

Il tribunale,  
sulle richieste formulate da Pm e difesa all'udienza del 24.1.2011 nel procedimento a carico di S.A., nato in Senegal il XX in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ha emesso la seguente

## ORDINANZA

### **rilevato:**

**1.** S.A. è stato tratto a giudizio innanzi a questo Tribunale per rispondere del delitto di cui all'art. 14 co. 5-quater d.lgs. 286/1998, che sanziona con la pena della reclusione da uno a cinque anni lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5 ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5 bis che continua a permanere illegalmente nel territorio dello stato.

Nel caso di specie, risulta che l'imputato veniva tratto in arresto a Teramo il 29.7.2010 per inottemperanza ad ordine del Questore di Milano emesso in data 3.2.2007 ai sensi dell'art. 14 co 5 ter, norma che sanziona con la pena della reclusione da uno a quattro anni «lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis».

Successivamente al procedimento svoltosi a Teramo con riferimento al reato di cui all'art. 14 comma 5 ter D. Lvo 286/98 (unitamente ad altri reati), a S.A. veniva notificato un nuovo provvedimento di espulsione del Prefetto di Teramo (29.7.2010), cui seguiva un nuovo ordine di allontanamento del Questore di Teramo (sempre del 29.7.2010); entrambi i provvedimenti gli venivano notificati nella stessa data del 29.7.2010; poiché S.A. si rendeva inadempiente anche a questo successivo ordine, veniva tratto nuovamente in arresto – questa volta a Milano, il 13.10.2010 in relazione all'art. 14 co 5 quater, e pende ora, innanzi a questo tribunale, il processo a suo carico.

Dal momento che tanto l'ordine di allontanamento del Questore, quanto il decreto di espulsione del Prefetto risultano legittimi, e che non appare sussistente nella specie alcun giustificato motivo della mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento da parte dell'imputato, quest'ultimo dovrebbe essere condannato alla pena detentiva ritenuta di giustizia da questo Tribunale.

**2.** Peraltro, questo Tribunale dubita della compatibilità dell'incriminazione di cui al citato art. 14 co. 5-quater (così come del co 5 ter) d.lgs. 286/1998, che dovrebbe trovare applicazione nel caso di specie, con il disposto degli articoli 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE (di seguito: la direttiva), non ancora attuata nell'ordinamento italiano nonostante l'intervenuta scadenza, il 24 dicembre 2010, del termine di cui all'art. 20.

**3.** Come è noto, gli articoli 15 e seguenti della direttiva disciplinano i casi e le modalità alle quali il cittadino di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare può essere sottoposto, negli Stati membri dell'UE, alla misura privativa della libertà della libertà personale del trattenimento durante la procedura di rimpatrio.

Più in particolare, l'art. 15 della direttiva prevede che tale misura può essere disposta per preparare il rimpatrio o l'allontanamento, nei soli casi in cui non possano «essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive», allorché sussista un rischio di fuga ovvero allorché lo straniero eviti od

ostacoli la preparazione del rimpatrio o l'allontanamento. Il trattenimento deve avere una durata «quanto più breve possibile», ed essere in ogni caso mantenuto «solo per il tempo necessario all'espletamento delle modalità di rimpatrio» (§ 1).

La perdurante necessità del trattenimento deve essere d'altra parte «riesaminata ad intervalli ragionevoli» (§ 3), e lo straniero deve essere immediatamente rilasciato «quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1» (§ 4).

Quanto alla durata della misura, la direttiva dispone che il trattenimento può essere mantenuto soltanto «finché perdurano le condizioni di cui al paragrafo 1 e per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito», non potendo comunque avere di regola una durata superiore a sei mesi (§ 5). Tale termine può essere prorogato per un periodo non superiore ad altri dodici mesi soltanto nei casi in cui, «nonostante sia compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo» a causa della mancata cooperazione dello straniero ovvero dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi (§ 5).

Infine, l'art. 16 della direttiva dispone che il trattenimento avvenga di norma in appositi centri di permanenza temporanea, salvi casi eccezionali nei quali deve comunque essere assicurata la separazione delle persone sottoposte al trattenimento dai detenuti ordinari.

4. La disciplina ora riassunta risponde alla *ratio* sottostante alla direttiva, enunciata nel suo considerando introduttivo n. 2, di istituire in tutti gli Stati membri una «efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità». Diritti fondamentali tra i quali campeggia, *in primis*, la libertà personale, garantita dall'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 6 della Carta europea dei diritti dell'uomo.

