

“Illecito reingresso dello straniero espulso dal territorio nazionale: la Corte UE alle prese con *il passo del gambero*”

(nota a sentenza Corte di Giustizia UE, Quarta Sezione, 1.10.2015, causa C-290/14)

1.Premessa.

Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi a seguito di un rinvio pregiudiziale del Tribunale penale di Firenze, torna ad occuparsi della compatibilità delle modalità di rimpatrio forzoso dei migranti con la direttiva 2008/115/CE; in particolare, lo sguardo del Giudice comunitario si è incentrato sulla sospetta asimmetria tra l'art. 13 c.13 del d.lvo 286/98 (Testo Unico in materia di immigrazione), che prevede l'applicazione di una pena da uno a quattro anni in danno dello straniero che, una volta espulso, abbia fatto reingresso nel territorio nazionale prima del termine previsto, e la c.d. *direttiva rimpatri*.

La vicenda all'esame del Giudice nazionale concerneva l'arresto in flagranza di un cittadino albanese, il quale, dopo essere stato fatto oggetto di un decreto di espulsione e di un ordine di allontanamento del Questore, aveva lasciato il territorio italiano nel settembre 2012. Successivamente, ovvero il 14 febbraio 2014, ne era stata nuovamente accertata la presenza all'interno dei confini nazionali, con conseguente arresto in flagranza per il reato di illecito reingresso, ed instaurazione di giudizio direttissimo innanzi al Tribunale di Firenze, competente per territorio.

Il Tribunale, a fronte della richiesta di assoluzione proposta dal difensore dell'imputato- il quale sosteneva che il fatto non era più previsto dalla legge come reato, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia UE nel caso *El Dridi* (sentenza 1 aprile 2011, causa C-61/11) conseguente al rinvio pregiudiziale disposto in riferimento al reato ex art. 14 c.5 ter del d.lvo 286/98- riteneva di doversi uniformare ad un contrario, consolidato, orientamento della Corte di Cassazione ¹secondo cui la pregressa decisione dei Giudici UE si riferiva non all'ipotesi del reingresso, ma a fattispecie di soggiorno, residenza, ingresso irregolari propedeutici ad un primo allontanamento, corredato dal divieto di reingresso: ipotesi quest'ultima che ancora restava presidiata da una sanzione penale². Ciononostante, il Giudice del rinvio ravvisava una diversa violazione dell'art. 8.4 della direttiva del 2008, con riferimento alla violazione dell'effetto utile della stessa, laddove il ricorso eventuale a misure detentive nei confronti degli stranieri irregolari viene configurato come *estrema ratio*, a condizione che sia ragionevole, rispettoso dei diritti fondamentali e, soprattutto, consenta il celere allontanamento dello straniero dal territorio nazionale.

Veniva, pertanto, rivolto al Giudice Comunitario un quesito sulla conformità dell'art. 13 c.13 del d.lvo 286/98 alla direttiva 2008/115/UE- recepita in Italia con il d.l. 89/2011, convertito in legge 129/2011- e più segnatamente con l'art. 8 della stessa.

1 Tra le altre, Cass.I, 27 maggio 2012, n.35871, in *Cass penale* 2013,p.1184 e segg., nonché Cass. I,20 aprile 2012, n.17544,in *Cass. Penale* 2013, pagg..767 e segg, ed infine, Cass.I,18.9.2013, n.44928.

2Si trattava della durata del divieto prevista dall'art. 7 della direttiva reimpatri, che sino al 2011 era rimasta inapplicata, giacchè il precedente testo dell'art. 11 Testo Unico Immigrazione prevedeva che il divieto di reingresso fosse di dieci anni.

1.1. Segue: le argomentazioni del Tribunale di Firenze.

Il Tribunale sviluppava, nella propria decisione di rinvio, alcune, condivisibili, critiche all'impianto motivazionale dell'orientamento della S.C. sopra rievocato, che si fondava su di una supposta differenza strutturale tra il caso trattato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *El Dridi* e le ipotesi afferenti alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 13 c.13 del d.lvo 286/98.

Argomentava testualmente il Giudice fiorentino: “ *non si tratta di stabilire se le decisioni della Corte di Giustizia UE in relazione ad una determinata fattispecie si possano estendere o meno a fattispecie diversa da quella esaminata perché la Corte di Giustizia non esamina il diritto nazionale, bensì quello europeo; si tratta, invece, di comprendere se l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia della direttiva 2008/115 investa anche il reato previsto dall'art. 13 comma 13 D.lvo 1998 n.286, essendo pacifico che le sentenze della Corte di Giustizia si applicano anche in relazione a norme diverse da quelle evidenziate con il rinvio pregiudiziale. Sul punto, non possono esservi dubbi perché la Corte di Giustizia UE è lapidaria nell'affermare che al Giudice del rinvio spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n.286/98 contraria al risultato della direttiva 2008/115 e non solo l'art. 14 comma 5 ter di tale decreto legislativo.*

In un altro passaggio del provvedimento, il Tribunale sosteneva che risultasse “ *del tutto inconferente il giudizio di valore sulla diversità concettuale e strutturale delle situazioni in cui può venirsi a trovare il cittadino straniero a seconda che la sua presenza sul territorio nazionale derivi da un ingresso irregolare o da un reingresso irregolare a seguito di un precedente provvedimento di rimpatrio*”. Ciò che rileva, secondo la valutazione del Tribunale è solo “ *se la sanzione penale prevista dall'art. 13 comma 13 d.lvo 1998 n.286 sia conforme al principio dell'effetto utile ed allo scopo di perseguire efficacemente l'obiettivo del rimpatrio dello straniero presente irregolarmente sul territorio nazionale*”.

Il Tribunale richiamava il precedente della Corte di Giustizia riportato nella sentenza *Achugbaban*³, nella quale il Giudice comunitario aveva sottolineato che l'uso della sanzione penale andasse perseguito solo laddove gli Stati membri avessero infruttuosamente esperito tutti gli strumenti amministrativi previsti dalla direttiva per l'esecuzione del rimpatrio, poiché l'applicazione di una sanzione detentiva prima che l'Autorità avesse esaurito ogni possibile tentativo per rimpatriare il soggiornante irregolare avrebbe avuto l'effetto di frapporre un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della direttiva, finalizzata all'adozione di una celere procedura di rimpatrio. Sulla base degli assunti della sentenza in questione, il Tribunale fiorentino riteneva la sanzione penale applicabile nel caso di violazione del precetto di cui all'art. 13 c.13 del d.lvo 286/98 del tutto sproporzionata rispetto allo scopo del *celere rimpatrio* dello straniero irregolare. Si legge, al riguardo, nell'ordinanza di rinvio: “ *... Tale regime inquadra l'allontanamento coattivo come sanzione accessoria da eseguirsi solo a pena scontata, confermando così come lo spirito del Legislatore italiano sia informato ad esigenze puramente sanzionatorie della condizione di irregolarità anziché alla dovuta ricerca dell'effetto utile...*”

Gli argomenti utilizzati dal Tribunale di Firenze a sostegno della fallacità della tesi della Cassazione, apparivano, dunque, caratterizzati da una consistente solidità, e soprattutto aderenti alla ratio della direttiva del 2008, che, pur non escludendo il ricorso alla sanzione penale da parte degli Stati membri, ne assumeva la *sussidiarietà* rispetto alle ordinarie procedure amministrative di rimpatrio⁴, considerate

³ Si tratta della sentenza emessa nella causa C-329/11.

⁴ Non a caso, il comma 4 dell'art. 8 prevede che gli Stati membri possano ricorrere *in ultima istanza* a misure coercitive.

maggiormente consone all'effetto utile di un allontanamento *celere* dello straniero irregolare dai confini nazionali.

Peraltro, particolarmente aspra è la critica, contenuta nella decisione in esame, agli obiettivi di politica criminale avuti di mira dal Legislatore nazionale nel privilegiare l'aspetto *panpenalistico* nella regolazione dei flussi migratorii, in nome di un diritto penale della sicurezza e del valore simbolico assunto dai reati in materia di immigrazione, nell'ambito del più ampio dispiegarsi di un *diritto penale del nemico*.

Tuttavia, alla lucidità argomentativa con cui il Tribunale di Firenze ha contrastato l'orientamento della Cassazione non ha fatto da contraltare un'eguale dose di decisionismo nel procedere, come ci si sarebbe attesi, alla disapplicazione della norma punitiva. Disapplicazione di certo non impedita dalle prerogative nomofilattiche della S.C, posto che la c.d. tutela multilivello pone ogni Giudice, anche di merito, nelle condizioni di applicare un modello di *interpretazione conforme al Trattato ed alle norme comunitarie*: esso, anzi, si configura come obbligo, piuttosto che come facoltà, laddove sussista un precedente del Giudice comunitario che funga da fonte concorrente di diritto sovranazionale, perfettamente equiparata alle disposizioni oggetto di interpretazione della Corte di Giustizia.

