



DISEGNO DI LEGGE

d’iniziativa della senatrice DELLA MONICA

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 25 NOVEMBRE 2011^(*)

Ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato: abrogazione dell’articolo 10-*bis* del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286

^(*) *Testo non rivisto dal presentatore.*

ONOREVOLI SENATORI. – Il fenomeno dell'immigrazione rappresenta forse, dal punto di vista economico e sociologico, l'evento caratteristico dei nostri tempi e soprattutto il fatto storico cruciale degli anni che verranno. In Italia, Paese demograficamente «debole», con forte prevalenza delle fasce d'età più anziane, con una natalità prossima allo zero, con interi settori produttivi alla ricerca disperata di manodopera, l'immigrazione può ben dirsi senza alcuna retorica la vera sfida del futuro, il terreno specifico sul quale si misurerà la nostra capacità di confrontarci con le complesse dinamiche della contemporaneità.

La conversione in legge del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 agosto 2011, n. 129, recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari, offre l'occasione per ripercorrere gli effetti della direttiva in questione. Il meccanismo di allontanamento degli stranieri irregolari imposto sin dal 2002 dal testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla cosiddetta «legge Bossi-Fini» (legge 30 luglio 2002, n. 189) prevedeva che, non appena venisse accertata la presenza irregolare di uno straniero non appartenente all'Unione europea sul territorio italiano, nei suoi confronti venisse emanato un decreto di espulsione dal prefetto, la cui esecuzione era poi affidata al questore.

Nella maggior parte di casi, nell'impossibilità di disporre un accompagnamento coattivo alla frontiera o il trattenimento dello straniero presso un Centro di identificazione ed espulsione, a questi veniva notificato un ordine di allontanamento emanato dal questore, nel quale gli si concedevano cinque giorni per lasciare il territorio nazionale. Se lo straniero non obbediva a quest'ordine, doveva essere arrestato (obbligatoriamente se era entrato nello Stato eludendo i controlli di frontiera, facoltativamente se era entrato legalmente e poi non aveva chiesto o rinnovato il permesso di soggiorno); era quindi processato per il delitto di cui all'articolo 14, comma 5-ter del citato testo unico (salvo che potesse dimostrare di avere «giustificato motivo» per trattenersi sul territorio ...), e condannato ad una pena che poteva andare da uno fino a quattro anni di reclusione in carcere. Dopo la condanna, era avviato un nuovo procedimento di espulsione, la cui eventuale in ottemperanza comportava un nuovo arresto e una nuova condanna penale, più grave.

Allo stesso modo, uno straniero era processato e condannato se rientrava nel territorio dello Stato prima che fossero passati dieci anni dalla data dell'espulsione (durante questo periodo, l'espulso non poteva quindi rientrare legalmente in Italia).

Le disposizioni citate operavano in modo quasi automatico, senza lasciare spazio ad un eventuale allontanamento volontario dell'immigrato irregolare.

Il 16 dicembre 2008, l'Unione europea ha emanato la direttiva n. 2008/115/CE, nota come «direttiva rimpatri». Lo Stato italiano avrebbe dovuto recepire la direttiva nell'ordinamento interno entro il 24 dicembre 2010.

La «direttiva rimpatri» contiene una serie di disposizioni volte a realizzare un effettivo allontanamento dei soggetti privi della cittadinanza dell'Unione europea presenti, all'interno della stessa Unione, in situazione irregolare.

La procedura di allontanamento dell'immigrato irregolare prevista dalla direttiva ha un andamento «progressivo».

La decisione di rimpatrio deve di norma fissare «per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni»; allo straniero potranno tuttavia «essere imposti obblighi diretti a evitare il rischio di fuga».

Se l'interessato non è partito volontariamente, si possono adottare misure di allontanamento che possono assumere un carattere coercitivo se lo straniero opponga resistenza. Esse dovranno, però, rispettare il principio di proporzionalità, e non eccedere «un uso ragionevole della forza», «in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica» dello straniero.

L'esecuzione forzata dell'allontanamento può avvenire sin dall'inizio, solo quando «sussista un rischio di fuga, o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale».

