



Udienza del 13.9.2012, ore 9.30
Procedimento pregiudiziale C-430/11 – Sagor MD
Difesa Sagor – Avv. Luca Masera

Signor Presidente, signori giudici,

- 1) Con il caso che oggi questa Corte dovrà decidere, ancora una volta viene portata alla Vostra attenzione una questione riguardante gli effetti della direttiva 115/2008 sui sistemi penali degli Stati membri. **Alla luce dei principi** formulati nelle sentenze *El Dridi ed Achughbabian*, la nostra convinzione è che **questa Corte** non potrà che **fornire risposta positiva ai quesiti** sottoposti dal Tribunale di Rovigo.
- 2) Per quanto riguarda il **primo quesito** – e cioè la compatibilità con la direttiva rimpatri di una disposizione penale che sanzioni l'ingresso o la permanenza irregolari con la pena pecuniaria, sostituibile in caso di insolvenza con la pena della permanenza domiciliare –, la questione che si sottopone alla Corte è **per molti aspetti simile** a quella affrontata nel **caso Achughbabian**.
- 3) Nel caso Achughbabian, si trattava di valutare la **compatibilità** con la direttiva rimpatri della **norma francese** che puniva con la pena della reclusione sino ad un anno lo straniero che avesse fatto **ingresso o si fosse trattenuto illegalmente** in Francia. La Corte ha in quell'occasione stabilito che gli Stati membri hanno certamente la **facoltà di sanzionare penalmente** (anche con pene detentive) l'irregolarità del soggiorno. E tuttavia la **direttiva impedisce** agli Stati di applicare allo straniero irregolare la **sanzione penale** della reclusione **prima** che lo Stato abbia esaurito gli **strumenti amministrativi** (anche di natura coercitiva) che la direttiva prevede al fine dell'esecuzione del rimpatri: se infatti il **processo e la sanzione penale precedono l'esecuzione** della decisione di rimpatri, il loro effetto è quello **di ostacolare, invece che agevolare, l'allontanamento dello straniero**, con conseguente **frustrazione della finalità della direttiva** di creare un sistema efficiente di esecuzione dei rimpatri.
- 4) Il **reato** di cui **oggi** è da valutare la compatibilità con la direttiva rimpatri è esattamente **identico** a quello **francese** cui si riferiva il caso Achughbabian: in entrambi i casi, la condotta che si punisce è quella dello straniero che entra o si trattiene illegalmente nel territorio dello Stato. **L'unica differenza** è che la **norma francese** commina la pena della **reclusione** sino ad un anno, mentre la **norma italiana** prevede una **pena pecuniaria** da 5000 a 10000 euro, che in caso non venga pagata si converte nella sanzione della **permanenza domiciliare** sino ad un massimo di 45 giorni.

- 5) Noi crediamo che **questa differenza di trattamento sanzionatorio** non possa in alcun modo giustificare una **soluzione** del caso italiano **diversa** rispetto a quello francese, in quanto i principi fissati dalla Grande Sezione nel caso Achughbabian conducono a ritenere **contraria** al **principio dell'effetto utile** della direttiva **anche la norma italiana** di cui oggi discutiamo.
- 6) Applicando infatti i principi di Achughbabian al caso che oggi ci interessa, la **domanda** cui rispondere è la seguente: la **configurazione come reato** dell'irregolarità del soggiorno, **prima** che sia iniziata la procedura amministrativa di rimpatrio disciplinata dalla direttiva, può **rappresentare un ostacolo** all'esecuzione del **rimpatrio**, anche se non è comminata in via diretta una pena detentiva? La **risposta** a tale quesito non può che essere **affermativa**, nonostante i deboli **argomenti** addotti in senso contrario dal **Governo italiano**, che ora andremo sinteticamente a confutare.
- 7) Il **Governo italiano** sostiene innanzitutto che la **questione** sollevata dal Tribunale di Rovigo sia inammissibile in quanto **"astratta ed ipotetica"**, dal momento che il problema della sostituzione della pena pecuniaria con quella della permanenza domiciliare si baserebbe secondo il Governo su una **"presunzione assoluta di insolvibilità** in capo all'irregolare" (par. 22). In realtà, la situazione prospettata dal Tribunale è tutt'altro che **"astratta ed ipotetica"**: l'esperienza quotidiana dei Tribunali italiani è che **quasi nessuno** degli stranieri condannati per il reato previsto all'art. 10 *bis* **sia in grado di pagare** l'elevatissima sanzione pecuniaria (il minimo previsto è di 5000 euro!), e dunque la conversione della pena pecuniaria ineseguita nella sanzione della permanenza domiciliare sia una prospettiva assolutamente realistica. Non si tratta, quindi, di presumere alcunché, ma soltanto di **constatare empiricamente** come le **probabilità** che il sig. Sagor sia in grado di **pagare** una multa di almeno 5000 euro siano **estremamente basse**, e sia dunque **altamente probabile** – nel **caso concreto** che qui interessa – che la pena pecuniaria debba essere convertita nella permanenza domiciliare.
- 8) Il **Governo italiano** sostiene poi che comunque il **reato** in esame **non** costituisca un **ostacolo** alla procedura di rimpatrio, come si desumerebbe dal fatto che l'**art. 10 bis co. 5** prevede l'emissione di una **sentenza di non luogo a procedere** per tale reato quando al giudice sia comunicata l'esecuzione del rimpatrio (par. 50 ss.).
- 9) L'argomentazione del Governo, in realtà, **travisa la realtà normativa**, per le ragioni già correttamente poste in luce nella memoria scritta della Commissione. La norma cui il Governo si riferisce attiene, infatti, alla fase in cui il procedimento penale sia aperto, e prevede appunto che tale processo si concluda con sentenza di non luogo a procedere quando pervenga notizia del rimpatrio. Tale **norma** però **non** è in alcun modo **applicabile** nella diversa situazione in cui il **processo penale si sia concluso**, e sia stata inflitta una pena pecuniaria, sostituita con la pena della permanenza domiciliare. In questa ipotesi, ed in mancanza di alcuna norma *ad hoc*, vale il **principio generale dell'ordinamento** per cui le **sanzioni penali disposte dal giudice devono**

- essere espiate** dal condannato, e dunque non vi sono dubbi che, per tutta la durata della permanenza domiciliare, lo straniero non possa essere rimpatriato.
- 10) Su tale conclusione **non** crediamo possano esservi **incertezze**. E' la **medesima situazione** che si verificava in relazione al delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento, che è stato oggetto della sentenza **El Dridi**. **In quel caso** lo straniero doveva scontare **in carcere** la propria condanna prima di essere espulso, **nel caso oggi in esame** lo straniero deve scontare la propria pena **presso il proprio domicilio**, e dunque non può essere espulso per tutta la durata della permanenza domiciliare. Va poi considerato come la legge italiana preveda che di regola tale pena possa essere scontata solo nei fine-settimana (art. 53 g.d.p.), e come l'entità della pena pecuniaria conduca all'applicazione della permanenza domiciliare nel massimo di 45 giorni: con la conseguenza che la durata di tale pena può in concreto arrivare sino a **24 settimane**. Ed in tutto questo periodo, lo ripetiamo ancora, secondo il nostro ordinamento lo straniero **non può essere rimpatriato**.
 - 11) Il **Government** sostiene **infine** che il procedimento penale non è di alcuno ostacolo all'obiettivo del rimpatrio, perché esso non impedisce il **procedere in parallelo del procedimento amministrativo**, disciplinato dalla direttiva. A parte i profili appena esposti relativi alla permanenza domiciliare, che riteniamo risolutivi, vogliamo solo accennare come l'affermazione del Governo sia **vera in teoria**, ma proprio il caso oggi in esame dimostra come **non sia vera nella prassi**.
 - 12) Il sig. Sagor, fermato dall'autorità di polizia e risultato irregolarmente soggiornante sul territorio italiano, è stato denunciato per il reato in esame, senza che si attivasse il procedimento amministrativo di espulsione e di rimpatrio previsto dalla direttiva, almeno a quanto risulta agli atti del processo penale. **Il sig. Sagor non ci risulta a tutt'oggi destinatario di alcun provvedimento che ne attesti sul piano amministrativo la condizione di irregolarità del soggiorno**.
 - 13) In sostanza, il ricorso allo strumento penale rappresenta nella realtà dei fatti lo strumento dietro il quale spesso l'autorità di polizia nasconde l'incapacità di procedere in via amministrativa all'esecuzione dei rimpatri. Invece di procedere, come richiesto dalla direttiva, ad eseguire in via amministrativa il rimpatrio, **si denuncia in sede penale lo straniero, senza in alcun modo attivarsi affinché sia reso possibile il suo rimpatrio**. All'efficienza del sistema di rimpatrio si antepone l'interesse ad attivare lo strumento penale, in ragione del **potere puramente evocativo in termini di rigore e severità** che il diritto penale detiene presso l'opinione pubblica.
 - 14) Il reato in questione, quindi, può sicuramente rappresentare un ostacolo alla esecuzione del rimpatrio, ponendosi in **contrasto con il principio dell'effetto utile** relativo alla finalità della direttiva di implementare un **sistema efficace** di gestione dei rimpatri.
 - 15) Venendo ora al **secondo quesito** posto dal Tribunale di Rovigo, si chiede alla Corte di valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione una disposizione,

- come quella dell'art. 10bis, che prevede come **sanzione sostitutiva** della pena pecuniaria la misura dell'**espulsione**, da **eseguire immediatamente** in via coattiva **senza le garanzie** previste dalla direttiva.
- 16) Anche in questo caso, crediamo che le decisioni El Dridi ed Achughbadian contengano elementi inequivoci che depongono nel senso della **incompatibilità di tale disposizione** con la direttiva.
 - 17) Nelle sentenze in esame, la Corte ha posto chiaramente in luce come tra le **finalità della direttiva**, desumibili dai diversi considerando e dall'art. 1 della stessa, **non vi sia soltanto** l'implementazione di un sistema di rimpatri **efficace** (finalità che come abbiamo appena visto risulta decisiva in relazione al primo quesito oggi in discussione), ma anche la **tutela dei diritti fondamentali dello straniero** coinvolto nella procedura: proprio **rispetto a questa seconda finalità** della direttiva riteniamo che la sostituzione della pena pecuniaria con l'espulsione sia da considerare illegittima per **contrasto con il principio dell'effetto utile**.
 - 18) Il **reato qui in esame**, ed in particolare la possibilità per il giudice di sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione immediata, rappresenta infatti il **presupposto per negare allo straniero le garanzie previste dalla direttiva all'art. 7**, e solo formalmente recepite nell'ordinamento italiano con la legge di riforma del testo unico sull'immigrazione del giugno 2011.
 - 19) **Sino al giugno 2011**, la legge italiana prevedeva, contrariamente a quanto richiesto dalla direttiva all'art. 7, che la **modalità ordinaria di esecuzione** dell'espulsione fosse l'**accompagnamento coattivo** alla frontiera a mezzo della forza pubblica, e si concedesse un termine per la partenza volontaria solo qualora non fosse possibile procedere all'accompagnamento immediato. **Dopo la sentenza El Dridi**, e le censure ivi contenute a tale sistema (par. 50 e 51), il legislatore italiano è intervenuto con il **decreto legge 89/2011**, prevedendo all'art. 13 co. 5 t.u. imm. che **lo straniero abbia diritto a richiedere un termine per la partenza volontaria**, qualora non ricorrano le **condizioni ostative** di cui al co. 4.
 - 20) In verità vi sono fondate ragioni per ritenere che anche l'attuale disciplina della partenza volontaria presenti profili di incompatibilità con la direttiva, visto che basta la circostanza che, ad esempio, lo straniero abbia il passaporto scaduto, per negargli il termine e procedere subito all'accompagnamento (art. 13 co. 4 bis lett. a). Al di là di tali rilievi, che per quanto di estrema importanza non rientrano nello specifico oggetto di questa causa, ciò che oggi interessa è che il **reato di cui all'art. 10 bis** rappresenta lo **strumento per negare allo straniero anche questa remota possibilità** di avere accesso alle garanzie della direttiva.
 - 21) Il **meccanismo è molto semplice**. Ogni straniero irregolare, in ragione del suo *status*, è responsabile del reato previsto all'art. 10bis; per questo reato il giudice può disporre il rimpatrio coattivo ed immediato, anche in mancanza delle condizioni ostative alla partenza volontaria di cui all'art. 13 co. 4: di conseguenza **lo straniero può essere sempre e comunque privato del termine per la partenza volontaria**, in frontale contrasto con quanto previsto dall'art. 7

- della direttiva. E tale privazione può avvenire **anche in relazione allo straniero contumace** (come nel caso del sig. Sagor), come del resto riconosce lo stesso Governo italiano nelle sue osservazioni in relazione allo specifico quesito formulato sul punto da questa Corte (par. 4).
- 22) Gli **argomenti** addotti dal **Governo italiano** per negare questa evidente violazione delle garanzie riconosciute dalla direttiva ci paiono **davvero inconsistenti**. Si adduce in primo luogo l'argomento per cui la sostituzione della pena pecuniaria con l'espulsione rientra tra le **facoltà** del giudice, e **non è automatica**. Tuttavia, la legge non fornisce alcuna specificazione delle condizioni in presenza delle quali il giudice penale può operare la sostituzione, e dunque tale **sostituzione** può avvenire anche se **non sussistono le condizioni** previste dalla direttiva e dalla stessa legge italiana **per derogare** all'obbligo di concedere un termine per la **partenza volontaria**; cioè la sostituzione può avvenire anche se non sussiste alcun rischio di fuga, o lo straniero non è socialmente pericoloso.
- 23) Nelle osservazioni del Governo ai quesiti formulati dalla Corte è poi presente un vero e proprio **travisamento del dato normativo**, quando il Governo afferma al par. 18 che **"allo straniero è sempre riconosciuto il diritto di ottenere un termine per la partenza volontaria"**. In realtà è **vero esattamente il contrario**: il meccanismo dell'art. 10bis e dell'art. 16 serve proprio per **negare allo straniero la concessione del termine**, e per procedere immediatamente all'accompagnamento coattivo alla frontiera, **senza neppure concedere allo straniero la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa**, visto che l'espulsione può essere disposta anche nei confronti dello straniero contumace.
- 24) Del resto, **l'introduzione nel 2009** del reato in esame era stata motivata proprio dalla **volontà del Governo italiano di non adeguare il sistema interno** alla direttiva, continuando a prevedere il rimpatrio coattivo come strumento ordinario di esecuzione delle espulsioni. Per esplicita ammissione dell'allora ministro dell'interno on. Maroni, in una dichiarazione ufficiale del 15 ottobre 2008 di fronte al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen, il Governo aveva deciso di introdurre il reato perché **in questo modo l'espulsione avrebbe avuto sempre natura di sanzione penale**, e l'Italia avrebbe potuto invocare la **clausola derogatoria di cui all'art. 2 par. 2 della direttiva** per non applicare la direttiva.
- 25) Tale **argomentazione**, riproposta ancora dal Governo nella sua memoria (par. 61), è già stata **confutata** dalla sentenza El Dridi, ed in maniera ancora più nitida dalla sentenza **Achughbabian**, che ha definitivamente chiarito come una tale interpretazione "priverebbe la direttiva della sua ratio e del suo effetto vincolante" (par. 41), e la clausola di cui all'**art. 2** vada invece riferita alle sole ipotesi in cui l'espulsione consegua alla commissione di un **reato diverso da quelli legati allo status di clandestinità**.
- 26) **Concludendo**, il **reato** di cui oggi dovete valutare la compatibilità con la direttiva ha rappresentato lo **strumento** con cui il Governo italiano ha dichiaratamente cercato di **sottrarsi al rispetto del principio di leale**

collaborazione con le istituzioni comunitarie, che imponeva un cambiamento normativo (dall'esecuzione coattiva alla partenza volontaria come modalità ordinaria di esecuzione delle espulsioni) non gradito al Governo dell'epoca. Il **ragionamento giuridico** che stava alla base di tale tentativo di elusione degli obblighi comunitari **è già stato censurato da questa Corte**, cui non rimane oggi che **ribadire** la necessità di una **piena ed effettiva esecuzione della direttiva rimpatri**, dichiarando che la mera qualificazione come sanzione penale dell'espulsione non può giustificare la negazione allo straniero irregolare delle garanzie riconosciutegli dalla direttiva.