

Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri

Abstract. Il lavoro analizza il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato, che dopo la riforma del 2011 costituisce l'unica fattispecie legata all'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno ancora punita con la sanzione detentiva, e sviluppa le ragioni per cui tale reato, contrariamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza della Cassazione, deve considerarsi incompatibile con la direttiva 2008/115/CE (la c.d. direttiva rimpatri), prospettando i termini di un possibile rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

SOMMARIO

1. INTRODUZIONE. – 2. IL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO ALL'INTERNO DEL SISTEMA PENALE DI CONTRASTO ALL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE. – 2.1. LE RECENTI VICENDE RIGUARDANTI IN GENERALE LA PUNIBILITÀ DELLO STRANIERO IRREGOLARMENTE SOGGIORNANTE. – 2.2. LA COMUNE EVOLUZIONE DEI DELITTI DI INOTTEMPERANZA ALL'ORDINE DI ALLONTANAMENTO E DI VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI REINGRESSO: DALLA LEGGE BOSSI-FINI AI PROFILI DI LEGITTIMITÀ COMUNITARIA PRIMA DELLA SENTENZA EL DRIDI. – 3. LA PACIFICA NON PUNIBILITÀ QUANDO IL REINGRESSO SIA AVVENUTO A DISTANZA DI ALMENO CINQUE ANNI DAL RIMPATRIO. – 4. È LEGGITTIMA LA PREVISIONE DI UNA PENA DETENTIVA PER LO STRANIERO ESPULSO CHE FACCIA IRREGOLARMENTE REINGRESSO IN ITALIA? – 4.1. PREMessa. – 4.2. IL PERCORSO ARGOMENTATIVO DELLA CASSAZIONE. – 4.3. CRITICA. – 4.3.1. LA MANCATA DIFFERENZIAZIONE TRA ILLEGITTIMITÀ DIRETTA ED INDIRETTA DELLA FATTISPECIE PENALE. – 4.3.2. LA “TRASPOSIZIONE AUTOMATICA” DELLE CONCLUSIONI DELLA SENTENZA EL DRIDI AL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO. – 4.3.3. L'APPLICABILITÀ DELLA DIRETTIVA AI CASI DI REINGRESSO IRREGOLARE. – 4.3.4. IL CONTRASTO CON IL PRINCIPIO DELL'EFFETTO UTILE DELL'APPLICAZIONE DELLA PENA DETENTIVA NEI CASI DI ILLECITO REINGRESSO. – 4.3.5. LA DISAPPLICAZIONE DIRETTA DEL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO O IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE. – 4.4. LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ PER VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST. – 5. CONCLUSIONI.

1 INTRODUZIONE

Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato (art. 13 co. 13 d.lgs. 286/98), che costituisce l'oggetto di questo lavoro, è stato sino a pochi mesi orsono una figura di reato con tutte le caratteristiche per non destare interesse tra gli studiosi di diritto penale. Si tratta infatti di un delitto che appartiene ad un settore, quello del diritto penale dell'immigrazione, di introduzione recente e poco frequentato dalla dottrina, perché considerato di scarso rilievo anche nell'ambito della legislazione penale complementare, avendo come destinatari dei precetti soggetti posti ai margini del vivere civile come gli immigrati irregolari. All'interno, poi, di tale settore, sono state altre le figure di reato che hanno attirato l'attenzione dei commentatori: dal delitto, di frequentissima applicazione giurisprudenziale, di inottemperanza all'ordine di allontanamento (art. 14 co. 5 *ter* d.lgs. 286/98), alla contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare (il cd. reato di clandestinità, art. 10 *bis* d.lgs. 286/98), che tanto spazio ha occupato sulla scena politica e mediatica.

Oggi, però, le cose stanno diversamente. Negli ultimi due anni, dopo la scadenza nel dicembre 2010 del termine di attuazione della cd. direttiva rimpatri (dir. 2008/115/CE) e soprattutto dopo l'intervento della Corte di giustizia nell'aprile 2011 con la sentenza *El Dridi*¹, il diritto penale dell'immigrazione, varcando le soglie della ristretta cerchia degli specialisti, è diventato il terreno principale su cui verificare l'impatto, mai sino ad allora così significativo, del diritto dell'Unione sul sistema penale interno, ed ha infine trovato spazio sulle più prestigiose riviste di diritto penale. All'interno poi del sottosistema di incriminazioni legate alla condizione di irregolarità, il delitto di illecito reingresso, dopo la riforma del Testo unico sull'immigrazione dell'estate 2011², ha acquisito una inedita centralità, essendo rimasta l'unica figura di reato proprio dello straniero irregolarmente soggiornante ancora punita con una (consistente) pena detentiva (reclusione da uno a quattro anni), mentre tutte le altre fattispecie in materia sono oggi punite con la sola sanzione pecuniaria.

Una riflessione sul delitto in questione ci pare, allora, poter rivestire oggi interesse per il penalista, e non solo per lo specialista di diritto dell'immigrazione, almeno sotto un duplice profilo. L'analisi della giurisprudenza relativa a tale delitto permette da un lato di mettere a fuoco alcuni *nuovi problemi in tema di rapporti tra diritto dell'Unione e diritto penale*, che sono emersi proprio nei procedimenti per questa figura di reato; e dall'altro di riflettere su *cosa rimanga*, dopo l'intervento demolitorio della Corte di giustizia UE, dell'*impianto punitivo* centrato sulla pena detentiva per lo straniero irregolare che ha caratterizzato gli ultimi dieci anni di politica criminale a tutela della "sicurezza pubblica".

Questo lavoro è diviso in *tre parti*.

Nella prima, rivolta in particolare al lettore non esperto di diritto dell'immigrazione, collocheremo le vicende relative al delitto di illecito reingresso nella cornice del complessivo apparato sanzionatorio applicabile allo straniero irregolare, cercando di porre in luce le linee essenziali di sviluppo di tale sistema ed il ruolo al suo interno ricoperto dal delitto in esame.

Nella seconda parte, relativa alla giurisprudenza successiva all'intervento della Corte UE, ci concentreremo su una particolare ipotesi di disapplicazione della norma incriminatrice, che un consolidato orientamento ritiene di riscontrare, per contrasto con la disciplina della direttiva, nei casi di illecito reingresso avvenuto dopo cinque anni dal rimpatrio.

Nella terza ed ultima parte, ci occuperemo del profilo più controverso, cioè delle conseguenze da ricavare dalla giurisprudenza della Corte UE relativa all'interpretazione della direttiva rimpatri in ordine al delitto di illecito reingresso, quando il reingresso sia avvenuto entro cinque anni dall'espulsione. Nell'ambito di una puntuale disamina della decisione della Cassazione che in maniera più approfondita ha affrontato il tema, negando qualsiasi conseguenza della sentenza *El Dridi* sul delitto qui allo studio, vedremo quante difficoltà incontri ancora nella giurisprudenza interna il recepimento delle decisioni della Corte UE, e cercheremo di argomentare la necessità di una soluzione diversa da quella sin qui prevalente nella giurisprudenza di legittimità.

2

IL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO ALL'INTERNO DEL SISTEMA PENALE DI CONTRASTO ALL'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

Il *delitto di violazione del divieto di reingresso*, punito all'art. 13 co. 13 e 13 bis d.lgs. 286/98, dopo la riforma del 2011 rappresenta attualmente il *solo reato* punito con la *pena detentiva* tra quelli in materia di irregolarità del soggiorno dello straniero. In seguito alla sentenza *El Dridi* della Corte UE, che ha negato agli Stati la possibilità di ricorrere alla pena detentiva nelle ipotesi di inottemperanza ad un ordine di allontanamento, e

1. Corte di giustizia UE, I sez., 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*, pubblicata in *Dir. pen. cont.*, il 29 aprile 2011, con nota di VIGANÒ.

2. D.l. 23 giugno 2011, n. 89, conv. in l. 2 agosto 2011, n. 129.

2.1

LE RECENTI VICENDE RIGUARDANTI IN GENERALE LA PUNIBILITÀ DELLO STRANIERO IRREGOLARMENTE SOGGIORNANTE

dopo la conseguente riforma del sistema interno del giugno 2011, oggi le *diverse forme di irregolarità del soggiorno* penalmente rilevanti integrano tutte (ad eccezione appunto delle ipotesi di irregolarità derivante dalla violazione di un divieto di reingresso) gli estremi di fattispecie non punite più con la pena detentiva, ma con la *sola pena pecuniaria*³.

Il cambiamento rispetto al decennio appena trascorso è stato quanto mai netto.

La cd. legge Bossi-Fini del 2002⁴, specie dopo le modifiche del 2004⁵, aveva posto al centro del sistema di contrasto all'immigrazione irregolare la previsione della pena detentiva nei confronti del migrante non in regola con la disciplina sull'ingresso e sul soggiorno nel territorio dello Stato. Pur senza mai giungere a prevedere una tale sanzione in ragione del mero *status* di irregolarità, il meccanismo di incriminazione delineato all'art. 14 co. 5 *ter* d.lgs. 286/98 – che puniva con la reclusione da uno a quattro anni lo straniero *inottemperante ad un ordine di rimpatrio* emanato dall'autorità amministrativa – aveva comunque condotto ad una vera e propria *criminalizzazione di massa* degli stranieri irregolari⁶.

E' vero, infatti che, sino al 2009, il primo accertamento dell'irregolarità del soggiorno non integrava gli estremi di alcun reato, configurando un semplice illecito amministrativo; ed anche dopo che l'approvazione del cd. Pacchetto sicurezza nel 2009 aveva condotto all'introduzione dell'art. 10 *bis* d.lgs. 286/98, cioè del reato di ingresso e soggiorno irregolari, la pena prevista per lo straniero di cui per la prima volta veniva accertata l'irregolarità, era (ed è tuttora) soltanto la sanzione dell'ammenda. Le conseguenze sanzionatorie mutavano, però, una volta che la condizione di irregolarità fosse stata accertata, ed in conseguenza di tale accertamento fosse stato emanato un provvedimento di espulsione immediatamente esecutivo, che nella maggior parte dei casi la pubblica amministrazione non riusciva ad eseguire – come peraltro la legge prescriveva espressamente – con il rimpatrio coattivo⁷, ma veniva eseguito mediante un ordine questorile di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. Se, come accadeva nella quasi totalità dei casi, lo straniero decideva di non eseguire tale ordine, prolungando il proprio soggiorno irregolare in Italia, si rendeva responsabile di un delitto per cui era prevista una cornice edittale tale da consentire la custodia cautelare in carcere⁸, e da rendere quanto mai probabile l'effettivo ingresso nel sistema carcerario.

Il legislatore del passato decennio non si è quindi mai spinto a punire con il carcere la “prima irregolarità” dello straniero, che configurava solo (dopo il 2009) una contravvenzione punita con sanzione pecuniaria; ma la punizione indiretta dei successivi trattamenti irregolari, attuata mediante l'elevazione a delitto punito con pena detentiva della violazione dell'ordine di rimpatrio, aveva comunque portato al risultato che ogni giorno venissero celebrati nelle aule delle direttissime centinaia di processi per questo reato, e che nelle carceri fossero rinchiusi centinaia di stranieri che non avevano commesso altro reato che il trattarsi irregolarmente in Italia.

In questo contesto di bulimia punitiva nei confronti degli stranieri irregolari, certo

3. Sulle modifiche al t.u. imm. introdotte dalla legge di trasposizione della direttiva, cfr. NATALE, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in *Dir., imm., citt.*, 2011, n. 2, p. 17 ss. e SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir., imm., citt.*, 2011, n. 3, p. 30 ss.

