

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

We (don't) want you: protezione contro l'allontanamento del cittadino UE o del suo familiare e periodi di detenzione

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1717800> since 2019-11-27T13:55:46Z

Publisher:

Cacucci Editore

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

We (don't) want you: protezione contro l'allontanamento del cittadino UE o del suo familiare e periodi di detenzione

Stefano Montaldo*

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: l'allontanamento del cittadino europeo o del suo familiare tra *vis expansiva* del diritto UE e sovranità degli Stati membri. - 2. Genesi, *ratio* e struttura dell'articolo 28 della direttiva 2004/38. - 3. L'espiazione di una pena detentiva e l'accertamento del rischio ad intensità crescente per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza: proposte per un nuovo approccio orientato al fine rieducativo dell'esperienza carceraria - 4. L'incidenza dei periodi di detenzione sulla durata e sulla continuità del soggiorno nello Stato ospitante: sull'esigenza di porre al centro il principio di proporzionalità. - 5. Conclusioni

ABSTRACT: The chapter analyses the relationship between periods of imprisonment and the enhanced protection against deportation provided by Art. 28 Directive 2004/38. It discusses critically the stance taken by the Court of Justice on some key-aspects of this provision: the scope of the ascending scale of threats to public order and public security and the implications of the enforcement of a criminal conviction on the assessment of the criteria for benefiting from protection against deportation. The author contends that the case law of the Court of Justice undermines the principle of proportionality and deprives one of the key-aims of punishment – offenders' rehabilitation – of substance. The analysis proposes two ways forward, namely greater reliance on the Member States' obligations of means to enhance the offenders' chances of rehabilitation and a renewed set of criteria to assess the proportionality of a domestic deportation measure.

PAROLE CHIAVE: detenzione - cittadinanza UE - ordine pubblico - pubblica sicurezza - allontanamento

1. Sin dagli albori del processo di integrazione europea, gli Stati membri hanno conservato, entro precisi limiti, la possibilità di derogare alle norme sulla libera circolazione delle persone, in presenza di esigenze connesse alla tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. Una delle espressioni elettive di tale dinamica è il potere in capo ad uno Stato di definire la composizione della propria comunità di individui, in particolare attraverso l'espulsione degli stranieri indesiderati¹. Tale potestà attinge tradizionalmente al nucleo delle prerogative sovrane statali². Nel corso dei decenni, tuttavia, essa ha patito la crescente pressione delle garanzie poste dall'ordinamento UE a tutela di coloro che, proprio in forza del diritto dell'Unione, decidono di trasferirsi in via stabile e duratura in uno Stato membro diverso da quello di origine.

* Ricercatore di diritto dell'Unione europea al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. Il capitolo è frutto della ricerca condotta nell'ambito del progetto di Ateneo *Offenders' Rehabilitation in the European Union*, coordinato dal Dott. Stefano Montaldo e finanziato dalla Compagnia di San Paolo.

¹ N. DE GENOVA, *The deportation regime: sovereignty, space and the freedom of movement*, Durham, p. 33 ss.

² B. ANDERSON, M. J. GIBNEY, E. PAOLETTI, *Citizenship, deportation and the boundaries of belonging*, in *Citizenship Studies*, 2011, p. 547 ss. In questa sede, si fa esclusivo riferimento alla dimensione 'interna' del potere di espellere gli stranieri dal territorio nazionale, ovvero sia lo *jus excludendi* avverso coloro che, già presenti sul territorio nazionale, non integrano (più) le condizioni per restarvi.

In questo contesto, il confronto tra la *vis expansiva* delle norme europee sulle libertà fondamentali e le residue istanze delle autorità nazionali si è dipanato attraverso due principali linee direttrici. In primo luogo, si è registrata sin dagli anni '60 una emblematica convergenza di intenti tra il legislatore europeo e la Corte di giustizia, che ha permesso di ancorare la materia ad un patrimonio condiviso di limiti e garanzie a protezione dell'individuo³. L'espressione più significativa di tale comunione di vedute si riscontra nell'esigenza di una interpretazione restrittiva delle deroghe di ordine pubblico e pubblica sicurezza, che determina, fra l'altro, l'impossibilità di invocarle per finalità meramente economiche⁴ o in relazione a rischi astratti o presunti⁵. In secondo luogo, la ricerca di equilibrio tra l'effettività del diritto UE e le istanze degli Stati membri è tutt'oggi influenzata da fattori extra-giuridici che il processo di integrazione contribuisce ad amplificare ed a sviluppare nel tempo. Basti pensare alla portata di concetti come ordine pubblico e pubblica sicurezza, che sottintendono un sistema di interessi di tutela sempre più permeato dalla conduzione di politiche sovranazionali comuni, sotto l'egida di obiettivi condivisi. Analogamente, le possibilità di integrazione sociale di un cittadino UE nello Stato membro ospitante - e dunque l'apprezzamento in sede amministrativa o giudiziale di tali legami - beneficiano del corpus *acquis* dell'Unione in materia di cittadinanza europea e libera circolazione delle persone, capace di promuovere un livello di mobilità in passato difficile da prefigurare.

In quest'ottica, pur costituendo un tema classico del diritto dell'Unione⁶, la (protezione dall') espulsione del cittadino dell'Unione dallo Stato membro ospitante solleva problematiche interpretative ed operative sempre nuove, spesso ulteriormente animate dai mutevoli assetti politici nazionali e dalle istanze da questi veicolate. Fra le questioni più delicate, assume particolare rilievo la definizione del regime giuridico riservato ai cittadini europei o ai loro familiari che subiscano periodi di detenzione nello Stato membro

³ P. DE BRUYCKER, *La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme. Présentation générale de la directive 2004/38*, in J.-Y. CARLIER, E. GUILD (a cura di), *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruxelles, 2006, p. 21 ss.

⁴ Art. 2, par. 2, direttiva 64/221 del Consiglio, del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, e art. 27, par. 1, direttiva 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

⁵ Art. 27, par. 2, direttiva 2004/38. Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*, ECLI:EU:C:1975:137 e sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Bouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172. A. BARAV, *Court recommendations to deport and the free movement of workers in EEC law*, in *European Law Review*, 1981, p. 129 ss.

⁶ Per una analisi complessiva, v. B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione*, Padova, 2012; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017

ospitante. L'urgenza della materia è dettata da due considerazioni reciprocamente collegate. Da un lato, il successo della libertà di circolazione delle persone ha determinato un aumento esponenziale del numero di detenuti stranieri di provenienza europea ristretti nei sistemi carcerari degli Stati membri o sottoposti a pene alternative alla carcerazione⁷. Pertanto, si riscontrano anzitutto significative ricadute quantitative, dalle quali nessuno Stato membro può dirsi esente. Dall'altro lato, il regime giuridico dei detenuti investe alcuni nodi critici delle norme sulla libertà di circolazione delle persone, poiché accende i riflettori sulle “*managerial ambitions*” degli Stati membri rispetto alla composizione delle rispettive popolazioni, anche a discapito delle tutele assicurate dal diritto dell'Unione⁸. La materia reca dunque significative implicazioni qualitative di carattere strutturale, perché chiama in causa il modello stesso di società europea verso il quale mira il processo di integrazione.

