Le conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso Celaj: il colpo di grazia alla detenzione dello straniero a causa della sua condizione irregolare?

Francesco Gatta

Il 28 aprile 2015 l'Avvocato Generale Szpunar ha presentato le proprie conclusioni nel caso *Celaj* (C-290/14) relativo, ancora una volta, all'interpretazione della c.d. direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE). Oggetto centrale della causa è la questione, sollevata tramite rinvio pregiudiziale dal Tribunale di Firenze, circa la compatibilità con la direttiva rimpatri di una normativa nazionale – quella italiana nel caso di specie – che prevede la pena detentiva per un cittadino di un paese terzo che, destinatario di un provvedimento di espulsione e avendo effettivamente lasciato il territorio dello Stato membro, vi faccia poi illegalmente ritorno in violazione di un divieto di reingresso.

Si tratta, con riferimento appunto all'ordinamento italiano, del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato, disciplinato dall'art. 13, co. 13 e 13*bis* del Testo Unico sull'Immigrazione (d.lgs. 286/1998), vale a dire, l'unica fattispecie che, ad oggi, ancora punisce lo straniero con la pena della reclusione – sino a quattro anni – a causa della sua condizione di irregolarità. Le altre ipotesi sono infatti punite nel nostro ordinamento con la sanzione pecuniaria, e questo proprio in conseguenza delle pronunce della Corte di Giustizia che hanno costretto il nostro legislatore, così come quelli di altri Stati membri dell'Unione europea, ad intervenire "tagliando e ricucendo" la normativa in materia d'immigrazione per renderla conforme a quella dell'Unione.

Così la giurisprudenza sviluppatasi intorno alla direttiva 2008/115, in particolare a partire dalla fondamentale sentenza *El Dridi* (C-61/11 PPU), è giunta a dichiarare incompatibile con il sistema europeo di rimpatri la detenzione dello straniero in ragione della sola irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, in quanto una simile tipologia di sanzione si scontra con gli obiettivi della direttiva rimpatri, frustrandone l'effetto utile. Tale conclusione deriva, essenzialmente, da una considerazione: essendo lo scopo primario della direttiva quello di rimpatriare il soggetto irregolare nel modo più rapido ed efficace possibile, qualunque misura nazionale che possa ritardare, rallentare, ostacolare o financo impedire la procedura di rimpatrio – come, tipicamente, ogni sanzione di tipo detentivo – va considerata in aperto contrasto con la direttiva in parola e con il suo scopo.

Un simile ragionamento – pena detentiva incompatibile con la direttiva 2008/115 perché

ostacola il rimpatrio – vale solo per il caso in cui l'ingresso o la presenza irregolare dello straniero sul territorio di uno Stato membro vengano accertati per la prima volta oppure – questo il quesito pregiudiziale sollevato – anche nel caso in cui il soggetto, precedentemente rimpatriato, faccia nuovamente ritorno nello Stato accedendovi in violazione di un divieto di reingresso precedentemente emesso?

L'Avvocato Generale – come subito si vedrà – mostra di scegliere la seconda soluzione: poco importa il "quando" lo straniero accede al territorio dello Stato, quel che conta è che nel momento in cui lo fa, deve essere rimpatriato quanto prima e, dunque, trattenerlo in detenzione in ragione della sola condizione di irregolarità non è ammissibile alla luce della normativa europea così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

I fatti alla base del rinvio pregiudiziale e l'analisi dell'Avvocato Generale

La vicenda che ha indotto il Tribunale di Firenze a operare il rinvio pregiudiziale è piuttosto semplice: il sig. Celaj, cittadino albanese, faceva ingresso in Italia in data imprecisata e successivamente veniva condannato ad un anno di reclusione per tentata rapina (pena sospesa). Nell'aprile 2012 veniva emesso un decreto di espulsione, corredato da un divieto di reingresso della durata di tre anni. Nel settembre dello stesso anno il sig. Celaj lasciava effettivamente il territorio italiano, rientrando in patria.

Nonostante il divieto di cui era stato fatto destinatario, nel febbraio 2014 veniva tratto in arresto per il delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato. Nel contesto del relativo procedimento penale instaurato a suo carico, in cui il Pubblico Ministero chiedeva la condanna a otto mesi di reclusione, il Tribunale di Firenze decideva di rivolgersi alla Corte di Giustizia.