4. L. 30 luglio 2002, n. 189.

5. D.l. 14 settembre 2004, n. 241, conv. in l. 12 novembre 2004, n. 271.

6. Per una critica alla politica-criminale degli anni 2000 in materia di immigrazione, cfr. *ex multis* DONINI, *Il cittadino extra-comunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, p. 105 ss. e PALAZZO, *Sicurezza urbana ed immigrazione: illusione e realtà della repressione penale*, in *Dir., imm., citt.*, 2004, n. 1, p. 24 ss.

7. Secondo il disposto dell'art. 13 co. 4 d.lgs. 286/98, nella versione antecedente alla riforma del 2011, “l'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al co. 5” (cioè dei casi di espulsione conseguente alla mancata richiesta nei termini del rinnovo del permesso di soggiorno scaduto).

8. L'elevazione nel 2004 a quattro anni del massimo edittale previsto per il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento era stata motivata proprio dalla finalità di consentire *ex art. 280 c.p.p.* l'applicazione della custodia cautelare in carcere, dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 223/2004, aveva dichiarato incostituzionale la previsione dell'arresto obbligatorio per una fattispecie con cornici edittali tali da non consentire, in sede di convalida, l'eventuale emissione di un provvedimento custodiale.

non risultava *distonica* la *pena detentiva* prevista dall'art. 13 co. 13 e co. 13 *bis* per lo straniero che, una volta rimpatriato, facesse ritorno in Italia prima del termine fissato nel decreto di espulsione. La dosimetria era esattamente identica a quella prevista dall'art. 14 per le ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento: pena da uno a quattro anni per i casi di prima violazione dell'ordine di allontanamento o del divieto di rimpatrio (art. 14 co. 5 *ter* e 13 co. 13), pena da uno a cinque anni quando la violazione era reiterata (art. 14 co. 5 *quater* e 13 co. 13 *bis*, ult. per.), in tutti i casi poi arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza e obbligo di procedere con rito direttissimo (art. 14 co. 5 *quinqües* e 13 co. 13 *ter*). In effetti, rispetto all'interesse all'ordinata gestione dei flussi migratori, che rappresenta il bene giuridico di tutti i reati in materia di immigrazione irregolare⁹, le condotte di chi non obbedisce all'ordine di allontanarsi e quella di chi non rispetta il divieto di reingresso hanno un contenuto di disvalore quantomeno simile, se non identico: in entrambi i casi, si punisce lo straniero che risiede illegalmente in Italia in violazione di un ordine dell'autorità, e la corrispondenza di offensività trovava riscontro nella corrispondenza delle cornici sanzionatorie.

L'intervento della Corte UE, come abbiamo già ricordato, ha demolito tale impianto punitivo. La sentenza *El Dridi* ha affermato in termini inequivocabili l'*incompatibilità* tra la *pena detentiva* nei casi di inottemperanza all'ordine di allontanamento e la cd. *direttiva rimpatri*, con motivazioni su cui avremo modo di tornare ampiamente più avanti. La giurisprudenza interna ha subito interpretato la decisione della Corte UE come un fenomeno assimilabile all'*abolitio criminis*, con la conseguenza di assolvere gli imputati dei delitti previsti all'art. 14 perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato¹⁰, e di revocare le sentenze definitive di condanna facendo applicazione analogica degli artt. 2 co. 2 c.p. e 673 c.p.p.¹¹. Ed infine il legislatore, preso atto dell'impossibilità di ricorrere alla sanzione detentiva quale strumento di contrasto al soggiorno irregolare, ha invero confermato la scelta di qualificare in termini di illecito penale le diverse forme di irregolarità (a titolo di contravvenzione ex art. 10 *bis* per l'ingresso o il primo soggiorno irregolare, a titolo ancora di delitto per le diverse figure di inottemperanza ad un ordine dell'autorità in materia di allontanamento previste dall'art. 14), prevedendo però, in ossequio alle prescrizioni della Corte UE, soltanto pene pecuniarie (ammenda o multa), e non più sanzioni detentive.

In tale stravolgimento del sistema sanzionatorio, il delitto di cui all'art. 13 t.u. imm. è invece rimasto inalterato, sotto il profilo del fatto tipico¹² così come della sanzione comminata. Il legislatore, in effetti, ha modificato, adeguandola a quanto previsto dalla direttiva, la disciplina amministrativa del divieto di rimpatrio (riducendone in particolare la durata ordinaria da dieci a cinque anni), ma non è intervenuto sulla struttura della fattispecie, che ancora prevede la pena della reclusione da uno a quattro anni per lo straniero già espulso e rimpatriato che faccia reingresso in Italia prima del decorso del termine fissato nel decreto di espulsione.

Ci troviamo quindi di fronte oggi ad una radicale divaricazione, quanto al trattamento sanzionatorio, tra due condotte che sino al 2011 erano punite con la medesima sanzione (detentiva). Lo straniero che si trattiene illegalmente in Italia in violazione di un ordine di allontanamento è punito con la sola pena della *multa*; mentre per lo

9. Per questa (pacifica) ricostruzione del bene giuridico dei reati applicabili allo straniero irregolare, cfr. per tutte l'importante decisione della Corte costituzionale relativa al reato di ingresso e soggiorno irregolare (sent. n. 250/2010, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1362): "il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria - trattandosi, del resto, del bene giuridico 'di categoria', che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998".

10. In questo senso, cfr. due sentenze rese dalla Cassazione già lo stesso giorno in cui è stata depositata la decisione della Corte UE: Cass., sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi, e Cass., sez. I, 28 aprile 2011, n. 24409, Trajkovic, entrambe in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2011.

11. Cfr. tra le prime Trib. Milano, 29 aprile 2011; Trib. Torino, 4 maggio 2011; Trib. Ravenna, 5 maggio 2011; Trib. Bari, sez. dist. Altamura, 10 maggio 2011, tutte in *Dir. pen. cont.*

12. L'unica modifica, peraltro priva di alcun rilievo applicativo, concerne l'identificazione del soggetto attivo del reato non più nello "straniero espulso", ma nello "straniero destinatario di un provvedimento di espulsione".

straniero che trasgredisca al divieto di reingresso si applica ancora la pena detentiva, che può arrivare, nei casi di violazione reiterata di tale divieto, sino a *cinque anni di reclusione*.

Prima di analizzare, nei successivi paragrafi, le ragioni di questa sorta di immunità del delitto di illecito reingresso dagli stravolgimenti che hanno interessato l'intero edificio del diritto penale dell'immigrazione, conviene gettare un rapidissimo sguardo all'evoluzione normativa di questo delitto a partire dalla sua introduzione nel 1998, ed alla sua applicazione nella giurisprudenza antecedente al 2011.

2.2

LA COMUNE EVOLUZIONE DEI DELITTI DI INOTTEMPERANZA ALL'ORDINE DI ALLONTANAMENTO E DI VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI REINGRESSO: DALLA LEGGE BOSSI-FINI AI PROFILI DI LEGITTIMITÀ COMUNITARIA PRIMA DELLA SENTENZA EL DRIDI

Nell'originario impianto punitivo del t.u. imm. del 1998, l'inottemperanza all'ordine di allontanamento e la violazione del divieto di reingresso avevano conseguenze sanzionatorie tra loro molto diverse. La prospettiva politico-criminale del legislatore del 1998 era di fare ricorso alla sanzione penale solo per le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione illegale (art. 12 d.lgs. 286/98), mentre la *condizione di irregolarità di per sé non era ritenuta meritevole di sanzione penale*, costituendo, anche nelle ipotesi di irregolarità qualificata dalla violazione di un ordine di allontanamento, un mero illecito amministrativo, che comportava come sanzione l'esecuzione in forma coattiva del provvedimento espulsivo, altrimenti eseguibile in prima battuta mediante l'intimazione a lasciare il territorio (cd. partenza volontaria). Le *ipotesi di violazione del divieto di reingresso costituivano l'eccezione a questa scelta di non penalizzazione* dell'ingresso o del soggiorno irregolare: la versione originaria dell'art. 13 co. 13, riprendendo la qualificazione e la cornice edittale del previgente art. 151 t.u.l.p.s., puniva con l'arresto da due a sei mesi lo straniero che avesse fatto ritorno in Italia prima della scadenza del divieto di rimpatrio.

Nel 2002 la cd. legge Bossi-Fini riforma *funditus* il sistema di esecuzione delle espulsioni. Per ciò che qui interessa, il legislatore decide di *qualificare in termini di illiceità penale l'inottemperanza all'ordine di allontanamento*, per la quale viene comminata la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno (art. 14 co. 5 *ter* di nuovo conio); ed a questa medesima cornice edittale viene elevato anche il trattamento sanzionatorio previsto per i casi di violazione del divieto di reingresso.

Il successivo intervento del 2004, nel quadro di un generale inasprimento della risposta punitiva nei confronti del soggiorno irregolare, *conferma tale equiparazione*: entrambe le fattispecie vengono elevate da contravvenzioni a delitti, e per entrambe è comminata la pena della reclusione da uno a quattro anni, con la previsione dell'arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza, e del procedimento con rito direttissimo.

Sino al 2011, e dunque negli anni in cui più severa è stata la risposta punitiva nei confronti del migrante irregolare, le due situazioni dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento e della violazione del divieto di reingresso risultano quindi equiparate sotto il profilo del trattamento penale. Ciò non significa che le due fattispecie siano del tutto equivalenti, tanto che la Corte costituzionale non reputa contraria al principio di uguaglianza la mancata previsione nei reati di illecito reingresso della clausola del "senza giustificato motivo" contenuta invece nei reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento, in quanto le due tipologie di fattispecie sanzionano *condotte naturalisticamente e giuridicamente diverse* (condotta commissiva la prima, omissiva la seconda)¹³;

13. Cfr. C. Cost. n. 41/2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 237 ss., secondo cui "mentre in questo caso (inottemperanza all'ordine di allontanamento: n.d.r.) si è di fronte ad un comportamento omissivo, nell'altro lo straniero, già resosi inottemperante all'ordine di allontanamento e successivamente espulso con accompagnamento coattivo alla frontiera, è rientrato illegalmente nel territorio, sicché non appare irragionevole la scelta di non attribuire rilievo a circostanze diverse dalle esimenti di carattere generale". La questione di costituzionalità in verità non aveva ad oggetto la fattispecie di cui all'art. 13, ma quella di cui all'art. 14 co. 5 *quater*, che, nella formulazione antecedente alla riforma del 2009, puniva con la reclusione da uno a cinque anni "lo straniero già espulso ai sensi del co. 5 *ter*, primo periodo, che viene trovato, in violazione delle norme del presente testo unico, nel territorio dello Stato". Tale fattispecie era stata interpretata dalla giurisprudenza come applicabile solo allo straniero effettivamente rimpatriato, che avesse poi fatto reingresso illecitamente in Italia, e dunque come *ipotesi speciale* rispetto alle figure generali di *illecito reingresso* delineate all'art. 13 co. 13 e 13 *bis* (per i riferimenti dottrinali e

ma, quanto al *contenuto di disvalore* rispetto al *comune bene giuridico* del controllo e della gestione dei flussi migratori, esse risultano *equivalenti* agli occhi del legislatore, e di tale equiparazione non è mai stata eccepita l'irragionevolezza di fronte al giudice delle leggi¹⁴.

