



anno I, n. 1, 2011

Osservatorio sulla normativa

Il Decreto legge n. 89 del 2011

Tra seconda attuazione della direttiva
“libera circolazione” e tardiva
attuazione della direttiva “rimpatri”

di Clara Santoro

1

Il 23 giugno 2011 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il [decreto-legge 23 giugno 2011 n. 89](#), recante “Disposizioni urgenti per il completamento dell’attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari”. Attualmente, il decreto-legge è all’esame del Parlamento per la sua conversione in legge.

La prima parte del decreto contiene ulteriori disposizioni per completare l’attuazione della direttiva [2004/38/CE](#) relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, già recepita con il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n.30, e successive modificazioni. Tuttavia, come si evince dalla relazione illustrativa del decreto, il fondamento giustificativo del testo è costituito dalla necessità di correggere l’incompleto o non corretto recepimento della direttiva a seguito del quale la Commissione europea ha annunciato l’imminente avvio di una proce-



dura di infrazione nei confronti dell'Italia, formulando – anche *ad adiuvandum* – una serie di rilievi e di richieste di chiarimento.

I punti principali del provvedimento riguardanti i cittadini comunitari e i loro familiari letti alla luce di quanto disposto dalla direttiva sono:

1. *Attestazione della relazione stabile.* La direttiva prevede “la debita attestazione” della relazione stabile al fine di “agevolare” l’ingresso e il soggiorno nello Stato membro ospitante del partner del cittadino comunitario. Il decreto stabilisce che la relazione anziché “debitamente” attestata debba essere “ufficialmente” attestata, una richiesta che sembra rendere più difficoltosa la libera circolazione del partner del cittadino comunitario. D'altra parte, però, la modifica appare migliorativa laddove viene abrogata la richiesta che l'attestazione debba essere necessariamente fornita dallo Stato del cittadino dell'Unione, previsione che, peraltro, non è prevista dalla direttiva.
2. *Requisito della disponibilità delle risorse economiche.* Un cittadino comunitario che vuole soggiornare nel nostro Paese per un periodo superiore ai tre mesi deve dimostrare di avere un lavoro o di possedere risorse economiche sufficienti per se stesso e per i suoi familiari. Ai fini della verifica della sussistenza di tali requisiti il decreto prevede che si debba, in ogni caso, valutare “la situazione complessiva personale dell’interessato” e che i controlli debbano avvenire solo in presenza di ragionevoli dubbi in ordine alla persistenza delle condizioni medesime. Parrebbe, quindi, esclusa, anche se non espressamente, la possibilità di controlli sistematici. Tuttavia, l'introduzione dell'obbligo della “valutazione complessiva” non fa venir meno il riferimento al reddito minimo richiesto [dall'articolo 9, comma 3, del D.Lgs. 30/2007](#) ovvero di un reddito minimo annuo derivante da fonti lecite non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale (per il 2011 pari a 5.424,9€ annui) aumentato della metà dell'importo dell'assegno sociale (2712,45€) per ogni familiare da ricongiungere, rischiando di creare non pochi problemi



di natura interpretativa.

3. *Attestato di soggiorno ai fini dell'esercizio di diritti.* La direttiva prevede che il possesso di un attestato d'iscrizione o di soggiorno "non può in nessun caso essere prerequisite per l'esercizio di un diritto o il completamento di una formalità amministrativa, in quanto la qualità di beneficiario dei diritti può essere attestata con qualsiasi altro mezzo di prova". Diversamente, il decreto-legge prevede che il possesso del documento non costituisce condizione per l'esercizio di un diritto. Tale formulazione crea dubbi interpretativi potendo la stessa essere letta nel senso che il possesso del documento di soggiorno non sia condizione sufficiente per l'esercizio di un diritto da parte dello straniero.
4. *Provvedimenti di allontanamento.* I cittadini comunitari possono essere oggetto di provvedimenti di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato, motivi imperativi di pubblica sicurezza, altri motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica nel rispetto del principio di proporzionalità e mai per ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato. I provvedimenti di allontanamento adottati per "motivi imperativi di pubblica sicurezza" riguardano i comportamenti che rappresentino una minaccia concreta "effettiva e sufficientemente grave" ai diritti fondamentali della persona o all'incolumità pubblica. Il decreto inserisce quindi la "sufficiente" gravità della minaccia facendo, però venire meno il riferimento all'"attualità" della stessa, così come previsto dalla direttiva.
5. *Espulsione.* Il decreto introduce l'espulsione immediata dei cittadini comunitari estendendo i presupposti per l'adozione del provvedimento anche ad "altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza" (nel testo originario erano previsti solo i motivi di sicurezza dello Stato e i motivi imperativi di pubblica sicurezza). In questi casi, l'espulsione è eseguita immediatamente dal Questore qualora si ravvisi, caso per caso, l'urgenza dell'allontanamento, perché l'ulteriore permanenza sul territorio è incompatibile con la civile e sicura convivenza. È evidente che, con presupposti così



generici, la decisione di adottare provvedimenti di espulsione a carico di cittadini comunitari è soggetta al rischio di forte discrezionalità.

6. *Espulsione in luogo dell'arresto in caso di mancato adempimento dell'obbligo di allontanamento.* Nei confronti del cittadino comunitario destinatario di un provvedimento di allontanamento per il venir meno delle condizioni che legittimano il soggiorno, il Prefetto può adottare un provvedimento di espulsione per motivi di ordine pubblico immediatamente eseguibile dal Questore con accompagnamento alla frontiera. Tale procedura è prevista qualora il cittadino comunitario venga individuato sul territorio nazionale e non esibisca l'attestazione circa l'adempimento dell'obbligo di allontanamento. La precedente formulazione prevedeva nel medesimo caso l'arresto da uno a sei mesi e il pagamento di un'ammenda.

Il Capo II del decreto-legge recepisce la cosiddetta direttiva “rimpatri” (2008/115/CE) recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. La direttiva, il cui termine di recepimento è già scaduto il 24 dicembre 2010, introduce norme e procedure per porre fine ai soggiorni irregolari, per trattenere i cittadini extracomunitari in attesa del loro allontanamento, nonché talune garanzie procedurali. Anche in questo caso l'intervento è stato considerato urgente, visto che la Commissione europea ha già avviato la fase prodromica all'apertura della procedura di infrazione per mancato recepimento, inviando al Governo italiano, in data 26 gennaio 2011, una lettera di costituzione in mora ai sensi dell'articolo 258 del TFUE.

Le modifiche intervengono principalmente sulle disposizioni del Testo unico sull'immigrazione (D.Lgs. 286/1998) nella parte riguardante il procedimento per l'espulsione amministrativa e per l'esecuzione dell'espulsione. L'intervento normativo si è reso necessario anche a seguito della sentenza del 28 aprile 2011 della Corte di Giustizia europea (sentenza “El Didri”. A tal proposito v. P. Martino [La gradualità della direttiva rimpatri e il testo unico in materia di immigrazione](#)) che ha stabilito che gli Stati membri non possono introdurre una pena detentiva al fine di



ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo. La detenzione non può, infatti, essere comminata solo perché un cittadino extracomunitario permane in maniera irregolare nel territorio di uno Stato membro dopo che gli sia stato notificato l'ordine di allontanamento e che il termine impartito sia scaduto.

I punti principali del provvedimento riguardanti i rimpatri dei cittadini extracomunitari irregolari alla luce di quanto disposto dalla direttiva sono:

- a) *Reato di clandestinità.* Per far seguito alla succitata sentenza, le nuove norme attenuano le sanzioni per l'inottemperanza agli ordini di allontanamento del Questore. La reclusione viene sostituita con la pena pecuniaria della multa e gli importi sono rapportati alla gravità delle violazioni. Il procedimento penale susseguente all'inottemperanza agli ordini del Questore di lasciare il territorio nazionale è ricondotto a quello già previsto per il reato di immigrazione clandestina con la possibilità per il Giudice di Pace di sostituire la condanna dello straniero irregolare con l'espulsione.
- b) *Modifiche riguardanti l'espulsione amministrativa.* Le ipotesi che comportano l'espulsione predisposta, caso per caso, dal Prefetto si estendono anche ai cosiddetti *overstayers*, ovvero a coloro il cui visto per soggiorni brevi inferiori a tre mesi sia scaduto, e a coloro ai quali sia stato rifiutato il permesso di soggiorno.
- c) *Modifiche riguardanti le modalità di espulsione.* La direttiva "rimpatri" prevede che il metodo ordinario per il rimpatrio del cittadino extracomunitario irregolare sia la concessione di un termine per la partenza volontaria (da 7 a 30 giorni). Per tutta la durata del periodo concesso per la partenza volontaria gli Stati "possono" imporre obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga anche mediante l'adozione di misure meno coercitive rispetto al trattenimento nei CIE che deve essere, infatti, una *extrema ratio* da utilizzare solo se sussiste il rischio di fuga o lo straniero irregolare evita od ostacola la preparazione del rimpatrio. Nella trasposizione interna



