



Progetto

# MELTING POT EUROPA

## Il trattenimento dei cittadini stranieri nella nuova normativa italiana: vecchi e nuovi profili di incompatibilità con l'ordinamento europeo di Anna Paola Ammirati

Osama, egiziano, arrivato in Italia via mare dalla Libia, nel 2009, approfittando della sanatoria, è riuscito ad ottenere il permesso di soggiorno. Al momento del rinnovo, essendo il permesso scaduto da tre mesi, si è recato, con tutti i documenti in suo possesso, presso l'Ufficio Immigrazione della Questura di Milano, ma dopo aver atteso quasi una giornata intera, la decisione presa è stata quella di condurlo presso il Centro di identificazione ed espulsione di Caltanissetta, sottoporlo a detenzione amministrativa, motivando tale trasferimento sulla base del fatto che essendo entrato da quella città, avrebbe dovuto sbrigare tutte le pratiche in *loco*. Al centro è stato sottoposto a perquisizione e gli è stato confiscato tutto con la promessa che al momento del rilascio le sue cose gli sarebbero state restituite. Nonostante nel centro le condizioni di vita non fossero malvagie, dopo tre mesi "stava impazzendo" perché sicuro di non aver commesso, negli anni vissuti in Italia, alcuna azione illecita, nessun reato. Dopo tre mesi di detenzione è stato rilasciato<sup>1</sup>.

Tra le politiche di controllo rivolte ai migranti irregolari rientrano le misure privative della libertà personale, che permettono agli Stati di trattenere queste persone in un luogo sul territorio al fine di facilitare il loro ritorno. Si tratta di una particolare forma di detenzione che è solitamente legata alla mancanza delle condizioni che autorizzano l'ingresso o il soggiorno del cittadino straniero sul territorio dello Stato, senza ricorrere necessariamente al diritto penale.

La necessità di adeguare le norme interne in materia all'ordinamento comunitario, cercando di evitare ulteriori procedure d'infrazione, ha portato, in Italia, all'adozione della legge 30.10.2014, n.161 (legge europea 2013 *bis*), entrata in vigore il 25 novembre scorso.

Alla fine del 2010, infatti, l'Italia faceva scadere il termine per l'attuazione della direttiva europea sui rimpatri, la 2008/115/CE<sup>2</sup>, senza modificare tempestivamente la propria disciplina interna, che riconosceva nelle sanzioni penali a carattere detentivo il principale strumento di contrasto all'immigrazione irregolare. Infatti, l'art. 14 co. 5-*ter* del d.lgs. n. 286/1998, il c.d. Testo Unico sull'Immigrazione<sup>3</sup>, nella versione precedente alla legge n. 129 del 2 agosto 2011<sup>4</sup>, puniva con la

---

<sup>1</sup> Si fa riferimento a un'intervista realizzata dagli operatori dell'associazione NAGA-ASSOCIAZIONE VOLONTARIA DI ASSISTENZA SOCIO-SANITARIA E PER I DIRITTI DI CITTADINI STRANIERI, ROM E SINTI - ONLUS, ad un utente in precedenza trattenuto in un Centro di identificazione ed espulsione, reperibile in <https://www.youtube.com/watch?v=N85VGkKi3NM>.

<sup>2</sup> 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, in *GUUE* L 348 del 24 dicembre 2008, p. 98 ss.

<sup>3</sup> Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

<sup>4</sup> Legge 2 agosto 2011, n. 129, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari (11G0178), in *GU* n. 181 del 5 agosto 2011, in vigore dal 6 agosto 2011.

reclusione l'inottemperanza all'ordine del questore, emesso durante la procedura di rimpatrio dello straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato, di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni.

La direttiva rimpatri prevede il trattenimento solo allo scopo di preparare il rimpatrio e laddove non vi siano efficaci misure meno coercitive. Il d.lgs. n. 286/1998, invece, contemplava la possibilità che, in evidente funzione di *enforcement* delle decisioni di rimpatrio, entrassero in gioco pene edittali di carattere detentivo e di lunga durata.

La L. n. 129/2011, conseguente alla nota sentenza *El Dridi* dell'aprile 2011 della Corte di giustizia dell'Unione europea, ha provveduto alla ristrutturazione delle procedura esecutiva per i reati d'inosservanza, anche reiterata, all'ordine di allontanamento del questore, sulla base delle indicazioni della normativa comunitaria.