Nella *prassi applicativa*, poi, l'enorme numero di processi che quotidianamente venivano celebrati per il delitto di cui all'art. 14 ha attirato in via pressoché esclusiva su tale fattispecie l'attenzione della giurisprudenza e dei commentatori. L'assai meno frequente delitto di cui all'art. 13 è rimasto nel cono d'ombra dell'art. 14, ed i risultati cui la dottrina e la giurisprudenza sono pervenute in relazione a quest'ultimo (specie in ordine alla questione, assai dibattuta, della possibilità per il giudice penale di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo presupposto della fattispecie penale) sono stati trasposti senza significative variazioni anche in relazione all'assai meno studiato delitto di violazione del divieto di reingresso¹⁵.

Tale condizione per così dire di minorità del delitto di cui all'art. 13 rispetto a quello previsto all'art. 14 trova conferma quando, nei primi mesi del 2011, si pone il problema della compatibilità delle fattispecie penali in materia di immigrazione con il contenuto della cd. direttiva rimpatri, le cui disposizioni, una volta scaduto il termine concesso agli Stati per la trasposizione, sono divenute direttamente applicabili da parte dei giudici nazionali.

Tutto il dibattito, per ovvie ragioni di rilevanza prasseologica, ruota intorno al tema della disapplicazione del delitto di cui all'art. 14, che riempiva i ruoli dei giudici delle direttissime, ed i rarissimi interventi riguardanti l'art. 13 si limitano a trasporre su tale fattispecie alcune delle cadenze argomentative sviluppate in ordine al delitto di ben più frequente applicazione.

In particolare, in relazione all'art. 14, la *tesi dell'illegittimità comunitaria* viene motivata in *due modi diversi*. Secondo un primo orientamento (che possiamo definire della "*incompatibilità diretta*" tra la norma penale interna e la direttiva), ad essere in contrasto con la normativa europea sarebbe la stessa previsione di una pena detentiva della durata sino a quattro anni a carico dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento, in quanto tale previsione violerebbe l'esplicita volontà del legislatore europeo di limitare al massimo a 18 mesi la privazione (amministrativa) di libertà cui lo straniero irregolare può essere sottoposto in attesa del rimpatrio¹⁶; in una diversa prospettiva, che ottiene un buon riscontro in giurisprudenza, l'inapplicabilità della norma incriminatrice deriverebbe invece *in via indiretta* dall'impossibilità per il giudice penale di dare applicazione al *provvedimento amministrativo* di espulsione, in quanto non conforme a quanto prescritto dalla direttiva riguardo alle modalità di esecuzione dei provvedimenti espulsivi¹⁷.

giurisprudenziali in argomento, sia consentito il rinvio a MASERA, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, III ed., 2011, *Immigrazione*, art. 14, p. 7792 s.).

14. Le diverse eccezioni di costituzionalità relative alla suppostamente eccessiva entità della sanzione comminata per le ipotesi di illecito reingresso individuavano come *tertium comparationis* l'art. 650 c.p. (cfr. *infra*, par. 4.4), ma in nessun caso è stata sollevata questione di irragionevolezza dell'equiparazione tra inottemperanza all'ordine di allontanamento e illecito reingresso: per una rassegna delle questioni di costituzionalità relative alla cornice editale del delitto di cui all'art. 13 co. 13, cfr. CACCIALANZA, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, III ed., 2011, *Immigrazione*, art. 13, p. 7746.

15. Per un'analisi delle diverse questioni affrontate dalla giurisprudenza relativa ai delitti di illecito reingresso, cfr. in particolare BOTTALICO, *Art. 13 d.lgs. 286/98*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO-PALIERO, II ed., 2007, p. 2634 ss.; CACCIALANZA, *op. ult. cit.*; CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. IX, 2012, p. 142 ss.; CALLAIOLI, *Art. 13 d.lgs. 286/98*, in *Leggi penali complementari*, a cura di PADOVANI, 2007, p. 1670 ss.; CORDI, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di DEGL'INNOCENTI, III ed., 2013, p. 134 ss.

16. Tale tesi, inizialmente avanzata in dottrina (cfr. VIGANÒ - MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 560 ss. e IDEM, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri": scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1710 ss.), viene subito ripresa in diverse sentenze di assoluzione: cfr. tra le altre Trib. Nola, 17 gennaio 2011 e Trib. Milano, 19 gennaio 2011, entrambe in *Dir. pen. cont.*

17. La decisione ove con maggiore compiutezza viene sviluppato tale argomento è Trib. Cagliari, 14 gennaio 2011, Giud. Renoldi, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2011; per una completa rassegna dei diversi orientamenti sviluppatasi nella giurisprudenza di merito prima dell'intervento della Corte UE, cfr.

In ordine al problema della legittimità comunitaria del *delitto di cui all'art. 13*, dall'intenso dibattito relativo all'art. 14 non vengono riprese le argomentazioni miranti a sostenere l'incompatibilità diretta tra la sanzione detentiva prevista dalla norma penale e la direttiva. Piuttosto viene valorizzata l'*incompatibilità indiretta* tra il delitto di illecito reingresso e la direttiva rimpatri, derivante dal fatto che il provvedimento amministrativo violato dallo straniero risulterebbe incompatibile con quanto previsto dalla fonte europea (posto in particolare che quest'ultima, all'art. 11, prevede che la durata del divieto di reingresso non superi di norma i cinque anni¹⁸, mentre l'art. 13 co. 14 t.u. imm. all'epoca vigente prevedeva di regola una durata di dieci anni); di conseguenza, si afferma, il giudice penale, non potendo dare applicazione al provvedimento amministrativo contrastante con le disposizioni europee, dovrebbe prosciogliere l'imputato dal delitto conseguente alla violazione di detto provvedimento¹⁹.

3

LA PACIFICA NON PUNIBILITÀ QUANDO IL REINGRESSO SIA AVVENUTO A DISTANZA DI ALMENO CINQUE ANNI DAL RIMPATRIO

La sentenza *El Dridi* della CGUE, come noto, risolve la questione della compatibilità tra la direttiva rimpatri ed il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento affermando che la pena detentiva comminata dalla norma incriminatrice interna viola il principio dell'*effetto utile*, in quanto rappresenta un ostacolo alla realizzazione delle finalità (l'implementazione di un *sistema efficace* di esecuzione dei rimpatri, da un lato, ed il rispetto dei *diritti fondamentali* dello straniero, dall'altro) perseguite dal legislatore comunitario²⁰. Tra le due ricostruzioni che nel dibattito interno erano state avanzate a sostegno dell'inapplicabilità del delitto di cui all'art. 14 (l'incompatibilità "diretta" della sanzione detentiva con la direttiva rimpatri, e l'incompatibilità mediata dalla disapplicazione dell'atto amministrativo in contrasto con quanto prescritto in sede comunitaria), la Corte UE accoglie dunque la prima, affermando l'illegittimità della fattispecie di reato a prescindere dalla conformità con la direttiva della procedura amministrativa di espulsione.

Anche dopo tale sentenza, nella giurisprudenza interna relativa al delitto di illecito reingresso continua, invece, a risultare *decisivo* l'argomento dell'*incompatibilità indiretta*, rimasto impregiudicato dalla decisione dei giudici europei.

Il percorso motivazionale riprende, ancora una volta, le cadenze elaborate prima dell'intervento della Corte UE dalla giurisprudenza relativa all'art. 14. Il giudice penale può pervenire ad una sentenza di condanna solo quando il provvedimento amministrativo, la cui violazione è oggetto del rimprovero penale, sia legittimo al metro delle fonti normative interne e sovranazionali²¹. Nel caso dell'art. 13, bisogna dunque verificare che sia legittimo tanto il decreto di espulsione, quanto il divieto di reingresso contenuto in tale provvedimento²²: in caso contrario, il giudice deve disapplicare l'atto

NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed i reati previsti dall'art. 14 d.lgs. 286/1998*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2011.

18. Art. 11 § 2: "La durata del divieto d'ingresso è determinata tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera di norma i cinque anni. Può comunque superare i cinque anni se il cittadino di un paese terzo costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale".

19. In questo senso, cfr. in giurisprudenza Trib. Napoli, Giud. Buono, 18 febbraio 2011, in *Dir. pen. cont.*, ed in dottrina VIGANÒ-MASERA, *Illegittimità comunitaria*, cit., p. 592, secondo cui "il giudice ordinario dovrà parimenti *disapplicare*, per contrasto con l'art. 11 § 2 della direttiva, le disposizioni di cui all'art. 13 co. 13 e 13 bis d.lgs. 286/98 relative al reingresso di stranieri in precedenza espulsi, ogniqualvolta il reingresso sia avvenuto decorsi *cinque anni* (in luogo dei dieci attualmente previsti) dall'esecuzione del rimpatrio".

20. Per un commento a tale decisione, cfr. tra i molti BARBERINI - CASUCCI, *La corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14 e la direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1615 ss.; COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2011; DI MARTINO-RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2011; FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904 ss.; NASCIBENE, *Immigrazione, Corte di giustizia e norme nazionali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1337 ss.; F. VIGANÒ-L. MASERA, *Addio art. 14*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2011.

21. Sul tema, che qui non vi è spazio per affrontare, della sindacabilità da parte del giudice penale degli atti amministrativi che costituiscano un presupposto della fattispecie penale, rinviando anche per gli opportuni riferimenti bibliografici al lavoro monografico di GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, 2002.

22. Parla a questo proposito di "atto amministrativo complesso (provvedimento di espulsione + divieto di reingresso)", CAVALLONE, *(In)compatibile con la direttiva 2008/115/CE il reato che punisce il reingresso illecito degli stranieri entro 5 anni dall'espulsione*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 779.

amministrativo presupposto della fattispecie penale, con conseguente proscioglimento dello straniero.

Per quanto riguarda i *provvedimenti emanati prima dell'entrata in vigore della legge di trasposizione della direttiva dell'agosto 2011* (che, come si è detto, ha almeno parzialmente conformato la disciplina sul divieto di reingresso alle prescrizioni dell'art. 11 della direttiva), tale verifica non può che avere esito negativo. In *contrasto con la direttiva* risulta, in primo luogo, la *procedura di espulsione*, che non prevede la concessione di un termine per la partenza volontaria, a differenza di quanto previsto dall'art. 7 della direttiva; ed altresì contraria alla direttiva è la *disciplina del divieto di reingresso*, che secondo la legge italiana pre-2011 aveva una durata di dieci anni, mentre l'art. 11 della direttiva prevede che esso non debba superare di norma i cinque anni.

L'argomento della *durata* del divieto di reingresso, in particolare, trova accoglimento senza eccezioni tanto nella giurisprudenza di merito, che in quella di legittimità: quando il reingresso ha avuto luogo trascorsi più di cinque anni dall'esecuzione del rimpatrio, anche se nel decreto di espulsione il divieto aveva durata decennale, la soluzione è invariabilmente quella dell'assoluzione dell'imputato²³ perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato²⁴.

Quanto poi alla constatazione che, al momento in cui era stato emanato, il provvedimento amministrativo era immune da vizi, in quanto la direttiva non era ancora stata approvata, essa non risulta d'ostacolo alla sua disapplicazione da parte del giudice penale, posto che la Corte di giustizia UE aveva già in passato affermato che un atto, pur legittimo al momento della sua emanazione, non può continuare a produrre effetti che siano in contrasto con una normativa europea entrata successivamente in vigore²⁵.