Ma, tant'è, è probabile che il Tribunale di Firenze ritenesse che la Corte di Giustizia non avrebbe deviato dal corso interpretativo della sentenza *El Dridi*, accogliendo gli spunti ermeneutici che costellavano il tessuto motivazionale dell'ordinanza.

Così, purtroppo, non è stato, anche se qualche timido segnale di *revirement* poteva già cogliersi nella sentenza *Achughbaban* e *Sagor*⁵, immediatamente successive alla sentenza *El Dridi*. Nella prima si era precisato che la pena detentiva, illegittima se applicata prima della procedura di rimpatrio, era invece conforme alla direttiva del 2008 se comminata dopo l'inutile esperimento delle procedure amministrative di allontanamento. Con la sentenza *Sagor* si era, invece, stabilito che era l'applicazione della pena detentiva, e non già l'instaurazione di un procedimento penale ad essere ostativo al rimpatrio: pertanto, l'applicazione della sanzione penale in una fase anteriore al rimpatrio era da considerarsi legittima se la sanzione applicata era solo pecuniaria. In entrambi i casi, in effetti, si era proceduto ad una sorta di *minimizzazione* della portata dirompente della sentenza *El Dridi* (che, è opportuno rammentarlo, aveva, d'un tratto, comportato la liberazione di migliaia di cittadini stranieri detenuti nelle carceri italiane), arretrando la soglia di tutela fissata nei primi tre commi dell'art. 8 della direttiva del 2008, che inequivocabilmente ascrivono soltanto alle procedure amministrative di allontanamento l'effetto utile del *celere* rimpatrio del soggiornante irregolare, relegando le misure coercitive nell'alveo di una mera residualità, a condizione, peraltro, che siano *proporzionate*.

2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale.

E'utile dare conto, nell'ambito della presente disamina, delle conclusioni dell'Avvocato Generale, rese il 28 aprile 2015.

L'Avvocato Spuznar ha aderito alle argomentazioni dell'ordinanza di rinvio, chiedendo alla Corte di dichiarare che l'interpretazione degli art. 15 e 16 della direttiva 115/2008 osta alla normativa di uno Stato membro che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un Paese terzo, soggiornante irregolare, per la sola ragione che questi, dopo il rimpatrio nel suo Paese d'origine nell'ambito di una precedente procedura espulsiva, sia rientrato nel territorio dello Stato membro.

L'Avvocato Generale passa in rassegna i precedenti della Corte, ovvero, in particolare, le sentenze *El Dridi* ed *Achughbaban*, traendo da esse il principio in base al quale la pena detentiva rischia di compromettere il conseguimento dell'obiettivo, e dunque dell'effetto utile, perseguito dalla direttiva, nella misura in cui ritarderebbe l'esecuzione della decisione di rimpatrio.

5 Quest'ultima emessa nella causa C-430/11.

A giudizio dell'Organo Requirente, la direttiva non opererebbe alcuna surrettizia distinzione quanto al numero di volte in cui il cittadino di un Paese terzo tenta di entrare nel territorio di uno Stato membro.⁶

Secondo l'Avvocato Generale, *il principale obiettivo della direttiva non è impedire ma porre fine ad un soggiorno irregolare*. In quest'ottica, la sanzione penale potrebbe determinare l'effetto perverso di frustrare l'obiettivo avuto di mira, ovvero il rimpatrio mediante le procedure amministrative funzionali a tale scopo.

Né- si soggiunge nelle conclusioni- il trattamento penale dell'illecito reingresso in uno Stato membro potrebbe avere un effetto deterrente significativo (rilievo, quest'ultimo, sollevato dai Governi intervenuti nel giudizio di rinvio): infatti, l'Avvocato Generale opina che sia *la direttiva stessa a fornire agli Stati membri gli strumenti per dissuadere i cittadini di Paesi terzi dal fare nuovamente ingresso nel loro territorio irregolarmente*.⁷ Alludeva, evidentemente, l'Avvocato Generale alle misure di cui ai primi tre commi dell'art. 8 della direttiva 115/2008, che disciplinano le modalità amministrative del rimpatrio, declinate secondo i singoli ordinamenti nazionali.

