

La repressione penale degli stranieri irregolari nella legislazione italiana all'esame delle Corti costituzionale e di giustizia

di Angela Cossiri *

(21 maggio 2011)

Sommario: 1. I profili di illegittimità costituzionale della repressione penale degli stranieri irregolari nella giurisprudenza interna. - 2. L'incompatibilità comunitaria del reato di inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento. - 3. L'impatto della sentenza El Dridi nell'ordinamento interno. Qualche osservazione "a prima lettura".

1. I PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA REPRESSIONE PENALE DEGLI STRANIERI IRREGOLARI NELLA GIURISPRUDENZA INTERNA

La Corte di giustizia dell'Unione europea – adita in via pregiudiziale dalla Corte di appello di Trento – si è recentemente pronunciata sull'interpretazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti. La Corte ha stabilito che la direttiva – in particolare con riferimento agli artt. 15 e 16 – *«osta ad una normativa di uno Stato membro [...] 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»* (CG, I sez., C-61/11, 27 aprile 2011).

La decisione trae origine dal caso di Hassen El Dridi, cittadino di un Paese terzo, detenuto in Italia in regime di custodia cautelare, nei confronti del quale è stata pronunciata in primo grado dal Giudice monocratico di Trento la condanna ad un anno di reclusione, in applicazione dell'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. 286 del 1998 (TU Immigrazione). La disposizione, introdotta in Italia nel 2009, disciplina il caso di illecito trattenimento nel territorio nazionale, senza giustificato motivo, in violazione dell'ordine impartito dal Questore di lasciare lo Stato, prevedendo come pena la reclusione da uno a quattro anni.

La sentenza europea interviene dopo diverse decisioni della Corte costituzionale italiana che hanno scrutinato alcune delle fattispecie incriminatrici introdotte nel Testo unico sull'immigrazione dai cd. "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009 e ne hanno riconosciuto, sotto diversi profili, l'incostituzionalità.

Già nel luglio scorso, con la sentenza n. 249 del 2010, Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima, in riferimento agli artt. 3 e 25, comma 2, Cost., la previsione della circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «*mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*» (cd. "aggravante di clandestinità" ex art. l'art. 61, n. 11-bis, c.p., introdotta dal legislatore nel 2008), rilevando l'incompatibilità della disposizione – che fa riferimento ad una «*condizione personale*» ai sensi dell'art. 3, comma 1, Cost. – con i principi di offensività del reato e di personalità della responsabilità penale.

Nella pronuncia si ricordano due basilari fondamenti costituzionali in tema di trattamento giuridico dello straniero, ovvero la titolarità, in capo ai non cittadini, dei diritti inviolabili, che spettano ai singoli «*non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*» (Corte cost., sent. n. 105 del 2001) e l'inammissibilità di trattamenti diversificati e peggiorativi dei non cittadini sulla base della sola condizione giuridica di stranieri. La cd. "aggravante di clandestinità" – sostiene la Corte – non si giustifica né nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali, né con la finalità di contrastare l'immigrazione illegale. Tale scopo, infatti, non può essere perseguito sanzionando più duramente lo stesso fatto, quando esso venga ascritto ad uno straniero irregolare, anziché ad un cittadino. Secondo il giudice costituzionale, dunque, la disposizione censurata individua un «*tipo di autore*» – l'immigrato irregolare – illegittimamente assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento, per effetto di uno «*stigma*» che viene impresso sul soggetto e che ne caratterizza – con presunzione generale ed assoluta – tutte le successive condotte penalmente illecite, come segnate da un accentuato antagonismo verso la legalità. Tale presunzione non trova giustificazione nella violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori, visto che detta trasgressione non è univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale.

Nel dicembre 2010, la Consulta si è poi pronunciata in merito all'art. 14, comma 5-*quater* TU, come modificato nel 2009, secondo il quale lo straniero inottemperante, destinatario di un ordine questorile di allontanamento, intervenuto dopo un decreto di espulsione prefettizio, è punito con la reclusione da uno a cinque anni (Corte cost., sent. n. 359 del 2010). La sentenza interviene nella parte in cui la disposizione incriminatrice – a

differenza di quella di cui al comma 5-ter del medesimo articolo – non esclude la punibilità quando ricorra un «*giustificato motivo*». Ad avviso del Giudice costituzionale, «*è manifestamente irragionevole che una situazione ritenuta dalla legge idonea ad escludere la punibilità dell'omissione in occasione del primo inadempimento, perda validità se permane nel tempo, senza responsabilità del soggetto destinatario dell'ordine di allontanamento, o che il verificarsi di una nuova situazione ostativa, in sé e per sé idonea ad integrare l'ipotesi di un «giustificato motivo», sol perché intervenuta in un secondo momento, non abbia rilevanza ai fini del suo riconoscimento come elemento negativo del fatto di reato*». Infatti, «*se una particolare situazione è tale da giustificare il mancato allontanamento entro cinque giorni, non si vede perché la considerazione giuridica della stessa debba mutare radicalmente per il semplice fatto che la situazione permanga, si ripresenti o insorga in occasione di un successivo ordine di allontanamento*». Seguendo questo ragionamento dunque, il reato ex art. 14, comma 5-*quater*, deve essere escluso ogni volta che il giudice rilevi la sussistenza di un «*giustificato motivo*», quale ad esempio un estremo stato di indigenza che impedisca di fatto allo straniero di allontanarsi. «*Il rimedio ordinario previsto dalla legge per la presenza illegale nel territorio dello Stato del destinatario di un provvedimento di espulsione – occorre ricordarlo – è l'esecuzione coattiva del provvedimento stesso. In assenza di tale misura amministrativa, l'affidamento dell'esecuzione allo stesso soggetto destinatario del provvedimento incontra i limiti e le difficoltà dovuti alle possibilità pratiche dei singoli soggetti, che il comma 5-ter dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 ha preso in considerazione, in un ragionevole bilanciamento tra l'interesse pubblico all'osservanza dei provvedimenti dell'autorità, in tema di controllo dell'immigrazione illegale, e l'insopprimibile tutela della persona umana*». Già da queste iniziali pronunce costituzionali – come si vede – emerge una prima censura alla logica ispiratrice delle riforme legislative del 2008-2009, miranti per la prima volta alla criminalizzazione della condizione personale di migrante irregolare in se stessa.

Una questione di compatibilità comunitaria della disciplina penalistica introdotta con il “pacchetto sicurezza” del 2009 era stata sottoposta dal Giudice di pace di Lecco alla Corte costituzionale italiana, con riferimento però alla sola disposizione incriminatrice di cui all'art. 10-*bis* TU, rubricato «*ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*», che punisce con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, «*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 [citato] testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68 [disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari,*

turismo e studio]». La Corte ha escluso la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. per asserita contrarietà alla direttiva 2008/115/CE prospettata dal remittente, rilevando, senza entrare nel merito delle censure, che il termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva "rimpatri", fissato per il 24 dicembre 2010, non fosse ancora scaduto. Ha inoltre correttamente osservato che comunque il contrasto si porrebbe non già con la disposizione indicata come oggetto dello scrutinio della Corte nell'ordinanza di rinvio, ma eventualmente con le norme preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi ed, in particolare, con l'art. 13, c. 4, TU, non impugnato dal giudice *a quo* (Corte cost., sent. n. 250 del 2010). Nell'occasione, la Corte ha scrutinato e respinto o dichiarato inammissibili tutte le questioni di legittimità costituzionale prospettate *prima facie* dai Giudici di pace sulla fattispecie contravvenzionale citata, tutt'ora pienamente efficace nell'ordinamento interno (il precedente costituzionale è stato confermato dalle più recenti ordd. nn. 32 e 84 del 2011 di manifesta infondatezza; inoltre, numerose questioni di legittimità costituzionale, sollevate sul medesimo art. 10-*bis*, in riferimento a diversi parametri, sono state dichiarate manifestamente inammissibili per mancanza di presupposti processuali: cfr., *ex plurimis*, Corte cost., ordd. nn. 318, 320, 329 e 343 del 2010; 6, 72, 75 e 95 del 2011 e, da ultimo, 154, 161 e 162 del 2011).

Come è stato giustamente osservato, a partire dalla sentenza n. 250, la giurisprudenza costituzionale pare dunque legittimare l'utilizzo dello strumento penale per il controllo dei flussi migratori non solo più in funzione sussidiaria dell'azione amministrativa, ma quale mezzo di controllo diretto di un fenomeno strutturale (cfr. G. SAVIO, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2/2011, p. 136). La Corte tuttavia, nella suddetta pronuncia, prospetta due espedienti operativi, teoricamente in grado di mitigare l'astratto rigore sanzionatorio della disciplina. In primo luogo «*rimane [...] operante il basilare principio ad impossibilia nemo tenetur, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie. In rapporto a tali fattispecie, difatti, l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude – secondo una diffusa opinione – la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione. Ne consegue che, per questo verso, un insieme di situazioni, rilevanti come «giustificato motivo» in rapporto al reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento, ben possono venire in considerazione anche ai fini di escludere la configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 (si*

*pensi, ad esempio, alla indisponibilità, da parte dello straniero, per cause indipendenti dalla sua volontà, dei documenti necessari al fine di lasciare legalmente il territorio nazionale)». In secondo luogo, si richiama l'istituto della improcedibilità per particolare tenuità del fatto (ex art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000), reso applicabile dall'attribuzione in via esclusiva della competenza per il reato in esame al giudice di pace, «*istituto la cui disciplina – nel suo riferimento alle condizioni dell'esiguità dell'offesa all'interesse tutelato, dell'occasionalità della violazione, del ridotto grado di colpevolezza e del pregiudizio recato dal procedimento penale alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'imputato – può valere a “controbilanciare” la mancata attribuzione di rilievo alle fattispecie di «giustificato motivo» che esulino dal novero delle cause generali di non punibilità».**

Come osservano gli operatori pratici ed anche i giudici *a quibus* che si sono rivolti in gran numero alla Corte, la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 10-*bis* presenta un alto livello di problematicità, anche in considerazione della ordinaria condizione di insolvibilità del migrante e alla luce delle connessioni sistemiche, ad esempio con l'obbligo di denuncia all'Autorità giudiziaria gravante sui pubblici ufficiali ex art. 331 c.p.p. Seppure non si intenda qui approfondire la questione, gli effetti della disposizione incriminatrice nell'ordinamento vanno verificati, considerando un profilo che chiarisce l'intenzione del legislatore e probabilmente, piuttosto che dissolverle, acuisce le preoccupazioni di violazione dei parametri costituzionali: la previsione di cui all'art. 16 TU consente al giudice di sostituire la pena dell'ammenda con la misura dell'espulsione. Procedere o meno alla sostituzione è una scelta totalmente discrezionale del singolo Giudice di pace competente, svincolata da criteri previamente indicati a livello legislativo. Inoltre, se è vero che sanzioni penali per la condotta descritta nell'art. 10-*bis* TU sono previste anche in altri Paesi europei, è altrettanto vero che il dato va letto alla luce del peculiare obbligo di esercizio dell'azione penale, previsto nell'ordinamento italiano. Merita ricordare comunque che sulla disposizione di cui all'art. 10-*bis*, per ora “salvata” dalla Corte costituzionale, pende anche questione pregiudiziale comunitaria, proprio con riferimento alla direttiva “rimpatri”.

2. L'INCOMPATIBILITA' COMUNITARIA DEL REATO DI INOTTEMPERANZA ALL'ORDINE QUESTORILE DI ALLONTANAMENTO

La pronuncia europea El Dridi interviene in questo quadro, a direttiva ampiamente scaduta ed illegittimamente non ancora adempiuta dallo Stato italiano.

E' anzitutto significativo che venga accolta la richiesta del giudice del rinvio di sottoporre la pregiudiziale a procedimento d'urgenza, a norma dell'art. 104-ter del regolamento di procedura, richiesta formulata in ragione dello stato di custodia cautelare dell'imputato. Il giudice europeo si pronuncia, dunque, in meno di tre mesi dalla decisione di rinvio del giudice nazionale.

Nel merito della questione, secondo la Corte di giustizia, il decreto prefettizio che stabilisce l'obbligo di lasciare il territorio nazionale integra una «*decisione di rimpatrio*», come definita dall'art. 3, punto 4, della direttiva 2008/115; tuttavia la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana differisce notevolmente da quella stabilita dalla direttiva europea.

Infatti, al fine di stabilire norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi irregolarmente soggiornanti, che siano rispettose della dignità umana e dei diritti fondamentali («*in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale*»), la direttiva europea – a differenza della normativa italiana – privilegia la partenza volontaria del cittadino del Paese terzo e prescrive la concessione di un termine adeguato per l'abbandono del territorio statale, compreso tra i sette e i trenta giorni. Se lo straniero non adempie entro il termine, lo Stato deve provvedere all'allontanamento, assumendo tutte le misure necessarie allo scopo. Discende dal sedicesimo “considerando” e dal testo dell'art. 15, n. 1, che l'eventuale uso di misure coercitive è consentito nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi di efficacia e di proporzionalità dei mezzi impiegati rispetto agli obiettivi perseguiti, per cui un eventuale trattenimento viene giustificato solo se l'uso di misure meno coercitive si dimostri insufficiente. Il trattenimento può protrarsi unicamente per il tempo necessario alla preparazione del rimpatrio e comunque entro una durata massima di sei mesi, prolungabili di altri dodici in presenza di ulteriori presupposti. La direttiva dispone che il trattenimento avvenga in strutture dedicate alla permanenza temporanea ed, in ogni caso, ove si debbano usare istituti di pena, in luoghi separati rispetto a quelli destinati ai detenuti ordinari.

Invece, secondo la legislazione italiana, quando non sia possibile l'immediato accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (regola generale prevista dall'art. 13, comma 4, TU), perché occorra procedere a soccorso, ad accertamenti sull'identità o nazionalità o per l'indisponibilità del vettore (eccezioni previste dall'art. 14,

comma 1), e non sia neppure possibile il trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione, perché i centri non hanno posti disponibili, o i termini massimi del trattenimento siano già scaduti senza che l'espulsione abbia avuto luogo (secondo il disposto dell'art. 14, comma 5-bis), il questore intima allo straniero di provvedere con i propri mezzi a lasciare il territorio entro cinque giorni, ordine la cui inottemperanza senza giustificato motivo è punita con la reclusione da uno a quattro anni (la distanza tra la direttiva comunitaria "rimpatri" e la legislazione italiana è stata puntualmente rilevata da A. PUGIOTTO, *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Associazione dei costituzionalisti, annuario 2009. Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, 2010, p. 333 ss).

Nella prassi, la situazione normativa descritta dalla Corte europea si è ulteriormente aggravata a seguito della contestata circolare del Ministero dell'interno del 17 dicembre 2010, la quale – mediante una sorta di interpretazione "correttiva" della legislazione – ha previsto una serie di motivi impeditivi alla concessione del termine per la partenza volontaria.

Secondo il giudice di Lussemburgo, i Paesi membri, al fine di dissuadere il soggiorno illegale nel loro territorio, sono liberi di adottare misure anche penali, che rientrano certamente nell'esclusiva competenza statale; tuttavia siffatte misure non possono compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dagli strumenti normativi europei, così da privare questi ultimi del loro effetto utile (cfr. CG, Casati, C-203/80, 11 novembre 1981; Cowan, C- 186/87, 2 febbraio 1989; Lemmens, C-226/97, 16 giugno 1998, espressamente citate). La Corte dunque utilizza nella sua motivazione uno strumento ermeneutico classico, la dottrina dell'"effetto utile", con il conseguente allargamento della competenza europea, a fronte di una compressione delle competenze nazionali, e in funzione espansiva alla tutela dei diritti: *«gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo [...], una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti»* (punto 58 della sentenza).

Il ragionamento è più compiutamente espresso dall'avvocato generale Mazák, nella presa di posizione del 1° aprile 2011. L'iter argomentativo prende avvio rilevando come il

decreto di espulsione del prefetto e l'ordine di allontanamento siano decisioni amministrative adottate a causa del soggiorno irregolare della persona interessata, non collegate ad una condanna penale precedente; il procedimento penale che coinvolge l'imputato, infatti, non è la causa dell'obbligo di rimpatrio, ma al contrario la conseguenza della mancata esecuzione di detto obbligo. Secondo la direttiva, dopo la scadenza del termine per la partenza volontaria senza che si sia ottemperato all'obbligo, gli Stati debbono adottare tutte le misure necessarie per dare esecuzione alla decisione, comprese quelle coercitive. Una di esse è il trattenimento ai fini dell'allontanamento, disciplinato in modo piuttosto dettagliato dalla normativa europea, poiché esso costituisce una limitazione della libertà personale come riconosciuta nell'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Dal suddetto trattenimento vanno tenute distinte le misure di privazione della libertà individuale collegate ad un procedimento penale. Dalla direttiva 2008/115 si deduce *«chiaramente, in primo luogo, un obbligo di agire a carico dello Stato membro affinché venga eseguita la decisione di rimpatrio e, in secondo luogo, per garantire l'effetto utile di tale obbligo, quello di astenersi dall'adottare misure tali da compromettere l'esecuzione di detta decisione. A tali obblighi degli Stati membri corrisponde il diritto dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano irregolarmente nel territorio degli Stati membri a che lo Stato agisca in tal modo»* (punto 36 della presa di posizione cit.). E' proprio dalle osservazioni presentate in corso di causa dallo Stato italiano che emerge la natura solamente repressiva della pena della reclusione, che – dichiaratamente ed anche oggettivamente – mira a punire la violazione di un ordine dell'autorità pubblica, e non invece a dare esecuzione alla decisione di rimpatrio.

In ultima analisi, dunque, la pena della reclusione è incompatibile con la direttiva europea, poiché impedisce obiettivamente, seppure solo temporaneamente, l'esecuzione dell'allontanamento, innescando un corto circuito logico che priva la fonte europea del suo effetto utile. L'UE, secondo l'Avvocato generale, ha posto l'obiettivo di una politica di rimpatrio efficace al di sopra della tutela dell'autorità dei pubblici poteri, prevedendo in tale situazione il trattenimento ai fini di allontanamento. La normativa italiana, al contrario, privilegia l'autorità dei pubblici poteri rispetto ad una politica di rimpatrio efficace, disponendo nella stessa situazione la pena della reclusione e privando, quindi, l'art. 15 del suo effetto utile.

Detto in altri termini, la Corte di giustizia "boccia" la detenzione carceraria – e con essa l'impianto meramente repressivo adottato dal legislatore italiano del 2009 –, perché essa si dimostra in fin dei conti strumento disfunzionale rispetto allo scopo dell'allontanamento,

inadatto a combattere l'immigrazione irregolare, proprio perchè tale da pregiudicare in atto pratico l'efficienza della politica di regolazione dei flussi migratori, che invece va governata attraverso regole razionali e nel rispetto dei diritti fondamentali. Non è dunque sulla questione della compressione delle libertà che fa leva la censura della Corte europea (seppure tale profilo sia ben presente nella premessa alla motivazione, come *ratio* ispiratrice fondamentale della disciplina europea), ma piuttosto si incentra sull'inefficienza della politica repressiva adottata dal legislatore italiano, rispetto al conseguimento dell'obiettivo di rimpatrio dei soggiornanti irregolari, imposto dal diritto Ue. In sostanza, nel confronto con la disciplina comunitaria, quella italiana si dimostra una legislazione fatta di principi-manifesto, che però, in atto pratico, non fornisce soluzione ai problemi e fallisce il compito ultimo di regolare e governare il fenomeno migratorio.

3. L'IMPATTO DELLA SENTENZA EL DRIDI NELL'ORDINAMENTO INTERNO. QUALCHE OSSERVAZIONE "A PRIMA LETTURA"

In forza della consolidata "giurisprudenza Marshall", qualora uno Stato membro non abbia recepito una direttiva entro i termini, come accaduto nel caso in questione, i singoli sono legittimati ad invocare contro detto Stato le disposizioni della direttiva che appaiono, dal punto di vista sostanziale, sufficientemente chiare, precise e incondizionate e tali sono gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115. Il giudice europeo conclude dunque invitando il giudice nazionale a disapplicare l'art. 14, comma 5-ter, ma anche – significativamente – «ogni disposizione del d.lgs. n. 286 del 1998, contraria al risultato della direttiva 2008/115», ovvero ogni altra norma incriminatrice che preveda la pena detentiva, in quanto incompatibile con la fonte europea. Inoltre, secondo l'espressa indicazione della Corte, che si preoccupa così di evitare soluzioni finali differenziate rimesse al discrezionale apprezzamento dell'autorità giudiziaria di volta in volta competente, nel disapplicare la norma incriminatrice, il giudice nazionale dovrà in ogni caso tenere conto del principio dell'applicazione retroattiva della *lex mitior*, parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (cfr., anche, CG, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, sentenza Berlusconi, 3 maggio 2005, punti 66 ss.).

Si badi che l'invito alla disapplicazione non viene limitato al caso in cui l'ordine del questore, rimasto inadempito, sia successivo alla data di scadenza della direttiva entro la quale lo Stato italiano avrebbe dovuto conformare la propria legislazione interna al diritto

Ue. L'effetto liberatorio dovrà quindi prodursi pure per le condotte di inottemperanza poste in essere prima del 24 dicembre 2010. La pronuncia avrà dunque incidenza anche in riferimento alle sentenze definitive di condanna, aprendo interessanti profili di indagine, che sicuramente meriteranno adeguato approfondimento nelle opportune sedi. Il riferimento obbligato è all'art. 673 c.p.p., che non contempla una specifica causa di revoca della condanna definitiva per il caso in questione e che potrebbe essere oggetto di impugnazione costituzionale nel caso in cui non sia possibile accedere ad una interpretazione estensiva.

In conseguenza di questa decisione, fermi restando l'obbligo di recepimento delle direttive, cui il legislatore dovrebbe provvedere senza ulteriore ritardo e la responsabilità dello Stato italiano per infrazione europea, anzitutto riceve avallo ufficiale la strategia della disapplicazione, già praticata in alcune pronunce della giurisprudenza di merito e da alcune Procure italiane, come rimedio palliativo all'inerzia del Parlamento (cfr., ad es., le note dei Procuratori della Repubblica di Firenze, Roma, Lecce e Milano rispettivamente del 25 gennaio, 7 e 10 febbraio e 11 marzo 2011, in *penalecontemporaneo.it*). Nel panorama estero, anche il Consiglio di Stato francese ha riconosciuto l'effetto diretto della direttiva "rimpatri", con riferimento al profilo della concessione di termini per la partenza volontaria, statuendo, con la decisione 345978 del 21 marzo 2011, che lo Stato non può espellere o trattenere lo straniero, se non dopo aver indicato nella legislazione nazionale criteri obiettivi in base ai quali deve ritenersi sussistente il rischio di fuga).

Assai interessante, nell'ottica della precisazione degli effetti della dottrina empirica della disapplicazione, sarà monitorare come questa pronuncia riceverà attuazione nell'ordinamento interno e quali saranno le sue implicazioni pratiche. Nella Camera di consiglio tenutasi lo stesso 28 aprile, la Corte di Cassazione, sez. I penale, trovandosi a decidere dell'impugnazione di alcune sentenze di applicazione delle pene per il reato *de quo*, ha ritenuto di dare seguito alla sentenza El Dridi, annullando senza rinvio le decisioni impugate, perché «*il fatto non è previsto dalla legge come reato*». La Suprema Corte pare in questo modo accogliere, almeno con riferimento a casi di inottemperanza iniziati prima della scadenza della direttiva, la tesi dell'*abolitio criminis*, ricostruendo la non punibilità come conseguenza dell'applicazione di una nuova e più favorevole situazione normativa. Diversa tuttavia potrebbe essere la formula assolutoria per i fatti di inottemperanza successivi alla scadenza della direttiva.

Anche il Consiglio di Stato, adito con riferimento al provvedimento amministrativo di esclusione di stranieri condannati per i reati di cui all'art. 14 TU da una delle cd.

“sanatorie”, si è trovato a dare seguito alla sentenza El Dridi, confermando la linea assunta a prima lettura della Cassazione e statuendo che *«l’entrata in vigore della normativa comunitaria ha prodotto l’abolizione del reato [...] e ciò, a norma dell’art. 2 c.p. ha effetto retroattivo, facendo cessare l’esecuzione della condanna e i relativi effetti penali. Tale retroattività non può non riverberare i propri effetti sui provvedimenti amministrativi negativi dell’emersione del lavoro irregolare, adottati sul presupposto della condanna per un fatto che non è più previsto come reato»* (Cons. St., ad. pl., n. 7 del 10 maggio 2011, punto 5.2).

Un profilo alquanto spinoso sembra essere quello del rapporto tra le norme incriminatrici di cui all’art. 14 TU, indubitabilmente da disapplicare, e la norma incriminatrice di cui all’art. 10-*bis* TU, che – come detto – resta invece pienamente efficace nell’ordinamento interno. Non è infatti da escludersi che il fatto contestato, non più punibile ex art. 14, sia invece da qualificarsi penalmente rilevante ai sensi dell’art. 10-*bis*, con la conseguenza di innescare un circolo vizioso di condanne al pagamento di ammende e provvedimenti amministrativi e/o giudiziari di espulsione, sostanzialmente privi di effetti pratici (per approfondimenti sugli aspetti penalistici della sent. El Dridi, cfr. L. MASERA, F. VIGANO, *Addio Articolo 14, Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia Ue, 28 aprile 2011, El Dridi e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it).

In ogni caso, l’ineludibile punto fermo che la pronuncia europea pone è sicuramente l’inapplicabilità della detenzione agli stranieri irregolari per il solo fatto dell’irregolarità del soggiorno. Un punto fermo che implica anzitutto l’obbligo di immediata revoca di tutte le misure di privazione della libertà personale eventualmente disposte a carico di imputati e condannati. In questa prospettiva, la sentenza El Dridi rappresenta un importante passo in avanti forzatamente imposto dalla giurisdizione Ue, che – a fronte della violazione dell’obbligo di provvedere a carico del legislatore – fornisce una adeguata garanzia ai quei diritti fondamentali dei cittadini di Paesi terzi che la direttiva “rimpatri” si è curata di tutelare e che, in atto pratico, avrà un significativo impatto sulla situazione di sovraffollamento carcerario, di cui la repressione penale dell’immigrazione irregolare è in certa misura corresponsabile (in questa medesima direzione di alleggerimento dell’ordinamento dalle possibilità di condanna a pena detentiva concorre anche una recente decisione delle Sezioni unite penali della Cassazione, riguardante il reato di inottemperanza all’ordine di esibizione dei documenti di identificazione e dei titoli di soggiorno. A seguito della modifica legislativa del 2009, secondo la Cassazione, il reato è configurabile

esclusivamente nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, con conseguente *abolitio criminis* per la condotta degli stranieri in posizione irregolare; cfr. sent. n. 16453, depositata il 27 aprile 2011).

La vicenda può apparire paradossale, ove si ricordi l'*iter* di adozione della direttiva "rimpatri" che ha visto nella prima linea dei più favorevoli all'approvazione del provvedimento normativo europeo, oltre ai gruppi parlamentari conservatori, proprio i rappresentanti del Governo italiano; ma appare d'altro canto coerente con quel percorso fisiologico, sostenuto dalle vie giudiziali, che, a partire dal materiale normativo disponibile, orienta il sistema di tutela dei diritti verso una costante espansione.

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Macerata