

Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria ordinanza n. 912 del 25.2.2011: quanto peserà la Direttiva rimpatri sulla regolarizzazione?

A cura di Nazzarena Zorzella

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta su una questione che ha investito, e sta tuttora investendo, molti TAR davanti ai quali i lavoratori stranieri esclusi dalla regolarizzazione del 2009 stanno proponendo ricorsi contro i provvedimenti di rigetto motivati dall'aver riportato, nel passato, una condanna per violazione dell'ordine del Questore di lasciare l'Italia entro 5 gg. dopo un'espulsione amministrativa. Condanna subita ai sensi dell'art. 14, co. 5-ter del TU immigrazione d.lgs. 286/98.

Come è noto, l'art. 1-ter, co. 13 della legge n. 102/2009 (che consentiva l'emersione del lavoro straniero irregolare nell'ambito del settore domestico e di assistenza alla persona) escludeva dai benefici della regolarizzazione anche¹ i lavoratori stranieri che avessero subito una condanna per uno dei reati compresi negli artt. 380 e 381 del c.p.p.²

Nella primavera 2010, a mesi di distanza dalla presentazione delle domande di emersione, improvvisamente le questure hanno iniziato a rigettare le regolarizzazioni per quei lavoratori stranieri che avevano subito una condanna ai sensi dell'art. 14, co. 5-ter TU 286/98. Infatti, secondo una circolare del Ministero dell'interno ([prot. 0001843 del 17.3.2010](#), a firma del Capo della polizia) quel tipo di condanna sarebbe ostativo alla regolarizzazione perché rientrerebbe tra i reati ricompresi nell'art. 381 c.p.p. 2.

In realtà, quella tesi è stata contestata in numerosi ricorsi davanti ai TAR in quanto l'art. 14, co. 5-ter TU 286/98 non rientra integralmente né nell'art. 380 né nell'art. 381 c.p.p. o meglio rientra nell'art. 381 c.p.p., quanto alla pena (da uno a quattro anni per violazione dell'obbligo di visto o di richiesta di titolo di soggiorno o da sei mesi ad un anno per violazione dell'obbligo di rinnovo o nel caso esso sia stato rigettato) e nell'art. 380 c.p.p. quanto alla imposizione dell'arresto obbligatorio.

Ma se la condanna *ex art.* 14, co. 5-ter TU 286/98 non aderisce perfettamente ed integralmente né all'una né all'altra norma processualpenalistica non può ritenersi causa ostativa alla regolarizzazione, pena la violazione del principio di tassatività e di legalità che assiste la materia penale.

Senza dimenticare l'irragionevolezza di una presunta ostatività che confligge irrimediabilmente con la *ratio* stessa della legge di regolarizzazione: che senso avrebbe, infatti, negare la regolarizzazione per tutti coloro che sono stati condannati per essere stati irregolari quando quella legge serve proprio per fare emergere la pregressa irregolarità di soggiorno?

Queste, a grandi linee, le due opposte tesi³, ognuna delle quali ha dato vita ad un contrapposto orientamento giurisprudenziale che nel gennaio 2011 ha indotto la sesta sezione del Consiglio di Stato a

¹ Le altre ipotesi di esclusione riguardano gli stranieri espulsi per gravi ragioni dal Ministro dell'interno (art. 13, co. 1 TU 286/98 e art. 3 DL 144/2005), o dal prefetto per pericolosità sociale (art. 13, co. 2 lett c) TU 286/98), oltre che gli stranieri segnalati come inammissibili nello spazio Schengen.

² La circolare non reca alcuna effettiva motivazione, ma si limita ad affermare la riconducibilità della condanna *ex art.* 14, co. 5-ter nell'art. 381 c.p.p.

³ Per un approfondimento della questione si veda l'articolo di G. Savio, *Le condanne per inottemperanza all'ordine del questore sono ostativa per la regolarizzazione di colf e badanti?* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2010, pagg. 95 e ss., con ampia rassegna di giurisprudenza.

rinvia all'Adunanza Plenaria ([con ordinanza n. 00376 del 19 gennaio 2011](#)) proprio per cercare di risolvere il potenziale conflitto e comunque la difformità di orientamento.

