

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea in Diritto dell'Unione Europea

La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare e la sua compatibilità con il diritto dell'Unione Europea

Relatore

Chiar.mo Prof. Francesco Costamagna

Correlatore

Chiar.mo Prof. Maurizio Riverditi

Candidata

Eleonora Celoria
Matricola n. 733305

“Is it a crime to be a foreigner?
We do not think so”

Opinion of Advocate General Szpunar,
Court of Justice of the European Union
in *Skerdjan Celaj**

*La formula è stata ripresa dalla Dissenting Opinion dei giudici Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann and Hirvelä in *Saadi v. The United Kingdom*

INDICE	3
Introduzione	6
Capitolo 1	
IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE IRREGOLARE.....	10
1.1 La divisione di competenze tra Unione Europea e Stati Membri in materia di immigrazione.....	10
1.2 L'evoluzione storica dal Trattato di Maastricht al Trattato di Lisbona.....	13
1.3 La divisione di competenze nel Titolo V del TFUE.....	18
1.3.1 I principi generali.....	19
1.3.2 La competenza dell'Unione nella sua dimensione interna.....	21
1.3.3 La competenza dell'Unione nella sua dimensione esterna.....	24
1.3.4 I limiti territoriali alla competenza dell'Unione.....	26
1.4 Le politiche dell'Unione Europea in materia di immigrazione irregolare dal Programma di Tampere all'Agenda Europea sulla migrazione.....	27
1.5 Gli strumenti elaborati per contrastare l'immigrazione irregolare.....	32
1.5.1 La prevenzione del fenomeno e le sanzioni per i vettori.....	35
1.5.2 Il traffico di migranti e la tratta di esseri umani.....	37
1.5.3 Le misure nei confronti dei datori di lavoro.....	41
1.5.4 Gli accordi per l'espulsione congiunta e gli accordi di riammissione con i Paesi Terzi.....	43
1.5.5 Quale spazio per gli obblighi di criminalizzazione del favoreggiamento e dello sfruttamento dell'immigrazione irregolare?	47
1.6 L'espulsione dei migranti irregolari: la Direttiva Rimpatri.....	49
1.6.1 La proposta della Commissione e il ruolo del Consiglio e del Parlamento.....	51
1.6.2 Le misure previste dalla Direttiva 115/2008/CE.....	55
1.6.3 Le ricadute della Direttiva Rimpatri.....	66
1.6.4 Direttiva Rimpatri e criminalizzazione dei migranti irregolari.....	73
1.7 L'influenza del diritto dei diritti umani nel trattamento dei migranti irregolari.....	76

Capitolo 2

LA CRIMINALIZZAZIONE DEI MIGRANTI IRREGOLARI. IL CASO ITALIANO.....	81
2.1 I processi di criminalizzazione dell'immigrazione: forme e significati.....	82
2.2 La criminalizzazione dei migranti negli Stati Membri dell'Unione Europea.....	94
2.3 Il caso italiano: l'impatto dei processi di criminalizzazione sull'immigrazione irregolare alla luce degli sviluppi normativi.....	102
2.4 Le previsioni iniziali del Testo Unico (T.U.I) sull'immigrazione irregolare.....	103
2.4.1 L'espulsione amministrativa: presupposti applicativi e modalità di allontanamento (artt. 13 e 14 T.U.I.).....	105
2.4.2 Un bilancio della disciplina introdotta dalla l. 40/1998.....	110
2.5 Il ricorso al diritto penale nel procedimento di espulsione: le modifiche introdotte dalla legge cd. "Bossi-Fini".....	112
2.5.1 Le novità in materia di espulsione coattiva e l'introduzione del reato di inottemperanza all'ordine del questore.....	114
2.5.2 L'estensione della portata del reato di violazione del divieto di reingresso.....	118
2.5.3 L'impatto della legge n.189/2002.....	120
2.6 Il consolidamento del processo di criminalizzazione: il cd. "Pacchetto Sicurezza".....	122
2.6.1 Le modifiche in materia di espulsione e l'inasprimento della disciplina del reato di inottemperanza all'ordine del questore.....	126
2.6.2 L'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.....	129
2.6.3 La sentenza della Corte Costituzionale n.250/2010 e le ragioni del ricorso al diritto penale in materia di immigrazione irregolare.....	134
2.7 La criminalizzazione dello straniero tra prerogative sovrane e tutela degli individui.....	137

Capitolo 3

LA COMPATIBILITÀ DEL DIRITTO ITALIANO CON LA DIRETTIVA RIMPATRI.....	140
3.1 La divisione di competenze tra Unione Europea e Stati Membri in materia di immigrazione.....	140

3.2 La portata del diritto dell'Unione Europea in materia penale.....	142
3.3 La mancata trasposizione della Direttiva Rimpatri nel diritto interno.....	147
3.4 L'articolo 14, comma 5-ter e 5-quater T.U.I. e la sua compatibilità con la Direttiva Rimpatri: il caso <i>El Dridi</i>	155
3.4.1 Il dibattito in dottrina e in giurisprudenza.....	157
3.4.2 La pronuncia della Corte di Giustizia.....	166
3.4.3 Le conseguenze della sentenza <i>El Dridi</i> nell'ordinamento italiano.....	174
3.5 L'articolo 10-bis T.U.I. e la sua compatibilità con la Direttiva Rimpatri: il caso <i>Sagor</i>	177
3.5.1 Gli argomenti a sostegno dell'incompatibilità e il caso <i>Achughbaban</i>	179
3.5.2 La pronuncia della Corte di Giustizia.....	185
3.5.3 Le conseguenze della sentenza <i>Sagor</i> per il cd. "reato di clandestinità"....	192
3.6 L'articolo 13, comma 13 T.U.I. e la sua compatibilità con la Direttiva Rimpatri: il caso <i>Celaj</i>	195
3.6.1 L'articolo 13, comma 13 nel sistema italiano delle espulsioni dopo il 2011.....	197
3.6.2 Le considerazioni dell'Avvocato Generale.....	203
3.6.3 La pronuncia della Corte di Giustizia.....	207
3.6.4 Le conseguenze della sentenza Skerdjan Celaj in Italia e in Europa.....	211
Conclusioni	215
Bibliografia	227

L'immigrazione irregolare occupa un posto centrale nella definizione delle politiche migratorie in Europa e nei suoi Stati Membri. L'adozione del Trattato di Schengen nel 1985, e la sua successiva integrazione nel quadro istituzionale dell'Unione Europea, hanno comportato l'abolizione dei confini interni tra gli Stati aderenti e la libertà di circolazione tra questi ultimi. Parallelamente, la gestione dei flussi migratori e il controllo dei confini esterni dell'Unione sono diventate questioni di interesse centrale sia per le istituzioni europee che per quelle nazionali. In tale contesto, a fianco della costruzione di politiche efficaci in materia di immigrazione legale e di asilo, prioritaria è stata considerata la "lotta all'immigrazione clandestina".¹ L'obiettivo primario dell'Unione e degli Stati, infatti, è fin dall'inizio stato quello di "combattere" l'irregolarità attraverso, da un lato, la prevenzione dell'ingresso irregolare degli stranieri, e dall'altro, l'espulsione di coloro che si trovano irregolarmente sul territorio degli Stati Membri. Nonostante l'esclusione (sociale) e l'espulsione (normativa) degli stranieri in situazione di irregolarità non rappresenti l'unica via percorribile dagli Stati, la maggior parte degli sforzi sono stati condotti in questa direzione, senza che fosse avviato un serio dibattito sulla possibilità ed opportunità di regolarizzazione degli stranieri irregolari.² Il diritto dell'Unione Europea, impone agli Stati Membri un obbligo di rimpatrio dello straniero in situazione irregolare, ipotizzando la possibilità di regolarizzazione per pochi, isolati, casi.³ Tra le norme destinate alla gestione dell'immigrazione irregolare, quindi, vasto spazio è dedicato alla disciplina dell'espulsione. In tale contesto, non è infrequente imbattersi nell'utilizzo del diritto penale, nonostante il diritto dell'immigrazione sia essenzialmente di natura amministrativa. La strumentalità del diritto penale alla tutela dei flussi migratori sarebbe ancorata, secondo il legislatore ed i governi degli Stati Membri, alla sua forza intimidatrice: la pena correlata all'applicazione della norma penale costituirebbe un maggior incentivo ad evitare comportamenti di favoreggiamento o sfruttamento dell'immigrazione irregolare, o finanche lo stesso ingresso o soggiorno in violazione delle norme amministrative disciplinanti l'ingresso e la permanenza sul territorio dello Stato. Il diritto penale ha inoltre una funzione di neutralizzazione nei confronti del reo, esplicabile anche nei confronti dei migranti irregolari. La criminalizzazione

¹ Così definita nei documenti ufficiali dell'Unione Europea fino al 2009, nonché, nel diritto italiano dal d.lgs. 286/1998.

