

## Commenti del CIR al Decreto-legge 23 giugno 2011 n. 89

6 luglio 2011- Presentiamo di seguito la scheda predisposta dalla sezione legale del CIR con commenti e approfondimenti sul Decreto-legge 23 giugno 2011 n. 89 che recepisce, tra l'altro, la Direttiva europea 2008/115/CE, la c.d. direttiva *rimpatrio*. In particolare il CIR commenta le modifiche agli articoli 13, 14 e 19 del Testo Unico.

***Commenti del CIR al Decreto-legge 23 giugno 2011 n. 89 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.***

Il 23 giugno 2011 è stato adottato il **Decreto-legge n. 89** il quale recepisce, tra l'altro, la **Direttiva europea 2008/115/CE, la c.d. direttiva *rimpatrio***. Il decreto è entrato in vigore il 24/06/2011. Ha fatto seguito una circolare esplicativa adottata dal Ministero dell'Interno in data 23/06/2011 (n. 17102/124). La circolare rinvia a successivi provvedimenti da parte di altri organi competenti, tra cui il Dipartimento per le Libertà civili e l'immigrazione, ai fini dell'adozione degli opportuni indirizzi applicativi.

Il Governo ha adottato lo strumento del decreto-legge, in luogo di un decreto legislativo, ritenendo sussistere ragioni di necessità ed urgenza.

Come il CIR ha già commentato, ci si chiede il motivo per cui sia stata fatta una simile scelta, senza l'utilizzo del normale *iter* parlamentare, non essendo chiaro il carattere di necessità ed urgenza che ha spinto il governo in tale direzione.

Il decreto legge dovrebbe essere comunque convertito in legge entro 60 giorni, pena la decadenza.

Di seguito si segnalano le principali novità del Decreto inerenti il CAPO II "*Disposizioni in materia di rimpatrio degli stranieri irregolari*" che va ad incidere profondamente sul TU Immigrazione 286/98.

In premessa, si deve segnalare che la **Direttiva** sul *rimpatrio* è interamente declinata sul principio di *proporzionalità* nell'uso delle misure coercitive nonché sul principio di equità e trasparenza nell'adozione delle misure stesse. Nello specifico, la direttiva configura procedure di rimpatrio "*a cascata*". Ciò significa che nell'ambito della prima fase della procedura di rimpatrio va accordata priorità, salvo eccezioni, all'esecuzione volontaria dell'obbligo di rimpatrio.

Lo Stato Membro, nell'adottare la direttiva, dovrebbe in primo luogo stabilire il termine congruo per la partenza volontaria dello straniero in posizione irregolare e, solo in presenza di circostanze particolari, come ad esempio il "rischio di fuga" gli Stati Membri possono adottare misure più coercitive come il trattenimento, comunque nel rispetto del principio di proporzionalità.

Queste considerazioni, oltre a nascere dalla lettura della stessa Direttiva, sono state avallate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza C-61/11 PPU (*Hassen El Dridi alias Soufi Karim*).

**La formulazione del decreto-legge sovverte in effetti lo spirito della direttiva**, in quanto si disciplinano innanzitutto le norme di esecuzione dell'espulsione forzata per poi trattare le fattispecie della partenza volontaria. Di conseguenza, la priorità viene data a questa seconda fattispecie.

**Modifiche all'art 13 del TU 286/98**

**Secondo il nuovo decreto-legge**, la partenza volontaria si configura come eccezione e non come regola, contrariamente a quanto contenuto nella direttiva e nei suoi *considerando*<sup>1</sup>. Infatti, esso disciplina la procedura di rimpatrio e di partenza volontaria, solo laddove non ricorrano le condizioni per il rimpatrio immediato dello straniero.

Inoltre, le modifiche apportate all'art. 13 del TU Immigrazione sono improntate sulla eccessiva discrezionalità delle autorità preposte all'attivazione delle procedure medesime.

E' il Prefetto che decide **caso per caso** quando attivare la procedura di rimpatrio immediato, così come la valutazione del "**rischio di fuga**".

Il rischio di fuga è indicato nell'art. 7 della **Direttiva** ed è relativo ai criteri che possono essere applicati dagli Stati Membri per evitare però tale rischio in caso di concessione di un termine di partenza volontaria.

A differenza, il **decreto-legge** configura il "rischio di fuga" anche nei casi di rimpatrio immediato ed è una nuova fattispecie rispetto a quanto contenuto nella direttiva.

