

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

“SCHON WIEDER DA”? A PROPOSITO DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI REINGRESSO CONSEGUENTE ALL’ESPULSIONE NELL’ORDINAMENTO TEDESCO (CGUE FILEV E OSMANI, C-297/12)

Posted on 11 Novembre 2013 by [Andrea Romano](#)

In un momento in cui il tema dei rapporti tra l’Unione europea e gli Stati membri in materia di immigrazione ed asilo costituisce uno dei principali temi di discussione del dibattito politico, può essere utile tornare a riflettere sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativamente all’interpretazione della direttiva rimpatri. In effetti, la convergenza di alcuni settori dell’opinione pubblica e delle istituzioni, sia nazionali che europee, sulla necessità di abrogare il c.d. reato di immigrazione clandestina di cui all’art. 10 bis del d.lgs. 1998 n. 286, spesso attribuendone erroneamente la paternità alla l. n. 189/2002, può essere l’occasione per porre l’accento sull’esistenza di un’ulteriore fattispecie incriminatrice prevista dal legislatore che, a differenza della prima, è punita con la pena detentiva da uno a quattro anni: si tratta del reato di reingresso nel territorio nazionale da parte dello straniero precedentemente espulso, previsto dall’art. 13, co. 13 del testo unico immigrazione, che ha partecipato, da un lato, all’approfondimento del

ricorso allo strumento penale, avviato con la l. n. 189 del 2002, con cui la durata del divieto di reingresso è stata portata dai 10 ai 5 anni, e dall'altro ad un'attenuazione del regime sanzionatorio derivante dalla disciplina europea: successivamente all'adozione della direttiva rimpatri, infatti, e dopo che numerosi giudici non di ultima istanza avevano eccepito la disapplicazione della disposizione italiana per contrasto con l'art. 11 della direttiva (su cui subito *infra*), la pena detentiva è stata riportata a 5 anni.

Sulla compatibilità tra l'analogo reato previsto dalla legge tedesca in materia di immigrazione e la direttiva "rimpatri" (dir. 2008/115/CE) si è ora pronunciata la Corte di giustizia (casi *Filev* e *Osmani*). Lo sfondo lungo il quale si collocano tanto della vicenda lampedusana quanto la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rimpatri è rappresentato evidentemente dal tema della incriminazione della mobilità, e dall'altro, la difficoltà tanto dell'Unione europea quanto del diritto nazionale di prevedere strumenti per l'accesso regolare nello spazio europeo.

La pronuncia della Corte si inerisce nel filone della giurisprudenza europea che, a seguito della scadenza del termine di recepimento della direttiva rimpatri (24 dicembre 2010), è stata chiamata a pronunciarsi sui numerosi rinvii pregiudiziali sollevati dalle autorità giudiziarie degli Stati membri (particolarmente numerosi quelli italiani): dopo i casi relativi alla disciplina in materia di immigrazione della Bulgaria (sent. *Kadzoev*), dell'Italia (sentenze *El Dridi* e *Sagor*), della Francia (sent. *Achughbabian*) stavolta è il turno della disciplina tedesca. Oggetto di interpretazione, anche in questo caso, è una normativa nazionale che presenta, rispetto alla direttiva rimpatri, un livello di tutela delle garanzie dello straniero irregolare inferiore rispetto alla disciplina europea, il cui livello di tutela delle libertà dello straniero, peraltro, non è elevato.

E' opportuno ricordare che questa giurisprudenza si è potuta affermare grazie alle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, che prevede ora la possibilità del ricorso pregiudiziale nell'ambito del Titolo V TFUE, relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, anche per i giudici non di ultima

istanza. L'attivazione di questo canale di comunicazione tra le autorità nazionali e la Corte di giustizia è stato significativo: il percorso fin qui condotto dalla Corte, infatti, si è rivelato finora un contributo rilevante nell'abbassamento della carica repressiva delle legislazioni di alcuni Stati membri, attraverso la valorizzazione del principio dell'effetto utile (quello del rimpatrio dello straniero irregolare) e la configurazione della sanzione detentiva come *extrema ratio* (così ad es. El Dridi, pt. 58: gli stati membri non possono introdurre una pena detentiva – nella specie si trattava del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del uestore – “ ... al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per l'allontanamento coattivo ... ”). Al tempo stesso, come recentemente è stato sottolineato (Schillaci, “Sentinella, quanto manca alla fine della notte?” *La repressione penale dell'immigrazione “clandestina” e le interpretazioni della convivenza in Mondoperaio*, 2013), può destare perplessità la condiscendenza della Corte di giustizia nei confronti del ricorso alle sanzioni penali da parte degli Stati membri come strumento di contrasto dell'immigrazione irregolare, che sconta tanto il difetto di una normativa di compromesso sospesa tra approcci securitari e potenzialità garantistiche, così come la limitatezza dell'ambito normativo disciplinato (si pensi allo “status” dell'irregolare).

