



PROCEDIMENTO N. 0941/2013 REGISTRO GENERALE TRIBUNALE
PROCEDIMENTO N. 2429/2014 REGISTRO GENERALE NOTIZIE DI REATO

TRIBUNALE DI FIRENZE
SECONDA SEZIONE PENALE
DOTT. MARCO BOUCHARD

RINVIO PREGIUDIZIALE **ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

Nel procedimento nei confronti

C** S******* nato il **.**.**** a ***** (Albania)
elett.te dom.to ex art. 161 c.p.p. presso lo studio dell'Avv. Bruna PINUCCI SCATIGNA

Difeso dall'Avv. Bruna PINUCCI SCATIGNA
Del foro di Firenze

1. PROCEDIMENTO PRINCIPALE

(v. art. 94 RdP e punto 22, 1° paragrafo, delle Raccomandazioni)

1. Esposizione succinta del procedimento

In data 14.2.2014 i C.C. della Stazione di San Piero a Sieve identificavano C**** S***** durante un controllo presso la locale stazione ferroviaria e procedevano al suo arresto per la violazione dell'art. 13 comma 13 d.l.vo 1998 n. 286 in quanto l'imputato, destinatario del decreto di espulsione del Prefetto di Firenze del 17.4.2012 e del contestuale ordine di allontanamento del Questore di Firenze, dopo essere rientrato in patria (Albania) in data 4.9.2012, ritornava sul territorio del nostro Stato in violazione del divieto di reingresso per il periodo di anni tre.

L'arresto veniva convalidato ma il giudice respingeva la richiesta del PM di applicazione di una misura cautelare.

All'udienza del 15.2.2014 il difensore chiedeva termine a difesa.

All'udienza del 22.5.2014 le parti precisavano le loro conclusioni.

Il PM chiedeva la condanna del C**** a mesi otto di reclusione.

Il difensore dell'imputato chiedeva l'assoluzione perché il fatto non è più previsto come reato.

Il giudice, ritenendo necessario l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulla applicabilità della Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi (cd. rimpatri), sospendeva il procedimento e disponeva il rinvio pregiudiziale degli atti al giudice europeo.

2. Breve illustrazione dei fatti di causa

C**** S***** è presente sul territorio del nostro stato quantomeno dal 26.8.2011, data in occasione della quale venne tratto in arresto dai C.C. della Stazione di Pontassieve per un tentativo di furto con strappo a seguito del quale venne condannato alla pena di 1 anno di reclusione e € 400 di multa (pena sospesa) con sentenza passata in giudicato in data 15.3.2012.

Il 17.4.2012 C**** S***** venne sottoposto a controllo da parte delle forze dell'ordine di Firenze e fatto oggetto del decreto del Prefetto di Firenze con ordine di allontanamento del Questore di Firenze emessi e notificati nella stessa data del 17.4.2012. Il Prefetto di Firenze nel proprio provvedimento precisava che si doveva escludere la possibilità di far ricorso alla facoltà del rimpatrio volontario in presenza di condizioni che imponevano l'accompagnamento immediato alla frontiera: il C****, infatti, non avrebbe chiesto la concessione di un termine per la partenza volontaria (ai sensi dell'art. 13 comma 5° d.l.vo 1998 n. 286) e sussisteva – secondo il Prefetto di Firenze - il rischio di fuga per la mancata documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio (art. 13 comma 4 bis d.l.vo 1998 n. 286).

In realtà, data la indisponibilità di un vettore aereo e l'impossibilità di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza, non veniva effettuato l'accompagnamento coattivo alla frontiera e il Questore di Firenze ordinava al C**** di lasciare il territorio nazionale con l'avvertimento che, in difetto, sarebbero scattate le pene di legge.

Dall'elenco dei precedenti fotodattiloscopici emerge che il C**** è in realtà rimasto sul territorio dello Stato ed è stato identificato il 27.7.2012 in Borgo San Lorenzo, il 1.8.2012 a Pontassieve (con denuncia per emigrazione clandestina) e il 30.8.2012 a Scarperia (con denuncia per coltivazione di stupefacenti).

Il C****, in data 4.9.2012 si presentava spontaneamente all'Ufficio di Polizia di Frontiera di Brindisi e si allontanava volontariamente dal territorio dello stato.

Infine, in data 14.2.2014 i C.C. della Stazione di San Piero a Sieve – come si è già illustrato nel precedente paragrafo - lo identificavano durante un controllo presso la locale stazione ferroviaria e procedevano al suo arresto per la violazione dell'art. 13 comma 13 d.l.vo 1998 n. 286.

2. DIRITTO NAZIONALE

(v. art. 94 RdP e punto 22, 2° paragrafo, delle Raccomandazioni)

1 Disposizioni nazionali richiamate

L'art. 13 comma 13 D.l.vo 25 luglio 1998, n. 286 stabilisce che *“lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'Interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera”*.

L'art. 13 comma 13 ter D.l.vo 25 luglio 1998, n. 286 dispone che per *“i reati previsti dai commi 13 e 13 bis è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto anche fuori dai casi di flagranza e si procede con rito direttissimo”*.

Il legislatore italiano ha pertanto previsto, nel caso di violazione del divieto di reingresso da parte dello straniero espulso dallo Stato, l'arresto obbligatorio, il giudizio per direttissima, la sanzione penale da uno a quattro anni e, solo una volta scontata la pena, una nuova espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera.

La legge italiana – fino all'entrata in vigore del D.l. 23 giugno 2011, n. 89 convertito, con modificazioni, nella L. 2 agosto 2011, n. 129 – trattava allo stesso modo sia lo straniero irregolare che non ottemperava all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato entro un termine prefissato per legge (art. 14 comma 5° ter D.l.vo 25 luglio 1998, n. 286) sia lo straniero che, espulso dallo Stato, vi faceva rientro in violazione del divieto di reingresso contenuto nel provvedimento di espulsione. In entrambi i casi era prevista la pena della reclusione da uno a quattro anni con arresto obbligatorio e giudizio per direttissima.

Come è noto l'Italia non ha provveduto nel termine stabilito – 24 dicembre 2010 – ad emanare una legge di trasposizione della Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea (prima sezione) con la sentenza del 28 aprile 2011 (ormai nota come sentenza El Dridi) ha deciso che la Direttiva 2008/115/CE doveva essere interpretata *“nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro...che preveda l'irrogazione della pena 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 dello Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo”*. La Corte di Giustizia ha precisato che *“al giudice del rinvio ... spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5° ter, di tale decreto legislativo”*.

A seguito della pronuncia della Corte di Giustizia i giudici italiani hanno ritenuto che la condotta dello straniero di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, posta in essere prima della scadenza dei termini di recepimento della direttiva cd. rimpatri non potesse più essere considerata come reato perché la decisione della Corte di Giustizia determinava una sostanziale *“abolitio criminis”* della fattispecie preesistente (art. 14 comma 5° ter D.l.vo 2008 n. 286). Si vedano tra le altre decisioni Cass. Sez. 1, 29.4.2011 n. 20130, Sall e Cass Sez. 1, 12.4.2012 n. 14276, Khemiri.

La disciplina dei rimpatri dei cittadini stranieri irregolari è stata completamente rivista con il D.l. 23 giugno 2011, n. 89 convertito, con modificazioni, nella L. 2 agosto 2011, n. 129: le procedure per il

rimpatrio sono state adattate alle indicazioni della direttiva 2008/115 e in caso di violazione dell'ordine di allontanamento del questore è stata prevista la sola pena della multa.

Le nuove disposizioni, però, non hanno modificato l'art. 13 comma 13° D.l.vo 1998 n. 286 che sanziona, come si è detto poco sopra, con la pena della reclusione da uno a quattro anni lo straniero che sia rientrato nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso.

2 Giurisprudenza nazionale in materia

La Corte di Cassazione è stata investita con un ricorso della Procura Generale presso la Corte d'Appello di Perugia della questione della applicabilità della direttiva 2008/115 alle situazioni di irregolarità dello straniero derivanti dalla violazione del divieto di reingresso. Con sentenza 25.5.2012, n 35871 ha affermato che le due situazioni, quella dello straniero irregolare che non rispetta l'ordine di allontanamento e quella dello straniero irregolare che, espulso, fa rientro nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso, sono distinte sul piano concettuale. Anzi – hanno osservato i giudici di legittimità – l'analisi “*delle premesse e dell'articolato della direttiva legittima piuttosto una conclusione diversa, ossia che le cause della presenza irregolare del cittadino di un Paese terzo sul territorio di una degli Stati membri dell'Unione europea non sono riconducibili ad un'unica categoria di "irregolarità", ma si fondano piuttosto su presupposti differenti e che, rispetto alle singole situazioni, l'ordinamento statale è legittimato ad adottare secondo un criterio di progressività, differenti tipologie di provvedimenti: 1) una decisione di rimpatrio quale atto dichiarativo della irregolarità del soggiorno stesso che imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio; 2) l'allontanamento coattivo dell'individuo fuori dello Stato membro; 3) il divieto di ingresso, quale ulteriore misura inibitoria di un futuro ritorno, suscettibile di emissione nei confronti della persona il cui soggiorno irregolare sia già stato riconosciuto e che sia stato oggetto di rimpatrio immediato (art. 7, comma 4, della direttiva) ovvero sia stata inutilmente invitata ad allontanarsi entro un termine prefissato (art. 7 e 8 della direttiva)*”.

Secondo i giudici della Corte suprema italiana sarebbe “*pienamente legittimo e logicamente plausibile il differente trattamento riservato a chi non soddisfi (o non soddisfi più) le condizioni di ingresso, di soggiorno o di residenza in uno Stato membro rispetto a colui che, senza autorizzazione e in violazione di uno specifico divieto, faccia nuovamente ingresso nel territorio dello Stato dopo esserne stato allontanato*”.

Vi sarebbe una differenza anche strutturale tra le due fattispecie di reato al punto che – argomenta la Corte di Cassazione – non è estensibile alla violazione del divieto di reingresso la clausola di esclusione della responsabilità (“*il giustificato motivo*”) che si rinviene nell'art. 14 comma 5° ter D.l.vo 1998 n. 286 a favore dello straniero che non abbia potuto osservare l'ordine di allontanamento emanato dal questore.

Inoltre – ha osservato la citata sentenza della Corte di Cassazione – la sentenza della Corte di Giustizia UE *El Dridi* non può incidere su una fattispecie criminosa diversa da quella sottoposta, all'epoca, al suo esame né si può ritenere che le affermazioni della Corte di Giustizia europea, espressasi su condotte poste in essere prima della scadenza dei termini per il recepimento della direttiva 2008/115, possano incidere sulla attuale configurabilità del reato previsto dall'art. 13 comma 13 D.l.vo 1998 n. 286.

3. DISPOSIZIONI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

(v. art. 94 RdP e punto 23 delle Raccomandazioni)

Rispetto al caso sottoposto all'esame di questo giudice e alle argomentazioni svolte dai giudici della Corte Suprema italiana vengono in rilievo le precise disposizioni della Direttiva 2008/115 e, in particolare:

Articolo 2

Ambito di applicazione

1. *La presente direttiva si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare.*
2. *Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi:*
 - omissis
 - 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 3

Definizioni

Ai fini della presente direttiva, si intende per:

- 1) *«cittadino di un paese terzo» chiunque non sia cittadino dell'Unione ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del trattato né un beneficiario del diritto comunitario alla libera circolazione, quale definito all'articolo 2, paragrafo 5, del codice frontiere Schengen;*
- 2) *«soggiorno irregolare» la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro;*
 - omissis
 - omissis
 - omissis
- 6) *«divieto d'ingresso» decisione o atto amministrativo o giudiziario che vieti l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri per un periodo determinato e che accompagni una decisione di rimpatrio.*

Articolo 8

Allontanamento

1. *Gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'articolo 7, paragrafo 4, o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'articolo 7.*
 - Omissis
 - Omissis
4. *Ove gli Stati membri ricorrano – in ultima istanza – a misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza, tali misure sono proporzionate e non eccedano un uso ragionevole della forza. Le misure coercitive sono attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato.*

Articolo 11

Divieto d'ingresso

1. *Le decisioni di rimpatrio sono corredate di un divieto d'ingresso:*
 - a) *qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria, oppure*
 - b) *qualora non sia stato ottemperato all'obbligo di rimpatrio.*

In altri casi le decisioni di rimpatrio possono essere corredate di un divieto d'ingresso.

Ritiene questo giudicante che non si tratta di stabilire se le decisioni della Corte di Giustizia UE in relazione ad una determinata fattispecie si possano estendere o meno a fattispecie diverse da quella esaminata perché la Corte di Giustizia dell'Unione europea non interpreta il diritto nazionale bensì quello europeo: si tratta, invece, di comprendere se l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia della direttiva 2008/115 investa inevitabilmente *anche* il reato previsto dall'art. 13 comma 13 D.L.vo 1998 n. 286, essendo pacifico che le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea si applicano anche in relazione a norme diverse da quelle evidenziate con il rinvio pregiudiziale. Sul punto non possono esservi dubbi perché la Corte di Giustizia UE è lapidaria nell'affermare che “al giudice del rinvio ... spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115...” e non solo l'art. 14, comma 5° ter, di tale decreto legislativo.

Le argomentazioni dei giudici della Suprema corte italiana sulla diversità concettuale e strutturale tra l'art. 13 comma 13, da un lato, e l'art. 14 comma 5° ter D.L.vo 1998 n. 286 non sono affatto risolutive della questione di fondo della applicabilità o meno della direttiva 2008/115 (e dell'interpretazione che ne è stata data dalla Corte UE) alla fattispecie criminosa della violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso.

Più precisamente ancora: si tratta di stabilire se la previsione della pena detentiva per la violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso trovi conforto nei principi e nelle disposizioni della direttiva 2008/115.

Al di là delle differenze concettuali e strutturali delle due fattispecie è però del tutto evidente che la condizione dello straniero che abbia violato il divieto di reingresso rientri perfettamente nelle definizioni dei destinatari della direttiva 2008/115: si vedano, in particolare l'art. 2§ 1 (“la direttiva si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio dello Stato membro è irregolare”) e l'art. 3 n. 2 (“s'intende per soggiorno irregolare la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi ... le condizioni di ingresso...”).

La piena applicabilità della direttiva 2008/115 alla situazione dello straniero presente irregolarmente sul territorio dello Stato membro per aver violato il divieto di reingresso disposto in occasione del suo precedente allontanamento si ricava, soprattutto, dalla disciplina contenuta nell'art. 11 della direttiva stessa la cui rubrica porta l'inequivocabile titolo “*divieto d'ingresso*”. L'art. 11 della direttiva cd. rimpatri precisa infatti quali siano i casi in cui la decisione di rimpatrio può essere assortita con un divieto d'ingresso, quale può essere la durata di tale divieto e in quali casi può essere revocato o sospeso tale divieto.

La certezza che la direttiva 2008/115 si applichi allo straniero che abbia violato il divieto di reingresso la si ricava anche “*in negativo*” dall'art. 2 laddove si disciplina l'ambito di applicazione della direttiva stessa. Gli Stati membri, infatti, recuperano la loro piena sovranità e “*possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini dei paesi terzi...b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale...*”. Rovesciando l'affermazione: gli Stati membri non possono decidere di non applicare la direttiva 2008/115 ai cittadini di paesi terzi sottoposti a rimpatrio se la decisione del rimpatrio non ha come presupposto la commissione di un reato.

4. BREVE ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

(v. art. 94 RdP e punto 22, 3° paragrafo, delle Raccomandazioni)

RINVIO PER INTERPRETAZIONE

Così ricostruito il rapporto tra direttiva 2008/115 e condizione del cittadino di un paese terzo che abbia violato il divieto di reingresso, è possibile, ora, spiegare le ragioni che inducono questo giudice a sospendere il procedimento in corso nei confronti di C**** S***** disponendo il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE.

Se è vero, infatti, che la direttiva 2008/115 trova applicazione anche in questi casi, si deve conseguentemente applicare lo stesso principio che ha indotto la Corte di Giustizia UE a ritenere la normativa europea ostativa della previsione di una sanzione detentiva nei confronti del cittadino di un paese terzo che abbia violato l'ordine di allontanamento impostogli dal questore italiano.

Si tratta del noto principio dell'*effetto utile* la cui finalità non è tanto il rispetto dei diritti fondamentali del cittadino straniero quanto piuttosto la realizzazione di un sistema efficace di esecuzione delle decisioni di rimpatrio.

In questa prospettiva sembra a questo giudice del tutto inconferente il giudizio di valore sulla diversità concettuale e strutturale delle situazioni in cui può venirsi a trovare il cittadino straniero a seconda che la sua presenza sul territorio nazionale derivi da un ingresso irregolare o da un reingresso irregolare a seguito di un precedente provvedimento di rimpatrio.

A parte i casi in cui il rimpatrio sia stato disposto come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale il quesito cui occorre rispondere è se la sanzione penale prevista dall'art. 13 comma 13° d.l.vo 1998 n. 286 sia conforme al principio dell'effetto utile e allo scopo di perseguire efficacemente l'obiettivo del rimpatrio dello straniero presente irregolarmente sul territorio nazionale.

Questo giudice è perfettamente consapevole della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE secondo cui i principi della direttiva 2008/115 non sono affatto incompatibili con la possibilità, garantita allo Stato membro, di fare ricorso alla sanzione detentiva per colpire l'ingresso o la presenza irregolare dei cittadini dei paesi terzi.

La sentenza della Corte di Giustizia UE resa in data 6 dicembre 2011 (*Achughbadian*) ha precisato che:

- *“la direttiva 2008/115 ... non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno”.*
- *“Poiché le norme e le procedure comuni introdotte dalla direttiva 2008/115 riguardano solo l'adozione di decisioni di rimpatrio e la loro esecuzione, occorre inoltre far notare che tale direttiva non osta ad una detenzione finalizzata a determinare se il soggiorno di un cittadino di un paese terzo sia regolare o meno”.*
- *“Tale conclusione è corroborata dal diciassettesimo ‘considerando’ di detta direttiva, dal quale si deduce che le condizioni dell'arresto iniziale di cittadini di paesi terzi sospettati di soggiornare in modo irregolare in uno Stato membro rimangono disciplinate dal diritto nazionale”.*
- *“A tale riguardo, 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 tale persona sia un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare...”.*

Ciò premesso, osserva la Corte:

- *“le competenti autorità, onde evitare di compromettere, come ricordato al punto precedente, l'obiettivo della direttiva 2008/115, sono tenute ad agire con diligenza e a pronunciarsi senza indugio in merito alla regolarità o meno del soggiorno della persona interessata. Una*

volta constatata l'irregolarità del soggiorno, dette autorità devono, ai sensi dell'art. 6, n. 1, di detta direttiva, e fatte salve le eccezioni previste da quest'ultima, emanare una decisione di rimpatrio."

- "Da quanto precede risulta che la direttiva 2008/115 non vieta né una disciplina nazionale come l'art. L. 621-1 del Ceseda, nella parte in cui quest'ultima qualifica il soggiorno irregolare di un cittadino di un paese terzo come reato ed irroga sanzioni penali, compresa la pena della reclusione, per reprimere tale tipo di soggiorno, né la detenzione di un cittadino di un paese terzo allo scopo di determinare se il suo soggiorno sia regolare oppure no. Tuttavia, occorre anche verificare se tale direttiva osti ad una disciplina come quella istituita dall'art. L. 621-1 del Ceseda laddove quest'ultima può condurre alla reclusione nel corso del procedimento di rimpatrio disciplinato da detta direttiva".
- "A questo proposito, la Corte ha già rilevato che, nonostante la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrino, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito del diritto può nondimeno incidere il diritto dell'Unione. Pertanto, 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. Detti Stati non possono applicare una normativa penale tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile (sentenza El Dridi, cit., punti 53-55 e la giurisprudenza ivi citata)".

In conclusione, osserva la Corte, dal complesso delle considerazioni esposte, "risulta dunque che gli Stati membri, vincolati dalla direttiva 2008/115, non possono prevedere la pena della reclusione per i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare nei casi in cui tali cittadini, in forza delle norme e delle procedure comuni stabilite da tale direttiva, devono essere allontanati e possono al massimo, nell'ottica della preparazione e della realizzazione di tale allontanamento, essere sottoposti a trattenimento. Tuttavia, ciò non esclude la facoltà degli Stati membri di adottare o di mantenere in vigore disposizioni, eventualmente anche di natura penale, che disciplinino, nel rispetto dei principi di detta direttiva e del suo obiettivo, le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare (sentenza El Dridi, cit. supra, punti 52 e 60)".

5. ARGOMENTI ESSENZIALI DELLE PARTI NEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE

(v. art. 94 RdP e punto 23 delle Raccomandazioni)

Nel procedimento penale nei confronti di C**** le parti hanno così concluso.

Il Pubblico Ministero ha chiesto la condanna del C**** a otto mesi di reclusione.

Il difensore del C**** ha chiesto la sua assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato ritenendo che l'art. 13 comma 13° D.l.vo 1998 n. 286 non potesse trovare applicazione in quanto vi osta la Direttiva 2008/115.

6. PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE DEL RINVIO

(v. art. 94 RdP e punto 24 delle Raccomandazioni)

Nel caso che viene sottoposto all'esame della Corte di Giustizia UE il meccanismo che presiede al trattamento dello straniero irregolare è completamente rovesciato rispetto alle procedure previste dalla Direttiva 2008/115 e all'interpretazione che finora è stata data dalla Corte di Giustizia UE: il

rimpatrio viene disposto solo dopo aver realizzato la pretesa punitiva. Ma tale pretesa punitiva non è concepita in funzione di un efficace allontanamento data l'entità della sanzione prevista. Se, in teoria, l'arresto obbligatorio e l'eventuale trattenimento dello straniero ai fini della corretta identificazione del cittadino del paese terzo potrebbero essere funzionali al suo rimpatrio, il regime attuale previsto dall'art. 13 comma 13° D.l.vo 1998 n. 286 è unicamente orientato ad infliggere una sanzione detentiva fino a quattro anni di reclusione del tutto sproporzionata rispetto allo scopo di un celere rimpatrio del cittadino straniero irregolare. Tale regime inquadra l'allontanamento coattivo come sanzione accessoria da eseguirsi solo a pena scontata confermando così come lo spirito del legislatore italiano sia informato ad esigenze puramente sanzionatorie della condizione di irregolarità anziché alla dovuta ricerca dell'effetto utile (art. 8.4 della direttiva 2008/115: "Ove gli Stati membri ricorrano – in ultima istanza – a misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza, tali misure sono proporzionate e non eccedano un uso ragionevole della forza. Le misure coercitive sono attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato").).

Ad avviso di questo giudicante non è apprezzabile l'argomento secondo cui la procedura puramente penale adottata per fronteggiare la violazione del divieto di reingresso sarebbe giustificata proprio dal pregresso esaurimento delle procedure amministrative di rimpatrio e dal ricorso, *in extrema ratio*, allo strumento della reclusione.

In realtà dal tenore letterale e sostanziale della Direttiva 2008/115 si deve ritenere che l'irregolarità della condizione dello straniero che abbia violato il divieto di reingresso non esime lo Stato dall'obbligo di ricercare prioritariamente, anche in questo caso, il suo celere allontanamento poiché l'unica eccezione contemplata dalla direttiva 2008/115 che consente agli Stati membri di prescindere dalle procedure volte a realizzare l'effetto utile riguarda quei casi in cui l'espulsione sia stata disposta a titolo di sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

Vi sarebbero, pertanto, gli estremi – come ha sostenuto il difensore del C**** – per una diretta disapplicazione dell'art. 13 comma 13 D.l.vo 1998 n. 286. Tuttavia il precedente della Corte di Cassazione, ampiamente discusso *infra*, pone questo giudicante in una posizione di contrasto con i giudici della Suprema Corte che può essere risolto solo dal giudice naturale competente ad interpretare la legislazione europea.

In questo senso si chiede alla Corte di Giustizia UE di decidere se le disposizioni della direttiva ostino all'esistenza di norme nazionali degli Stati membri che prevedano la pena della reclusione sino a quattro anni di un cittadino di un paese terzo che, dopo essere stato rimpatriato non a titolo di sanzione penale né in conseguenza di una sanzione penale, abbia fatto nuovamente ingresso nel territorio dello Stato in violazione di un legittimo divieto di reingresso, senza che tale cittadino sia stato previamente sottoposto alle misure coercitive previste dall'art. 8 della direttiva 2008/115 ai fini del suo pronto ed efficace allontanamento.

7. RINVIO DELLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

(v. art. 94 RdP e punto 26 delle Raccomandazioni)

Per questi motivi il giudice del Tribunale di Firenze
visto l'articolo 267 TFUE, così provvede:

Sottopone alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale:

se le disposizioni della Direttiva 2008/115 ostino all'esistenza di norme nazionali degli Stati membri che prevedano la pena della reclusione sino a quattro anni di un cittadino di un paese terzo

che, dopo essere stato rimpatriato non a titolo di sanzione penale né in conseguenza di una sanzione penale, abbia fatto nuovamente ingresso nel territorio dello Stato in violazione di un legittimo divieto di reingresso, senza che tale cittadino sia stato previamente sottoposto alle misure coercitive previste dall'art. 8 della direttiva 2008/115 ai fini del suo pronto ed efficace allontanamento.

P.Q.M.

Dispone la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.
Sospende il procedimento fino alla pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Firenze 22.5.2014

dott. Marco Bouchard

Indirizzo di posta elettronica

Giudice: ****

Difensore: ****