

**La decisione “El Dridi” della Corte di Giustizia secondo l’Adunanza plenaria del
Consiglio di Stato: dall’interpretazione pregiudiziale al
sindacato di “legittimità comunitaria”?**

di Corrado Caruso *
(4 giugno 2011)

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze “gemelle” nn. 7-8 del 2011, ha risolto i dubbi legati all’applicazione dell’art. 1 *ter* della legge di sanatoria n. 102/2009. La normativa ha disposto la regolarizzazione di lavoratori extracomunitari che, alla data del 30 giugno 2009, fossero presenti nel territorio dello Stato a qualsiasi titolo e che avessero svolto per almeno tre mesi attività assistenza familiare o di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. Il comma 13, lett. c), di tale articolo esclude il beneficio di legge per gli individui condannati per quei delitti per cui il codice di procedura dispone, in caso di flagranza, l’arresto obbligatorio (art. 380 c.p.p.), o facoltativo (art. 381 c.p.p.). Le disposizioni codicistiche non solo individuano specifiche ipotesi di reato che, per il diverso disvalore, meritano un differente grado di discrezionalità dell’autorità, ma prevedono anche norme residuali che distinguono l’azione della polizia giudiziaria a seconda del trattamento sanzionatorio previsto in via generale dalle singole fattispecie delittuose. Così, è sempre previsto l’arresto obbligatorio per i delitti non colposi puniti con l’ergastolo o con la reclusione inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni; viceversa, l’arresto è facoltativo per i delitti non colposi per i quali la legge abbia stabilito la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni.

Di fronte alle istanze individuali di emersione dal lavoro nero, alcune Prefetture hanno instaurato una consolidata prassi che vede respingere la richiesta di regolarizzazione in caso di condanna dell’interessato per il reato di trattenimento nel territorio dello Stato in violazione dell’ordine di espulsione del Questore (art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998). In effetti, a norma del comma 5 *quinquies* del medesimo articolo, tale delitto comporta l’arresto obbligatorio: tuttavia, esso non risulta tra le fattispecie elencate dall’art. 380 c.p.p.; d’altro canto, la previsione dell’arresto obbligatorio per il reato di illegittimo trattenimento nel territorio dello stato impedisce *prima facie* la riconduzione del reato all’art. 381 c.p.p., nonostante un trattamento sanzionatorio compatibile nel massimo con la soglia edittale richiesta dalla disposizione codicistica. In tal senso, la lettera delle norme processual-penalistiche cui la legge di sanatoria attribuisce il compito di individuare i reati ostativi alla regolarizzazione non chiarisce il trattamento da riservare al reato di illegittimo trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato: anzi, proprio la prassi seguita dagli sportelli per l’immigrazione ha posto un quesito interpretativo fondamentale, dalla cui soluzione dipende la stessa possibilità di regolarizzare lavoratori extracomunitari condannati per tale delitto.

Secondo alcune pronunce (*ex plurimis* Cons. St., sez. VI, sentt. nn. 5890/2010, n. 7209/2010), l’esclusione dal beneficio andrebbe estesa anche al reato di illegittima permanenza dello straniero. Tale fattispecie, infatti, rientrerebbe nell’ambito di applicazione dell’art. 381 c.p.p.: nonostante l’esplicita dizione contraria del comma 5 *quinquies*, a rilevare non sarebbe il *tipo* di arresto (facoltativo o obbligatorio), quanto la circostanza che

si tratti di un reato per il quale, come nella previsione di cui all'art. 381 c.p.p., la pena edittale sia stabilita in misura superiore, nel massimo, a tre anni.

Secondo altro orientamento (in verità minoritario: cfr. Cons. St. sez. VI, ord. n. 4066/2010), la condanna per tale reato non dovrebbe ostacolare la regolarizzazione del lavoratore extracomunitario: anche a voler prescindere dalla mancata menzione del reato *de quo* nelle disposizioni codicistiche, tale delitto non potrebbe essere ricompreso né nell'art. 380 c.p.p., per insufficienza del minimo edittale richiesto per l'applicazione della norma, né nell'art. 381 c.p.p., che si riferisce espressamente all'arresto facoltativo.