² Uno studio approfondito sulla regolarizzazione degli stranieri è però stata condotta dall'International Centre for Migration Policy Development: ICMPD, *Regime – Regularisation in Europe (Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU)*, Vienna, Febbraio 2009.

³ Articolo 6, Direttiva 2008/115/CE.

dell'immigrazione ha assunto, soprattutto a partire dagli anni '90, una dimensione rilevante nelle legislazioni degli Stati Membri, allargandosi poi oltre i loro confini nazionali, per approdare al Consiglio e al Parlamento Europeo.

La tesi intende analizzare quale sia il rapporto tra il fenomeno della criminalizzazione dell'immigrazione irregolare e il diritto dell'UE. A tal fine, si è scelto di concentrare l'attenzione sull'aspetto della criminalizzazione legato all'utilizzo del diritto penale per punire comportamenti tenuti dai migranti o da altri soggetti nel contesto dell'immigrazione irregolare.⁴ Lo studio dell'applicazione del diritto penale in una materia di competenza concorrente tra l'Unione Europea e gli Stati Membri (quale quella dell'immigrazione), ha inoltre fornito l'opportunità di indagare quale sia il rapporto tra diritto europeo e diritto penale interno e se il primo possa limitare il secondo. In sostanza, la domanda alla quale rispondere è: in quale misura il diritto dell'UE influenza la criminalizzazione dell'immigrazione irregolare? Rappresenta un incentivo oppure un ostacolo nella previsione di norme penali per punire lo *status* di irregolarità dei migranti? La risposta a tali domande non può essere fornita se non tenendo a mente diversi aspetti tra loro collegati: la divisione di competenze tra Unione Europea e Stati Membri in materia di immigrazione; l'approccio dell'UE nei confronti degli stranieri irregolari e gli strumenti predisposti per il contrasto a tale fenomeno; il diritto interno degli Stati Membri e le forme di criminalizzazione ivi predisposte; infine, gli strumenti giudiziari di valutazione della compatibilità tra diritto interno e diritto europeo. Per quanto riguarda il diritto penale interno, si è scelto di concentrare l'attenzione su un solo Stato Membro dell'Unione: il caso italiano, infatti, fornisce significativi spunti di riflessione ed approfondimento, in quanto l'evoluzione legislativa in materia di immigrazione irregolare ha visto l'aumento esponenziale del ricorso allo strumento penale. Inoltre, la compatibilità del diritto penale italiano con il diritto europeo è stata più volte sottoposta al giudizio della Corte di Giustizia dell'UE, che ha fornito nelle sue pronunce importanti chiarimenti relativi al rapporto tra le due sfere normative. La tesi si focalizza dunque sull'analisi del diritto italiano ed europeo riguardante l'immigrazione irregolare e la criminalizzazione di quest'ultima.

⁴ Non è invece oggetto di analisi del presente lavoro la criminalizzazione intesa come utilizzo di strumenti simili a quelli penali: nello specifico la dottrina si è concentrata sulla portata criminalizzante della detenzione amministrativa. Si veda, tra gli altri, I. Majcher, "*Crimmigration*" in *the European Union through the Lens of Immigration Detention*, Global Detention Project Working Paper No. 6, 2013.

Il primo capitolo è incentrato sulla disamina del diritto dell'Unione Europea sull'immigrazione, a partire dai principi generali disciplinanti la competenza delle istituzioni europee in materia, fino alla più dettagliata analisi degli strumenti normativi elaborati negli ultimi anni per il contrasto all'immigrazione irregolare; particolare attenzione è riservata alla Direttiva 2008/115/CE (Direttiva Rimpatri), che ha fissato norme minime comuni per l'armonizzazione delle procedura di rimpatrio dei migranti irregolari tra gli Stati Membri. Il secondo capitolo esamina, invece, il fenomeno di progressiva criminalizzazione del soggiorno irregolare dello straniero operato dal diritto italiano: a una precisazione sui significati e sulle possibili forme di criminalizzazione, segue l'illustrazione delle tappe cruciali che hanno portato alla previsione di norme penali per punire l'ingresso, il soggiorno e la permanenza sul territorio italiano. La descrizione delle fattispecie di cui agli art. 14, comma 5-ter e 5-quater, art. 13, comma 13 e art. 10-bis è particolarmente approfondita perché su tali norme si pronuncerà la Corte di Giustizia. Il terzo capitolo si concentra sulle sentenze della Corte di Lussemburgo, che, nei casi *El Dridi*, *Sagor* e *Celaj* ha affrontato la questione dei limiti che il diritto europeo, e in particolare la Direttiva Rimpatri, può eventualmente porre al diritto interno, anche quando si tratti di diritto penale. Si tenta altresì di indagare quale impatto abbiano tali sentenze sui processi di criminalizzazione dell'immigrazione e, eventualmente, sulla tutela dei diritti delle persone interessate dai procedimenti di espulsione. La tutela dei diritti umani dei migranti irregolari, infatti, rappresenta un elemento che non può non essere tenuto in considerazione nello studio di fenomeni – quali l'espulsione amministrativa e le possibili norme penali incriminatrici che intervengono nel contesto di tale procedimento – che hanno un forte impatto sui diritti fondamentali delle persone, tra cui quello alla libertà personale. Nel corso dei tre capitoli di cui si compone la tesi, di conseguenza, si è tentato di evidenziare l'impatto delle previsioni normative e delle decisioni giurisprudenziali anche con riferimento a tale ultimo aspetto.

Infine, una precisazione metodologica. Dal momento che il presente lavoro verte essenzialmente sulle scelte europee e nazionali riguardanti la modalità di gestione dell'immigrazione irregolare, è opportuno fornire alcune indicazioni di carattere generale sul significato di tale termine. L'immigrazione irregolare è un fenomeno eterogeneo e complesso, le cui cause vanno in primo luogo ricercate nelle stesse politiche e previsioni

normative degli organi statuali e sovranazionali.⁵ L'aggettivo "irregolare" attribuito allo straniero, infatti, definisce il mancato rispetto da parte di quest'ultimo delle regole poste dagli Stati per la disciplina dei flussi migratori, e più precisamente un "*act of migration that is carried out against legal provisions of entry and residence*".⁶ Tale definizione può riferirsi sia ai soggetti che hanno fatto ingresso in modo illegale nel territorio di uno Stato, sia ai soggetti che vi sono entrati legalmente e il cui permesso di soggiorno è successivamente scaduto (cd. *overstayers*), sia infine agli stranieri che lavorano senza permesso di farlo e contravvenendo a quanto consentito dal proprio permesso di soggiorno.⁷ La scelta operata nella tesi è nel senso di riferirsi all'immigrazione irregolare come a quel fenomeno comprendente le condotte di ingresso e soggiorno di un cittadino di un paese terzo nel territorio dell'UE tenute in violazione delle previsioni legali degli Stati Membri e dell'Unione stessa. Tale definizione è stata altresì scelta per la sua prossimità a quella adottata dalla Direttiva 2008/115/CE,⁸ disciplinante l'espulsione dei migranti irregolari, che indica il "soggiorno irregolare" come "la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro".⁹

⁵ "...it is undeniable that states, in the course of exercising sovereignty over their territory and labour markets, determine what is regular and what is not.". F. Duvell, *Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration*, in "European Journal of Migration and Law", Vol. 13, n.4, 2011, pp. 275-295.