Tale orientamento ha trovato infine conferma in una recentissima decisione della Corte di giustizia UE²⁶, relativa proprio al problema della legittimità di fare ricorso alla sanzione penale nei casi di illecito reingresso avvenuto a più di cinque anni di distanza dall'adozione del provvedimento espulsivo²⁷. La Corte, dopo avere ricordato il consolidato principio secondo cui "una nuova norma si applica immediatamente, salvo deroghe, agli effetti futuri delle situazioni sorte sotto l'impero della vecchia legge" (§ 40), ha rapidamente concluso nel senso che "l'art. 11, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che una violazione di un divieto d'ingresso e di soggiorno nel territorio di uno Stato membro, emesso oltre cinque anni prima della data di reingresso del cittadino interessato del paese terzo in tale territorio o dell'entrata in vigore della normativa che recepisce tale direttiva, comporti una sanzione penale" (§ 45): esattamente la medesima conclusione a cui, pur all'esito di un diverso e più articolato *iter* argomentativo, era giunta la nostra giurisprudenza.

23. Cfr. tra le molte, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna, Giud. Panza, 9 giugno 2011, in *Dir. pen. cont.*; Trib. Bari, 25 giugno 2012, in *Dejure*; Trib. Genova, 10 ottobre 2012, in *Guida dir.*, 2013, 4, p. 51; nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., sez. I, 20 ottobre 2011, n. 8181, in *Dejure*; Cass., sez. I, 13 marzo 2012, n. 12220, Sanchez Sanchez, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2012, con nota di LEO, *Non più sanzionabili le condotte di indebito reingresso nel territorio dello Stato da parte degli stranieri espulsi da più di cinque anni*; Cass., sez. I, 12 aprile 2012, n. 14276, in *Dejure*; Cass., sez. I, 27 novembre 2012, n. 94, in *Dejure*; per un'ipotesi di mancata convalida dell'arresto per contrasto della procedura amministrativa di espulsione con disposizioni della direttiva diverse da quella relativa alla durata del divieto di reingresso, posto che il reingresso era avvenuto a meno di due anni dal rimpatrio, cfr. Trib. Milano, 8 febbraio 2012 in *Dir. pen. cont.*; per una decisione di revoca di una sentenza definitiva di condanna, cfr. Trib. Rimini, 19.2.2013, in *Dir. pen. cont.*, 7 marzo 2013, con breve scheda di MASERA, ed in *Corr. merito*, 2013, p. 515 s, con nota di GATTA.

24. Si tratta della formula assolutoria prevalente nelle decisioni citate, anche se non mancano casi di assoluzione "perché il fatto non sussiste" (cfr. ad es. Trib. Bologna, 9 giugno 2011, cit.); in una isolata decisione di legittimità, invece, all'annullamento della sentenza di condanna per il delitto di illecito reingresso non segue il proscioglimento dell'imputato, posto che il fatto viene ritenuto comunque penalmente rilevante ai sensi della contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 286/98 (Cass., sez. I, 27 novembre 2012, cit.).

25. Così CGUE, sez. II, 29, aprile 1999, C-224/97, Ciola, cui fanno riferimento quasi tutte le decisioni che disapplicano il divieto di reingresso per contrasto con la direttiva; sottolinea come "le motivazioni assolutorie oscillino tra una logica di *invalidazione a posteriori del provvedimento* ed una logica di *inattualità degli effetti* che si connettevano al provvedimento, dopo la nuova disciplina comunitaria sul divieto di rientro", LEO, *Non più sanzionabili*, cit.

26. CGUE, sez. IV, 19.9.2013, C-297/12, *Filev e Osmani*, in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2013, con nota di MASERA.

27. Il caso è stato portato all'attenzione della Corte da un giudice tedesco (pretore di Laufen), che si interrogava sulla legittimità di applicare la sanzione prevista dall'art. 95 dell'*Aufenthaltgesetz* per i casi di violazione del divieto di reingresso (pena detentiva sino a tre anni o pena pecuniaria), nell'ipotesi in cui il divieto, che nell'ordinamento tedesco ha durata indeterminata, fosse stato disposto più di cinque anni prima del reingresso dello straniero in Germania.

4 E' LEGITTIMA LA PREVISIONE DI UNA PENA DETENTIVA PER LO STRANIERO ESPULSO CHE FACCI IRREGOLARMENTE REINGRESSO IN ITALIA?

4.1 PREMESSA

Con la legge di trasposizione della direttiva rimpatri dell'agosto 2011, il legislatore ha proceduto a conformare a quanto previsto dalla fonte europea la disciplina amministrativa sui presupposti e sulla durata del divieto di reingresso. L'argomento dell'illegittimità dell'atto amministrativo inosservato, che – come abbiamo appena terminato di vedere – ha condotto secondo la giurisprudenza interna ed europea ad una sostanziale *abolitio* delle ipotesi di reingresso ultraquinquennale, oggi non è più spendibile. La disciplina generale del procedimento amministrativo di espulsione e quella più specifica della durata del divieto di reingresso nel 2011 sono state (almeno nei loro tratti essenziali²⁸) adeguate a quanto previsto dalla direttiva (in particolare, ai sensi del novellato art. 13 co. 14 d.lgs. 286/98, il divieto ha di regola durata non superiore a cinque anni), sicché i divieti di reingresso emanati dopo il 2011 costituiscono valido presupposto del reato consistente nella loro violazione.

Oggi, si pone un problema distinto, di *illegittimità diretta* del precetto sanzionatorio: dopo che la Corte UE, con la sentenza *El Dridi*, ha dichiarato contraria al principio dell'effetto utile la previsione di una pena detentiva per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento, è ancora legittimo ricorrere a tale pena nei confronti dello straniero rimpatriato che faccia reingresso in Italia prima dello scadere del termine fissato nel divieto di reingresso?

Ci spostiamo su un terreno dogmaticamente diverso da quello sul quale sinora ci siamo mossi: non più un problema di *illegittimità* della norma penale *mediata* dall'inapplicabilità dell'atto amministrativo presupposto del reato, ma un problema di *diretta inapplicabilità* della norma incriminatrice, per illegittimità del suo contenuto sanzionatorio. Accogliere la tesi dell'illegittimità, questa volta significherebbe riconoscere non più, come fa la giurisprudenza sui reingressi ultraquinquennali, una sorta di *abolitio parziale* della fattispecie, ma addirittura la sua *totale totale inapplicabilità*, con esiti esattamente assimilabili a quelli verificatisi in ordine all'art. 14 dopo la sentenza *El Dridi* (assoluzione perché il fatto non è più previsto come reato nei processi in corso, e revoca delle sentenze definitive di condanna).

Tale questione è rimasta impregiudicata dalla già citata decisione della Corte Ue in materia di divieto di reingresso²⁹, che ha affrontato solo il tema della legittimità della sanzione penale nei casi di reingressi ultraquinquennali, ma non ha neppure tangenzialmente discusso la diversa questione della possibilità di fare ricorso allo strumento penale quando lo straniero abbia violato un divieto di reingresso quinquennale, e quindi conforme alle prescrizioni della direttiva.

In sostanza, si tratta di verificare se, dopo la sentenza *El Dridi*, sia ancora legittimo il ricorso alla pena della reclusione per una condotta di violazione di un provvedimento dell'autorità in materia di soggiorno. La giurisprudenza di legittimità ha fornito sinora risposta affermativa a tale quesito: con una motivazione peraltro che, per le ragioni che andremo subito ad esplicitare, non ci pare persuasiva.

4.2 IL PERCORSO ARGOMENTATIVO DELLA CASSAZIONE

La sentenza della S.C. che in maniera più approfondita ha affrontato la questione è la n. 3587/2012³⁰.

Il caso oggetto della decisione è molto semplice. Il Tribunale di Terni, con sentenza

28. Per una puntuale valutazione critica della riforma, e per l'individuazione dei numerosi passaggi in cui è ancora lecito nutrire dubbi sull'effettiva conformità della normativa interna alla direttiva, cfr. in particolare SAVIO, *La nuova disciplina*, cit.

29. CGUE, 19.9.2013, C-297/12, cit.

30. Cass., sez. I, 25 maggio 2012, n. 35871, Mejd, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1184 ss., con nota di PAOLONI, ed in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 334 ss., con nota di FAVILLI. Le conclusioni cui perviene la sentenza erano già state anticipate da altre, assai più succintamente motivate, pronunce di legittimità (Cass., sez. I, 21 marzo 2012, n. 12750, in *Dejure* e Cass., sez. I, 20 aprile 2012, n. 17544, in *Cass. pen.*, 2013, p. 767 ss., con nota di CAVALLONE, *(In)compatibilità*, cit., e vengono espressamente riprese in senso adesivo dalla giurisprudenza successiva (cfr. Cass., sez. I, 4 febbraio 2013, n. 7912, in *Dejure*). Nella giurisprudenza di merito, invece, prevale la tesi della incompatibilità del delitto di illecito reingresso con i principi espressi in *El Dridi*: cfr. in questo senso Trib. Roma, 9 maggio 2011, Giud. Di Nicola, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011; Trib. Bolzano, 6 dicembre 2011, in *Riv. pen.*, 2012, p. 662, con nota critica di PUCCHETTI, *Trasgressione del divieto di reingresso: davvero disapplicazione per violazione del principio di primazia del diritto dell'Unione?*; C. app. Milano, 16 marzo 2012, in *Dejure*; sostiene invece la tesi prevalente in sede di legittimità Proc. rep. Presso Trib. Caltagirone, nota del 4 luglio 2011, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2011.

del 18 aprile 2011, aveva applicato su richiesta delle parti la pena di cinque mesi e dieci giorni di reclusione per il delitto di illecito reingresso ex art. 13 co. 13 t.u. imm., in quanto l'imputato, espulso con divieto di reingresso nel luglio 2010, nell'aprile 2011 aveva fatto irregolarmente ritorno in Italia, in violazione del divieto di reingresso.

Il ricorso in cassazione viene proposto dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Perugia, che ritiene il delitto in questione incompatibile con la direttiva rimpatri, così come interpretata nella sentenza *El Dridi* della Corte UE.

Il ricorrente si preoccupa in primo luogo di motivare l'applicabilità della direttiva alle ipotesi di illecito reingresso. L'ambito di applicazione della direttiva è definito all'art. 2 § 1, ove è stabilito che essa "si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare", mentre l'art. 3 n. 2 definisce come soggiorno irregolare "la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi (..) le condizioni di ingresso (..), di soggiorno o di residenza in tale Stato membro"; all'art. 3 n. 6, poi, il "divieto d'ingresso" è definito come "una decisione o atto amministrativo o giudiziario che vieti l'ingresso ed il soggiorno nel territorio degli Stati membri per un periodo determinato e che accompagni una decisione di rimpatrio". Da tale impianto normativo si ricava che "la direttiva si applica qualunque sia la fonte di irregolarità della presenza nel territorio; (..) non vi sono, in essa, disposizioni che fissino distinzioni tra le situazioni di irregolarità derivanti dalla violazione di un divieto di ingresso e situazioni di irregolarità derivanti dall'inottemperanza alla misura di allontanamento". Il ricorrente nota inoltre come "anche per la legge italiana, d'altra parte, lo straniero irregolarmente rientrato in Italia è trattato in modo identico a quello che non ha ottemperato ad un ordine di allontanamento", e conclude affermando come "i principi enunciati dalla Corte di giustizia con la sentenza *El Dridi* sono validi anche con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 13 co. 13 d.lgs. 286/1998"³¹, con conseguente richiesta che venga annullata la sentenza impugnata "perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato", o in subordine che venga disposto rinvio pregiudiziale alla Corte UE, o in ulteriore subordine che venga sollevata questione di costituzionalità.