L'Adunanza Plenaria è dunque intervenuta ad un mese di distanza, con l'ordinanza n. 912 del 25 febbraio 2011 con cui, tuttavia, non ha affatto posto fine al contrasto interpretativo ma ha rinviato per una più approfondita valutazione al Giudice di primo grado, cioè al TAR Emilia Romagna, da cui proveniva il ricorso e che aveva negato la cd. sospensiva.

La fase processuale nella quale l'Adunanza Plenaria è stata investita della questione era ed è quella della sospensiva, cioè la fase cautelare del giudizio amministrativo, nella quale la valutazione delle ragioni giuridiche è limitata al *fumus*, alla "parvenza" del diritto, essendo invece accentuata la verifica del pregiudizio (*periculum in mora*) derivante dall'esecuzione del provvedimento impugnato (nel caso dello straniero: il rischio di allontanamento coattivo dall'Italia).

Non era pertanto scontato che in sede cautelare l'Adunanza Plenaria affrontasse a fondo la questione (imprescindibile nella sola fase giudiziale di decisione), ma non si può nascondere una certa delusione per il fatto che forse si è persa l'occasione per indicare con maggiore forza alcune linee interpretative che il TAR Emilia Romagna (e i TAR in genere) dovrebbe seguire nel decidere il merito del ricorso. Nel processo amministrativo, infatti, e ancora più nel nuovo processo amministrativo entrato in vigore dal settembre 2010 (d.lgs. 104/2010) "*l'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato e indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso*".

Nel caso dell'ordinanza n. 912 non si può dire che quei profili di diritto siano compiutamente indicati!

Ciò nonostante **una novità**, non priva di rilievo, **c'è stata e di certo dovrà "pesare" nel giudizio davanti al TAR.**

L'Alto Consesso, dopo avere descritto le ragioni giuridiche delle due tesi interpretative ha introdotto un **nuovo elemento di valutazione** della questione, ovverosia **l'influenza che avrà sui procedimenti o sui provvedimenti di regolarizzazione la [Direttiva 2006/115/CE](#), cd. Direttiva-rimpatri**, il cui termine di attuazione è scaduto il 24 dicembre 2010 senza che l'Italia abbia emanato alcuna legge.

L'ordinanza n. 912/2011, infatti, afferma che "*l'Adunanza Plenaria non può che prendere atto della complessità della questione sottoposta e della connesse difficoltà interpretative, ulteriormente accentuate dal rilievo che va assumendo nella giurisprudenza penale il decorso, il 24 dicembre 2010, del termine per il recepimento della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008 n. 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (tra le altre, [Tribunale di Torino – Sezione IV penale – 5 gennaio 2011 n. 52](#)), cui si è accompagnata l'adozione della [Circolare 17 dicembre 2010 da parte del Ministero dell'interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza](#)*".

In altri termini, l'A.P. richiama quel orientamento della giurisprudenza penale, che sembra oggi prevalere, che ritiene incompatibile l'art. 14, co. 5-ter TU 286/98 con la Direttiva rimpatri e conseguentemente disapplica la norma interna a favore di quella europea, assolvendo da quel reato gli stranieri che abbiano violato l'ordine di allontanamento conseguente alla espulsione.

Evidenti sono le ripercussioni che detta tesi avrà (anche) sui procedimenti di regolarizzazione.

E' un richiamo alla vasta problematica derivante dalla scadenza, il 24 dicembre 2010, del termine di attuazione della Direttiva 2008/115/CE senza che l'Italia abbia emanato alcuna legge⁴, e dunque alla necessità che delle sue conseguenze si faccia carico anche il Giudice amministrativo.

Quale rilevanza può avere la direttiva rimpatri sulla regolarizzazione? Alcuni spunti di analisi

La Direttiva 2008/115, c.d. rimpatri, delinea un sistema di allontanamento degli stranieri extracomunitari completamente diverso – e radicalmente incompatibile – rispetto a quello espresso negli artt. 13 e 14 del TU 286/98 e s.m..

