

## INTERVENTI

---

### L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero

di Fabio Spitaleri\*

*Sommario: Introduzione: la tensione tra efficienza del sistema e tutela dei diritti nella disciplina introdotta dalla direttiva 2008/115 - 1. La giurisprudenza incentrata sull'efficienza del sistema: l'incompatibilità della pena detentiva con la procedura di allontanamento coattivo (i casi El Dridi, Achughbadian e Sagor) - 2. Utilità, paradossi e limiti dell'approccio fondato sulla preservazione dell'efficacia del sistema - 3. La giurisprudenza che valorizza i diritti dello straniero: il diritto alla cessazione del trattenimento (il caso Kadzoev) - 4. I dubbi derivanti dalla sovrapposizione dei due approcci: possono gli Stati membri irrogare allo straniero una sanzione penale detentiva dopo la scadenza dei termini massimi di trattenimento? - Conclusioni*

#### **Introduzione: la tensione tra efficienza del sistema e tutela dei diritti nella disciplina introdotta dalla direttiva 2008/115**

La direttiva 2008/115 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare<sup>1</sup> (nel prosieguo: la "direttiva 2008/115", la "direttiva rimpatri" o sem-

---

\* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Trieste, già referendario alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

1. Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16.12.2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (GUUE L 348, p. 98). Su tale direttiva cfr. C. Flamand, *La Directive Retour et la protection des droits fondamentaux*, in *Rev. Droit Étr.*, 2008, p.177; A. Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *Eur. Jour. Migr. Law*, 2009, p. 1; T. Fajardo Del Castillo, *La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*, in *Rev. Der. Com. Eur.*, 2009, p. 453; F. Martucci, *La directive retour: la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes*, in *Rev. Trim. Droit Eur.*, 2009, p. 47; C. Santulli, K. Parrot, *La directive retour, l'Union Européenne contre les étrangers*, in *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, 2009, p. 205; M. Borraccetti, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione*

plicemente la “direttiva”) è stata oggetto di accesi dibattiti, sia durante la sua elaborazione che, in seguito, dopo l’approvazione dell’atto. Il confronto ha visto, e vede tutt’ora, su posizioni radicalmente opposte, da un lato, coloro che insistono sulla necessità che l’Unione si doti di un’efficace politica di contrasto dell’immigrazione irregolare e, dall’altro, coloro che temono che le procedure introdotte possano comprimere, in modo inaccettabile, i diritti fondamentali dello straniero.<sup>2</sup>

La tensione fra queste due esigenze primarie si era già manifestata in sede di lavori preparatori, nel corso dei quali si erano contrapposte due diverse posizioni: quella del Consiglio, che metteva l’accento sulla necessità di misure repressive, che consentissero agli Stati membri di reagire efficacemente agli ingressi illegali sul territorio nazionale; e quella del Parlamento europeo, tesa invece a tutelare appieno i diritti delle persone sottoposte alla procedura di allontanamento. Tre anni di intensi negoziati hanno prodotto un testo di compromesso, molto vicino alla proposta iniziale della Commissione la quale, fin dall’inizio, aveva cercato di fondere, per quanto possibile, le esigenze contrapposte ora indicate.<sup>3</sup> Il punto di equilibrio è stato trovato nella previsione di un meccanismo di espulsione a «intensità graduale crescente»,<sup>4</sup> che offre allo straniero la possibilità di rimpatrio volon-

---

(scarsa) ai diritti delle persone, in questa Rivista, n. 1.2010, p. 17. Per una ricostruzione delle normative degli Stati membri in materia di espulsione e trattenimento degli stranieri, vigenti prima dell’adozione della direttiva rimpatri cfr. B. Nascimbene, *Expulsion and detention of aliens in the European Union countries*, Milano, 2001.

2. Per una visione critica della disciplina introdotta dalla direttiva cfr. C. Santulli, K. Parrot, *La directive retour*, cit., p. 205; M. Borraccetti, *Il rimpatrio di cittadini irregolari*, cit., p. 17. Diversi organi internazionali hanno criticato la direttiva per l’insufficiente tutela dei diritti fondamentali dello straniero. Cfr. UNHCR *Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, del 16.6.2008.

3. Per una ricostruzione del dibattito che ha accompagnato l’approvazione della direttiva cfr. F. Lutz, *L’arrêt “Kadzoev”: un premier test pour la directive “Retour”*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2010, p. 331, spec. p. 335 e p. 345. L’A. sottolinea che «le débat qui avait accompagné l’adoption de la directive retour s’était focalisé à tort sur les éléments “répressifs”, en ignorant dans une large mesure toutes les dispositions qui amélioreront considérablement la situation des personnes soumises dans les Etats membres à une décision de retour».

4. In tal senso, cfr. C. Amalfitano, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell’ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2786, spec. p. 2789.

taric  
moc  
La  
tutte  
riod  
sette  
so d  
La  
gli S  
pre  
coer  
dam  
Le  
non  
vazi  
Cen  
(stre  
brev

5.  
screz  
che  
l’inte  
diritt  
press  
6. i  
preve  
ria pe  
quali  
di alt  
ma, a  
durar  
came  
docu  
7. I  
perio  
rischi  
mento  
la pul  
8. V  
non s  
nitenz

tario, ma permette poi agli Stati membri di eseguire l'allontanamento in modo coattivo, con strumenti via via più restrittivi della libertà personale.<sup>5</sup>

La direttiva prevede infatti che gli Stati membri devono consentire anzitutto la partenza volontaria dello straniero irregolare entro un congruo periodo di tempo, fissato nella decisione di rimpatrio, di durata compresa tra i sette e i trenta giorni (art. 7).<sup>6</sup> Solo in casi eccezionali, in particolare nel caso di pericolo di fuga, la concessione di tale termine può essere negata.<sup>7</sup>

Laddove l'obbligo di rimpatrio non sia stato adempiuto volontariamente, gli Stati membri devono procedere all'allontanamento in maniera coattiva, prendendo tutte le misure necessarie, comprese - all'occorrenza - misure coercitive. Queste devono essere proporzionate e rispettose dei diritti fondamentali della persona che deve essere rimpatriata (art. 8).

Le misure coercitive possono includere - qualora interventi meno invasivi non siano possibili e, soprattutto, in caso di rischio di fuga - anche una privazione della libertà personale, nella forma del trattenimento in appositi Centri di permanenza temporanea (artt. 15 e 16).<sup>8</sup> Questo tipo di detenzione (strettamente funzionale all'espulsione dello straniero) ha durata quanto più breve possibile e deve essere sottoposta a riesame periodico, a «intervalli

5. Cfr. F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in questa *Rivista*, n. 3.2010, p. 13, spec. p. 34. L'A. sottolinea che «la Direttiva opera un *bilanciamento* - vincolante per tutti gli Stati membri - tra l'interesse al *controllo dei flussi migratori* del quale la stessa Unione europea è titolare e il *diritto fondamentale alla libertà personale* in capo allo straniero, consentendone la compressione alle sole condizioni previste dalla direttiva».

6. A tutela della posizione dello straniero irregolare e dei suoi familiari, l'art. 7, par. 2, prevede che «gli Stati membri prorogano, ove necessario, il periodo per la partenza volontaria per un periodo congruo, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali». D'altra parte, l'art. 7, par. 3, rafforza l'efficacia del sistema, autorizzando gli Stati membri a imporre taluni obblighi diretti a evitare il rischio di fuga durante il periodo concesso per la partenza volontaria, quali l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti e l'obbligo di dimorare in un determinato luogo.

7. L'art. 7 par. 4 stabilisce inoltre che gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria, o concederne uno inferiore ai sette giorni, «se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale».

8. Va tuttavia segnalato che, qualora il trattenimento in un apposito Centro di permanenza non sia possibile, gli Stati membri sono autorizzati a collocare gli stranieri in un istituto penitenziario, tenendoli però separati dai detenuti ordinari (cfr. art. 16, par. 1).

ragionevoli» di tempo (art. 15, par. 3). In ogni caso, la persona trattenuta deve essere immediatamente rilasciata, quando non esiste più una prospettiva ragionevole di allontanamento (art. 15, par. 4) e, comunque, una volta decorso il termine massimo di sei mesi; eccezionalmente, tale termine può essere prorogato di dodici mesi ulteriori, nei casi di mancata cooperazione del cittadino straniero o di ritardi nel rilascio della necessaria documentazione da parte di Paesi terzi (art. 15, paragrafi 5 e 6).