Più in particolare, la direttiva si propone di fissare un bilanciamento sostenibile, da un lato, tra l'interesse dell'UE al controllo e alla gestione dei flussi migratori – e alla connessa esigenza di garantire l'effettività delle procedure di rimpatrio in tutti gli Stati membri –, e dall'altro il diritto fondamentale alla libertà personale dello straniero sottoposto a tali procedure. A tal fine, la disciplina prevede, in particolare agli articoli 15 e seguenti, le condizioni tassative in presenza delle quali gli Stati membri possono lecitamente privare lo straniero sottoposto alla procedura di rimpatrio della propria libertà personale; condizioni che lo Stato membro è libero di derogare soltanto in senso *più favorevole* per lo straniero (art. 4 § 3 della direttiva), e mai in senso a questi più sfavorevole.

5. Gli articoli 15 e 16 della direttiva, invero, nulla dispongono *espressamente* circa la possibilità che lo Stato membro della UE possa privare lo straniero della propria libertà, durante la procedura di rimpatrio, in forza di un titolo *diverso* dal «trattenimento» finalizzato a garantire l'effettività della procedura medesima e segnatamente a titolo di custodia cautelare e/o di pena detentiva conseguente alla commissione di un reato.

In effetti, nulla osterebbe – nel sistema disegnato dalla direttiva – a che lo straniero, durante la procedura di rimpatrio, possa essere arrestato, sottoposto a custodia

cautelare e poi condannato a una pena detentiva in relazione ad un *ordinario fatto di reato* (un furto, una rapina, un omicidio) che questi abbia commesso prima o durante la procedura di rimpatrio medesima. In tale ipotesi, evidentemente il periodo trascorso dallo straniero in un istituto penitenziario dovrebbe essere considerato del tutto *distinto e non cumulabile*, ai fini del rispetto dei termini fissati dall'art. 15 §§ 5 e 6 della direttiva, rispetto al periodo di trattenimento che lo straniero eventualmente potrebbe trascorrere in un centro di permanenza temporanea (cfr., *mutatis mutandis*, Corte di giustizia UE, *Kadzoev*, sent. 30 novembre 2009, ric. n. C-357/09, § 45, ove si sottolinea che nel periodo massimo di trattenimento disposto ai sensi dell'art. 15 della direttiva non devono computarsi i distinti periodi di limitazione o privazione di libertà disposti, in conformità alle direttive 2003/9/CE e 2005/85/CE, durante la *procedura di richiesta di asilo politico* da parte dello straniero, la quale è sottoposta ad un regime giuridico distinto da quello che legittima il trattenimento ai sensi della direttiva 2008/115/CE in materia di rimpatri, che in questa sede viene in considerazione).

Pare tuttavia al Tribunale che del tutto diversa sia la situazione che si verifica allorché lo straniero venga arrestato, sottoposto a custodia cautelare e poi condannato a una pena detentiva in conseguenza di un fatto, previsto quale reato dallo Stato membro dell'UE, che consiste *puramente e semplicemente nell'inosservanza, da parte dello straniero, dell'ordine di allontanamento dal territorio nazionale emanato da un'autorità amministrativa nell'ambito della procedura di rimpatrio*, conformemente al disposto dell'art. 8 § 3 della direttiva.

In tale ipotesi, infatti, lo straniero sarebbe privato della propria libertà personale soltanto in ragione della sua «mancata cooperazione» alla procedura di rimpatrio, e cioè precisamente del presupposto che – in presenza delle ulteriori condizioni indicate dall'art. 15 § 1 della direttiva – può legittimare il suo «trattenimento» in un centro di permanenza temporanea, e la sua eventuale proroga sino al termine massimo di diciotto mesi complessivi ai sensi del § 6 della direttiva medesima.

In altre parole, l'aver previsto una sanzione penale alla mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento fa sì che nella ordinaria procedura – amministrativa – di espulsione si inserisca una conseguenza – la pena – che porta con sé la privazione della libertà personale (dall'arresto alla custodia cautelare e poi alla pena detentiva) che ha premesse e caratteristiche del tutto diverse dalle forme di restrizione della libertà che la direttiva prevede nella procedura di espulsione, a partire dalla sua astratta entità (da uno a quattro anni di reclusione nel caso di inottemperanza al “primo” ordine del Questore, e da uno a cinque anni in caso di inottemperanza ad ordini successivi, v. meglio infra) fino alla sua pratica esecuzione (in carceri e non in centri di permanenza temporanea).