Se lo straniero non provveda alla partenza volontaria nel termine, e non sia possibile eseguire l'allontanamento coattivo, è possibile disporre il trattenimento allo scopo di «preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento».

Il trattenimento è legittimo soltanto quando nel caso concreto non «possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive».

In ogni caso, il divieto di reingresso nel territorio dell'Unione europea è di cinque anni (e non dieci, come prevede la cosiddetta «legge Bossi-Fini»).

Infine, gli Stati membri possono decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di Paesi terzi, solo se questi sono:

- a) sottoposti a respingimento alla frontiera;
- b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

Quindi, per salvare le espulsioni così come previste dalla normativa italiana, con la legge 15 luglio 2009, n. 94 (nota come «pacchetto sicurezza») venne introdotto nel citato testo unico l'articolo 10-*bis*, che prevede il reato di presenza irregolare sul territorio dello Stato: si tratta di una contravvenzione, comminata a seguito di un processo svolto davanti al giudice di pace con un rito brevissimo, e che può essere punita, alternativamente, con un'ammenda in denaro o con un'immediata espulsione dal territorio dello Stato.

Sulle differenze tra i due reati, è opportuno soffermarsi.

Sia l'articolo 14, comma 5-*ter* (introdotto dalla citata «legge Bossi-Fini» nel 2002), sia l'articolo 10-*bis* del citato testo unico (introdotto nel 2009 dalla legge n. 94 del 2009) contengono norme penali, per cui tutti e due i tipi di condotta sono puniti penalmente. La differenza sta nel tipo di sanzione penale imposta dalle due norme: delitto il primo (disobbedire all'ordine del questore di lasciare l'Italia), contravvenzione il secondo (entrare e trattenersi sul territorio dello Stato senza un permesso di soggiorno).

Tuttavia, il tentativo di arginare gli effetti della direttiva si è rivelato ben più difficile del previsto. Infatti, la Corte di giustizia dell'Unione europea (organo deputato a dare un'interpretazione vincolante alle direttive) ha da tempo affermato che gli atti delle istituzioni comunitarie devono avere carattere di effettività. Ora, dato che il reato di immigrazione clandestina era già previsto nell'ordinamento di numerosi Stati dell'Unione europea al momento dell'emanazione della direttiva,

non è ipotizzabile accettare l'interpretazione che consenta di ritenere le istituzioni europee abbiano promulgato una direttiva sapendo già che non sarebbe mai stata attuata in quei Paesi. E questo sarebbe in contrasto con gli indirizzi interpretativi della Corte.

È probabile, quindi, che la direttiva si riferisca ai reati cosiddetto propri, come ad esempio la rapina, e non quelli connessi alla semplice presenza irregolare dello straniero nel territorio dello stato.

Dato che il termine di attuazione della direttiva è scaduto senza che l'Italia vi abbia dato attuazione, resta da chiarire se la direttiva rimpatri abbia comunque efficacia vincolante anche in Italia.

Ora, perché un atto normativo comunitario possa considerarsi dotato di efficacia diretta occorre che:

- la direttiva sia dettagliata, ovvero chiara, cioè non ambigua od equivoca; precisa, cioè sufficientemente specifica e tale da non necessitare di ulteriori interventi per poter essere applicata; incondizionata, cioè prevedere una disciplina non sottoposta a condizioni per poter essere applicata;

- sia scaduto il termine di attuazione per lo Stato.

In questi casi la direttiva ha carattere *self-executing*, cioè non necessita, per essere direttamente efficace, di un atto normativo nazionale di recepimento.

Sulla base di questi principi, sin dall'inizio del 2011, molti giudici penali italiani hanno assolto una serie di imputati dall'accusa di inottemperanza all'ordine di allontanamento coattivo emesso dal questore, proprio per la difformità delle norme italiane rispetto alla direttiva (è il caso di una sentenza del tribunale di Cagliari n. 329 del 14 gennaio).

Altri hanno dichiarato di non doversi procedere, in quanto hanno ritenuto che la condotta dell'inottemperanza all'ordine del questore non è più prevista come reato (Dott.

ssa Zaccariello, Tribunale monocratico di Bologna, 20 gennaio 2011).