La composizione delle diverse poste in gioco (efficienza del sistema e diritti della persona) è stata quindi raggiunta introducendo una certa gradualità nell'applicazione delle misure coercitive, vincolando gli Stati membri al rispetto di un nucleo essenziale di diritti fondamentali<sup>9</sup> e limitando, con garanzie da taluni ritenute insufficienti, il trattenimento degli stranieri nei Centri di detenzione amministrativa.<sup>10</sup>

Quel che cercherò di sottolineare nel presente contributo è che la tensione fra efficienza del sistema e tutela dei diritti si è poi scaricata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, l'obiettivo del presente lavoro è quello di dimostrare (e credo che questa sarà cosa agevole) che nelle pronunce della Corte è prevalsa una chiave di lettura della direttiva che privilegia la preservazione dell'efficienza del sistema di rimpatrio. Proverò poi a evidenziare (e questa sarà cosa più delicata) l'utilità certo, ma anche i paradossi e i limiti di questa impostazione. Esporrò quindi le ragioni per cui l'approccio più corretto dovrebbe essere, a mio avviso, quello che parte dall'individuazione dei diritti dello straniero e conduce poi a verificare se i diritti in questione ostano o meno a normative nazionali che reprimono penalmente il fenomeno dell'immigrazione irregolare.

---

9. Tra le disposizioni della direttiva che intendono tutelare i diritti fondamentali degli stranieri vanno in particolare citati gli artt. 8, paragrafi 4 e 5 (limitazione del ricorso a misure coercitive), 8, par. 8 (monitoraggio dei rimpatri forzati), 9 (rinvio dell'allontanamento), 13, paragrafi 1 e 2 (diritto di ricorso effettivo), 13, paragrafi 3 e 4 (assistenza linguistica e legale), 14 (garanzie prima del rimpatrio).

10. Cfr. artt. 15, paragrafi 2 e 3 (garanzie procedurali in caso di ricorso al trattenimento), 15, paragrafi 4-6 (limiti alla durata del trattenimento) e 17 (trattenimento di minori e famiglie). Per una critica del regime introdotto dalla direttiva cfr. M. Borraccetti, *Il rimpatrio di cittadini irregolari*, cit., spec. p. 33 e pp. 36-38. L'A. ritiene che i punti dolenti della disciplina vadano in particolare individuati nella norma che prevede il rimpatrio dei minori non accompagnati (art. 10), nella possibilità di "rimpatriare" i c.d. irregolari verso zone di transito (art. 3, punto 3) e, soprattutto, la fissazione a 18 mesi della durata massima del trattenimento (art. 15). Per critiche analoghe cfr. M. Di Filippo, *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Torino, 2012, p. 429, spec. p. 464 ss.

### 1. La giurisprudenza incentrata sull'efficienza del sistema: l'incompatibilità della pena detentiva con la procedura di allontanamento coattivo (i casi *El Dridi*, *Achughbabian* e *Sagor*)

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha badato soprattutto alla preservazione dell'efficienza del sistema previsto dalla direttiva 2008/115. Ciò emerge, in particolare, dall'esame delle pronunce in cui la Corte ha valutato la compatibilità con la direttiva delle normative interne che puniscono, con sanzioni penali, il soggiorno irregolare degli stranieri.

A tal riguardo, va premesso che la direttiva non mira a regolamentare gli aspetti penalistici dell'immigrazione. In effetti, secondo la ripartizione di attribuzioni stabilita nei Trattati, la legislazione penale e le norme di procedura penale - come pure il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna - rientrano, almeno in linea di principio, nella competenza degli Stati membri.<sup>11</sup> Spetta pertanto a questi disciplinare, sotto il profilo penale, l'ingresso e il soggiorno degli stranieri che avvenga in modo irregolare.

Il diritto dell'Unione può tuttavia incidere su questa sfera di sovranità statale. Gli Stati membri non possono infatti applicare legislazioni di natura penale, che contrastano con la normativa comunitaria o che possono compromettere gli obiettivi perseguiti da un atto dell'Unione.<sup>12</sup>

La competenza degli Stati membri in tale ambito può pertanto essere limitata anche da un atto, come la direttiva rimpatri, che intende in realtà disciplinare una procedura amministrativa finalizzata all'allontanamento degli stranieri.<sup>13</sup> Le sanzioni di natura penale, eventualmente previste dagli

11. Cfr. in questo senso, sentenze 11.11.1981, causa 203/80, *Casati*, in *Racc.* p. 2595, punto 27; 2.2.1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Racc.* pag. 195, punto 19, e 16.6.1998, causa C-226/97, *Lemmens*, in *Racc.* p. I-3711, punto 19. Cfr. anche Corte giust., sentenze 22.6.2010, cause riunite C-188 e 189/10, *Melki*, in *Racc.* p. I-5667, punto 64; nonché 19.7.2012, causa C-278/12 PPU, *Adil*, non ancora pubblicata in Raccolta, nella la Corte ha ricordato che «l'art. 72 TFUE dispone che il Titolo V del Trattato FUE non pregiudica l'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna» (punto 52).

12. Cfr. giurisprudenza citata nella nota precedente.

13. Cfr. in tal senso cfr. Corte giust., sent. 6.12.2011, causa C-329/11, *Achughbabian*, non ancora pubblicata in Raccolta, nella quale la Corte ha sottolineato che «la direttiva 2008/115 verte unicamente sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno in uno Stato membro sia irregolare e, pertanto, non si prefigge l'obiettivo di armonizzare integralmente le norme nazionali sul soggiorno degli stranieri. Tale direttiva, quindi, non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni

Stati membri, si possono infatti aggiungere e sovrapporre alle misure coercitive (di tipo amministrativo) che la direttiva autorizza, con conseguente pregiudizio agli obiettivi che essa intende raggiungere.<sup>14</sup> Il dubbio che la giurisprudenza ha cercato allora di sciogliere è se, e in che misura, le disposizioni penali degli Stati membri e le misure coercitive previste dalla direttiva rimpatri possano coesistere ed essere applicate cumulativamente.

Il principale metro di giudizio utilizzato dalla Corte è consistito nella verifica di un possibile pregiudizio all'effettività e all'efficacia della procedura di rimpatrio. In effetti, la Corte ha valutato se la pena comminata, «in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio».<sup>15</sup>

La giurisprudenza si è quindi focalizzata, non tanto sulla tutela del singolo sottoposto a una possibile (e ulteriore) limitazione della libertà personale, quanto piuttosto sulla salvaguardia dell'efficienza del sistema da possibili interferenze derivanti dalla previsione di sanzioni penali.

L'applicazione di questo criterio ha condotto a risultati diversi a seconda del tipo di pena prevista e, soprattutto, a seconda del momento in cui una restrizione della libertà personale dovrebbe intervenire. In particolare, la Corte ha valutato la sanzionabilità dello straniero *prima dell'accertamento dell'irregolarità del suo soggiorno, dopo tale accertamento e infine dopo che misure coercitive sono state applicate senza esito*. Nell'analisi che segue, non esporrò le pertinenti pronunce della Corte in ordine cronologico, ma distinguerò questi tre momenti che essa ha preso in considerazione.

A tal riguardo, va anzitutto richiamata la sentenza *Achughbaban*,<sup>16</sup> relativa alla legislazione francese che puniva, con la pena della reclusione fino

---

penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno» (punto 28).

14. Cfr. E. Marzaduri, L. Cordi, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in A.M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri, *Immigrazione, Diritto e Diritti*, cit., p. 471, spec. p. 475, dove si sottolinea che «la normativa europea non investe direttamente il settore penale ma ingenera comunque importanti riflessi in ragione dell'interazione delle figure penali sull'esecuzione della misura di rimpatrio».

15. Cfr. Corte giust., sent. 28.4.2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, in *Racc.* p. I-3015, punto 59. Cfr. anche Corte giust., sentenze *Achughbaban*, cit., punti 37-39 e 45; e 6.12.2012, causa C-430/11, *Sagor*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 32-33.

16. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit. Su tale pronuncia cfr. R. Raffaelli, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbaban nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 4.2011 p. 73; B. Bertrand, *La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2011, p.

a un anno, l'immigrato che avesse fatto ingresso o si fosse trattenuto illegalmente in Francia. In tal caso, la Corte ha verificato anzitutto se la direttiva 2008/115 consente restrizioni della libertà personale, *quando il soggiorno irregolare dello straniero non è stato ancora accertato*.

La Corte ha sottolineato che la direttiva non riguarda «le condizioni dell'arresto iniziale di cittadini di Paesi terzi sospettati di soggiornare in modo irregolare in uno Stato membro». Tali condizioni restano pertanto «disciplinate dal diritto nazionale». <sup>17</sup> Essa ha inoltre aggiunto che «la finalità della direttiva 2008/115 - ossia l'efficace rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare - risulterebbe compromessa se gli Stati membri non potessero evitare, mediante una privazione di libertà come il fermo di polizia, che una persona sospettata di soggiornare irregolarmente fugga ancora prima che la sua situazione abbia potuto essere chiarita». <sup>18</sup>

L'efficacia del sistema presuppone quindi che le autorità competenti possano, con alcuni limiti, <sup>19</sup> fermare una persona di cui si sospetti l'irregolarità del soggiorno, in modo da poter accertare questa condizione, che è preliminare all'avvio dell'*iter* di allontanamento.

Più articolate sono state le considerazioni che la Corte svolto in merito alla sanzionabilità dello straniero, *dopo che l'irregolarità del soggiorno è stata accertata*.

---

845; e P. De Pasquale, *Misure nazionali di rimpatrio e diritto dell'Unione europea: da El Dridi ad Achughbaban*, in *Studi Int. Eur.*, 2012, p. 509.

17. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 30. A sostegno dell'affermazione che la direttiva non riguarda le condizioni dell'arresto iniziale di cittadini di Paesi terzi sospettati di soggiornare in modo irregolare in uno Stato membro, la Corte ha richiamato il diciassettesimo "considerando" della direttiva, che così recita: «Fatto salvo l'arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell'applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale, il trattenimento dovrebbe di norma avvenire presso gli appositi Centri di permanenza temporanea».

18. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 30.

19. La Corte ha precisato la portata e i limiti di privazioni della libertà, come quelle derivanti dal fermo di polizia. Le autorità devono disporre di un termine che, seppur breve, sia anche ragionevole per poter identificare la persona soggetta al controllo e per ricercare le informazioni che consentono di accertare se tale persona sia un cittadino di Paese terzo il cui soggiorno è irregolare. Le competenti autorità sono tuttavia tenute ad agire con diligenza e a pronunciarsi senza indugio in merito alla regolarità o meno del soggiorno. Una volta constatata l'irregolarità del soggiorno, esse devono, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva, e fatte salve le eccezioni previste da quest'ultima, emanare una decisione di rimpatrio. Cfr. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 31.

Nella sentenza *El Dridi*, la Corte ha valutato la compatibilità della legislazione italiana che puniva, con la reclusione, la violazione da parte dello straniero di un ordine di allontanamento dal territorio nazionale.<sup>20</sup>

La Corte ha sottolineato che la direttiva 2008/115 «stabilisce con precisione la procedura che ogni Stato membro è tenuto ad applicare». Tale direttiva scandisce infatti «la successione delle diverse fasi di tale procedura»,<sup>21</sup> regolamentando «strettamente»<sup>22</sup> le misure che devono essere prese «per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio».<sup>23</sup> Le misure in questione, ha precisato la Corte, vanno da quella «meno restrittiva per la libertà dell'interessato», vale a dire la concessione di un termine per la sua partenza volontaria, a quella «che maggiormente limita la sua libertà», che consiste nel trattenimento in un apposito Centro.<sup>24</sup> Ciò posto, la Corte ha stabilito che gli Stati membri «non possono introdurre» una pena detentiva «solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale». Essi devono, invece, «continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti».<sup>25</sup> La Corte ha motivato la sua decisione, sostenendo che una pena detentiva rischia, «segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione», di «compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontana-

---

20. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit. In particolare, in tal caso veniva in rilievo il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento disposto dal questore punito, ai sensi dell'art. 14, comma 5ter, del D.Lgs. 286/1998, con la pena della reclusione da uno a quattro anni (da uno a cinque nel caso di inottemperanza a un ordine successivo al primo). Su tale pronuncia cfr. C. Amalfitano, *La reclusione degli immigrati irregolari*, cit., p. 2786; C. Favilli, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904; P. De Pasquale, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 927; D. Gallo, *La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2011, p. 433; M. Francaviglia, *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi": le direttive europee hanno efficacia "abrogativa"?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 586; A. Romano, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1490.

21. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punto 34.

22. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punto 42.

23. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punto 41.

24. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punto 41.

25. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punto 58.



della legi-  
parte dello

con preci-  
». Tale di-  
: procedu-  
sere prese  
questione,  
la libertà  
ua parten-  
che consi-  
ha stabili-  
tiva «solo  
ato un or-  
impartito  
itorio na-  
re esecu-  
effetti».<sup>25</sup>  
detentiva  
di appli-  
eguito da  
allontana-

il reato di  
si dell'art.  
ro anni (da  
: pronuncia  
lli, *Il reato  
di giustizia,  
irregolari  
lo, La voie  
ulière par-  
onsiglio di  
'?, in Giur.  
normativa  
90.*

mento e di rimpatrio».<sup>26</sup> La direttiva 2008/115 osta quindi all'irrogazione di una pena detentiva nel corso della procedura di allontanamento, perché l'applicazione di questa può pregiudicare l'efficienza del sistema di rimpatrio.

Tale impostazione è stata ribadita nella sentenza *Achughbaban*, già menzionata. La Corte ha sottolineato che la direttiva impone agli Stati membri di procedere «con la massima celerità» all'allontanamento.<sup>27</sup> Una volta accertata la condizione di soggiorno irregolare, lo straniero deve pertanto essere sottoposto «in via prioritaria» alla procedura di rimpatrio e, «per quanto riguarda l'eventuale privazione della libertà», egli può subire «tutt'al più un trattenimento».<sup>28</sup>

Una pena detentiva non gli può essere invece applicata, dato che questa non contribuisce «al trasporto fisico» dello straniero «fuori dallo Stato membro»,<sup>29</sup> ma ne può anzi «ritardare» l'allontanamento.<sup>30</sup> Se lo Stato membro interessato, dopo aver accertato il soggiorno irregolare, «anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale, eventualmente seguito dalla pena della reclusione», l'allontanamento dello straniero subirebbe un ritardo<sup>31</sup> e «l'effetto utile» della direttiva risulterebbe pertanto pregiudicato.<sup>32</sup> La Corte ha confermato quindi che la direttiva osta a una legislazione statale che preveda la possibilità di applicare allo straniero una pena detentiva, nel corso della procedura di allontanamento, proprio perché ciò ritarda il trasporto fisico dell'interessato nel Paese terzo di destinazione.

L'efficacia del sistema non è invece intaccata dalla previsione di pene di natura pecuniaria.

La Corte si è espressa in tal senso nella sentenza *Sagor*. Tale pronuncia riguardava la normativa italiana che sanziona l'ingresso e il soggiorno irregolare dello straniero con una pena pecuniaria, sostituibile con la pena dell'espulsione immediata o con l'obbligo di permanenza domiciliare.<sup>33</sup> La

26. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punto 59.

27. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 45.

28. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 38.

29. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 37.

30. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 39.

31. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 45.

32. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 39. In tal senso, cfr. anche Corte giust., sent. *Sagor*, cit., punto 33.

33. Il caso riguardava in particolare l'art. 10 *bis* del d.lgs. 286/98, come modificato dal d.l. 89/2011 c.i.l. 129/2011, il quale punisce lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato con l'ammenda da cinquemila a diecimila euro. In dottrina, v. M. Castellaneta, *Immigrati irregolari: la pena dell'ammenda non va sostituita con l'arresto domiciliare*, in *Guida dir.*, 2012, p. 102.