Viene sostituito il **comma 4 dell'art 13 TU Immigrazione** stabilendo che "l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (...) quando sussiste il rischio di fuga di cui al comma 4-bis"<sup>2</sup>.

Preoccupa che tra i criteri figurino - *inter alia* - il mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, considerato che la quasi totalità degli stranieri che giungono sul nostro territorio sono sprovvisti di passaporto o documenti equipollenti. Allo stesso modo fa riflettere la menzione della mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio dove lo straniero possa essere agevolmente rintracciato.

Proseguendo con le modifiche apportate all'art. 13 del TU, il **comma 5** viene sostituito e vengono introdotte le norme relative alla partenza volontaria<sup>3</sup>.

Laddove venga concesso il termine per la partenza volontaria, il questore chiede allo straniero di dimostrare la "(...) disponibilita' di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilita' dell'assegno sociale annuo. Il questore dispone, altresì, una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validita', da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente

---

<sup>1</sup> "L'uso di misure coercitive dovrebbe essere espressamente subordinato al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti" (considerando n. 13 della direttiva)

<sup>2</sup>

«4-bis. Si configura il rischio di fuga di cui al comma 4, lettera b), qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione:

a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validita';

b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilita' di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato;

c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalita';

d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14;

e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2.»;

<sup>3</sup> "5. Lo straniero, destinatario di un provvedimento d'espulsione, qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera di cui al comma 4, può chiedere al prefetto, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione, la concessione di un periodo per la partenza volontaria (...)"

rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente (...)”<sup>4</sup>.

Nel caso il cui lo straniero contravvenga ad una o più di queste misure è soggetto ad una **pena pecuniaria** che va da 3000 euro a 18000 euro. Tale misura è evidentemente sproporzionata rispetto alla violazione contestata ed ha valenze penali. Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia europea sembrerebbe inammissibile anche una sanzione di questa natura, in quanto violerebbe il fine che la direttiva si pone (cfr in seguito).

Le modifiche all’art. 13 terminano con l’introduzione, attraverso la sostituzione del **co. 14** dell’art. 13 con la diminuzione dei termini per il reingresso nel territorio nazionale a seguito dell’espulsione che passa dai 3 ai 5 anni, in luogo dei 10 previsti dalla normativa precedente, salvo eccezioni.

### **Modifiche all’art. 14 TU**

L’art. 14 del TU viene profondamente modificato. Anche in questo caso è evidente che il **decreto-legge** abbia sovvertito la finalità della Direttiva, in relazione all’esecuzione dell’espulsione.

L’art. 15 par. 1 della **Direttiva**, ribadendo l’utilizzo di strumenti meno coercitivi, stabilisce che gli Stati:

“(…) possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento in particolare quando:

a) sussiste un rischio di fuga o; b) il cittadino di un paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o l’allontanamento.

Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo il tempo necessario all’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio”

Ora, sempre nell’ottica del principio di *proporzionalità*, il **decreto-legge** ancora una volta “privilegia” le modalità più coercitive di esecuzione dell’espulsione, facendo peraltro riferimento a quella che sembra una misura aggiuntiva a quanto previsto dalla direttiva.

Infatti il **co. 1 dell’art. 14**, sostituito integralmente, consente di legittimare il trattenimento anche nelle ipotesi dell’art 13 co. 4-bis (*ipotesi di rischio di fuga, vedi supra*).

Il co. 1 dell’art. 14, come riscritto dal **decreto-legge**, sembra legittimare il trattenimento in tutti i casi in cui non è possibile eseguire con immediatezza l’espulsione e dunque sembrerebbe invariata la *ratio* del trattenimento prevista dalla normativa italiana. Difatti nel secondo capoverso si legge “*tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre quelle previste dall’art. 13 comma 4 bis.....*”

Suscita alcuni interrogativi il fatto che il **decreto-legge** abbia dovuto richiamare, tra le ipotesi che legittimano il trattenimento, anche quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero. Questa previsione peraltro non è menzionata nella Direttiva.

Per quanto riguarda il **co. 5 dell’art. 14**, sostituito in buona parte, il **decreto-legge** recepisce quanto stabilito dalla **Direttiva** all’art 15 circa la facoltà degli Stati Membri di prorogare fino a 18 mesi il trattenimento nei CIE, senza però sottolineare il carattere eccezionale di tale misura come è chiaro nella formulazione della Direttiva medesima.