Lapidario è l'esito del tessuto argomentativo dell'Avvocato Spuznar: la reclusione dello straniero è da ritenersi assolutamente residuale, nell'ambito dell'armonizzazione degli strumenti di contrasto al soggiorno irregolare negli Stati membri, nella misura in cui essa finisce per ritardare il rimpatrio del cittadino non in regola con gli obblighi di soggiorno. D'altronde, non vi è dubbio che lo ritardi, laddove la norma nazionale sottoposta allo scrutinio della Corte prevede l'espulsione solo al termine dell'espiazione della pena detentiva.

Ne deriva, in linea con tale assunto, che, secondo il Requirente, il trattenimento o la reclusione dovrebbero essere circoscritti alla detenzione per reati avulsi dalla mera condotta del soggiorno irregolare, ovvero ai casi di privazione temporanea della libertà personale consustanziali alle situazioni amministrative regolate dal capo IV della direttiva, o aventi la finalità di accertare se un soggiorno sia o meno irregolare.⁸

L'impressione che si ricava leggendo tali conclusioni è che l'Avvocato Generale, più che insistere sugli aspetti di sproporzione di una pena criminale comminata per la circolazione irregolare nel territorio di uno Stato membro, abbia voluto restare fedele all'obiettivo della direttiva, che è quello di garantire procedure celeri di rimpatrio. Ciò pur a costo di qualificare il soggiorno irregolare, in questo caso violando la riserva di sovranità dei singoli ordinamenti in materia di tipizzazione delle ipotesi di reato, come un comportamento penalmente lecito.

3. L'exkursus argomentativo della sentenza della Corte di Giustizia.

Venendo al contenuto della sentenza, non ci si può esimere, innanzitutto, dal rimarcare la povertà argomentativa. La Corte liquida frettolosamente i rilievi dell'ordinanza di rinvio, ancorché corroborati dalle osservazioni dell'Avvocato Generale sopra sintetizzate, quasi come se fosse preoccupata di allontanare da sé gli echi dei postulati della sentenza *El Dridi*.

Tale preoccupazione si coglie sin dalle prime battute della decisione, laddove la Corte ricorda che, poichè l'obiettivo della direttiva non è quello di *armonizzare integralmente* le norme degli Stati membri sul soggiorno degli stranieri, la disciplina

6 Così si legge nel paragrafo 50 delle Conclusioni.

7 Cfr. paragrafo 58 delle Conclusioni.

8 Si tratta delle ipotesi di trattenimento disciplinate dagli artt. 15 e segg. della direttiva.

in essa contenuta non vieta, in linea di principio, il diritto di uno Stato di qualificare come reato il reingresso illegale di un cittadino di un Paese terzo, in violazione di un divieto d'ingresso.

Successivamente, il Giudice comunitario si sofferma sulla diversità, in tesi, del caso sottoposto al suo esame rispetto a quello oggetto delle sentenze *El Dridi* e *Achughbabian*, assumendo che i procedimenti oggetto dei rinvii pregiudiziali confluiti in tali decisioni afferivano ad un primo procedimento di rimpatrio nello Stato membro interessato; di contro, il procedimento penale che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Firenze concernerebbe *< la situazione di un cittadino di un Paese terzo, nei confronti del quale, per mettere fine al suo primo soggiorno irregolare nel territorio di uno Stato membro, sono state applicate le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva e che entra nuovamente in tale territorio, trasgredendo un divieto di reingresso >*.⁹

Ricorda, poi, la Corte che già nella sentenza *Achughbabian* si fosse precisato come la direttiva non ostasse all'applicazione di misure di carattere penale nei confronti degli stranieri nei cui riguardi fossero state infruttuosamente esperite le procedure amministrative di rimpatrio, e che ciononostante continuassero a permanere illegalmente nel territorio dello Stato. A fortiori, quindi- ad avviso dei Giudici comunitari- si dovrebbe ritenere che la direttiva non precluda la facoltà, in capo agli Stati membri, di contemplare sanzioni penali in danno di cittadini di Paesi terzi, soggiornanti irregolari, in precedenza rimpatriati per effetto delle procedure disciplinate dalla direttiva del 2008, e che facciano nuovamente ingresso nel territorio dello Stato membro, trasgredendo il divieto di ingresso.

Conclude, la Corte, per l'ammissibilità della applicazione di una sanzione penale, compatibile con la direttiva, a condizione che il divieto di reingresso sia conforme all'art. 11 della stessa¹⁰ e che siano tutelati i diritti fondamentali, di cui alla Convenzione EDU ed alla Convenzione di Ginevra.