Corte ha sottolineato che l'applicazione di una sanzione di questo tipo «non impedisce in nessun modo che una decisione di rimpatrio sia adottata ed attuata nella piena osservanza delle condizioni enunciate» dalla direttiva.

L'eventuale condanna dello straniero a una pena pecuniaria *non* è pertanto «idonea ad ostacolare la procedura di rimpatrio sancita dalla direttiva 2008/115». <sup>34</sup>

La Corte ha precisato che la sostituzione di tale pena con la sanzione dell'espulsione immediata non è «di per sé vietata» e non contrasta neppure con il diritto dello straniero a ottenere un termine per lasciare volontariamente il territorio dello Stato. Secondo la Corte, infatti, la direttiva stessa consente in taluni casi - «in particolare qualora esista il rischio che l'interessato fugga per sottrarsi alla procedura» - di negare tale diritto allo straniero. <sup>35</sup> La ricorrenza di tale rischio deve essere valutata caso per caso alla luce di «un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato». <sup>36</sup>

La direttiva non consente invece la sostituzione della pena pecuniaria con l'obbligo di permanenza domiciliare. Tale obbligo è infatti «idoneo a ritardare e, quindi, ad ostacolare quelle misure, come l'accompagnamento alla frontiera e il rimpatrio forzato per via aerea, che contribuiscono, invece, alla realizzazione dell'allontanamento». Il rischio di intralcio alla procedura può sussistere «in particolare qualora la disciplina applicabile non preveda che l'esecuzione» dell'obbligo di permanenza domiciliare «debba avere fine a partire dal momento in cui sia possibile realizzar[e] l'allontanamento». <sup>37</sup>

In sintesi, una volta accertata la condizione di soggiorno irregolare, gli Stati membri devono perseguire con la massima celerità l'obiettivo di rimpatrio dello straniero. Le pene detentive rischiano di intralciare il raggiungimento di questo risultato e sono pertanto escluse durante lo svolgimento della procedura. Sanzioni di natura diversa, quali le pene pecuniarie o le connesse sanzioni sostitutive, sono invece compatibili nella misura in cui

---

34. Corte giust., sent. *Sagor*, cit., punto 36.

35. Corte giust., sent. *Sagor*, punti 37-41. La Corte ha tuttavia precisato che l'accertamento della sussistenza del pericolo di fuga e il conseguente diniego del termine per la partenza volontaria devono «fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato» (punto 41, ultima frase). Su tale precisazione cfr. *infra* par. 3.

36. La posizione della Corte sulla facoltà di sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione immediata dello straniero è stata precisata nell'ord. 21.3.2013, causa C-522/11, *Mbaye*, non pubblicata in Raccolta Cfr. *infra* par. 3.

37. Corte giust., sent. *Sagor*, punti 43-46. La Corte ha affidato al giudice del rinvio il compito di valutare se la legislazione interna prevede o meno la cessazione della permanenza domiciliare a partire dal momento in cui l'allontanamento diviene possibile.

non pregiudicano l'allontanamento dello straniero, secondo le modalità previste dalla direttiva.

L'ultima situazione che la Corte ha valutato attiene alla punibilità dello straniero con sanzione penale, *dopo che misure coercitive sono state applicate senza esito*.

Nella sentenza *El Dridi* la Corte ha affermato che gli Stati membri mantengono la facoltà di adottare «disposizioni che disciplinino le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento» dello straniero.<sup>38</sup> Nella sentenza *Achughbaban*, la Corte ha precisato che le disposizioni che gli Stati membri restano competenti a prendere possono essere «eventualmente anche di natura penale».<sup>39</sup> La direttiva 2008/115 non osta quindi «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» e che «soggiornino in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro senza che esista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio».<sup>40</sup> Una volta che la procedura è stata applicata (senza esito), gli Stati membri riacquisterebbero quindi il potere di irrogare sanzioni penali, anche detentive, dato che, a questo punto, il meccanismo di allontanamento coattivo ha fallito il suo scopo e l'efficacia del sistema non può più essere pregiudicata. Tale potere andrebbe in questa fase escluso soltanto se la permanenza dello straniero è legata a un «giustificato motivo» che impedisce il rimpatrio.

In definitiva, allo stato attuale, gli Stati membri conservano la facoltà di qualificare il soggiorno irregolare alla stregua di reato e di prevedere sanzioni penali per scoraggiare e reprimere questo tipo di condotta. Essi non possono tuttavia applicare la pena detentiva prima di aver esaurito gli strumenti amministrativi (anche di natura coercitiva) che la direttiva prevede per procedere all'espulsione. In effetti, se questo tipo di sanzione precedesse l'esecuzione della decisione di rimpatrio, l'obiettivo di allontanamento dello straniero risulterebbe ostacolato, con conseguente pregiudizio all'efficacia del sistema.

## 2. Utilità, paradossi e limiti dell'approccio fondato sulla preservazione dell'efficacia del sistema

L'approccio seguito dalla Corte si è rivelato in concreto utile, dato che ne è seguita la disapplicazione delle normative statali che sanzionavano con

38. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punto 60.

39. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 46.

40. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 48.

pena detentiva il soggiorno irregolare degli stranieri.<sup>41</sup> In effetti, è opinione diffusa che questo tipo di sanzione sia sprovvista di una reale efficacia di prevenzione generale. Il ricorso ad essa - si dice - non dissuade l'ingresso o il soggiorno di soggetti che non conoscono tale sanzione o che, comunque, la reputano il male minore o il rischio meno gravoso da sopportare.<sup>42</sup> Nonostante quest'obiezione di principio, la tendenza a criminalizzare il fenomeno dell'immigrazione illegale si era notevolmente diffusa in taluni Stati membri, soprattutto in ragione del potere evocativo, in termini di rigore e di severità, che il diritto penale detiene presso la pubblica opinione. La giurisprudenza della Corte ha frenato questa dinamica, imponendo - in questo specifico contesto - la disapplicazione delle disposizioni interne che fissavano pene detentive.<sup>43</sup> Da questo punto di vista, la direttiva rimpatri - da taluni definita "direttiva della vergogna" - ha in realtà determinato un miglioramento significativo del trattamento giuridico dello straniero.<sup>44</sup>

---

41. A tal riguardo, può essere citato il punto 61 della sent. *El Dridi*, cit., nel quale la Corte ha stabilito che «al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, co. 5 *ter*, di tale decreto legislativo [...]. Ciò facendo il giudice del rinvio dovrà tenere debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». Per l'esame delle implicazioni derivanti - nell'ordinamento italiano - dall'obbligo di disapplicare la normativa interna che prevedeva la pena detentiva si rinvia a F. Viganò, L. Masera, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 560; C. Amalfitano, *La reclusione degli immigrati irregolari*, cit., p. 2794 ss.; P. De Pasquale, *L'espulsione degli immigrati irregolari*, cit., p. 929 ss.; C. Favilli, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento*, cit., pp. 906-907; M. Francaviglia, *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi"*, p. 586; e A. Natale, *La direttiva rimpatri*, cit., p. 20 ss.; M. Francaviglia, *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi"*, p. 586.

42. Cfr. in tal senso E. Marzaduri, L. Cordì, *Il ruolo della sanzione penale*, cit., p. 472 e 474. Più in generale, sull'effettività dello strumento penale rispetto allo scopo del contrasto all'immigrazione irregolare, cfr. F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione*, cit., p. 13 ss.

43. Sul punto cfr. M. Di Filippo, *L'allontanamento dello straniero*, cit., p. 467. Cfr. anche A. Romano, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti*, cit., p. 1495, il quale ha sottolineato che il principio enunciato dalla Corte di giustizia nella sent. *El Dridi* «conduce in questo modo all'arretramento delle istanze repressive dello Stato connesse al ricorso allo strumento penale in vista della realizzazione delle finalità comunitarie e, in particolare, nella considerazione della inefficacia del ricorso alla sanzione detentiva».

44. In tal senso, cfr. A. Natale, *La direttiva rimpatri*, cit., p. 17. L'affermazione dell'incompatibilità con la direttiva delle sanzioni penali detentive durante la procedura di

è opinione  
efficacia di  
ingresso o  
comunque,  
rtare.<sup>42</sup> No-  
are il feno-  
taluni Stati  
rigore e di  
e. La giuri-  
- in questo  
: che fissa-  
mpatri - da  
ato un mi-  
.<sup>44</sup>

uale la Corte  
propria com-  
cia, spetterà  
risultato della  
[...]. Ciò fa-  
zione retroat-  
mi agli Stati  
dall'obbligo  
. Viganò, L.  
sibili rimedi  
usione degli  
grati irrego-  
amento, cit.,  
o. 586; e A.  
to e la sen-

it., p. 472 e  
el contrasto  
. 13 ss.

. Cfr. anche  
sottolineato  
e in questo  
o strumento  
lla conside-

fermazione  
procedura di

Per quanto utile, l'approccio della Corte presenta però un profilo paradossale. Esso emerge con chiarezza se si considera la posizione del singolo che invoca la direttiva nell'ambito di un processo. È infatti evidente che lo straniero vuol far valere i diritti previsti dalla direttiva, in quanto ritiene che tali diritti ostino a disposizioni interne che reprimono penalmente l'immigrazione irregolare. La giurisprudenza ha tuttavia ribaltato questa prospettiva del tutto logica: il *focus* non è stato posto sulla posizione del singolo, quanto piuttosto sull'obiettivo generale al celere allontanamento dello straniero. Nella chiave di lettura della Corte, l'interesse in questione primeggia, mentre il singolo risulta tutelato soltanto "in via incidentale": non gli si può irrogare una pena detentiva nella misura in cui detta pena non è utile, anzi ostacola, il suo trasporto fisico in un Paese terzo.

Il ribaltamento di prospettiva conduce a ricostruzioni abbastanza paradossali. Si pensi in quest'ottica ai casi *El Dridi* e *Achughbabian*: si deve ipotizzare che in un processo penale un imputato abbia chiesto, e ottenuto, la disapplicazione di norme che prevedevano una pena detentiva, perché queste non consentivano un suo "celere" allontanamento dal territorio nazionale.

O, ancora, si pensi in quest'ottica al caso *Sagor*: l'ipotesi è che uno straniero abbia chiesto la disapplicazione delle disposizioni nazionali, che gli avrebbero consentito la permanenza domiciliare, perché tale sanzione, sostitutiva dell'ammenda, avrebbe potuto intralciare l'efficace svolgimento della procedura di rimpatrio. In tali casi, il singolo avrebbe quindi invocato la direttiva per ottenere la disapplicazione di norme interne, che ne hanno ritardato il trasporto fisico in un Paese terzo. È evidente che tale ricostruzione non è del tutto coerente, dato che un interesse dello straniero a una sua più rapida espulsione non può certo essere ipotizzato.

D'altra parte, l'approccio fondato sull'efficienza del sistema rischierebbe anche di essere inconcludente.

---

allontanamento coattivo ha determinato una conseguenza, per certi versi paradossale. Non potendo mantenere norme penali che prevedono sanzioni di questo tipo, i legislatori nazionali hanno sostituito le pene detentive con altre di natura pecuniaria, giudicate dalla Corte compatibili con la direttiva rimpatri, ma comunemente ritenute inutili nel contrasto all'immigrazione irregolare, in considerazione delle condizioni economiche in cui generalmente versano la maggior parte delle persone sottoposte a procedura di allontanamento. A tal riguardo, può essere ricordata la modifica introdotta nell'ordinamento italiano dal d.l. 89/2011 c.i.l. 129/2011: la nuova sanzione per il reato di violazione dell'ordine di allontanamento, di cui all'art. 14, co. 4 *ter*, d.lgs. 286/1998, consiste infatti nella multa da diecimila a ventimila euro (da seimila a venticinquemila in caso di espulsione disposta a seguito della concessione di un termine per l'allontanamento volontario). Tale sanzione può essere sostituita con l'espulsione dello straniero.

In effetti, l'affermazione che la direttiva 2008/115 osta alla previsione della pena detentiva non è di per sé determinante ai fini di un'eventuale disapplicazione delle disposizioni interne che introducono questo tipo di sanzione. È noto infatti che la contrarietà a un atto dell'Unione non basta a produrre la disapplicazione delle norme statali contrastanti. A tal fine, è necessario che la misura invocata sia direttamente efficace, sia cioè idonea - perché sufficientemente precisa e incondizionata - a creare diritti in capo ai singoli. La disapplicazione dei regimi nazionali che prevedono pene detentive non potrebbe quindi, a rigore, neppure essere giustificata, senza la preventiva ricostruzione dei diritti che la direttiva 2008/115 ha inteso garantire allo straniero. Di necessità, la chiave di lettura da privilegiare deve pertanto essere quella che - anche partendo dai limiti posti al potere coercitivo degli Stati membri<sup>45</sup> - individua i diritti di chi si trova in condizione di soggiorno irregolare, per verificare se tali diritti ostano a un determinato trattamento sanzionatorio.

Invero, taluni passaggi della giurisprudenza possono essere rilette in questa direzione, che mi sembra più coerente con i tradizionali insegnamenti della Corte in materia di efficacia diretta delle norme comunitarie.

A tal riguardo, si può in particolare richiamare quel punto della sentenza *El Dridi*, nel quale la Corte ha sottolineato che «il trattenimento in un apposito Centro» è la misura «più restrittiva della libertà che la direttiva consente nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo». Il ricorso a questa misura, ha precisato la Corte, «appare strettamente regolamentato, in applicazione degli artt. 15 e 16», i quali «sono incondizionati e sufficientemente precisi».<sup>46</sup> Inoltre, può essere ricordata a tal fine la motivazione della sentenza *Achughbaban*, secondo la quale una volta accertata la condizione di soggiorno irregolare, lo straniero deve essere sottoposto «in via prioritaria» alla procedura di rimpatrio e, «per quanto riguarda l'eventuale privazione della libertà», egli può subire «tutt'al più un trattenimento».<sup>47</sup> Correttamente intesi, tali passaggi indicano che la direttiva 2008/115 disciplina con precisione le restrizioni che gli Stati membri possono apportare alla libertà degli stranieri, nell'ambito della procedura di allontanamento coattivo.

Limitazioni ulteriori, quali quelle derivanti da una pena detentiva, sono pertanto escluse. L'imposizione di detto limite al potere sanzionatorio degli Stati membri corrisponde al riconoscimento di un vero e proprio diritto per

---

45. Spesso, in cause relative alla materia penale, la Corte ha ricostruito la posizione del singolo, in maniera riflessa, valutando i limiti che l'atto dell'Unione poneva all'esercizio dei poteri statali. Cfr., ad esempio, Corte giust., sent. 5.4.1979, causa 148/78, *Ratti*, in *Racc.* p. 1629. Cfr. anche sentenze *Melki e Adil*, citate.

46. Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punti 41, 42 e 47.

47. Corte giust., sent. *Achughbaban*, cit., punto 38.

previsione  
eventuale di-  
tipo di san-  
ion basta a  
fine, è ne-  
è idonea -  
i in capo ai  
bene deten-  
za la pre-  
o garantire  
ve pertanto  
itivo degli  
soggiorno  
rattamento

tti in que-  
egnamenti

a sentenza  
in un ap-  
ettiva con-  
I ricorso a  
mentato, in  
sufficien-  
otivazione  
ita la con-  
to «in via  
eventuale  
mento».<sup>47</sup>

115 disci-  
tare alla li-  
ttivo.

tiva, sono  
orio degli  
diritto per

ossizione del  
servizio dei  
in *Racc.* p.

lo straniero di non subire - durante la procedura di rimpatrio e per il solo fatto del soggiorno irregolare - restrizioni della libertà diverse e ulteriori rispetto a quelle che la direttiva consente. Essendo sufficientemente preciso e incondizionato, tale diritto comporta la disapplicazione delle disposizioni interne contrastanti. Così intesa, la giurisprudenza della Corte riacquista coerenza e giustifica la disapplicazione delle normative statali che sanzionano con pena detentiva il soggiorno irregolare dello straniero.

Ciò detto, va aggiunto che l'opzione per l'approccio "efficientista", seguito dalla Corte, o per quello "garantista", da me ritenuto più corretto, non si riduce a un problema di più coerente ricostruzione della giurisprudenza comunitaria. La scelta dell'una o dell'altra impostazione può infatti condurre a risposte differenti, o diversamente motivate, su importanti questioni di merito.

Il caso *Sagor* illustra bene l'eterogeneità delle conclusioni cui si può pervenire.

Come si è visto sopra, in tale pronuncia la Corte ha ritenuto che la direttiva 2008/115 non osta alla legislazione italiana che consente - in sostituzione della condanna a una pena pecuniaria - l'espulsione immediata dello straniero. Anche in tal caso, le valutazioni della Corte sono state prevalentemente incentrate sull'esigenza di preservare l'efficienza del sistema. In quest'ottica ben si comprendono le conclusioni della Corte: l'espulsione immediata aumenta la rapidità della procedura di rimpatrio e, se si vuole, realizza meglio l'obiettivo di allontanamento. Tuttavia, tale approccio trascura del tutto la questione dei diritti che spettano allo straniero. Invero, nel corso del giudizio la Commissione europea aveva cercato di riportare la Corte su questo piano. Nelle sue osservazioni essa aveva infatti sottolineato il contrasto di siffatta pena sostitutiva con il diritto alla partenza volontaria, garantito all'interessato dall'art. 7 della direttiva. La normativa italiana, osservava la Commissione, è «caratterizzata dall'assenza di qualsiasi possibilità per l'interessato di vedersi concedere un periodo di tempo per la partenza volontaria»;<sup>48</sup> secondo la Commissione, la violazione della disposizione citata era pertanto palese. La Corte ha tuttavia minimizzato tale profilo di incompatibilità. Essa si è infatti limitata a precisare che, in realtà, la direttiva stessa consente agli Stati membri di negare tale diritto, in particolare quando esiste il rischio - da valutare caso per caso - che l'interessato fugga per sottrarsi alla procedura.<sup>49</sup> Ciò è bastato a escludere una possibile violazione della direttiva 2008/115.

La precisazione della Corte non è priva di utilità. Se ne desume infatti che il giudice italiano può disporre l'espulsione immediata, soltanto dopo aver valutato la ricorrenza - nei singoli casi di specie - delle condizioni che,

48. Corte giust., sent. *Sagor*, cit., punto 40.

49. Corte giust., sent. *Sagor*, cit., punto 41.

ai sensi dell'art. 7, consentono di non concedere il termine in questione. La sostituzione della pena pecuniaria va pertanto limitata alle ipotesi in cui sussiste un concreto rischio di fuga o taluna delle altre circostanze espressamente elencate da tale articolo. La bontà di tale ricostruzione è stata di recente confermata dall'ordinanza resa dalla Corte nel caso *Mbaye* il 21 marzo 2013. Essa ha confermato che «la direttiva 2008/115 non osta alla normativa di uno Stato membro», come quella italiana, «che sanzioni il soggiorno irregolare di cittadini di Paesi terzi con un'ammenda sostituibile con la pena dell'espulsione». Tuttavia, chiarendo il senso della sentenza *Sagor*, la Corte ha precisato che «la facoltà di sostituzione può essere esercitata solo se la situazione dell'interessato corrisponde a una di quelle previste dall'art. 7, paragrafo 4, di tale direttiva».<sup>50</sup>

Il chiarimento operato con l'ordinanza *Mbaye* consente di tutelare in maniera soddisfacente i diritti che lo straniero trae dall'art. 7. Non c'è dubbio infatti che l'espulsione immediata potrà essere disposta dal giudice italiano nei soli casi eccezionalmente consentiti dalla direttiva.

Certo è che la motivazione della Corte appare fin troppo prudente e, in fin dei conti, non condivisibile laddove sfocia in una pronuncia di compatibilità di principio della legislazione italiana. Ritengo infatti che una ricostruzione più puntuale del diritto in quel caso invocato avrebbe consentito alla Corte di prendere una più netta posizione sull'incompatibilità, anche a mio avviso palese, della normativa considerata.

In effetti, la regola generale posta dall'art. 7 è che lo straniero ha diritto alla concessione di un termine, compreso tra i sette e i trenta giorni, per l'esecuzione volontaria della decisione di rimpatrio. Tale disposizione è senza dubbio direttamente efficace, dato che essa definisce il titolare del diritto (lo straniero, appunto), il titolare dell'obbligo (vale a dire, lo Stato membro) e il contenuto della prerogativa garantita.<sup>51</sup> La direttiva fissa poi i casi eccezionali in cui il termine in questione può essere negato (o ridotto), i quali consistono nel rischio di fuga, nel rigetto per manifesta infondatezza di una domanda di soggiorno regolare e nella sussistenza di motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sicurezza nazionale. L'art. 7 è quindi suf-

---

50. Corte giust., ord. *Mbaye*, cit., punto 32. Lascia perplessi che la Corte abbia apportato questa significativa precisazione in un'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura della Corte, che è destinata a non essere pubblicata nella Raccolta.

51. Da una giurisprudenza nota e consolidata risulta che il presupposto della sufficiente precisione richiede che la norma comunitaria specifichi tre aspetti, che sono il titolare dell'obbligo, il titolare del diritto e il contenuto del diritto-obbligo creato dalla norma stessa. In tale senso, cfr. Corte giust., sentenze 19.11.1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franco-vich*, in *Racc.* pag. I-5357, punto 12 e 25.2.1999, causa C-131/97, *Carbonari*, in *Racc.* p. I-1103, punti 44-47.



ficientemente preciso e incondizionato non solo nel determinare il diritto in questione, ma anche nel prevedere che la concessione del termine è la regola, mentre il diniego, nei casi elencati, rappresenta l'eccezione.

A mio avviso, consentendo l'espulsione immediata, senza limitare tale facoltà ai casi sopra menzionati, la legislazione italiana viola in maniera piuttosto evidente il diritto dello straniero alla partenza volontaria. In effetti, la legge non fornisce alcuna specificazione delle condizioni in presenza delle quali il giudice penale può operare siffatta sostituzione. Secondo la normativa italiana, essa dovrebbe quindi poter essere disposta anche se non sussistono le specifiche circostanze previste dalla direttiva. Quel che dovrebbe essere l'eccezione, nella legislazione italiana è considerata invece la regola.

La Corte ben avrebbe potuto pertanto dichiarare che la discussa normativa italiana contrasta con la direttiva. L'esatta individuazione del diritto invocato, e la giusta considerazione della regola generale prevista dall'art. 7, avrebbe consentito di giungere a questa più netta conclusione, in luogo dell'affermazione - confermata anche dall'ordinanza *Mbaye* - di una compatibilità di principio.

### 3. La giurisprudenza che valorizza i diritti dello straniero: il diritto alla cessazione del trattenimento (il caso *Kadzoev*)

C'è un altro tema, molto delicato, che fa emergere con grande evidenza la tensione tra diritti dell'individuo ed efficienza del sistema di rimpatrio nell'interpretazione della direttiva: esso riguarda lo *status* dello straniero dopo la scadenza dei termini massimi di trattenimento.

Nella giurisprudenza della Corte non manca invero una pronuncia che ha affrontato tale questione secondo una chiave di lettura decisamente orientata a valorizzare i diritti dei cittadini di Paesi terzi.

Si tratta in particolare della sentenza *Kadzoev*.<sup>52</sup> Il caso riguardava un soggetto, probabilmente di nazionalità russa (cecena), che era trattenuto da circa tre anni, in Bulgaria, presso un Centro di permanenza temporanea. In tutto questo tempo, le competenti autorità bulgare non erano riuscite a determinare con certezza l'identità e la nazionalità dell'interessato a causa, in particolare, della mancata collaborazione delle amministrazioni russe. La situazione poneva problemi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, in

52. Corte giust., sent. 30.11.2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, in *Racc.* p. I-11189. In dottrina, cfr. F. Lutz, *L'arrêt "Kadzoev"*, cit., p. 331; G. Cornelisse, *Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009*, in *Common Mar. Law Rev.*, 2011, p. 925.

quanto la persona coinvolta teneva un comportamento aggressivo e risultava sprovvista di documenti e di mezzi di sussistenza. Il giudice del rinvio chiedeva allora se, anche in una situazione come quella descritta, la direttiva imponesse il rilascio dell'interessato per l'assenza di una «prospettiva ragionevole di allontanamento» o, comunque, per la scadenza dei termini massimi di detenzione amministrativa. La Corte ha anzitutto chiarito che una «prospettiva ragionevole di allontanamento», ai sensi dell'art. 15, par. 4, sussiste quando «al momento del riesame della legittimità del trattenimento da parte del giudice nazionale, risulti che esiste una *concreta* prospettiva di esecuzione dell'allontanamento, tenuto conto dei termini fissati all'art. 15, nn. 5 e 6», pari a sei mesi, eccezionalmente prorogabili fino a diciotto. Tale prospettiva non esiste, invece, «quando sembra *poco probabile* che l'interessato sia accolto in un Paese terzo tenuto conto dei detti termini». <sup>53</sup> La Corte ha tuttavia puntualizzato che il problema della esistenza di una «prospettiva ragionevole di allontanamento» non si pone più quando i termini in questione sono scaduti, dato che in tal caso «la persona interessata deve comunque essere immediatamente rimessa in libertà». Secondo la Corte, infatti, la direttiva «non autorizza *in nessun caso* il superamento del periodo massimo definito in tale disposizione»; inoltre, essa non prevede la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi - quali le ragioni «di ordine pubblico o di pubblica sicurezza» - diversi da quelli espressamente indicati. Il periodo di permanenza in un apposito Centro non può quindi essere ulteriormente prorogato, neppure quando la persona trattenuta «non è in possesso di validi documenti, tiene un comportamento aggressivo e non dispone di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine». <sup>54</sup>

In tutti i principali passaggi della sentenza *Kadzoev*, la Corte ha chiaramente seguito un approccio che pone l'accento sulla protezione dell'individuo. Essa ha confermato che i motivi che consentono il trattenimento sono soltanto quelli tassativamente previsti dalla direttiva 2008/115, vale a dire la mancata cooperazione al rimpatrio da parte del cittadino straniero o il ritardo imputabile a un Paese terzo nel rilascio della necessaria documentazione. I termini massimi di trattenimento, ha precisato la Corte, sono assoluti e non possono *in nessun caso* essere ulteriormente prolungati.

Neppure ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza consentono quindi un allungamento dei termini in questione, dato che dette motivazioni

---

53. Corte giust., sent. *Kadzoev*, cit., punti 65 e 66. Corsivo aggiunto.

54. Corte giust., sent. *Kadzoev*, punti 60 e 69-71. Corsivo aggiunto.

non trovano fondamento nella direttiva.<sup>55</sup> Decorsi al massimo diciotto mesi, la detenzione amministrativa dello straniero deve quindi necessariamente cessare.

#### **4. I dubbi derivanti dalla sovrapposizione dei due approcci: possono gli Stati membri irrogare allo straniero una sanzione penale detentiva dopo la scadenza dei termini massimi di trattenimento?**

Il dubbio che a questo punto si pone è se, una volta scaduti i termini di trattenimento, lo straniero possa essere ulteriormente privato della libertà - in ragione del suo soggiorno irregolare - attraverso l'irrogazione di una pena detentiva.

Un'interpretazione della direttiva, che facesse leva sull'efficienza del sistema, dovrebbe condurre a una risposta perfino scontata.

La possibilità di irrogare questo tipo di sanzione andrebbe senz'altro ammessa. Una volta applicate, senza esito, le misure finalizzate all'espulsione, il sistema amministrativo di allontanamento non può più essere intralciato o ostacolato dall'incarcerazione dello straniero.

L'obiettivo perseguito dalla direttiva è divenuto oramai irraggiungibile; può quindi aprirsi una diversa fase che lascia spazio al potere degli Stati membri di reprimere con il carcere l'immigrazione irregolare. In un certo senso, essi risulterebbero legittimati a procedere in tale direzione, perché hanno già esperito tutti gli strumenti che la direttiva prevede per allontanare lo straniero. In definitiva, una volta che la procedura di rimpatrio è stata applicata (senza esito), gli Stati membri riacquisterebbero la facoltà di introdurre sanzioni penali, anche detentive, dato che, a questo punto, la procedura ha oramai fallito il suo scopo e l'efficacia del sistema non può più essere pregiudicata dalle ulteriori misure che gli Stati membri intendessero

---

55. Nella sent. *Kadzoev* la Corte ha precisato che il calcolo del termine massimo di trattenimento, pari a diciotto mesi, deve comprendere anche la detenzione amministrativa subita nell'ambito di una procedura di allontanamento iniziata prima che il regime introdotto dalla direttiva 2008/115 divenisse applicabile (punti 34-39). Il tempo trascorso presso un Centro di permanenza temporanea da un soggetto richiedente asilo deve parimenti essere preso in considerazione a tal fine, qualora risulti che nessuna decisione è stata presa nell'ambito della procedura di asilo e che il trattenimento è stato basato quindi sul regime di trattenimento previsto dalla direttiva 2008/115 (punti 40-48). Il calcolo del termine in questione va effettuato computando anche il periodo in cui l'esecuzione della decisione di allontanamento è stata sospesa a seguito della proposizione di un ricorso, se l'interessato - nel corso del relativo giudizio - ha comunque continuato a soggiornare in un Centro di permanenza temporanea (punti 49-57).

adottare.<sup>56</sup> Come si è visto sopra,<sup>57</sup> la sentenza *Achughbabian* conferma - con un'importante precisazione, che approfondiremo tra poco - tale approccio.

In una prospettiva diversa, incentrata sulla salvaguardia dei diritti dei singoli, il problema si pone invece in tutta la sua gravità e presenta risvolti di certo paradossali. Ci si può chiedere infatti: è coerente un sistema che, decorsi i termini (assai lunghi) di trattenimento, impone la liberazione immediata dello straniero, ma ne consente subito dopo la detenzione in carcere?

Tiene un meccanismo che osta al prolungamento di una forma di detenzione amministrativa, mentre consente la reclusione in carcere, che lede maggiormente la libertà personale degli interessati?<sup>58</sup>

La soluzione di questo problema va senz'altro rimessa al legislatore comunitario. Essa andrebbe collocata nell'ambito di una disciplina più completa della procedura di rimpatrio, che copra anche la fase successiva al rilascio dai Centri di permanenza temporanea. In particolare, tale disciplina dovrebbe chiarire qual è, in tal caso, lo *status* dello straniero non allontanato.

Una lettura combinata delle sentenze *Achughbabian* e *Kadzoev* consente tuttavia di individuare almeno un caso in cui andrebbe a mio avviso esclusa l'irrogazione di una pena detentiva.

---

56. In tal senso, cfr. circolare del Ministero della giustizia della Repubblica francese, del 13.12.2011, nella quale - allo scopo di chiarire la ricaduta nell'ordinamento francese della giurisprudenza *Achughbabian* - detto Ministero ha sottolineato che «lorsqu'une décision administrative d'éloignement a été prise, la directive fait obstacle, aussi longtemps (mais aussi longtemps seulement) que les mesures coercitives prévues par la directive (en particulier, le placement en rétention administrative) n'ont pas été entièrement mises en œuvre, au prononcé d'une peine d'emprisonnement: en effet, dans une telle hypothèse, l'emprisonnement de l'étranger compromettrait l'effet utile de la directive, en retardant son éloignement effectif [...]». Esso ha tuttavia indicato che «la peine d'emprisonnement peut en tout état de cause s'appliquer aux étrangers en situation irrégulière à l'encontre desquels une mesure d'éloignement administratif a été prononcée mais n'a pu être mise à exécution, en dépit du placement en rétention de l'intéressé pour la durée maximale de 45 jours».

57. Cfr. *supra* par. 2.

58. A tal riguardo, cfr. F. Vigano', *Diritto penale e immigrazione*, cit., p. 34, il quale - con riferimento all'ordinamento italiano - sottolinea che «l'esistenza nel diritto italiano di incriminazioni volte a sanzionare con pesanti pene detentive spalanca [...] la possibilità che nel nostro ordinamento lo straniero venga privato della propria libertà personale per *periodi ben superiori ai diciotto mesi complessivi* fissati dalla direttiva, anche per effetto dell'*alternanza consentita dall'attuale normativa tra espiazione della pena detentiva [...] e detenzione in un CIE [...]*. Un simile meccanismo consente allo Stato italiano di eludere le garanzie che la direttiva assicura allo straniero, in termini di tutela della sua libertà personale nelle more del procedimento espulsivo».

inferma - con  
proccio.  
diritti dei sin-  
ta risvolti di  
ema che, de-  
zione imme-  
in carcere?  
ma di deten-  
re, che lede

gislatore co-  
na più com-  
cessiva al ri-  
le disciplina  
llontanato.  
ev consente  
viso esclusa

a francese, del  
francese della  
u'une décision  
ngtemps (mais  
ve (en particu-  
s en œuvre, au  
le hypothèse,  
retardant son  
onnement peut  
ontre desquels  
se à exécution,  
jours».

, il quale - con  
uliano di incri-  
sibilità che nel  
er periodi ben  
nell'alternanza  
tenzione in un  
aranzie che la  
nelle more del

In effetti, la sentenza *Achughbabian* contiene una precisazione di grande importanza, che va ben sottolineata: la Corte ha infatti stabilito che gli stranieri che non sia stato possibile allontanare entro i termini massimi di trattenimento non possono essere sanzionati penalmente - in ragione del loro soggiorno irregolare - qualora «esista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio». <sup>59</sup> Ora, convengo con chi ha sostenuto che tale precisazione non riguarda soltanto i casi in cui l'espulsione è vietata dal diritto internazionale, in particolare dal noto principio di *non-refoulement*. <sup>60</sup> Essa può riferirsi anche a quelle situazioni di fallimento del rimpatrio che non dipendono dalla volontà dello straniero. <sup>61</sup>

Un'ipotesi di non sanzionabilità può essere in particolare ricavata, a mio avviso, esaminando la fattispecie oggetto della sentenza *Kadzoev*. In effetti, in quel caso l'allontanamento era stato impedito dalla mancata collaborazione delle autorità russe nella ricostruzione dell'identità e della nazionalità dell'individuo trattenuto. Il Paese terzo interpellato non aveva infatti invia-

59. Corte giust., sent. *Achughbabian*, punto 47.

60. Cfr. R. Raffaelli, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese*, cit., p. 79. Sul principio di *non-refoulement* cfr. in dottrina A. Gianelli, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 2008, p. 449; C. W. Wouters, *International legal standards for the protection from refoulement: a legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Antwerpen, 2009; O. Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme: de la consécration à la contestation*, Bruxelles, 2011; F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011; e F. Lenzerini, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, p. 721.

61. In dottrina sono state ipotizzate anche altre situazioni in cui andrebbe esclusa la possibilità di irrogare allo straniero una sanzione penale detentiva, dopo l'applicazione delle misure coercitive previste dalla direttiva 2008/115. Si è fatto in particolare riferimento ai casi in cui il rimpatrio non sia stato possibile per la carenza di vettori, di risorse, o di accordi bilaterali con lo Stato d'origine. In tal senso, cfr. R. Raffaelli, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese*, cit., p. 79, nel quale l'A. ha sostenuto che non sembra «plausibile ritenere che si possano "scaricare" sugli immigrati irregolari le conseguenze di una incapacità statale di espellerli, sanzionandoli penalmente perché non eseguono volontariamente un ordine cui lo Stato non è riuscito a dare coattivamente attuazione. Le sanzioni penali potranno quindi applicarsi solo agli immigrati irregolari la cui espulsione sia resa impossibile dalla loro stessa condotta - ad esempio, alle persone che abbiano rifiutato di fornire le proprie generalità e che non sia stato possibile identificare in altro modo».

to gli atti necessari all'identificazione e i documenti indispensabili per il viaggio. Ora, è evidente che in situazioni come questa, uno Stato membro non può espellere lo straniero dal proprio territorio, né, da parte sua, l'interessato può lasciare (legalmente) lo Stato in cui si trova. In questi casi, esiste pertanto un "giustificato motivo" che, ai sensi della giurisprudenza *Achughbadian*, preclude il rimpatrio e non consente l'irrogazione di una sanzione penale detentiva. In definitiva, gli stranieri, che sono stati tratti in un Centro di permanenza temporanea per tutto il tempo consentito dalla direttiva e che, ciononostante, non sono stati espulsi a causa della mancata trasmissione dei documenti necessari alla loro identificazione o al loro trasferimento, non possono essere puniti con il carcere in ragione del loro soggiorno irregolare.

D'altra parte, l'irrogazione di una sanzione penale in questa circostanza contrasta pure con un'indicazione ricavabile dalla sentenza *El Dridi*. La Corte ha infatti affermato che uno Stato membro non può introdurre una pena detentiva al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive da esso adottate per procedere all'allontanamento coattivo.<sup>62</sup> Gli Stati membri non possono cioè scaricare sugli stranieri le conseguenze dell'incapacità di espellerli, né tantomeno della mancata collaborazione di un Paese terzo alla loro identificazione. Nei casi specifici sopra indicati, l'irrogazione di una sanzione penale va pertanto esclusa, a meno di non voler punire una condotta (il soggiorno irregolare o la violazione di una decisione di rimpatrio) che non è imputabile allo straniero.

In definitiva, si può ipotizzare che, in un caso come quello considerato, il diritto dello straniero a essere immediatamente rimesso in libertà, dopo la scadenza dei termini previsti dall'art. 15 della direttiva, non esclude soltanto - come ha chiarito la Corte nella sentenza *Kadzoev* - la possibilità di prorogare il trattenimento, ma anche l'irrogazione all'interessato di una pena detentiva.<sup>63</sup>

## Conclusioni

Credo che l'approccio più corretto per interpretare la direttiva 2008/115, e per verificare se essa osta a normative nazionali che reprimono penalmente l'immigrazione irregolare, sia quello che incentra sull'individuazione dei diritti dei singoli. Tale approccio si fonda sulla constatazione che la direttiva - in un impianto complessivo che mira soprattutto all'efficacia delle

---

62. Cfr., in tal senso, Corte giust., sent. *El Dridi*, cit., punto 58.

63. In tale caso, allo straniero potranno tutt'al più essere imposte le restrizioni previste dall'art. 7, par. 3, della direttiva (cfr. art. 9, paragrafi 2 e 3).

sabili per il  
to membro  
parte sua,  
questi casi,  
risprudenza  
ione di una  
stati tratte-  
o consentito  
causa della  
cazione o al  
ragione del

circostanza  
*l Dridi*. La  
rodurre una  
oercitive da  
tati membri  
ncapacità di  
se terzo alla  
ione di una  
re una con-  
li rimpatrio)

nsiderato, il  
rtà, dopo la  
lude soltan-  
ilità di pro-  
di una pena

a 2008/115,  
o penalmen-  
lividuzione  
e che la di-  
ficacia delle

izioni previste

politiche di espulsione - ha voluto riconoscere agli stranieri taluni diritti, i quali possono essere desunti anche di riflesso, valutando i limiti imposti agli Stati membri nell'esercizio dei loro poteri coercitivi. Finora la giurisprudenza della Corte si è in particolare soffermata - con risultati di certo significativi - sul diritto dello straniero alla partenza volontaria, sul diritto a non subire pene detentive nel corso della procedura di allontanamento coattivo e su quello a essere rilasciato alla scadenza dei termini massimi di trattenimento. La giurisprudenza avrà senz'altro occasione di precisare ulteriormente la portata di tali diritti.<sup>64</sup> Anche il legislatore comunitario è tuttora chiamato a fare la sua parte. Lo *status* dello straniero irregolare, che ha subito le misure coercitive previste dalla direttiva ma che, ciononostante, non è stato allontanato, rimane ad oggi indefinito e sostanzialmente rimesso alle decisioni dei singoli Stati membri.

Spetta alle istituzioni dell'Unione colmare tale vuoto, predisponendo una disciplina più completa, che copra anche la fase successiva al rilascio dello straniero dai Centri di permanenza temporanea.

---

64. Allo stato pendono davanti alla Corte di giustizia due cause aventi ad oggetto la direttiva 2008/115. Si tratta della causa C-534/11, *Arslan*, nella quale sono state rese il 31 gennaio 2013 le conclusioni dell'Avvocato generale M. Wathelet; e la causa C-297/12, *Filev e Osmani*.