Il caso in esame rappresenta l'ultimo episodio di una piccola "saga giurisprudenziale" legata alla direttiva rimpatri e alla sua interpretazione: dalla sua adozione e trasposizione, infatti, non pochi problemi sono sorti quanto alla compatibilità con le normative nazionali. La giurisprudenza sviluppatasi intorno a questa direttiva, in effetti, ha prodotto un impatto

particolarmente significativo sulle normative degli Stati membri in materia di gestione dell'immigrazione irregolare, generando ripercussioni soprattutto sui sistemi interni di diritto penale, settore ancora in larga misura riservato alla competenza del legislatore nazionale.

Anzi, proprio per questo motivo, a ben vedere, quello del contrasto all'immigrazione irregolare è divenuto un contesto in cui gli interventi del giudice "europeo" hanno maggiormente mostrato la loro portata dirompente. Come infatti ribadito dalla Corte in più occasioni *(si vedano su tutte la già citata El Dridi e la sentenza Achughbabian C-321/11)*, sebbene la legislazione penale e le relative norme di procedura rientrino nella competenza degli Stati membri e, in particolare, la direttiva rimpatri non precluda loro la possibilità di disciplinare la materia dell'immigrazione irregolare facendo ricorso agli strumenti del diritto penale – tendenza, peraltro, diffusa e ricorrente in Italia come in altri paesi europei negli ultimi anni -, le norme nazionali non possono essere applicate quando siano tali da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla normativa europea.

Nel suo percorso esegetico, pertanto, la Corte di Giustizia è stata guidata dall'obiettivo fondamentale sotteso alla direttiva rimpatri, vale a dire – come da ultimo confermato anche in una sentenza pronunciata proprio alcuni giorni prima delle conclusioni dell'Avvocato Generale qui in commento (*sentenza del 23 aprile 2015, Zaizoune, C-38/14*) – quello di procedere "con la massima celerità" all'allontanamento dello straniero irregolare. Alla luce di tale finalità, come sancito già nel caso *El Dridi* e poi confermato con coerenza in altre successive pronunce, la Corte ha dichiarato che un evidente ostacolo alla realizzazione delle finalità della direttiva rimpatri si presenta con la previsione di una pena di tipo detentivo.

Così, ad esempio, in un'altra occasione *(sentenza del 6 dicembre 2012, Sagor, C-430/11)*, la Corte ha chiarito che l'obbligo di permanenza domiciliare imposto nel contesto di una procedura di rimpatrio è tale da ritardarne l'esecuzione e ostacola quindi l'allontanamento del soggetto. Viceversa, un simile "rischio di pregiudizio alla procedura di rimpatrio" non si verifica con l'applicazione di una sanzione di tipo pecuniario come l'ammenda che, dunque, non risulta in contrasto con lo scopo della direttiva 2008/115.

L'Avvocato Generale nelle sue conclusioni (punto 31) richiama e ripercorre la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto, constatando come *"finora, non vi è stata una causa in cui la Corte, in base ai fatti del procedimento principale, abbia ritenuto che il trattenimento o la reclusione quale sanzione penale fosse compatibile con la direttiva 2008/115"*. Nel presente caso *Celaj,* in particolare, si tratta allora di valutare se una sanzione detentiva comminata non nel caso di primo ingresso irregolare nel territorio, ma di un illecito reingresso successivo, effettuato in violazione di un precedente divieto, sia compatibile con la direttiva rimpatri. Due, come si è accennato, sono le tesi al riguardo.

La prima, sostenuta dalla Commissione e dai sei Governi intervenuti in causa (italiano, ceco, tedesco, greco, norvegese e svizzero), ritiene ammissibile ricorrere alla pena detentiva nel caso di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato. Secondo tale punto di vista, infatti, i principi enunciati nella sentenza *El Dridi* non possono essere applicati estensivamente anche nel caso *Celaj* in ragione della diversità sostanziale tra le due situazioni fattuali. Difatti, si argomenta, un conto è lo straniero che *entra per la prima volta* nel territorio dello Stato, distinto è invece il caso in cui egli *successivamente rientri per la seconda volta*, dopo il compiuto espletamento della procedura di rimpatrio e in violazione di un divieto di reingresso. In questo secondo caso inoltre, concludono gli Stati intervenuti e la Commissione, la previsione di una pena detentiva sarebbe giustificata e risponderebbe ad una specifica *ratio*, quella cioè di scoraggiare e dissuadere lo straniero espulso dal fare nuovamente ingresso nel territorio dello Stato in modo irregolare.