Un tale meccanismo finirebbe, ad avviso del Tribunale, per eludere completamente le garanzie imposte dalla direttiva a tutela della libertà personale dello straniero sottoposto alla procedura di rimpatrio, *consentendo in pratica che quest'ultimo possa essere privato della propria libertà personale in forza di un titolo formalmente distinto dal «trattenimento», per periodi in ipotesi più lunghi di quelli massimi consentiti dalla direttiva, e a condizioni diverse da quelle tassativamente prescritte dagli articoli 15 e 16 della direttiva medesima.*

Ciò comporterebbe in definitiva, secondo questo Tribunale, la frustrazione di ogni *effetto utile* della direttiva in relazione allo scopo, da questa perseguito (cfr. *supra*, § 4), di stabilire le *tassative* condizioni in presenza delle quali lo Stato membro è

legittimato a privare della propria libertà lo straniero durante la procedura di rimpatrio, in funzione della garanzia dell'effettività della procedura medesima.

6. Proprio quella descritta è la situazione che si verifica attualmente nell'ordinamento italiano, situazione che vale la pena di descrivere nel dettaglio. Il procedimento di espulsione amministrativa (di "rimpatrio", nella terminologia della direttiva) è disciplinato dagli articoli 13 e 14 d.lgs. 286/1998.

L'art. 13 disciplina i presupposti e il procedimento per l'emanazione di un decreto di espulsione da parte dell'autorità amministrativa, normalmente il prefetto territorialmente competente, fissando in particolare il principio (comma 4) secondo cui l'*esecuzione* del provvedimento deve essere normalmente eseguita dal questore (e cioè dalla massima autorità di polizia territorialmente competente) mediante *accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica*.

L'art. 14 co. 1 d.lgs. 286/1998 stabilisce poi che, quando non è possibile eseguire immediatamente l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera dello straniero, perché occorra ad es. procedere ad accertamenti sulla sua nazionalità, all'acquisizione di documenti per il viaggio, etc., il questore dispone il *trattenimento* dello straniero in un "centro di identificazione e di espulsione"; trattenimento che può protrarsi sino a un periodo massimo complessivo di centottanta giorni (comma 5).

L'art. 14 co. 5-*bis* d.lgs. 286/1998, introdotto con la legge n. 189/2002, prevede peraltro che, quando sin dall'origine non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione o di espulsione (ad es. per indisponibilità di posti in quelle strutture), ovvero il periodo di permanenza già trascorso nel centro non abbia consentito l'esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera, il questore *ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni*.

Scaduti i cinque giorni, la mera inosservanza di tale ordine da parte dello straniero, in assenza di un giustificato motivo, è punita ai sensi dell'art. 14 co. 5-*ter* d.lgs. 286/1998 con la pena della *reclusione da uno a quattro anni*. Per tale reato la legge italiana prevede l'*arresto obbligatorio in flagranza* da parte della polizia giudiziaria e il contestuale obbligo a carico del giudice di procedere con rito direttissimo nei confronti dell'arrestato (art. 14 co. 5-*quinqes* d.lgs. 286/1998). Al giudice è data, altresì, facoltà di disporre la *custodia cautelare in carcere* durante il processo (cfr. l'art. 280 comma 2 c.p.p., che consente tale misura per tutti i delitti per i quali sia prevista la reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni).

Nel caso, poi, in cui lo straniero, già destinatario di un provvedimento del Questore ed, a seguito di inottemperanza allo stesso, sia stato imputato ( ed eventualmen condannato) del reato di cui all'art. 14 comma 5-*ter* d.lgs. 286/1998, non ottemperi ad un *nuovo* ordine di allontanamento emanato dal questore, egli dovrà essere obbligatoriamente arrestato e processato per il diverso reato di cui all'art. 14 comma 5-*quater* d.lgs. 286/1998, che prevede la pena della *reclusione da*

*uno a cinque anni*. Anche per questo reato è prevista, naturalmente, la possibilità di una custodia cautelare in carcere durante il processo.

La formulazione letterale del citato comma 5-*quater*, inoltre, fa intendere che lo straniero possa essere successivamente condannato alla medesima pena anche per le violazioni di *ulteriori* ordini di allontanamento che dovessero essere emanati dal questore, sino a che non si allontani spontaneamente dal territorio italiano ovvero sino a che non sia possibile eseguirne coattivamente l'allontanamento.

Conseguentemente, *lo straniero sottoposto ad una procedura di espulsione amministrativa può oggi, in Italia, essere sottoposto a una catena teoricamente senza fine di privazioni della propria libertà personale*, ora a titolo di «trattenimento» ex art. 14 co. 1-5, ora invece in conseguenza dell'arresto, della custodia cautelare e poi della pena inflitta per i reati di inosservanza dell'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 co. 5-*ter* e 5-*quater* d.lgs. 286/1998. E ciò, come già sottolineato, sino a che lo straniero non si decida ad abbandonare spontaneamente il territorio dello Stato ovvero sino a che l'autorità amministrativa non riesca ad eseguirne materialmente l'allontanamento coattivo.