Questi giudici hanno pertanto ritenuto che la direttiva rimpatri avesse carattere *self-executing*. Altri giudici hanno sollevato richiesta di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel Lussemburgo.

Il 28 aprile 2011, nella causa C-61/11, la Corte di giustizia ha pronunciato una sentenza divenuta famosa (sentenza n. 61 del 28 aprile 2011). Molti mezzi d'informazione hanno diffuso la notizia, sostenendo che la sentenza abrogava il cosiddetto reato di clandestinità (articolo 10-*bis* del citato testo unico sull'immigrazione).

In realtà, la sentenza ha invece dichiarato incompatibile con la normativa dell'Unione (e in particolare con la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, cosiddetta «cosiddetta direttiva rimpatri») il delitto di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare l'Italia (articolo 14, comma 5-*ter*, del citato testo unico sull'immigrazione).

In seguito a tale sentenza, tutti i giudici penali italiani si stanno adeguando a questa linea interpretativa.

Da ultimo, anche la suprema Corte di cassazione ha riconosciuto l'intervenuta *abolitio criminis* del delitto di inottemperanza all'ordine del Questore, con la sentenza n. 18586 del 29 aprile 2011.

Gli effetti di questa abrogazione del delitto di inottemperanza sono potenzialmente dirompenti. Basta pensare alla cosiddetta «sanatoria delle badanti» del 2009 (più propriamente detta «emersione dal lavoro irregolare», disposta dall'articolo 1-*ter* del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102).

Migliaia di domande di regolarizzazione di badanti e collaboratori domestici sono state rigettate in questi due anni, laddove i lavoratori extra-UE in attesa di regolarizzazione erano stati condannati per il delitto di inottemperanza previsto dall'articolo 14,

comma 5-ter, del citato testo unico sull'immigrazione (anche con sentenze non ancora passate in giudicato, essendo in molti casi pendente l'appello).

Ebbene, il Consiglio di Stato (ovvero il massimo organo della Giustizia amministrativa nel nostro Paese), riunito in Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 7 del 10 maggio 2011 ha dichiarato non ostativo al perfezionamento dell'emersione del lavoro irregolare il reato previsto dall'articolo 14, comma 5-ter del citato testo unico sull'immigrazione.

Dopo una serie di tentennamenti, il Ministero dell'interno ha finalmente riconosciuto questa sentenza con la circolare n. 17102 del 23 giugno 2011.

Tuttavia, gli effetti della direttiva rimpatri non si sono fermati qui.

La sentenza del giudice di pace di Torino n. 314 del 22 febbraio 2011, ha dichiarato inapplicabile il reato di ingresso e soggiorno irregolare (articolo 10-bis del citato testo unico sull'immigrazione) per contrasto con la direttiva rimpatri. Secondo il giudice di pace, questa condotta non è più prevista come reato.

Altri giudici di pace hanno sollecitato un altro intervento interpretativo della Corte di giustizia dell'Unione europea. C'è, quindi, la possibilità concreta che la norma che sanziona il cosiddetto reato di clandestinità possa essere effettivamente ritenuta non più applicabile.

Questo farebbe venir meno quella odiosa situazione per cui un qualsiasi pubblico ufficiale (ad esempio, chi deve celebrare un matrimonio, o un ufficiale dello stato civile, o un cancelliere del tribunale, o un agente delle forze dell'ordine), se, nell'esercizio delle proprie funzioni, si trova davanti un immigrato in posizione irregolare, deve denunciarlo prontamente, altrimenti rischia a sua volta una denuncia ai sensi dell'articolo 361 del codice penale.

Anche altre figure di reato stanno cadendo a seguito dell'applicazione nel nostro territorio della citata direttiva n. 2008/115/CE.

È il caso, ad esempio, dell'articolo 13, comma 13, del citato testo unico sull'immigrazione, che punisce il divieto di reingresso sul territorio dello Stato prima dello scadere dei dieci anni dall'espulsione: poiché la direttiva prevede un termine massimo di cinque anni, e se la direttiva è *self-executing*, anche tale norma è chiaramente destinata ad essere considerata inapplicabile.

