

Il Tribunale,

sulle richieste formulate dal PM e dalla difesa all'Udienza del 27.01.2011, nel procedimento a carico di XY nato in ... il ..., s.f.d.

ha emesso la seguente

## ORDINANZA

### **Il Fatto**

XY è stato arrestato e tratto a giudizio con rito direttissimo perché ritenuto responsabile della violazione di cui all'art. 14, comma 5quater del D. Lgs. 286/1998 (di seguito T.U.) che sanziona con la pena della reclusione da uno a cinque anni *lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5bis che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato*. L'espulsione, nel caso di specie, era stata originariamente disposta con decreto del prefetto di Verona dd. 24.07.2010 ed eseguita mediante l'ordine del Questore di Verona di allontanamento di pari data, a cui lo straniero non ottemperava. Veniva pertanto arrestato e tratto a giudizio direttissimo avanti al tribunale di Trento che applicava la pena di mesi 5 e giorni 10 di reclusione, con concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena, a seguito di rito patteggiato. Sottoposto ad una seconda procedura di espulsione, era reso destinatario di un secondo ordine di allontanamento, questa volta emesso da Questore di Trento il 22.11.2010. Poiché non ottemperava neppure a questo ordine e veniva sorpreso a Rovereto in data 07.01.2011, è stato nuovamente arrestato e tratto a giudizio direttissimo avanti a questo giudice.

Convalidato l'arresto, trattandosi di reato per il quale, ai sensi dell'art. 14 comma 5quinquies T.U. è previsto l'arresto obbligatorio, la difesa chiedeva termina a difesa ed avanzava istanza di rito abbreviato. Disposta la liberazione dell'imputato, attesa la mancata richiesta di misure cautelari, all'udienza del 27.01.2010, le parti concludevano come da verbale.

Poiché è indubbia la legittimità del decreto di espulsione e dei successivi ordini di allontanamento, essendo pienamente conformi alla normativa nazionale vigente al momento della loro emanazione, né risultano sussistere, nel caso di specie, giustificati motivi alla mancata ottemperanza degli ordini stessi, lo straniero dovrebbe essere condannato alla pena ritenuta di giustizia per violazione dell'art. 14 comma 5quater D.Lgs 286/98. Inoltre, la pena non potrebbe essere ulteriormente condizionalmente sospesa, perché proprio la commissione così ravvicinata di un ulteriore reato, esclude possa presumersi che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati (cfr. art. 164, comma 1 c.p.), mentre l'ulteriore condanna comporterebbe la revoca della sospensione condizionale della pena in precedenza concessa, a norma dell'art. 168, comma 1 nr. 1 c.p., con la conseguenza

che l'imputato finirebbe col scontare anche la pena di mesi 5 e giorni 10 di reclusione, inflitta con la predetta sentenza del tribunale di Trento.

### **La questione e le disposizioni di diritto dell'Unione pertinenti**

Questo giudice dubita della compatibilità della citata incriminazione con il disposto degli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE, non ancora attuata nell'ordinamento italiano nonostante la scadenza del termine, fissato nell'art. 20, del 24.12.2010, per l'adeguamento della normativa nazionale.

E' noto che gli artt. 15 e ss. della direttiva disciplinano casi, tempi e modi del *trattenimento* negli stato membri dell'UE, durante la procedura amministrativa di rimpatrio, del cittadino di paesi terzi che soggiorna irregolarmente nel territorio, specificando le garanzia minime a tutela della dignità della persona.

In particolare, l'art. 15 dispone che il trattenimento può essere attuato soltanto per preparare il rimpatrio o l'allontanamento, in particolare quando vi sia pericolo di fuga o il cittadino evita o ostacola la procedura di rimpatrio o allontanamento e sempre che non possano essere applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive. La durata deve essere *quanto più breve possibile e limitata al tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.*

La privazione della libertà personale, che potrà essere disposta dalle autorità amministrative o giudiziarie, deve essere in ogni caso riesaminata ad intervalli di tempo ragionevoli e, in caso di prolungamento, sottoposta a controllo dell'autorità giudiziaria. Il termine massimo è di sei mesi, prolungabile fino a diciotto, *se nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare di più a causa della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi.* Il trattenimento è *riesaminato ad intervalli ragionevoli* su richiesta dell'interessato o d'ufficio e si protrae comunque solo per il tempo necessario ad assicurare l'esecuzione dell'allontanamento, tanto che è immediatamente interrotto quando *non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di orine giuridico o per altri motivi.*

L'art. 16 della direttiva citata stabilisce che il trattenimento deve avvenire di norma presso centri di permanenza temporanea e, qualora ciò non sia possibile, e si renda necessaria la sistemazione in un istituto penitenziario, *i cittadini di paesi terzi trattenuti sono separati dai detenuti ordinari.*

La direttiva si applica indistintamente *ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio dello Stato membro è irregolare*, mentre gli stati membri possono disapplicarne le disposizioni nei casi di cittadini sottoposti a respingimento alla frontiera (codice frontiere Schengen) ovvero fermati o

sorpresi dalle Autorità competenti in occasione del passaggio irregolare della frontiera esterna e che non hanno ottenuto in seguito un titolo che legittimi la permanenza; parimenti, la direttiva può non essere applicata nei confronti dei cittadini sottoposti a rimpatrio come sanzione penale, sulla base della legge nazionale, ovvero sottoposti a procedure di estradizione.

Certamente le disposizioni della direttiva non si applicano ai beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione, definiti dal codice frontiere Schengen

La direttiva, tuttavia, non chiarisce se gli stati membri possano prevedere, in forza di un titolo autonomo (quale una disposizione penale) una forma diversa di limitazione della libertà personale durante la procedura di rimpatrio, che abbia caratteristiche e garanzie difformi rispetto al trattenimento: posto che durante la procedura amministrativa di rimpatrio o allontanamento, il cittadino di paese terzo potrà essere trattenuto solo a precise condizioni e con determinate e insuperabili garanzie - stabilite, peraltro, le conseguenze di una condotta ostruzionistica - nulla risulta precisato in ordine alla possibilità, per gli stati membri, di fare discendere dal comportamento non collaborativo la configurabilità di uno specifico reato che preveda l'arresto e l'applicabilità di una misura cautelare.

L'elemento di dubbio consegue alla constatazione che la normativa penale che punisce le condotte dello straniero che non ottempera all'ordine di allontanamento, pur muovendosi su un terreno diverso dalla procedura amministrativa di rimpatrio, trova in essa la sua ragione di essere e ad essa è funzionale, attraverso l'effetto deterrente della minaccia della pena e quello contenitivo della detenzione in carcere.

In particolare, ad avviso di questo giudice, poiché il comportamento non cooperante, secondo la direttiva, legittima, per ciò che concerne le limitazioni della libertà personale, solo un prolungamento del trattenimento - già concepito come extrema ratio nell'ambito della procedura amministrativa - vi è da chiedersi se la direttiva stessa consenta alla legislazione nazionale di prevedere l'applicazione di una misura coercitiva che non abbia le caratteristiche del trattenimento, in virtù di un titolo che formalmente è diverso da questo, ma, nella sostanza, è finalizzato e funzionale al buon esito della procedura di espulsione.

### **La disciplina nazionale e le sue applicazioni**

Tale è la situazione che si verifica nel territorio italiano sulla base delle ipotesi di reato indicate in premessa.

Il rimpatrio di cittadini terzi in base alla normativa italiana è regolato dai seguenti principi fondamentali.

- a norma dell'art. 13 comma 4 D. Lgs 286/98 l'espulsione è *sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera e mezzo della forza pubblica* salvo il caso, non ricorrente nella specie e ritenuto dalla legge meno grave, in cui *lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno sia scaduto di validità da più di 60 giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo* (cfr. comma 5 dell'art. 13 citato), per il quale è invece previsto che nel provvedimento di espulsione sia contenuta l'intimazione a lasciare il territorio nazionale nel termine di 15 giorni (la cui violazione non integra alcun reato ma determina l'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con immediato accompagnamento alla frontiera).

Si deve pertanto concludere che secondo la normativa italiana il rimpatrio forzato costituisca la regola e quello volontario l'eccezione, limitata al caso particolare sopra indicato.

- l'art. 14, commi 1 e 5bis T.U., tuttavia completano la disciplina. Il comma 1 dispone che *quando non è possibile eseguire nell'immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione dei documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità del vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino; il comma 2bis che quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni.*

La concreta esecuzione del rimpatrio forzato può avvenire pertanto in tre diversi modi: a) con **l'accompagnamento coattivo** alla frontiera; b) quando questo non sia possibile per i motivi sopra indicati, con il **trattenimento** presso un centro di identificazione ed espulsione; c) quanto neppure questo non sia possibile per qualsiasi motivo (ad esempio, mancanza di posti disponibili) ovvero al termine del trattenimento (anche alla scadenza del termine massimo di mesi 6) con **ordine del questore** di lasciare il territorio nazionale nel termine di giorni 5.

- l'art. 14 comma 5ter D. Lgs 286/98 sanziona la violazione dell'ordine di allontanamento con la pena della reclusione da un minimo di un anno ad un massimo di quattro anni in quanto punisce *lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'Ordine impartito dal questore i sensi del comma 5bis...In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis. Qualora non sia*

*possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.*

Dunque, a seguito della condanna, lo stesso comma 5ter precisa che deve essere emesso un ulteriore provvedimento di rimpatrio forzato che, a sua volta, potrà essere eseguito con accompagnamento coattivo alla frontiera, un nuovo periodo di trattenimento presso il centro di identificazione ed espulsione, ovvero un nuovo ordine del questore di lasciare il territorio nazionale nel termine di giorni 5.

- A sua volta, il successivo comma 5quater sanziona lo straniero che viola anche questo secondo ordine del questore, continuando a permanere nel territorio dello Stato con la pena della reclusione da uno a cinque anni (*lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5bis che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato e si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo*).

Come si è premesso è proprio quest'ultimo caso che viene in rilievo nel presente processo.

- Il comma 5-quinquies dispone che per i reati previsti ai commi 5-ter, primo periodo, e 5-quater *si procede con rito direttissimo ed è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto*.

La disposizione letterale del comma 5quater, peraltro, evidenzia che la norma possa essere applicata per ogni ulteriore ordine di allontanamento fino all'effettiva uscita spontanea o coattiva dal territorio italiano.

Dal combinato disposto delle disposizioni richiamate emerge un sistema in base al quale il cittadino di paese terzo sottoposto alla procedura di espulsione, può essere sottoposto a trattenimento, arresto, custodia cautelare ed infine detenzione, limitazioni della libertà individuale ciclicamente ripetibili dopo ogni ordine di espulsione non eseguito, sia perché lo straniero non collabora, sia perché non è materialmente eseguibile l'allontanamento, anche per motivi non imputabili al cittadino terzo.

In sostanza, la sequenza sopra indicata può continuare senza soluzioni di continuità, con una serie indefinita di ordini del questore e di condanne alla reclusione da 1 a 5 anni, dando luogo al ben noto fenomeno delle c.d. condanne a catena, che colpiscono lo straniero sino a quando non si allontani effettivamente dal territorio nazionale, con la conseguenza che in concreto lo straniero non collaborante alla procedura di espulsione può subire restrizioni alla libertà personale per periodi di tempo consistenti, ben superiori al limite dei 18 mesi

### **Motivi del rinvio pregiudiziale**

La procedura sopra descritta contrasta nel suo complesso con la direttiva rimpatri, anzitutto perché configura come normale e non limitata a casi particolare l'esecuzione forzata, mentre l'art. 7 della direttiva stabilisce che la decisione di rimpatrio fissa un termine congruo, compreso tra 7 a 30 giorni, per la partenza volontaria, salvi solo i casi del rischio di fuga, della precedente domanda di soggiorno respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta, di pericolo per l'ordine pubblico ovvero di mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo fissato per la partenza volontaria (cfr. art. 7, § 4 e art. 8, § 1). Inoltre, nella procedura di esecuzione dell'espulsione forzata si fa ampio e generale ricorso delle misure coercitive più invasive, quali l'accompagnamento coattivo alla frontiera o il trattenimento, senza alcuna verifica se *nel caso concreto possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive*", come invece imposto dalla direttiva (cfr. art. 15, § 1).

Affrontando più in dettaglio le norme del diritto nazionale che questo giudice è chiamato ad applicare nel presente procedimento, evidente, è nell'ordinamento italiano la commistione tra la procedura amministrativa e le sanzioni penali, commistione che appare del tutto assente nella direttiva, formalmente riferita alla sola procedura amministrativa di rimpatrio, tanto da consentire l'esclusione ai rimpatri disposti *come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale* (cfr. art. 2, § 2 lett. b).

Il sistema nazionale, nel prevedere sanzioni penali e misure coercitive per l'inosservanza dell'ordine di allontanamento emesso in via amministrativa, che secondo il sistema della direttiva deve essere qualificato ai sensi dell'art. 8, §3, è tale per cui:

- a) la **durata** della limitazione della libertà personale conseguente alla mancata attuazione dell'espulsione, in concreto, potrebbe superare di gran lunga i diciotto mesi ed è del tutto svincolata dai tempi necessari per l'espletamento delle procedure di rimpatrio;
- b) la misura restrittiva **non è riesaminata ad intervalli regolari**, né potrebbe essere revocata perché l'allontanamento non è attuabile ovvero non appare più necessaria in vista dell'esecuzione del rimpatrio, non configurandosi pertanto come misura strettamente funzionale a preparare e/o effettuare l'allontanamento;
- c) se decorrono infruttuosamente cinque giorni dalla notifica dell'ordine di allontanamento del Questore, è previsto l'**arresto obbligatorio** in flagranza del cittadino di paese terzo ed il rito direttissimo che condurrà alla condanna alla pena detentiva, a prescindere da qualunque valutazione in ordine alla possibilità di applicare una misura meno coercitiva;
- d) la detenzione, essendo strutturata come una **pena** per la mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento, non implica valutazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti che legittimano il

trattenimento (in sostanza non sono richiesti l'inefficacia di misure meno coercitive, il pericolo di fuga o la condotta di elusione o ostacolo al rimpatrio);

e) l'esecuzione della misura cautelare o della pena detentiva si svolge in **istituto penitenziario**, senza alcuna separazione rispetto agli altri detenuti.

Considerando la finalità fondamentale della direttiva, consistente nel bilanciare le opposte esigenze di garantire, da un lato, l'efficacia della procedura di espulsione e, dall'altro, la tutela dei diritti fondamentali dello straniero, espressamente qualificati come *principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale (cfr. art. 1), attraverso la predisposizione di un sistema di garanzie minime comuni, fondato sul principio di proporzionalità delle misure coercitive, derogabili solo in senso più favorevole allo straniero (cfr., considerando nr. 11 e 13 e art. 4)*, ad avviso di questo giudice, le disposizioni penali nazionali sopra indicate, pur avendo natura formalmente penale, inserendosi nella fase esecutiva dell'espulsione forzata e rispondendo alla *ratio* di incentivare, mediante la minaccia della pena, la collaborazione alla procedura dello straniero, finiscono col determinare limitazioni alla libertà personale diverse e non conformi alle garanzie minime dettate dalla direttiva in questa materia.

D'altra parte non sembra che l'uso della restrizione alla libertà personale sia nella specie rispettoso dei principi di proporzionalità e di efficacia, per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti (cfr. considerando 13 della direttiva). Infatti, se è vero che la minaccia della sanzione penale nel caso di inottemperanza all'ordine di allontanamento mira a sollecitare la collaborazione dello straniero e, pertanto, agevolare l'effettivo allontanamento, non può sfuggire che l'esecuzione della misura restrittiva come pena e non come trattenimento, finisce col costituire persino un ostacolo all'effettivo allontanamento, perché la pena non può essere in alcun modo interrotta o sospesa quando dovesse risultare possibile l'esecuzione dell'espulsione né tanto meno quando dovesse risultare non più esistente alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento. Ciò è tanto vero che questa pena non può essere neppure sostituita con la sanzione sostitutiva dell'espulsione disposta dal giudice (come tale riconducibile all'art. 2, § 2 lett. b della direttiva), a norma dell'art. 16 T.U., per l'espresso divieto contenuto nel comma 3 del cit. art.

Alla luce dei principi di leale collaborazione e di effetto utile delle direttive comunitarie, pertanto, una simile disciplina non può non destare fondati dubbi di compatibilità coi principi generali posti dal diritto comunitario in questa materia.

Poiché, tuttavia, la direttiva configura espressamente le garanzie a tutela dei diritti fondamentali degli stranieri con specifico riferimento alla misura coercitiva del trattenimento e non possono sussistere dubbi sulla differenza formale tra trattenimento e pena, appare necessario un intervento interpretativo di codesta Corte che chiarisca se le garanzie che connotano il *trattenimento*, possano

essere estese in via interpretativa anche alle sanzioni penali che trovino la loro esclusiva giustificazione nella mancata esecuzione del rimpatrio ovvero nella mancata collaborazione dello straniero alla procedura.

Qualora venisse chiarito che tempi, modalità e garanzie stabiliti dalla direttiva sono riferibili a qualunque ipotesi di privazione della libertà personale attuata nell'ambito della procedura di rimpatrio, ne discenderebbe un obbligo per il giudicante di non applicare la normativa richiamata in considerazione del primato del diritto comunitario.

Tutto ciò premesso, il giudice

### SOSPENDE

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

### RINVIA

Gli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, formulando la seguente questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione:

Se alla luce dei principi di leale collaborazione e di effetto utile delle direttive, gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE vadano interpretati nel senso che è precluso allo Stato membro di prevedere che la mancata collaborazione alla procedura amministrativa di rimpatrio di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare comporti la sottoposizione a misure privative della libertà personale, sulla base di titoli diversi dal trattenimento e qualificati ai sensi della legge nazionale, in assenza dei presupposti e delle garanzie di cui ai citati artt. 15 e 16, sul presupposto dell'inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dalla competente autorità amministrativa a norma dell'art. 8, § 3 della direttiva.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti conseguenti.

Rovereto, 27 gennaio 2011

Il giudice