

Novità legislative: D.I. 23 giugno 2011, n. 89 (Gazz. Uff. n. 144 del 23 giugno 2011)

OGGETTO: Novità legislative – D. l. 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*” – Disposizioni rilevanti per il settore penale.

Rif. norm.: disp. Att. cod. proc. pen., art. 183-*ter*; d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, artt. 10-*bis*, 13 e 14; d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, artt..

Sommario: 1. Premessa - 2. La direttiva rimpatri - 3. La sentenza El Dridi - 4. La nuova disciplina dell’espulsione - 4.1 Espulsione amministrativa - 4.2 Esecuzione dell’espulsione - 4.3 Le nuove disposizioni penali - 5. La nuova disciplina relativa alla permanenza dei cittadini comunitari - 5.1. Il d. lgs. n. 30 del 2007 - 5.2. Le vicende successive - 5.3. Le modifiche del d.l. n. 89 del 2011 - 5.3.1. L’art.1 - 5.3.2. L’art.2 - 6. Gli interventi sull’art. 10-*bis* d.lgs. n. 286 del 1998.

1. Premessa. Con il d.l. 23 giugno 2011, n. 89 l’Esecutivo ha inteso completare l’attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e introdurre le disposizioni necessarie per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini irregolari di Paesi terzi.

Come noto, soprattutto la mancata attuazione della seconda delle due direttive menzionate nel termine dalla stessa fissato (il 24 dicembre 2010) aveva determinato una situazione di estrema incertezza circa la compatibilità con la stessa della disciplina sul rimpatrio degli stranieri irregolari e delle norme penali previste per la sua violazione dal d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (d’ora innanzi TUS). In tale contesto alcuni giudici di merito, ritenendo la direttiva *self executing*, avevano così iniziato a disapplicare le disposizioni del TUS, rilevando per l’appunto l’insanabile contrasto del diritto interno con quello sovranazionale. In altri casi si era invece distinto tra le violazioni consumate prima dell’entrata in vigore della direttiva – di cui è stata ritenuta la perdurante punibilità – e quelle invece posteriori a tale data, in relazione alle quali le norme penali del TUS sono state considerate non più applicabili perché incompatibili con le nuove regole comunitarie. Non di meno in ulteriori casi si era invece negato la capacità della direttiva di incidere direttamente sulle norme interne, ritenendosi che le numerose riserve e condizioni che la caratterizzano imponessero inevitabilmente l’intervento attuativo del legislatore nazionale.

In questo quadro interpretativo controverso è infine emersa anche la posizione di quei giudici – e tra questi **Sez. 1, n. 11050 dell’8 marzo 2011, dep. 18 marzo, 2011, Ngagne, n.m.** – che hanno preferito ricorrere alla procedura di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* per ottenere un responso sulla perdurante compatibilità della normativa interna con la direttiva rimpatri.

Com’è altrettanto noto **Corte di Giustizia UE 28 aprile 2011, El Dridi**, nel decidere uno dei menzionati ricorsi, ha ritenuto la diretta applicabilità delle disposizioni contenute negli artt. 15 e 16 della direttiva ed ha considerato l’art. 14, comma 5-*ter* TUS incompatibile con le stesse e dunque da disapplicare.

Il verdetto del giudice sovranazionale e soprattutto le sue motivazioni hanno pertanto definitivamente paralizzato l'applicazione ulteriore di tutte le disposizioni penali connesse alla disciplina della procedura amministrativa di espulsione dello straniero. Ed in tal senso **Sez. 1, n. 22105 del 28 aprile 2011, dep. 1 giugno 2011, Tourghi, Rv. 249732**, ha ad esempio affermato recentemente che l'efficacia diretta nell'ordinamento interno della direttiva rimpatri, che osta al trattamento penale del soggiorno irregolare dello straniero conseguente soltanto alla violazione di un ordine di allontanamento dallo Stato, comporta la disapplicazione anche della norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 286 del 1998, precisando altresì che tale disapplicazione si risolve in una sostanziale *abolitio criminis*, rilevabile anche dal giudice di legittimità.

Alla luce di questi eventi l'Esecutivo ha dunque ritenuto opportuno ricorrere alla decretazione d'urgenza per adeguare l'ordinamento interno alla direttiva rimpatri.

2. La direttiva rimpatri. Prima di esaminare il contenuto delle nuove disposizioni in materia di espulsione amministrativa e le nuove norme penali connesse appare opportuno riassumere i principi ispiratori della direttiva che la novella intende recepire, nonché quelli affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza El Dridi.

Con la Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri) l'Unione ha dato forma alla politica europea in materia di immigrazione, seppure limitando l'oggetto dell'intervento normativo all'orizzonte delle condizioni della procedura di rimpatrio degli stranieri irregolari nei loro paesi d'origine e tralasciando per ora l'elaborazione di una organica disciplina delle modalità d'ammissione e d'accoglienza degli stranieri in Europa, che, salvo qualche eccezione, resta al momento di esclusivo appannaggio degli Stati membri.

La direttiva menzionata – sollecitata dal Consiglio d'Europa nella seduta di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004 (come precisato nel "considerando" n. 2 della direttiva) - mira dunque ad armonizzare i sistemi nazionali, cercando di bilanciare le opposte esigenze dell'effettiva assicurazione dei meccanismi di rimpatrio degli immigrati irregolari e della tutela della libertà personale e dei diritti dell'immigrato.

Ripercorrendo sinteticamente i principi affermati dalla direttiva (e tralasciando per ora le eccezioni contemplate alla loro operatività), va innanzi tutto ricordato che l'art. 6 ribadisce il diritto degli Stati membri ad emettere una decisione di rimpatrio dello straniero irregolarmente soggiornante sul loro territorio.

All'art. 7 si precisa peraltro che il rimpatrio debba prioritariamente svolgersi nella forma della "partenza volontaria", eventualmente accompagnata da misure idonee a garantire che lo straniero non approfitti del termine all'uopo concesso per darsi alla fuga eludendo così l'obbligo di allontanarsi. Lo stesso articolo richiede, inoltre, che l'allontanamento sia attuato con la notifica all'interessato della "decisione di rimpatrio", indicante anche un congruo termine per ottemperare all'ordine medesimo (da 7 a 30 giorni), peraltro prorogabile, tenendo conto delle necessità specifiche del caso individuale, quali, ad esempio, la previa durata del soggiorno o situazioni rilevanti per il rispetto del diritto all'unità familiare o ancora in base alle esigenze scolastiche dei minori (art. 7, §2). Per di più, al fine di promuovere il rimpatrio volontario, il "considerando" 10 stabilisce che «gli Stati membri dovrebbero prevedere maggior assistenza e consulenza al rimpatrio e sfruttare al meglio le relative possibilità di finanziamento offerte dal Fondo europeo per i rimpatri».

Sempre l'art. 7 (§4) autorizza poi gli Stati membri a non concedere un termine per la partenza volontaria (o a concederne uno inferiore ai 7 giorni), fissando pertanto diverse modalità di allontanamento dello straniero irregolare e di trattenimento dello stesso *medio tempore* – e cioè l'accompagnamento forzato alla frontiera e la detenzione in appositi centri - ma solo se «sussiste il pericolo di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta perché infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica

sicurezza o la sicurezza nazionale». Nei suddetti casi, ovvero qualora lo straniero non abbia provveduto volontariamente al rimpatrio entro il termine assegnatogli, o ancora sia sorto, in pendenza di tale termine, uno dei pericoli evidenziati, è possibile procedere dunque all'esecuzione coattiva della decisione di rimpatrio, eventualmente previa emanazione di un ordine di allontanamento da parte dell'autorità amministrativa o giudiziaria (art. 8). Nelle ipotesi in cui è previsto il rimpatrio coattivo, ma non sia possibile eseguirlo nell'immediato, è possibile invece disporre il trattenimento dello straniero in centri appositi ai fini della sua successiva esecuzione. Il ricorso a tale misura coercitiva è tuttavia subordinato alla non efficace applicabilità di misure meno coercitive (art. 15, §1) e all'esistenza di presupposti giustificativi, in via esemplificativa indicati nel pericolo di fuga e nel comportamento tenuto dallo straniero e teso ad evitare od ostacolare la preparazione del rimpatrio e dell'allontanamento (art. 15, §1, lett. *a* e *b*).

Tutte le misure coercitive (compreso il trattenimento) devono essere proporzionate, non eccedere un uso ragionevole della forza e rispettare i diritti fondamentali, la dignità e l'integrità fisica dello straniero (art. 8).

Il trattenimento, deve avere una durata «quanto più breve possibile» e non superare comunque i sei mesi (art. 15, §5), prorogabili, tuttavia, sino al massimo di altri dodici mesi (diciotto mesi complessivi) solo quando, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, gli impedimenti all'esecuzione sono dovuti ad una mancata cooperazione dello straniero interessato o al ritardo nell'ottenimento della documentazione necessaria dai paesi terzi interessati (art. 15, §6).

Il ricorso al trattenimento deve essere limitato solo «per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio» ed è soggetto a riesame «ad intervalli ragionevoli», fino a dover cessare quando venga meno ogni «prospettiva ragionevole di allontanamento » (art. 15, §4).

Quanto alle modalità del trattenimento, si precisa che deve di norma avvenire presso appositi centri di permanenza temporanea (art. 16, il quale facoltizza il trattenimento in istituti penitenziari solo in caso di impossibilità di collocazione nei centri, subordinandolo però alla garanzia della separazione dello straniero dai detenuti ordinari), in cui devono essere assicurati un trattamento umano e dignitoso, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e in conformità del diritto nazionale e internazionale.

La direttiva prevede la possibilità che la decisione di rimpatrio sia accompagnato da un divieto di reingresso che comunque non può avere durata superiore ai cinque anni e che non può essere irrogato nel caso il rimpatrio avvenga nella forma della partenza volontaria (art. 11).

Infine va ricordato che è imposta altresì l'assicurazione allo straniero di «mezzi di ricorso effettivo» avverso i provvedimenti connessi alla procedura di rimpatrio ovvero di strumenti finalizzati ad ottenere la revisione nel merito degli stessi dinanzi ad un'autorità amministrativa o giudiziaria la cui composizione offra sufficienti garanzie di imparzialità ed indipendenza (art. 13).

3. La sentenza El Dridi. Nel giungere alle conclusioni illustrate nella premessa la Corte di Giustizia ha rilevato, anzitutto, che la direttiva rimpatri stabilisce le norme e procedure comuni con le quali s'intende attuare un'efficace politica di allontanamento e di rimpatrio delle persone, nel rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità, ribadendo che gli Stati membri non possono derogare a tali norme e procedure applicando regole più severe.

Detta direttiva per la Corte definisce con precisione la procedura da applicare al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare e fissa la successione delle diverse fasi di tale procedura. La prima fase consiste nell'adozione di una decisione di rimpatrio. Nell'ambito di tale fase, ricordano i giudici sovranazionali, va accordata priorità ad una possibile partenza volontaria, per la quale all'interessato è di regola impartito un termine compreso tra sette e trenta giorni. Solo nel caso in cui la partenza volontaria non sia avvenuta entro detto termine,

la direttiva impone allora allo Stato membro di procedere all'allontanamento coattivo, prendendo le misure meno coercitive possibili e solo qualora l'allontanamento rischi di essere compromesso dal comportamento dell'interessato, lo Stato membro può procedere al suo trattenimento. La sentenza El Dridi precisa altresì che il trattenimento deve avere durata quanto più breve possibile ed essere riesaminato ad intervalli ragionevoli; che lo stesso deve cessare appena risulti che non esiste più una prospettiva ragionevole di allontanamento; che la sua durata non può oltrepassare i diciotto mesi e, infine, che gli interessati devono essere collocati in un centro apposito e, in ogni caso, separati dai detenuti di diritto comune.

Secondo la Corte, pertanto, la direttiva comporta una gradazione delle misure applicabili per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, nonché l'obbligo di osservare il principio di proporzionalità in tutte le fasi della procedura. Tale gradazione va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato, ossia la concessione di un termine per la sua partenza volontaria, alla misura che maggiormente limita la sua libertà nell'ambito di un procedimento di allontanamento coattivo, vale a dire il trattenimento in un apposito centro.

La direttiva persegue dunque, secondo i giudici europei, l'obiettivo di limitare la durata massima della privazione della libertà nell'ambito della procedura di rimpatrio e di assicurare così il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini dei paesi terzi in soggiorno irregolare (ed in proposito gli stessi giudici richiamano la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo).

La Corte rileva, poi, che la direttiva rimpatri non è stata trasposta nell'ordinamento giuridico italiano e ricorda che, in questi casi, i singoli sono legittimati ad invocare, contro lo Stato membro inadempiente, le disposizioni di una direttiva che appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise. È il caso, nella fattispecie, degli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri. Al riguardo la sentenza considera che la procedura di allontanamento italiana differisce notevolmente da quella stabilita dalla suddetta direttiva.

La Corte ricorda pure che, se è vero che la legislazione penale rientra in linea di principio nella competenza degli Stati membri e che la direttiva rimpatri lascia questi ultimi liberi di adottare misure anche penali nel caso in cui le misure coercitive non abbiano consentito l'allontanamento, gli stessi Stati membri devono comunque fare in modo che la propria legislazione rispetti il diritto dell'Unione. Pertanto essi non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare quest'ultima del suo effetto utile.

La Corte di Giustizia afferma dunque che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo, una pena detentiva, come quella prevista dall'art. 14, comma 5-ter del TUS, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio nazionale e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare in detto territorio. Una tale pena detentiva, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare nel rispetto dei loro diritti fondamentali.

La sentenza conclude ricordando che il giudice del rinvio, incaricato di applicare le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, deve quindi disapplicare ogni disposizione nazionale contraria al risultato della direttiva e tenere conto del principio dell'applicazione retroattiva a della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

4. La nuova disciplina dell'espulsione.

4.1 Espulsione amministrativa. Nel modificare in maniera significativa la disciplina dell'espulsione amministrativa contenuta negli artt. 13 e 14 TUS, il decreto legge innanzi tutto precisa che il provvedimento è adottato dal prefetto «caso per caso» e colma una lacuna della disciplina previgente, precisando che l'espulsione non può essere né disposta né eseguita coattivamente nei confronti dello straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione sorpreso all'uscita dal territorio nazionale ai controlli di frontiera.