La Corte europea indica all'interprete a quali condizioni deve considerarsi incompatibile con il diritto dell'Unione e specificamente con la direttiva rimpatri l'inquadramento nel diritto penale di condotte poste in essere da cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno in uno Stato membro è irregolare, in relazione ad un procedimento di rimpatrio o allontanamento. Il principio basilare espresso nella sentenza *El Dridi* stabilisce che gli Stati membri non possono adottare una disciplina, anche di diritto penale, tale da «compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile»<sup>5</sup>. Infatti, l'art.14 del d. lgs. n. 286/1998, commina, in risposta a condotte del tutto assimilabili a quelle considerate dalla stessa direttiva, pene detentive di durata superiore a quella prevista dalla stessa. Le pene della reclusione e dell'arresto, comportando la permanenza dello straniero nel territorio nazionale, finiscono col ritardare l'esecuzione del rimpatrio, ostacolando il conseguimento dell'obiettivo di allontanamento dello straniero cui lo Stato è tenuto in forza dalla direttiva stessa<sup>6</sup>.

La disciplina nazionale in questione doveva, quindi, essere necessariamente disapplicata da giudici e autorità nazionali. Oggi, in Italia, con la legge n.129/2011, al posto della pena detentiva si applica la pena pecuniaria della multa.

In sostanza, il legislatore, pur messo di fronte alle esplicite dichiarazioni della Corte in merito all'illegittimità dell'uso della pena detentiva nella procedura di rimpatrio, invece di cogliere l'occasione della riforma per rivedere la scelta penalistica fatta in precedenza, ha ribadito tale scelta sostituendo la sanzione pecuniaria della multa alla pena detentiva prevista in precedenza per i delitti di cui all'art. 14. In definitiva, ogni inosservanza ad un ordine impartito durante la procedura di rimpatrio configura comunque un reato, punito però, a differenza del passato, solo con la pena pecuniaria. La differenza sicuramente è rilevante, ma rimane comunque l'irragionevolezza di voler contrastare penalmente un fenomeno di massa di portata storica, come è diventata l'immigrazione in Italia negli ultimi decenni, costringendo l'autorità giudiziaria ad istruire un numero immane di procedimenti che vanno ad appesantire il nostro sistema penale già oberato. Inoltre, la pena pecuniaria che viene comminata è di entità talmente elevata da risultare praticamente sempre ineseguita e dovrà pertanto essere convertita nella misura della permanenza domiciliare, che essendo, in ogni caso, una misura privativa della libertà personale, si espone alle medesime critiche elaborate dalla sentenza *El Dridi* in merito alla pena detentiva.

---

<sup>5</sup> Sentenza della Corte di giustizia, *El Dridi*, punto 55.

<sup>6</sup> *Ivi*, punto 59.

Anche il reato d'ingresso e di soggiorno irregolare, ai sensi dell'art. 10-*bis* del Testo Unico, è sanzionato con la pena pecuniaria. In caso di insolvenza, anche in tale circostanza, la pena, si converte in lavoro sostitutivo o nell'obbligo di permanenza domiciliare.

E' attualmente in Gazzetta Ufficiale la legge n. 67/2014<sup>7</sup>, che vuole depenalizzare tale reato trasformandolo in illecito amministrativo. Per ora sarà depenalizzato solo il primo ingresso, e nel momento in cui, anche la prima volta, il cittadino straniero sarà intercettato senza permesso di soggiorno, scatterà l'espulsione. Inoltre, sarà ancora colpevole di aver commesso reato chi non obbedirà ad un foglio di via, chi rientra dopo un'espulsione o chi viola altre disposizioni, come ad esempio l'obbligo di firma in Questura o la consegna del passaporto<sup>8</sup>. Ad oggi non cambia nulla in quanto quella pubblicata è una legge delega e quindi tocca comunque al Governo adottare un decreto che renda esecutivo ciò che gli ha chiesto il Parlamento.