L'applicazione diretta della direttiva sta avendo effetti anche sul piano amministrativo: alcuni giudici di pace hanno annullato decreti di espulsione prefettizi perché considerati non conformi alla citata direttiva rimpatri. (decreto del giudice di pace di Firenze del 17 febbraio 2011; giudice di pace di Alessandria del 6 maggio 2011).

Più di recente, il tribunale di Varese, il 30 maggio 2011 ha decretato che, in ossequio alla direttiva, il prefetto non può ordinare l'espulsione senza la concessione di un termine minimo di sette giorni per la partenza volontaria.

In conclusione, quella che, al momento della sua emanazione, fu attaccata da più parti come la «direttiva della vergogna», ha avuto, e ancora sta avendo, un dirompente effetto positivo su una normativa contraddittoria e criminogena, quale era quella italiana in tema di immigrazione.

Ciò, va però rilevato, non avviene perché la direttiva in questione sia particolarmente «liberale», ma perché gli *standard* di rispetto della persona umana previsti dalla normativa italiana erano (e ancora in parte sono) particolarmente bassi.

La situazione che si è venuta a creare ha pertanto spinto il Governo a, diciamo così, correre ai ripari, emanando il citato decreto-legge n. 89 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla citata legge n. 129 del 2011. Da un lato, la normativa viene adeguata alle novità di cui si è parlato sopra. Dall'altro, si tenta di aggirare la normativa dell'Unione europea. In particolare, non è più previsto il requisito dell'ingresso regolare nel territorio dello Stato, perché il familiare

non appartenente all'Unione europea del cittadino comunitario possa richiedere l'iscrizione anagrafica e il rilascio della carta di soggiorno.

In tema di requisiti per l'allontanamento dello straniero che sia cittadino dell'Unione europea, viene definito con più chiarezza cosa si intende per pericolosità «sufficientemente grave», e si tenta di adeguare la procedura prefettizia.

Per quanto riguarda, invece, l'allontanamento degli stranieri non appartenenti all'Unione europea:

1. È ridotto a 5 anni il divieto di reingresso in caso di espulsione

2. È riconosciuto che il reato di ingresso e soggiorno irregolare (l'articolo 10-*bis*), così come il provvedimento di espulsione, non possono essere adottati nell'ambito di controlli all'uscita dello straniero dal territorio dello Stato.

3. La violazione dell'ordine di allontanamento del Questore, l'ormai famoso articolo 14, comma 5-*ter*, del citato testo unico sull'immigrazione è punito con una semplice multa (ma la norma prevede anche la possibilità di sostituire l'ammenda con l'espulsione, aggirando così la normativa europea).

4. È prevista, per lo straniero, la possibilità di fare richiesta per entrare in un programma di rimpatrio volontario.

5. È possibile prorogare il trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione fino a 18 mesi.

Il decreto-legge, tuttavia, lascia in vigore il reato di clandestinità, previsto dall'articolo 10-*bis*, del citato testo unico sull'immigrazione.

Questo potrebbe comportare delle importanti conseguenze, sul piano pratico: è proprio la natura penale del cosiddetto reato di clandestinità il motivo per cui entra in gioco l'articolo 361 del codice penale. Questo articolo sanziona penalmente la «Omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale»: l'effetto era che un «clandestino» non poteva rivolgersi a nessun pubblico ufficiale, neanche per sposarsi o riconoscere un figlio (anche se la faccenda è poi cambiata, per fortuna ...), perché, se lo avesse fatto, il pubblico ufficiale sarebbe stato costretto a denunciarlo per violazione del cosiddetto reato di clandestinità (articolo 10-*bis* del citato testo unico sull'immigrazione). Infatti, se non lo avesse denunciato, il pubblico ufficiale sarebbe stato, a sua volta, passibile di denuncia penale ai sensi dell'articolo 361 del codice penale.

Ecco dunque la premessa logica e, in certo senso, anche la *ratio* del presente disegno di legge, la quale, disponendo di una norma che tra l'altro produce solo un aggravio di costi per la giustizia, getta le basi per una nuova visione della politica nazionale sull'immigrazione.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. L'articolo 10-*bis* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, è abrogato.