Ciò detto va rilevato che il nuovo assetto ripropone nella sostanza, al comma 2 dell'art. 13, gli stessi presupposti richiesti dalla normativa previgente per procedere all'espulsione e, al successivo comma 4, individua l'accompagnamento coattivo alla frontiera come modalità esclusiva di esecuzione del provvedimento di espulsione adottato dal prefetto (il cui contenuto continua ad essere disciplinato nel precedente comma 3, non interessato dall'intervento normativo) soltanto nei casi di pericolo di fuga, di respingimento della domanda di soggiorno perché manifestamente infondata o fraudolenta ovvero di pericolosità per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale dello straniero: in pratica l'intera gamma di motivi per cui l'art. 7 §4 della direttiva concede di derogare al rimpatrio mediante partenza volontaria. Ed in proposito va evidenziato altresì che nell'inedito comma 4-*bis* dell'art. 13 il legislatore si è premurato di precisare le circostanze che legittimano di ritenere il pericolo di fuga – inteso come pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione – individuandole, alternativamente: a) nel mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, b) nella mancanza di documentazione idonea a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove sia possibile rintracciare agevolmente lo straniero, c) nel fatto che quest'ultimo in passato abbia falsamente dichiarato o attestato le proprie generalità ovvero d) violato il termine per il rimpatrio volontario o un ordine di allontanamento o il divieto di reingresso ovvero e) le misure cautelari poste a presidio dell'effettività del rimpatrio volontario o dell'allontanamento (e di cui si dirà in seguito). In tal modo, peraltro, il decreto finisce sostanzialmente per ridimensionare e non di poco la portata del meccanismo imperniato sulla partenza volontaria immaginato dal legislatore comunitario. Infatti se è vero, come detto, che la stessa direttiva consente agli Stati membri di escludere tale modalità di rimpatrio laddove sussista il pericolo di fuga, è altrettanto vero che presumere in via assoluta la sussistenza di tale pericolo soprattutto dalla mancanza di documenti validi per l'espatrio o di un alloggio stabile significa, in ultima sostanza, candidare la maggioranza degli immigrati irregolari all'accompagnamento coattivo. Non solo, tali circostanze vengono apparentemente addebitate in chiave latamente sanzionatoria allo straniero (atteso che lo stesso viene privato del diritto di accesso alla procedura di partenza volontaria e al termine dilatorio ad essa funzionale) anche quando il loro verificarsi non gli sia in alcun modo rimproverabile (si pensi, ad esempio, all'ipotesi dell'incolpevole smarrimento del passaporto od al fatto che formalmente l'immigrato irregolare non potrebbe reperire un alloggio in affitto, in quanto la legge vieta al proprietario di stipulare con lui un contratto di locazione). Non di meno mal si comprende perché la pregressa declinazione di false generalità (fatto che trova già autonoma sanzione nell'ordinamento penale) dovrebbe considerarsi da solo sintomatico del pericolo di fuga dello straniero eventualmente in possesso del passaporto e di un alloggio. Infine non può esimersi dal sottolineare come i parametri eletti dal decreto per definire il pericolo di fuga non trovino alcun riscontro nella direttiva, che anzi, all'art. 9 §4 fa riferimento alle difficoltà di identificazione dello straniero solo per autorizzare il rinvio del suo allontanamento (e dunque in una prospettiva decisamente opposta a quella eletta dal legislatore italiano).

La "partenza volontaria" diviene comunque, ai sensi del nuovo comma 5 dell'art. 13, la modalità formalmente ordinaria di rimpatrio. Ma essa non si attiva automaticamente in conseguenza dell'adozione del provvedimento di espulsione emesso dal prefetto, dovendo essere espressamente richiesta dall'interessato cui tale provvedimento viene notificato (e il decreto non precisa le modalità con cui tale richiesta debba essere avanzata, né configura specifici rimedi per il caso che la stessa venga illegittimamente rigettata). In altri termini il

legislatore si è avvalso della facoltà in tal senso attribuita agli Stati membri dall'art. 7 §1 della direttiva. Peraltro la mancata richiesta del termine per la partenza volontaria automaticamente costituisce presupposto per procedere all'accompagnamento coattivo, che, dunque, ancora una volta si riconferma essere in realtà, nell'impostazione legislativa, il principale strumento per il rimpatrio.

Sotto altro profilo va invece evidenziato che l'inedito comma 5.1 dell'art. 13 prevede la necessità che il provvedimento di espulsione contenga espresso avvertimento multilingue della facoltà di attivare la procedura di partenza volontaria, la cui omissione è destinata a compromettere la legittimità del provvedimento medesimo e a riverberarsi conseguentemente sull'effettiva operatività delle norme penali destinate a sanzionare l'inottemperanza alle procedure di rimpatrio.

Il termine concedibile per la partenza, conformemente a quanto previsto dalla direttiva, varia da un minimo di sette ad un massimo di trenta giorni e deve essere fissato dal prefetto – che può anche prorogarlo – valutando il singolo caso (valutazione che deve dunque inevitabilmente rispecchiarsi nel provvedimento che stabilisce l'entità del termine).

L'inedito comma 5.2 dell'art. 13 prevede poi che, una volta concesso il termine, il questore chieda allo straniero di dimostrare il possesso di disponibilità economiche di fonte lecita proporzionate alla sua durata e comunque pari al minimo di una e al massimo di tre mensilità dell'assegno sociale annuo. In tal modo il legislatore nazionale sembra aver voluto tradurre la possibilità prevista dall'art. 7 §3 della direttiva di imporre al rimpatriando la costituzione di una garanzia finanziaria a prevenzione del rischio di fuga. Dal tenore letterale della norma e dal coordinamento della stessa con quella comunitaria sembra dunque evidente che la dimostrazione della capienza economica non costituisce un presupposto per la concessione del termine. Non è peraltro chiaro quali siano le conseguenze nel caso in cui lo straniero non sia in grado di fornire la dimostrazione richiesta.

Sempre nell'ottica della prevenzione del rischio che lo straniero si sottragga all'esecuzione del rimpatrio lo stesso comma 5.2 prevede poi che il questore disponga nei suoi confronti, nella pendenza del termine propedeutico alla partenza, una o più delle seguenti misure cautelari amministrative: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Il relativo provvedimento deve essere motivato e deve essere trasmesso entro quarantotto ore al giudice di pace per la convalida, che deve intervenire entro le successive quarantotto ore, ed al quale il rimpatriando può presentare personalmente o a mezzo del proprio difensore memorie o deduzioni, nonché in seguito rivolgersi per ottenere la modifica o la revoca della misure applicategli, previa acquisizione del parere del questore.

L'intera procedura cautelare testè descritta presenta invero profili di contraddittorietà non poco evidenti. Sfugge infatti la ragione per cui sia stata prevista l'obbligatoria applicazione delle misure, se queste possono poi essere revocate dal giudice di pace, cui dunque viene demandato il compito di valutare non solo la legittimità della loro adozione. Ed in realtà è ancor prima lecito dubitare della stessa legittimità della previsione di tale obbligo, atteso che la compressione della libertà personale in maniera indiscriminata di tutti i richiedenti il termine sembra porsi in contrasto con i principi contenuti negli artt. 3 e 13 Cost. Non di meno anche l'obbligo di motivazione del provvedimento applicativo sembra ridursi in definitiva all'onere di spiegare le ragioni di una eventuale applicazione cumulativa delle misure, atteso che al questore non viene lasciato alcun margine di discrezionalità sull'attivazione dell'intervento cautelare una volta presentata l'istanza di concessione del termine per la partenza volontaria.

Il decreto legge interviene anche sui commi 13 e 14 dell'art. 13, nei quali è contenuta la disciplina del divieto di reingresso per lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione. In proposito il legislatore si è sostanzialmente limitato a ridurre drasticamente la

durata di tale divieto (in precedenza fissata in dieci anni) per renderla compatibile con i limiti previsti dall'art. 11 della direttiva. In tal senso il nuovo comma 14 prevede che il divieto ha una durata non inferiore a tre e non superiore a cinque anni, rimettendo al prefetto il compito di determinarla in concreto in relazione alle circostanze del singolo caso. E' prevista altresì la possibilità di fissare un termine più lungo nel caso si tratti di soggetto espulso ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. 31 luglio 2005, n. 155.