Muovendo da queste premesse, l'analisi che qui si propone considera *in primis* il contesto normativo di riferimento, con una attenzione particolare per l'art. 28 della direttiva 2004/38 (paragrafo 2). I paragrafi successivi affrontano con maggiore dettaglio le criticità interpretative che la protezione rafforzata contro l'allontanamento ha anche recentemente sollevato, con peculiare riferimento per l'impatto dei periodi di detenzione sulla possibilità di invocare tale tutela (paragrafi 3 e 4).

2. Gli articoli 27 e 28 della direttiva 2004/38/CE disciplinano l'operatività delle deroghe di ordine pubblico e pubblica sicurezza alla libera circolazione delle persone. Come noto, l'art. 27 correda il ricorso a tali clausole di numerose garanzie sostanziali e procedurali, che in ampia misura codificano la giurisprudenza della Corte di giustizia, gradualmente intervenuta a precisare la portata della previgente direttiva 1964/221 e a delimitare i margini di manovra delle autorità nazionali⁹. L'art. 28, al contrario, presenta significativi elementi di novità rispetto allo scenario giuridico esistente al momento dell'avvio del lungo *iter* decisionale che condusse all'adozione della direttiva 2004/38¹⁰. Nel 2001, infatti, la Commissione impostò la propria proposta normativa sull'assunto che l'istituzione della cittadinanza europea – nonché la sua consacrazione in sede giurisprudenziale a “status fondamentale dei cittadini degli Stati membri”¹¹ – imponesse un

⁷ Cfr. M. F. AEBI, M. M. TIAGO, *Council of Europe Annual Penal Statistics. SPACE I Prison population 2018*, Strasburgo, p. 55, reperibile online.

⁸ D. KOSTAKOPOULOU, S. CARRERA, M. JESSE, *Doing and deserving: Competing frames of integration in the EU*, in E. GUILD, K. GROENENDIJK, S. CARRERA (a cura di), *Illiberal Liberal States: Immigration, Citizenship and Integration in the EU*, Burlington, 2009, p. 167.

⁹ D. KOSTAKOPOULOU, *When EU citizens become foreigners*, in *European Law Journal*, 2014, p. 457.

¹⁰ Comunicazione COM(2001) 257 della Commissione, del 23 maggio 2001, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458, punto 31.

cambiamento di paradigma. Pur conservando in via generale la possibilità per gli Stati membri di espellere i cittadini di altri Stati membri¹², la Commissione avanzò l'idea che i cittadini UE residenti in via permanente nello Stato ospitante dovessero godere di una protezione assoluta dall'allontanamento. Nella prima lettura, il Parlamento aderì *in toto* a tale impostazione, sulla scorta dell'obiettivo di creare di uno spazio europeo privo di frontiere "in cui l'espulsione sarebbe un anacronismo e, dall'altro, la libera circolazione deve essere una realtà per tutti"¹³. Di avviso diametralmente opposto fu invece il Consiglio: a fronte del solitario sostegno alla proposta della Commissione espresso dall'Italia, tutti gli altri Stati membri manifestarono la volontà di mantenere il potere di espellere in ogni circostanza cittadini UE che costituissero una minaccia significativa per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza¹⁴. Questa contrapposizione determinò la rinuncia alla (parziale) immunità da provvedimenti di allontanamento auspicata da Commissione e Parlamento, in favore di un ugualmente innovativo modello di protezione progressiva, in base al quale i residui poteri delle autorità nazionali sono inversamente proporzionali alla durata del soggiorno del cittadino UE o del suo familiare nello Stato ospitante. Infatti, a fronte della possibilità di invocare in via 'ordinaria' le deroghe in esame, l'art. 28, par. 2, dispone che i titolari di un diritto di soggiorno permanente *ex art. 16* della direttiva 2004/38/CE possano essere destinatari di provvedimenti di allontanamento esclusivamente per "gravi motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza". Il paragrafo successivo prevede invece che solo "motivi imperativi di pubblica sicurezza" siano idonei a giustificare l'adozione di una decisione di allontanamento nei confronti di chi abbia soggiornato nello Stato membro ospitante i precedenti dieci anni. L'art. 28, in definitiva, ha introdotto un modello di protezione parametrato sull'intensità del rischio per l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, nonché sulla crescente stabilità del soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di origine. La determinazione dell'ambito operativo della protezione veicolata da questo articolo è dunque in massima parte legata alla ricostruzione interpretativa delle espressioni che cristallizzano tali fattori. Su questi profili si sofferma il prosieguo dell'analisi.

3. La prima sfida ermeneutica posta dall'art. 28 della direttiva 2004/38 riguarda la diversa entità della minaccia all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza dello Stato ospitante. Queste due nozioni, infatti, sfuggono

¹² Una differenza di trattamento rispetto ai cittadini nazionali che la Corte stessa aveva da tempo radicato in consolidati principi di diritto internazionale: sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133, punto 22.

¹³ Parlamento europeo, Relazione del 23 gennaio 2003 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, relatore Giacomo Santini, Doc A5-0009/2003.

¹⁴ Consiglio, documento 6147/03 del 7 febbraio 2003.

intrinsecamente ad ogni tentativo di confinamento entro i limiti di una definizione esaustiva. A livello europeo, esse acquistano ulteriore complessità, in quanto non sussistono norme comuni capaci di chiarirne la portata e le autorità nazionali godono in materia di un significativo margine discrezionale, alla luce di accezioni e priorità che possono variare da Stato a Stato o mutare nel tempo¹⁵. Questa considerazione vale *a fortiori* per le esigenze di tutela qualificate di cui ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 28, incentrate sulla presenza, rispettivamente, di “gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza” e di “motivi imperativi di pubblica sicurezza”.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, le ipotesi ‘ordinarie’ di esigenze di ordine pubblico sono integrate in relazione ad un comportamento personale che rappresenti una minaccia “reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società”¹⁶. La nozione di pubblica sicurezza – peraltro caratterizzata da analogo vaghezza concettuale – richiama invece situazioni di portata collettiva, nelle quali la condotta del cittadino UE o del suo familiare lede la vita sociale di una comunità o la stabilità delle istituzioni pubbliche. La Corte, in particolare, anche in ambiti diversi dalla libertà di circolazione delle persone, ha ritenuto lesivi della pubblica sicurezza il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni ed alla conduzione di servizi pubblici essenziali, perturbazioni dei rapporti internazionali di uno Stato e della coesistenza pacifica dei popoli, rischi per gli interessi militari nazionali¹⁷.

In questo contesto, l'ipotesi della “minaccia grave” di cui all'art. 28, par. 2, scarsamente esplorata nella giurisprudenza della Corte, investe i casi in cui, per natura e portata del comportamento occorso ed alla luce dei beni giuridici coinvolti e dell'intensità della minaccia alla quale essi sono sottoposti, le circostanze di specie dimostrano un grado di pericolosità qualificato, che spetta all'autorità nazionale commisurare. Appare invece più problematica la ricostruzione della nozione di “motivi imperativi di pubblica sicurezza”. A prima vista, la formula utilizzata dal legislatore europeo e l'elisione della *summa divisio* tra ordine pubblico e pubblica sicurezza, in favore di quest'ultima, suggeriscono una lettura assai rigorosa di questa formula, che sembra collegata a situazioni di eccezionale rischio per la collettività. Sorprendentemente, la Corte ha invece elaborato un approccio interpretativo di particolare flessibilità. In un primo momento, nella sentenza *Tsakouridis*¹⁸, essa ha chiarito che il disposto dell'art. 28, par. 3, è considerevolmente meno ampio e “presuppone non soltanto l'esistenza di un pregiudizio alla pubblica sicurezza, ma altresì che detto pregiudizio presenti

¹⁵ Sentenza *Van Duyn*, punto 18.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2016, causa C-304/14, *CS*, ECLI:EU:C:2016:674, punto 38 ed ulteriore giurisprudenza ivi citata.

¹⁷ La sicurezza pubblica interessa infatti sia la sicurezza interna di uno Stato che quella esterna. Cfr. *ex multis* la sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1984, causa 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256, e la sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2003, causa C-186/01, *Dory*, ECLI:EU:C:2003:146, punto 32.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708.

un livello di gravità particolarmente elevato”¹⁹. Nel caso in esame, la Grande Sezione ha ritenuto che la pervasività e la diffusione sul territorio europeo della rete di fiorenti traffici di sostanze stupefacenti coordinata dal soggetto destinatario della misura di allontanamento potesse ricadere nell’ambito operativo della disposizione in esame, ciò anche alla luce dell’esistenza di norme UE volte a contrastare tale fenomeno criminoso²⁰. La giurisprudenza successiva, nondimeno, ha allargato le maglie di tale valutazione. Nel caso *P.I.*, riguardante un soggetto che aveva commesso reati sessuali contro minori, la Corte ha statuito che, in linea di principio, fattispecie quali quelle elencate all’art. 83, par. 1, TFUE possono assurgere al livello di pericolosità delineato all’art. 28, para 3, della direttiva 2004/38, “a condizione che le modalità con le quali tali reati sono stati commessi presentino caratteristiche particolarmente gravi”²¹. La dottrina ha espresso critiche risolte a questa impostazione, evidenziando come la Corte abbia ampliato la nozione in parola anche a comportamenti che hanno ricadute esclusivamente individuali e che mancano dunque della dimensione collettiva che qualifica intrinsecamente la nozione di pubblica sicurezza²². È stato così evidenziato il rischio di minare alla base la protezione rafforzata garantita a coloro che abbiano soggiornato nello Stato ospitante per almeno dieci anni, attraverso una lettura estensiva del potere di intervento delle autorità nazionali²³. Tra le poche voci a supporto dell’orientamento della Corte, vi è chi ha rilevato come, in ogni caso, la direttiva assicuri ampie tutele procedurali avverso un provvedimento di allontanamento non giustificato²⁴.

¹⁹ Sentenza *Tsakouridis*, punto 41.

²⁰ Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 2012, causa C-348/09, *P.I.*, ECLI:EU:C:2012:300, punto 28.

²² Lo Stesso avvocato generale Bot, nelle proprie conclusioni alla causa in esame, aveva negato la possibilità di invocare l’art. 28, par. 3, in presenza di un comportamento individuale, privo di ricadute materialmente apprezzabili a livello collettivo, eccezion fatta per il naturale e diffuso senso di repulsione avverso condotte criminose particolarmente odiose. Cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale Bot del 6 marzo 2012, causa C-348/09, *P.I.*, ECLI:EU:C:2012:123, punto 38. Azoulai e Coutts hanno evidenziato la sostanziale commistione tra i concetti di pubblica sicurezza e di ordine pubblico, a detrimento delle garanzie individuali: L. AZOULAI, S. COUTTS, *Restricting Union citizens’ residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFSJ meet: P.I.*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 553 ss. V. l’analisi critica di D. KOCHENOV, B. PIRKER, *Deporting EU citizens within the European Union: A counter-intuitive trend in case C-348/09, P.I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, in *Columbia Journal of European Law*, 2013, p. 369 ss.

²³ V. l’analisi critica di D. KOCHENOV, B. PIRKER, *Deporting EU citizens within the European Union: A counter-intuitive trend in case C-348/09, P.I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, in *Columbia Journal of European Law*, 2013, p. 369 ss.

²⁴ P. KOUTRAKOS, *Public security exceptions and free movement law*, in P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE, P. SYRPIS (a cura di), *Exceptions from EU free movement law. Derogation, justification and proportionality*, Oxford e Portland, 2016, pp. 202-203.

Sebbene quest'ultima argomentazione non colga appieno nel segno della persistente criticità delle statuizioni della Corte nella causa *P.I.*, essa ha il merito di sottolineare come le autorità amministrative e giudiziarie degli Stati membri non operino in un *vacuum*. Infatti, stante l'impossibilità di fissare *ex ante* una definizione esaustiva delle deroghe in esame, la Corte di giustizia ed il legislatore dell'Unione hanno provveduto a delineare i confini entro i quali la libertà di apprezzamento delle autorità nazionali deve giostrarsi. Collocando il ricorso a queste clausole sotto l'egida del principio di proporzionalità²⁵, la Corte ha escluso la legittimità di misure nazionali ispirate a finalità di "prevenzione generale", destinate dunque a "dissuadere altri stranieri"²⁶. Inoltre, essa ha evidenziato come la valutazione delle autorità nazionali "non coincid[a] necessariamente con [l'apprezzamento in ordine alla tutela di interessi attinenti all'ordine pubblico ed alla pubblica sicurezza] che ha portato alla condanna penale"²⁷. Così, la presenza di una o più precedenti condanne – e dunque di possibili periodi di detenzione che ne siano conseguiti – non può da sola giustificare l'adozione di un provvedimento di allontanamento²⁸. Al contrario, essa costituisce uno dei numerosi criteri di valutazione che la Corte di giustizia ha nel tempo consolidato: la condotta personale del soggetto interessato, la durata e la legittimità del suo soggiorno nello Stato membro ospitante, la natura e la gravità del reato commesso, gli elementi che dimostrino il grado di pericolosità effettiva per la società²⁹. Muovendo da queste premesse, l'art. 28, par. 1, introduce ulteriori elementi di giudizio, quali l'età, lo stato di salute, la situazione economica, il grado di integrazione sociale e culturale. Una considerazione particolare merita infine la valutazione dei legami familiari, enumerata all'art. 28 ed oggetto di pronunce in cui la Corte ha richiamato gli Stati a rispettare il dettato dell'art. 7 della Carta, avendo riguardo per le gravi ripercussioni che l'espulsione può determinare per i componenti del nucleo familiare³⁰, ed in special modo per i figli minorenni³¹. In sostanza, anche alla luce dell'assenza di chiare indicazioni interpretative, il vero discrimine tra le minacce ad intensità crescente all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza previste all'art. 28 è in ultima analisi legato all'apprezzamento su base casistica del carattere idoneo, necessario e proporzionato di una misura di allontanamento. In questa prospettiva, il corredo di parametri delineato dalla Corte e dalla direttiva, unitamente

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2012, causa C-249/11, *Byankov*, ECLI:EU:C:2012:608, punto 43.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Bonsignore*, ECLI:EU:C:1975:34, punto 7, sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2016, causa C-165/14, *Rendón Marín*, ECLI:EU:C:2016:675, punto 67.

²⁷ Sentenza *Bouchereau*, punto 27.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, ECLI:EU:C:1999:6, punto 42, e sentenza *Buchereau*, punto 28.

²⁹ Sentenza *CS*, punto 42.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Olivieri*, ECLI:EU:C:2004:262, punto 99.

³¹ Sentenza *Rendón Marín*, punto 66.

all'assenza di automatismi tra precedenti provvedimenti dell'autorità pubblica ed espulsione³² ed al necessario accertamento di un rischio reale, attuale e sufficientemente grave per l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza assumono rilievo peculiare in relazione alle ipotesi di cittadini europei o di loro familiari che abbiano scontato un periodo di restrizione della propria libertà personale nello Stato ospitante. Nel diritto penale moderno, una delle finalità sottese all'esecuzione di una pena detentiva è il coinvolgimento del reo in un percorso di emenda personale, che possa restituire alla collettività un soggetto capace di ritornare nel proprio ambiente sociale rifuggendo il rischio di recidiva. Questa visione prospettica della reclusione assume diverse sfaccettature e nomenclature – fra le altre, rieducazione, riabilitazione, risocializzazione, reintegrazione – tutte accomunate da un duplice fondamento: la tutela dell'ordine pubblico e la protezione dei diritti del condannato. Da questo punto di vista, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in un recente filone giurisprudenziale³³, ha chiarito che la rieducazione del reo costituisce un obbligo di mezzi in capo agli Stati, che devono dotarsi di sistemi normativi e misure organizzative idonei a tale scopo. Ciò in quanto la finalità della pena in esame è strettamente collegata alla dignità della persona, al diritto alla libertà personale ed al diritto alla vita familiare, di cui rispettivamente agli articoli 3, 5 e 8 CEDU³⁴.

Questo approccio ha ricadute significative per l'ordinamento dell'Unione, in quanto le spiegazioni allegate alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE chiariscono che gli articoli 4, 6 e 7 della Carta corrispondono alle sopra citate norme della Convenzione. Viene dunque in rilievo la clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, della Carta, che impone una convergenza interpretativa con la lettura offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁵. Occorre inoltre considerare che, proprio in alcune pronunce dedicate alla protezione contro l'allontanamento del cittadino UE o del suo familiare, la Corte di giustizia ha qualificato la rieducazione del detenuto come un interesse dell'Unione, in quanto strumento decisivo per la tutela dell'ordine pubblico e dei diritti dell'individuo³⁶.

Ne deriva una considerazione di particolare importanza per la portata delle tutele veicolate dagli articoli 27 e 28 della direttiva 2004/38. Ad avviso di

³² In via analogica, merita ricordare la sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, ECLI:EU:C:2006:74, nella quale la Corte ha negato tale nesso di automaticità tra una segnalazione SIS ai fini della non ammissione nello spazio Schengen ed il rifiuto di concedere l'ingresso nello Stato membro rivolto a cittadini di Stato terzo familiari di un cittadino europeo.

³³ V., fra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*; sentenza del 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*; sentenza del 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*.

³⁴ A. MARTUFI, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 1 ss.

³⁵ Sul punto sia permesso rinviare a S. MONTALDO, *Offenders' rehabilitation: Towards a new paradigm for EU criminal law?*, in *European Criminal Law Review*, 2018, p. 223 ss.

³⁶ Sentenza *Tsakouridis*, punto 50, e sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2018, cause riunite C-316/16 e C-424/16, *B e Vomero*, ECLI:EU:C:2018:256, punto 75.

chi scrive, infatti, la valutazione delle autorità nazionali circa l' idoneità, la necessità e la proporzionalità di un provvedimento di allontanamento deve arricchirsi di parametri che ad oggi la Corte non ha ancora posto espressamente in evidenza, ma che hanno un'incidenza pratica significativa nei casi di deroghe di ordine pubblico o pubblica sicurezza. Segnatamente, le autorità nazionali dovrebbero considerare, in primo luogo, se lo Stato ha adempiuto al proprio obbligo di massimizzare le *chances* di risocializzazione del detenuto, attraverso la tutela dei suoi legami familiari ed il coinvolgimento in iniziative in preparazione alla scarcerazione. Nell'ipotesi di una totale inazione da parte delle autorità nazionali, se non addirittura di condizioni di detenzione deficitarie³⁷, il soggetto coinvolto subirebbe in prima persona le ricadute negative dell'incapacità dello Stato di fare fronte agli obblighi ad esso incombenti. In secondo luogo, l'apprezzamento dell'attualità del rischio per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza dovrebbe focalizzarsi sull'eventuale iato tra la situazione personale del condannato all'ingresso in carcere ed al momento conclusivo dell'esecuzione della pena. Come descritta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, la prospettiva rieducativa della reclusione in carcere implica il tentativo di coinvolgere il detenuto in una progressione verso "*the fostering of personal responsibility*"³⁸. L'esito degli sforzi per restituire alla collettività un soggetto rispettoso della legge e dei valori sui quali tale società si fonda non può essere taciuto in sede di valutazione sull'allontanamento dal territorio nazionale, a pena di una insanabile incoerenza tra gli obblighi sorgenti in capo allo Stato membro e di margini ad esso riconosciuti di deviazione dal diritto dell'Unione³⁹. Ove infatti quanto meno la pericolosità sociale del soggetto sia diminuita – circostanza che l'osservazione in carcere e le relazioni dei servizi penitenziari e dei servizi sociali possono solidamente dimostrare o confutare – l'autorità nazionale competente dovrebbe seriamente interrogarsi sulla persistente adeguatezza di una misura di allontanamento, *a fortiori* nei casi di "gravi motivi" e di "motivi imperativi" *ex art. 28*, paragrafi 2 e 3. *Mutatis mutandis*, l'approccio qui proposto sarebbe peraltro in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale il giudizio sulla pericolosità di un soggetto deve essere aggiornato – se non svolto *ex novo* – nel caso in cui

³⁷ Sulle condizioni di detenzione deficitarie ma inidonee a integrare trattamenti inumani e degradanti sulla necessità di riconsiderare il loro impatto sul diritto alla libertà personale v. L. MANCANO, *Storming the Bastille: Detention conditions, the right to liberty and the case for approximation in EU law*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 61 ss.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, par. 28.

³⁹ Tanto più che quello che è stato definito in dottrina "*progression principle*" è consacrato nelle costituzioni o in norme generali dei codici penali di molti Stati membri. Cfr. S. MONTALDO, *op. cit.*, pp. 224-227.

l'esecuzione di un provvedimento di allontanamento intervenga a distanza di tempo dalla sua emissione⁴⁰.

Si potrebbe d'altro canto eccepire che le integrazioni ai criteri di valutazione posti dalla Corte di giustizia all'attenzione delle autorità nazionali non sia necessaria, in quanto implicitamente connesse ad un giudizio di proporzionalità. Questa obiezione, tuttavia, presenta due elementi di debolezza. Da un lato, fattori di valutazione oggi ritenuti del tutto naturali sono in realtà frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte, intervenuta a fronte del rischio di tentativi da parte degli Stati membri di beneficiare in misura eccessiva dei margini di deviazione dal diritto UE. Basti pensare alla valutazione dei legami familiari, che il legislatore europeo ha codificato grazie al contributo della giurisprudenza della Corte e la cui centralità è stata ribadita dalla Corte stessa nelle pronunce più recenti⁴¹. Dall'altro lato, a fronte dell'assenza di richiami puntuali nella direttiva 2004/38 alla progressione del detenuto *in executivis* e di chiare indicazioni giurisprudenziali, la prassi dimostra la propensione degli Stati a valorizzare i residui spazi di gestione della composizione della popolazione presente sul loro territorio. A riprova dell'opportunità di più chiari dettami circa i margini di deroga riconosciuti agli Stati in materia di ordine pubblico o pubblica sicurezza, la giurisprudenza stessa evidenzia casi emblematici di *actiones finium regundorum* in relazione ad altre libertà di circolazione, condotte mediante l'indicazione puntuale e dettagliata delle circostanze capaci di motivare la necessità e proporzionalità di una deviazione dal diritto UE. Basti pensare, a titolo di esempio, al caso *Campus oil*, nel quale la Corte ha precisato chiaramente i parametri per definire i quantitativi di prodotti petroliferi entro i quali un sistema nazionale di acquisto obbligatorio poteva ritenersi giustificato⁴². Un approccio analogo nella materia in esame avrebbe il merito di valorizzare gli obblighi degli Stati in relazione alla rieducazione del reo, contenendo al contempo il rischio di forze centrifughe derivanti dalla sopra descritta lettura estensiva dell'art. 28 par. 3.

4. Il secondo *genus* di requisiti codificato all'art. 28 riguarda il grado di stabilità del soggiorno del soggetto coinvolto nello Stato membro ospitante. Sul punto, come evidenziato da parte della dottrina⁴³, i paragrafi 2 e 3 dell'articolo in esame ancorano a prima vista la protezione dall'allontanamento ad un dato squisitamente oggettivo, ossia la durata del soggiorno all'estero. A rigore letterale, infatti, la quantificazione di tale

⁴⁰ Cfr. *ex multis*, sentenza *Orfanopoulos e Olivieri*, punti 78 e 79. Più recentemente, sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 2011, causa C-371/08, *Ziebell*, EU:C:2011:809, punto 84, e la più dettagliata argomentazione proposta nella sentenza *B e Vomero*, punti 89-94.

⁴¹ V. ad esempio la sentenza *Rendón Marín*.

⁴² Sentenza *Campus Oil*, punti 46-48. Cfr. le notazioni critiche di C. BARNARD, *Derogations, justifications and the four freedoms: Is State interest really protected?*, in C. BARNARD, O. ODUDU (a cura di), *The outer limits of European Union law*, Oxford, 2009, p. 273 ss.

⁴³ *Inter alia*, M. MEDUNA, *Scelestus Europeus Sum: What Protection Against Expulsion Does EU Citizenship Offer to European Offenders?*, in D. KOCHENOV (a cura di), *Citizenship and federalism in Europe: The role of rights*, Cambridge, p. 402.

parametro giustifica l'innalzamento dell'intensità della minaccia secondo le già descritte formule dei "gravi motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza" e dei "motivi imperativi di pubblica sicurezza". Da questo punto di vista, la stabilità del soggiorno costituirebbe la premessa di una presunzione circa l'esito positivo del percorso di integrazione sociale del soggetto coinvolto e, in definitiva, determinerebbe la conseguente esigenza di tutelare tale radicamento. Quest'ultimo è infatti frutto della dimensione statica e di lungo periodo insita nella *ratio* della libertà di circolazione delle persone, che la Corte di giustizia ha già dimostrato di voler corredare di garanzie⁴⁴. Nondimeno, in linea con un orientamento giurisprudenziale inaugurato poco prima dell'adozione della direttiva 2004/38⁴⁵, la Corte di giustizia ha arricchito il tenore letterale dell'art. 28 con un approccio interpretativo di tipo contestuale. Essa ha evidenziato come tale articolo sia inserito in un quadro normativo peculiare, che valorizza a più riprese il livello di integrazione nello Stato ospitante raggiunto in concreto dal soggetto coinvolto⁴⁶. Infatti, l'art. 28, par. 1, ed il considerando 23 chiariscono che una decisione di allontanamento può nuocere gravemente "alle persone che siano effettivamente integrate nello Stato membro ospitante". Inoltre, il considerando 24 pone in diretta relazione il livello qualitativo di integrazione con la crescente incisività della tutela avverso misure di allontanamento.

Muovendo da questa premessa, la duplice natura quantitativa e qualitativa dei requisiti cronologici fissati all'art. 28 della direttiva solleva alcune questioni di particolare interesse in relazione a coloro che abbiano scontato un periodo di detenzione. Segnatamente, occorre considerare se ed in quale misura tale circostanza incida sull'integrazione delle condizioni fissate dalla direttiva al fine di azionare la tutela rafforzata contro l'allontanamento. Da questo punto di vista, il par. 2 dell'articolo in esame richiama espressamente la necessaria titolarità del diritto di soggiorno permanente nello Stato membro ospitante. Trovano dunque applicazione, anche in questo ambito, le previsioni dell'art. 16 della direttiva 2004/38 ed il relativo *acquis* giurisprudenziale. Come noto, quest'ultimo articolo condiziona l'acquisizione di tale diritto ad un soggiorno continuativo e legale di durata quinquennale. Tuttavia, la Corte ha arricchito questi requisiti con la necessaria dimostrazione di un idoneo grado di integrazione nella società ospitante. Essa ha infatti precisato che il soggiorno permanente non è solo coniugato "a elementi spaziali e temporali, ma anche ad elementi qualitativi", la cui assenza o insufficienza determina un ostacolo decisivo all'acquisizione di questo diritto⁴⁷. Infatti, il considerando 17 della direttiva

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2017, causa C-165/16, *Lounes*, ECLI:EU:C:2017:862.

⁴⁵ Sentenza *Orfanopoulos e Olivieri*.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 21 luglio 2011, causa C-325/09, *Dias*, ECLI:EU:C:2011:498, punto 64, e sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2014, causa C-378/12, *Onuekwere*, ECLI:EU:C:2014:13, punto 25.

⁴⁷ Sentenza *Dias*, punto 64.

qualifica il soggiorno permanente come un fattore essenziale di promozione della coesione sociale e di rafforzamento del senso di appartenenza alla cittadinanza dell'Unione, sicché una valutazione dei legami con lo Stato ospitante è connaturata all'art. 16. Nel caso *Dias*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che, dopo un periodo di soggiorno legale, la permanenza in uno Stato membro in assenza dei necessari presupposti fosse idonea a compromettere il vincolo di integrazione con tale Stato, pregiudicando così il conseguimento del diritto previsto all'art. 16. Come è agevole presagire, la giurisprudenza ha ben presto esteso questo approccio anche ai periodi di carcerazione, in particolare ove conseguenti ad una sentenza di condanna. L'irrogazione di una pena detentiva e la sua effettiva esecuzione, infatti, dimostrano che il reo si è reso responsabile della violazione di valori e beni giuridici che la società ospitante ha ritenuto meritevoli di particolare protezione, attraverso il ricorso a norme incriminatrici⁴⁸. Secondo l'apprezzamento della Corte, ciò è sufficiente a motivare l'automatica impossibilità di conteggiare i periodi di detenzione ai fini del quinquennio *ex art. 16*, in quanto l'accertamento della responsabilità penale comporta la compromissione del legame di integrazione con lo Stato membro⁴⁹. Ad ulteriore aggravio del regime riservato ai detenuti, la giurisprudenza ha stabilito che l'esecuzione in carcere di una condanna penale determina altresì l'interruzione della continuità del soggiorno⁵⁰. I periodi di permanenza legale nello Stato ospitante già maturati perdono dunque rilievo ed il relativo conteggio deve ripartire dal principio. Anche in questo caso, l'argomentazione a sostegno dell'orientamento della Corte promana dal disvalore sotteso all'esecuzione di una pena detentiva, frutto del mancato rispetto dei valori della società ospitante.

Questo approccio presenta profonde criticità, in parte già evidenziate in dottrina⁵¹. Anzitutto, la Corte delinea un sistema di automatismi, esente da qualsivoglia giudizio di proporzionalità. Benché le conseguenze per il soggetto coinvolto possano essere assai significative⁵², la giurisprudenza individua un nesso diretto tra la reclusione e l'inidoneità del condannato ad integrare i requisiti per l'acquisizione del diritto di soggiorno permanente. Le autorità nazionali, dunque, non sono tenute a condurre un esame su base

⁴⁸ Sentenza *Onuekwere*, punti 26 e 27.

⁴⁹ È interessante rilevare come, nel caso *Onuekwere*, la statuizione della Corte ha riguardato un cittadino di Stato terzo familiare di una cittadina dell'Unione che aveva già acquisito il diritto di soggiorno permanente.

⁵⁰ Sentenza *Onuekwere*, punti 28-32.

⁵¹ V. in particolare V. BELAVUSAU, D. KOCHENOV, *Kirchberg dispensing the punishment: Inflicting civil death on prisoners in Onuekwere (C-378/12) and MG (C-400/12)*, in *European Law Review*, 2016, p. 57 ss.; S. COUTTS, *Union citizenship, social integration and crime: Duties through crime*, in L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATATUT (a cura di), *Constructing the person in EU law*, Oxford e Portland, 2016, p. 225 ss.

⁵² Si pensi semplicemente ad un soggetto che, negata l'acquisizione del diritto di soggiorno permanente, non integri i requisiti di cui all'art. 7 della direttiva 2004/38 per soggiornare nello Stato ospitante per un periodo superiore a tre mesi, perdendo così ogni titolo a rimanere in tale luogo.

casistica, allo scopo di soppesare opportunamente fattori quali il bene giuridico violato, la natura e la gravità del reato commesso, la durata del periodo di carcerazione, la condotta in carcere e dopo l'espiazione della pena. In un ambito nel quale la portata delle garanzie offerte dal diritto UE dipende in maniera decisiva dall'operato degli Stati ed è non di rado influenzato in concreto dai mutevoli umori del potere politico, la rinuncia preventiva al bilanciamento connesso al principio di proporzionalità si pone in linea con la tendenza – rilevata da alcuni commentatori – verso una lettura restrittiva delle garanzie che promanano dalla cittadinanza europea⁵³. È inoltre giocoforza rilevare come l'opzione accolta dalla Corte determini la negazione, in radice, finanche della mera possibilità che il carcere assolva ad una delle sue funzioni costitutive odierne, ossia il tentativo di restituire alla società un soggetto capace di riprendere in mano il proprio percorso di vita, nel rispetto dei valori condivisi dai consociati. Si rigetta in sostanza l'idea che il carcere possa essere – anche solo in un caso fra molti, ad avviso di chi scrive sufficiente a superare ogni automatismo – un luogo in cui i legami di integrazione possono essere conservati, se non addirittura potenziati. Occorre poi considerare come l'orientamento avvalorato dalla Corte eserciti conseguenze a catena sulla portata dell'art. 28, par. 3, lett. a), della direttiva 2004/38. In relazione a questa disposizione, infatti, la Corte di giustizia è stata recentemente chiamata a decidere se le ipotesi previste all'art. 28 siano reciprocamente autonome o se siano interconnesse e consequenziali. Nel primo caso, il solo criterio per beneficiare della protezione sancita dalla direttiva sarebbe la durata decennale del soggiorno nello Stato ospitante. Nella seconda ipotesi, il campo applicativo soggettivo dell'art. 28, par. 3, lett. a), sarebbe circoscritto a coloro che abbiano già acquisito il diritto di soggiorno *ex art.* 16. Al riguardo, la Corte di giustizia ha avvalorato quest'ultimo approccio, condizionando così alla previa titolarità del diritto di soggiorno permanente il livello massimo di protezione contro l'allontanamento. Ciò discende da due ragioni. Anzitutto, il secondo ed il terzo paragrafo dell'art. 28 poggiano sulla premessa di un crescente livello di integrazione sociale conseguito dal cittadino dell'Unione o dal suo familiare. È pertanto necessario che il soggetto coinvolto dia prova di tale intensità progressiva dei propri legami con lo Stato ospitante, anche attraverso la dimostrazione in negativo dell'assenza di residui interessi nello Stato di origine. Inoltre, secondo la Corte⁵⁴, se così non fosse, si determinerebbe una

⁵³ S. GIUBBONI, *Free movement of persons and European solidarity revisited*, in *Perspectives on Federalism*, 2015, p. 1 ss.; E. SPAVENTA, *Earned citizenship. Understanding Union citizenship through its scope*, in D. KOCHENOV (a cura di), *Citizenship and federalism in Europe: The role of rights*, Cambridge, 2017, p. 204 ss. V. altresì la recente sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 2019, causa C-221/17, *Tjebbes*, ECLI:EU:C:2019:189, fortemente criticata, tra gli altri, da D. KOCHENOV, *The Tjebbes Fail*, in *European Papers - Forum*, 2019 www.europeanpapers.eu.

⁵⁴ Merita precisare come la Corte, al punto 49 della pronuncia in esame, riconosca che il legame di necessaria consequenzialità tra i paragrafi 2 e 3 dell'art. 28 non sia stato espresso dal legislatore e debba essere desunto da considerazioni di carattere contestuale, che in massima parte attengono al diverso grado di integrazione sociale sotteso a tali disposizioni.

incoerenza sistematica di difficile giustificazione. Infatti, solo il titolare di un diritto di soggiorno permanente può permanere nello Stato ospitante senza dover integrare i requisiti previsti dal Capo III della direttiva. Potrebbe dunque verificarsi il caso di un soggetto tutelato dall'allontanamento ai sensi dell'art. 28, par. 3, lett. a), ma suscettibile di espulsione perché divenuto un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante, *ex art. 7* della direttiva stessa.

Il nesso di consequenzialità diretta tra le tutele offerte dall'art. 28 delimita dunque in misura incisiva la portata del paragrafo 3, lett. a), escludendo dal suo ambito operativo coloro che, pur potendo dare prova di un soggiorno duraturo e di un significativo grado di integrazione, non beneficino del soggiorno permanente⁵⁵. Le ricadute della giurisprudenza poc'anzi ricordata sulla capacità dei periodi di detenzione di segnare una cesura nel percorso verso i requisiti di cui all'art. 16 vengono dunque di fatto estese alla protezione contro l'allontanamento in caso di soggiorno decennale. Infatti, solo una volta superato l'automatismo tra detenzione ed illegalità del soggiorno – nonché fra detenzione ed interruzione della continuità del soggiorno entro i primi cinque anni di permanenza nello Stato membro – è possibile accedere al livello di tutela massimo previsto all'art. 28.

La Corte ha introdotto alcuni correttivi – peraltro di impatto limitato – derivanti dalle specificità dell'art. 28, par. 3, lett. a). Essa ha infatti riconosciuto che le modalità di acquisizione e di perdita del diritto di soggiorno permanente non possono essere *in toto* estese a quest'ultima disposizione. Aspetti quali l'interruzione della permanenza ed il calcolo del periodo di soggiorno presentano aspetti peculiari, anche alla luce del fatto che, per la natura stessa delle minacce alla pubblica sicurezza in esame, l'espiazione di un periodo di detenzione appare l'ipotesi più frequente. Una completa sovrapposizione con l'art. 16 determinerebbe dunque la perdita di qualsiasi effetto utile della protezione assicurata dall'art. 28. Così, nella sentenza *Tsakouridis* la Corte ha escluso che i motivi di perdita *ex post* del diritto *ex art. 16* della direttiva siano in via analogica applicabili alla tutela avverso l'espulsione⁵⁶. Pertanto, il tempo trascorso in carcere non equivale necessariamente ad una assenza dal territorio nazionale. Allo stesso tempo, peraltro, ragionando *a contrario*, ciò comporta che l'equiparazione della detenzione ad una assenza non sia in sé incompatibile con il diritto dell'Unione.

Nella medesima prospettiva, i Giudici del Kirchberg, nella causa *MG*, hanno ritenuto che, ai fini dell'art. 28, par. 3, lett. a), i periodi di detenzione possano comportare l'interruzione della permanenza nello Stato ospitante, ma solo “in linea di principio” e non in maniera automatica, come avviene

⁵⁵ Basti pensare all'ipotesi di un cittadino europeo che, per un periodo anche superiore ai dieci anni, soggiorni legalmente ma ‘a singhiozzo’ nello Stato ospitante, puntellando di assenze la propria permanenza, senza per questo minare i legami instaurati in e con tale territorio.

⁵⁶ Sentenza *Tsakouridis*, punto 30 ss.

invece per l'acquisizione del diritto di soggiorno permanente⁵⁷. In entrambe le situazioni, le autorità nazionali possono superare la presunzione di non integrazione connessa all'esecuzione di una pena detentiva, attraverso un apprezzamento complessivo, che consenta di valutare se persistono legami di adeguata intensità con lo Stato ospitante. Nella successiva pronuncia *B e Vomero*, nel delineare i fattori che contribuiscono a tale valutazione, la Corte ha nuovamente preso le mosse dal presupposto che un periodo di detenzione determini con ogni probabilità la cesura dei legami di integrazione precedentemente instaurati. Pertanto, solo la presenza di legami sociali, familiari e culturali solidi prima della reclusione alimenta la probabilità di un ritorno fruttuoso in società una volta espiata la pena⁵⁸. Inoltre, la Corte ha solo in parte accolto le sollecitazioni dell'avvocato generale Szpunar, secondo il quale "escludere la valutazione delle circostanze che si verificano nel corso della detenzione sarebbe contrario alla politica penale attuale degli Stati membri e indebolirebbe la funzione prioritaria della pena detentiva"⁵⁹. L'avvocato generale, a sua volta cogliendo nel segno di una proposta del giudice a *quo*, aveva auspicato l'attribuzione di specifica rilevanza ad elementi quali la tipologia dell'esecuzione della pena, la riflessione sul reato commesso, la condotta generale nel corso della detenzione, l'accettazione e il compimento di percorsi terapeutici, l'inserimento professionale, la partecipazione a programmi di formazione scolastica e professionale e continuata, la partecipazione all'esecuzione della pena, nonché il mantenimento dei legami personali e familiari nello Stato membro ospitante⁶⁰. La Corte, invece, si è limitata a fare riferimento alla condotta del detenuto in carcere, con la conseguenza di semplificare oltremodo la valutazione in esame e di elidere del tutto il ruolo delle autorità nazionali, pur istituzionalmente gravate dall'obbligo di perseguire il fine riabilitativo della pena⁶¹.

Un ostacolo ulteriore all'invocazione della protezione rafforzata contro l'allontanamento deriva dalla modalità di calcolo del periodo decennale di soggiorno. Anche in questa circostanza, in assenza di dati normativi suscettibili di interpretazione univoca, la giurisprudenza di Lussemburgo ha dovuto puntualizzare per via ermeneutica la portata dell'art. 28, par. 3, lett. a), che fa riferimento ai "precedenti dieci anni". La Corte ha infatti chiarito che l'integrazione di questo requisito non garantisce *pro futuro* la relativa tutela, come avviene invece per l'acquisizione del diritto di soggiorno

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2014, causa C-400/12, *MG*, ECLI:EU:C:2014:9, punto 36.

⁵⁸ Sentenza *B e Vomero*, punti 71-72. La Corte si sofferma in particolare sull'ipotesi di soggetti che, come il sig. B nel caso di specie, prima dell'inizio del periodo di detenzione avessero già soggiornato nello Stato membro ospitante almeno dieci anni.

⁵⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 24 ottobre 2017, cause riunite C-316/16 e C-424/16, *B e Vomero*, punto 122; cfr. altresì il punto 110.

⁶⁰ Conclusioni *B e Vomero*, punto 123.

⁶¹ Sentenza *B e Vomero*, punto 73. A poco vale dunque il successivo richiamo, al punto 74, al fatto che la Corte abbia già riconosciuto la portata europea dell'interesse a favorire la rieducazione del reo.

permanente, poiché tale periodo deve essere calcolato a ritroso, eleggendo quale *diem a quo* la data di emissione del provvedimento di allontanamento. Partendo da tale data, l'autorità nazionale deve verificare se nei dieci anni precedenti siano intervenute assenze, dando particolare rilievo alla loro durata, alla frequenza ed alle ragioni che le hanno motivate⁶². Ciò implica che una permanenza anche assai radicata nel tempo non assicura la possibilità di invocare l'art. 28, par. 3, lett. a), se una o più assenze o un periodo di detenzione ad esse equiparato occorsi in tale lasso di tempo sono considerati idonei ad inficiare i legami di integrazione intessuti con lo Stato membro ospitante⁶³. In tali casi, la protezione rafforzata contro l'allontanamento è preclusa ed il conteggio della durata del soggiorno deve ripartire dal principio, fatta salva la possibilità di azionare la tutela *ex art.* 28, par. 2, purché non operi una causa di perdita *ex post* del diritto di soggiorno permanente a norma dell'art. 16, par. 4.

5. L'analisi condotta ha posto l'accento su alcune criticità connesse alla definizione del campo operativo delle tutele progressive avverso misure di allontanamento *ex art.* 28 della direttiva 2004/38. Pur cogliendo nel segno di una prerogativa tradizionale della sovranità statale e di un tema classico del diritto dell'Unione, l'allontanamento del cittadino dell'Unione o del suo familiare – in quanto soggetti stranieri, non appartenenti *ab origine* alla comunità nazionale – e la relativa protezione garantita dall'ordinamento europeo pongono questioni di estrema attualità. Un caso emblematico al riguardo è la categoria dei condannati che stiano spiando o abbiano spiato pene detentive. Si tratta infatti, da un lato, di un gruppo di soggetti che ha una peculiare rilevanza quantitativa in relazione allo *ius excludendi alios* per ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza. Dall'altro lato, la situazione del detenuto straniero ben rappresenta la continua dinamica conflittuale tra alterità ed integrazione, tra esclusione ed inclusione. Una dinamica che, nell'Unione, è amplificata dalla libera circolazione delle persone e dalla cittadinanza europea e che, nonostante i significativi traguardi del processo di integrazione, ancora oggi rispecchia “il sentimento d'ostilità, confinante talvolta con la xenofobia, che la consumazione di un reato da parte di uno straniero generalmente suscita o ravviva nella popolazione nazionale”⁶⁴. In questo contesto, l'analisi ha consentito di rilevare come la ricostruzione giurisprudenziale del sistema di tutele previsto dall'art. 28 della direttiva 2004/38 non sia esente dalla difficoltà di elaborare un attento bilanciamento tra le garanzie dell'individuo e gli ampi spazi di intervento degli Stati membri a protezione dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. In

⁶² Sentenza *MG*, punto 25.

⁶³ Ciò non toglie che, nel caso in cui intervenga un lasso di tempo tra l'emissione della decisione di allontanamento e la sua effettiva esecuzione, l'esistenza di una minaccia reale ed attuale, idonea ad integrare un “motivo imperativo di pubblica sicurezza” deve essere oggetto di una nuova e più aggiornata valutazione.

⁶⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Mayras del 19 febbraio 1975, causa 67/74, *Bonsignore*, ECLI:EU:C:1975:22.

particolare, vengono in rilievo tre principali criticità. In primo luogo, la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione estensiva della formula "motivi imperativi di pubblica sicurezza", potenziando in questo modo i margini di deviazione dal diritto UE e rischiando specularmente di inficiare *de facto* la protezione rafforzata contro l'allontanamento *ex art. 28, par. 3*. In secondo luogo, la giurisprudenza ha escluso in via automatica i periodi di detenzione dal *quantum* necessario ad integrare il soggiorno di durata quinquennale propedeutico all'acquisizione del diritto di soggiorno permanente di cui all'art. 16, ricollegandovi altresì l'effetto interruttivo del soggiorno stesso. Questo approccio ha ricadute immediate ed assai significative sulla portata dell'art. 28, par. 2, considerato che la presenza di "gravi motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza" è con ogni probabilità accompagnata da periodi di reclusione carceraria del soggetto coinvolto. Nondimeno, tale orientamento si riverbera anche sulla tutela rafforzata di cui al terzo paragrafo dell'art. 28, poiché la più recente giurisprudenza ha qualificato la previa acquisizione del diritto di soggiorno permanente come una preconditione per invocare tale disposizione. Infine, la Corte ha pressoché integralmente espunto dal giudizio circa l'attualità ed imminenza del pericolo per un interesse fondamentale dello Stato ogni considerazione riguardante lo svolgimento dell'esperienza carceraria. Considerate nel loro insieme, queste tre linee interpretative sollevano una comune criticità di fondo. Segnatamente, esse evidenziano come la Corte di giustizia – ed il legislatore europeo prima di essa – abbia costruito la protezione contro misure di allontanamento sul perno del potere degli Stati di definire la composizione della propria popolazione, espellendo i soggetti indesiderati, e degli eventuali limiti ad esso. La reiterata contrapposizione fra il conseguimento di un adeguato livello di integrazione nello Stato ospitante e l'esecuzione di una pena detentiva, quale dimostrazione (talvolta automatica) dell'insufficienza di tali legami, oblitera la complessità dell'esperienza carceraria. La Corte, infatti, pur riconoscendo che in linea di principio il reinserimento sociale del reo è un interesse dell'Unione nel suo complesso, di fatto priva il fine rieducativo della pena di qualsiasi effetto apprezzabile, tanto in capo all'individuo quanto agli Stati membri. Ne deriva, da un lato, una lettura dell'art. 28 avulsa dall'effettiva capacità delle autorità nazionali di assolvere al proprio obbligo di facilitare il percorso di reinserimento sociale del reo. Dall'altro lato, in piena e sorprendente assonanza con un diffuso stereotipo, la detenzione diviene una parentesi esistenziale meritevole di isolamento, una cesura rispetto al 'mondo esterno' ed ai legami ivi intessuti, nonché un contesto dal quale è di fatto esclusa – almeno in linea generale – la possibilità di creare occasioni e percorsi di integrazione. Pertanto, la funzione della pena di restituire alla società un soggetto migliore è ora negata *in toto* (art. 28, par. 2), ora declassata alla mera valutazione della condotta in carcere (art. 28, par. 3).

Si assiste dunque ad una ricostruzione in chiave restrittiva delle tutele offerte dal diritto dell'Unione. Inoltre, in termini sistematici, le criticità rilevate si inseriscono nell'alveo della duplice volontà degli Stati, da un lato, di

mantenere significativi strumenti di controllo sulla composizione delle proprie popolazioni e, dall'altro lato, di far gravare la responsabilità e la gestione dei cittadini europei indesiderati sugli Stati membri di origine⁶⁵. Quest'ultimo elemento desta particolare preoccupazione, poiché ripropone forze centrifughe rispetto all'obiettivo – sancito anche dalla direttiva 2004/38 – di rafforzare il senso di appartenenza e di comunanza sotteso alla cittadinanza UE e ripropone istanze sorde all'esigenza di gestire in chiave europea il rapporto tra stabilizzazione nello Stato ospitante di coloro che abbiano esercitato la libertà di circolazione e la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. In questo contesto, *mutatis mutandis*, appare dunque assai indicativo per l'esperienza europea il monito rivolto dalla Corte Suprema statunitense alle autorità degli Stati della federazione: “*The peoples of the several States must sink or swim together, [...] in the long run, prosperity and salvation are in union and not in division. [No State] could isolate itself from difficulties common to all of them*”⁶⁶.

⁶⁵ N. NIC SHUIBHNE, *Limits rising, duties ascending: The changing legal shape of EU citizenship*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 889 ss.

⁶⁶ Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 24 novembre 1941, *Edwards c. California*, punti 173-174.