La Corte, nel dichiarare infondato il ricorso, reputa innanzitutto che "non sia conforme all'interpretazione letterale e logico-sistematica della direttiva 2008/115/CE l'affermazione che siano in tutto equiparabili la condizione del cittadino straniero in precedenza rimpatriato che faccia nuovamente ingresso nel territorio dello Stato senza la prescritta autorizzazione e prima del termine stabilito nell'ordine di rimpatrio e quella dello straniero che permanga nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento". A sostegno di tale ricostruzione la Corte cita diversi considerando alla direttiva (cons. 12, 13, 14, 20), da cui si desumerebbe come "la direttiva *distingue concettualmente il soggiorno irregolare* – inteso come presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un Paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di ingresso di cui all'art. 5 del codice frontiere di Schengen o altre condizioni di ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro (art. 3 n. 2) – dal *divieto di ingresso*, che si fonda su una decisione, su un atto amministrativo o giudiziario che vieta l'ingresso ed il soggiorno nel territorio degli Stati membri per un periodo determinato e costituisce un provvedimento autonomo rispetto alla decisione di rimpatrio (art. 3 n. 6)".

La sentenza procede poi a ricostruire i tratti salienti della procedura delineata dalla direttiva, constatando come "è evidente che la 'irregolarità' del soggiorno costituisce il presupposto per l'adozione di una pluralità di provvedimenti connotati da reciproca autonomia e da peculiarità strutturali che si inseriscono a loro volta nell'ambito di diversi iter procedimentali, produttivi di esiti differenti"; le *diverse forme di irregolarità* del soggiorno *non sono*, secondo la Corte, *riconducibili "ad un'unica categoria di 'irregolarità'*,

31. Nel ricorso vengono anche adottati argomenti relativi all'illegittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, argomenti che non aggiungono tuttavia alcun elemento di novità rispetto a quelli già analizzati nel paragrafo precedente.

ma si fondano su presupposti differenti, (..) in quanto dall'intero impianto della direttiva si ricava l'intento di distinguere le diverse situazioni e di graduare gli interventi in una logica di adeguatezza e di proporzionalità".

Il trattamento differenziato delle ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento e di illecito reingresso trova riscontro secondo la Corte anche nella legislazione nazionale, atteso che "la struttura delle due fattispecie criminose, assistite da sanzioni significativamente diverse, non è sovrapponibile", e "proprio valorizzando la *diversità strutturale tra le due fattispecie incriminatrici* la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto non estensibile alla condotta di reingresso non autorizzato nel territorio dello Stato la clausola di esclusione della responsabilità contemplata all'art. 14 co. 5 *ter*".

Inottemperanza all'ordine di allontanamento e illecito reingresso sarebbero, dunque, ipotesi diverse, tanto per la direttiva, quanto per la normativa interna: per questo, la sentenza conclude ritenendo "evidente l'impossibilità di trasporre automaticamente le conclusioni della sentenza *El Dridi*, pronunciata con riguardo al delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter* alla diversa fattispecie disciplinata dall'art. 13 co. 13. La sentenza della Corte di giustizia non ha, infatti, inciso sulla fattispecie astratta delineata dall'art. 13 co. 13, né si può ritenere che la modificazione di un dato esterno, implicato dalla fattispecie penale (nel caso in esame la sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia che ha affermato l'incompatibilità della norma incriminatrice di cui all'art. 14 co. 5 *ter* riferita alla condotta di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, posta in essere prima della scadenza dei termini per il recepimento della direttiva 2008/115/CE) possa assumere rilevanza ai fini della perdurante configurabilità del delitto di cui all'art. 13 co. 13. Tale operazione esegetica comporterebbe, infatti, una non consentita invalidazione *a posteriori* del provvedimento amministrativo di espulsione a suo tempo legittimamente adottato che, oltre a non costituire elemento strutturale della fattispecie penale di cui all'art. 13 co. 13, ha esaurito i suoi effetti con l'avvenuta espulsione del cittadino extracomunitario dal territorio dello Stato. I principi affermati dalla Corte di giustizia, dettati con riguardo alle modalità della procedura di rimpatrio, non possono, pertanto, assumere rilievo ai fini del reato di cui si tratta che consiste nel nuovo ingresso nel territorio dello Stato in assenza di autorizzazione".

4.3

CRITICA

Le motivazioni appena sintetizzate presentano numerosi passaggi discutibili, già in parte messi in luce dai primi commentatori³², e sui quali ci soffermeremo nelle pagine seguenti. In termini generali, gli argomenti utilizzati e la stessa struttura logica della decisione denotano a nostro avviso come la giurisprudenza della Corte UE sia stata fatta oggetto da parte della Cassazione di una lettura quanto meno affrettata, al punto che non viene neppure presa in considerazione una fondamentale decisione della *Grande Sezione* della stessa Corte UE del dicembre 2011³³, le cui affermazioni sono invece, come vedremo, di grande rilevanza per decidere anche la questione qui allo studio.

4.3.1

LA MANCATA DIFFERENZIAZIONE TRA ILLEGITTIMITÀ DIRETTA ED INDIRETTA DELLA FATTISPECIE PENALE

Nelle pagine che precedono abbiamo messo in evidenza come, sin dall'inizio del dibattito relativo alla compatibilità con la direttiva del delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter*, siano state percorse due strade concettualmente ben distinte per argomentare tale incompatibilità: quella dell'inapplicabilità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, derivante dal contrasto con la direttiva della disciplina amministrativa

32. In dottrina, a sostegno della tesi dell'incompatibilità tra il delitto di cui all'art. 13 e la direttiva, cfr. BARBERINI, *E ora è il turno dell'art. 13 co. 13: anche la sanzione penale del divieto di reingresso dello straniero è incompatibile con la direttiva*, in www.europeanrights.eu, newsletter n. 28, 15 settembre 2011; CAVALLONE, *cit.*; FAVILLI, *cit.*; *contra* PUCETTI, *cit.*; in senso dubitativo, nell'immediatezza della sentenza *El Dridi* e dunque prima delle ulteriori pronunce della Corte UE, VIGANÒ-MASERA, *Addio art. 14*, *cit.*

33. CGUE, Grande sezione, 6 dicembre 2011, C-329/11, *Achughbabian*, in *Dir. pen. cont.*, 6 dicembre 2011.

sui rimpatri (cd. illegittimità indiretta), e quella dell'illegittimità della pena detentiva per contrasto con il principio dell'effetto utile della direttiva (cd. illegittimità diretta). E nella sentenza *El Dridi*, pur non mancando alcuni passaggi in cui, a livello di *obiter dictum*, la Corte UE sottolineava la problematica compatibilità con la direttiva dell'allora vigente normativa amministrativa interna³⁴, la *rato decidendi* risiedeva in modo inequivocabile nel contrasto diretto con la fonte comunitaria della previsione della pena della reclusione nelle ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento.

Tale dicotomia perde nitidezza nell'argomentazione della Cassazione, che in diversi momenti indebitamente sovrappone i distinti profili di illegittimità. Ci pare particolarmente significativo di questa confusione il passaggio, integralmente riportato sopra, in cui la Cassazione afferma che l'estensione dei principi affermati nella sentenza *El Dridi* anche al delitto di illecito reingresso produrrebbe "una non consentita invalidazione *a posteriori* del provvedimento amministrativo di espulsione a suo tempo legittimamente adottato". L'equivoco in cui è incorsa la Suprema Corte ci pare evidente: si ritiene che la trasposizione dei principi di *El Dridi* al caso dell'illecito reingresso comporterebbe una valutazione di illegittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, quando invece il procedimento argomentativo seguito dalla sentenza della Corte UE prescindeva da qualsiasi valutazione circa la conformità alla direttiva della procedura amministrativa, e di conseguenza la sua estensione al caso dell'art. 13 in alcun modo avrebbe potuto ripercuotersi sulla valutazione di legittimità dell'atto amministrativo contenente il divieto di rimpatrio violato dallo straniero.

Sul punto non crediamo possano esservi dubbi. Sia la sentenza *El Dridi*, sia la sentenza *Achughbabian* (relativa al reato di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 621-1 del Codice dell'immigrazione francese) sia la sentenza *Sagor* (sull'art. 10 *bis* t.u. imm. italiano³⁵), hanno tutte affrontato il problema della conformità alla direttiva delle norme incriminatrici interne verificando se sussistesse o meno una incompatibilità diretta tra il precetto penale e la sua sanzione e la direttiva, ma lasciando impregiudicato il problema della legittimità della procedura amministrativa al cui interno si inserisce la norma penale. La decisione di disapplicare la fattispecie incriminatrice per contrasto con la direttiva, quindi, non comporta affatto, come invece ritiene la Cassazione, una valutazione sulla legittimità dell'atto amministrativo la cui violazione è sanzionata dalla norma penale: sono due profili concettualmente diversi, che la Corte UE tiene opportunamente distinti, e che non vi è davvero ragione per sovrapporre, facendo perdere nitidezza all'intero apparato argomentativo.

4.3.2

LA "TRASPOSIZIONE AUTOMATICA" DELLE CONCLUSIONI DELLA SENTENZA EL DRIDI AL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO

Un altro passaggio della sentenza della Cassazione che desta perplessità è quello in cui, dopo avere sottolineato le differenze che, tanto nella prospettiva della direttiva che in quella della legislazione nazionale, intercorrono tra i casi di inottemperanza all'ordine di allontanamento e quelli di violazione del divieto di reingresso, si afferma che in ragione di tale diversità "è evidente l'impossibilità di trasporre automaticamente le conclusioni della sentenza *El Dridi*" alla fattispecie di illecito reingresso di cui all'art. 13.

Così argomentando, la Cassazione pare trascurare il dato (peraltro pacifico) per cui le sentenze della Corte UE non si esprimono mai sulla compatibilità con il diritto europeo di una specifica norma nazionale, ma si limitano ad interpretare (in modo peraltro vincolante per tutti i giudici europei) il diritto dell'Unione. Non si tratta, allora, di "trasporre automaticamente" le conclusioni raggiunte dalla Corte UE in relazione ad una determinata fattispecie ad un'altra e diversa figura di reato, bensì di valutare se l'interpretazione della direttiva fornita dalla Corte, oltre a rendere inapplicabile il delitto di

34. Cfr. in particolare il § 50, ove la Corte constata come "la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana in discussione nel procedimento principale differisce notevolmente da quella stabilita dalla direttiva".

35. CGUE, I sez., 6 dicembre 2012, C-430/11, *Sagor*, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2012.

cui all'art. 14, possa o meno avere i medesimi effetti riguardo al delitto previsto all'art. 13.

In altri termini, è fuori discussione che le sentenze della Corte UE, proprio perché non interpretano il diritto nazionale, ma il diritto europeo, si applicano anche in ordine a *norme diverse* da quella oggetto del procedimento in cui è stata sollevata la questione pregiudiziale. Il caso Achughbabian al riguardo è esemplare³⁶. Proprio perché la sentenza *El Dridi* non interpretava una norma italiana, ma le disposizioni della direttiva, i principi affermati in quell'occasione dalla Corte hanno prodotto effetti anche nell'ordinamento francese, ed in relazione ad una norma (il reato di ingresso e soggiorno irregolare) del tutto diversa dalla fattispecie che aveva portato al rinvio pregiudiziale da parte del giudice italiano. I giudici francesi non si sono affatto posti il problema se la norma italiana oggetto della sentenza *El Dridi* fosse identica a quella francese, bensì si sono chiesti se l'interpretazione della direttiva fornita dalla Corte UE fosse d'ostacolo all'applicazione anche della fattispecie prevista nel Codice dell'immigrazione francese: ed essendo incerti su tale questione, si sono rivolti alla Corte europea³⁷.

La questione della *similitudine* tra la norma interna oggetto della sentenza europea e la diversa norma che il giudice si trova successivamente ad applicare non è, dunque, di per sé *mai decisivo*. Non lo è nel senso dell'inapplicabilità quando la norma sia simile (se non identica) a quella oggetto della precedente decisione di incompatibilità della Corte, perché anche in questo caso non è comunque corretto parlare di automatismo nella disapplicazione, posto che secondo un principio consolidato è sempre il giudice interno a dover liberamente valutare se il diritto europeo, come interpretato dalla Corte UE, sia o meno in contrasto con le norme nazionali³⁸; e non lo è nel senso inverso, quando (come nel caso che qui interessa) le due norme siano diverse, tale diversità non implicando affatto che i principi affermati in un'occasione dalla Corte europea non possano condurre alla disapplicazione anche della (diversa) disposizione incriminatrice oggetto della nuova valutazione.

4.3.3

L'APPLICABILITÀ DELLA DIRETTIVA AI CASI DI REINGRESSO IRREGOLARE

L'erronea prospettiva adottata dalla Corte, che ha impostato tutta la motivazione sull'individuazione delle differenze tra la fattispecie di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e quella disciplinata all'art. 13 co. 13, ha lasciato in ombra la *vera questione decisiva*, che consiste nel valutare se i principi affermati dalla Corte Ue, prima nella sentenza *El Dridi*, e poi nella sentenza *Achughbabian*, ostino o meno alla previsione della pena detentiva per lo straniero espulso che faccia irregolarmente reingresso nel territorio dello Stato.

Prima però di rispondere a tale interrogativo, bisogna chiedersi – come correttamente ha fatto il Procuratore generale di Perugia nel suo ricorso – se la direttiva si applichi ai casi oggetto del giudizio, o in altri termini se i casi di illecito reingresso rientrino nell'*ambito di applicazione della direttiva*. Al proposito, il combinato disposto dell'art. 2 § 1 (la direttiva “si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare”) e dell'art. 3 n. 2 (“si intende per ‘soggiorno irregolare’ la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più (..) le condizioni di ingresso (..), di soggiorno o di residenza

36. Per un commento a tale decisione e per un'analisi dei suoi effetti nell'ordinamento italiano, cfr. CASTELLANETA, *Le “relazioni pericolose” tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 85 ss.; D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers – La Corte di giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla ‘direttiva rimpatri’*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2012; RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri ed il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 4, p. 73 ss.

37. Per una interessante ricostruzione del dibattito innescato in Francia dalla sentenza *El Dridi*, cfr. HENRIOT, *Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers: la résistance française (de l'arret El Dridi à la loi du 31 décembre 2012)*, in *Dir. imm. cit.*, 2013, n. 1, p. 38 ss.

38. Sul punto, peraltro pacifico, cfr. per tutti FAVILLI, *op. cit.*, p. 341: “non si può parlare, neanche nei casi in cui l'identità vi sia, di *automatismo nella trasposizione* dei principi delle sentenze della Corte, del tutto estraneo al consolidato orientamento della Corte in materia di effetti delle sue sentenze rese in via pregiudiziale”.

in tale Stato membro”) non ci pare lasci adito a dubbi, essendo fuori discussione che lo straniero che faccia ritorno in Italia prima della scadenza del divieto di rimpatrio e senza una speciale autorizzazione del Ministero dell’interno non soddisfi le condizioni per un regolare ingresso in Italia, ed il suo soggiorno debba di conseguenza ritenersi irregolare ai sensi della direttiva³⁹.

Del tutto irrilevante è poi che, come sottolinea la Cassazione, la direttiva distingue diverse ipotesi di irregolarità, cui sono associate diverse procedure di esecuzione della decisione di rimpatrio (ad es. la partenza volontaria nei casi di “irregolarità semplice”, e l’accompagnamento coattivo nei casi di “irregolarità qualificata” dal rischio di fuga o dall’aver lo straniero presentato una domanda manifestamente infondata o fraudolenta). Ancora una volta, riemerge nella motivazione della sentenza la tematica della differenza tra l’illecito reingresso e le altre forme di irregolarità, che impedirebbe secondo la Suprema corte di estendere le conclusioni della sentenza *El Dridi* anche ai casi di violazione del divieto di reingresso.

Crediamo di aver già mostrato sopra la fallacia di tale argomento, e non è qui il caso di ripetersi. La circostanza che la direttiva individui diverse tipologie di irregolarità non implica affatto che, da un lato, i principi della sentenza *El Dridi* non possano essere estesi anche ad ipotesi diverse da quelle di inottemperanza all’ordine di allontanamento, che erano stati all’origine del rinvio pregiudiziale; né d’altra parte, per quanto ora interessa, può condurre a negare l’applicabilità della direttiva ai casi di illecito reingresso, posto che la formula assai ampia utilizzata dal legislatore europeo per definire l’ambito applicativo della direttiva sta proprio ad indicare la volontà di non limitarne l’applicazione a qualche specifica ipotesi di irregolarità del soggiorno, bensì di farne il testo normativo di riferimento in tutte le numerose ed eterogenee ipotesi di ingresso o soggiorno irregolare.

La questione può poi considerarsi definitivamente risolta alla luce della sentenza della Corte Ue del settembre 2013⁴⁰, che – come già visto sopra – ha affrontato proprio il tema della violazione del divieto di reingresso (sia pure in relazione alle ipotesi di reingresso ultraquinquennale), ed ha considerato talmente pacifica l’applicabilità della direttiva anche a tali ipotesi, da non ritenere neppure necessaria una esplicita presa di posizione sul punto⁴¹.

39. Sostengono la tesi dell’applicabilità della direttiva ai casi di illecito reingresso CAVALLONE, (*In*)compatibilità, cit., p. 783 ss., e BARBERINI, *E ora è il turno*, cit.

40. Cfr. CGUE, 19.9.2013, C-297/12, cit.

41. Un problema di applicabilità della direttiva potrebbe semmai porsi in relazione al delitto di cui all’art. 13 co. 13 *bis*, figura speciale rispetto all’art. 13 co. 13, che risulta integrata quando lo straniero abbia violato un divieto di reingresso disposto non già, come accade solitamente, dall’autorità amministrativa, ma da un giudice: come nel caso oggetto di una recente sentenza della Cassazione (Cass., sez. I, 21.3.2012, cit.), in cui l’espulsione ed il contestuale divieto di reingresso erano stati disposti dal giudice penale ai sensi dell’art. 16 co. 5 t.u. imm., e cioè come sanzione alternativa alla detenzione per un residuo di pena non superiore a due anni. Trattandosi qui di espulsione conseguente alla commissione di un reato, la Cassazione lascia intendere (sia pure come *obiter dictum*) che potrebbe trovare applicazione l’art. 2 § 2 della direttiva, secondo cui gli stati membri possono decidere di non applicare la direttiva agli stranieri “sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale”.

Proprio in relazione all’applicabilità dell’art. 2 § 2 nelle ipotesi di espulsione (e conseguente divieto di reingresso) disposta dal giudice penale, la Corte UE, nella recentissima sentenza appena citata, ha effettivamente chiarito che la decisione dello Stato di valersi della clausola derogatoria può implicitamente ricavarsi dall’aver mantenuto, nella legge di trasposizione della direttiva, una disciplina incompatibile con la direttiva stessa (nel caso oggetto della decisione della Corte UE, la questione riguardava la possibilità, nei casi di espulsione conseguente alla commissione di un reato in materia di stupefacenti, di disporre un divieto di reingresso di durata indeterminata, in contrasto con il disposto dell’art. 11 § 2 della direttiva, secondo cui il divieto non deve di regola superare i cinque anni). La Corte ha peraltro anche precisato che, qualora (come nel caso dell’Italia) la legge di trasposizione sia intervenuta successivamente alla scadenza del termine concesso agli Stati dalla direttiva per l’adeguamento, la possibilità per lo Stato di invocare la deroga viene meno nell’ipotesi in cui il reingresso sia avvenuto quando erano già trascorsi cinque anni tra l’emanazione del divieto di reingresso e la data in cui la direttiva avrebbe dovuto essere recepita, perché in questi casi le norme della direttiva, nel periodo compreso tra tale data e quella di recepimento, erano direttamente applicabili, ed “*opporre l’uso della facoltà prevista dall’art. 2 § 2 dir. a una persona che poteva già avvalersi direttamente delle disposizioni interessate di tale direttiva avrebbe la conseguenza di aggravare la situazione di tale persona*” (§ 55). La sentenza conclude che “la direttiva 2008/115 deve essere interpretata nel senso che essa osta a che uno Stato membro preveda che un provvedimento di espulsione o di allontanamento anteriore di cinque o più anni al periodo compreso tra la data in cui tale direttiva avrebbe dovuto essere recepita e la data in cui tale recepimento è effettivamente avvenuto, possa successivamente di nuovo servire per fondare azioni penali, allorché tale provvedimento si basava su una sanzione penale a norma dell’articolo 2, paragrafo 2, lettera b), di detta direttiva e tale Stato membro ha fatto uso della facoltà prevista da tale disposizione”: applicando tale principio al caso che qui ci interessa, si ricava che, nei casi di violazione del divieto di reingresso disposto dal giudice penale, è legittima l’applicazione di norme penali interne incompatibili con la direttiva,

4.3.4

IL CONTRASTO CON IL PRINCIPIO DELL'EFFETTO UTILE DELL'APPLICAZIONE DELLA PENA DETENTIVA NEI CASI DI ILLECITO REINGRESSO

Chiarita dunque la riconducibilità dei casi di illecito reingresso all'ambito di applicazione della direttiva, è finalmente tempo di valutare se la giurisprudenza della Corte UE relativa alla direttiva consenta o meno in tali ipotesi l'applicazione di una pena detentiva: tema, come già accennato, sostanzialmente ignorato dalla decisione qui allo studio.

Come noto, la sentenza *El Dridi* aveva motivato il contrasto della pena detentiva prevista dall'art. 14 co. 5 *ter* per i casi di inottemperanza all'ordine di allontanamento con il principio dell'effetto utile: e ciò non tanto in relazione alla finalità della direttiva di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dello straniero sottoposto alla procedura espulsiva, su cui si reggeva l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, quanto piuttosto rispetto alla *finalità di implementare un sistema efficace* di esecuzione delle decisioni di rimpatrio. Tale impostazione aveva poi trovato conferma nella successiva sentenza *Achughbaban*, in cui il tema dei diritti fondamentali era rimasto estraneo all'argomentazione della Corte, e l'incompatibilità della pena detentiva prevista per il reato francese di ingresso e soggiorno irregolare era stata affermata sul presupposto che l'applicazione di una pena privativa della libertà nel corso della procedura di rimpatrio costituisca un ostacolo ad una esecuzione quanto più celere possibile dell'allontanamento dello straniero di cui era stata accertata l'irregolarità del soggiorno⁴².

Nell'ottica adottata dalla Corte, non ha allora alcun senso porsi il problema se la condotta di illecito reingresso esprima un contenuto di disvalore maggiore rispetto a quella di inottemperanza all'ordine di allontanamento, oggetto della sentenza *El Dridi*, o a quella di ingresso e soggiorno irregolare, su cui si è espressa la sentenza *Achughbaban*. Se infatti la Corte avesse motivato l'illegittimità comunitaria della pena detentiva comminata in tali situazioni con riferimento al principio di proporzionalità ed al rispetto dei diritti fondamentali, sarebbe stato necessario valutare se la condotta di illecito reingresso, che esprime una più pervicace volontà da parte dello straniero di non rispettare le regole sul soggiorno, fosse talmente più grave da giustificare una reazione punitiva consistente nella privazione in sede penale della libertà dello straniero. La Corte, invece, argomenta nel senso della violazione dell'effetto utile solo rispetto alla *finalità dell'efficienza*; in questa prospettiva, l'unico interrogativo rilevante è se la previsione della pena detentiva per lo straniero che fa illecitamente reingresso nel territorio di uno Stato dell'Unione costituisca o meno un ostacolo rispetto all'obiettivo di allontanare più rapidamente possibile gli stranieri irregolarmente soggiornanti. La risposta a tale quesito ci pare che debba essere senz'altro affermativa.

Il reato di cui all'art. 13 co. 13, infatti, ha come effetto quello di anteporre all'adozione della procedura di rimpatrio l'apertura del processo penale e l'espiazione della pena detentiva: cioè esattamente l'esito che la Corte UE intendeva scongiurare con le due pronunce più volte citate. Nella sentenza *Achughbaban*, in particolare, la Corte è stata molto esplicita nello stabilire che la direttiva non preclude agli Stati la possibilità di ricorrere alla sanzione penale, anche detentiva, nei confronti dello straniero irregolarmente soggiornante, purché ciò non comprometta l'obbligo stabilito all'art. 8 della direttiva di procedere con la massima celerità al suo allontanamento⁴³. La pena detentiva, in altri termini, è conforme alla direttiva se viene applicata dopo che la procedura amministrativa sia stata infruttuo-

purché si tratti di divieti emanati dopo l'approvazione della legge di trasposizione, ed in relazione ai quali quindi la direttiva non è mai risultata applicabile.
42. Per una interessante valutazione critica del procedimento motivazionale della Corte UE, che ha sostanzialmente ignorato l'altra finalità della direttiva di tutelare i diritti fondamentali dello straniero, cfr. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Dir., imm., citt.*, 2013, n. 1, p. 15 ss.

43. Cfr. in particolare § 45: "Tanto dal dovere di lealtà degli Stati membri, quanto dall'esigenza di efficienza ricordata in particolare dal quarto 'considerando' della direttiva 2008/115, discende che l'obbligo che l'art. 8 di tale direttiva impone agli Stati di procedere all'allontanamento, nelle ipotesi illustrate al n. 1 di questo articolo, deve essere adempiuto con la massima celerità. E' del tutto evidente che così non sarebbe se lo Stato membro interessato, dopo aver accertato il soggiorno irregolare del cittadino di un paese terzo, anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale, eventualmente seguito dalla pena della reclusione. Tale modo di agire ritarderebbe l'allontanamento".

samente esperita⁴⁴, ma non deve con essa interferire, perché altrimenti verrebbe frustrata la finalità della direttiva di garantire l'efficienza del sistema di rimpatrio.

La logica della Corte è chiarissima. Gli Stati ricorrano pure alla pena detentiva nei confronti dei migranti irregolari, a condizione che ciò non comprometta l'esigenza, prioritaria nell'ottica del legislatore europeo, di eseguire con tutti i mezzi (anche coercitivi) previsti dalla direttiva il pronto allontanamento dello straniero irregolarmente soggiornante. Processare in sede penale e tenere in carcere lo straniero irregolare per un periodo di tempo che, considerati i limiti edittali del delitto di cui all'art. 13 co. 13, può essere anche molto lungo, contrasta con gli scopi della direttiva, quale che sia la specifica forma di irregolarità (inottemperanza all'ordine di allontanamento, mera irregolarità del soggiorno, reingresso illecito) che connota la permanenza dello straniero⁴⁵.

L'unico argomento che si potrebbe addurre per sostenere come tale principio non sia d'ostacolo all'applicazione del delitto di illecito reingresso è che in tali ipotesi la procedura di rimpatrio è già stata portata a compimento con l'effettivo allontanamento ed il contestuale divieto di reingresso; di talché l'applicazione della pena detentiva interverrebbe *dopo*, e non prima o durante, la *procedura espulsiva*. Tale argomento, tuttavia, peccherebbe di evidente formalismo. Una volta che lo straniero rimpatriato abbia fatto ritorno illegalmente in Italia, poco importa, nell'ottica 'efficientista' della Corte UE, che tempo prima il rimpatrio sia stato effettivamente eseguito: il dato con cui confrontarsi attualmente è che egli si trova irregolarmente nel territorio di uno Stato dell'Unione, e la direttiva impone di fare quanto possibile ed il più celermente possibile per allontanarlo nuovamente. La circostanza che in passato lo straniero sia già stato sottoposto ad espulsione, e dunque il suo ritorno evidenzia una particolare pervicacia nel violare la normativa sul soggiorno, potrebbe al più giustificare, nell'ottica della direttiva, il ricorso a procedure meno garantite (ad es., immediato accompagnamento coattivo in luogo della partenza volontaria), ma certo non fa venir meno l'obbligo dello Stato di allontanarlo al più presto dal proprio territorio: una nuova procedura di espulsione deve essere riaperta e condotta celermente in porto, questo è quanto impone la direttiva nell'ipotesi di illecito reingresso come in tutte le ipotesi di irregolarità del soggiorno.

Se poi tale procedura si sarà conclusa infruttuosamente, in quanto neanche l'applicazione degli strumenti coercitivi previsti dalla direttiva avrà consentito l'effettiva esecuzione del rimpatrio, lo Stato potrà – solo allora – infliggere allo straniero una sanzione detentiva per la sua condotta di illecito reingresso; ma ciò potrà avvenire, per l'appunto, solo dopo che l'autorità amministrativa si sia attivata per l'esecuzione del rimpatrio, e non prima, come avviene invece attualmente nel sistema italiano.

4.3.5

LA DISAPPLICAZIONE DIRETTA DEL DELITTO DI ILLECITO REINGRESSO O IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

La conclusione che precede ci pare derivare pianamente dalla giurisprudenza della Corte UE, ed in modo particolare dalla sentenza *Achughbaban*, che la decisione della Cassazione poc'anzi esaminata ha semplicemente omesso di considerare. Tanto evidente è il contrasto della previsione della pena detentiva per le ipotesi di illecito reingresso con i principi affermati in sede europea, che la Cassazione ben avrebbe potuto, come chiedeva in via principale il Procuratore generale ricorrente, procedere direttamente a disapplicare la fattispecie incriminatrice, assolvendo l'imputato perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

44. Cfr. § 48: "La direttiva 2008/115 non osta, in particolare, all'irrogazione di sanzioni penali, ai sensi delle norme nazionali di procedura penale, a cittadini di paesi terzi cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio prevista da tale direttiva e che soggiornino in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro senza che esista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio".

45. Cfr. in questo senso Trib. Roma, 9 giugno 2011, cit. ("se l'obiettivo dello Stato, di fronte ad una condizione di accertata irregolarità del cittadino di Paese terzo che abbia fatto rientro senza autorizzazione ministeriale nello Stato, è quello dell'allontanamento di questi dal territorio, risulta non solo incompatibile con il sistema dell'Unione, ma anche palesemente irragionevole, costoso ed inefficace, il farraginoso meccanismo previsto dall'art. 13 co. 13 e 13 bis, che si inserisce, peraltro, in via incidentale, nell'ambito del procedimento amministrativo di espulsione, non consentendo l'obiettivo finale dell'allontanamento dello straniero, cui lo Stato è, invece, tenuto in forza della direttiva") e CAVALLONE, (*In*)compatibilità, cit., p. 783 s.

Il Supremo Collegio, invece, non soltanto non ha ritenuto di derivare dalla giurisprudenza europea conclusioni che pure ci sembrano di palmare evidenza, ma non ha neppure accolto la richiesta, pure avanzata in subordine dal ricorrente, di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte UE perché chiarisca in via definitiva la questione.

Tale decisione lascia a dir poco perplessi, tanto più se si considera che, ai sensi dell'art. 267 § 3 TFUE, quando una questione di interpretazione è sollevata davanti ad una giurisdizione di ultima istanza, questa è *tenuta* a rivolgersi alla Corte UE, a meno che l'atto comunitario sia chiaro, ovvero sia già stato chiarito dalla Corte di giustizia⁴⁶. La Cassazione avrebbe potuto semmai evitare il rinvio pregiudiziale procedendo alla disapplicazione dell'art. 13 co. 13 ritenendo ormai "chiarito" dalla giurisprudenza della Corte UE il suo contrasto con la direttiva rimpatri; ma non certo sottrarsi all'obbligo di formulare tale rinvio di fronte ad argomenti così solidi come quelli articolati dal Procuratore ricorrente.

Ci pare, per concludere sul punto, che le decisioni *El Dridi* ed *Achughbabian* offrano solidi argomenti per ritenere fondata una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte UE, affinché essa decida *se, alla luce della propria giurisprudenza relativa all'interpretazione della direttiva 115/2008, le disposizioni di detta direttiva, ed in particolare gli art. 15 e 16, ostino alla possibilità che la normativa nazionale consenta la reclusione sino a quattro anni di un cittadino di un paese terzo che, dopo essere stato una prima volta rimpatriato, abbia fatto nuovamente ingresso nel territorio dello Stato in violazione di un divieto di reingresso, senza che tale cittadino sia stato previamente sottoposto alle misure coercitive previste dall'art. 8 della direttiva al fine dell'esecuzione del suo allontanamento.*

Nei prossimi mesi, certo non mancheranno le occasioni per sollevare una tale questione: è vero, infatti, che i procedimenti *ex art. 13 co. 13* sono assai meno numerosi di quelli che, prima della sentenza *El Dridi*, venivano celebrati per la fattispecie di cui all'art. 14 co. 5 *ter*; ma il delitto qui all'esame rimane comunque di frequente applicazione nella aule di giustizia, anche in considerazione del fatto che è ancora previsto *ex art. 13 co. 13 ter* l'arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza ed il rito direttissimo. L'auspicio è allora che anche in questa occasione i nostri giudici si mostrino sensibili ai profili di compatibilità delle norme penali interne con il diritto dell'Unione, e consentano alla Corte di giustizia di esprimersi sulla questione, non reputando ostativa alla formulazione di un rinvio pregiudiziale il frettoloso e discutibile orientamento su cui pare essersi attestata la giurisprudenza di legittimità.

4.4

LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ PER VIOLAZIONE DELL'ART. 3 COST

I profili di legittimità al metro del diritto UE rivestono senz'altro un ruolo di primario rilievo nel giudizio relativo al delitto in esame. Non mancano, tuttavia, dopo l'ultima riforma dei reati in materia di irregolarità del soggiorno del 2011, elementi di problematicità anche in prospettiva costituzionale.

La questione dell'incostituzionalità dell'art. 13 co. 13 per violazione dell'art. 3 Cost. è già stata in passato portata all'attenzione della Corte costituzionale sotto il profilo dell'*irragionevolezza del trattamento sanzionatorio*. Con l'ordinanza 261/2005, in particolare, la Corte aveva dichiarato manifestamente infondata la questione sollevata dal Tribunale di Trani, che riteneva irragionevolmente sproporzionata la pena allora comminata per il delitto in questione (arresto da sei mesi ad un anno) rispetto a quella prevista per le ipotesi di inottemperanza ad un ordine dell'autorità dalla fattispecie generale di cui all'art. 650 c.p. (arresto sino a tre mesi o ammenda sino a 206 euro): la Corte, dopo avere ricordato come la dosimetria sanzionatoria del legislatore sia censurabile solo se manifestamente irragionevole, aveva ritenuto di "escludere che tale ultima evenienza si verifici, essendo evidente come il confronto prospettato dal giudice remittente tra

46. Cfr. in particolare, per l'elaborazione della cd. dottrina dell'atto chiaro, CGUE, 6 ottobre 1982, C-238/81, *Cilfit*.

la fattispecie impugnata ed il reato di cui all'art. 650 c.p. sia incongruo, attesa l'evidente diversità esistente tra la generica inosservanza dei provvedimenti dell'autorità e la trasgressione dello specifico divieto di rientrare nel territorio conseguente al provvedimento di espulsione emesso nei confronti dello straniero, diversità che dà ragione del differente trattamento sanzionatorio⁴⁷.

Rispetto, tuttavia, al dato normativo in relazione al quale si è espressa la Corte, la riforma del 2011 ha introdotto una modifica di grande importanza ai fini che qui interessano. Come già abbiamo visto sopra, infatti, mentre sino al 2011 i delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento e quelli di illecito reingresso erano puniti con la medesima pena detentiva, l'ultima riforma ha sostituito per i primi la pena della reclusione con quella della multa, mentre ha lasciato inalterato il trattamento sanzionatorio previsto per i secondi. In un ipotetico giudizio di costituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost., allora, il *tertium comparationis* rispetto al quale valutare la ragionevolezza della pena prevista per il delitto di illecito reingresso potrebbe non essere più la fattispecie di cui all'art. 650 c.p., bensì quella di cui all'art. 14 co. 5 *ter*, che presenta tratti assai più marcati di omogeneità con la fattispecie in esame rispetto alla disposizione codicistica.

In tutte le (numerose) occasioni in cui di fronte alla Corte costituzionale è stata eccepita l'irragionevole disparità di trattamento tra la fattispecie generale di inottemperanza ad un ordine dell'autorità di cui all'art. 650 c.p. e alcune figure speciali di inottemperanza in materia di diritto penale dell'immigrazione (non solo l'art. 13 co. 13, ma anche e soprattutto l'art. 14 co. 5 *ter*⁴⁸), la Corte ha replicato dichiarando incongruo il *tertium comparationis*, posto che le specifiche finalità di tutela proprie del diritto penale dell'immigrazione rendevano non irragionevole la previsione di un diverso, e particolarmente rigoroso, trattamento sanzionatorio⁴⁹. Individuando invece come *tertium comparationis* l'art. 14 co. 5 *ter*, l'argomento della specificità del bene giuridico del delitto di illecito reingresso non sarebbe più spendibile, posto che l'interesse oggetto di tutela (il controllo dei flussi migratori) è identico per le due fattispecie, come per tutte quelle in materia di diritto penale dell'immigrazione, ed identica è altresì la carica di lesività di ciascuna condotta rispetto a tale interesse (in entrambi i casi, il soggetto si trattiene irregolarmente nel territorio dello Stato in violazione di un ordine dell'autorità).

In verità, in passato non sono mancati i tentativi di motivare l'incostituzionalità di una fattispecie in materia di immigrazione mediante un confronto interno con un'altra fattispecie del medesimo settore punita in maniera diversa senza che, a giudizio dei giudici remittenti, fosse possibile scorgere una ragionevole giustificazione di tale diversità. La Corte, pur non lesinando critiche anche severe alla razionalità del sistema punitivo risultante dai numerosi e poco coerenti interventi di riforma succedutisi negli anni⁵⁰,

47. Di analogo tenore l'ordinanza n. 156/2009, ancora di manifesta inammissibilità, relativa questa volta al trattamento sanzionatorio introdotto nel 2004 e a tutt'oggi vigente (reclusione da uno a quattro anni). Il giudice remittente riteneva che il significativo inasprimento sanzionatorio fosse privo di ragionevole giustificazione ed inoltre, avendo condotto all'equiparazione della pena prevista per le ipotesi di violazione del divieto di reingresso disposto dall'autorità amministrativa (art. 13 co. 13) e per quelle di violazione del divieto disposto dal giudice (art. 13 co. 13 *bis*), avesse comportato una irragionevole assimilazione di condotte dal disvalore profondamente diverso; la Corte replica valutando le scelte del legislatore non manifestamente irragionevoli, e ricordando che "ove non si riscontrino una sostanziale identità tra le fattispecie prese a raffronto e si rilevi, invece, come asseritamente avviene nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di questa Corte non potrebbe rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore".

48. Per una rassegna delle diverse pronunce della Corte costituzionale aventi ad oggetto la congruità del trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter*, cfr. MASERA, *Addio art. 14*, cit., p. 7786 ss.

49. Cfr. in particolare C. Cost. n. 22/2007, in *Dir., imm., citt.*, 2007, n. 1, p. 173 ss., secondo cui nella disposizione codicistica "non è rinvenibile la finalità che il legislatore intende perseguire con la norma oggetto delle questioni sollevate nel presente giudizio: il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale"; sull'importanza del controllo dei flussi migratori, cfr. poi C. Cost. n. 250/2010, cit., p. 1362, secondo cui "l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un *bene giuridico 'strumentale'*, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici 'finali', di sicuro rilievo costituzionale (quali, ad es., la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione) suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata".

50. Cfr. ancora C. Cost., n. 22/2007, cit.: "occorre riconoscere che il quadro normativo in materia di sanzioni per l'ingresso illecito o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta *squilibri, sproporzioni e disarmonie*, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di

ha tuttavia sempre ritenuto che gli squilibri pur presenti nella dosimetria sanzionatoria non fossero di gravità tale da consentire una censura di incostituzionalità, sottolineando altresì che il sindacato di costituzionalità è ammissibile “solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio”⁵¹.

Applicando tali principi al caso che qui ci interessa, è innegabile che i delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento e di illecito reingresso, pur presentando la medesima oggettività giuridica, siano strutturalmente diversi: già abbiamo ricordato sopra come tanto la Cassazione, quanto la Corte costituzionale, abbiano in particolare sottolineato come in un caso la fattispecie abbia natura omissiva, nell'altro commissiva, sicché non sia possibile affermarne la “sostanziale identità” richiesta dalla Corte costituzionale per instaurare un giudizio di comparazione rilevante ai fini di una censura di incostituzionalità.

Anche ammettendo tale diversità di struttura, non si può tuttavia non notare come la differenziazione del trattamento sanzionatorio sia davvero eclatante. Nei casi portati all'attenzione della Corte, si trattava di fattispecie simili, che venivano sanzionate con pene sì diverse, ma comunque rientranti nella stessa fascia di gravità; nel caso in esame, invece, due reati ugualmente lesivi del medesimo bene giuridico vengono puniti in un caso con la sola pena pecuniaria, e nell'altro con una sanzione detentiva tale da consentire addirittura la custodia cautelare in carcere: si passa cioè dalla fascia più bassa di risposta punitiva, a quella più alta, prevista per i reati di significativo allarme sociale.

Un tale dato quantitativo non ci pare possa essere ignorato. L'insegnamento tradizionale della Corte costituzionale in materia di incostituzionalità *ex art. 3 Cost.* è che l'irragionevolezza di una scelta legislativa può essere censurata solo se manifesta. Qui ci troviamo di fronte ad una divaricazione sanzionatoria che non potrebbe essere più netta, rispetto a due fattispecie che sino al 2011 erano punite esattamente allo stesso modo, e che ora invece, senza alcuna giustificazione politico-criminale, sono collocate agli estremi opposti della scala di gravità degli illeciti penali. E' vero, allora, che non si tratta di fattispecie identiche, ed una diversità di cornici edittali non sarebbe di per sé censurabile; ma se tale diversità raggiunge livelli estremi, ci pare possa fondatamente sostenersi una irragionevolezza talmente manifesta della scelta punitiva, da giustificare la censura di costituzionalità anche in mancanza del presupposto della sostanziale identità delle fattispecie.

La tradizionale cautela della Corte costituzionale nel censurare l'irrazionalità della dosimetria sanzionatoria rende peraltro assai difficile prevedere un accoglimento della questione, qualora questa fosse portata alla sua attenzione. La giurisprudenza degli ultimi anni (specie in materia di diritto penale dell'immigrazione) ci ha mostrato una Corte assai attenta a non travalicare lo spazio della discrezionalità politico-criminale del legislatore in materia di scelte sanzionatorie: un accoglimento in questo caso della questione rappresenterebbe un (inatteso, per quanto a nostro avviso auspicabile) *revirement*, che potrebbe segnare una svolta significativa anche al di là del diritto dell'immigrazione. In relazione, però, allo specifico tema del delitto di illecito reingresso, i profili di illegittimità comunitaria ci paiono sicuramente prevalenti su quelli costituzionali, anche perché l'irragionevole disparità di trattamento che si chiederebbe alla Corte costituzionale di censurare altro non è che la conseguenza dell'eliminazione della pena detentiva operata dalla Corte UE riguardo al delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento, e dunque la soluzione del problema con le categorie del diritto dell'Unione sarebbe più armonica con il complessivo sviluppo della problematica.

uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa”.

51. C. cost. n. 22/2007, cit.

5 CONCLUSIONI

A distanza di più di due anni da quando è stata pronunciata la sentenza *El Dridi*, il diritto penale dell'immigrazione continua a fornire spunti interessanti allo studioso dei rapporti tra fonti europee e diritto penale: la differenza tra incompatibilità comunitaria diretta o mediata della norma incriminatrice, da un lato, e l'estensione dei principi affermati dalla Corte UE a fattispecie diverse da quella oggetto di rinvio pregiudiziale, dall'altro, sono le tematiche di carattere generale che l'analisi della giurisprudenza più recente sul delitto di illecito reingresso ci ha condotto ad affrontare.

Vogliamo concludere, però, con una riflessione relativa allo specifico del diritto penale dell'immigrazione. Dopo la sentenza *El Dridi*, la Cassazione non aveva avuto incertezze nel dare piena applicazione ai principi affermati dalla Corte UE, procedendo subito anche alla revoca dei giudicati di condanna. In relazione invece al delitto di illecito reingresso, si assiste ad un evidente tentativo di ridurre la portata applicativa della giurisprudenza europea, negandone la rilevanza in ordine a tale reato con argomentazioni assai poco convincenti. E' come se la Cassazione, una volta che la sentenza *El Dridi* ha tolto di mezzo la fattispecie più "ingombrante" del diritto penale dell'immigrazione ed ha costretto il legislatore ad un intervento di complessiva revisione del sistema di esecuzione dei rimpatri, non abbia più intenzione di rimettere in discussione la legittimità comunitaria della normativa penale interna successiva alla riforma, forse nel timore di introdurre un nuovo elemento di instabilità in un sistema che, dopo anni di fibrillazione, pare aver raggiunto un punto di equilibrio. Così facendo, però, viene tollerato un uso della sanzione detentiva nei confronti degli stranieri irregolari, che risulta palesemente incompatibile con i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte UE.

Manca, insomma, solo un ultimo passo per conformare il sistema penale interno alle prescrizioni europee: ma è un passo che la giurisprudenza interna, o la Corte UE qualora venga investita della questione, non può più tardare a compiere.