4.2 Esecuzione dell'espulsione. Il decreto legge interviene anche sulla disciplina dettata dall'art. 14 TUS ad oggetto il trattenimento e l'allontanamento dello straniero. In proposito il legislatore ha ribadito che presupposto primo del trattenimento nei Centri di Identificazione ed Espulsione è l'impossibilità di procedere all'accompagnamento coattivo in frontiera o al respingimento «a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento». Tali situazioni, in adesione a quanto previsto dalla direttiva, sono individuate nella sussistenza del pericolo di fuga dello straniero – così come configurato dall'art. 13, comma 4-*bis* -, nella necessità di prestare soccorso al rimpatriando ovvero di procedere ad accertamenti sulla sua identità o nazionalità o in quella di acquisire i documenti di viaggio o di reperire un mezzo di trasporto idoneo al rimpatrio.

Sebbene la novella non lo precisi espressamente, è peraltro evidente che il trattenimento non può essere disposto nei confronti dello straniero cui è stato concesso il termine per la partenza volontaria nella pendenza del medesimo.

L'effettiva novità della disciplina è peraltro costituita dalla disposizione introdotta nell'inedito comma 1-*bis* dell'art. 14, dove, per corrispondere al principio di sussidiarietà contenuto nell'art. 15 della direttiva, viene previsto che il questore, in luogo del trattenimento, può imporre una o più delle misure cautelari amministrative già menzionate trattando dell'istituto della partenza volontaria. L'effettiva praticabilità di tale soluzione è peraltro subordinata alle condizioni che lo straniero sia in possesso del passaporto o di altro documento equipollente e che non ricorra una delle situazioni previste nei commi 1 e 2, lett. c) dell'art. 13 o si tratti espulsione per motivi di terrorismo. E' appena il caso di annotare come in questo caso l'applicazione delle misure cautelari è rimessa alla discrezionalità del questore (senza che peraltro vengano normativamente fissati precisi parametri cui ancorare la sua decisione), mentre, come si è visto, nel caso della partenza volontaria la stessa è apparentemente obbligatoria. E' poi legittimo sollevare nuovamente qualche perplessità sulla insistita valorizzazione del possesso del passaporto come presupposto (in questo caso positivo) per l'attivazione della procedura cautelare, atteso che, come già osservato in precedenza, si tratta di circostanza non presa in considerazione dal legislatore comunitario. Infine va evidenziato che mentre le misure cautelari amministrative imposte al rimpatriante che abbia richiesto un termine per la partenza volontaria hanno una durata implicitamente determinata dall'entità del termine concessogli, alunché è previsto per la durata delle misure applicate in alternativa al trattenimento nei CIE. Circostanza che potrebbe comportare seri dubbi sulla compatibilità del comma 1-*bis* dell'art. 14 con l'art. 13 Cost. Attesa la natura per l'appunto sostitutiva rispetto al trattenimento delle suddette misure potrebbe allora doversi ritenere che i termini applicabili siano gli stessi previsti dal comma 5 per la misura "sostituita", il che peraltro dovrebbe comportare l'estensione altresì della disciplina delle proroghe dettata per questi ultimi.

Sul punto va infine ricordato che il provvedimento applicativo deve essere convalidato dal giudice di pace e la relativa disciplina è del tutto identica a quella prevista per le misure connesse alla concessione del termine per la partenza volontaria, alla cui trattazione pertanto si rinvia (v. supra sub 4.1).

Non viene toccata dalla novella la disciplina della convalida del provvedimento di trattenimento, mentre il legislatore ha sostituito il comma 5 dell'art. 14, aggiungendo ai termini complessivi originariamente previsti (centottanta giorni) la possibilità di trattenere lo

straniero nei CIE per ulteriori dodici mesi frazionati in proroghe di sessanta giorni ognuna, come peraltro consentito dalla direttiva.

Sul punto va ancora segnalato che la novella ha modificato anche il comma 7 dell'art. 14, che prevede la possibilità di ricorrere alla forza pubblica per garantire l'effettività del trattenimento nei CIE e il suo ripristino in caso di "evasione" dello straniero. La novità consiste nella previsione secondo cui il ripristino della misura violata avviene mediante «l'adozione di un nuovo provvedimento di trattenimento». Formula questa non poco ambigua, la quale potrebbe indurre a ritenere che, in caso di indebito allontanamento dal centro, dal successivo ripristino della misura inizi a decorrere un termine di trattenimento del tutto nuovo, che non tiene conto della "detenzione" già subita dal fuggitivo. Se questo fosse l'effettivo significato da attribuire alla nuova disposizione sarebbe evidente l'intento elusivo dei termini massimi di trattenimento previsto dall'art. 15 della direttiva. Non di meno il "nuovo" provvedimento di trattenimento assumerebbe venature sanzionatorie parimenti incompatibili con la funzione che alla misura assegna la normativa sopranazionale.

Il comma 5-*bis* dell'art. 14, così come novellato dal decreto legge, prevede che, nell'impossibilità di procedere al trattenimento o alla cessazione del medesimo, il questore ordini allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni. L'ordine deve essere scritto e contenere tra l'altro l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie per la sua violazione. Ai sensi del successivo comma 5-*ter*, sempre nella formulazione dovuta al d.l. n. 89 del 2011, all'inottemperanza all'ordine di allontanamento consegue l'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione immediatamente esecutivo in relazione al quale non sembra sia possibile richiedere un termine per la partenza volontaria. Nel caso in cui l'espulsione non sia immediatamente eseguibile mediante l'accompagnamento coattivo la disposizione da ultima citata prevede la possibilità di procedere al trattenimento nei CIE dello straniero, così come previsto dal successivo art. 5-*quater* – anch'esso riscritto dal decreto legge – per la violazione del nuovo ordine di espulsione motivato dalla violazione di quello di allontanamento. Ed anche per queste ipotesi di trattenimento valgono i dubbi già esaminati in precedenza in relazione al ripristino della misura violata. Infatti non è chiaro se, nel caso in cui lo straniero già abbia subito un periodo di internamento nei centri nel corso della medesima procedura di espulsione, il nuovo periodo si assommi a quello precedente o meno ai fini del calcolo dei termini massimi di trattenimento.

4.3 Le nuove disposizioni penali. Indubbiamente l'elemento che più è destinato a caratterizzare l'intervento normativo in commento è costituito dalla radicale rimodulazione delle norme penali poste a presidio dello statuto dell'espulsione. D'altra parte, come si è visto, è proprio il severo apparato sanzionatorio stratificatosi negli ultimi quindici anni ad aver negativamente impressionato la Corte di Giustizia europea, che l'ha giudicato incompatibile con gli obiettivi della direttiva.

Peraltro proprio alla sanzione penale il legislatore italiano aveva affidato surrettiziamente negli ultimi anni il compito di garantire l'effettività dell'espulsione dello straniero dimostratosi scarsamente cooperativo con la relativa procedura. In tale ottica il ruolo di incriminazioni le cui cornici edittali di pena sono state progressivamente espansive è stato sostanzialmente strumentale all'applicazione della detenzione cautelare agli immigrati inottemperanti agli ordini di allontanamento e di espulsione e non più rattenibili nei CIE. Ed è proprio questo ruolo che la Corte sopranazionale ha ritenuto radicalmente estraneo ai principi e allo spirito della direttiva.

Il decreto legge dimostra di voler recepire il verdetto europeo, senza peraltro rinunciare completamente a quelle venature repressive che hanno fino ad ora caratterizzato il TUS. Del resto la stessa sentenza El Didri ha riconosciuto che la direttiva non inibisce il ricorso a misure penali quale forma di reazione all'eventuale inefficacia di quelle amministrative, rivelatesi in concreto insufficienti a garantire l'allontanamento dello straniero. E forte di tale indicazione il legislatore, dopo aver fatto piazza pulita di quello previgente, ha dunque riproposto un sistema

di incriminazioni che scandiscono tutti i passaggi della procedura di espulsione. Ma, rispetto al passato, quelle di nuovo conio sono fattispecie delittuose tutte indistintamente punite con pena pecuniaria e che dunque non consentono più quella strumentalizzazione della sanzione penale cui si è fatto cenno.

Presidiate da sanzione penale sono dunque:

- a) la violazione delle misure cautelari amministrative applicate allo straniero a garanzia del rispetto del termine concessogli per la partenza volontaria (art. 13, comma 5.2; la pena prevista è quella della multa da 3.000 a 18.000 euro);
- b) la violazione delle misure cautelari amministrative applicate allo straniero in alternativa al trattenimento nei CIE (art. 14, comma 1-*bis*; la pena prevista è quella della multa da 3.000 a 18.000 euro);
- c) la violazione senza giustificato motivo dell'ordine di allontanamento impartito dal questore allo straniero non ricoverabile nei CIE o non più rattenibile nei medesimi (art. 14, comma 5-*ter*; la pena prevista è quella della multa da 10.000 a 20.000 euro nel caso in cui l'espulsione è stata disposta ai sensi dell'art. 13, comma 4 ovvero lo straniero si sia sottratto al rimpatrio volontario ed assistito di cui all'art. 14-*ter* cui era stato ammesso, da 6.000 a 15.000 euro negli altri casi);
- d) la violazione senza giustificato motivo dell'ordine di espulsione conseguente alla violazione dell'ordine di allontanamento (art. 14, comma 5-*quater*; la pena prevista è indistintamente quella della multa da 15.000 a 30.000 euro).

Come detto si tratta di fattispecie dolose per la cui perfezione è quindi necessario il dolo, seppure nella forma generica.

Con esclusivo riguardo ai reati descritti alle precedenti lett. c) e d) l'inedito comma 5-*quater*.1 dell'art. 14 stabilisce poi che nella valutazione della condotta dello straniero il giudice deve tenere conto dell'eventuale consegna al medesimo da parte dell'autorità della documentazione necessaria per raggiungere la rappresentanza diplomatica del proprio paese, nonché di quella – compreso il titolo di viaggio - per rientrare nello stesso o in quello di provenienza. Disposizione questa indubbiamente funzionale alla valutazione della gravità della violazione contestata, ma che nelle intenzioni del legislatore sembra strumentalmente orientata altresì a costituire i parametri (o quantomeno alcuni dei parametri) cui ancorare l'accertamento della sussistenza del giustificato motivo che condiziona la concreta punibilità dei fatti oggetto delle due incriminazioni.

Tutte le nuove figure di reato vengono attribuite alla competenza funzionale per materia del giudice di pace ed in tal senso l'art. 4 del decreto legge ha aggiunto all'art. 4, comma 2, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 la lett. s-*bis*) che espressamente li cataloga. Per i reati previsti dall'art. 14, comma 5-*ter* e comma 5-*quater*, è altresì previsto il ricorso alle speciali norme procedurali dettate dagli artt. 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis* del menzionato d. lgs. n. 274 del 2000. Per gli stessi reati non è richiesto il nulla osta all'espulsione, la quale, quando eseguita, impone al giudice l'emissione di sentenza di non luogo a procedere, revocabile ai sensi dell'art. 345 cod. proc. pen. qualora lo straniero violi il divieto di reingresso (fattispecie che continua ad essere presidiata penalmente dal comma 13 dell'art.13, che sul punto non è stato toccato dalla riforma).

E' lecito chiedersi a questo punto la ragione che ha mosso il legislatore a voler comunque configurare delle fattispecie punite con la sola pena pecuniaria destinate ad una platea di destinatari tendenzialmente afflitti da una cronica in capienza economica e dunque difficilmente sensibili a subire la minaccia di pur severe sanzioni patrimoniali. Una (parziale) risposta è forse deducibile dalle modifiche apportate dal decreto legge all'art. 16 TUS, la disposizione cioè che disciplina l'espulsione applicata dal giudice penale a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione. Infatti la direttiva (art. 2 §2, lett. b) esclude dal suo ambito di applicazione i rimpatri disposti a titolo di sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale. Ed in tale ottica (come già era avvenuto per il reato di immigrazione o

soggiorno illegali) la novella ha inserito nell'elenco dei reati ai quali si applica l'espulsione "penale" dell'art. 16 TUS anche quelli previsti dai commi 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 14. In caso di condanna (ma non anche di patteggiamento) per i suddetti reati, dunque, se non viene concessa la sospensione condizionale della pena il giudice potrà ordinare l'espulsione dello straniero condannato, la quale verrà eseguita mediante accompagnamento coattivo e senza che possa essere attivata la procedura di partenza volontaria.

5. La nuova disciplina relativa alla permanenza dei cittadini comunitari.

5.1. Il d. lgs. n. 30 del 2007. Come accennato in premessa il decreto legge interviene anche sulla disciplina dei cittadini comunitari. La libertà di circolazione dei cittadini comunitari è, come noto, uno dei principi fondamentali per la creazione di uno spazio comune interno alla Unione europea. La disciplina comunitaria in materia, connaturata, sino al 2004, da interventi di carattere settoriale ed episodico, è sfociata nell'intervento organico rappresentato dall'adozione, da parte della Commissione europea, della direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, relativa, appunto, al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che viene così a sostituire le frammentarie disposizioni precedenti. Tale disciplina è stata quindi recepita dall'Italia mediante l'emanazione, in integrale sostituzione della precedente dettata dal testo unico in materia di circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari (d. P.R. n. 52 del 2004), del d. lgs. 6 febbraio 2007 n.30 (c.d. decreto "Amato"), successivamente modificato dal d. lgs. 28 febbraio 2008 n.32, che, oltre a regolare le modalità di esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio dello Stato dei cittadini dell'Unione europea e dei familiari che li accompagnano o li raggiungono, ha disciplinato i presupposti del diritto di soggiorno permanente e le limitazioni a tali diritti per motivi di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico e di pubblica sicurezza. In particolare (per quel che rileva in ordine alle modifiche apportate dal d.l. n. 89 del 2001) sono state regolamentate le ipotesi di allontanamento del cittadino comunitario per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza (artt. 20, 20-*bis* e 20-*ter*), e di allontanamento per la perdita dei requisiti che consentono il soggiorno (art. 21). Per quanto riguardante la prima fattispecie, l'art. 20 distingue infatti tre ipotesi, ovvero: a) motivi di sicurezza dello Stato; b) motivi imperativi di pubblica sicurezza; c) altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Il comma secondo dell'art. 20 indica inoltre che i motivi di sicurezza dello Stato si verificano "anche" quando il destinatario appartenga ad una delle categorie di cui all'art. 18 della L. 152/1975, ovvero vi siano fondati motivi di ritenere che la permanenza del destinatario nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali.

Quanto ai motivi imperativi di pubblica sicurezza, gli stessi sussistono in presenza di "comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e grave ai diritti fondamentali della persona o dell'incolumità pubblica" tali da rendere urgente l'allontanamento dello straniero, in quanto la sua permanenza "è incompatibile con la civile e sicura convivenza" (art. 20, comma terzo); nella disposizione vengono altresì individuati alcuni elementi che devono essere presi in considerazione in sede di adozione del provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale per motivi imperativi di pubblica sicurezza, come eventuali sentenze di condanna o di patteggiamento pronunciate da un giudice nazionale o straniero per uno o più delitti non colposi, anche tentati, contro la vita o l'incolumità della persona, ovvero per taluni delitti corrispondenti a quelli previsti dall'articolo 8 della legge 69/2005, l'eventuale appartenenza della persona da allontanare per motivi imperativi di pubblica sicurezza a taluna delle categorie di persone nei cui confronti è possibile applicare una misura di prevenzione personale ai sensi dell'art. 1 della l. n. 1423 del 1956, e dell'art. 1 della l. n. 575 del 1965, e infine l'eventuale applicazione di misure di prevenzione o di allontanamento disposte da autorità straniera. Si prevede altresì che tutti i provvedimenti di

allontanamento siano adottati nel rispetto del principio della proporzionalità e non possano essere motivati da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato che comunque devono rappresentare una minaccia reale ed attuale tale da pregiudicare l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, dovendo comunque tenersi conto della durata del soggiorno in Italia dell'interessato, della sua età, del suo stato di salute, della sua situazione familiare ed economica, della sua integrazione sociale e culturale in Italia e dell'importanza dei suoi legami con il paese di origine. Per i cittadini comunitari ed i loro familiari che hanno acquisito il diritto di soggiorno permanente, l'allontanamento è disposto esclusivamente per gravi motivi, ovverosia motivi di sicurezza dello Stato, motivi imperativi di pubblica sicurezza e altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, con la differenza che questi ultimi (motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza) devono essere particolarmente gravi.

L'allontanamento di coloro che hanno soggiornato nel territorio dello Stato per oltre dieci anni e per i minorenni può invece essere disposto soltanto per motivi di sicurezza dello Stato o motivi imperativi di pubblica sicurezza.

Quanto ai fondamentali caratteri del provvedimento di allontanamento, da adottarsi dal ministro dell'interno con riguardo ai motivi imperativi di pubblica sicurezza limitatamente all'ipotesi di cui al comma settimo (allontanamento di soggiornanti di lungo periodo o di minorenni), e ai motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, e dal Prefetto negli altri casi, si prevede (art.20 comma decimo) che l'allontanamento sia disposto con atto motivato (salvo che alla motivazione ostino motivi attinenti alla sicurezza dello Stato), da notificarsi all'interessato con traduzione del suo contenuto redatta in una lingua comprensibile dall'interessato o nelle principali lingue; salvi i casi di esecuzione immediata dell'allontanamento, di cui al successivo comma undicesimo; il provvedimento deve inoltre indicare il termine per lasciare il territorio nazionale, che non può essere inferiore ad un mese dalla data di notifica, ma che nei casi di comprovata urgenza può essere ridotto a 10 giorni, nonché la durata del divieto di reingresso in Italia, che non può essere superiore a 10 anni nei casi di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato e a 5 anni negli altri casi. Con riferimento all'esecuzione, l'art. 20 stabilisce che di norma all'allontanamento si provveda mediante intimazione ad abbandonare il territorio nazionale entro un termine fissato dal provvedimento, che, come si è detto, non può essere inferiore a un mese dalla data della notifica e che, peraltro, può essere derogato in presenza di casi di comprovata urgenza.

Il successivo comma 11 stabilisce poi che, ove ricorrano motivi di sicurezza dello Stato e motivi imperativi di pubblica sicurezza, il provvedimento di allontanamento sia immediatamente eseguito dal questore, con modalità tuttavia non indicate.

E' previsto che il questore disponga inoltre l'allontanamento immediato dal territorio dello Stato anche nei casi in cui l'intimato non abbandoni il territorio dello Stato entro il termine in precedenza assegnato in sede di intimazione (art. 20, comma dodicesimo), ovvero il destinatario del provvedimento rientri nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso (art. 20, co. 14); anche con riferimento a dette fattispecie il testo prevede, attraverso il rinvio all'art. 13, co. quinto *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, la presenza di un giudizio di convalida coincidente con quello previsto in caso di espulsione con accompagnamento alla frontiera di stranieri cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea.

L'allontanamento per cessazione delle condizioni che determinano il diritto di soggiorno (articolo 21) è invece previsto, per il cittadino dell'Unione e i suoi familiari, indipendentemente dalla loro nazionalità, nei casi in cui vengono a mancare le condizioni che hanno determinato il diritto di soggiorno. In tali ipotesi, l'allontanamento è disposto con provvedimento motivato del prefetto notificato all'interessato. Nell'adottare il provvedimento la legge prevede che si debba tener conto della durata del soggiorno in Italia dell'interessato, della sua età, del suo stato di salute, della sua situazione familiare ed economica, della sua integrazione sociale e culturale in

Italia e dell'importanza dei suoi legami con il Paese di origine. Per queste ipotesi di allontanamento il provvedimento non può prevedere un divieto di reingresso.

Unitamente al provvedimento di allontanamento, viene consegnata al cittadino comunitario da allontanare anche una "attestazione di obbligo di adempimento" dell'allontanamento. Detta attestazione deve essere presentata presso un consolato italiano.

È conseguentemente prevista (art. 21, comma quarto) una specifica fattispecie contravvenzionale, sanzionata con l'arresto da un mese a sei mesi e con l'ammenda da 200 a 2.000 euro, che ricorre quando l'allontanato sia individuato sul territorio dello Stato oltre il termine fissato nel provvedimento di allontanamento, e non abbia provveduto alla presentazione dell'attestazione di cui sopra.

5.2. Le vicende successive. Il 15 novembre 2007, il Parlamento europeo approva una risoluzione sull'applicazione della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; il Parlamento, tra le altre cose, ribadisce il valore della libertà di circolazione delle persone quale principio fondamentale dell'Unione, ricordando che le espulsioni collettive sono proibite dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La risoluzione precisa, inoltre, che la direttiva 2004/38/CE circoscrive la possibilità di espellere un cittadino dell'Unione entro limiti molto ben definiti:

1) in base all'articolo 27, gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione e di residenza solo per motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di sanità pubblica, rispettando il principio di proporzionalità;

2) in base all'articolo 28, ogni espulsione deve essere preceduta da una valutazione della situazione personale dell'interessato;

3) in base all'articolo 30, il provvedimento di espulsione deve essere notificato per iscritto alla persona interessata secondo modalità che gli consentano di comprenderne il contenuto e le conseguenze;

4) in base all'articolo 31, la persona interessata deve avere accesso ai mezzi di impugnazione giurisdizionali e amministrativi nello Stato membro ospitante;

5) in base al punto 16 del preambolo e all'articolo 14, i cittadini possono essere allontanati qualora diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante, elemento che comunque non è di per sé condizione sufficiente a giustificare un'espulsione automatica.

Successivamente, nell'ambito dell'intervento normativo rappresentato dal c.d. "pacchetto sicurezza", il Governo approva in via preliminare anche uno schema di decreto legislativo di modifica della disciplina del d.lgs. n. 30 del 2007 prevedendo alcune limitazioni al diritto di circolazione dei cittadini comunitari ed in particolare introducendo una procedura di espulsione immediata per i cittadini comunitari che non abbiano i requisiti necessari per risiedere stabilmente in Italia, previsti dalla direttiva n. 38 del 2004; tale schema viene tuttavia accantonato a seguito di alcuni rilievi da parte della Commissione europea, segnatamente mossi proprio in ordine alla sanzione dell'allontanamento, ritenuta eccessiva e di cui si chiede, dunque, la sostituzione con un semplice invito ad abbandonare il territorio nazionale.

5.3. Le modifiche del d.l. n. 89 del 2011. Si giunge così alle modifiche oggi introdotte per effetto del d. l. n. 89, emanato, secondo il comunicato diramato nell'occasione dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, per corrispondere all'invito formulato all'Italia dalle Istituzioni europee a rendere più completa la normativa di recepimento della direttiva 2004/38.

5.3.1. L'art. 1. L'art.1 del decreto introduce anzitutto alcune modifiche incidenti sulla disciplina degli aventi diritto all'ingresso e soggiorno segnatamente mediante la modifica dell'art.3, comma secondo lett. b) e 6, comma secondo; si richiede infatti ora che il "partner" abbia con il

cittadino dell'Unione una relazione stabile "ufficialmente attestata" (da notare che nel testo della direttiva si fa riferimento invece a relazione "debitamente attestata") e che il diritto dei familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, che accompagnano o raggiungono il cittadino dell'Unione, a soggiornare nel territorio nazionale per un periodo non superiore a tre mesi sia semplicemente condizionato al possesso di un passaporto in corso di validità senza che venga più richiesto l'obbligo del visto d'ingresso); sono state poi operate delle modifiche alle formalità amministrative richieste per il soggiorno : mediante l'introduzione di un comma 3 bis all'art.9, si richiede ora che ai fini della verifica della sussistenza del requisito della disponibilità delle risorse economiche sufficienti al soggiorno debba, "in ogni caso essere valutata la situazione complessiva personale dell'interessato" (restando tuttavia da valutare il coordinamento di tale disposizione con il riferimento al reddito minimo annuo contenuto nel comma 3 dell'art. 9) e, mediante l'integrazione dell'art.13, comma secondo, si precisa che i cittadini dell'Unione possano essere controllati solo quando ci sono "ragionevoli dubbi" sulla sussistenza dei requisiti per permanere in Italia, escludendosi, in tal modo dunque, sia pure solo implicitamente (mentre nella direttiva tale esclusione è formulata espressamente) la possibilità di praticare controlli di carattere sistematico.

E' stato poi integrato l'art.19, comma quarto, del d. lgs. n. 30 del 2007; ivi infatti si prevede che la qualità di titolare di diritto di soggiorno e di titolare di diritto di soggiorno permanente possa essere attestata con qualsiasi mezzo di prova previsto dalla normativa vigente; l'art. 1, comma primo, lett. f), vi ha aggiunto l'inciso che "il possesso del relativo documento non costituisce condizione per l'esercizio di un diritto"; non è tuttavia chiaro se il legislatore abbia con ciò inteso affermare che il possesso di un documento di soggiorno non costituisce condizione necessaria per l'esercizio di un diritto, ovvero se il possesso del documento di soggiorno non sia condizione sufficiente per l'esercizio di un diritto da parte dello straniero.

La più significativa incidenza operata dal d.l. appare tuttavia attenersi alle modifiche (operate con l'art. 1, comma primo, lett. g), relative alla disciplina, contenuta nell'art. 20 del d. lgs. n. 30, delle limitazioni al diritto di ingresso e di soggiorno, già meglio illustrata sopra. E' stata infatti meglio precisata anzitutto la indicazione dei "motivi di sicurezza dello Stato" che legittimano il ricorso ai provvedimenti di allontanamento : oltre a precisarsi, infatti, mediante l'eliminazione della congiunzione "anche", che tali motivi ricorrono solo laddove il destinatario appartenga ad una delle categorie di cui all'art. 18 della l. n. 152 del 1975, ovvero vi siano fondati motivi di ritenere che la permanenza del destinatario nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali, si è contemplata la necessità di tener conto ora, a tal fine, "anche di eventuali condanne pronunciate da un giudice italiano per uno o più delitti contro la personalità dello Stato"; analogamente, con riguardo alla indicazione dei "motivi imperativi di pubblica sicurezza", si è lasciata inalterata la loro individuazione in comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e, ora, "sufficientemente" grave, ai diritti fondamentali della persona o dell'incolumità pubblica, mentre l'ulteriore requisito dato dalla incompatibilità della permanenza dello straniero con la civile e sicura convivenza è stato dislocato all'interno del comma 11 relativo ai provvedimenti di allontanamento emessi dal Questore. Quanto appunto ai provvedimenti di allontanamento, la adozione dei medesimi continua a dovere tenere conto del rispetto del principio di proporzionalità, confermandosi che gli stessi non possono essere motivati da ragioni di ordine economico, né da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato, dovendo tuttavia questi ultimi rappresentare ora una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza (e non più una minaccia "concreta e attuale" nonostante tale attualità figurì nel secondo periodo del paragrafo 2 dell'art. 27 della direttiva). Si è poi esclusa, mediante la modifica del comma nono dell'art. 20, la possibilità, per il Ministro dell'Interno, di adottare i provvedimenti di allontanamento, oltre che per motivi imperativi di pubblica sicurezza nei confronti dei soggetti di cui al comma settimo (ovvero i soggiornanti nei dieci anni precedenti ed i minori), e per motivi di sicurezza

dello Stato, anche per motivi di ordine pubblico, restando così attribuita, in questo caso, l'adozione del provvedimento, al Prefetto. Mediante la modifica del comma undicesimo, viene inoltre attribuita al questore la competenza ad eseguire i provvedimenti di allontanamento per tutti i motivi di cui al comma primo (dunque, non più solo per motivi di sicurezza dello Stato e per motivi imperativi di pubblica sicurezza, ma anche per altri motivi di ordine pubblico), ove si ravvisi, "caso per caso", l'urgenza dell'allontanamento in ragione dell'incompatibilità con la civile e sicura convivenza dell'ulteriore permanenza sul territorio. Infine, con riguardo al diverso istituto dell'allontanamento determinato dalla cessazione delle condizioni che determinano il diritto di soggiorno ai sensi degli artt. 6, 7 e 13, per effetto della sostituzione del previgente comma quarto dell'art. 21, deve ritenersi abrogata la figura contravvenzionale ivi contemplata che stabiliva la pena dell'arresto da un mese a sei mesi e con l'ammenda da 200 a 2.000 euro nel caso in cui il cittadino dell'Unione o il suo familiare allontanato dal Prefetto per mancanza delle condizioni che, appunto, determinano il diritto di soggiorno dell'interessato ai sensi degli articoli 6, 7 e 13, fosse individuato sul territorio dello Stato oltre il termine fissato nel provvedimento di allontanamento adottato senza aver provveduto alla presentazione dell'attestazione di cui al comma 3. In luogo di tale previsione si stabilisce, infatti, ora, che "nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 (ovvero, appunto, "i cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari" per i quali siano venute a mancare le condizioni di soggiorno di cui agli artt. 6, 7 e 13) che non hanno ottemperato al provvedimento di allontanamento di cui al comma 2 e sono stati individuati sul territorio dello Stato oltre il termine fissato, senza aver provveduto alla presentazione dell'attestazione di cui al comma 3, il prefetto può adottare un provvedimento di allontanamento coattivo per motivi di ordine pubblico, ai sensi dell'articolo 20, immediatamente eseguito dal questore". Si introduce, dunque, un provvedimento, dalla inusuale denominazione di "allontanamento coattivo", caratterizzato, evidentemente, dall'accompagnamento alla frontiera, la cui differenza, rispetto al provvedimento di semplice allontanamento risiederebbe nella immediata sua esecuzione da parte del Questore. Viene dunque introdotta in tal modo, anche per i cittadini comunitari, per motivi di ordine pubblico, laddove gli stessi non dimostrino che nel frattempo sono tornati in patria, esibendo l'attestazione presentata presso il consolato italiano nel loro Paese, il sostanziale rimpatrio coattivo.

5.3.2. L'art.2. Mediante l'art.2 viene sostituito l'art. 183 *ter* disp. att. c.p.p.. Come si ricorderà, tale disposizione di attuazione venne introdotta a suo tempo dall'art.1, comma quarto, della l. n. 94 del 15 luglio 2009, in ragione della contestuale intervenuta abrogazione, ad opera della stessa l. n. 94, degli artt. 235, comma secondo, cod. pen. e 312, comma primo, secondo periodo, cod. pen. rispettivamente relativi, il primo, alle modalità di esecuzione dell'espulsione dello straniero e dell'allontanamento del cittadino comunitario condannati a pena restrittiva della libertà personale superiore a 2 anni, e il secondo alle modalità di esecuzione dell'analoga espulsione /allontanamento nei confronti degli stessi soggetti ove condannati a pena restrittiva della libertà personale per delitto contro la personalità dello Stato. Tali modalità venivano, infatti, individuate, tramite il richiamo agli artt.13, comma quarto, del d. lgs. n. 286 del 1998 e 20, comma undicesimo, del d. lgs. n. 30 del 2007, nell'esecuzione da parte del Questore mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. In luogo di tali due abrogate norme sostanziali, venivano quindi introdotti, sempre dalla l. n. 94, l'art. 183 *bis* disp. att. cod. proc. pen., dedicato all'esecuzione della misura di sicurezza dell'espulsione del cittadino non comunitario, e, appunto, l'art. 183 *ter* disp. att. cod. proc. pen., dedicato all'esecuzione della misura di sicurezza dell'allontanamento del cittadino dell'Unione; tale ultima norma, in particolare, unificando, per così dire, le due disposizioni rispettivamente collocate negli artt. 235 e 312 cod. pen., prevedeva, dunque, che

l'allontanamento del cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea fosse disposto in conformità ai criteri ed alle modalità fissati dall'articolo 20 del d.lgs. n.30 del 2007.

A seguito della modifica posta in essere dall'art.2, comma primo, del d.l. n. 89, nell'area di applicabilità della norma di attuazione, per il resto rimasta inalterata, è stato ora inserito, evidentemente al fine di non lasciare dubbi circa la valenza onnicomprensiva della norma, anche il familiare, del cittadino di uno Stato membro, di cui agli artt. 2, comma primo, lettera b), e 3, comma secondo, lettera a), del d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30; ne consegue che le modalità di esecuzione dell'allontanamento vengono dunque oggi a riguardare anche ogni persona che sia legata al cittadino dell'Unione da un vincolo familiare (ovvero : 1) il coniuge; 2) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante; 3) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b); 4) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b); 5) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, comma 1, lettera b), se e' a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente).

6. Gli interventi sull'art. 10-bis d. lgs. n. 286 del 1998.L'art.3 è volto, in attuazione, come già detto in principio, della direttiva 2008/115/CE, a modificare la disciplina del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 relativa ai cittadini extracomunitari. Risulta anzitutto modificato l'art. 5, comma sesto, nel senso che ora si prevede che il permesso di soggiorno per motivi umanitari sia rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione : non appare peraltro chiaro in cosa consista la portata innovativa della norma, dal momento che l'art. 5, comma 6, del D.lgs n. 286 nella formulazione precedente all'emanazione del d.l. n. 89, già prevede la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Maggiormente significativa è la modifica operata dall'art. 3, comma primo, lett. b) che parrebbe comportare, nella sostanza, una riduzione dell'area di applicabilità del reato, introdotto dall'art. 1, comma sedicesimo, lett. a), della L. n. 94 del 2009, di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato di cui all'art. 10 *bis*. L'originario comma secondo di tale disposizione prevedeva, come si ricorderà, che le disposizioni di cui al comma 1 (ovvero la sanzione dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro per chi fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del T.U. n. 286 del 1998 nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68) non si applicassero "allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1", ovvero al respingimento (cosiddetto "immediato") nei confronti degli stranieri che si presentassero ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal testo unico; restavano pertanto assoggettati all'applicabilità dell'illecito penale di cui all'art. 10 bis, gli stranieri colpiti dal respingimento del comma secondo (il respingimento cosiddetto "differito"), ovvero : 1) coloro che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, fossero fermati all'ingresso o subito dopo; 2) coloro che, nelle circostanze di cui al comma 1, fossero stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso. Il discrimine tra le ipotesi di cui al comma primo, esentate dalla assoggettabilità all'illecito, ed ipotesi del comma secondo, al contrario assoggettate, pareva fondato, in effetti, sulla diversa condotta riconducibile ad esse, non sfociata, nel primo comma, in alcun ingresso nel territorio nazionale, perché appunto bloccato dall'intervenuto respingimento, e giunta invece sino ad integrare l'ingresso nelle ipotesi del comma secondo.

Ora, in virtù, della modifica apportata dal d.l. al comma secondo, l'applicabilità dell'illecito di cui all'art. 10 bis viene esclusa anche nei confronti dello "straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale". In tal modo la condotta di colui che, dopo avere illegalmente soggiornato nel territorio nazionale, proceda ad uscire spontaneamente da esso, e, dunque, in definitiva, a realizzare l'intento sotteso alla *ratio* dell'incriminazione, parrebbe idonea a rappresentare motivo di inapplicabilità della sanzione relativamente ad un reato in verità già consumatosi e addirittura comprovato al momento del controllo dello straniero in uscita dal territorio. In definitiva, così facendo, il legislatore avrebbe preso atto dell'inutilità dello strumento sanzionatorio relativamente al comportamento di coloro che, sia pure successivamente ad un ingresso o soggiorno illegali, abbiano, uscendo spontaneamente dal territorio nazionale, realizzato comunque l'intento dello Stato, normalmente perseguito con lo strumento dell'allontanamento o dell'espulsione, di respingere, gli stranieri illegali da proprio territorio. Tutto ciò, del resto, in un'ottica di comprensibile riduzione dell'intervento sanzionatorio ai casi di reale ed effettiva necessità, nonché, plausibilmente, di coordinamento con l'art. 13, comma secondo ter, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo cui "l'espulsione amministrativa non è disposta, né eseguita coattivamente qualora il provvedimento sia stato già adottato, nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne".

Resta in ogni caso problematico l'inquadramento dogmatico dell'istituto di favore in tal modo creato (non da oggi, per vero, ma sin dal momento della creazione del novello art. 10 bis) incentrato, infatti, sulla inusuale "non applicabilità" delle disposizioni del comma primo, quasi riecheggiando, in tal modo, una analoga previsione di "non applicabilità" prevista da una assai dissimile disposizione quale quella dell'art. 217 *bis* legge fall. ("Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano..."), già qualificata dalla dottrina o come introduttiva di un limite esegetico delle fattispecie incriminatrici o come causa di non punibilità. Per vero, in relazione alla fattispecie introdotta specificamente dall'art. 3 comma primo del d.l., la natura di "post factum", sia pure, inusualmente, ad effetto scriminante, individuabile nella condotta di uscita dal territorio dello straniero già illegalmente soggiornante parrebbe dover far propendere più per la seconda che per la prima delle due alternative. In ogni caso, a prescindere dall'inquadramento giuridico della nuova ipotesi, parrebbe non controvertibile l'effetto di esenzione anche in relazione agli illeciti posti in essere antecedentemente all'entrata in vigore del decreto in ossequio ai principi di cui all'art. 2 cod. pen.

Redattori: Gastone Andreazza, Luca Pistorelli

Il vice direttore
(Domenico Carcano)