

TRIBUNALE DI ROVIGO
Sezione distaccata di Adria

il tribunale ha emesso la seguente

ORDINANZA

1. L'accusa e il processo

L'imputato *****, di nazionalità bengalese e, quindi, cittadino di Paese terzo soggetto agli obblighi di cui al T.U. D. Lgs. n. 286/1998, era tratto a giudizio per rispondere del reato di cui all'art. 6 comma 3 T.U. D.L.vo n. 286/1998 (che veniva altrimenti definito) e, in quanto connesso, del reato di cui all'imputazione, ossia di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, per fatto accertato in Rosolina Mare il 13.8.2009.

All'odierna udienza venivano prodotti dal pubblico ministero gli atti di polizia giudiziaria assunti al momento del fatto e i documenti relativi all'identificazione dell'imputato. Il giudice quindi riteneva sufficiente l'attività istruttoria, revocava l'ammissione dei testi e invitava le parti a concludere. Riassumendo brevemente gli apporti probatori, risulta prodotto in atti un "verbale di identificazione di cittadino straniero" del 13.8.2009; la polizia giudiziaria nulla ha acquisito o conosciuto sulla vicende dell'imputato precedenti l'identificazione.

Dopo la discussione le parti concludevano come in atti.

2. Il reato di ingresso irregolare

Innanzitutto va disposta assoluzione per il reato di ingresso irregolare.

In primo luogo, non vi è prova alcuna che l'imputato abbia fatto ingresso in Italia sottraendosi ai controlli di frontiera: dal certificato Afis non risulta ad esempio l'identificazione alle frontiere esterne, quali Lampedusa. Deve dedursi processualmente perciò che l'imputato abbia fatto ingresso regolare, come l'80% degli stranieri irregolari, rimanendo poi nel territorio dello Stato alla scadenza del titolo di soggiorno. In secondo luogo, non vi è prova alcuna che l'eventuale ingresso irregolare sia avvenuto dopo l'entrata in vigore della legge n. 94/2009 che ha introdotto il reato.

Egli pertanto va assolto per questa parte dell'imputazione perché il fatto non sussiste.

3. Il reato di soggiorno o irregolare

Vi è prova invece del soggiorno irregolare, dato che l'imputato è stato trovato nel territorio dello Stato senza esibire alcun permesso di soggiorno e non è risultato averne mai ricevuto uno.

Tale reato è di competenza del giudice di pace, ma essendo connesso ad altro più grave di competenza del giudice monocratico, ai sensi dell'art. 6 D. Lgs. n. 274/2000 va deciso da questo giudice.

Accertata la responsabilità penale, il giudicante dovrebbe quindi condannare l'imputato applicando le sanzioni previste per il giudice di pace (art. 63 D. Lgs. n. 274/2000).

4. L'art. 10-bis T.U. D-Lgs. n. 286/98 e la direttiva 2008/115/CE

Occorre preliminarmente verificare, tuttavia, se l'art.10-bis del T.U. D. Lgs. n. 286/1998 sia in contrasto con la Direttiva 2008/115/CE, che stabilisce norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 1).

Va ricordato che gli Stati non possono introdurre misure più restrittive, dato che l'art. 4, n. 3, "lascia impregiudicata (solo) la facoltà degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alle persone cui si applica, purché compatibili con le norme in essa stabilite".

Va ricordato anche che l'art. 4, par. 3, del TUE sancisce l'obbligo per l'Unione e gli Stati membri

di assistersi “reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati”.

L’Italia, al contrario ha dapprima lasciato scadere il termine previsto nella direttiva senza emanare alcun provvedimento di attuazione; successivamente ha emanato il [D.L. 23 giugno 2011, n. 89](#) recante “Disposizioni urgenti per ... il recepimento della Direttiva 2008/115/CE”

Come noto in caso di conflitto, di contraddizione o di incompatibilità tra norme di diritto dell’Unione Europea e norme nazionali, le prime prevalgono sulle seconde (principio consolidato, la prima pronuncia in tal senso risale addirittura al 15 luglio 64, nella causa 6/64, Costa c. Enel). Per quanto attiene ai doveri dei giudici in simili situazioni la Corte di Giustizia ha affermato nella sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, che il giudice nazionale è incaricato di applicare, nell’ambito delle proprie competenze, il diritto comunitario.

“Il Giudice ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contraria della legislazione nazionale, anche posteriore, senza dover attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.”.

Pertanto, al Giudice spetta valutare se vi sia un contrasto tra la norma nazionale in vigore e la direttiva. Nel caso che si rilevi l’esistenza di un contrasto il giudice dovrà valutare se esso sia superabile in via interpretativa alla luce del principio dell’interpretazione conforme della norma nazionale alla direttiva. Nel caso in cui il contrasto non sia così superabile, il giudice dovrà disapplicare le norme interne in contrasto con le disposizioni della direttiva produttive di effetti diretti. In mancanza il giudice dovrà rivolgersi alla Corte Costituzionale affinché accerti il contrasto e, quindi, la violazione degli articoli 11 e 117, primo co., della Cost. Nell’interpretazione della direttiva il giudice nazionale può sempre ricorrere alla Corte di Giustizia, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale di interpretazione di cui all’art 267 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

5. La normativa nazionale

L’art. 10-bis, comma 1, del T.U. D. Lgs. n. 286/1998 prevede, per la parte che interessa qui, che “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico ... è punito con l’ammenda da 5.000 a 10.000 euro.”

Il d.l. 23 giugno 2011, n. 89 di attuazione della direttiva 2008/115/CE ha modificato l’art. 10-bis, ma al comma 2, non rilevante ai fini dell’attuale decisione.

L’art. 62-bis D.Lgs. 274/2000 stabilisce che “Nei casi previsti dalla legge, il giudice di pace applica la misura sostitutiva di cui all’art. 16 T.U. D. Lgs. n. 286/1998”.

L’art. 16 T.U. D. Lgs. n. 286/1998, prevede che “il giudice ... nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all’art. 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell’articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l’esecuzione immediata dell’espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica può sostituire la medesima pena con la misura dell’espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni.”

L’articolo 14 comma 1 T.U. D. Lgs. n. 286/1998 prevede che “Quando non è possibile eseguire con immediatezza l’espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino...”

L’art. 55 D. Lgs. n. 274/2000 prevede: al comma 1, che “la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato si converte, a richiesta del condannato, in lavoro sostitutivo da svolgere per un periodo non inferiore a un mese e non superiore a sei mesi”; al comma 2 che “se il condannato non richiede di svolgere il lavoro sostitutivo, le pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità si convertono nell’obbligo di permanenza domiciliare...; al comma 6 che “ai fini della conversione un giorno di permanenza domiciliare equivale a € 25,82 di pena pecuniaria e la durata

della permanenza non può essere superiore a 45 giorni”.

6. La normativa europea

La direttiva 2008/115/CE prevede:

Articolo 2 Ambito di applicazione

“2. Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi...b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione.”

[...]

Articolo 6 Decisione di rimpatrio

“1. Gli Stati membri adottano una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi da 2 a 5.”

[...]

Articolo 7 Partenza volontaria

“1. La decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi 2 e 4. Gli Stati membri possono prevedere nella legislazione nazionale che tale periodo sia concesso unicamente su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato. In tal caso, gli Stati membri informano i cittadini di paesi terzi interessati della possibilità di inoltrare tale richiesta.”

Art. 15 Trattenimento

«1. Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando:

a) sussiste un rischio di fuga o

b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.”

Art. 16 Condizioni di trattenimento:

«1 . Il trattenimento avviene di norma in appositi centri di permanenza temporanea. Qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari».

7. CONTENUTO DELLA SENTENZA "***"**

Con sentenza del 28 aprile 2011 nella causa C-61/11, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte d'appello di Trento, nel procedimento penale a carico di ***** , la Corte di Giustizia ha dichiarato che:

“La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, 2008/115/CE... deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, 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.”.

Nella motivazione la Corte, dopo aver ricordato che qualora uno Stato membro si astenga dal recepire una direttiva entro i termini o non l'abbia recepita correttamente, i singoli sono legittimati a invocare contro detto Stato membro le disposizioni di tale direttiva che appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise e avere ritenuto che ciò valga “anche per gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115, i quali, come si evince dal punto 40 della presente sentenza, sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto” (punti 47-48), ha affrontato il tema della competenza in materia penale degli Stati membri:

“...sebbene né l'art. 63, primo comma, punto 3, lett. b), CE – disposizione che è stata ripresa dall'art. 79, n. 2, lett. c), TFUE – né la direttiva 2008/115, adottata in particolare sul fondamento di detta disposizione del Trattato CE, escludano la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione.

In particolare, detti Stati non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile.

Infatti, ai sensi rispettivamente del secondo e del terzo comma dell'art. 4, n. 3, TUE, gli Stati membri, in particolare, «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» e «si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», compresi quelli perseguiti dalle direttive” (punti 54-56).

8. Art 10-bis, comma 1, e sanzione pecuniaria

Va premesso che l'accertamento dell'ingresso e della permanenza irregolare va fatto dal giudice penale prima che intervenga un provvedimento dell'autorità amministrativa: infatti l'art. 10-bis, comma 1, ha come presupposto semplicemente l'ingresso ovvero il trattenimento nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del T.U. D. Lgs. n. 286/1998, prima che intervenga un decreto di espulsione del Prefetto ex art. 13 del T.U. D. Lgs. n. 286/1998, equiparabile alla “decisione di rimpatrio” ex art. 6 della direttiva 2008/115/CE.

In primo luogo, il giudice che accerta la permanenza irregolare deve accertare se “non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica”.

Qualora il giudice accerti che ricorrono le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, deve irrogare la pena pecuniaria dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

Occorre quindi preliminarmente valutare se tale sanzione sia compatibile con la normativa europea, nell'ipotesi in cui lo straniero non sia solvibile e non richieda la conversione in lavoro sostitutivo. Va detto chiaramente che si tratta dell'ipotesi ordinaria, in quanto molto difficilmente lo straniero irregolare ha una disponibilità economica di 5 o 10.000 euro; l'art. 54 D. Lgs. 274/2000 prevede che il giudice possa accordare la conversione della multa in lavoro sostitutivo ma solo a condizione che il lavoro sia svolto “nell'ambito della provincia in cui risiede il condannato”, il che non è mai possibile perché lo straniero irregolare per definizione non è residente nel territorio italiano; in ogni caso la conversione in lavoro sostitutivo è su domanda, che lo straniero non può fare quando non è presente.

E' questo il caso in cui si trova questo giudice, dato che ricorrono le cause ostative di cui all'art. 14, comma 1, come si evince dal fatto che lo straniero non è stato espulso in via amministrativa; l'imputato è contumace e non può formulare la domanda di lavoro sostitutivo, per cui questo giudice è obbligato a irrogare la pena pecuniaria.

L'art. 55 del D. Lgs. n. 274/2000 prevede come si è detto che le pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità si convertono nell'obbligo di permanenza domiciliare...; al comma 6 che "ai fini della conversione un giorno di permanenza domiciliare equivale a € 25,82 di pena pecuniaria e la durata della permanenza non può essere superiore a 45 giorni".

Nel caso in esame, anche irrogando la pena minima si avrebbero circa 200 giorni di permanenza domiciliare, per cui si applicherebbe sempre il massimo previsto di 45 giorni.

In conclusione: la legge italiana prevede di fatto come conseguenza penale nel caso di semplice permanenza irregolare una privazione della libertà personale dello straniero di 45 giorni, senza alcuna valutazione del caso concreto, senza collegare tale privazione alla concreta possibilità di preparare o effettuare l'allontanamento, senza alcun criterio di raccordo con la normativa sull'espulsione disposta dalla direttiva, che impone di procedere all'allontanamento dello straniero in posizione irregolare.

Tale risultato pare al giudice in palese contrasto in generale con le finalità e gli scopi della direttiva e in particolare con gli artt. 7, 15 e 16 della direttiva, che prevedono precisi limiti alla privazione della libertà personale dello straniero irregolare, che può avvenire solo alle condizioni previste dalla normativa europea senza possibilità per la norma nazionale di introdurre una deroga peggiorativa.

Secondo la direttiva, come interpretata dalla Corte nella sentenza ***** , infatti, il trattenimento dello straniero irregolare deve essere finalizzato esclusivamente al rimpatrio, deve avere una durata quanto più breve possibile e cessare quando non vi siano più prospettive ragionevoli di allontanamento. Quindi pur non escludendo a priori una sanzione penale nei confronti dello straniero che ha violato la norma sugli ingressi e sulla permanenza, la finalità dell'allontanamento dello straniero irregolarmente soggiornante prevale su quella della punizione. La Corte afferma chiaramente che le sanzioni eventualmente disposte dagli Stati devono tendere a dissuadere lo straniero dal rimanere in condizione irregolare e, quindi, devono esse stesse concorrere all'allontanamento (sentenza ***** , punti 52 e 58) pena l'incompatibilità con la direttiva (punto 59).

9. Art 10-bis, sanzione sostitutiva dell'espulsione e art 2, par.2, della direttiva 2008/115/CE.

Sempre in applicazione dell'art. 16 T.U. D. Lgs. n. 286/1998, nel caso (opposto a quello sopra descritto) in cui non ricorrano le cause ostative all'allontanamento immediato di cui all'art. 14, comma 1, il giudice "può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni".

Nella sentenza ***** la Corte di giustizia ammette espressamente la possibilità che lo Stato introduca sanzioni anche di tipo penale per indurre lo straniero ad allontanarsi, escludendo solo che si possa irrogare una pena detentiva nei confronti di uno straniero solo perché non regolarmente soggiornante. L'art. 10-bis, appare dunque prima facie non travolto dalla sentenza in questione, dato che prevede una mera sanzione pecuniaria (l'ammenda da cinquemila a diecimila euro), sostituibile con l'espulsione. Tale meccanismo non è modificato dal decreto-legge n. 189/2011 di attuazione della direttiva 2008/115/CE.

Occorre quindi valutare se la sanzione sostitutiva dell'espulsione sia compatibile con la normativa europea.

Secondo un primo profilo, ad avviso di questo giudice la previsione della sanzione sostitutiva dell'espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera si pone in diretta contraddizione con le garanzie delineate nella direttiva rimpatri all'art. 7, par.1, che deve ritenersi senza apprezzabili dubbi, di effetto diretto secondo i criteri formulati dalla Corte di Giustizia. In tal senso si è già espressa la giurisprudenza italiana (giudice di pace di Alessandria, 6.5.2011) e di altri paesi dell'Unione.

In particolare il Conseil d'État Français (seconda e settima sottosezione riunite)- Decisione N°

345978 del 21 marzo 2011, ha affermato che l'art. 7, par.1, primo periodo, della direttiva 2008/115/CE è norma dotata di effetto diretto, contenendo obbligazioni gravanti sugli Stati membri espresse in termini non equivoci, non soggette ad alcuna condizione e non subordinate - quanto all'effettività - da alcun atto di ulteriore attuazione da parte delle istituzioni europee o degli Stati membri. Ne consegue che una decisione di rimpatrio deve indicare un termine - appropriato a ciascuna situazione - del quale può disporre il cittadino di Paese terzo per fare ritorno al proprio Paese; termine che non può essere inferiore a sette giorni (fatta eccezione per i casi di cui all'art. 7, par. 4, della direttiva) e non superiore a trenta giorni, a meno che le circostanze specifiche del caso non rendano necessario un prolungamento di tale termine.

In sostanza, l'espulsione immediata disposta con il combinato disposto degli artt. 10-bis e 16 è un tentativo (illegittimo) dello Stato membro di valersi della clausola dell'art. 2 della direttiva 2008/115/CE, per negare sempre al cittadino di paese terzo le garanzie, quali la concessione di un termine, previste in caso di partenza volontaria. Conseguentemente, l'art. 10-bis è in contrasto con l'art. 7, par. 1, della direttiva nella parte in cui prevede la sanzione sostitutiva dell'espulsione; esso risulta quindi non applicabile

Sotto un secondo profilo, l'art. 10-bis è in sé incompatibile con la direttiva. A tal fine è necessario chiarire esattamente l'ambito di applicazione della direttiva come risultante dall'art. 2, par. 2, lett. b).

Il reato di soggiorno irregolare è stato introdotto nel nostro ordinamento nel 2009, ed una delle principali ragioni è collegata proprio all'attuazione della direttiva rimpatri. Il Ministro dell'Interno ha ufficialmente affermato che il Governo avrebbe attuato la direttiva senza modificare le norme vigenti sulla base dell'art. 2, par. 2, lett. b), della stessa direttiva che consente agli Stati membri di limitare l'ambito di applicazione della direttiva "ai cittadini di Paesi terzi che sono sottoposti ad una espulsione come una sanzione penale o in conseguenza di una sanzione penale [...]".

Secondo il Ministro dell'Interno, dunque, l'introduzione del reato di cui all'art. 10-bis sarebbe stata sufficiente per ritenere le conseguenti espulsioni, che sono la maggioranza del totale, al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva. Il meccanismo è presto descritto: poiché tutti gli stranieri che entrano irregolarmente sono sanzionati penalmente con una multa, poi sostituita con un'espulsione, la maggior parte delle espulsioni sono conseguenza di una sanzione penale.

Sul punto la Corte Costituzionale nella sentenza n. 250 del 8.7.2010, investita della questione, si è limitata a "osservare che il termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva non è ancora scaduto, risultando fissato al 24 dicembre 2010 (art. 20): circostanza che rende, allo stato, comunque non significativo, ai fini della configurabilità della lesione costituzionale denunciata, l'ipotizzato contrasto con la disciplina comunitaria."

Tuttavia, nella parte motivazionale, prosegue la Corte affermando che:

"È altrettanto vero che, alla luce della complessiva configurazione della norma in esame, il legislatore mostra di considerare l'applicazione della sanzione penale come un esito "subordinato" rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente. Lo attestano univocamente le circostanze - poste in rilievo dal giudice a quo - che, in deroga al generale disposto dell'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, lo straniero sottoposto a procedimento penale per il reato in questione possa essere espulso in via amministrativa senza il nulla osta dell'autorità giudiziaria; che, una volta avuta notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, il giudice debba pronunciare sentenza di non luogo a procedere (e ciò indipendentemente dallo stadio raggiunto dal procedimento penale, a differenza di quanto previsto dall'art. 13, comma 3-quater, del d.lgs. n. 286 del 1998); che, nel caso di condanna, la pena dell'ammenda - espressamente sottratta all'oblazione (art. 10-bis, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 286 del 1998) - possa essere sostituita dal giudice con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni (artt. 16, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 e 62-bis del d.lgs. n. 274 del 2000)."

Alla luce di quanto premesso, si deve ritenere che la previsione di una sanzione penale per il caso di semplice permanenza irregolare non sia fra quelle previste dall'art. 2, par. 2, della direttiva.

Poiché il diritto dell'Unione Europea deve essere interpretato in modo da conferire ad esso effetto utile, l'art. 2, par. 2, lett. b), deve essere interpretato in maniera restrittiva in modo da escludere quelle espulsioni che sono connesse con un reato che sanziona lo stesso comportamento che è sanzionato nella direttiva con un'espulsione, come l'ingresso e il soggiorno irregolare degli stranieri. Non è dunque possibile qualificare lo stesso comportamento come un reato così evitando l'attuazione della direttiva.

Questo non esclude la compatibilità del reato di ingresso e soggiorno irregolare con la direttiva, ma esclude che tale reato possa essere uno di quelli ai quali si riferisce l'art. 2, par. 2, lett. b). La Corte nel caso El Dridi ha precisato che "le sanzioni penali di cui a detta disposizione non concernono l'inosservanza del termine impartito per la partenza volontaria": questa affermazione conferma che le sanzioni penali ivi previste non possano essere tutte le sanzioni penali vigenti in un ordinamento ma solo quelle non connesse all'irregolarità dell'ingresso e del soggiorno.

10. Art 10-bis, e principio di leale cooperazione

Infine, l'ultima decisiva osservazione: se anche in astratto si riconosce la compatibilità del reato di ingresso e soggiorno irregolare con gli articoli 7, 15 e 16 della direttiva, resta da valutare se una previsione penale con questo contenuto – che lo Stato italiano poteva emanare prima della direttiva e che è analoga ad altre previste, ad esempio, dalle legislazioni tedesca, francese e del Regno Unito – potesse essere introdotta dopo l'approvazione della direttiva essendo diretta ad eluderne l'efficacia.

La risposta è negativa: l'introduzione di un reato che incrimini la mera permanenza irregolare – cioè lo status direttamente disciplinato dalla direttiva - contrasta con il principio di leale cooperazione, sancito all'art. 4, par. 3, TUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia.

Va richiamato il principio chiaramente affermato nella sentenza della Corte 18 dicembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*:

“44. E' ben vero che durante il termine fissato per la trasposizione gli Stati membri devono adottare i provvedimenti necessari ad assicurare che il risultato prescritto dalla direttiva sarà realizzato alla scadenza del termine stesso.

45. A questo proposito, anche se gli Stati membri non sono tenuti ad adottare queste misure prima della scadenza del termine per la trasposizione, dal combinato disposto degli artt. 5, secondo comma, e 189, terzo comma, del Trattato e dalla stessa direttiva risulta che, in pendenza di tale termine, essi devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa.

46. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò valga per le disposizioni nazionali di cui è chiamato ad esaminare la legittimità.

47. Nella sua valutazione il giudice nazionale dovrà accertare, in particolare, se le disposizioni di cui trattasi si presentino come completa trasposizione della direttiva ed esaminare gli effetti concreti dell'applicazione di queste disposizioni non conformi alla direttiva e della loro durata nel tempo”.

In buona sostanza, gli Stati membri devono utilizzare il termine entro il quale dare attuazione per giungere al momento della scadenza con la direttiva già attuata. In particolare gli Stati membri non possono approvare leggi che siano in contrasto con la direttiva da attuare così ostacolando il processo di attuazione.

Nel caso in esame non vi è dubbio che l'introduzione del reato di permanenza irregolare ha

affiancato al procedimento amministrativo un procedimento penale per la stessa condotta, congegnato in modo tale da ostacolare di fatto il procedimento amministrativo ordinario di espulsione volendolo sostituire con altro che non rispetta le garanzie e i diritti enunciati dalla direttiva all'art. 7.

In tal modo l'Italia ha cambiato la propria normativa per evitare l'attuazione della direttiva, usando il termine per il recepimento non per attuare la direttiva ma per renderne più difficoltosa ed eluderne l'attuazione, violando il principio di leale cooperazione.

Rilevata tale infrazione, è dovere del giudice nazionale disapplicare la norma interna, secondo quanto espressamente affermato dalla Corte di Giustizia (sentenza 4 luglio 2006, Adeneler):

“110 Certamente, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (v., per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C 105/03, Pupino, Racc. pag. I 5285, punti 44 e 47).

111 Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (v. sentenza Pfeiffer e a., cit., punti 115, 116, 118 e 119).

121 Orbene, secondo la giurisprudenza della Corte, dal combinato disposto degli artt. 10, secondo comma, CE e 249, terzo comma, CE e della stessa direttiva interessata risulta che in pendenza del termine di attuazione di una direttiva gli Stati membri destinatari di quest'ultima devono astenersi dall'adottare disposizioni che possono compromettere gravemente la realizzazione del risultato prescritto da tale direttiva (sentenze *Inter Environnement Wallonie*, cit., punto 45; 8 maggio 2003, causa C-14/02, ATRAL, Racc. pag. I-4431, punto 58, e *Mangold*, cit., punto 67). A questo proposito poco rileva il fatto che la norma di diritto nazionale in parola, adottata dopo l'entrata in vigore della direttiva di cui trattasi, sia o meno finalizzata al recepimento di tale direttiva (sentenze citate ATRAL, punto 59, e *Mangold*, punto 68).

122 Tenuto conto che tutte le autorità degli Stati membri sono soggette all'obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto comunitario (v. sentenze *Francovich e a.*, cit., punto 32; 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, Racc. pag. I 837, punto 20, nonché *Pfeiffer e a.*, cit., punto 111), l'obbligo di astensione quale enunciato nel punto precedente si impone anche ai giudici nazionali.

123 Ne consegue che dalla data in cui una direttiva è entrata in vigore i giudici degli Stati membri devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischi di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito da questa direttiva”.

Questo obbligo in capo al giudice è evidente nel caso in cui la normativa interna, come l'art. 10-bis nel caso di specie, oltre ad essere stato introdotto con una finalità elusiva dell'obbligo di attuare la direttiva, risulta anche con essa in contrasto. Si potrebbe però prospettare anche l'incompatibilità dell'art. 10-bis perché adottato in violazione del principio di leale cooperazione e ciò a prescindere dalla incompatibilità della disposizione rispetto alla direttiva. Anche in questo caso i giudici dovrebbero adottare tutte le tecniche esistenti per risolvere il contrasto tra norma nazionale e norma dell'Unione Europea, tra le quali la disapplicazione della norma nazionale..

12. Necessità del rinvio pregiudiziale

Come si è premesso, essendo questo giudice giunto a ritenere incompatibile la disciplina penale di cui all'art. 10-bis del d.lgs. n. 286/1998 (sia in sé considerata, sia in combinato disposto con la disciplina prevista per l'esecuzione della pena) con gli articoli 2, 4, 7, 15 e 16 della direttiva, egli potrebbe direttamente non applicare, in forza del principio del primato del diritto comunitario, la disciplina di cui all'art. 10-bis, in quanto contrastante con le disposizioni precise e incondizionate della direttiva che riconoscono allo straniero sottoposto alla procedura di rimpatrio un vero e proprio diritto a non essere sottoposto a privazioni di libertà ulteriori e a condizioni deteriori rispetto a quelle ivi stabilite, comunque qualificabili ai sensi del diritto interno.

Tuttavia la questione è altamente controversa e l'orientamento dei giudici nazionali è contrastante sul punto. Inoltre, oltre al contrasto con gli articoli 2, 4, 7, 15 e 16 della direttiva, è emerso anche il contrasto con la finalità della direttiva di limitare al minimo necessario ad eseguire l'allontanamento la privazione della libertà personale dello straniero in posizione irregolare oltre che con i principi di leale collaborazione e di effetto utile del diritto UE.

Appare quindi opportuno sospendere il processo e rinviare gli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione, affinché chiarisca se l'interpretazione delle finalità della direttiva, degli articoli 2, 4, 7, 15 e 16 della direttiva nonché dei principi generali del diritto UE risultante dalle considerazioni che precedono debba ritenersi corretta e quali provvedimenti debba di conseguenza assumere il giudice nazionale.

Ancora, 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 come la detenzione domiciliare che trovino la loro esclusiva giustificazione nell'ingresso o nella presenza irregolare.

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.

Si segnala che con l'art. 3 D.L. n. 89/2011 la medesima procedura sanzionatoria (pena pecuniaria, sanzione sostitutiva dell'espulsione, detenzione domiciliare in caso di non pagamento) è stata estesa ai casi di violazione dell'ordine di allontanamento ai sensi degli artt. 14 comma 5 ter e 14 comma 5 quater T.U. D. Lgs. n. 286/1998, già oggetto della dichiarazione di non applicabilità con la sentenza del 28 aprile 2011 nella causa C-61/11, sopra ricordata.

Tutto ciò premesso, il Tribunale

sospende

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

rinvia

gli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, formulando le seguenti questioni di interpretazione del diritto dell'Unione:

– se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 4, 6, 7, 8 della direttiva 2008/115/CE ostino alla possibilità che un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con una pena pecuniaria sostituita come sanzione penale dalla detenzione domiciliare in conseguenza del suo mero ingresso e permanenza irregolare, ancora prima della inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa.

– se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino alla possibilità che, successivamente all’emanazione della Direttiva, uno stato membro possa emettere una norma che prevede che un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con una pena pecuniaria sostituita dall’espulsione immediatamente eseguibile come sanzione penale senza il rispetto della procedura e dei diritti dello straniero previsti dalla Direttiva.

- se il principio di leale cooperazione di cui all’art. 4, par. 3, TUE, osti ad una norma nazionale adottata in pendenza del termine di attuazione di una direttiva per eludere o, comunque, limitare l’applicazione di applicazione della direttiva, e quali provvedimenti debba adottare il giudice nel caso rilevi siffatta finalità.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti.

Adria, 15 luglio 2011

Il Giudice
Lorenzo Miazzi