Tornando al caso recentemente deciso dalla Corte, il problema posto dall'Amtsgericht di Laufen, riguardava la compatibilità dell'art. 11 della direttiva rimpatri che prevede la possibilità (e non l'obbligo) di applicare un divieto di rimpatrio allo straniero espulso fino ad un massimo di cinque anni (tranne i casi di grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale) con la disciplina dell'Aufenthaltgesetz: l'art. 11 di questa legge, infatti, si limita a prevedere che “uno straniero che sia stato espulso, respinto o allontanato non può ritornare nel territorio tedesco o risiedervi” e che “gli effetti ... vengono limitati nel tempo se ne è stata fatta domanda”.

Secondo la Corte, in primo luogo, la limitazione dell'efficacia temporale del divieto di reingresso subordinato all'istanza dell'interessato, è in contrasto con la direttiva da cui emerge l'obbligo per gli stati di limitare nel tempo gli effetti di un divieto di reingresso in via diretta e non subordinando tale

effetto ad una richiesta dello straniero (spec. pt. 27).

In secondo luogo, la Corte deve affrontare una questione di disciplina intertemporale: infatti, i provvedimenti di allontanamento – privi di un limite temporale e pertanto incompatibili con l'art. 11 della direttiva – erano stati adottati prima che sorgesse l'obbligo per lo Stato membro di recepire la direttiva. La Corte deve quindi rispondere circa la possibilità di applicare le disposizioni della direttiva rimpatri a provvedimenti amministrativi di allontanamento adottati prima che la direttiva fosse applicabile – l'espulsione risaliva infatti al 1994, per Filev, e al 1999 per Osmani. La questione viene agilmente risolta dalla Corte ricordando la sua costante giurisprudenza secondo cui “una nuova norma si applica immediatamente, salvo deroghe, agli effetti futuri delle situazioni sorte sotto l'impero della vecchia legge” (pt. 40). Di conseguenza, avendo escluso la conservazione degli effetti di una decisione di allontanamento, la Corte può escludere anche la possibilità di applicare una sanzione penale per la violazione del divieto di reingresso

L'ultima questione, la più complessa rispetto alle altre invero agilmente risolvibili, concerne il campo di applicazione *ratione personae* della direttiva e ripropone il tema del rapporto tra successione di leggi penali nel tempo con il diritto dell'Unione europea.

L'art. 2, par. 2 lett. b) della direttiva contiene una norma derogatoria – già affrontata nelle sentenze *El Dridi* e *Achughbabian* – che consente di non applicare la direttiva se la decisione di rimpatrio costituisce una sanzione penale o è conseguenza di una sanzione penale e, nel caso di specie, la decisione di espulsione di Osmani era stata adottata a seguito di una condanna penale. La non applicazione della direttiva avrebbe pertanto consentito allo Stato tedesco di applicare il divieto di reingresso a tempo indeterminato.

Si trattava di stabilire se lo Stato tedesco potesse avvalersi di tale norma derogatoria in relazione alla violazione di un divieto di reingresso emesso più di cinque anni prima rispetto al momento in cui la direttiva avrebbe dovuto essere recepita, nel caso in cui la legge di recepimento della direttiva – adottata tuttavia dopo la scadenza del termine di recepimento

della direttiva – avesse esercitato tale deroga .

Il governo tedesco esclude la ricevibilità della questione, sostenendo che il reingresso di Osmani è comunque avvenuto successivamente all'entrata in vigore della legge di recepimento della direttiva che, avvalendosi della deroga, esclude l'applicabilità della stessa alla situazione di cui si discute. Secondo il giudice comunitario, tuttavia occorre tener presente che vi è stato un periodo di inapplicabilità della deroga, intercorrente tra la data in cui la direttiva avrebbe dovuto essere recepita e il momento in cui è entrata in vigore la legge di recepimento (con cui lo Stato tedesco si avvale della deroga). La Corte esclude che uno Stato possa avvalersi di tale deroga nelle more del recepimento, sostenendo che la possibilità di "reclamare il diritto di limitare l'ambito di applicazione *ratione personae* è subordinata al recepimento della direttiva: in mancanza, infatti, si avrebbe l'effetto di "aggravare la situazione" di chi "già poteva avvalersi direttamente delle disposizioni interessate di tale direttiva", applicando, in sostanza, una legge più sfavorevole. Volendo utilizzare categorie penalistiche, quindi, ad una legge penale meno favorevole – quella in vigore prima del 24 dicembre 2010 – si è sostituita una legge più favorevole, tra la data di scadenza del termine di recepimento e l'entrata in vigore della legge, ulteriormente sostituita da una legge più sfavorevole – la legge tedesca che si avvale della deroga (sul punto cfr. L. Masera, *Illecito reingresso dello straniero e direttiva rimpatrio al vaglio della Corte UE*, in penalecontemporaneo.it, che equipara tale situazione alla *lex intermedia*).

Sembra dire la Corte che non può ricadere sui soggetti interessati da una normativa europea l'onere del mancato recepimento di una direttiva da parte degli Stati, ai quali è concesso di sfruttare i benefici derivanti da una disposizione derogatoria, a condizione di dare intera applicazione alla disciplina europea. Si potrebbe aggiungere che la disposizione derogatoria per sua natura, essendo subordinata alla scelta degli stati di avvalersene o meno, non è direttamente applicabile pur riguardando una direttiva *self executing*.

Traendo ulteriori conclusioni dal risultato della Corte, si potrebbe

affermare che a ragionare diversamente si avrebbe l'effetto di considerare penalmente irrilevante la condotta di chi ha violato il divieto di reingresso (di durata indeterminata e quindi incompatibile con la direttiva) nel periodo compreso tra la scadenza del termine di recepimento della direttiva e la legge di recepimento e, al contrario, punibile, la condotta di chi ha violato la stessa previsione nella vigenza della nuova legge, giungendo in questo modo ad un esito pregiudizievole sotto il profilo dell'eguaglianza.

Rispetto all'ordinamento italiano si può dire che, la sentenza della Corte di giustizia interessi più che altro per ciò che non dice: non si sofferma infatti – anche perché non richiestole dal giudice del rinvio – sul tipo di sanzione, fino a tre anni di detenzione in Germania, da uno a quattro anni in Italia. Su questo profilo si è svolto in Italia un serrato confronto giurisprudenziale che tocca invero il problema centrale del reato in questione: al riguardo, ci si limita a segnalare che il tentativo di rilevare tale profilo di incompatibilità della normativa italiana con quella europea, attraverso l'utilizzo dei principi affermati dalla Corte di giustizia nella sent. *El Dridi* (e ripresi nella successiva *Achughbaban*) non ha avuto, finora, un esito positivo di fronte alla Corte di cassazione (cfr. spec. sent. 35871 del 19.9.2012): di recente, il ricorso del procuratore generale presso la Corte d'Appello di Perugia – che aveva rilevato l'equiparazione delle situazioni di irregolarità dello straniero (di quello rimpatriato che fa reingresso e di quello destinatario di un ordine di allontanamento che si trattiene nel territorio nazionale) e l'incompatibilità della sanzione detentiva con l'effetto utile della direttiva – volto alla disapplicazione del reato di cui all'art. 13 co. 13 oppure a promuovere l'interpretazione della Corte di giustizia, veniva infatti rigettato dalla Corte di cassazione che affermava il diverso e più grave disvalore penale della condotta di reingresso rispetto a quella di trattenimento nonostante l'ordine di allontanamento, non rilevando pertanto incompatibilità tra la disciplina italiana e quella europea (v. più nel dettaglio Barberini, *CGUE, l'ultimo intervento sulla Direttiva Rimpatri (2008/115/CE) e sui suoi effetti sul diritto penale dell'immigrazione* in *europeanrights.eu* e Favilli, *Il reato di divieto di*

reingresso alla luce della direttiva rimpatri, in *Dir. pen. e proc.*, 3/13, 338 ss, spec. in relazione al problema delle deroghe all'obbligo di rinvio da parte della Cassazione). E' noto, tuttavia, che proprio sulla capacità del regime detentivo dello straniero, in relazione a reati connessi all'immigrazione irregolare, di dilazionare il raggiungimento dell'effetto utile della direttiva, la Corte di giustizia ha costruito una giurisprudenza ormai solida: in quest'ottica, una futura richiesta di chiarimento da parte di un giudice nazionale alla Corte di giustizia appare tutt'altro che improbabile (cfr., sul punto, L. Maserà, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello stato e la direttiva rimpatri in penalecontemporaneo.it*).

In conclusione, tornando a quanto si accennava in apertura, il confronto della giurisprudenza nazionale ed europea intorno alla disciplina sanzionatoria dell'immigrazione irregolare, in generale, e del reato di reingresso, in particolare, può costituire un tentativo di riflessione circa i temi su cui si discute attualmente: il dibattito sul reato di clandestinità, rivitalizzato dagli eventi di Lampedusa, più che insistere su un presunto collegamento con l'insufficiente gestione delle frontiere marittime, dovrebbe essere posto in relazione con l'esigenza di una ridefinizione delle politiche sull'immigrazione irregolare, fino ad ora appaltate al legislatore penale, attraverso l'incremento di fattispecie incriminatrici, che, al contrario della (o di almeno una delle) *ratio* che le sorregge, non incidono sul rallentamento dei flussi di immigrazione. L'occasione della discussione intorno al reato di clandestinità potrebbe allora essere sfruttata per una riflessione più generale intorno alla disciplina sanzionatoria dell'irregolarità (ed in particolare di quella detentiva), ed orientare i futuri interventi in materia nel senso di un ripensamento dell'approccio alla mobilità migratoria. Rispetto al contenuto di questo post, ciò potrebbe tradursi nel proseguire – auspicabilmente in via legislativa anziché giudiziaria – nello smantellamento del sistema di reati artificiali affastellatesi nel corso degli anni. In questo senso allora il turbamento delle recenti vicende potrebbe essere incanalato in un serio sforzo rigenerativo della disciplina attuale.