



PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale di Roma

PROT. 50/2012/RIS

AI SIGG. PROCURATORI AGGIUNTI
AI SIGG. SOSTITUTI PROCURATORI

Oggetto: arresti in flagranza per il reato di cui all'art. 14, comma 5 ter del D.Lvo 286/98

Come noto, il 24 dicembre 2010 è inutilmente scaduto il termine entro il quale l'Italia, quale Stato aderente all'Unione europea, avrebbe dovuto adeguare il proprio ordinamento alla direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, recante *norme e procedure comuni applicabili negli stati membri al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*.

La direttiva, come evidenziato tanto dalle prime pronunce giurisprudenziali in materia quanto dalle riflessioni dottrinarie, seppure in un complessivo quadro interpretativo ancora instabile, si pone in più punti in evidente contrasto con la disciplina nazionale.

Limitando l'analisi agli aspetti più rilevanti, è sufficiente osservare che, per l'ordinamento comunitario:

a) la modalità ordinaria di allontanamento dello straniero irregolare dal territorio nazionale è costituita (art. 7 della Direttiva) dal *rimpatrio volontario*, realizzato mediante la notifica all'interessato di una *decisione di rimpatrio* attraverso cui viene assegnato un termine, compreso tra sette e trenta giorni, entro il quale lo straniero deve allontanarsi;

b) la possibilità che il termine per la partenza volontaria venga ridotto ovvero omesso è limitata ai casi in cui vi sia pericolo di fuga, sia stata respinta una domanda di soggiorno manifestamente infondata o fraudolenta nonché al caso in cui il soggetto rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale;

c) è possibile ricorrere all'*espulsione coattiva* qualora l'interessato non sia partito volontariamente, così come nel caso in cui fin dall'inizio non gli sia stato concesso alcun termine per l'esistenza di un pericolo di fuga (art. 8), anche previa emanazione da parte dell'autorità amministrativa e/o giudiziaria, di un ordine di allontanamento;

d) la privazione della libertà dello straniero è sottoposta a stringenti limiti: il *trattenimento* è strettamente funzionale al raggiungimento della finalità della procedura, quello cioè di garantire l'effettività dell'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale e sono puntualmente stabiliti *requisiti, garanzie giurisdizionali e durata massima* di questa possibile privazione della libertà (artt. 15 e 16 della Direttiva).

A fronte di ciò l'ordinamento nazionale prevede come modalità ordinaria di espulsione l'accompagnamento coattivo e solo come *ultima ratio* l'ordine di allontanamento ed inoltre commina la sanzione della pena detentiva della reclusione fino a 5 anni per una condotta (inottemperanza all'ordine) che potrebbe, al più, giustificare – per il diritto europeo – un trattenimento dello straniero per un periodo non superiore nel massimo a 18 mesi (art. 15 nn. 5 e 6 della Direttiva), peraltro in strutture non

penitenziarie (ovvero in casi eccezionali in strutture penitenziarie ma *separate* dai detenuti ordinari – cfr. art. 16 n. 1 della Direttiva).

Costituisce *ius receptum* l'effetto di esclusione della norma nazionale contrastante con disposizioni comunitarie, con diretta disapplicazione da parte del giudice nazionale, qualora si riconosca natura *self executing* alla direttiva non recepita nei termini. Nel caso di specie il contenuto precettivo delle norme sopraccitate pare chiaro, preciso e non condizionato; la circostanza che il legislatore nazionale – se avesse adempiuto al proprio onere nei termini – avrebbe potuto esercitare la propria discrezionalità nell'ambito di più opzioni possibili, non muta i termini della questione, atteso che *allo stato* la norma nazionale formalmente vigente appare in insanabile contrasto con qualsivoglia opzione compatibile col precetto comunitario.

Agli effetti applicativi *diretti* della norma comunitaria (implicitamente riconosciuta dalla stessa circolare Ministero dell'Interno del 17.12.2010) conseguono ineliminabili effetti caducatori sul provvedimento amministrativo emanato nell'esercizio della potestà amministrativa attribuita dal D.Lvo 286/98; ciò è sicuramente vero per tutti gli ordini di allontanamento adottati dopo il 24 dicembre 2010, ma gli effetti si producono direttamente od indirettamente anche sui provvedimenti amministrativi emanati prima della scadenza del termine di attuazione della Direttiva.

Secondo un primo orientamento (Corte di Giustizia Europea, sentenza Ciola c. Land Vorarlberg, 29 aprile 1999, C-224/97), anche in tali casi i provvedimenti, originariamente del tutto legittimi, vanno necessariamente disapplicati se in contrasto con norma comunitaria successiva (dando luogo ad una controversa ipotesi di inesistenza o nullità sopravvenuta del provvedimento); secondo la Corte tale conclusione – assunta in un caso in cui si verteva sulla legittimità della sanzione penale irrogata per l'inosservanza una norma nazionale travolta dal diritto comunitario – è necessitata dal fatto che la tutela giurisdizionale accordata ai singoli dalle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno con esse contrastanti, non rilevando quindi che si sia in presenza di una disposizione legislativa o amministrativa.

A diversamente opinare, volendo cioè considerare sopravvissuta la legittimità dei provvedimenti anche dopo il 24 dicembre 2010, non mutano gli effetti finali: la sopravvenienza della Direttiva (*recte*: dei suoi effetti di esclusione della norma nazionale) deve ricondursi al fenomeno dell'*abolitio criminis*, atteso che la fattispecie incriminatrice richiama, implicitamente, le norme che disciplinano il procedimento amministrativo di cui il decreto prefettizio e l'ordine questorile 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 extrapenalì 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).

All'esito di tali considerazioni, nel caso di arresto eseguito per il reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter e 5 quater* del D.Lvo 286/98, dovendosi oramai qualificarsi lo stesso come eseguito al di fuori dei casi previsti dalla legge, i magistrati di questo Ufficio disporranno l'immediata liberazione dell'arrestato ai sensi dell'art. 389 c.p.p.. Il fascicolo sarà, poi, inoltrato al GIP con richiesta di non convalida dell'arresto e contestuale richiesta di archiviazione.

I sostituti procuratori di turno arrestati signaleranno alla P.G. l'orientamento della Procura e, nel caso in cui la P.G. proceda ugualmente all'arresto, la inviteranno, all'atto della liberazione, a far eleggere domicilio.

Roma, 7 febbraio 2011.

Il Procuratore della Repubblica
IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
Giovanni Ferrara