Per risolvere questo insanabile contrasto interpretativo, la Terza Sezione del Consiglio di Stato (sent. n. 1653/2011 e ord. n. 1227/2011), ha così rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, che si è pronunciata con due sentenze distinte ma di analogo contenuto.

A complicare ulteriormente la vicenda, è intervenuta, nelle more dei giudizi, la sentenza della Corte di giustizia che ha risolto la causa C-61/11 PPU. Adito in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE dalla Corte di Appello di Trento, il giudice di Lussemburgo ha accertato l'incompatibilità tra la fattispecie penale prevista dall'art. 14 comma 5 *ter* e gli scopi perseguiti dalla direttiva n. 2008/115. A parere della Corte, l'introduzione di una pena detentiva per la violazione da parte dello straniero extracomunitario della procedura amministrativa di espulsione ha l'effetto di ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio e di contraddire, conseguentemente, una "politica efficace di allontanamento (...) dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare". Più in particolare, il mancato recepimento da parte dell'ordinamento italiano dell'atto comunitario nei termini ivi previsti, rende direttamente applicabili gli artt. 15 e 16 della direttiva, che, per un verso, ammettono la privazione della libertà là ove sia strettamente necessario all'espletamento delle modalità di rimpatrio e, per un altro, prescrivono l'ammissibilità della misura detentiva per una durata non superiore ai 18 mesi, richiedendone altresì l'attuazione in un centro apposito diverso dai luoghi di detenzione di diritto comune.

L'intervento della Corte di Giustizia, rende, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, inattuale il contrasto interpretativo: il reato di illegittimo trattenimento risulterebbe, infatti, non più vigente nell'ordinamento interno. Dopo aver richiamato la costante giurisprudenza costituzionale (C. Cost. sent. n. 168/1991) che, sin dalla nota pronuncia n. 170/1984, rinviene nella mancata applicazione della norma interna il criterio di risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario *self executing*, i giudici amministrativi offrono una giustificazione argomentativa che realizza una torsione genetica di tale procedura. Secondo questi ultimi, infatti, la diretta applicazione ("l'entrata in vigore") della normativa comunitaria avrebbe prodotto "l'abolizione del reato" previsto dalla prescrizione interna che, "a norma dell'art. 2 c.p." avrebbe "effetto retroattivo, facendo cessare l'esecuzione della condanna e i relativi effetti penali". In questo senso, verrebbe meno l'efficacia degli atti amministrativi nel frattempo adottati (nella specie: i provvedimenti prefettizi di diniego alla regolarizzazione): il principio del *tempus regit actum* non troverebbe applicazione là ove, come nel caso *de quo*, "siano stati esperiti gli idonei rimedi giudiziari volti a contestare l'assetto prodotto dall'atto impugnato".

Tale assunto pone le premesse per l'ulteriore costruzione teorica, che oltrepassa i rapporti tra atti-fonte per concentrarsi sugli effetti delle pronunce di applicazione diretta del diritto comunitario: "non diversamente da quanto accade a seguito dell'accoglimento della questione incidentale di legittimità costituzionale (...), è da ritenere che le disposizioni

espunte dall'ordinamento per effetto della diretta applicabilità di norme comunitarie non possano più essere oggetto di applicazione, anche indiretta, nella definizione di rapporti ancora *sub judice*". In questo senso, dunque, la fattispecie di reato non andrebbe solo non applicata alla luce del contrasto con gli artt. 15 e 16 della direttiva n. 2008/115, ma verrebbe meno con effetti retroattivi, con la conseguenza di travolgere tutti gli ulteriori atti adottati sulla base della sua vigenza.

Le pronunce sollevano diversi interrogativi, sia sul piano del lessico giuridico, sia dal punto di vista delle premesse teorico-generalì che sembrano trasparire dall'improprio utilizzo terminologico di alcune categorie giuridiche. In primo luogo, non può certo dirsi che la pronuncia della Corte di Giustizia abbia natura costituiva, tale da determinare "l'entrata in vigore" della direttiva comunitaria. L'atto comunitario che non sia *self executing*, infatti, è perfettamente efficace nei confronti degli Stati sin dal ventesimo giorno successivo della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (art. 297 TFUE, e art. 22 direttiva 2008/115). Discorso in parte diverso vale per gli effetti verticali scaturenti dalle disposizioni che impongono obblighi chiari, precisi e incondizionati sugli Stati membri, che comunque sprigionerebbero i propri effetti, come affermato dalla stessa sentenza CGUE, dalla scadenza del termine fissato nell'atto (24 dicembre 2010). Se, dunque, non è la pronuncia della Corte di Giustizia a determinare "l'entrata in vigore" della normativa comunitaria, discende che l'abolizione del reato deriverebbe direttamente da un fenomeno abrogativo con effetti retroattivi, secondo quanto previsto dall'art. 2 c.p., norma per altro richiamata dai giudici di Palazzo Spada. Tuttavia, presupposto teorico del fenomeno abrogativo non è solo l'omogeneità gerarchica degli atti-fonte, ma anche l'identità materiale dell'ambito di competenza: non è un caso che nella storica sent. n. 170/1984, la Corte costituzionale, pur evocando, attraverso il meccanismo della mancata applicazione della norma interna contrastante con la norma comunitaria, una supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, abbia affermato che i due ordinamenti, ancorché coordinati, siano "distinti e autonomi". E' proprio la strutturale separazione di competenza, nell'ambito di una progressiva integrazione, a comportare la mancata applicazione da parte del giudice comune del diritto interno a favore del diritto comunitario, realizzando così un meccanismo di risoluzione della antinomie ibrido rispetto sia all'annullamento (a sua volta conseguenza di un rapporto "puro" di gerarchia o di competenza), sia all'abrogazione (risultato della successione nel tempo di atti normativi nell'ambito di un unico ordinamento).

Forse per evitare questa intima contraddizione teorica il Consiglio di Stato sembra concentrarsi, nella successiva evoluzione argomentativa, non più sul rapporto tra atti-fonte, ma sugli effetti della diretta applicazione, che riuscirebbe ad "espungere" con effetti radicalmente retroattivi le disposizioni interne: le sentenze del giudice comunitario sarebbero così assimilabili a vere e proprie sentenze *erga omnes* di annullamento. Probabilmente, dietro questa apodittica assunzione, c'è un ragionamento più complesso, che traduce il contrasto tra diritto interno e diritto comunitario in un vizio di invalidità e che concepisce la sentenza comunitaria dichiarativa dell'incompatibilità quale pronuncia costitutiva di annullamento della norma interna, con effetti simili a quelli della pronuncia di illegittimità costituzionale, non a caso espressamente richiamata dai giudici amministrativi. Da tale assimilazione, discende l'ulteriore, conseguente, corollario: poiché quest'ultima acquista efficacia retroattiva grazie al combinato disposto dell'art. 30 l. 83/1957 e dell'art. 2

c.p., anche la sentenza del giudice comunitario che, nell'interpretare la normativa comunitaria, comporti la disapplicazione della norma penale sfavorevole, produce effetti retroattivi generalizzati.

Rimane da accertare se la ricostruzione offerta dall'Adunanza plenaria sia solo frutto di un'incertezza linguistica o se i giudici amministrativi abbiano voluto inaugurare un'ulteriore fase dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario; se così dovesse essere l'incompatibilità comunitaria si tradurrebbe in un vizio di invalidità della norma interna capace di trasformare la pregiudizialità interpretativa della Corte di giustizia in un sindacato di legittimità comunitaria.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali