



# Direttiva rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali

DI BRUNO NASCIBENE - Ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano

La pronuncia resa dalla Corte di giustizia sulla "direttiva rimpatri" (direttiva 2008/115/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in *Guue* serie L 348 del 24 dicembre 2008), con riferimento alle norme del Tu sull'immigrazione (articolo 14, comma 5-ter, del Dlgs 286/1998), è *tranchante*. Una lettura riduttiva quanto ai suoi effetti nel nostro ordinamento, seppur comprensibile (ma non giustificabile) sotto il profilo politico, non lo è sotto il profilo giuridico. Infatti, le norme nazionali controverse (quella citata, che punisce con la reclusione l'inottemperanza all'ordine del Questore di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni, ma anche, come afferma la Corte, punto 61, «ogni [altra] disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva») contrastano con la ratio e l'effetto utile della direttiva, perseguendo, di fatto, una finalità opposta a quella sottesa alla direttiva: in sostanza, la reclusione dello straniero irregolare anziché il rimpatrio volontario.

Tali norme, inoltre, non sembrano rispettare i diritti fondamentali delle persone destinatarie del provvedimento di espulsione-rimpatrio: rispetto cui la direttiva è ispirata, come i considerando n. 2 e n. 24 della stessa espressamente affermano.

La disciplina nazionale in questione, dunque, non poteva che essere dichiarata incompatibile con la direttiva e deve quindi essere disapplicata da giudici e autorità nazionali, in considerazione dell'efficacia diretta delle disposizioni rilevanti (articoli 15 e 16 sul trattenimento e condizioni dello stesso, la Corte, peraltro, avendo già affermato l'imme-

diata applicabilità dell'articolo 15 nella sentenza *Kadzoev* del 30 novembre 2009, causa C-375/09 PPU, in *Raccolta*, p. I-11189). La Corte sottolinea e "ricorda" al giudice nazionale che nel fare ciò deve tenere conto del principio della retroattività della legge penale più favorevole (*lex mitior*) allo straniero irregolare, e che tale principio fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e ha natura di carattere generale nel diritto dell'Unione.

La sentenza presenta più profili di interesse. In primo luogo essa rappresenta il primo caso di applicazione del procedimento pregiudiziale di urgenza

(ex articolo 104-ter del regolamento di procedura della Corte) nell'ambito di una vicenda relativa a una persona detenuta. Il procedimento si è svolto in tempi assai brevi (poco più di due mesi), rispondendo pienamente alle esigenze di urgenza.

In secondo luogo, la sentenza formula un'ampia disamina della direttiva, chiarendo in particolare quali sono gli obblighi cui debbono attenersi gli Stati nel da-

re attuazione all'obbligo di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, stabilito all'articolo 6, par. 1, e fissa la successione delle diverse fasi di tale procedura.

La direttiva, e di ciò gli Stati non possono non tener conto nel darne attuazione, «non consente di applicare norme più severe nell'ambito che essa disciplina» (punto 33 sentenza). Priorità va, innanzitutto, accordata all'esecuzione volontaria. Solo nel caso in cui a) si debba procedere all'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento (perché allo straniero, considerato il pericolo di fuga o sussistendo motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sicurezza nazionale, non è stato concesso il termine per l'esecuzione volonta-

## Il tema della settimana

Una "brutta gatta da pelare" la questione della cosiddetta "direttiva rimpatri", soprattutto in un momento in cui è in atto un eccezionale afflusso di persone provenienti dai Paesi del Nord Africa e il "ciclo" elettorale fa sentire i suoi effetti non solo in Italia. Dopo la sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011 causa C-61/11 - si veda il servizio di approfondimento pubblicato in questo numero a pagina 16 - e l'annuncio di ricorso a provvedimenti d'urgenza il "nodo" dell'adozione di norme conformi al diritto dell'Unione non può essere più eluso. Secondo il professor Nascimbene, che apre lo spazio dedicato alla riflessione, occorrono scelte chiare e innovative.



ria, ovvero se concesso, non è stato rispettato) e b) l'allontanamento rischia, valutata la situazione caso per caso, di essere compromesso dal comportamento dell'interessato, gli Stati membri possono privare quest'ultimo della libertà ricorrendo al trattenimento.

Il trattenimento, tuttavia, in quanto privazione della libertà, è sottoposto a limiti stringenti: deve avere durata quanto più breve possibile e protrarsi solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio; va riesaminato a intervalli ragionevoli e deve in ogni caso cessare appena risulti che non esiste più una prospettiva ragionevole di allontanamento. La privazione della libertà personale è, dunque, soltanto strumentale alla finalità perseguita dalla direttiva, ossia il rimpatrio.

In terzo luogo, la sentenza sottolinea la rilevanza, in tale contesto, della tutela dei diritti delle persone e richiama, in proposito, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (28 gennaio 2008, *Saadi contro Regno Unito*), secondo cui il principio di proporzionalità esige che il trattenimento di una persona sottoposta a procedura di espulsione o di estradizione non si protragga oltre un termine ragionevole, vale a dire non superi il tempo necessario per raggiungere lo scopo perseguito. Anche di tale orientamento, ovviamente, il giudice nazionale deve tener conto e, parimenti, il legislatore nazionale nel dare attuazione alla direttiva.

Lo Stato, insomma, quando lo straniero non abbia lasciato il territorio nazionale volontariamente, sia perché (in via eccezionale) non abbia potuto usufruire di tale procedura mancando i presupposti, sia perché non abbia invece rispettato il termine previsto per l'allontanamento, deve procedere all'allontanamento, anche coercitivo, adottando tutte le misure necessarie: comprese, dunque, quelle coercitive.

Se l'allontanamento immediato non è possibile, e se altre misure meno coercitive o afflittive non sono possibili, lo Stato può ricorrere al trattenimento che, appunto, è strumentale, servendo solo a preparare il rimpatrio e a effettuarlo, nel rispetto

comunque del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali della persona. Nel nostro sistema di «diritto degli stranieri», tuttavia, il trattenimento è, in sostanza, la regola, non già l'eccezione, perché lo Stato non è in grado di eseguire le espulsioni per una varietà di motivi. Come afferma la Corte (punto 58) lo Stato non può «ovviare all'insuccesso delle misure coercitive» dallo stesso adottate: le disfunzioni dell'apparato non possono, insomma, ricadere sullo straniero, a maggior ragione quando la conseguenza sia la privazione della libertà personale.

Una volta cessato il trattenimento, lo straniero viene nuovamente espulso, ma gli stessi motivi che non hanno consentito l'espulsione forzata (prima) non consentono (poi) il rimpatrio volontario a seguito del (nuovo) provvedimento di espulsione, così integrando, tale comportamento dello straniero, gli estremi del reato oggetto di censura.

Il monito che la Corte, alla luce di questo sistema nazionale “perverso”, rivolge al giudice *a quo* è, invero, rivolto a tutti i giudici nazionali, a quelli italiani in particolare, in virtù della nota efficacia *erga omnes* delle pronunce interpretative della Corte.

La fattispecie di cui all'articolo 14, comma 5-ter, per il suo insanabile contrasto con la direttiva, non può più essere considerata reato, perché la disapplicazione della disposizione nazionale riconosciuta contraria agli articoli 15 e 16 della direttiva integra, nel nostro ordinamento, un'*abolitio criminis*.

In questi termini si è espressa, con tempestività degna di nota la Corte di cassazione che, con sentenze depositate il giorno successivo alla pronuncia della Corte di giustizia (I sezione, numeri 1594/2011 e 1606/2011), proprio in relazione e in considerazione della stessa, ha disposto l'annullamento senza rinvio di due sentenze perché «il fatto non è previsto dalla legge come reato» (formula tradizionalmente impiegata, appunto, per i casi di *abolitio criminis*).

La pronuncia della Corte di giustizia interviene, peraltro, in un momento molto delicato per le politiche di immigrazione dell'Unione europea. L'ecce-

L'eccezionale afflusso di persone provenienti dai Paesi del Nord Africa, che in particolare ha riguardato il nostro Paese, e la polemica tra Governo italiano, Francia e istituzioni dell'Unione, hanno reso evidenti le difficoltà nella gestione degli arrivi irregolari



zionale afflusso di persone provenienti dai Paesi del Nord Africa, che ha riguardato in particolare il nostro Paese negli ultimi mesi, e l'accesa polemica che ha opposto il nostro Governo alla Francia e alle stesse istituzioni dell'Unione europea, portando addirittura a mettere in discussione la permanenza dell'Italia nell'Unione e gli obblighi discendenti dagli accordi (o più precisamente dall'*acquis*) di Schengen, hanno reso evidenti le difficoltà, e i limiti, nella gestione degli arrivi irregolari, così come nell'attuazione del rimpatrio di quanti siano giunti irregolarmente sul territorio degli Stati membri.

A fronte di un atteggiamento "temporeggiatore" assunto inizialmente dall'Unione europea, che ha suscitato non poche perplessità e critiche, essa sembra essersi infine decisa a intervenire in maniera più incisiva. Il 4 maggio è stata, quindi, adottata una comunicazione, COM (2011) 248/3, destinata a costituire la base di discussione del Consiglio UE (giustizia e affari interni) straordinario del 12 maggio.

La Commissione ribadisce il principio ispiratore della direttiva, cui tutti gli Stati membri devono dare attuazione: nei confronti di chiunque si trovi sul territorio dell'Unione europea in posizione irregolare trova applicazione la misura del rimpatrio, comunque nel rispetto del principio di legalità e dei diritti fondamentali.

La comunicazione sottolinea anche la preoccupazione della Commissione per la mancata trasposizione della direttiva da parte della maggioranza degli Stati membri, fra i quali (come è ben presente anche alla Corte, punto 45) il nostro. Un decreto legge preannunciato fin dal febbraio scorso sembra imminente.

Il legislatore non potrà che adottare norme conformi alla direttiva e, in particolare, ai principi che l'ispirano, e quindi "dare esecuzione" alla sentenza, nel pieno rispetto della stessa, al fine sia di evitare una procedura di infrazione (che si aggiungerebbe a quella già avviata per il ritardato recepimento), sia di evitare nuovi rinvii pregiudiziali da parte dei giudici che riscontrassero la non conformità delle nuove norme, per esempio nel prevedere sanzioni

eccessive o sproporzionate nei confronti dello straniero che non ottempera o si sottrae a un provvedimento di espulsione, rispetto a quelle dell'Unione (un *caveat* in tal senso emerge dalle affermazioni della Corte, punti 53-55 e 60, sul potere sanzionatorio dello Stato).

Infine, un altro aspetto che merita attenzione in questo scenario, emergendo difficoltà già note all'epoca dell'adozione della direttiva, ma di cui non si è tenuto conto, è rappresentato dalle modalità di repressione dell'immigrazione clandestina, rese più severe con il cosiddetto pacchetto sicurezza (legge 15 luglio 2009 n. 94), adottato, peraltro, quando la direttiva era già in vigore (dal 13 gennaio 2009).

Anche il pacchetto sicurezza rischia di assumere un profilo di infrazione poiché uno Stato, nelle more della trasposizione di una direttiva, deve astenersi dall'adottare misure che, scaduto il termine di recepimento, potrebbero pregiudicare lo scopo della stessa

Un comportamento, questo, che assumerebbe specifica rilevanza per un diverso, nuovo profilo di infrazione, poiché (secondo un consolidato orientamento della Corte di giustizia, *inter alia*, 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, in *Raccolta*, p. I-7411) uno Stato, nelle more della trasposizione di una direttiva, deve astenersi dall'adottare misure che, scaduto il termine di recepimento (nella specie, il 24 dicembre 2010) potrebbero pregiudicare lo scopo della stessa. Il reato di ingresso e permanenza illegale sul territorio di cui all'articolo 10-*bis* del Tu, introdotto

con il "pacchetto sicurezza", non è stato oggetto di esame da parte della Corte di giustizia, non venendo in rilievo nel procedimento a quo, ma potrebbe esserlo in futuro, il giudice nazionale chiedendo alla Corte se tale disposizione, propria di un sistema repressivo cui è ispirato l'articolo 14, comma 5-*ter*, non è anch'essa contrastante con le finalità o "risultato" della direttiva (in questi termini, il riferimento della Corte, punto 61 della sentenza già ricordato, a ogni altra disposizione del Tu), dato che il reato è parte integrante di quella repressione penale dell'immigrazione clandestina che ha come conseguenza il circolo vizioso (e perverso) «espulsione-trattenimento-reato e condanna» oggetto di censura.



Per saperne di più:

