

ASGI

Seminario 13.9.2013

Firenze

La Direttiva europea n. 2008/115 sulle norme e procedure comuni sul rimpatrio di cittadini di paesi terzi in condizione irregolare e giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Questioni aperte riguardo alla normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimenti alla luce della direttiva europea “rimpatri”

Guido Savio

Le pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia U.E. che dal 2009 ad oggi sono intervenute sulla Direttiva rimpatri consentono di fare il punto sullo stato di attuazione della Direttiva stessa in Italia, anche in considerazione del fatto che entro il 24 dicembre prossimo la Commissione presenterà la prima relazione sulla sua applicazione negli Stati membri ai sensi dell'art. 20§1 , con particolare attenzione agli artt. 11 (divieto d'ingresso), 13 (mezzi di ricorso) e 15 (trattenimento).

Benché la Direttiva non riguardi gli aspetti penalistici dell'immigrazione irregolare, che restano nella competenza degli Stati membri, ma miri all'adozione di norme e procedure comuni da applicarsi al rimpatrio di cittadini di paesi terzi in condizione irregolare, nel rispetto dei diritti fondamentali, va osservato che la maggioranza delle decisioni della CGUE riguardano proprio la compatibilità con la Direttiva delle sanzioni penali previste dagli Stati membri solo in ragione del soggiorno irregolare.

In tal senso si annoverano:

1. la sentenza El Dridi del 28.4.2011 che, com'è noto, ha decretato il *de profundis* dei reati d'inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento (art. 14, co. 5 ter e quater T.U.I. nella versione anteriore alla L. 129/11) puniti con la reclusione e, per questo, contrastanti con l'effetto utile della Direttiva: l'allontanamento dello straniero irregolare;
2. la sentenza Achughbabian del 6.12.2011 relativa all'ostatività dell'irrogazione di una pena detentiva – nel corso di una procedura di allontanamento – prevista dal Codice francese dell'ingresso e del soggiorno < CESEDA> perché idonea a ritardare il rimpatrio;
3. la sentenza Sagor del 6.12.2012 relativa all'ostatività del reato d'ingresso e soggiorno illegale (art. 10 bis TUI) con la Direttiva nella parte in cui consente di reprimere il soggiorno irregolare con un obbligo di permanenza domiciliare, senza garantire che l'esecuzione di tale pena debba cessare dal momento in cui è possibile il trasferimento fisico dello straniero fuori dallo stato membro;
4. l'ordinanza Mbaye del 21.3.2013, sempre relativa all'art. 10 bis che ribadisce i principi della sentenza Sagor.

Si registrano invece, fuori dall'ambito penalistico:

5. la sentenza Kadzoev, del 30.9.2009, sul computo dei termini del trattenimento e sulla cessazione della prospettiva ragionevole di allontanamento;
6. la sentenza Arslan del 30.5.2013, in tema di inapplicabilità della Direttiva ai richiedenti protezione internazionale e sulle condizioni di ammissibilità del trattenimento in caso di domanda di protezione avanzata dopo l'instaurazione del trattenimento.

Questo il panorama giurisprudenziale che guida la nostra analisi.

Ovviamente, non è questa la sede per una compiuta disamina della giurisprudenza della Corte, peraltro ampiamente nota e commentata.

L'intento è di ricostruire sinteticamente l'interpretazione della Corte rispetto ad alcuni punti essenziali della Direttiva, segnalando le questioni aperte e i nodi problematici rispetto al diritto interno.

La gran parte delle decisioni della Corte riguardano la compatibilità con la Direttiva delle sanzioni penali, previste dagli Stati membri, connesse esclusivamente all'irregolarità del soggiorno.

A questo proposito occorre distinguere tre fasi:

1. la fase anteriore all'adozione della decisione di rimpatrio, cioè dell'emanazione del decreto espulsivo;
2. la fase concomitante con la pendenza della procedura di allontanamento;
3. la fase successiva alla procedura di allontanamento, una volta che questa non abbia condotto al raggiungimento dello scopo.

Analizziamo partitamente le differenti fasi, e soffermiamoci sulle possibili implicazioni sul diritto interno.

1. la possibilità di adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale di natura penale prima dell'adozione della decisione di rimpatrio.

La sentenza Achugbajian afferma il principio per cui poiché le norme della Direttiva riguardano solo l'adozione delle decisioni di rimpatrio e la loro esecuzione, la direttiva non osta ad una detenzione finalizzata ad appurare se il soggiorno di un cittadino di un paese terzo sia o meno irregolare (§29), infatti il considerando 17 fa salvo l'arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell'applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale.

Invero, la finalità della Direttiva – ossia l'efficace rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare – risulterebbe compromessa se gli Stati membri non potessero evitare, mediante la privazione della libertà come il fermo di polizia, che una persona sospettata di soggiornare illegalmente fugga ancor prima che la sua situazione possa essere chiarita (§30).

Sicché le condizioni dell'arresto iniziale di cittadini di Paesi terzi sospettati di soggiorno irregolare rimangono disciplinate dal diritto interno (§30).

Quindi la “zona grigia” di limitazione della libertà tra il momento del rintraccio e il momento di adozione dei provvedimenti ablativi, che ha determinato detenzioni arbitrarie come ad es. a Lampedusa, esula dall'ambito di applicazione della Direttiva ma è disciplinata rigorosamente dall'art. 13 Cost.: riserva di legge, riserva di giurisdizione, rigoroso rispetto dei termini di 48+48 ore e dalle norme del c.p.p. relative al fermo per identificazione.

I termini previsti dalla normativa interna sono consoni rispetto alle esigenze della Direttiva: afferma infatti la Corte che le autorità competenti devono disporre di un termine che, seppur breve, sia anche ragionevole per poter identificare la persona soggetta al controllo e per ricercare le informazioni che consentono di accertare se il soggiorno sia irregolare. Però le competenti autorità, onde evitare di compromettere l'obiettivo della direttiva – l'efficacia del rimpatrio – sono tenute ad agire con diligenza e a pronunciarsi senza indugio in merito alla regolarità o meno del soggiorno che, una volta constatato, comporta l'emanazione di una decisione di rimpatrio (§31).

Quindi, il fermo di polizia pre espulsivo è disciplinato dal diritto interno, ma non deve essere così lungo da intralciare o ritardare l'efficacia del rimpatrio, una volta accertata l'irregolarità del soggiorno.

In questo senso le prassi lampedusiane che hanno visto migranti trattenuti informalmente per settimane prima dell'adozione della decisione di rimpatrio violano la Direttiva rimpatri, oltre che le norme interne a garanzia della libertà personale.

Né vale dire che la Direttiva non si applica, in Italia, ai respingimenti: qualificare il provvedimento ablativo come respingimento differito invece che come espulsione e così eludere la violazione dell'effetto utile della direttiva, costituisce la classica truffa delle etichette.

2. la possibilità di adottare sanzioni penali in concomitanza della procedura di allontanamento e i limiti di applicazione dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva dell'ammenda e della permanenza domiciliare

Che succede delle sanzioni penali dopo che l'irregolarità del soggiorno è stata accertata e deve essere adottata la decisione di allontanamento ed eseguito il rimpatrio?

Qui siamo nell'ambito della piena applicazione della Direttiva che vincola gli Stati membri con precise disposizioni procedurali.

Pena detentiva

La sentenza El Dridi è stata chiara nell'affermare che la Direttiva osta ad una normativa di uno Stato membro che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.

La ratio della decisione è nota: la pena detentiva rischia, segnatamente in ragione delle sue condizioni di applicazione, di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio (§ 59).

Analoghe conclusioni le ritroviamo anche nella sentenza Achugbaban: la pena detentiva ritarda l'esecuzione dell'allontanamento e non contribuisce alla realizzazione del trasporto fisico dello straniero fuori dallo Stato membro (e dall'U.E.) (§ 39).

È quindi l'efficienza del sistema, più che la tutela dei diritti dei singoli, a orientare la giurisprudenza della CGUE, secondo una felice intuizione di Fabio Spitaleri nel suo articolo pubblicato sul n. 1/2013 della rivista Diritto, immigrazione e cittadinanza di cui ho tenuto conto nella preparazione di questa relazione.

Pena pecuniaria

Efficacia del sistema che non è, invece, intaccata dalle pene pecuniarie.

La sentenza Sagor riguarda la compatibilità con la Direttiva del reato di ingresso e soggiorno illegale (art. 10 bis, T.U.I.) che punisce lo straniero con una pena pecuniaria, convertibile con la permanenza domiciliare in caso di insolvenza, o sostituibile con l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva dell'ammenda.

Innanzitutto, la pendenza del procedimento penale per il reato in questione non è di ostacolo all'adozione ed esecuzione della decisione di rimpatrio, sia perché lo straniero non può essere detenuto (trattandosi di una contravvenzione), sia perché proprio il comma 5 dell'art. 10 bis T.U.I. prevede che in caso di esecuzione della concomitante espulsione amministrativa il giudice dichiara non luogo a procedere (§35).

La condanna alla pena dell'ammenda non ostacola la procedura di rimpatrio (§36), quindi non contrasta con la Direttiva.

Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva dell'ammenda

E nemmeno è di ostacolo la previsione di sostituzione dell'ammenda con la sanzione sostitutiva dell'espulsione secondo la sentenza (§37) perché il legislatore – all'art. 16 T.U.I. – ha ristretto tale facoltà alle situazioni in cui è possibile realizzare immediatamente il rimpatrio. Cioè mai, ma questo non interessa alla Corte che opera un sindacato meramente astratto e formale. Ignora la Corte che se l'espulsione fosse stata immediatamente eseguibile sarebbe già stata eseguita e il giudice di pace avrebbe dichiarato l'improcedibilità dell'azione, viceversa, se il giudice condanna è perché l'espulsione non è stata eseguita, né ci sono le condizioni per l'esecuzione immediata posto che l'imputato non può essere detenuto, se è trattenuto al CIE è perché l'espulsione non è immediatamente eseguibile e il più delle volte è contumace. Ma queste sono considerazioni note che attengono alla palese inutilità del reato d'ingresso e soggiorno illegale e non ineriscono direttamente con il tema della nostra indagine.

Permanenza domiciliare

Invece, la Direttiva potrebbe non consentire l'applicazione della permanenza domiciliare, i § 43 – 46 della sentenza Sagor spiegano il perché:

- non contribuisce alla realizzazione dell'allontanamento, cioè al trasporto fisico dell'interessato fuori dello Stato membro;
- quindi non è una misura coercitiva ai sensi dell'art. 8, §4 della Direttiva (ove si precisa che le misure coercitive – applicabili in ultima istanza – servono per allontanare lo straniero che oppone resistenza);
- è idonea a ritardare l'accompagnamento alla frontiera e il rimpatrio forzato;

però

- siffatto rischio di pregiudizio alla procedura di rimpatrio sussiste qualora la disciplina italiana applicabile non preveda che l'esecuzione dell'obbligo di permanenza domiciliare debba avere fine dal momento in cui sia possibile realizzare l'accompagnamento,
- quindi il giudice del rinvio deve esaminare se esista, nella normativa nazionale, una disposizione che faccia prevalere l'allontanamento sull'esecuzione dell'obbligo di permanenza domiciliare;
- in assenza di siffatta disposizione, occorrerebbe concludere che la Direttiva osta a che un meccanismo di sostituzione della pena pecuniaria con la permanenza domiciliare - del tipo previsto dagli artt. 53 e 55 D. Lgs. 274/2000, sia applicato ai cittadini di Paesi terzi in condizione di soggiorno irregolare.

Occorre dunque verificare quanto richiesto dalla Corte.

A mio avviso la risposta è negativa: la permanenza domiciliare (che è istituto differente dagli arresti domiciliari e dalla detenzione domiciliare) non osta all'esecuzione di un provvedimento di allontanamento durante l'esecuzione di tale misura.

Infatti:

- ai sensi dell'art. 55, D. Lgs. 274/2000 la permanenza domiciliare viene applicata al condannato alla pena pecuniaria per i reati di competenza del giudice di pace che sia insolvente (e non abbia chiesto la conversione della pena in lavoro sostitutivo, o l'abbia interrotto), in ragione di 25 € al giorno, è quindi la mera conversione della pena pecuniaria non pagata;
- ai sensi dell'art. 53 D.lgs. 274/2000 la pena della permanenza domiciliare comporta l'obbligo di rimanere presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, cura, assistenza o accoglienza nei giorni di sabato e domenica o, a richiesta del condannato in giorni diversi della settimana o continuativamente.

Il condannato non è considerato in stato di detenzione.

Tale ultima precisazione consente di escludere che la permanenza domiciliare, quale misura di conversione delle pene pecuniarie ineseguite per insolvibilità del condannato, possa essere equiparata alla detenzione e, pertanto, non è ostativa all'esecuzione di provvedimenti di allontanamento dello straniero.

D'altronde sono misure pensate – nel 2000 - per la competenza penale dei giudici di pace, quando il reato di ingresso e soggiorno illegale non era nemmeno lontanamente prospettabile, poi la legislazione emergenziale e xenofoba del 2009 ha partorito il reato di clandestinità, senza considerare che l'elevata probabilità dell'insolvenza del condannato avrebbe comportato – in via del tutto teorica –l'applicabilità dell'istituto in questione.

Infine, si consideri che nemmeno l'esecuzione delle misure di sicurezza personali sono di ostacolo all'espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 200 c.p., figurarsi la permanenza domiciliare nei fine settimana!

In conclusione, la Direttiva rimpatri osta a disposizioni degli Stati membri che prevedano la detenzione in carcere per la sola irregolarità del soggiorno, in pendenza di una procedura di allontanamento, perché ostacolano l'efficienza del sistema espulsivo, non osta né all'irrogazione di pene pecuniarie, né alla loro conversione in permanenza domiciliare.

I limiti all'applicazione della “pena d'espulsione” sostitutiva dell'ammenda

L'approccio efficientista della Corte, però evita di entrare nel merito delle modalità di attuazione della Direttiva nel diritto interno che sono totalmente deficitarie, fondamentalmente perché il diritto alla partenza volontaria – che è garantito dall'art. 7 della Direttiva – in Italia non trova attuazione pratica e nemmeno teorica. Sicché mentre per la Direttiva la partenza volontaria è la regola e il trattenimento l'eccezione, il diritto interno prevede l'esatto contrario.

Al § 40 della sentenza Sagor la Corte riconosce quanto osservato dalla Commissione europea, e cioè che una “pena d'espulsione” come quella prevista all'art. 16 T.U.I. (espulsione a titolo di sanzione sostitutiva dell'ammenda) è caratterizzata dall'assenza di qualsiasi possibilità di veder concessa la partenza volontaria, tuttavia al §41 osserva che l'art. 7§4 della Direttiva consente agli Stati membri di negare il termine per la partenza volontaria qualora sussista il rischio che l'interessato fugga per sottrarsi alla procedura di

rimpatrio, precisando che qualsiasi valutazione al riguardo deve fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato.

Questa precisazione ha consentito di ritenere da parte della migliore dottrina che il giudice di pace può disporre l'espulsione immediata a titolo di sanzione sostitutiva dell'ammenda, in caso di condanna per il reato di cui all'art. 10 bis T.U.I., soltanto dopo avere valutato che in quel caso specifico ricorrono le condizioni per cui, ai sensi dell'art. 7§4 della Direttiva, è consentito non concedere il termine per la partenza volontaria:

- rischio di fuga
- domanda di soggiorno respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta
- pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

Tale ricostruzione è confermata dall'ordinanza Mbaye del 21.3.2013 dove, richiamando la sentenza Sagor, la Corte al §32 precisa che la facoltà di sostituzione della pena dell'ammenda con l'espulsione può essere esercitata solo se la situazione dell'interessato corrisponde ad una di quelle previste all'art. 7§4 della Direttiva.

Quindi, la giurisprudenza della Corte di giustizia dice che la sanzione sostitutiva dell'espulsione non contrasta con la Direttiva – e segnatamente con il diritto al termine per la partenza volontaria – se il diritto interno obbliga il giudice a valutare, caso per caso, che l'interessato si trovi in una delle tre condizioni indicate all'art. 7§4, diversamente vi sarebbe violazione della Direttiva.

Tuttavia la sentenza Sagor e l'ordinanza Mbaye non offrono ampi spunti per una critica dell'impianto espulsivo italiano sotto il profilo della sua inadeguatezza rispetto alla concessione del termine per la partenza volontaria in generale. Infatti:

1. da un lato la Corte è vincolata al petitum, cioè alla conformità con la direttiva dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva dell'ammenda nell'ambito del reato d'ingresso e soggiorno illegale, mentre, ovviamente, non entra nel merito del sistema espulsivo italiano e delle espulsioni amministrative del prefetto (che sono la stragrande maggioranza);
2. comunque la Corte si limita a richiamare l'art. 7§4 della Direttiva, e non avrebbe potuto fare altrimenti, perché la Direttiva lascia gli Stati membri liberi di definire il perimetro del rischio di fuga;
3. il punto resta quello segnalato fin dal seminario di Verona del 2011 a proposito della Circolare Manganelli, successivamente ripreso nella legge 129/2011 che ha introdotto il comma 4 bis nell'art. 13 T.U.I. che definisce il rischio di fuga in termini talmente ampi da rendere di fatto impossibile la concessione del termine per la partenza volontaria, aggirando così la direttiva.

Allora il problema di fondo consiste nell'individuare gli strumenti più idonei per modificare l'attuale ambito della nozione di rischio di fuga, riconducendola ai criteri della Direttiva che consentono di negare il termine per la partenza volontaria solo nei casi in cui lo straniero ostacola volontariamente la procedura di rimpatrio e non anche nei casi in cui il passaporto è scaduto, difetta idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove poter essere agevolmente rintracciato, oppure sono state declinate false generalità anche in epoca remota.

E ancora, la Direttiva osta ad una legislazione di uno Stato membro che consenta di negare il termine per la partenza volontaria ove non richiesto dall'interessato ma, nel

contempo, non preveda espressamente di dare adeguata informazione sulle conseguenze della mancata richiesta.

È su questi punti che si deve concentrare l'individuazione di cause strategiche che come associazione dobbiamo intraprendere, al fine di fare emergere l'illegittimità della normativa nazionale rispetto a quella europea e di ricondurre il trattenimento nel ruolo residuale ed eccezionale che le è proprio.

3. la fase successiva alla procedura di allontanamento, se questa non ha raggiunto lo scopo

Che ne è dello straniero dopo che sono scaduti i termini massimi di trattenimento e non si è riusciti ad eseguire il suo allontanamento, inteso come trasporto fisico fuori dei confini dell'Unione?

Oppure quando il trattenimento cessa perché non vi è più alcuna ragionevole prospettiva di allontanamento per motivi giuridici o per altri motivi?

In questi casi l'obiettivo della Direttiva è divenuto irraggiungibile, e il migrante resta di fatto sul territorio dello Stato: a che titolo? È possibile applicare sanzioni penali?

La Direttiva nulla dice e non definisce lo status dello straniero in questi casi.

La sentenza El Dridi, al § 60 afferma che la Direttiva non esclude la facoltà per gli Stati membri di adottare disposizioni, conformi alla Direttiva, che disciplinino le situazioni in cui le misure non hanno consentito di realizzare l'allontanamento del cittadino di Paese terzo in condizioni di soggiorno irregolare;

- al §58 la stessa sentenza nega la possibilità di introdurre sanzioni detentive al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive, solo perché il cittadino di Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio dello Stato (come l'ordine del questore ex art. 14, co. 5 bis) e che il termine impartito è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale, perché gli Stati membri devono continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti (l'espulsione non perde i suoi effetti se la PA non è riuscita ad eseguirla). Quindi si potrebbe andare avanti all'infinito con ordini di allontanamento fino a che non si riesca ad eseguire l'espulsione. E così è nella legislazione italiana.

Diverso a me pare l'orientamento della sentenza Achugbaban:

-al § 46 la Corte, dopo avere affermato che non è consentito agli Stati membri di prevedere la pena della reclusione di cittadini di paesi terzi in situazione di soggiorno irregolare che devono essere allontanati e, al massimo, essere sottoposti al trattenimento, osserva che ciò non esclude la facoltà di adottare o mantenere disposizioni, anche di natura penale, che disciplinino, nel rispetto della Direttiva e del suo obiettivo, le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento;

- al § 48 si afferma che la Direttiva non osta all'irrogazione di sanzioni penali – ai sensi delle norme nazionali – a cittadini cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio prevista dalla Direttiva e che soggiornano in modo irregolare nel territorio dello Stato membro senza che esista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio.

L'esistenza di un giustificato motivo (che non vuol dire "motivo giusto") che preclude il rimpatrio si verifica certamente nei casi di mancata collaborazione dei Paesi terzi, oppure in tutte le ipotesi in cui – a prescindere dalla sussistenza delle condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale o dell'esistenza di cause d'inespellibilità – non sia possibile effettuare il rimpatrio. In tali casi, non essendo imputabile la permanenza in Italia allo straniero, occorre riconoscere un titolo di soggiorno per motivi umanitari, revocabile nel momento in cui siano cessate le condizioni di impossibilità di allontanamento, sempre che, nelle more, non siano intervenute altre condizioni legittimanti il soggiorno.

Diversamente, ove le cause preclusive al rimpatrio fossero esclusivamente riconducibili alla volontà dello straniero che si ostina a non declinare le proprie generalità o a declinarle falsamente (perché è in questo che si concretizza la mancata collaborazione dell'interessato), non avrebbe alcun senso prevedere sanzioni penali, dopo l'inutile decorso dei termini massimi di trattenimento perché:

1. l'efficacia deterrente sarebbe pressoché nulla
2. le condizioni di sovraffollamento carcerario sconsigliano tale prospettiva
3. il rifiuto di declinare le generalità, o il declinarle falsamente già costituisce reato, e sarebbe irragionevole e illegittimo sanzionare due volte la medesima condotta.

In tali situazioni gli Stati membri dovrebbero continuare a perseguire l'obiettivo dell'allontanamento, senza poter ricorrere al trattenimento se i termini massimi sono scaduti, né introdurre sanzioni penali ulteriori a quelle previste per il falso identitario.

4. conclusioni

Se la ricostruzione operata è corretta, consegue che:

1. la Direttiva non osta a che gli Stati membri prevedano limitazioni della libertà personale – fermo di polizia – al fine di accertare se uno straniero è in condizione di soggiorno irregolare, a condizione che il fermo pre-espulsivo sia finalizzato esclusivamente alla verifica della regolarità/irregolarità del soggiorno e non si protragga fino ad essere d'intralcio all'adozione della decisione di rimpatrio e all'esecuzione dell'allontanamento;
2. la Direttiva osta a che gli Stati membri prevedano sanzioni penali detentive – per la sola ragione dell'irregolarità del soggiorno dello straniero – perché la detenzione ostacola il raggiungimento dello scopo prioritario della Direttiva stessa: il rimpatrio;
3. la Direttiva non osta a che gli Stati membri prevedano sanzioni pecuniarie in ragione dell'irregolarità del soggiorno, perché queste non sono d'impaccio all'allontanamento celere;
4. la Direttiva non osta a che venga irrogata la "pena d'espulsione" immediata per lo straniero che soggiorna illegalmente (cioè l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva dell'ammenda), a condizione che lo straniero si trovi in una delle condizioni dettate dall'art. 7§4 per cui non è possibile concedere il termine per la partenza volontaria. Pertanto, il giudice potrà sostituire l'ammenda con l'espulsione immediata solo se, nel caso di specie, sussiste il rischio di fuga, se una domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente

infondata o fraudolenta, ovvero se l'interessato costituisce pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale;

5. la Direttiva non osta alla conversione dell'ammenda comminata per il reato d'ingresso e soggiorno irregolare in permanenza domiciliare se il diritto interno prevede che detta permanenza cessi all'atto dell'esecuzione dell'allontanamento, e, quindi, non ostacoli il raggiungimento dello scopo.

Il trattenimento dopo la presentazione della domanda di protezione internazionale alla luce della sentenza Arslan

La CGUE si è infine pronunciata recentemente – il 30.5.2013 – sui rapporti tra Direttiva rimpatri e domanda di protezione internazionale.

In sintesi con la sentenza Arslan, la Corte, è stata richiesta di pronunciarsi in via pregiudiziale:

- 1- sull'interpretazione dell'art. 1§2 della Direttiva che ne prevede l'applicazione solo ai cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, in combinato disposto con il considerando 9 della Direttiva stessa, secondo cui il soggiorno di un cittadino di un Paese terzo che abbia chiesto asilo in uno Stato membro non dovrebbe considerarsi irregolare nel territorio di tale Stato, finchè non sia entrata in vigore una decisione negativa o una decisione che pone fine al suo soggiorno quale richiedente asilo;
- 2- se è possibile prolungare il trattenimento quando la domanda di protezione internazionale è stata presentata nel corso del trattenimento stesso, cioè dopo l'inizio della procedura di allontanamento, quando l'irregolarità del soggiorno era già stata accertata e sussistevano le condizioni per negare il termine per la partenza volontaria di cui all'art. 7§4 della Direttiva stessa.

Queste le conclusioni della Corte:

- 1- la Direttiva non si applica al cittadino di un Paese terzo che ha presentato domanda di protezione internazionale, cioè durante il periodo che intercorre tra la presentazione di tale domanda e l'adozione della decisione dell'autorità di primo grado, o, eventualmente, fino all'esito del ricorso che sia stato proposto avverso tale decisione;
- 2- la Direttiva 2003/9/CE (direttiva accoglienza) e la Direttiva 2005/85 (direttiva procedure) non ostano a che il cittadino di Paese terzo che ha presentato domanda di protezione internazionale dopo che sia stato disposto il suo trattenimento ai sensi dell'art. 15 Direttiva rimpatri, continui ad essere trattenuto in base ad una norma di diritto nazionale, qualora appaia, in esito ad una valutazione individuale di tutte le circostanze pertinenti, che tale domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o compromettere l'esecuzione della decisione di rimpatrio, e che è oggettivamente necessario che il provvedimento di trattenimento sia mantenuto al fine di evitare che l'interessato si sottragga definitivamente al proprio rimpatrio.

La rilevanza di tale pronuncia sta nel negare ogni automatismo nella proroga del trattenimento ove la domanda di protezione sia stata avanzata dopo l'inizio del trattenimento stesso.

In tal senso l'art. 21, co. 1, lett. c) e co. 2, D.Lgs. 25/2008 deve essere interpretato alla luce della Sentenza Arslan: il trattenimento in caso di presentazione della domanda di protezione successiva alla sua adozione non può essere mantenuto né prorogato automaticamente ma solo ove risulti – a seguito di approfondita valutazione caso per caso – che la domanda di protezione sia stata avanzata pretestuosamente e strumentalmente al solo fine di ritardare l'esecuzione del rimpatrio e sia evidente che il trattenimento è l'unica misura oggettivamente necessaria ad evitare che lo straniero si sottragga al rimpatrio.