Questa posizione, così appena sintetizzata, risulta essenzialmente la stessa finora condivisa anche dalla Corte di Cassazione (cfr. ad es. Cass., sez. I, 25 maggio 2012, n. 35871 e in senso adesivo Cass., sez. I, 4 febbraio 2013, n. 7912), la quale nelle sue pronunce ha rifiutato, da un lato, di applicare le conclusioni della sentenza *El Dridi* alla fattispecie dell'illecito reingresso e, dall'altro – in modo quantomeno discutibile – di sottoporre alla Corte di Giustizia la questione sulla compatibilità con la normativa europea della pena detentiva prevista per tale reato, nonostante il paragrafo 3 dell'art. 267 TFUE preveda l'obbligo del rinvio pregiudiziale, ove la soluzione della questione di diritto dell'Unione europea appaia rilevante per la decisione di un caso da parte di una giurisdizione di ultima

istanza.

L'altra ed opposta tesi, seguita dal giudice del rinvio fiorentino e sposata dall'Avvocato Generale Szpunar, considera invece equiparabili i casi *El Dridi* e *Celaj* e, di conseguenza, ritiene incompatibile con la direttiva rimpatri la previsione di una pena detentiva nei confronti del cittadino straniero anche nel caso di suo reingresso nel territorio dello Stato. Il punto cruciale della questione, spiega infatti l'Avvocato Generale, è costituito, ancora una volta, dall'obiettivo della direttiva 2008/115: rimpatriare lo straniero in modo efficace e nel rispetto dei suoi diritti. Non ha alcun rilievo – né, del resto, il testo della direttiva opera distinzioni in tal senso – il numero di volte in cui il soggetto tenta di accedere al territorio dello Stato, il solo elemento che rileva è che, una volta accertata l'irregolarità del suo soggiorno, questi venga rimpatriato. Ciò è quanto il legislatore europeo vuole e impone agli Stati di fare, e la detenzione dello straniero rallenta e ostacola tale finalità, frustrando l'effetto utile della direttiva rimpatri.

L'Avvocato Generale, infine, completa il suo ragionamento andando ad analizzare la nozione e la natura del divieto di reingresso. Questo è, secondo le disposizioni rilevanti della direttiva rimpatri, *"una decisione o un atto amministrativo o giudiziario … [che] accompagna la decisione di rimpatrio. Esso ha quindi natura meramente accessoria rispetto alla decisione di rimpatrio"*. Ciò chiarito, ne deriva che lo scopo fondamentale della direttiva non può essere compromesso dall'esecuzione di un divieto d'ingresso. In altri termini, data la natura accompagnatoria e meramenteaccessoria del divieto di reingresso, le misure che ne sanzionano l'inosservanza – quali il trattenimento e la reclusione – non possono impedire l'espletamento della procedura di rimpatrio che rimane comunque prioritaria come la direttiva 2008/115 richiede.

Per queste ragioni, conclude l'Avvocato Generale, le disposizioni della direttiva rimpatri in tema di trattenimento e reclusione andrebbero considerate come tassative, nel senso che fare ricorso alla detenzione per ragioni diverse da quelle ivi previste darebbe luogo a un'inammissibile *"sospensione temporanea unilaterale della direttiva"* da parte dello Stato.

L'interpretazione proposta dall'Avvocato Generale, infatti, secondo la quale si può ricorrere

a misure di detenzione solo nei casi indicati dalla direttiva rimpatri, "stride" con il già affermato principio secondo cui, invece, la medesima direttiva non impedisce agli Stati membri di sanzionare penalmente con la reclusione lo straniero che soggiorni in modo irregolare senza che vi sia un giustificato motivo che ne precluda il rimpatrio. La soluzione avanzata è allora nel senso di un'interpretazione riduttiva del dispositivo della sentenza *Achughbabian,* per cui gli Stati conservano in effetti la libertà di sanzionare lo straniero con pene detentive ma soltanto nei casi in cui, non essendo la procedura di rimpatrio andata a buon fine, questi *continui* a soggiornare irregolarmente nel territorio nazionale in assenza di un giustificato motivo che preclude il rimpatrio.

Considerazioni conclusive

L'opinione dell'Avvocato Generale viene espressa in un'efficace sintesi (punto 60) per cui *"da qualunque prospettiva la si esamini, la reclusione di una persona ne ritarda, in definitiva, il futuro rimpatrio".* Alla luce di questa apodittica affermazione, si suggerisce quindi alla Corte, coerentemente e in linea con la sua giurisprudenza a partire da *El Dridi*, di dichiarare incompatibile con la direttiva rimpatri la pena della reclusione prevista per lo straniero che, una volta ritornato nel suo paese d'origine nell'ambito di una procedura di rimpatrio, sia poi rientrato irregolarmente nel territorio dello Stato membro.

Se la Corte mostrerà di condividere la posizione dell'Avvocato Generale, chiuderà il cerchio aperto con la sentenza *El Dridi* in riferimento alla sanzionabilità con la pena detentiva dello straniero in posizione irregolare. Dovesse essere questo l'esito finale della causa, infatti, verrebbe meno anche l'ultima fattispecie che ancora oggi nell'ordinamento italiano continua a privare della libertà personale lo straniero in ragione della sola sua condizione di presenza irregolare sul territorio nazionale.

Un risultato che, in generale, metterebbe in discussione l'approccio politico-giuridico seguito nell'ultimo decennio da molti Stati membri nel disciplinare il settore dell'immigrazione irregolare.

L'opinione dell'Avvocato Generale, tuttavia, appare difficile da condividere, essendo peraltro sviluppata in modo poco convincente. Innanzitutto lascia perplessi l'equiparazione tra la situazione del primo ingresso irregolare nel territorio dello Stato e quella di un reingresso successivo, che si verifica in seguito ad una catena di circostanze giuridico-fattuali diverse e rilevanti (quali l'adozione di una decisione di rimpatrio, l'espletamento della relativa procedura, l'emissione – e, poi, la violazione – di un esplicito divieto di reingresso) e che pertanto non si possono non tenere in debita considerazione.

Maggiore attenzione e riflessione avrebbe pertanto meritato l'argomento sostenuto dalla Commissione e dagli Stati, non sprovvisto di fondamento. A tal proposito, vale la pena di richiamare l'attenzione sul fatto che tra i governi intervenuti in causa figurano anche, in particolare, quelli di Svizzera e Norvegia, vale a dire, due Stati non facenti parte dell'Unione europea ma che partecipano allo spazio Schengen. Trattasi di circostanza che non si verifica frequentemente ma che, proprio per questo, sottolinea il diffuso interesse dei governi nazionali a tutelare la propria prerogativa di prendere provvedimenti sanzionatori contro la violazione di un divieto di reingresso nel proprio territorio nazionale.

L'illecito reingresso costituisce, di fatto, una fattispecie peculiare, i cui caratteri di specificità giustificano che essa possa essere legittimamente "supportata" da una sanzione di natura penale. Se così non fosse, infatti, in assenza di una qualsivoglia misura dissuasiva, il divieto di reingresso verrebbe svuotato di ogni significato precettivo e la stessa espulsione rischierebbe di rivelarsi inefficace e inutile. Pertanto la sanzione penale nel caso dell'illecito reingresso nel territorio dello Stato, rispondendo a una legittima finalità di prevenzione, non può essere considerata aprioristicamente irragionevole o in contrasto con lo spirito della direttiva rimpatri che, anzi, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, facoltizza gli Stati a ricorrere a strumenti di natura penale, purché questi non impediscano l'effetto utile della direttiva stessa e siano rispettosi del principio di proporzionalità.

L'Avvocato Generale, pur richiamando la giurisprudenza rilevante sul punto – *Achughbabian* in particolare -, si avventura in un'interpretazione poco persuasiva della stessa, tralasciando invece di ragionare, più opportunamente, su aspetti decisivi come appunto il rispetto del

principio di proporzionalità da parte della sanzione penale. La riflessione, in altri termini, dovrebbe svolgersi non tanto sull'*an* della sanzione detentiva per il caso di illecito reingresso, bensì sul *quantum* della stessa,potendosi e dovendosi allora interrogare se, piuttosto, l'entità di una tale misura sanzionatoria che, come in Italia, può spingersi fino a 4 anni di durata, possa dirsi davvero proporzionata e coerente con le finalità della direttiva rimpatri.

In conclusione, non può escludersi in termini assoluti l'ammissibilità della misura sanzionatoria di natura penale purché nel rispetto degli obbiettivi della direttiva rimpatri e del principio di proporzionalità. Va comunque tenuto presente che se il divieto di reingresso non fosse assistito da una sanzione, esso perderebbe di significato e lo straniero potrebbe rientrare senza conseguenze nel territorio da cui era stato allontanato, rendendo inefficace l'espulsione stessa.

Come a dire, uscendo dalla porta ma potendo rientrare dalla finestra.

Francesco Gatta