⁴ Si rinvia per l'approfondimento della questione ai materiali raccolti in occasione del [seminario tenutosi a Verona il 15 gennaio 2011](#) e a quelli presenti sul sito [Diritto Penale Contemporaneo](#).

Essa, infatti, privilegia il rimpatrio volontario dello straniero irregolare (art. 7) sulla base di una decisione di rimpatrio (art. 6), la quale ultima contiene un termine per la partenza volontaria che varia dai 7 ai 30 giorni.

Termine che può essere inferiore solo nel caso vi sia rischio di fuga o se una domanda di permesso di soggiorno sia stata rigettata per *manifesta* infondatezza o frodolenza o nel caso di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato (art. 7, co. 4).

In ogni caso, il rimpatrio volontario esclude qualsiasi coercibilità della decisione, salvo che l'interessato non rispetti la decisione stessa (art.8), e solo in quel caso potrà disporsi l'allontanamento.

Vale la pena far notare che per "decisione di rimpatrio" l'articolo 3 della Direttiva intende una "*decisione o atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio*" (n. 4), mentre per "allontanamento" intende "*l'esecuzione dell'obbligo di rimpatrio, vale a dire il trasporto fisico fuori dallo Stato membro*" (n. 5).

Evidente è la differenza dei due istituti, così come non è contestabile il fatto che la decisione di rimpatrio debba precedere sempre, ad eccezione dei casi tassativi indicati dalla Direttiva, l'ordine di allontanamento.

Orbene, il sistema del TU immigrazione è sostanzialmente opposto a quello della Direttiva, prevedendo per lo straniero privo di permesso di soggiorno o che abbia violato le norme sull'ingresso immediatamente l'espulsione ex art. 13; misura ordinariamente emessa con accompagnamento immediato alla frontiera (co.5),

cioè immediatamente coercitiva e coercibile, ed eseguibile previo trattenimento nei CIE (art. 14) o con ordine del Questore sotto pena di sanzione penale, ex art. 14, co. 5-*bis* e *ter*.

Nessuna decisione di rimpatrio con richiesta di partenza volontaria è prevista prima dell'espulsione/allontanamento per tutti coloro che sono in posizione di irregolarità di soggiorno.

L'assenza di un provvedimento precedente quello espulsivo rende di per sé il sistema del TU immigrazione incompatibile con quello della Direttiva 115. Senza considerare che il divieto di rientro conseguente ad una decisione di rimpatrio non può superare comunque i 5 anni (art. 11 Direttiva), mentre l'art. 13, co. 13 del TU 286/98 stabilisce detto divieto in 10 anni (art. 13, co. 14).

In termini sostanzialmente analoghi si pone anche la questione dell'art. 14, commi 5-*ter* e *quater* del TU 286/98, che sanzionano penalmente - con pene detentive estremamente elevate, da 1 a 4 anni o da 1 a 5 anni - l'omesso adempimento dell'ordine questorile esecutivo dell'ordine espulsivo.

Ora, anche nei casi tassativi in cui la Direttiva consente che il legislatore nazionale "salti" la decisione di rimpatrio volontario a favore di un provvedimento di allontanamento (art. 7, co. 4 Direttiva), comunque le modalità di esecuzione di tale ordine (che possono consistere anche nel trattenimento, come estrema *ratio*, tuttavia), escludono la detenzione carceraria, come emerge dalla lettura dell'art. 16 della Direttiva, che chiarisce molto bene che il trattenimento deve avvenire in un "*centro di permanenza temporaneo*" e nel caso si "*debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari*".

Nel sistema italiano, invece, l'inottemperanza all'ordine del Questore, alternativo o conseguente al trattenimento (in entrambi i casi misura amministrativa) è sanzionata direttamente con la detenzione carceraria, ciò che la Direttiva non contempla affatto ma anzi pare proprio escluderlo chiarendo bene la distinzione rispetto ai detenuti ordinari.

Senza considerare, inoltre, che nel sistema italiano il trattenimento a cui segue la detenzione penale (ex art. 14, co. 5- *ter* e *quater*) potrebbe riprodursi all'infinito, non essendoci un meccanismo indicato dal legislatore per porre fine ai provvedimenti che cercano di imporre allo straniero irregolare l'allontanamento dall'Italia.

Sistema che è incompatibile con la Direttiva che prevede non si possa superare il termine massimo di 18 mesi (art. 15), imponendo l'obbligo di un riesame del trattenimento "ad intervalli ragionevoli" (art. 15, n. 3), ciò che non è affatto previsto nel nostro ordinamento nazionale.

Si consideri che la Corte di giustizia si è già espressa sulla Direttiva cd. rimpatri nel senso di ritenere insuperabile quel termine massimo di trattenimento (cfr. [Corte di giustizia causa C-357/09 Kadzoev del 30.11.2009 della Grande sezione](#))

E' evidente ed incontestabile la radicale differenza tra il sistema del TU immigrazione italiano e la Direttiva 2008/115.

Ma, se così è, significa che sia i provvedimenti espulsivi sia le condanne ex art. 14, co. 5-ter TU 286/98 vanno ritenuti incompatibili con la Direttiva 2008/115 e conseguentemente vanno disapplicati, anche in sede giudiziaria.

Come è stato correttamente già rilevato da recentissima giurisprudenza, proprio con riguardo agli effetti della Direttiva nei procedimenti di regolarizzazione ex lege 102/2009, *“la previsione delittuosa reputata ostativa ed il connesso meccanismo conseguente (tra i cui effetti si pone altresì, nell’ottica posta a base dell’atto impugnato, la regolarizzazione della posizione relativa al soggiorno) non appare omogenea alle previsioni contenute nella direttiva europea n. 115 del 2008. Considerato che quest’ultima, se per un verso appare immediatamente operativa a fronte della sussistenza dei relativi presupposti (scadenza del termine di recepimento, chiarezza dei principi e delle disposizioni, effetto verticale nel rapporto fra p.a. e individuo), per un altro verso appare contraria alla previsione legislativa nazionale laddove interpretata nel senso del carattere automatico ed ostativo della pregressa clandestinità (da qualificare in termini di soggiorno irregolare) in specie a fronte del tenore dell’art. 7 della direttiva suddetta e delle garanzie procedurali previste per i soggetti interessati”* ([Tar Liguria sent. 86/2011](#) e in termini dello stesso Tar le sentenze nn. 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 108, 113, 114, 115, 116, 117, 120, 121, 122, 123, 124, 125).

L'intero sistema della Direttiva è incompatibile con gli artt. 13 e 14 del TU 286/98 e pertanto anche con riguardo alla valutazione della ostatività o meno della condanna ex art. 14, co. 5-ter TU 286/98 vanno disapplicati i provvedimenti espulsivi che hanno consentito o meglio che hanno rappresentato elemento costitutivo del fatto-reato di cui all'art. 14, co. 5-ter.

Non può essere di ostacolo a tale disapplicazione il fatto che quella espulsione e quel ordine questorile presupposti della condanna ex art. 14, co. 5-ter siano stati emessi allorquando non esisteva la direttiva, perchè ciò che rileva, nel diritto comunitario, è che quei provvedimenti esplicano ancora i loro effetti, ciò che indubbiamente avviene in tutti i procedimenti di regolarizzazione, nei quali la condanna ex art. 14, co. 5-ter è ritenuta ostativa alla positiva definizione del procedimento stesso.

Valga richiamare, al riguardo, una chiara affermazione resa nella citata sentenza Kadzoev della Corte di giustizia, secondo cui *“l’art. 15, nn. 5 e 6, della Direttiva 2008/115 si applica immediatamente agli effetti futuri di una situazione creatasi quando era in vigore la normativa precedente”* (par. 38).

Lo stesso principio vale per le altre disposizioni, ovviamente, e non si tratta di applicazione retroattiva della normativa europea quanto di esplicazione dei suoi effetti nei procedimenti non ancora definitivi.