Anche in relazione al reato di cui all'art. 10-*bis*, si è registrato un giudizio di rinvio davanti alla Corte di Lussemburgo, in quanto il giudice nazionale, nel caso *Sagor*<sup>9</sup>, domanda alla Corte se tale disposizione propria di un sistema repressivo cui è ispirato l'articolo 14, comma 5-*ter*, non è anche essa in contrasto con quelle che sono le finalità della direttiva. Una delle questioni riguardava la possibilità che la pena pecuniaria dello straniero venisse convertita nella sanzione della permanenza domiciliare, che avrebbe potuto costituire un ostacolo all'esecuzione del rimpatrio. In linea di principio, un rischio di pregiudizio alla procedura di rimpatrio sussiste qualora la disciplina italiana non preveda che l'esecuzione della permanenza domiciliare debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile realizzare l'allontanamento dello straniero<sup>10</sup>. Sarà il giudice nazionale a verificare «se esista, nella normativa nazionale, una disposizione che fa prevalere l'allontanamento sull'esecuzione dell'obbligo di permanenza domiciliare. In assenza di siffatta disposizione, occorrerebbe concludere che la direttiva 2008/115 osta a che un meccanismo di sostituzione della pena dell'ammenda con l'obbligo di permanenza domiciliare, del tipo previsto dagli artt. 53 e 55 del decreto legislativo 274/2000, sia applicato ai cittadini di Paesi terzi in soggiorno irregolare»<sup>11</sup>. Proprio al fine di evitare ulteriori possibili contrasti con la Direttiva rimpatri la nuova normativa italiana aggiunge un ulteriore comma, il 3 *septies*, all'art. 13 del Testo Unico che disciplina l'espulsione amministrativa. La nuova disposizione stabilisce che nei confronti del cittadino straniero soggetto alla pena della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità per i reati di cui agli artt. 10 bis e 14, co. 5 *ter* e *quater* del Testo Unico, l'espulsione, nelle ipotesi previste dall'art. 13, debba essere eseguita in ogni caso e i giorni di pena residui si convertono in pena pecuniaria.

---

<sup>7</sup> Legge 28 aprile 2014, n. 67, Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili, in *GU* n. 100 del 2 maggio 2014.

<sup>8</sup> In pratica, secondo l'articolo 2, comma 3, lettera *b*, il governo dovrà «abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia».

<sup>9</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012, *Sagor*, causa C-430/11.

<sup>10</sup> *Ivi*, punto 45.

<sup>11</sup> *Ivi*, punto 46.

Ciò che però rappresenta una delle principali novità della nuova normativa è la disciplina di convalida e proroga dei termini di trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione (CIE), che sostituendo l'intero comma 5 dell'art. 14, riduce drasticamente i termini massimi di trattenimento da 18 mesi a 90 giorni. Ciò è ancora più importante se si considera che la durata della detenzione costituisce il punto critico della disciplina europea in materia, tenuto conto che il trattenimento non può di regola superare i sei mesi<sup>12</sup>, prorogabili di altri dodici<sup>13</sup>, conformemente alla legislazione nazionale, qualora la procedura di allontanamento subisca un rallentamento a causa della mancata cooperazione da parte dell'interessato o anche per motivi indipendenti dalla volontà del soggetto interessato e cioè per ritardi nell'ottenimento della documentazione necessaria imputabili all'amministrazione del Paese terzo in cui eseguire il rimpatrio. Il meccanismo così codificato necessita di una procedura efficiente e di risorse adeguate per espletarla, in assenza delle quali il trattenimento rischia di protrarsi senza un valido motivo.

Le nuove norme si applicano ai trattenimenti che siano già in corso al momento dell'entrata in vigore della legge inserendo nel computo complessivo dei termini massimi di privazione della libertà anche i periodi di trattenimento pregressi. In caso contrario, si giungerebbe ad un risultato interpretativo non conforme alla finalità perseguita dalle disposizioni in questione, consistente nel garantire che, in ogni caso, il trattenimento ai fini dell'allontanamento non ecceda i 90 giorni.

Tuttavia, in generale, l'impianto introdotto presenta ancora notevoli profili di criticità rispetto alla normativa comunitaria, tanto da far ritenere che il processo di adeguamento della disciplina interna in materia di rimpatri possa ritenersi tutt'altro che compiuto.

