



PROCURA DELLA REPUBBLICA

PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO

Il Procuratore della Repubblica

54/11 Prot Interno

AI SIGG. PROCURATORI AGGIUNTI

AI SIGG. SOSTITUTI PROCURATORI

Oggetto: Linee guida in ordine ai reati di cui all'art.14 commi 5-ter e 5-quater D. l.vo 286/1998

Come è noto in data 16 dicembre 2008 il Parlamento ed il Consiglio dell'Unione Europea hanno adottato la direttiva 2008/115 CE (c.d. *direttiva rimpatri*), con la quale sono state disciplinate le norme e le procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. La *ratio* che sorregge l'intervento in materia a livello europeo è data dal considerando introduttivo n. 20, ove si fonda l'intervento sulla necessità – in base al principio di sussidiarietà, fondato sull'art. 5 TFUE e in considerazione della dimensione globale del fenomeno migratorio - di realizzare gli obiettivi della direttiva a livello comunitario. Il termine per recepire negli ordinamenti interni la direttiva è quello del 24 dicembre 2010. L'Italia non ha emesso alcun atto di recepimento della direttiva in questione.

Nelle considerazioni preliminari, la direttiva in questione esplicita quali siano gli **obiettivi** dell'intervento comunitario; la normativa è stata emanata al fine di:

- istituire *“un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità”* (considerando n. 2);
- introdurre *“un corpus orizzontale di norme, applicabile a tutti i cittadini di paesi terzi che non soddisfano –o non soddisfano più- le condizioni di ingresso, soggiorno o residenza in uno Stato membro”* (considerando n. 5);
- *“stabilire garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni connesse al rimpatrio, per l'efficace protezione degli interessi delle persone interessate”*, predisponendo altresì una necessaria garanzia di *assistenza legale* (considerando n. 11);
- prevedere che *“l'uso di misure coercitive [sia] espressamente subordinato al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti”* (considerando n. 13);
- stabilire che *“il ricorso al trattenimento ... dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti”* (considerando n. 16); in tale considerando si aggiunge che *“il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente”*;
- di assicurare un trattamento *umano e dignitoso* ai cittadini di paesi terzi soggetti a trattenimento: *“fatto salvo l'arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell'applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale, il trattenimento dovrebbe avvenire di norma presso gli appositi centri di permanenza temporanea”* (considerando n. 17).

In sintesi, questi dunque gli scopi della direttiva: armonizzare i sistemi nazionali; assicurare l'effettività delle decisioni di rimpatrio; garantire in modo adeguato i diritti di libertà dei cittadini di Paesi terzi. Evidenti le difformità rispetto al sistema delineato dal cd. Testo Unico immigrazione.

Le differenze tra disciplina comunitaria e diritto interno si riscontrano nelle conseguenze che derivano dalla mancata collaborazione dell'interessato all'esecuzione della decisione di rimpatrio. La cd. *direttiva rimpatri* prospetta la conseguenza del trattenimento in un centro di permanenza temporanea (*soltanto per preparare il rimpatrio e qualora non siano efficaci misure sufficienti ma meno coercitive*). Il decreto legislativo n. 286/1998, invece, contempla la possibilità che –in funzione di sostegno alle decisioni di rimpatrio- entri in gioco anche un apparato di repressione penale con previsione di pene edittali di carattere detentivo e di lunga durata.

La procedura prescritta dalla Direttiva n. 115/2008/CE prevede, innanzitutto, una diversa scansione dei provvedimenti autoritativi (invertendo cioè lo schema: accompagnamento alla frontiera/trattenimento in CPT/ordine di allontanamento, nella diversa successione di: fissazione di un termine per l'allontanamento volontario/accompagnamento alla frontiera/trattenimento in CPT o adozione di misura meno coercitiva), e una ben diversa gradualità nella loro successione.

In secondo luogo la Direttiva indicata prevede rigorosi limiti alla restrizione della libertà dello straniero irregolare sul territorio nazionale, che è infatti prevista solamente mediante il trattenimento in appositi centri di permanenza temporanea, che dovrà essere riesaminato a intervalli ragionevoli e potrà avere la durata massima di sei mesi, prorogabili sino al termine complessivo di diciotto mesi nel caso in cui le operazioni di allontanamento necessitino di un periodo più lungo a causa della mancata cooperazione dell'interessato o a causa dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi.

I rigorosi limiti alla restrizione della libertà dello straniero previsti dalla Direttiva non paiono compatibili con la disciplina delineata dai delitti di cui all'art. 14/5-ter e 5-quater D.L.vo n. 286/98.

In questo quadro normativo sembra doversi ritenere che le previsioni chiare e precise della direttiva abbiano, secondo le indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, "efficacia diretta verticale" e se ne imponga dunque immediata e diretta applicazione, anche in assenza di norme di adeguamento del diritto interno (trattandosi di normativa cosiddetta *se/f executing*).

In conclusione, considerati altresì gli orientamenti già assunti da altre autorità giudiziarie (cfr. in particolare le direttive emanate dai Procuratori della Repubblica di Firenze, Roma e Lecce rispettivamente in data 18.1.2011, 7.2.2011 e 10.2.2011 (in allegato), nonché a numerose sentenze pronunciate da diversi Tribunali), poiché l'effetto diretto prodotto dalla direttiva europea implica la non applicazione della norma incriminatrice che comprime la libertà personale dello straniero in modo contrastante con gli obblighi posti a carico dello stato dal diritto comunitario, sembra doversi ritenere che l'eventuale arresto ai sensi dell'art. 14/5 ter D.L.vo n. 286/98 sia da considerarsi eseguito fuori dai casi previsti dalla legge, salva ovviamente la attenta valutazione caso per caso delle vicende che saranno portate dalla Polizia Giudiziaria all'attenzione del singolo sostituto.

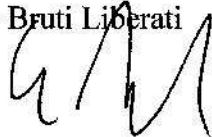
La sopravvenienza della Direttiva sembra doversi sostanzialmente ricondurre alla categoria della *abolitio criminis*, atteso che la fattispecie incriminatrice richiama, implicitamente le norme che disciplinano il procedimento amministrativo, di cui il decreto prefettizio e l'ordine del Questore sono attuazione; in altri termini — come da insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione — "l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l'assetto giuridico che realizzano" (Cass. S.U. sent. 2451 del 27 settembre 2007).

Pertanto nel caso di arresto eseguito per il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter* e 5 *quater* del D.L.vo 286/98, dovendosi oramai qualificarsi lo stesso come eseguito al di fuori dei casi previsti dalla legge, si ritiene che debba essere disposta l'immediata liberazione dell'arrestato ai sensi dell'art. 389 c.p.p., con il conseguente inoltro del fascicolo al GIP con richiesta di non convalida dell'arresto e contestuale richiesta di archiviazione.

All'esito di una ricognizione delle prassi e delle decisioni milanesi, nonché degli orientamenti assunti in altre sedi giudiziarie (vedi anche questioni di costituzionalità e questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo), in attesa di un consolidamento della giurisprudenza, e di un nostro

momento di approfondimento e confronto che mi riservo di convocare, ritengo di sottoporre alla attenzione dei colleghi Sostituti e Aggiunti, l'indirizzo che a me pare più coerente con il sistema.
Milano 11 marzo 2011

Il Procuratore della Repubblica
Edmondo Bruti Liberati

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'EBL', written over the printed name of the signatory.