura in essa descritta alle persone sottoposte a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, ovvero a procedura di estradizione³³.

Infine, un diverso orientamento ha contestato *in toto* la tesi dell'incompatibilità dell'art. 14 TUIImm con la direttiva rimpatri, ritenendo che quest'ultima disciplini esclusivamente il trattenimento amministrativo nei CIE, e non le sanzioni detentive penali, che ad esso non potrebbero essere equiparate. A supporto di questa tesi si sono citati l'art. 8(1) della direttiva, che consente agli Stati di adottare tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio (ivi inclusa, si è asserito, l'incriminazione del mancato rispetto di quest'ultima), e la sentenza della CGUE nel caso *Kadzoev*³⁴: poiché la Corte ha ritenuto che il periodo in cui questi era stato detenuto in qualità di richiedente asilo non

³¹ Cfr. Tribunale di Milano, 18 gennaio 2011, reperibile in http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/6-/-/387-trib_milano_18_gennaio_2011_giud_tremolada_inottemperanza_dello_straniero_all_ordine_di_allontanamento/.

³² Si veda, per tutti, M. DELMAS-MARTY, *The European Union and penal law*, in *European Law Journal*, 1998, 87 ss.

³³ Si veda in particolare Procuratore Generale di Torino, Ricorso per Cassazione avverso la sentenza del Tribunale di Torino del 5 gennaio 2011, 4 febbraio 2011, disponibile online in www.penalecontemporaneo.it/upload/direttiva%20rimpatri%20ricorso%20maddalena.pdf. La tesi, comunque, pare difficilmente condivisibile: l'art. 2.2.b non mira ad escludere l'incidenza della direttiva sul diritto penale, ma piuttosto la necessità di applicare la procedura in essa prevista alle espulsioni penali ed alle estradizioni, sul presupposto implicito che queste siano sufficientemente disciplinate da altre norme di diritto interno ed internazionale.

³⁴ Se ne vedano i para. 45 e 48.

dovesse essere computato nel verificare il superamento dei limiti massimi di detenzione stabiliti dall'art. 15 della direttiva, analogamente si è sostenuto che la detenzione penale non debba essere fatta rientrare in tali limiti³⁵.

È appena il caso di soggiungere che la difformità di vedute sugli effetti della direttiva rimpatri ha coinvolto in egual misura anche la pubblica amministrazione, dando luogo ad alcuni mesi di vero e proprio caos, in cui – lo si è detto – il grado di incertezza del diritto ha raggiunto livelli assolutamente inaccettabili: a tale situazione ha finalmente posto fine la sentenza in commento.

3. *La decisione della Corte.*– 3.1. *Il fatto.*– Secondo quanto emerge dall'ordinanza di rimessione della questione pregiudiziale adottata dalla Corte d'Appello di Trento,³⁶ l'imputato era un cittadino extracomunitario presente in Italia in violazione di un decreto di allontanamento emesso nel maggio 2010. A seguito di controlli, è stato tratto in arresto e condannato alla pena della reclusione di un anno; avverso tale sentenza ha proposto impugnazione.

La Corte di Trento è stata dunque costretta a prendere in esame i possibili effetti della intervenuta scadenza del termine per l'attuazione della c.d. direttiva rimpatri sull'art. 14, c. 5 *ter*, TUIImm. Quanto al decreto di allontanamento del questore la cui violazione aveva dato luogo alla condanna penale, esso è stato ritenuto perfettamente compatibile con la disciplina in tema di espulsioni; infatti, sebbene all'imputato fosse stato concesso un termine per l'allontanamento volontario di soli 5 giorni, un termine così abbreviato si sarebbe giustificato per il concreto rischio di fuga dell'imputato – plurisedicente

³⁵ Cfr. T. EPIDENDIO, 2011, cit.

³⁶ Corte d'Appello di Trento, Ordinanza nel procedimento a carico di Ei Dridi Hassen, 2 febbraio 2011, in www.penalecontemporaneo.it/upload/Appello%20Trento%20-%20Ordinanza%20Corte%20Giustizia%20UE.pdf.

e già condannato per reati in materia di stupefacenti.³⁷ I giudici trentini, ritenuto che la direttiva rimpatri, o quantomeno i suoi artt. 15 e 16, abbiano effetto diretto, si sono poi interrogati sulla compatibilità dell'art. 14, c. 5 *ter*, TUIImm con tali disposizioni. Di conseguenza, preso atto che la direttiva non vieta espressamente agli Stati membri di prevedere come reato le violazioni alle disposizioni impartite con le procedure di rimpatrio, hanno espresso il dubbio che ciò possa avvenire *durante* tali procedure: la sanzione penale prevista dall'art. 14, c. 5 *ter*, infatti, interviene non al termine della procedura di rimpatrio, bensì durante i passaggi intermedi della stessa.