7. Un tale risultato pare al Tribunale in frontale contraddizione con lo scopo di tutela della libertà personale dello straniero perseguito dagli articoli 15 e 16 della direttiva, nel quadro di un bilanciamento non derogabile *in peius* per lo straniero da parte dello Stato membro.

L'ordinamento italiano prevede, anzitutto, *che lo straniero venga privato della propria libertà personale – a titoli formalmente differenti, ma tutti aventi quale presupposto sostanziale la «mancata cooperazione» dello straniero alla procedura di espulsione amministrativa – per periodi che, complessivamente considerati, ben possono risultare assai più estesi rispetto al termine massimo di 18 mesi consentito dall'art. 15 § 6 della direttiva*, in presenza delle condizioni tassative ivi stabilite

In secondo luogo, *la detenzione conseguente all'arresto, alla custodia cautelare o alla pena per i reati di inosservanza dell'ordine del questore di cui all'art. 14 commi 5-*ter* e 5-*quater* d.lgs. 286/1998 si presenta come radicalmente distonica rispetto ai requisiti ed alle modalità esecutive del «trattenimento» previsti dagli articoli 15 e 16 della direttiva*, pur condividendone il presupposto di fatto (la «mancata cooperazione» dello straniero alla procedura espulsiva).

8. Se la valutazione di questo Tribunale circa l'*incompatibilità* della disciplina penale di cui all'art. 14 commi 5-*ter*, 5-*quater* e 5-*quater* d.lgs. 286/1998 (in sé considerata, e in combinato disposto con l'attuale disciplina del «trattenimento» nei «centri di identificazione e di espulsione») con gli articoli 15 e 16 della direttiva fosse fondata, ne conseguirebbe l'*obbligo* di *non applicare*, in forza del principio del primato del diritto comunitario, la predetta disciplina. Essa risulterebbe infatti contrastante con le disposizioni precise e incondizionate di una direttiva cui lo Stato italiano non ha dato attuazione nel termine stabilito, le quali riconoscono allo straniero sottoposto alla procedura di rimpatrio un vero e proprio diritto a non

essere sottoposto a privazioni di libertà ulteriori e a condizioni deteriori rispetto a quelle ivi stabilite, comunque qualificabili ai sensi del diritto interno

Tuttavia, dal momento che tale valutazione di incompatibilità non discende *tout court* dal dato *letterale* degli articoli 15 e 16 della direttiva, bensì da un'argomentazione che fa leva sul principio dell'*effetto utile*, alla luce dello *scopo* di tutela della libertà personale dello straniero perseguito dalla direttiva, pare a questo Tribunale opportuno sospendere il processo e rinviare gli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione, affinché chiarisca se l'interpretazione degli articoli 15 e 16 della direttiva risultante dalle considerazioni che precedono debba ritenersi corretta.

Si segnala che dal 24.12.2010 – data entro la quale lo Stato italiano avrebbe dovuto uniformarsi alla direttiva – sono intervenute pronunce non uniformi da parte di Giudici italiani, nel senso che se da un lato alcuni di essi hanno riconosciuto l'incompatibilità delle norme penali italiane con gli artt. 15 e 16 della direttiva - disapplicando le norme interne ed assolvendo gli imputati - altri hanno ritenuto che i citati artt. 15 e 16 non siano d'ostacolo alla previsione nel sistema italiano di norme sanzionatorie quali quelle sopra descritte, stante l'eterogeneità dei fini perseguiti dal trattenimento da una parte e dalla sanzione penale dall'altra.

Tale grave contrasto rende necessaria, ad avviso del tribunale, una pronuncia della Corte trattandosi di materia direttamente incidente sulla libertà personale.

Tutto ciò premesso, il Tribunale

**sospende**

il presente procedimento e, visto l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione,

**rinvia**

gli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, formulando la seguente questione di interpretazione del diritto dell'Unione:

**– se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino alla possibilità che un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con la reclusione sino a quattro anni nell'ipotesi di inosservanza al primo ordine del Questore e con la reclusione sino a cinque anni per l'inosservanza agli ordini successivi (con contestuale obbligo per la polizia giudiziaria di procedere all'arresto in flagranza) in conseguenza della sua mera mancata cooperazione nella procedura di espulsione ed in particolare a seguito della mera inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa.**

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti  
Milano, 24 gennaio 2011

Il Giudice