Inoltre, va sottolineato che la **Direttiva** all’art. 15 prevede una serie di garanzie giurisdizionali volte a tutelare lo straniero sottoposto a misure di trattenimento. In particolare:

<sup>4</sup> comma 5.2 dell’art 13 come modificato dal decreto 89/2011

- a) un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile;
- b) e che [gli Stati Membri] accordano al cittadino di un paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento. Gli Stati Membri informano immediatamente il cittadino straniero sulla possibilità di presentare tale ricorso.

L'art 15 prosegue stabilendo che *“nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria”*.

In questo caso la **Direttiva** non lascia spazio a dubbi rispetto alla necessità che, di fronte a periodi prolungati di privazione della libertà personale dello straniero, l'autorità giudiziaria debba procedere ad un controllo della misura del trattenimento.

Al riguardo, per quanto concerne il contesto nazionale, va ricordato che, la Corte di Cassazione ha affermato che le garanzie costituzionali del contraddittorio, consistenti nella partecipazione dell'interessato e del difensore di fiducia all'udienza, debbano essere applicate anche nella fase procedurale della proroga del trattenimento<sup>5</sup>.

Proseguendo con l'analisi dell'art. **14 del decreto-legge** menzione va fatta del **comma 5-ter** che viene sostituito integralmente, al fine di allinearsi con quanto stabilito nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europa sopra richiamata.

Il nuovo **art. 14 comma 5-ter** (inerente le conseguenze previste per non aver ottemperato all'ordine di allontanamento notificato per mancata possibilità di trattenimento presso il CIE) non prevede più la pena detentiva per il solo fatto che un cittadino di un paese terzo permane in maniera irregolare sul territorio, per non aver ottemperato all'ordine di lasciare il territorio nazionale.

La violazione del suddetto ordine viene sostituito con pene pecuniarie che vanno da 10.000 a 20.000 euro o da 6.000 a 15.000 euro o da 15.000 a 30.000 (**art 14 co. 5-quater**) a seconda delle ipotesi previste dalla norma in cui ricade lo straniero.

Il presupposto per l'applicazione della sanzione penale rimane pressoché invariato ossia violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio nel termine di 7 giorni (in luogo dei 5 previsti nella norma precedente), qualora sia impossibile il trattenimento in un CIE.

La norma introduce comunque una fattispecie incriminatrice nel TU Immigrazione. Infatti, per quanto contemplato dall'art. 14 commi 5 ter e 5 quater (come già ora avviene per l'art. 10 bis TU Immigrazione, circa la possibilità per il Giudice di Pace di sostituire la condanna dello straniero irregolare con l'espulsione del medesimo) è prevista la sanzione penale come pena sostitutiva dell'espulsione.

Questa nuova fattispecie potrebbe configurare una violazione della **Direttiva**, nello specifico dell'art 2.

L'art. 2, par. 2, lett. b), infatti consente agli Stati membri di prevedere che la Direttiva non si applichi ai cittadini di Paesi terzi (...) *“sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale”*.

---

<sup>5</sup> Con la **sentenza n. 4544 del 24.2.2010** la Corte di Cassazione ha affermato che: *“al procedimento giurisdizionale di decisione sulla richiesta di proroga del trattenimento presso un Centro di Permanenza Temporanea dello straniero, già sottoposto a tale misura per il primo segmento temporale previsto dalla legge, devono essere applicate le stesse garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione dell'interessato, che sono previste esplicitamente, ai sensi dell'art. 14, quarto comma, del D.lgs n. 286/1998, nel procedimento di convalida della prima frazione temporale del trattenimento, essendo tale applicazione estensiva imposta da un'interpretazione costituzionalmente orientata del successivo comma quinto, relativo all'istituto di proroga, tenuto conto che un'opposta lettura sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost”*

E' rilevante sottolineare che le sanzioni penali di cui all'art 14 co 5-bis, ter e quater impattano anche sulla possibilità per lo straniero di fruire dei programmi di **rimpatrio assistito**. Con l'inserimento di un nuovo articolo, il **14-ter** viene escluso infatti da tali programmi lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

### **Modifiche all'art 19 TU**

Si segnala infine l'inserimento del **comma 2-bis** all'art 19 del TU Immigrazione che recita.

*“Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate”.*

Preoccupa l'inserimento del comma *2-bis* in un articolo come il 19 del TU immigrazione che è volto alla tutela di tutti coloro per i quali è vietata l'espulsione o il respingimento.

Peraltro, non viene fatta esplicita menzione della possibilità, per le categorie vulnerabili di cui al nuovo comma 2, del rimpatrio volontario assistito.

Roma, 04/07/2011

Sezione Legale