La Corte ha dunque ritenuto opportuno rimettere la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, procedendo alla formulazione di un ricorso in via pregiudiziale ed alla necessaria sospensione del procedimento penale pendente e chiedendo che si procedesse secondo la (nuova) procedura d'urgenza,³⁸ essendo l'imputato detenuto per la causa in corso. Le questioni interpretative sottoposte all'attenzione della CGUE, entrambe basate su una lettura degli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115 alla luce dei principi di leale collaborazione all'effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, sono state così formulate: se gli artt. 15 e 16 ostino alla possibilità di sanzionare penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente; ovvero se impediscano la

³⁷ Questa affermazione da parte della Corte non può certamente dirsi condivisibile: invero, la disciplina nazionale è, in linea generale, contraria al diritto dell'Unione, prevedendo un termine per la partenza volontaria inferiore ai 7 giorni come regola, e non quale ipotesi eccezionale. Inoltre, la direttiva non lascia del tutto imprecisato il concetto di "rischio di fuga"; in virtù dell'art. 3(7), questa nozione implica "la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su *criteri obiettivi definiti dalla legge* per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga." Nel caso di specie, invece, la Corte ha ritenuto esistente tale pericolo secondo una propria valutazione discrezionale, non essendo tale discrezionalità in alcun modo limitata né indirizzata da scelte operate dal legislatore, in ossequio alla riserva di legge contenuta nell'art. 3.

³⁸ Prevista all'art. 104 *ter* del regolamento di procedura della CGUE, ed il cui impiego nel caso in cui il giudizio riguardi persone in stato di detenzione è previsto espressamente dall'art. 267 TFUE.

possibilità di punire con la reclusione sino a quattro anni la mera mancata cooperazione dell'interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare la sua inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa.

3.2. *La presa di posizione dell'Avvocato Generale.*– Prima di procedere all'analisi della sentenza della Corte, pare opportuno esaminare la presa di posizione dell'Avvocato Generale Mazàk (AG);³⁹ infatti, nella pronuncia in commento la Corte ha dato grande importanza a tale opinione, richiamandola espressamente e fondando su essa gran parte delle proprie argomentazioni, implicitamente o esplicitamente.

L'Avvocato Generale, in primo luogo, ha rigettato alcune delle obiezioni mosse alla tesi sostenuta dalla Corte trentina. La prima questione affrontata è stata quella dell'applicabilità della direttiva alla causa in esame, e dunque dell'interpretazione del suo articolo 2(2)(b): in verità, questa disposizione consente di escludere dal campo di applicazione della direttiva non l'intero sistema penale, ma soltanto i rimpatri che siano eseguiti come sanzioni penali, nonché le estradizioni. Nel caso di specie, invece, l'obbligo di rimpatriare derivava da una decisione amministrativa (il decreto del questore): il procedimento penale, dunque, non che essere la causa di tale obbligo, rappresentava semplicemente una conseguenza della sua violazione da parte dell'imputato.⁴⁰ Un'altra obiezione a cui l'Avvocato Generale ha dedicato un breve ma risolutivo commento è quella relativa all'incompetenza dell'Unione ad incidere, con lo strumento delle direttive, sul diritto penale degli Stati

³⁹ Presa di posizione dell'Avvocato Generale Mazàk, 1 aprile 2011.

⁴⁰ Peraltro, l'Avvocato Generale ha aggiunto una considerazione di carattere più generale a sostegno della sua argomentazione, affermando che lo Stato che non abbia provveduto alla trasposizione di una direttiva non può avvalersi dell'applicazione di un diritto che ne derivi, non potendo beneficiare di diritti derivanti dalla direttiva senza adempiere gli obblighi corrispondenti, primo fra tutti quello di attuarla: si veda il para. 28 dell'Opinione.

membri: tale argomento è stato facilmente confutato facendo rinvio all'ampia giurisprudenza della CGUE relativa ai limiti che il diritto dell'Unione può imporre alle legislazioni penali nazionali.⁴¹ Dopo un'analisi della disciplina della direttiva rimpatri e della procedura italiana di espulsione, l'AG ha concluso che, sebbene entrambe prevedano la possibilità che lo straniero non si conformi all'ordine di allontanamento, le conseguenze giuridiche derivanti da tale inottemperanza sono profondamente diverse: mentre in base alla direttiva rimpatri una simile condotta può dar luogo esclusivamente ad un trattenimento amministrativo finalizzato al rimpatrio, il legislatore nazionale ha invece incriminato tale comportamento.

Il punto fondamentale, secondo questa ricostruzione, è dunque se le disposizioni nazionali possano essere considerate come "misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio" ai sensi dell'art. 8(1) della direttiva, o se invece siano piuttosto misure atte ad impedirne l'esecuzione. Così impostata, la questione non poteva che essere risolta nel senso dell'incompatibilità delle disposizioni nazionali con la direttiva; per giungere a tale (logica) conclusione, peraltro, l'Avvocato Generale ha potuto anche richiamarsi alla posizione espressa dall'Italia nel corso del procedimento di fronte alla Corte, secondo cui la pena della reclusione prevista per il reato *ex art. 14, c. 5 ter* rappresenta non una misura coercitiva destinata a dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, bensì una sanzione inflitta per punire la violazione di un ordine dell'autorità costituente una grave lesione dell'ordine pubblico.⁴² Una simile prospettazione fa sorgere dubbi rispetto all'interesse al quale deve essere data priorità: se quello, posto alla base del reato di inottemperanza previsto nel sistema italiano, alla "autorità dei pubblici poteri," ovvero quello, a cui la direttiva 2008/115

⁴¹ Si veda il para. 47 dell'Opinione. L'Avvocato Generale fa rinvio, per tutte, alla sentenza della CGUE 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Placanica e a., che a suo tempo aveva destato grande scalpore in Italia.

⁴² Para. 40 e 41 dell'Opinione.

assegna priorità, ad una “politica di rimpatrio efficace.” Evidentemente, è quest’ultimo che deve prevalere; e, prevalendo, rende inapplicabile l’art. 14, che consente di detenere un soggetto che invece, secondo il diritto dell’Unione, deve essere semplicemente – e rapidamente – espulso. Ciò che rileva, dunque, non è che la sanzione penale non sia conforme alla disciplina degli artt. 15 e 16, in quanto non ne rispetta né i limiti di durata massima, né le condizioni e i requisiti (ciò che del resto sarebbe del tutto incompatibile con la sua natura di sanzione, appunto, penale⁴³), ma semplicemente che essa impedisce l’esecuzione della decisione di rimpatrio, interrompendo la procedura e ritardandone la conclusione.

3.3. *La sentenza.*– La Corte di Giustizia, dopo aver brevemente preso in esame la procedura di rimpatrio prevista dalla direttiva e richiamato la facoltà per gli Stati di discostarsi dalla stessa solo per introdurre o mantenere, compatibilmente con gli obblighi in essa stabiliti, una disciplina più favorevole ai cittadini extracomunitari (art. 4), ha analizzato la procedura di espulsione prevista nella legislazione nazionale. La Corte ha mosso dal dato di fatto – non contestato dallo Stato italiano nelle sue difese – che la direttiva 2008/115 non è stata trasposta nell’ordinamento interno, e che gli artt. 15 e 16 della stessa sono dotati di effetto diretto, essendo incondizionati e sufficientemente precisi; quanto all’applicabilità dell’esclusione prevista dall’art. 2(2)(b), ha aderito alla tesi esposta dall’Avvocato Generale, concludendo che tale disposizione non copre casi come quello dell’imputato, il cui obbligo di rimpatrio derivava da una decisione amministrativa e non aveva natura penale.⁴⁴ La Corte, però, ha aggiunto un commento piuttosto ambiguo, osservando che le sanzioni penali di

⁴³ Evidentemente, infatti, la sanzione detentiva penale dovrà essere scontata negli istituti penitenziari (contro il testo dell’art. 16) e non potrà di norma essere sospesa non appena divenga possibile l’espulsione, ovvero emerga con chiarezza che a tale espulsione non si potrà ragionevolmente giungere, secondo quanto previsto dall’art. 15.

⁴⁴ Si veda il para. 49 della sentenza.

cui a tale disposizione (vale a dire, l'art. 2.2.b) non concernono l'inosservanza del termine stabilito per la partenza volontaria: ciò che pare potersi desumere da questa affermazione è che la disposizione in esame vieta agli Stati di incriminare il mancato rispetto di un ordine di rimpatrio volontario adottato nel corso di una procedura disciplinata dalla direttiva europea sanzionandolo con un'espulsione di natura penale al fine esclusivo di far riferimento all'art. 2.2.b e così sottrarre l'esecuzione di tale espulsione all'ambito applicativo della direttiva rimpatri – una interpretazione non priva di conseguenze, in un ordinamento che conosce di un reato di clandestinità sanzionato, pur se indirettamente, con l'espulsione penale (*infra*, § 5)⁴⁵. Inoltre, premesso che il decreto prefettizio di espulsione alla base dell'ordine di allontanamento poteva essere considerato quale “decisione di rimpatrio” ai sensi della direttiva, la Corte ha rilevato come lo stesso fosse stato emesso sulla base di una procedura totalmente incompatibile con quella descritta nella direttiva – anche questa affermazione, evidentemente, non potrà rimanere priva di conseguenze, dato che implica un primo accertamento, pur se in via incidentale, dell'inadempimento dell'Italia all'obbligo di trasporre la direttiva rimpatri.⁴⁶

Quanto al nucleo centrale della questione ad essa rimessa – ovvero, l'ammissibilità di misure penali nazionali applicabili nel corso della procedura di rimpatrio, - la Corte ha cercato di stabilire un equilibrio tra la competenza

⁴⁵ Specie se si considera che l'introduzione del reato ex art. 10 bis, TUImm, è stata dichiaratamente voluta al fine di evitare l'applicazione della procedura di rimpatrio prevista nella direttiva 2008/115, ritenuta inefficace a causa della priorità assegnata al rimpatrio volontario. Si veda in particolare il discorso tenuto dal Ministro dell'Interno il 15 ottobre 2008 di fronte al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione: www.camera.it/470?stenog=/_dati/leg16/lavori/stenbic/30/2008/1015&pagina=s020#Maroni%20Roberto%204%202. Si noti che considerazioni analoghe possono valere per i nuovi delitti ex art. 14, c. 5 *ter* e *quater*, come modificati dal D.L. 89/2011: anche questi, infatti, comportano l'applicazione di una pena pecuniaria sostituibile con l'espulsione penale a coloro che abbiano violato un ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato (e ciò, anche nel caso in cui si tratti di decreto che fissa un termine per la partenza volontaria, secondo quanto previsto dall'art. 13, c. 5).

⁴⁶ Per una volta, però, l'Italia non è sola in questo inadempimento: si veda la Comunicazione della Commissione del 4 maggio 2011, COM(2011) 248, online in http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/malmstrom/archive/1_EN_ACT_part1_v11.pdf, in cui la Commissione ha espresso la propria preoccupazione per lo stato di attuazione della Direttiva negli Stati membri.

degli Stati in materia penale, che essa ha affermato immutata, e la necessità di salvaguardare l'effetto utile della direttiva⁴⁷; si tratta però d'un equilibrio che finisce per incidere pesantemente sulla competenza penale degli Stati. La Corte, infatti, ha ritenuto che, se - in virtù dell'art. 8(4) - gli Stati possono fare ricorso a misure coercitive (quali l'espulsione coattiva e la deportazione) per eseguire il rimpatrio, e rimangono liberi di adottare misure penali per sanzionare le persone nei confronti delle quali tali misure siano rimaste senza effetto,⁴⁸ ciò deve però avvenire senza adottare disposizioni penali atte a impedire il conseguimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva, privandola del suo effetto utile. Conseguentemente, i giudici del Lussemburgo hanno concluso⁴⁹ che gli Stati non possono sanzionare con pena detentiva l'inottemperanza ad un ordine di allontanamento, ma devono invece "continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti" (para. 58), poiché l'applicazione della pena detentiva "rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare," potendo "ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, n. 1, e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio." Infine, la sentenza si conclude con un richiamo ai giudici nazionali al loro dovere di disapplicare le disposizioni del TUImm contrarie alla direttiva rimpatri, ed in particolare l'art. 14, c. 5 *ter*, tenendo "debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il

⁴⁷ Si vedano in particolare i para. 52 ss. della sentenza, in cui la Corte richiama la propria giurisprudenza in tema di rapporti tra diritto dell'Unione e diritto penale nazionale, nonché l'art. 4 TUE, relativo al principio di leale cooperazione.

⁴⁸ Peraltro, non è ben chiaro a chi la Corte voglia riferirsi con questa espressione: infatti, persone a cui è stata applicata la deportazione sono necessariamente state allontanate dal territorio nazionale. Di conseguenza, la pronuncia sembra autorizzare l'adozione di sanzioni penali per la violazione, da parte dello straniero espulso, di un divieto di reingresso.

⁴⁹ Peraltro, richiamandosi espressamente alla presa di posizione dell'Avvocato Generale.

quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁵⁰ – un richiamo che non appare certo scontato, considerato il dibattito nazionale sull'effetto retroattivo dell'illegittimità comunitaria dei decreti di espulsione e la sua incidenza sul sistema penale.

La pronuncia in commento appare estremamente lineare quanto al contenuto decisorio sull'oggetto principale: la Corte, però, pur accogliendo la tesi secondo cui l'art. 14, c. 5 *ter* (e, implicitamente, 5 *quater*) è incompatibile con la direttiva rimpatri, e dunque deve essere disapplicato, è giunta a questa conclusione seguendo un ragionamento assai diverso da quello suggerito da dottrina e giurisprudenza nazionali. Infatti, se tale incompatibilità è stata fatta comunque derivare dal principio dell'effetto utile e di leale collaborazione, come suggerito nel dibattito interno, l'effetto utile a cui i giudici del Lussemburgo hanno fatto riferimento non è quello relativo alla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri irregolari, ed in particolare della loro libertà personale, ma piuttosto quello relativo all'efficacia della procedura di rimpatrio. Invero, la Corte ha espressamente affermato che la reclusione dell'extracomunitario irregolare per mancato ottemperamento all'ordine di allontanamento viola la direttiva rimpatri perché impedisce – e per un periodo di tempo piuttosto elevato – l'espulsione dello straniero, interrompendo una procedura che si apre con l'adozione della decisione di rimpatrio e che si chiude soltanto quando tale decisione sia finalmente eseguita, rimuovendo lo straniero irregolare (e perciò indesiderato) dal territorio degli Stati membri dell'Unione. D'altro canto, la tesi secondo cui la direttiva mirerebbe (anche) alla tutela dei diritti fondamentali, che ne rappresenterebbe uno scopo, per quanto secondario, e non un mero limite strumentale, era stata suggerita soltanto nel

⁵⁰ E che, si potrebbe aggiungere, è oggi espressamente sancito dall'art. 49(1) della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, che a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha assunto efficacia giuridica vincolante.

dibattito nazionale: se si esamina l'accoglienza che la direttiva ha avuto a livello europeo, da parte non solo delle organizzazioni attive nel campo dei diritti umani (intergovernative come non governative),⁵¹ ma anche della dottrina⁵² tale ricostruzione appare quantomeno dubbia; ed ancor più se si considera la scarsissima attenzione che la direttiva riserva ai diritti di coloro che non possano essere espulsi⁵³.

4. *Sistema della direttiva, status libertatis e valutazioni critiche.*– Come risulta da quanto appena esposto, la Corte in linea di principio risponde affermativamente – ed in modo apparentemente molto chiaro – alla questione se lo Stato sia pur sempre libero d'introdurre sanzioni penali al fine di «dissuadere gli stranieri dallo “stare” illegalmente sul territorio dello Stato»⁵⁴. Ma, lo si è appena visto, i giudici europei si affrettano a precisare che questa libertà è soggetta ad un limite anch'esso di carattere generale e, per così dire, di principio: quello della garanzia dell'effetto utile della direttiva. Pertanto

⁵¹ Si vedano, oltre ai commenti già citati, ECRE, *Information Note on the directive 2008/115/EC*, www.ecre.org/files/ECRE_Information_Note_Returns_directive_January_2009.pdf; CARITAS EUROPA, *Letter to the MEPs*, 30 maggio 2008, reperibile online all'indirizzo www.caritas-europa.org/module/FileLib/RetunDirectiveLetter30May08.pdf. Si vedano anche le reazioni, fortemente negative, degli Stati dell'America Latina, come riportate da D. ACOSTA ARCARAZO, *Latin American Reactions to the Adoption of the Returns Directive*, reperibile in www.ceps.eu/ceps/download/2665.

⁵² Si vedano in particolare i commenti di E. MINCHEVA, *Case report on Kadzoev*, in 12 *European Journal of Migration and Law*, 2010, 361 ss.; A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in 11 *European Journal of Migration and Law*, 2009, 1 ss.

⁵³ Si veda il caso Kadzoev (CGUE, C-357/09 PPU, cit.), al cui rimpatrio la Russia si opponeva non riconoscendone i documenti (rilasciati dall'autorità cecena): la Corte ha espressamente sancito che egli dovesse essere liberato (essendo decorso il termine massimo di detenzione amministrativa ex art. 15), ma la direttiva non impone che lo Stato gli riconosca alcun diritto di soggiornare o lavorare. In casi come questo, la direttiva consente agli Stati di lasciare le persone in una sorta di "limbo", prevedendo solo il loro diritto ad un documento scritto che ne dichiari la non espellibilità, senza però riconoscere alcun loro diritto sostanziale: cfr. E. MINCHEVA, *op. cit.*, 368 ss. Peraltro, nella sentenza Kadzoev la Corte di Giustizia non ha espressamente escluso che lo Stato possa utilizzare sanzioni penali nei confronti del soggetto che non sia stato possibile espellere; viceversa, esplicita era la presa di posizione dell'Avvocato Generale Mazák, che alla nota 38 affermava espressamente che "rimane sempre possibile, in caso di trattenimento per comportamento aggressivo, far ricorso ad un'altra base giuridica di diritto nazionale come, per esempio, a seconda dei casi, alla normativa destinata a mantenere l'ordine pubblico oppure al diritto penale." L'art. 15.4 direttiva va bensì interpretato (così la sent. Kadzoev) nel senso che quando sia decorso il periodo massimo di detenzione stabilito dalla stessa lo straniero debba essere immediatamente liberato e non siano invocabili motivi diversi, quali la condotta aggressiva, il mancato possesso di validi documenti ecc.; ma questo significa: a) che il titolo della detenzione non può più essere quello legittimo in base alla direttiva; b) che l'effetto utile della direttiva non può essere perseguito; e, forse, c) che, in questo caso, lo Stato torna ad essere libero di disciplinare anche con strumenti penali la materia dell'immigrazione senza titolo legittimo.

⁵⁴ Cfr., CGUE nr. 52.

nessuna norma dell'ordinamento statale può legittimamente pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi della direttiva privandola della sua efficacia.

Rispetto al caso sottoposto, la soluzione della Corte è ad un tempo semplice, incisiva e foriera di conseguenze ulteriori per il sistema delle incriminazioni nazionali.

Semplice, perché l'illegittimità dell'incriminazione deriva dal solo contrasto con lo scopo perseguito dalla direttiva: costituisce cioè ostacolo all'instaurazione di un'effettiva politica di espulsione e rimpatrio di stranieri illegalmente soggiornanti sul territorio (di uno Stato) dell'Unione⁵⁵. In tal senso, si potrebbe concludere che la criminalizzazione non è intrinsecamente incompatibile con la direttiva, ma soltanto in quanto si rivela disfunzionale allo scopo di disfarsi dello straniero. Il disvalore della scelta penalistica non è dunque assoluto, ma relativo ai suoi effetti sulla politica comunitaria – e la politica che qui si evoca non è quella della tutela dei diritti fondamentali, bensì l'espulsione di chiunque si trovi illegittimamente sul territorio europeo; a quest'espulsione la tutela dei diritti è strumentale, secondo il veduto principio di graduazione. La Corte, lungi dall'opporre un divieto di criminalizzazione, ammette senz'altro un potere in tal senso, non assoluto ma limitato dalla sua proiezione effettuale: esso non può cioè avere come effetto la mancata esecuzione degli allontanamenti secondo le modalità previste dalla normativa europea. Contrapposta al diritto penale non c'è dunque una libertà, ma un'azione necessitata: l'abbandono del territorio; uscire, andare via, è presupposto e limite della libertà. La volontarietà dell'allontanamento, garantita in modo primario, *non è allora espressione di un atto libero, ma modalità di un'azione vincolata.*⁵⁶

⁵⁵ Così anche le conclusioni dell'Avvocato Generale.

⁵⁶ Invero, non pare inutile ricordare che varie organizzazioni che si sono occupate della direttiva rimpatri hanno contestato il riferimento alla partenza "volontaria", ritenendo che tale termine possa applicarsi esclusivamente ai

Senonché, questi stessi rilievi sollecitano una riflessione ulteriore che investe, a sua volta, proprio le affermazioni di principio sulla libertà statale di utilizzare il diritto penale in materia interferente con le procedure della direttiva: la soluzione della Corte è in realtà, ad onta dell'affermazione di principio, incisiva e profonda nelle conseguenze che ne possono derivare; essa rappresenta, per così dire, il *lapis niger* dei rapporti fra diritto dell'Unione e diritto nazionale in materia di immigrazione clandestina.

La Corte afferma infatti, per un verso, che il limite massimo di gravità delle misure coercitive è rappresentato dal "trattenimento" in un centro apposito e, per altro verso, come si ricorderà, che la violazione dell'obbligo di partenza immediata e il conseguente inutile decorso del termine per l'allontanamento volontario non può costituire illecito penale rilevante ai sensi dell'art. 2(2)(b)⁵⁷; quest'ultimo è un punto forse in ombra nel complesso della motivazione dei giudici europei, oggetto piuttosto di un accenno rapido e quasi collaterale che di un'articolata argomentazione: ma, come spesso accade, è proprio in questo "fuori campo" che si cela l'angolo prospettico risolutivo.

In effetti, l'aporia che residua dall'impostazione della Corte appare piuttosto evidente⁵⁸, perché appare davvero difficile ravvisare uno spazio applicativo per la pretesa libertà dello Stato di introdurre norme penali almeno per le condotte di ingresso e soggiorno illegali, dato che in tal caso si applicano le disposizioni e le garanzie procedimentali della direttiva.

Si potrebbe ritenere che la libertà di ricorrere alle sanzioni penali concerna il reingresso dopo un allontanamento già disposto; ma

rimpatri frutto di una decisione autonoma dello straniero; nella prospettiva della direttiva, dunque, più che di rimpatrio volontario dovrebbe parlarsi di rimpatrio obbligatorio (*mandatory return*). Si veda ECRE, cit., 10.

⁵⁷ Cfr. CGUE nr. 49: «the criminal penalties referred to in that provision [art. 2(2)(b) della direttiva] do not relate to non-compliance with the period granted for voluntary departure». L'art. 2(2)(b) esclude dall'ambito di applicazione della direttiva coloro che sono soggetti al rimpatrio come sanzione penale o conseguenza di sanzione penale.

⁵⁸ Nella dottrina straniera cfr. ad esempio, sul punto, E. MINCHEVA, *Case report on Kadzoev*, 30 November 2009, in 12 *Journal of Migration and Law*, 2010, 361 ss.

quest'interpretazione ridurrebbe l'ambito di applicazione della direttiva al solo primo ingresso nel territorio, il che sembra adombrato, ma non pare affermato esplicitamente né nella sentenza della Corte (che, come si è visto, è molto ambigua sul punto), né nel testo della direttiva.

In definitiva, il senso profondo e l'estesa portata della decisione della Corte di Giustizia sta nella conseguenza che – per via non tanto di una chiara disposizione del diritto dell'Unione, ma di un'importante precisazione “pretoria” – nessuna pena potrebbe essere imposta allo straniero per il semplice fatto di trovarsi e trattenersi sul territorio nazionale, in quanto tale situazione integra i presupposti di una decisione di «rientro». Detto altrimenti: il diritto penale non può *sic et simpliciter* criminalizzare le migrazioni⁵⁹.

5. *Conseguenze per l'ordinamento interno (valutazioni generali).*– In realtà, proprio la *ratio decidendi* utilizzata dalla Corte squarcia il velo apparentemente ancora steso fra competenze dell'Unione in tema di immigrazione e potestà punitiva statale: il legislatore non può determinarsi a scelte penali incompatibili con la procedura (di rimpatrio) definita da fonti europee vincolanti. Le conseguenze possono essere dirompenti, anche se non è sempre agevole determinarne con precisione la portata.

Oltre alla disapplicazione delle fattispecie che avevano dato adito al ricorso pregiudiziale alla Corte (l'art. 14, co. 5 *ter* e la fattispecie detta “gemella” del co. 5 *quater*, t.u.),⁶⁰ ci si chiede se dalla pronuncia possa conseguire

⁵⁹ Si tratta di un'interpretazione che ha già trovato ampia applicazione nel sistema francese, che pure prevede un reato di clandestinità punibile con pena detentiva (artt. L. 621-1 e L-621-2 della legge sull'immigrazione, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). Si vedano in particolare Cour d'Appel de Douai, *Ordonnance*, 6 maggio 2011; Cour d'Appel de Toulouse, *Ordonnance*, 9 maggio 2011; Cour d'Appel de Nimes, *Ordonnance*, 6 maggio 2011, che ordinano l'immediata liberazione dello straniero irregolarmente presente in Francia, arrestato per il reato di ingresso irregolare (le ordinanze sono disponibili in www.actuel-avocat.fr/droit-justice-cabinet/index.html). Si veda anche la Circolare del Ministero della Giustizia francese che contesta questa interpretazione, *Circulaire*, 12 maggio 2011, in http://gisti.org/IMG/pdf/circ_2011-05-12.pdf.

⁶⁰ Come immediatamente rilevato, sia in dottrina sia in giurisprudenza: si vedano L. MASERA, F. VIGANÒ, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*,

l'incompatibilità con la disciplina comunitaria, come interpretata dalla CGUE, di altre disposizioni penalmente sanzionate anche se non direttamente oggetto della decisione: incompatibilità determinabile sia *tout court* ed in astratto, sia in quanto fattispecie che vengano in considerazione sotto il profilo dell'eventuale riqualificazione del fatto già rilevante alla stregua dell'art. 14 TUImm⁶¹.

Il problema si pone in primo luogo, com'è agevole intuire, per le sorti della norma ideologicamente qualificante dell'intera materia: quella che prevede il reato di immigrazione clandestina (art. 10 *bis* TUImm). Essa potrebbe essere oggetto di parziale disapplicazione, nella parte in cui prevede l'espulsione immediata e, fra l'altro, senza neppure il rilascio del nulla-osta da parte dell'autorità giudiziaria.

Di questa conseguenza si potrebbe in prima battuta dubitare, poiché la natura pecuniaria della pena e l'ipotizzabile celerità del procedimento non osterebbero di per sé alla produzione dell'effetto desiderato dalla direttiva, potendo dunque legittimamente rappresentare quel "reato presupposto" che, ai sensi dell'art. 2(2)(b) della stessa direttiva, autorizza gli Stati a non applicarne le disposizioni.

Tuttavia, la natura solo pecuniaria della pena principale comminata non può costituire l'unico parametro del giudizio di compatibilità. In effetti, non è seriamente contestabile che l'espulsione rappresenti la vera sanzione del reato⁶²: in tal senso, la fattispecie penale – riferendosi a tutti i soggetti che altrimenti

para. 5, online in www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/l-/572-addio_articolo_14/; Cassazione, 28 aprile 2011, sentenze nn. 1590, 1594, 1606 (sui cui si legga www.penalecontemporaneo.it/upload/Informazione%20Cassazione%20sentenza%20UE.pdf). Sulla conseguente necessità di procedere alla scarcerazione di quanti si trovino detenuti per condanna ai sensi di una delle due disposizioni, si legga il provvedimento adottato il 3 maggio 2011 dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, dott. V. Esposito, reperibile online, in www.penalecontemporaneo.it/upload/Nota%20Procura%20Generale_sent.%20EI%20Dridi.pdf.

⁶¹ Sotto questo secondo profilo cfr. puntualmente L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio art. 14*, in http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/l-/572-addio_articolo_14/, ai quali si rinvia per la tesi, che merita adesione, secondo la quale l'art. 650 c.p. non potrebbe a nessun patto venire in considerazione: le condotte non sarebbero tipiche perché il provvedimento di espulsione non rientra *ratione materiae* fra quelli menzionati dalla norma ora menzionata.

⁶² Sia consentito rinviare a: A. DI MARTINO, *C'è anche peperoncino nella vigna di Renzo*, in *Belfagor*, 6/2009 (384), 726.

sarebbero ricompresi nell'ambito di applicazione della direttiva – finisce con il costituire il mezzo per aggirare l'intera procedura comunitaria, violando l'obbligo di leale cooperazione⁶³. Con tale sanzione, infatti, il legislatore mira esclusivamente (ed espressamente) ad aggirare la direttiva rimpatri, ritenuta inefficace in quanto fondata sulla preferenza per il rimpatrio volontario⁶⁴, introducendo una fattispecie penale il cui unico scopo è quello di consentire l'attivazione del meccanismo previsto dall'art. 2.2.b; ma una simile fattispecie, come si è appena detto, si pone certamente in contrasto con il principio di leale collaborazione, giacché comporta l'inapplicabilità, in Italia, delle procedure comuni europee, trasformando le espulsioni da amministrative in penali al fine esclusivo di eludere la direttiva ed ostacolando l'effettiva armonizzazione delle procedure nazionali di rimpatrio.⁶⁵ È appena il caso di soggiungere che queste osservazioni muovono dall'angolo visuale del rapporto fra diritto nazionale e sopranazionale, ma lasciano impregiudicate tutte le altre perplessità che la fattispecie suscita anche al di fuori di questa angolatura prospettica, sulle quali non è tuttavia questa la sede in cui indugiare ulteriormente.

Altre disposizioni della cui legittimità "comunitaria" si potrebbe dubitare sono quelle dell'art. 13, commi 13 e 13 *bis*, TUIImm, che contemplano la violazione del divieto di reingresso da parte dello straniero espulso – o meglio, oggi, anche semplicemente "destinatario di un provvedimento di espulsione".⁶⁶

⁶³ Su tale obbligo cfr. da ultimo A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011, 160 ss. (cui si rinvia anche per il tema della disapplicazione delle norme penali interne, e riferimenti bibliografici relativi: 187 ss. e note corrispondenti).

⁶⁴ Si veda il discorso dell'On. Maroni cit. *supra*.

⁶⁵ In questo senso anche, sinteticamente, F. VASSALLO PALEOLOGO, *Direttiva rimpatri e stato di diritto*, para. 2, reperibile in www.meltingpot.org/articolo16169.html. Si veda anche l'ordinanza del Giudice di Pace di Mestre di rimessione della questione in via pregiudiziale alla CGUE, 16 marzo 2011, reperibile in www.penalecontemporaneo.it/upload/gdp%20mestre%2016.3.2011.pdf.

⁶⁶ Si veda l'art. 13, c. 13, come modificato dal D.L. 89/2011, art. 3, c. 1, lett. c, n. 8. Tale modifica implica che lo straniero è punibile anche qualora non sia stato espulso coattivamente, ma semplicemente intimato ad allontanarsi con un decreto di espulsione adottato dal prefetto ai sensi dell'art. 13, c. 2; in ogni caso, poiché la condotta tipica è quella di chi rientri nel territorio dello Stato, deve certamente escludersi che la disposizione possa essere applicata a chi sia sempre rimasto sul territorio nazionale.

Per la verità, come si è subito notato⁶⁷, si tratta di un fatto diverso rispetto a quello oggetto del giudizio della Corte europea, che dunque si sottrae agli effetti di disapplicazione che investono l'art. 14. Proprio al reingresso successivo ad espulsione, d'altronde, la stessa Corte sembra riferirsi allorché precisa, come si è visto, che quando l'allontanamento non abbia conseguito il risultato atteso (appunto perché, ad es., lo straniero sia rientrato) gli Stati restano liberi di adottare misure penali in funzione dissuasiva⁶⁸. Su queste basi, le disposizioni da ultimo ricordate non sembrano poter essere intaccate.

Nondimeno, in senso opposto si doveva concludere per la disposizione, pur strettamente correlata, dello stesso art. 13, comma 14, che nel disporre la durata del divieto di reingresso (in linea di principio decennale, comunque almeno quinquennale in relazione alla generica valutazione della «condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia») appariva non compatibile con le previsioni dell'art. 11 della direttiva (che, a mero titolo d'esempio, prevede che la durata del divieto d'ingresso possa eccedere cinque anni soltanto se lo straniero «rappresenta una seria minaccia all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza o alla sicurezza nazionale»). È per questa via che il complesso delle disposizioni appena ricordate (art. 13, commi da 13 a 14, TUIImm) appariva pericolante; ed, in effetti, ciò è apparso evidente anche al legislatore, che con il D.L. 89/2011 ha provveduto a riportare il divieto di reingresso in linea con la disciplina sovranazionale, prevedendone una durata ricompresa tra i tre e i cinque anni (salvi casi eccezionali) nonché la revocabilità.

Tali e tante, qualitativamente e quantitativamente, erano dunque le ripercussioni del mancato adeguamento italiano alla disciplina europea, che l'unica via per evitare il caos della prassi (giudiziaria e amministrativa) e por

⁶⁷ L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio art. 14*, cit., § 6.

⁶⁸ La precisazione della Corte europea non potrebbe essere ragionevolmente intesa nel senso che se lo straniero non è stato espulso egli può essere penalmente sanzionato, anche con pena detentiva: diversamente, si avrebbe l'irragionevole conseguenza di scaricare sull'irregolare l'incapacità statutale di espellerlo.

rimedio alla situazione d'illegittimità "sistemica" – che il riferimento all'emergenza non può certo sanare – era quella di adeguare alla direttiva l'ordinamento nazionale; come è avvenuto, pur se tardivamente e in modo non del tutto soddisfacente, con il D.L. 89/2011.

E tuttavia resta, rispetto alle stesse scelte europee (non a caso censurate da un filosofo come Paul Ricoeur)⁶⁹, un invitato di pietra: l'approccio ai migranti come «risk categories», che si finisce talvolta col prendere per buono "spiegando" e "governando" – paradossalmente, proprio in nome dei diritti fondamentali –⁷⁰ un diritto che, per parafrasare l'internazionalista François Crépeau, cerca piuttosto di proteggere gli Stati dai flussi di irregolari che «proteggere questi ultimi dalle cause del loro esilio».

⁶⁹ Ad es. in P. RICOEUR, *La condizione di straniero: punti fermi per l'accoglienza*, in *Vita e Pensiero*, 5/2008, 45 ss. (anche in estratto presso il quotidiano *Corriere della Sera* del 4.11.2008).

⁷⁰ Paradosso apparente: come ha rimarcato di recente, ad esempio, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 26 «come viaggiano le idee promotrici delle garanzie così altrettanto trasmigrano idee limitatrici» (corsivo in orig.).