Nessun cenno si rinviene nella sentenza in questione all'argomento di maggiore spessore che era stato utilizzato dal Tribunale di Firenze e dall'Avvocato Generale della Corte: ovvero che l'effetto utile della direttiva, finalizzata ad assicurare un celere rimpatrio del migrante irregolare, era destinato a prevalere sulla facoltà, pure concessa dal Legislatore comunitario agli Stati membri, di istituire una sanzione penale per la violazione delle norme in materia di soggiorno nei territori degli Stati UE. In particolare nel caso di specie, laddove l'espulsione era prevista al termine dell'espiazione della pena comminata in concreto.

4. Osservazioni critiche.

Una sentenza scarna e poco convincente nelle argomentazioni giuridiche ha finito per archiviare la stagione della pronuncia *El Dridi*, come se la Corte avesse esercitato, tra le righe, uno *ius poenitendi* rispetto ad una decisione che era stata salutata come un modello di coerente dialogo tra Corti, seppure orientata alla conferma di una visione politica dell'immigrazione negli Stati membri, di marca UE, che di certo non può considerarsi avanzata.

⁹ Così il paragrafo 27 della sentenza.

¹⁰ Disposizione che prevede che il divieto non oltrepassi i cinque anni, ed a cui la legislazione nazionale si è adeguata con la riscrittura del Testo Unico dell'Immigrazione, ne 2011.

Così come osservato da un commentatore della prima ora¹¹, parrebbe quasi che il Giudice comunitario abbia inteso asserire che l'applicazione delle disposizioni della direttiva sia limitata al primo procedimento amministrativo di espulsione e rimpatrio forzoso, e che nei confronti dello straniero cui sia stata già applicata una prima volta tale procedura e sia rientrato illegalmente in Italia, non si applichino più le disposizioni della direttiva medesima. In realtà, ed è un'affermazione più che condivisibile, lo stesso Autore opina che non fosse questa l'intenzione della Corte (trattandosi di un'argomentazione più che discutibile), ma che i Giudici comunitari si siano appigliati ad un pretesto per rendere inapplicabili i principi della propria precedente giurisprudenza, pur di non misurarsi con i solidi argomenti dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale.

Il che conferma, per certi versi, l'*opacità* della sentenza, forse influenzata dall'eccezionale criticità che, di questi tempi, caratterizza la problematica del controllo dei flussi migratori, cui fanno da corollario le insufficienti risposte politiche che ad essa forniscono le Istituzioni dell'Unione. La quale, in tale ambito, attraversa una delle sue più grandi crisi d'identità e di missione, a far data dalla sua istituzione.

Sta di fatto che, al di là di quanto enfaticamente affermato circa la necessità della tutela dei diritti fondamentali, non può non far riflettere la circostanza che un reato di mera condotta (ma pericolosamente assimilabile al *tipo d'autore*) possa essere punito con una pena edittale massima di quattro anni; già un simile argomento avrebbe potuto indurre la Corte a ritenere, per così dire, *abusata*, dal Legislatore italiano, la facoltà concessa agli Stati membri di introdurre, *in ultima istanza*, una fattispecie incriminatrice, in luogo di efficientare i procedimenti amministrativi di rimpatrio.

D'altronde, è evidente che, per confermare il proprio precedente orientamento, senza ricorrere ad un bizantinismo qual è la distinzione tra un primo ed un secondo ingresso dello straniero irregolare nei territori degli Stati membri, i Giudici comunitari avrebbero semplicemente potuto far ricorso all'interpretazione sistematica della direttiva; rammentando che il *considerando* n.2 della stessa fa riferimento, in applicazione della sollecitazione emersa nel Consiglio Europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004 a procedure di rimpatrio "*umane*", nel rispetto della dignità delle persone.

Di certo, non può considerarsi *umano* un procedimento di rimpatrio che costituisca sanzione accessoria di una non lieve pena detentiva, irrogata sulla base della mera trasgressione di un divieto di reingresso.

Purtroppo, su questo tema, si pronuncia un'*oscurantista* parola "fine", con ampia soddisfazione di chi (e non sono pochi) continua a ritenere che il fenomeno della migrazione abbia a che fare con la repressione penale.

(Fabio Maria Ferrari)

11 L. Maserà, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2015, "La Corte di Giustizia dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 T.U.Imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE)