

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

GIUDICE DI PACE DI LECCE

ORDINANZA DI RIMESSIONE

Decidendo sul fascicolo penale intestato all'imputato M.A.K. nato a Saint Louis (Senegal) il *omissis* nel procedimento contrassegnato con il n. *omissis*, elettivamente domiciliato presso il difensore di fiducia avv. C. S., per il reato di cui all'art. 10 *bis* del D.Lgs 286/1998 come introdotto dall'art. 1 co. 16 L. 15.7.2009 n. 94, per avere, quale cittadino straniero, fatto ingresso ed essersi trattenuto nel territorio dello stato in violazione delle disposizioni del medesimo decreto legislativo e dell'art. 1 della legge n. 68/2007 essendo privo di valido titolo di soggiorno, reato commesso in Lecce 4.03.2010.

La Procura della Repubblica di Lecce in data 22.3.2010 autorizzava la presentazione immediata a giudizio per l'udienza del 9.4.2010, nella quale verificata la regolarità delle notifiche in data 24.3.2010, come in atti, il giudicante rimetteva con ordinanza alla Corte Costituzionale per le questioni di legittimità Costituzionale, che le dichiarava infondate.

Convocate le parti per il prosieguo del giudizio, all'udienza del 22.9.2011, l'avv. C. chiedeva l'assoluzione dell'imputato ai sensi dell'art. 530 ed in subordine chiedeva la rimessione alla Corte di Giustizia Europea per la questione di pregiudiziale.

Il Pubblico Ministero si associava alla richiesta del difensore, ma non alla subordinata.

QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Il giudicante è competente per il reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* del dec. Leg. 286/98 in base all'art. 1 co. 17 L. 15.7.2009 n. 94 che modifica il D.Lgs 28.8.2000 n. 274 aggiungendo l'art. 20 bis e ss.

L'art. 10 *bis* del dec. Leg. 286/98, al primo comma stabilisce 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 nonché di quelle di cui all'art. 1 della Legge 28 maggio 2000 n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 del codice penale".

Premesso che gli elementi di prova acquisiti consentirebbero di ritenere astrattamente provata la responsabilità dell'imputato in relazione alla contravvenzione suddetta a lui contestata, questo Giudice si domanda se l'articolo 10 *bis* del Decreto Legislativo 286/98 sia compatibile con i principi generali della Direttiva Europea 2008/115/CE .

Sul punto occorre osservare che:

In linea generale, le direttive comunitarie nascono come fonti le quali vincolano lo Stato membro " per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi " (art. 288 del vigente Trattato sull'Unione) così che, sino al varo della legge dei singoli Stati membri che dà loro attuazione, parrebbero non concernere direttamente il giudice nazionale abilitato ad applicare la sola legge interna con la quale ciascuno Stato membro si conforma a quanto stabilito nella fonte europea.

Tuttavia, le condizioni univocamente riconosciute per riconoscere l'efficacia diretta di simili fonti sono ricondotte ad un duplice parametro:

I) anzitutto che sia scaduto il termine per la loro attuazione da parte dei singoli Stati, tale requisito, nel caso in esame, deve ritenersi pacificamente integrato dal momento che il termine in questione è spirato il 24 dicembre 2010 senza che la legge di attuazione interna della direttiva comunitaria sia stata varata;

II) inoltre, che la direttiva sia dettagliata (o, come si dice, *self-executive*) vale a dire chiara e precisa (nel senso che essa detti disposizioni le quali, nel loro complesso, disegnino una disciplina completa dell'istituto senza dover ricorrere a fonti esterne per la compiuta specificazione), ed incondizionata (nel senso di non prevedere al proprio interno condizioni alle quali la disciplina è subordinata per poter essere applicata).

1) l'art. 1 della Direttiva 2008/115, sotto la rubrica ... Oggetto ... stabilisce il principio generale secondo cui i cittadini di paesi terzi irregolarmente soggiornanti devono essere rimpatriati secondo norme e procedure comuni a tutti gli Stati Membri nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale.

2) Il sesto considerando della predetta direttiva pone come obiettivo che il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi irregolarmente entrati o soggiornati nei paesi terzi avvenga "secondo una procedura equa e trasparente".

3) Gli articoli 6, 7 e 8 della Direttiva dei rimpatri disciplina con norme precise e sufficientemente dettagliate del procedimento di rimpatrio degli stranieri irregolari, attraverso una serie di strumenti atti a garantire che la libertà ed i diritti fondamentali del destinatario della decisione di rimpatrio siano compressi il meno possibile e per il minor tempo possibile. Per fare ciò la Direttiva prevede una progressione delle misure restrittive attuabili solo a seguito della accertata impossibilità di attuazione di misure meno coercitive.

Ed infatti l'art. 7 rubricato "Partenza Volontaria" prevede che venga assegnato un congruo termine (compreso tra 7 e 30 giorni prorogabili) per consentire allo straniero di allontanarsi volontariamente dal territorio degli Stati Membri.

L'art. 8 della citata Direttiva prevede poi che, qualora il termine per la partenza volontaria non sia stato rispettato o nei casi in cui non sia stato concesso, lo Stato Membro debba procedere al rimpatrio coatto nel rispetto delle garanzie procedurali previste dal capo III ed eventualmente ricorrendo allo strumento del trattenimento previsto dal capo IV della Direttiva sui rimpatri.

4) Non vi è pertanto motivo di dubitare che l'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario sia quello di rimpatriare gli stranieri irregolarmente soggiornanti secondo una procedura uniforme per tutti i paesi membri.

5) Orbene occorre a questo punto stabilire se l'art. 10 *bis* del Testo Unico sull'immigrazione osti al raggiungimento dell'effetto utile della Direttiva comunitaria, ovvero disciplini aspetti differenti.

Nessuno dubita che il reato di clandestinità sia stato introdotto per accelerare le procedure di espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante.

A riprova di ciò deve osservarsi che:

a) il legislatore italiano nel sanzionare penalmente la condotta di ingresso e/o soggiorno irregolare nel territorio nazionale, ha espressamente stabilito che la sanzione penale possa essere sostituita dalla misura dell'espulsione coatta con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Articolo 16

Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione.

(Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 14)

1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10-*bis*, qualora non ricorrano le cause ostative (2) 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, (3) può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni.

2. L'espulsione di cui al comma 1 è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4.

b) Al procedimento penale per il reato di clandestinità si applicano le disposizioni di cui agli artt. 20 *bis*, 20 *ter* e 22 *bis* del decreto legislativo 28 Agosto 2000 n. 274 (art. 10 *bis* comma 3 dec. Leg. 286/98), che hanno introdotto una sorta di procedimento penale di urgenza teso a definire il procedimento in tempi ridottissimi.

c) Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato di clandestinità non è neppure richiesto il rilascio del nulla osta all'espulsione da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato, come invece richiesto per tutti gli altri reati a sensi dell'art. 13 comma 3 del decreto Leg. 286/98 (art. 10 *bis* comma 4 dec. Leg. 286/98).

d) Una volta che il Giudice abbia acquisito notizia che il respingimento o l'espulsione sono stati eseguiti, il giudice procedente per il reato di clandestinità ha

l'obbligo di pronunciare sentenza di non luogo a procedere (art. 10 *bis* comma 5 dec. leg. 286/98).

In conclusione, la Direttiva Comunitaria sui rimpatri e l'art. 10 *bis* del T.U. sull'immigrazione hanno il medesimo obiettivo ma prevedono strumenti affatto differenti per il conseguimento dello stesso: la legislazione nazionale persegue il fine del rimpatrio attraverso l'incriminazione dello straniero irregolare; il legislatore comunitario attraverso una particolare procedura amministrativa garantista e rispettosa dei diritti umani dello straniero.

Posto dunque che le due discipline appaiono manifestamente incompatibili, occorre a questo punto stabilire con giuridica certezza quale delle due debba essere applicata al caso concreto.

Questo Giudice non ignora che:

A) la direttiva comunitaria sui rimpatri avrebbe dovuto essere recepita dal legislatore nazionale entro il 24 dicembre 2010;

B) la direttiva appare sufficientemente dettagliata nella disciplina relativa alla procedura amministrativa di rimpatrio dei cittadini extracomunitaria irregolarmente soggiornanti;

C) il legislatore nazionale non ha inteso abrogare l'art. 10 *bis* del T.U. all'indomani dello scadere del termine ultimo per il recepimento della direttiva;

D) la direttiva 118/2008/CE è self - executive in parte qua.

Sulla scorta di queste premesse si dovrebbe evidentemente dare prevalenza alle norme della Direttiva Comunitaria rispetto a quelle dell'ordinamento interno.

Tuttavia l'art. 2, par. 2, lett. B della direttiva comunitaria autorizza gli stati membri a non applicare la direttiva ai cittadini di paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

Questo giudice ritiene che l'art. 2 par. 2 lett. B appena citato sia stato previsto per non interferire nelle scelte, rimesse alla discrezionalità di ciascun stato membro, di attuare gli strumenti più opportuni per allontanare gli stranieri che si siano dimostrati immeritevoli di soggiornare nel territorio nazionale, avendo commesso fatti di rilevanza penale.

Così intesa la facoltà di non applicare la direttiva sui rimpatri di cui all'art. 2 Direttiva si riferisce evidentemente a cittadini extra comunitari penalmente

condannati per condotte differenti dalla loro mera condizione giuridica soggettiva di irregolare (come accade ad esempio nelle ipotesi di espulsione come misura di sicurezza o come sanzione sostitutiva od alternativa alla detenzione di cui agli artt. 15 e 16 del T.U. sull'immigrazione).

Questa interpretazione dunque deve indurre a ritenere che il reato di clandestinità di cui all'art 10 *bis* del T.U., non possa e non debba rientrare nelle ipotesi di esclusione di cui all'art. 2 par. 2 della Direttiva sui rimpatri.

Diversamente opinando si giungerebbe a conclusioni evidentemente contraddittorie.

Da una parte, infatti, l'Italia ha assunto dei precisi obblighi sottoscrivendo la direttiva comunitaria sui rimpatri, e dall'altra l'Italia si è svincolata agevolmente dai predetti obblighi semplicemente istituendo una nuova fattispecie incriminatrice tale da assorbire tutte le possibili ipotesi di ingresso e soggiorno irregolare, già disciplinate dalla medesima Direttiva.

Se così fosse si tratterebbe evidentemente di una violazione dell'obbligo di *standstill*, ossia del divieto dagli stati membri di adottare misure in contrasto con gli obiettivi di una direttiva o che ne ostacolano la attuazione.

In conclusione escludere l'applicazione della direttiva in tutte le situazioni di presenza illegale di uno straniero nel territorio nazionale attraverso la creazione di un reato ad hoc vuol dire privare la direttiva della sua stessa ragione di esistenza e quindi violare il principio dell'effetto utile e l'obbligo di leale cooperazione previsto nell'articolo 4 n. 3 TUE, che impone di interpretare il diritto interno in maniera conforme agli obblighi prescritti nelle direttive.

Recentemente la Corte di Giustizia (sez. I, 28.04.2011) ha ribadito in maniera inequivocabile il principio secondo cui gli Stati membri 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 dal suo effetto utile (par. 55).

Posto dunque che la direttiva sui rimpatri deve sicuramente trovare applicazione anche nel caso che la situazione di irregolarità sia considerata dalla legislazione interna alla stregua di un reato sanzionabile con la misura sostitutiva dell'espulsione, a questo giudice non resta che sottoporre in via preventiva alla Corte

di Giustizia Europea il quesito interpretativo del diritto dell'Unione riportato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace di Lecce avv. Cosimo Rochira ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, formula i seguenti quesiti interpretativi.

Alla luce dei principi di leale collaborazione, dell'obbligo di standstill e del conseguimento dell'effetto utile del rimpatrio dei cittadini extracomunitari il cui ingresso o soggiorno non è avvenuto in maniera conforme alla legge nazionale, dica la Corte:

1 - "se l'art. 2 par. 2 lett. B della direttiva 2008/115/CE osti alla possibilità di applicare la medesima direttiva anche in presenza della normativa interna (art. 10 bis T.U. 286/98) che sanziona la condizione di ingresso e soggiorno irregolare con la misura dell'espulsione sostitutiva della pena";

2 - "se la direttiva comunitaria sul rimpatrio dei cittadini dei paesi terzi osti alla possibilità di sanzionare penalmente la mera presenza dello straniero sul territorio nazionale in condizione di irregolarità, indipendentemente dalla completamento della procedura amministrativa di rimpatrio prevista dalla legge interna e dalla stessa direttiva".

Sospende il presente processo e ordina la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia Europea;

Manda alla Cancelleria per i relativi adempimenti.

Così deciso in Lecce il 22.09.2011

Il Giudice di Pace

(Avv. Cosimo Rochira)