della direttiva, il “rischio di fuga” viene accertato, caso per caso, dal Prefetto sulla base dei criteri definiti dal decreto. Tra questi, l’assenza di identificazione o di un alloggio stabile può giustificare la sussistenza di un rischio di fuga e, dunque, la compressione (o l’eliminazione) di alcune garanzie, quale la concessione del termine per la partenza volontaria, e la conseguente detenzione in un CIE, generando un automatismo in contrasto con la direttiva.

Un'altra norma che parrebbe in contrasto con la direttiva, poiché non contemplata, è quella che prevede l’esecuzione dell’espulsione o, qualora non sia possibile, il trattenimento nei CIE per violazione di una delle misure disposte dal Questore in caso di partenza volontaria, di una delle prescrizioni meno coercitive rispetto al trattenimento nei CIE, nonché la mancata richiesta di un termine per la partenza volontaria. A tal proposito, inoltre, l’adozione di misure idonee a garantire l’effettività del provvedimento di allontanamento, oltre alla richiesta di prestazione di garanzie finanziarie, non configurano una facoltà bensì un obbligo da parte del Questore, contrariamente a quanto previsto dalla direttiva che parla di “possibilità”. Tali misure dovrebbero, infatti, essere applicate solo previa scelta discrezionale a seguito di valutazione “caso per caso” e non *tout court*. Considerato, quindi, che al Questore sembra demandata esclusivamente la facoltà di individuare la misura in concreto applicabile e non anche quella di valutare se una misura debba o meno essere applicata, la disposizione in questione introdurrebbe anche un’anomalia nel nostro ordinamento che non conosce l’istituto dell’applicazione obbligatoria di misure di sicurezza.

- d) *Periodo massimo di trattenimento nei CIE*. Il decreto-legge estende a 18 mesi il periodo massimo di trattenimento nei CIE in linea, da un punto di vista meramente formale, con quanto previsto dalla direttiva. Tuttavia, da un punto di vista sostanziale, la direttiva prevede che il trattenimento nei CIE debba avere durata “quanto più breve possibile” e mai oltre il termine strettamente necessario per raggiungere lo scopo dell’allontanamento. Inoltre, il trattenimento nei CIE può essere disposto solamente se, nel “caso concreto”, non possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno



coercitive. Il decreto-legge prevede, invece, il trattenimento nei CIE nei casi in cui non sia stato concesso il termine per la partenza volontaria e non sia possibile eseguire immediatamente l'espulsione perché, ad esempio, esiste il "rischio di fuga" o perché il cittadino extracomunitario non ha le disponibilità finanziarie richieste per mantenersi durante il termine concesso per la partenza volontaria. Tra le altre cause di trattenimento nei CIE ci sono, inoltre, anche quelle che non dipendono dalla volontà del soggetto (accertamento dell'identità o la verifica della disponibilità del vettore). Queste norme, quindi, sembrano ispirarsi fondamentalmente ad una logica repressiva, in contrasto con la *ratio* della direttiva che prevede che il trattenimento debba essere una misura residuale. Inoltre, prevedendo che nel caso di indebito allontanamento dal CIE sia ripristinato il trattenimento mediante un nuovo provvedimento si potrebbe incorrere in una interpretazione nel senso che il successivo provvedimento di trattenimento dia luogo ad un nuovo decorso dei termini, in questo caso in contrasto con il periodo massimo previsto dalla direttiva.

In sintesi, con questo ultimo decreto, anche da un punto di vista della tecnica normativa, si è deciso di intervenire in via di urgenza principalmente a causa della minaccia di imminenti sanzioni da parte della Commissione europea, e con provvedimenti non organici e inadeguati. La logica perseguita nel recepimento è rimasta prevalentemente quella punitiva, innestandosi così nel solco delle misure previste dalla legge Bossi-Fini.