



UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE

OSSERVATORIO EUROPA

Immigrazione clandestina tra incriminazioni interne e diritto dell'Unione Europea.

Il 24 dicembre 2010 è scaduto il termine per dare attuazione alla Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: la Repubblica Italiana non ha, entro tale termine, provveduto ad adeguare la normativa interna agli *standard* comuni previsti dall'Unione Europea per armonizzare uno degli aspetti più critici della politica comune in materia di immigrazione, ossia quello dei rimpatri.

Con la scadenza del termine previsto dall'art. 20, la direttiva è divenuta *self executing*: si è, infatti, verificata l'ultima condizione richiesta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹ e della Corte Costituzionale² per riconoscere diretta applicabilità alle direttive, posto come lo strumento normativo di cui trattasi sia sufficientemente dettagliato ed incondizionato.

Mette conto di osservare come il carattere incondizionato della direttiva sia stato da alcuni revocato in dubbio in ragione della discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nella attuazione dello strumento: tuttavia, alla luce di quanto affermato dalla stessa Corte di Giustizia³, l'esistenza di margini di discrezionalità, non è, di per sé, ostativa al riconoscimento del carattere incondizionato ad una direttiva, laddove questa individui alcuni diritti e garanzie imprescindibili, come quelli riconosciuti dalla direttiva rimpatri allo straniero extracomunitario.

Secondo l'Osservatorio, pertanto, la direttiva deve considerarsi incondizionata ed è, pertanto, *self executing* dal 24 dicembre 2010.

Va, in ogni caso, evidenziato come residui dubbi esegetici sul carattere incondizionato della direttiva vadano risolti dalla Corte di Giustizia in sede di ricorso pregiudiziale ex art. 267 TFUE, piuttosto che risolti apoditticamente *contra reum*; in tale prospettiva, alla Corte dovrebbe essere proposta una questione formulando un quesito del seguente tenore: “*dica la Corte se gli artt. 7 e*

1 CGCE, 4 dicembre 1974, causa C-41/74, Van Duyn vs. Home Office; 5 aprile 1979, causa C-148/78, Ratti.

2 Cfr., *ex multis*, Corte Cost., 18 aprile 1991, n. 168.

3 CGCE, 14 luglio 1994, causa C-91/92 Paola Faccini Dori vs. Recreb S.rl.



15 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, abbiano carattere incondizionato e sufficientemente preciso tale da essere interpretata, dopo la scadenza del termine previsto per l'attuazione dall'art. 20 in assenza di norme specifiche di recepimento da parte dello Stato italiano, nel senso dell'efficacia diretta a favore dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare nella Repubblica Italiana”.

Secondo l'Osservatorio, le norme contenute nella direttiva, in ragione dell'acquisita diretta applicabilità, si impongono, pertanto, nell'ordinamento interno prevalendo sulle disposizioni di diritto nazionale (ivi comprese quelle incriminatrici⁴) che regolano la medesima materia: ciò significa che, in caso di contrasto tra una norma di diritto interno ed una disposizione contenuta in una direttiva direttamente applicabile, le disposizioni nazionali devono essere disapplicate.

Nel caso di specie, la direttiva mira a armonizzare, per l'intero territorio dell'UE, la delicatissima materia dei rimpatri secondo criteri di equità, trasparenza e rispetto dei diritti fondamentali al fine di evitare forme di *dumping normativo* tra Stati membri nella gestione dei flussi migratori.

La direttiva 2008/115/CE è tesa a bilanciare e coniugare l'efficienza della procedura di rimpatrio con il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, primo fra tutti quello alla libertà personale, che intende garantire attraverso la previsione di taluni *standard* minimi di tutela (sono, infatti, fatte salve solo eventuali disposizioni nazionali più favorevoli per gli stranieri extracomunitari).

Per quanto qui direttamente interessa, la direttiva dispone che l'*iter* amministrativo di rimpatrio si avvii, di regola, con l'invito ad allontanarsi spontaneamente dal paese entro un termine compreso tra sette e trenta giorni: durante tale periodo possono essere imposte solo limitazioni dirette ad evitare il rischio di fuga, “come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo” (art. 7). Alla regola dell'invito all'allontanamento spontaneo nel termine ordinario è possibile derogare solo laddove vi sia uno specifico rischio di fuga o quando una domanda di soggiorno regolare sia stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale (art. 7, comma 4).

Sempre secondo la direttiva, lo Stato potrà procedere all'esecuzione coattiva della decisione di rimpatrio solo nel caso in cui lo straniero extracomunitario non abbia volontariamente adempiuto all'invito nel termine concessogli, ovvero non sia stato concesso sin dall'inizio all'interessato alcun

4 CGCE, 21 marzo 1972, causa C-82/71, S.A.I.L.



termine, o ancora sia sorto in pendenza di tale termine uno dei rischi che, a norma dell'art. 7, avrebbero legittimato la sua mancata concessione.

L'ipotesi di trattenimento presso un centro di permanenza temporanea è previsto dalla direttiva - sempre che, nel caso concreto, non possano essere efficacemente applicate altre misure meno coercitive - soltanto per preparare il rimpatrio ovvero per procedere all'allontanamento in presenza di un pericolo di fuga oppure laddove lo straniero extracomunitario eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

La procedura delineata riguarda le procedure amministrative di espulsione di stranieri non comunitari, mentre gli stessi Stati membri hanno la facoltà di non applicare la direttiva solo nei casi di respingimento ovvero nelle ipotesi in cui l'espulsione sia disposta "come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale" (art. 2).

A fronte di un sistema siffatto, risulta assolutamente evidente il contrasto esistente tra quanto previsto dalla direttiva e la disciplina, anche sanzionatoria, attualmente prevista dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

L'Unione delle Camere Penali Italiane ha più volte evidenziato come i più recenti interventi di riforma del t.u. sull'immigrazione (con particolare riferimento al d.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito in 24 luglio 2008, n. 125 ed alla l. 15 luglio 2009, n. 94) siano il precipitato di una preoccupante deriva in senso autoritario ed illiberale della nostra legislazione, connotata da una logica repressiva nella quale la limitazione della libertà personale (variamente configurata) costituisce l'unica *ratio*, che si è mostrata sinanco cedevole ad inquietanti tentazioni di un diritto penale del tipo d'autore proprio riguardo al trattamento dello straniero migrante⁵.

L'assetto attuale delle disposizioni in materia di immigrazione risulta, infatti, il frutto di una sedimentazione di interventi volti a individuare nella limitazione della libertà personale – sotto varie etichette – l'unica forma di trattamento dello straniero-alieno e di gestione dei flussi migratori.

Nell'attuale sistema interno, salvo il caso (del tutto ipotetico) di accompagnamento immediato alla frontiera, lo straniero extracomunitario irregolare è destinato ad essere trattenuto presso un C.I.E.: solo ove il trattenimento non sia possibile, è prevista l'emanazione di un *ordine* di allontanamento dal territorio nazionale entro cinque giorni, la cui ingiustificata inottemperanza – peraltro – costituisce un reato (evidentemente di mera disobbedienza) punito sino a quattro anni (addirittura

5 Cfr. i documenti della Giunta UCPI relativi al d.l. 23 maggio 2008, n. 92 ed al d.d.l. S-733.



cinque nel caso di inottemperanza ad un secondo ordine di allontanamento) e per il quale è previsto l'arresto obbligatorio. L'*invito* ad allontanarsi volontariamente – ossia senza comminatoria di pena detentiva - dal territorio nazionale rappresenta, invece, una ipotesi del tutto residuale e marginale.

Si tratta di un sistema diametralmente opposto a quello previsto dalla direttiva rimpatri, giacché la normativa comunitaria – in ragione del già evidenziato rilievo assegnato ai diritti fondamentali dell'individuo, primo fra tutti quello alla libertà personale – delinea una scansione procedimentale imperniata sull'invito alla partenza volontaria del migrante e nella quale le misure coercitive sono chiaramente relegate ad *extrema ratio* (“in ultima istanza”).

Risulta, infatti, evidente la radicale incompatibilità dei due sistemi, attesa l'evidente centralità, nella prospettiva comunitaria, della partenza volontaria e la non riconducibilità – neppure attraverso un giudizio di equipollenza – del provvedimento di fissazione del termine per la partenza volontaria previsto dalla direttiva e l'ordine del questore previsto dall'art. 14, comma 5 *bis*, d.lgs. 286/1998.

Ulteriori, gravi profili di incompatibilità tra la direttiva e la disciplina interna, inoltre, si evidenziano anche riguardo alla durata massima della limitazione della libertà personale. La direttiva fissa il termine massimo per il trattenimento dello straniero a fini di rimpatrio o di allontanamento in diciotto mesi. Tale termine, nel sistema comunitario, assume carattere assoluto: essendo la limitazione della libertà personale configurata come effettiva *extrema ratio*, la durata massima della stessa, se finalizzata al rimpatrio, deve ritenersi comprensiva tanto ai periodi di detenzione amministrativa (presso i C.I.E.) quanto a quelli di reclusione irrogata, in via sanzionatoria, per la violazione delle procedure di rimpatrio.

Come esattamente rilevato in dottrina, la disciplina italiana, prevede – almeno sino all'effettiva uscita dal territorio nazionale dello migrante extracomunitario - una *alternanza* di detenzione amministrativa e reclusione in carcere pressoché senza soluzione di continuità per un periodo complessivo che finisce con risultare anche di molto superiore al limite massimo e inderogabile di diciotto mesi complessivi fissato dalla direttiva⁶.

A tal proposito, occorre sottolineare come la valutazione del contrasto tra le diverse fonti si risolve nel confronto tra le astratte previsioni normative, rimanendo senza rilievo – nella dimensione della internormatività – l'esistenza di prassi applicative interne eventualmente distoniche rispetto

6 Viganò – Maserà, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e “direttiva rimpatri” UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 1410.



all'articolato di legge, salvo che, ovviamente, per la possibilità di soluzioni interpretative adeguate.

Nel rapporto tra le fonti, il denunciato contrasto va risolto, come detto, nella non applicazione delle norme interne che si pongono in conflitto con la disciplina armonizzatrice sovranazionale.

Come riconosciuto dalla Corte di Giustizia⁷ e dalla giurisprudenza interna⁸, l'obbligo di disapplicazione delle norme interne incompatibili con il diritto UE è del tutto indifferente al fatto che le norme confliggenti (nello specifico le norme incriminatrici previste dall'art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, del t.u. immigrazione) abbiano natura penale.

In tale senso pare essersi orientata parte della giurisprudenza⁹ nella prima applicazione della direttiva dopo la scadenza del termine per recepimento.

Anche riguardo la compatibilità tra direttiva e norme incriminatrici interne, eventuali dubbi esegetici possono essere sciolti, in via pregiudiziale e ricorrendo alla procedura d'urgenza, dalla Corte di Giustizia cui andrà rivolto un quesito del seguente tenore: *“dica la Corte se la direttiva 2008/115/CE osti ad una previsione nazionale, quale quella prevista dagli art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, che consideri reato, punibile con una pena detentiva di durata compresa tra uno e quattro anni - ovvero tra uno e cinque anni nell'ipotesi di cui all'art. 14 comma 5 *quater* - la mera inosservanza di un ordine di lasciare entro cinque giorni il territorio nazionale, emesso nel quadro di un procedimento amministrativo di rimpatrio a carico di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel territorio dello Stato sia irregolare, in assenza di un termine per lasciare volontariamente il paese come previsto dall'art. 7 della direttiva medesima”*.

Roma, 25 febbraio 2011

7 Cfr. la sentenza germinale CGCE, 21 marzo 1972, causa C-82/71 SAIL cit.

8 V. il *leading case* Drexler, CGCE, 25 febbraio 1988, causa C-299/86, Corte d'Appello di Genova, II Sez. Penale, 14 dicembre 1988, Drexler, in *Cass. pen.*, 1989, 1366 e, successivamente, *Cass. pen.*, sez. III, 21 febbraio 1989, Cipriani, in *Cass. pen.*, 1989, 1547.

9 Tribunale di Torino, 3 gennaio 2011; Tribunale di Torino, 4 gennaio 2011 e Torino, 8 gennaio 2011.