Prendiamo come esempio la scelta di ricorrere alla partenza volontaria o all'accompagnamento coattivo come modalità ordinaria di attuazione del provvedimento di espulsione. La direttiva stabilisce che è possibile derogare alla regola della partenza volontaria, procedendo immediatamente all'accompagnamento coattivo nel caso in cui si verificano alcune circostanze come il rischio di fuga, lasciando la definizione di tali condizioni al legislatore nazionale. Tra le circostanze che integrano il rischio di fuga, il legislatore ha individuato «il mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità». Ne deriva, quindi, che tutti gli irregolari sprovvisti di documento, in definitiva la maggior parte di essi, saranno per questo motivo privati della possibilità di un rimpatrio volontario, in contrasto con quanto disposto dalla direttiva all'art. 9, n. 2, lett. *b*, dove «il mancato allontanamento a causa dell'assenza di identificazione» è considerato non come una circostanza per negare il diritto alla partenza volontaria, ma, al contrario, come uno degli elementi di cui gli Stati devono tenere conto per prendere in esame il rinvio dell'allontanamento.

Ebbene, dall'analisi del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 13, concernente il rischio di fuga, si desume la riluttanza del legislatore italiano ad adeguarsi al dettato della direttiva. Ciò a dire che, mentre il mancato possesso dei documenti, nella direttiva rappresenta un elemento da valutare nell'ottica di un rinvio dell'allontanamento per consentire allo straniero di ottenere tali documenti, per l'Italia,

---

12 Cfr. art. 15, n. 5.

13 Cfr. art. 15, n. 6.

costituisce una motivazione valida per procedere immediatamente al rimpatrio coatto; anche se i motivi per i quali lo straniero non è in possesso di documentazione non risultano imputabili allo stesso, tale sua condizione lo priva del diritto al rimpatrio volontario. La disponibilità di documenti validi è anche il presupposto perché lo straniero, del quale sia stato disposto l'accompagnamento coattivo, possa nell'attesa del rimpatrio essere sottoposto a misure coercitive meno afflittive del trattenimento, ai sensi dell'art. 14, comma 1-*bis* del Testo Unico. Il sistema gradualistico delineato dalla direttiva e trasposto nella normativa italiana vale solo per gli stranieri provvisti di documenti, mentre per gli altri rimane in vigore il sistema vigente in precedenza, con il trattenimento come unica opzione cautelare nell'attesa del rimpatrio. Questa creazione di una sorta di sotto sistema per cui gli stranieri sprovvisti di documenti si vedono negate le garanzie che la direttiva dispone per tutti i migranti irregolari, è uno dei principali punti di attrito tra l'attuale sistema interno e la direttiva.

La sensazione è quella che, pur manifestando un ossequio formale alle norme comunitarie, attraverso una trasposizione letterale di molte disposizioni della direttiva, in realtà il Governo italiano abbia in molte occasioni cercato di aggirare il modello garantistico europeo. Questo non deve sorprenderci considerando che la stessa direttiva rimpatri, come, del resto, molti altri atti adottati in materia, è il frutto di un compromesso tra la proposta iniziale della Commissione, gli emendamenti proposti dal Parlamento e le posizioni dei vari Stati in Consiglio, molto restii ad assumersi nuovi impegni in materia e anche solo a rispettare quelli assunti in precedenza nel contesto internazionale. Il ventaglio delle disposizioni astrattamente compatibili con la direttiva rimpatri è talmente vario da rendere scarsa la sua efficacia armonizzatrice. Sono regimi giuridici differenti, infatti, a regolare i diritti dei migranti ed i movimenti delle persone attraverso le frontiere, nel preciso intento di preservare l'autonomia decisionale di ciascuno Stato, mentre è necessaria oggi una valutazione globale e articolata dell'intero fenomeno che non può essere fornita più solo a livello nazionale, ma rimanda a un livello europeo e soprattutto a una politica comune europea in tema d'immigrazione. L'essenza fondamentale del diritto alla libertà personale esige un'impellente armonizzazione.

È un vero peccato che l'Italia e la stessa Europa abbiano perso l'occasione di darsi delle garanzie efficaci, in norme chiare, precise ed incondizionate, lasciando al giudice, interno o internazionale, e quindi, in una fase ormai patologica, la tutela effettiva degli individui.

**Annapaola Ammirati**