⁶ A. Triandafyllidou, "Irregular Migration in Europe in the Early 21st Century", in A. Triandafyllidou, *Irregular Migration in Europe: Myths and Realities*, Ashgate, 2013, p. 2.

⁷ E. Guild, "Who is an irregular migrant?", in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 3-29. Questa è soltanto una delle possibili classificazioni che possono essere operate. Ad esempio, secondo uno studio del Migration Policy Institute "*there are eight principal ways in which non-national become unauthorised migrants: illegal entry; entry using false documents; entry using legal documents but providing false information in these documents; overstaying a visa-free travel period or temporary residence permit; loss of status because of nonrenewal of permit for failing to meet residence requirements; being born into irregularity; absconding during the asylum procedure or failing to leave a host state after receiving a negative decision; a state's failure to enforce a return decision.*". C. Morehouse, M. Blomfield, *Irregular Migration in Europe*, MPI, Washington DC, December 2011.

⁸ Articolo 3, punto 2, Direttiva 2008/115/CE.

⁹ Un'ulteriore precisazione riguarda la scelta per l'utilizzo del termine "irregolare" rispetto a quello, maggiormente diffuso in passato tra i documenti politici e normativi europei, di "illegale": la ragione è legata alla semplice considerazione secondo la quale "no human being is illegal". Tale posizione è stata sostenuta da numerose organizzazioni internazionali, a partire dal Consiglio d'Europa (Council of Europe, Resolution n. 1509, Strasbourg, 2006), fino alla Croce Rossa Italiana. Anche negli Stati Uniti è attiva una campagna (#WordsMatter) per chiedere di evitare tale termine nei discorsi politici.

Capitolo 1

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

Il presente capitolo è dedicato allo studio dell'approccio adottato dall'Unione Europea in materia di immigrazione irregolare e degli strumenti elaborati per contrastarla. Preliminare alla comprensione del diritto secondario elaborato in tale settore, è l'esame dei principi generali posti dai Trattati per disciplinare la divisione di competenze tra Unione e Stati Membri in materia migratoria. Segue l'analisi del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, all'interno del quale sono attualmente disciplinate le questioni riguardanti la materia di giustizia e affari interni, e dell'articolo 79, che disciplina in modo specifico l'immigrazione. I seguenti paragrafi sono dedicati ad una panoramica degli sviluppi istituzionali in ambito di immigrazione irregolare a partire dalla cooperazione intergovernativa avviata con il Trattato di Maastricht, fino ad arrivare alla disciplina contenuta nel TFUE in seguito al Trattato di Lisbona. Ci si concentrerà successivamente su una breve analisi delle principali misure adottate per prevenire, gestire e affrontare l'immigrazione irregolare in tutti i suoi aspetti; verrà valutata la portata criminalizzante degli obblighi posti agli Stati. Particolare attenzione verrà dedicata alla controversa Direttiva Rimpatri, relativa all'espulsione e alla eventuale detenzione dei migranti irregolari. Infine si prenderanno in considerazione le tutele garantite dalle norme sui diritti umani ai migranti irregolari, con riferimento specifico alla fase dell'espulsione. L'analisi approfondita della politica e legislazione europea in materia di immigrazione irregolare è funzionale alla comprensione di quali siano i poteri dell'Unione in questo settore e cosa possa invece essere disciplinato dagli Stati Membri.

1.1 La divisione di competenze tra Unione Europea e Stati Membri in materia di immigrazione

La disciplina sull'immigrazione dell'Unione Europea rientra nell'ambito dello spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, spazio all'interno del quale, per espressa previsione dell'Articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), viene assicurata la libera circolazione di cittadini e “sono sviluppate misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e

la lotta contro quest'ultima". Tali misure sono poi riprese in modo più dettagliato dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che prevede, in questo ambito, l'esercizio di una competenza concorrente dell'Unione con quella degli Stati Membri (articolo 4, par. 2, lett. j TFUE). Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione puntualizza che le competenze concorrenti sono quelle in cui "l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore." Lo stesso articolo afferma che: "Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria."¹ La divisione di competenze tra l'Unione Europea e gli Stati Membri è disciplinata in primo luogo dal principio di attribuzione, che permette di definire con maggior precisione la linea di divisione tra le rispettive competenze e le modalità di esercizio di queste ultime. Il principio di attribuzione, previsto dall'art. 5 par. 2 TUE, determina la delimitazione di poteri tra Unione e Stati, e sancisce che l'Unione "agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati Membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati spetta agli Stati Membri".² La formulazione dell'articolo chiarisce che non ci sono competenze "originarie", cioè che, per loro natura, spettano automaticamente all'Unione; devono invece essere gli Stati Membri ad attribuirgliene volontariamente. Inoltre, tale articolo specifica che l'Unione esercita tali competenze soltanto al fine di raggiungere gli obiettivi posti dai Trattati.³ Con il Trattato di Lisbona, anche in ragione dell'ampiezza dei settori di intervento dell'Unione, che vanno molto al di là degli obiettivi iniziali di carattere economico, le istituzioni europee hanno mostrato una maggiore attenzione alla chiara e precisa delimitazione delle competenze, cercando di assegnare adeguata considerazione ai settori di intervento degli Stati Membri. Il principio di attribuzione e le categorizzazioni effettuate dagli articoli dal 2 al 6 del TFUE, che cercano di delimitare in

¹ Articolo 2, par. 2 TFUE.

² Nella prospettiva secondo cui con il Trattato di Lisbona i principi regolatori delle competenze dell'Unione hanno assunto una rinnovata centralità, in chiave di quelle esigenze di chiarezza, semplificazione e trasparenza che hanno rappresentato il fil rouge delle modifiche alla parte generale dei Trattati, il principio di attribuzione assume una particolare rilevanza. Tale principio segna un preciso limite alla competenza dell'Unione, in ossequio ad una più rigorosa delimitazione delle competenze e dello spazio di azione tra istituzioni europee e Stati Membri. Sulla rilevanza del principio di attribuzione ai fini della divisione di competenze nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si veda S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 51.

³ U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Collana di Studi sull'integrazione Europea, Bari, 2013, p. 60-90.

maniera puntuale gli spazi di intervento per l'UE, vanno precisamente in questa direzione. Tali articoli distinguono infatti tra: competenze esclusive (art. 3 TFUE), competenze concorrenti, all'interno delle quali si trova altresì il riferimento allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 4 TFUE) e competenze di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati Membri (art. 6 TFUE). Una posizione a parte è invece occupata dal settore della politica estera e di sicurezza comune, che segue regole autonome. L'esercizio di tali competenze è poi regolato dai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, disciplinati dal terzo e quarto paragrafo dell'Articolo 5 TUE. Il principio di proporzionalità, che opera tanto nell'ambito delle competenze esclusive quanto di quelle concorrenti, prevede che i mezzi e le modalità di attuazione delle competenze siano limitate a quanto necessario per realizzare gli obiettivi dell'Unione.⁴ Il principio di sussidiarietà opera invece soltanto rispetto alle competenze concorrenti e pone un limite all'azione delle istituzioni europee, in quanto l'Unione può agire soltanto quando gli obiettivi posti dai Trattati possano essere meglio realizzati a livello europeo invece che a livello dei singoli Stati Membri.⁵ Secondo questo principio, quindi, le istituzioni europee sono legittimate ad intervenire quando gli obiettivi fissati dal diritto primario non possono essere realizzati dagli Stati in modo soddisfacente a livello nazionale o locale.⁶ L'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità da parte delle istituzioni europee è disciplinata nel dettaglio dal Protocollo n.2 con particolare riferimento all'attività normativa e agli atti legislativi adottati dall'Unione. Per quanto riguarda, in modo particolare, la materia dell'immigrazione, essa è stata espressamente inclusa tra le materie di competenza concorrente solo con il Trattato di Lisbona, a seguito di una articolata evoluzione storica, che verrà brevemente delineata nel paragrafo successivo.

⁴ Art. 5 par. 4 TUE: "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità."

⁵ Art. 5 par. 3 TUE: "In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo."

⁶ U. Villani, 2013, p. 71.

1.2 Evoluzione storica dal Trattato di Maastricht al Trattato di Lisbona

Per comprendere adeguatamente la politica europea sull'immigrazione e le competenze dell'UE in questo ambito, è opportuno tenere in considerazione che immigrazione e asilo sono entrati a far parte del processo di integrazione europea solo negli ultimi decenni. Queste materie, insieme a quelle attinenti alla cooperazione giudiziaria in ambito civile e penale e alla cooperazione di polizia, sono state a lungo considerate questioni di rilevanza cruciale per gli Stati nazionali, dato lo stretto rapporto che le lega alle prerogative sovrane degli stessi, quali il controllo delle frontiere, la sicurezza e l'ordine pubblico.⁷ A partire dagli anni '90, tuttavia, immigrazione e sicurezza entrano a far parte del dibattito politico non solo nazionale ma anche europeo e si comincia ad avvertirsi sempre più la dimensione trans-frontaliera di tali fenomeni.⁸ Di conseguenza gli Stati non possono più regolare autonomamente, e indipendentemente gli uni dagli altri, "l'ammissione, il soggiorno o l'allontanamento degli stranieri e i flussi migratori, che rappresentano di per sé fenomeni internazionali, senza tener conto delle norme internazionali".⁹ Il primo passo verso la realizzazione di una politica europea sull'immigrazione avviene dunque con l'attribuzione di competenze in materia di immigrazione all'Unione Europea, con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992. Immigrazione e asilo sono indicate come una delle questioni di *interesse comune* per l'Unione e vengono inserite nella cornice istituzionale europea attraverso il "terzo pilastro", contenente la disciplina relativa alla cooperazione nei settori di giustizia e affari interni (GAI).¹⁰ All'interno del terzo pilastro,

⁷ S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011, III ed., *Introduction*. Tale conclusione si basa sugli articoli 4 (2) e 72 TFUE.

⁸ Sul processo di europeizzazione in materia di immigrazione ed asilo si vedano R. Fischer, *The Europeanisation of migration policy: the Schengen Acquis between the priorities of legal harmonisation and fragmentation*, Peter Lang, 2012; R. Cholewinski, *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, "European Journal of Migration and Law", Vol. 2, Issue 3, 2000, pp. 361-405; E. Guild, *Discretion, Competence and Migration in the European Union*, "European Journal of Migration and Law", Vol. 1, Issue 1, 1999, pp. 61-87.

⁹ B. Nascimbene, "Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale", in U. Leanza (a cura di) *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 77.

¹⁰ Il Trattato di Maastricht delinea un sistema strutturato su tre "pilastri", regolati tutti all'interno del Trattato sull'Unione Europea. Il primo comprende le Comunità Europee, il secondo la politica di sicurezza comune (PESC) e il terzo la materia di giustizia e affari interni (GAI). Il Trattato dell'Unione Europea delinea espressamente nove settori che vengono fatti rientrare nella materia di giustizia e affari interni: 1) la politica di asilo; 2) le norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri da parte delle persone e l'espletamento dei relativi controlli; 3) la politica d'immigrazione e la politica da seguire nei confronti dei cittadini dei paesi terzi; a) le condizioni di entrata e circolazione dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri; b) le condizioni di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri, compresi il ricongiungimento delle famiglie e l'accesso all'occupazione; c) la

il processo decisionale non seguiva le regole proprie della Comunità europea, ma restava improntato sul metodo intergovernativo tradizionale; tale metodo implicava un ridotto ruolo delle istituzioni comunitarie, a fronte di una ampia autonomia riservata ai governi degli Stati Membri, nel processo decisionale e legislativo. Il Consiglio dell'Unione Europea prendeva le sue decisioni con il voto all'unanimità, riservando quindi un potere di veto per ogni Stato; il potere di iniziativa legislativa della Commissione non era autonomo, ma doveva essere condiviso con gli Stati Membri; non era applicabile la procedura di co-decisione tra Parlamento e Consiglio dell'Unione Europea per l'adozione di atti normativi; anche la giurisdizione della Corte di Giustizia era fortemente ridotta: essa non era obbligatoria, ma poteva tutt'al più essere prevista in specifici casi, cioè per singoli atti e convenzioni adottati nell'ambito del terzo pilastro.¹¹ Infine, per quanto riguarda gli atti normativi e gli effetti di tali atti, mentre all'interno del primo pilastro si ricorreva a Regolamenti, Direttive e Decisioni, per i quali vigeva il principio di supremazia del diritto europeo su quello interno, tali regole non si applicavano al secondo e al terzo pilastro: le Convenzioni stipulate nelle materie del GAI dovevano essere ratificate dagli Stati Membri e gli altri strumenti adottati in tale ambito si riducevano ad Azioni congiunte il cui valore legale e vincolante era incerto, mentre più diffuso era il ricorso a strumenti di soft law.¹² Per quanto riguarda in dettaglio la materia dell'immigrazione, negli anni in cui tale competenza fece parte del cd. "terzo pilastro", non furono adottati atti significativi né si raggiunsero rilevanti risultati politici. D'altro canto la vigenza del metodo intergovernativo mostra come "la sovranità degli Stati abbia conservato una precisa rilevanza, sia nella proposizione, sia nell'approvazione di atti, pur nel contesti integrato del fenomeno comunitario".¹³

lotta contro l'immigrazione, il soggiorno e il lavoro irregolari di cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri; 4) la lotta contro la tossicodipendenza, nella misura in cui questo settore non sia già contemplato dai punti 7), 8) e 9); 5) la lotta contro la frode su scala internazionale, nella misura in cui questo settore non sia già contemplato dai punti 7), 8) e 9); 6) la cooperazione giudiziaria in materia civile; 7) la cooperazione giudiziaria in materia penale; 8) la cooperazione doganale; 9) la cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme gravi di criminalità internazionale, compresi, se necessario, taluni aspetti di cooperazione doganale, in connessione con l'organizzazione a livello dell'Unione di un sistema di scambio di informazioni in seno ad un Ufficio europeo di polizia (Europol) (Art. K.1 TUE).

¹¹ Articolo K.6 TUE.

¹² S. Peers, 2011, pag. 14.

¹³ B. Nascimbene, in U. Leanza, 2005, p. 79.

Al di fuori della cornice politica e normativa dell'Unione Europea, d'altro canto, venivano stipulati, negli stessi anni,¹⁴ il Trattato e la Convenzione di Schengen,¹⁵ volti ad istituire uno spazio di libera circolazione delle persone a seguito dell'abolizione delle frontiere interne tra gli Stati firmatari. Tali convenzioni prevedevano importanti misure in materia di immigrazione, in special modo con riferimento all'armonizzazione delle regole in materia di visti, condizioni di ingresso e circolazione all'interno dell'area Schengen per i cittadini di stati terzi. Per quanto riguarda invece l'asilo, nel 1990, sempre al di fuori dell'ambito UE, venne adottata la Convenzione di Dublino, che fissava i criteri per stabilire il paese competente ad esaminare le domande di asilo. Le Convenzioni richiamate¹⁶ vennero poi integrate all'interno del quadro dell'Unione Europea con il Trattato di Amsterdam. Tale Trattato, adottato il 2 ottobre 1997 e entrato in vigore il 1 maggio 1999, ha "comunitarizzato" la disciplina dei visti, dell'asilo e dell'immigrazione. A tal proposito l'integrazione dell'*acquis* di Schengen assume una forte rilevanza, poiché la quasi totalità delle misure adottate in materia di visti, controllo delle frontiere esterne e immigrazione irregolare a partire dal 1999, si basa sul corpo normativo elaborato all'interno del sistema Schengen.

Questa non è tuttavia l'unica innovazione operata dal Trattato di Amsterdam, in quanto a partire dalla sua entrata in vigore, la materia di giustizia e affari interni (GAI) venne separata in due distinti filoni: da un lato la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, che restarono all'interno del "terzo pilastro"; dall'altro, immigrazione e

¹⁴ In realtà, tanto il Trattato di Schengen quanto quello di Dublino sono stati adottati prima di quello di Maastricht.

¹⁵ Lo spazio Schengen si basa sul Trattato di Schengen, adottato nel 1985 da cinque Stati Membri (Francia, Germania, Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi), e sulla Convenzione del 1990, applicativa del Trattato. Lo spazio Schengen si è esteso progressivamente a quasi tutti gli Stati membri. Gli accordi sono stati firmati dall'Italia il 27 novembre 1990, dalla Spagna e dal Portogallo il 25 giugno 1991, dalla Grecia il 6 novembre 1992, dall'Austria il 28 aprile 1995 e da Danimarca, Finlandia e Svezia il 19 dicembre 1996. Repubblica ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia e Slovacchia si sono unite il 21 dicembre 2007 mentre la Svizzera si è associata il 12 dicembre 2008.

¹⁶ Si fa qui riferimento sia alla Convenzione di Dublino che al cd. Schengen *acquis*, comprendente il Trattato e la Convenzione di Schengen e le misure attuative della Convenzione. Nello specifico, l'*acquis* di Schengen è stato acquisito al corpo della normativa europea tramite il Protocollo di Schengen, allegato al TUE, il quale estendeva il potere decisionale del Consiglio alle materie di Schengen, conferendogli anche il potere di adottare tutte le misure necessarie ad integrare l'*acquis* di Schengen nel sistema legale europeo, e presupponeva la giurisdizione della Corte di Giustizia dell'UE, con la rilevante eccezione della "misure o decisione relative al mantenimento dello stato di diritto e alla salvaguardia della sicurezza interna". Le componenti dell'*acquis* Schengen entrarono tutte a far parte del primo pilastro e quindi a ricadere entro il sistema delle Comunità Europee, con l'eccezione del Sistema d'informazione Schengen (SIS), che fu inserito nell'ambito del terzo pilastro, per la natura investigativa e legata alla dimensione penale procedurale di tale sistema.

cooperazione giudiziaria in materia civile, che furono fatte confluire all'interno del primo pilastro e disciplinate dal Titolo IV del Trattato della Comunità Europea (TCE).¹⁷ A partire dal Trattato di Amsterdam, inoltre, le istituzioni comunitarie cominciarono a giocare un ruolo maggiore nella definizione e adozione di politiche e norme in materia di immigrazione; questo è testimoniato dalla decisione della Commissione europea di creare una Direzione Generale dedicata a Giustizia e Affari Interni (oggi Migrazione e Affari Interni). Particolarmente rilevante è anche il ruolo rivestito dal Consiglio Europeo, che in materia di immigrazione approvò numerosi documenti politici e programmatici. Tra questi merita di essere ricordato il Programma di Tampere (1999-2004), che conteneva gli indirizzi principali per la realizzazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia nell'Unione Europea, poi previsto a livello normativo all'interno del TUE.¹⁸ Il Programma di Tampere ha posto le basi per lo sviluppo di una politica europea comune in materia di asilo e immigrazione. Tale Programma rivela già la dicotomia che caratterizza gli interventi europei in materia: da un lato, è stata evidenziata la necessità di garantire la libertà e la sicurezza dei cittadini dell'Unione e di quelli paesi terzi, ponendo l'accento sul rispetto dei diritti umani e della Convenzione di Ginevra in materia d'asilo; dall'altro, invece, si è evidenziata la necessità del controllo delle frontiere esterne, della lotta all'immigrazione illegale e al traffico e al crimine trans-frontaliero.

Il processo politico di europeizzazione tracciato dal Programma quinquennale di Tampere è il riflesso delle modifiche istituzionali in materia apportate dal Trattato di Amsterdam. A tal proposito bisogna sottolineare che, benché immigrazione e asilo fossero rientrate

¹⁷ Articolo 61 TCE: "Allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il Consiglio adotta: a) entro un periodo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone a norma dell'articolo 14, insieme a misure di accompagnamento direttamente collegate in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo e immigrazione, a norma dell'articolo 62, paragrafi 2 e 3 e dell'articolo 63, paragrafo 1, lettera a) e paragrafo 2, lettera a), nonché misure per prevenire e combattere la criminalità a norma dell'articolo 31, lettera e) del trattato sull'Unione europea, b) altre misure nei settori dell'asilo, dell'immigrazione e della salvaguardia dei diritti dei cittadini dei paesi terzi, a norma dell'articolo 63, c) misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'articolo 65, d) misure appropriate per incoraggiare e rafforzare la cooperazione amministrativa, come previsto all'articolo 66, e) misure nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale volte ad assicurare alle persone un elevato livello di sicurezza mediante la prevenzione e la lotta contro la criminalità all'interno dell'Unione, in conformità alle disposizioni del trattato sull'Unione europea."

¹⁸ Articolo K.I: "Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia."

sotto il primo pilastro, tale ambito continuò ad essere caratterizzato dalla compresenza del metodo comunitario sovranazionale con quella tradizione di cooperazione intergovernativa:¹⁹ se, per un verso, si fece ricorso agli strumenti giuridici comunitari, come Regolamenti e Direttive, per altro verso il processo decisionale non si scostò molto da quanto previsto dal Trattato di Maastricht, almeno per un primo periodo transitorio di cinque anni. Durante quel lasso di tempo, l'adozione degli atti poteva avvenire unicamente tramite un voto unanime del Consiglio su proposta della Commissione e degli Stati Membri. Il meccanismo dell'unanimità all'interno del Consiglio ha certamente avuto l'effetto di influenzare il contenuto degli atti da adottare, dal momento che per raggiungere un accordo unanime era necessario raggiungere un livello di compromesso maggiore tra le diversificate richieste dei singoli Stati. Questo sistema fu modificato nel 2004, in senso conforme alla disciplina del primo pilastro: a partire dal 1 maggio 2004, le misure riguardanti i visti d'ingresso²⁰ furono adottate a maggioranza qualificata da parte del Consiglio, a seguito di proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo. Successivamente, in seguito alla Decisione 2004/977 adottata dal Consiglio il 22 dicembre 2004,²¹ la procedura ordinaria di co-decisione tra Consiglio e Parlamento venne estesa a tutte le materie del Titolo V del TCE, ad eccezione del settore dell'immigrazione legale. Da ultimo, l'entrata in vigore del Trattato di Nizza nel 2003 aveva già determinato l'applicazione della maggioranza qualificata per il Consiglio e della procedura di co-decisione alla materia dell'asilo.²² Per quanto riguarda, infine, il regime del controllo giurisdizionale davanti alla Corte di Giustizia, anche in questo

¹⁹ Questo è testimoniato dalla previsione dell'articolo 67 TCE: "1. Per un periodo transitorio di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, il Consiglio delibera all'unanimità su proposta della Commissione o su iniziativa di uno Stato membro e previa consultazione del Parlamento europeo. 2. Trascorso tale periodo di cinque anni: - il Consiglio delibera su proposta della Commissione; la Commissione esamina qualsiasi richiesta formulata da uno Stato membro affinché essa sottoponga una proposta al Consiglio; - il Consiglio, deliberando all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, prende una decisione al fine di assoggettare tutti o parte dei settori contemplati dal presente titolo alla procedura di cui all'articolo 251 e di adattare le disposizioni relative alle competenze della Corte di giustizia. 3. In deroga ai paragrafi 1 e 2, le misure di cui all'articolo 62, punto 2, lettera b), punti i) e iii), successivamente all'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, sono adottate dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo; 4. In deroga al paragrafo 2, le misure di cui all'articolo 62, punto 2, lettera b), punti ii) e iv), trascorso un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, sono adottate dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251."

²⁰ Nello specifico l'articolo 62, lett. b punti i) e iii) fanno riferimento all'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e di quelli i cui cittadini sono esenti da tale obbligo e ad un modello di visto uniforme.

²¹ GU L 396, del 31 ottobre 2004, pp. 45-47.

²² In Trattato viene adottato il 26 febbraio 2001 ed entra in vigore il 1 febbraio 2003.

ambito sussistevano rilevanti differenze rispetto alle regole normalmente seguite all'interno del primo pilastro. In particolare, la giurisdizione della Corte era limitata con riferimento ai procedimenti di rinvio pregiudiziale, in quanto questo poteva essere proposto solo dalle corti nazionali di ultima istanza. Il panorama istituzionale fin qui descritto, contraddistinto dalla difficoltà di emancipare le materie di immigrazione e asilo dai procedimenti intergovernativi, per adeguarsi in modo compiuto alla disciplina del primo pilastro, resterà in vigore fino all'approvazione del Trattato di Lisbona, il 18 ottobre 2007. La disciplina introdotta e consolidata nel Trattato sarà oggetto di trattazione nel prossimo paragrafo, che illustrerà nei dettagli le competenze dell'Unione nei vari settori in cui si articola la materia dell'immigrazione. Prima di passare a tale analisi, è opportuno sottolineare come buona parte della normativa europea avente ad oggetto immigrazione e asilo²³ sia stata adottata nel decennio tra il 1999 e il 2009,²⁴ con la vigenza quindi di quel metodo ibrido che lasciava al Consiglio dell'Unione Europea, e di conseguenza ai governi degli Stati Membri, un ruolo preponderante nella scelta delle politiche in materia.²⁵

1.3 La divisione di competenze nel Titolo V del TFUE

Il Trattato di Lisbona ha comportato un cambiamento nella disciplina di immigrazione e asilo, rendendola più organica, chiara e compiuta;²⁶ ha introdotto innovazioni tanto sotto

²³ Tra le altre si vedano le seguenti direttive: Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare; Direttiva 2004/114/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato; Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (emendata nel 2013); 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005 recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

²⁴ Il "boom legislativo" degli anni di vigore del Trattato di Amsterdam si è concretizzato in circa cinquanta tra le direttive, i regolamenti e le decisioni adottate dal Consiglio. Si veda K. Groenendijk, "Migration and Law in Europe", in E. Guild, P. Minderhoud (a cura di) *The first decade of EU Migration and Asylum Law*, Martinus Hijhoff, 2012, p. 8.

²⁵ Sul rapporto tra sovranità statale e competenze dell'Unione è utile infine ricordare la pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Wijsenbeek*, in cui la Corte afferma il pieno diritto dello Stato di effettuare controlli ed applicare sanzioni al momento dell'ingresso di una persona nel proprio territorio anche all'attraversamento delle frontiere interne, al fine di accertare se si tratti di un cittadino europeo "avente il diritto di circolare liberamente sul territorio degli Stati Membri, o di un cittadino di un paese terzo, non avente tale diritto". CGUE, Sentenza 21 settembre 1999, C-378/97, *Wijsenbeek*, in Racc. I-06207.

²⁶ Si veda l'opinione di F. Munari, "Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione Europea e rapporti bilaterali dell'Italia", in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo, le regole per la costruzione di una società integrata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pp. 267-287.

il profilo della considerazione attribuita al rispetto diritti umani dei cittadini di paesi terzi,²⁷ quanto sotto quello della disciplina istituzionale e normativa.²⁸ Con il Trattato di Lisbona, inoltre, si è completata la “comunitarizzazione” delle materie del GAI, dal momento che anche la cooperazione giudiziaria penale e di polizia sono ad oggi regolate dai meccanismi istituzionali europei e all’interno della cornice del TFUE. Inoltre a tutte le materie del Titolo V TFUE è stata estesa²⁹ l’applicazione della procedura legislativa ordinaria,³⁰ che prevede il meccanismo di co-decisione tra Consiglio e Parlamento, con un ruolo potenziato per i parlamenti nazionali;³¹ infine, la giurisdizione della Corte di Giustizia si applica oggi interamente, senza alcuna restrizione nella procedura e nei settori di intervento.³² Per quanto riguarda il profilo della divisione di competenze tra l’Unione Europea e gli Stati Membri, il titolo V fornisce importanti e precisi chiarimenti in merito ai poteri dell’Unione, tanto a livello di principi generali quanto rispetto ai singoli settori di cui si tratta. Ad una breve illustrazione delle norme generali che rilevano per il riparto di competenze rispetto a giustizia e affari interni, seguirà l’analisi delle competenze dell’UE nello specifico sull’immigrazione.

1.3.1 I principi generali

L’articolo 67 sancisce l’esistenza di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia all’interno dell’Unione, da realizzarsi nel rispetto dei diritti fondamentali, da un lato, ma anche delle “diverse tradizioni giuridiche degli Stati Membri”: il riferimento alle tradizioni giuridiche, che può essere letto come applicazione del principio di sussidiarietà,³³ è altresì rilevante in quanto esprime la consapevolezza che gli ambiti di cui si tratta siano di

²⁷ Questa innovazione è anche dovuta al fatto che la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, adottata nel 2000, ha assunto con il Trattato di Lisbona, lo stesso valore dei Trattati, diventando così vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati Membri nell’attuazione del diritto dell’Unione (articolo 51 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione). Sull’interpretazione dell’articolo 51 si veda il caso *Akerberg Fransson*: CGUE, Sentenza 7 maggio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, non ancora pubblicata in Racc.

²⁸ Per una analisi dettagliata si veda S. Carrera, “The impact of the Treaty of Lisbon over EU Policies on Migration, Asylum and Borders: The Struggles over the Ownership of the Stockholm Programme”, in E. Guild, P. Minderhoud (a cura di) *The first decade of EU Migration and Asylum Law*, Martinus Hijhoff, 2012, p. 244.

²⁹ In materia di immigrazione tale procedura è stata estesa anche ai settori precedentemente esclusi, e cioè: immigrazione legale, visti e ingressi.

³⁰ Articolo 294 TFUE.

³¹ Articolo 69 TFUE: “Per quanto riguarda le proposte e le iniziative legislative presentate nel quadro dei capi 4 e 5, i parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.”

³² Le misure transitorie sono regolate dal Protocollo (N. 36) al Trattato di Lisbona.

³³ S. Peers, 2011, pag. 49.

estremo rilievo e sensibilità per gli Stati e per i loro cittadini, da cui la necessità di tenere in considerazione i loro interessi sovrani. Al tempo stesso, è definitiva la presa di coscienza della dimensione internazionale e trans-frontaliera di tali fenomeni, che richiede quindi una gestione comune a livello europeo. L'art. 67 prevede, al proposito, una "politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri e equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi". Nonostante l'utilizzo del termine "comune" abbia una valenza maggiormente politica, che non necessariamente corrisponde alla realtà giuridica, dal momento che ogni settore è disciplinato da regole che prevedono una competenza più o meno ampia dell'Unione, tale termine è indicativo della volontà di un approccio onnicomprensivo da parte delle istituzioni europee.³⁴ Gli articoli successivi (artt. 68-77) sono dedicati alla disciplina comune della materia di giustizia e affari interni e al ruolo delle istituzioni. In particolare, l'articolo 68 formalizza il ruolo di impulso politico che il Consiglio Europeo ha rivestito da sempre in questo settore, prevedendo che "Il Consiglio europeo definisce gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia".³⁵ Tale potere è stato esercitato già nel 2009, con l'adozione del Programma di Stoccolma, programma strategico quinquennale che contiene la definizione degli obiettivi da raggiungere e delle priorità in campo di asilo e immigrazione; ad esso sono seguiti, nel 2014, un documento riportante gli "Orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia"³⁶ per il quinquennio 2015-2020 e, nel 2015, le Conclusioni del Consiglio Europeo del 25 e 26 giugno a seguito della presentazione da parte della Commissione dell'UE della "Agenda europea sull'immigrazione".³⁷ Tra le norme generali rilevanti ai fini della definizione di competenze dell'Unione è infine importante l'articolo 72, che si riferisce al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna, ponendo un limite a favore degli Stati Membri. L'articolo 72 prevede, infatti, che

³⁴ Si veda la posizione adottata nello studio commissionato dal Parlamento Europeo sulla "Ripartizione delle competenze tra l'Unione Europea e i suoi Stati Membri in materia di immigrazione", nel quale l'autrice sostiene che "L'utilizzo del termine politica comune non è neutro: non equivale a una competenza esclusiva dell'Unione (...) e testimonia tuttavia la volontà politica di perseguire un processo di integrazione approfondito e di organizzare una ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione in un senso sempre più favorevole a quest'ultima". E. Neframi, *Ripartizione delle competenze tra l'Unione Europea e i suoi Stati Membri in materia di immigrazione*, (studio commissionato dal) Parlamento Europeo, Direzione Generale delle Politiche Interne, Bruxelles, 2011. p. 6.

³⁵ Articolo 68 TFUE.

³⁶ GU, C/240, 24 luglio 2014, pp. 13-15.

³⁷ COM (2015), 240 def., Bruxelles, 2015.

“Il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna”. Strettamente collegato è l'articolo 73, che si riferisce alla “sicurezza nazionale”, statuendo che “Gli Stati membri hanno la facoltà di organizzare tra di loro e sotto la loro responsabilità forme di cooperazione e di coordinamento nel modo che ritengono appropriato tra i dipartimenti competenti delle rispettive amministrazioni responsabili per la salvaguardia della sicurezza nazionale”. Le limitazioni che derivano dai due articoli non sono tanto di natura legislativa, quanto piuttosto di carattere operativo.³⁸ Queste previsioni legislative allocano agli Stati Membri l'uso di misure coercitive, quali arresto, detenzione e più in generale il monopolio della forza per assicurare l'applicazione e esecuzione delle misure previste nell'ambito GAI per garantire la sicurezza e l'ordine pubblico; le istituzioni europee, in particolare le Agenzie coinvolte, hanno in tale ambito un mero ruolo di supporto, senza alcun potere autonomo. La competenza nazionale dei singoli Stati Membri sulla sicurezza interna e nazionale, del resto, è già prevista a livello generale dall'articolo 4 par. 2 del TUE,³⁹ quando sancisce che la sicurezza nazionale è competenza degli Stati Membri. Gli articoli 72 e 73 sono l'applicazione di tale principio nell'area specifica di giustizia e affari interni.⁴⁰

1.3.2 La competenza dell'Unione in materia di immigrazione nella sua dimensione interna

Di seguito alle previsioni generali applicabili all'intero capo V, il TFUE contiene la disciplina dei quattro settori relativi alla materia del GAI: le politiche relative ai controlli

³⁸ S. Peers., *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 10, Issue 2, 2008, pp. 219-274.

³⁹ Articolo 4 TUE: “L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”.

⁴⁰ L'eccezione dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale è prevista come limite alla competenza dell'Unione anche nelle fonti di diritto secondario in materia. Si pensi ad esempio all'articolo 23 del Codice delle frontiere Schengen (Regolamento 2006/562/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.), il quale prevede che “In caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, uno Stato membro può in via eccezionale ripristinare il controllo di frontiera alle sue frontiere interne per un periodo limitato a una durata massima di trenta giorni o per la durata prevedibile della minaccia grave se essa supera i trenta giorni, secondo la procedura di cui all'articolo 24 o, in caso d'urgenza, secondo la procedura di cui all'articolo 25. L'estensione e la durata del ripristino temporaneo di tale controllo di frontiera alle frontiere interne non eccedono quanto strettamente necessario per rispondere alla minaccia grave.”.

alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (artt.77-80); la cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81); la cooperazione giudiziaria in materia penale (artt. 82-86); la cooperazione di polizia (artt. 87-89).

Nello specifico, la materia dell'immigrazione, analizzata qui separatamente rispetto a quella dell'asilo, è disciplinata dagli articoli 77 e 79. Il primo si concentra sulle tematiche di ingresso e disciplina dei visti, mentre il secondo fa riferimento all'immigrazione legale e a quella irregolare. Posto che l'immigrazione è per previsione dell'art. 4 par. 2 TFUE una materia in cui l'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati, sono i singoli articoli a specificare quale sia per ogni settore lo spazio e il ruolo delle istituzioni europee e quale quello lasciato agli Stati Membri. Una premessa importante è che l'Unione ha, nel settore dell'immigrazione legale e irregolare, sia una competenza interna che una competenza esterna: la prima fa riferimento al potere di sviluppare politiche e adottare atti normativi vincolanti per gli Stati Membri, mentre la seconda fa riferimento al potere di concludere accordi con i Paesi terzi. Verrà qui di seguito analizzata la divisione delle competenze tra Unione e Stati Membri facendo prima riferimento alla dimensione interna dell'azione dell'Unione e successivamente a quella esterna. Un ultimo paragrafo sarà infine dedicato all'estensione territoriale della competenza dell'Unione sull'immigrazione, con riferimento alle posizioni peculiari di Danimarca, Irlanda e Regno Unito.

L'azione interna dell'Unione è presa in considerazione al paragrafo 1 dell'articolo 79, il quale indica gli obiettivi da perseguire in materia migratoria: “L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani”.⁴¹ Obiettivo ultimo dell'UE è quello della gestione dei flussi migratori a livello europeo e in ultima analisi

⁴¹ Secondo Peers il testo del nuovo articolo permetterebbe, rispetto al precedente articolo 63 TCE, di giustificare una azione di maggiore intensità da parte dell'Unione in materia di immigrazione: “*While immigration would still remain a shared competence of the EU and its Member States, as noted above, the wording of the new provisions suggests that it would be easier to justify more intensive EU action pursuant to the principles of proportionality and subsidiarity, and harder to argue that any particular area would be outside EU competence, apart from the express restriction on competence in Article 79(5)*”. S. Peers., 2008, p. 239.

dell'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel suo territorio.⁴² Il raggiungimento di questo obiettivo, tuttavia, non può essere conseguito direttamente, tramite strumenti soltanto europei, senza interferire eccessivamente nelle sfere sovrane degli Stati: tale dato si ricava anche dalla lettura del TFUE, che prevede espressamente che l'armonizzazione delle legislazioni nazionali sia esclusa con riguardo alle politiche di integrazione, ambito nel quale il Parlamento e il Consiglio possono soltanto stabilire "misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri".⁴³ La competenza dell'Unione nell'ambito dell'integrazione non è quindi concorrente, ma si inserisce piuttosto nel quadro delle competenze di sostegno e coordinamento,⁴⁴ all'interno del quale le istituzioni europee possono adottare atti vincolanti, a patto che essi non comportino una armonizzazione delle previsioni legislative degli Stati Membri.⁴⁵

D'altro canto, la previsione dell'immigrazione come materia concorrente permette all'Unione di esercitare la sua azione attraverso il conseguimento di obiettivi preliminari e intermedi rispetto a quello ultimo dell'integrazione, quali la regolamentazione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti e la gestione dell'immigrazione irregolare tramite una politica incentrata sul rimpatrio. Ai fini dell'attuazione di tali risultati, l'articolo 79 enumera, al paragrafo 2, le misure che l'Unione ha competenza ad adottare: "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; c) immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi

⁴² Questa è la posizione adottata dal Parlamento Europeo nello studio "Ripartizione delle competenze tra l'Unione Europea e i suoi Stati Membri in materia di immigrazione", nota n.31. L'autrice sottolinea anche come "*Le priorità dell'Unione in materia migratoria non coincidono con quelle degli Stati membri. Il fine ultimo della politica migratoria dell'Unione consiste, come risulta dai diversi atti e strumenti di soft law, nell'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti. Per contro, gli Stati membri collegano le questioni migratorie a quelle della sicurezza, della politica per l'occupazione e della politica sociale.*" E. Neframi, 2011, p.7.

⁴³ Articolo 79, par. 4 TFUE.

⁴⁴ Articolo 6 TUE.

⁴⁵ L'articolo 2, paragrafo 5 TFUE specifica che: "In taluni settori e alle condizioni previste dai trattati, l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori. Gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri".

l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; d) lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori".⁴⁶ Come già precisato in precedenza, tali misure vengono oggi adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, che prevede il meccanismo di co-decisione tra Consiglio e Parlamento. Infine, l'articolo 79, al paragrafo 5, inserisce un'importante limitazione alla competenza dell'Unione in materia migratoria, quando prevede che "Il presente articolo non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo.". L' "immigrazione economica" rappresenta infatti un tema sensibile per gli Stati, in quanto coinvolge le loro competenze in materia di lavoro, occupazione e politica economica. Il TFUE esclude quindi la disciplina dell'immigrazione legale dall'appannaggio dell'UE, lasciando ai singoli Stati il diritto, secondo alcuni autori di natura pressoché consuetudinaria,⁴⁷ a decidere le condizioni di ammissione di cittadini di paesi terzi nel territorio dello Stato; tale norma si porrebbe quindi come limite, a favore degli Stati Membri, rispetto alle competenze dell'Unione in materia di immigrazione. Alla luce della definizione di competenza concorrente dettata dall'articolo 2 TFUE, si può concludere che in materia di immigrazione la competenza legislativa degli Stati non è completamente esclusa, ma si può esprimere solo in quanto l'Unione non abbia già legiferato in tale settore o se, in caso di intervento a livello europeo, residui un margine di discrezionalità previsto in modo esplicito dalla norma europea. L'unica eccezione a questa regola è quella prevista dall'articolo 79 paragrafo 5 per quanto riguarda la determinazione dei volumi di ingresso per motivi occupazionali.

1.3.3 La competenza dell'Unione in materia di immigrazione nella sua dimensione esterna

La dimensione esterna dell'azione dell'Unione riguarda invece il rapporto con Paesi terzi tramite l'adozione sia di atti e accordi vincolanti, sia di atti programmatici e di cooperazione.

⁴⁶ Articolo 79, par. 2 TFUE

⁴⁷ Si veda al proposito l'opinione di F. Munari, in E. Triggiani, 2010, p. 276.

Sul piano politico, l'Unione ha adottato un approccio globale, che mira non solo alla cooperazione nella gestione efficace dell'immigrazione legale e nel contrasto di quella irregolare, ma anche alla definizione di programmi di sviluppo per i Paesi di origine, attraverso i quali affrontare le cause più profonde dell'immigrazione.⁴⁸ In particolare, nel 2011 la Commissione ha proposto un "approccio globale sulla migrazione e la mobilità", che comprenda la mobilità circolare, il tema dei visti di breve durata e la dimensione esterna in materia di asilo. Le novità metodologiche di questo approccio si fondano sugli strumenti del "Partenariato di mobilità"⁴⁹ con i Paesi terzi e sulla creazione di Agende comprendenti una serie di raccomandazioni, obiettivi e impegni comuni. Entrambi gli strumenti si concretano in dichiarazioni tra l'Unione e gli Stati terzi interessati, ma non hanno natura vincolante. Ad essi si accompagnano accordi per la facilitazione di visti e accordi di riammissione. In materia di accordi di riammissione si esprime anche il TFUE, prevedendo una competenza dell'Unione per quanto riguarda l'immigrazione irregolare.⁵⁰ L'articolo 79 paragrafo 3 stabilisce infatti che "l'Unione può concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cittadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri". Per altro, anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione aveva fatto uso di tali poteri, stipulando accordi di riammissione con Stati balcanici e extraeuropei.⁵¹ Ad oggi l'Unione ha stretto 17 accordi di riammissione con Paesi terzi,⁵² il cui obiettivo è facilitare il

⁴⁸ Si vedano le comunicazioni in materia: "Integrare le questioni connesse all'emigrazione nelle relazioni dell'Unione europea con i paesi terzi", COM (2002), 703 def.; "Migrazione e sviluppo: orientamenti concreti" COM (2005), 390 def.; "L'approccio globale in materia di immigrazione un anno dopo: verso una politica europea globale dell'immigrazione" COM (2006), 735 def.; "Applicazione dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e sud orientali vicine all'UE" COM (2007), 247 def.; "Rafforzare l'approccio globale in materia di migrazione: aumentare il coordinamento, la coerenza e le sinergie", COM (2008), 611 def., che fa seguito alla Comunicazione "Una politica di immigrazione per l'Europa" presentata il 17 giugno 2008; Comunicazione del 18 novembre 2011 sull' "Approccio globale in materia di immigrazione e mobilità" COM (2011), 743 def.

⁴⁹ Quelli siglati fin ora riguardano: Capo Verde, Moldavia, Georgia, Armenia, Marocco, Tunisia e Azerbaijan.

⁵⁰ Tale competenza poteva essere del resto già sottintesa in via implicita, in quanto applicazione esterna di una competenza interna nello stesso settore già prevista esplicitamente dai Trattati. Tale interpretazione è sostenuta anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia (si veda ad esempio: CGUE, Sentenza 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione/Consiglio*, in Racc. 00263).

⁵¹ Per approfondire si veda F. Munari, in E. Triggiani, 2010, pp. 267-287; G. Cellamare, *Osservazione sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica*, "Studi sull'integrazione europea", n.3, 2007, pp. 497-522; C. Billet, *EC Readmission Agreements: A prime instrument of the external dimension of the EU's fight against irregular immigration*, "European Journal of Migration and Law" Vol. 12, Issue 1, 2010, pp. 45-79.

⁵² I paesi in questione sono: Hong-Kong (2002), Macao (2003), Sri Lanka (2004), Albania (2005), Russia (2006), Ucraina (2007), Macedonia (2007), Montenegro (2007), Serbia (2007), Bosnia Erzegovina (2007),

processo di espulsione e ritorno dei migranti irregolari verso tali paesi. Un profilo delicato e problematico degli accordi di riammissione riguarda la richiesta, da parte dello Stato espulsore, di riammettere non i proprio cittadini ma anche i cittadini di paesi terzi che hanno transitato in tale Stato.⁵³

1.3.4 I limiti territoriali alla competenza dell'Unione

Infine è opportuno accennare al regime particolare di Danimarca, Regno Unito e Irlanda, che si pone come eccezione rispetto alle previsioni sul riparto di competenze e pone una limitazione alla stessa creazione di una autentica politica comune sull'immigrazione e l'asilo.⁵⁴ Per i tre paesi in esame vige un sistema di esenzione che riguarda le misure adottate all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Infatti hanno la possibilità di non partecipare al processo legislativo in questo settore, con la conseguenza che le misure adottate non sono vincolanti nei loro confronti.

Il regime giuridico di Irlanda e Regno Unito è regolato dal protocollo N.21 aggiuntivo al Trattato di Lisbona,⁵⁵ che prevede, all'articolo 2, che nessuna misura adottata nell'ambito del Titolo V del TFUE sia applicabile e vincolante nei confronti dei due Stati.⁵⁶ A loro favore è poi prevista una clausola di cd. *opt-in*, secondo la quale gli Stati possono notificare per iscritto al presidente del Consiglio dell'UE la volontà di partecipare all'adozione e applicazione di una delle misure proposte.⁵⁷ Attualmente Irlanda e Regno Unito hanno scelto di partecipare alla maggior parte delle misure adottate nel settore

Moldavia (2008), Pakistan (2009), Georgia (2010), Armenia (2014), Azerbaijan (2014), Turchia (2014), Capo Verde (2014).

⁵³ Su tale profilo problematico e per un approfondimento sugli accordi di riammissione di veda più avanti, § 1.2.2.

⁵⁴ G. Cellamare, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 7.

⁵⁵ Protocollo (N.21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Questi, come gli altri Protocolli e gli Allegati, costituiscono per espressa previsione del Trattato (articolo 51) parte integrante dei Trattati.

⁵⁶ Articolo 2 Protocollo (N.21): "In conseguenza dell'articolo 1 e fatti salvi gli articoli 3, 4 e 6, nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di detto titolo, nessuna disposizione di accordi internazionali conclusi dall'Unione a norma di detto titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure è vincolante o applicabile nel Regno Unito o in Irlanda; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo le competenze, i diritti e gli obblighi di tali Stati; e nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo l'*acquis* comunitario e dell'Unione né costituisce parte del diritto dell'Unione, quali applicabili al Regno Unito o all'Irlanda."

⁵⁷ Articolo 3 Protocollo (N.21).

dell'asilo nella loro prima fase, ad alcune misure che riguardano l'immigrazione irregolare, a quasi nessuna misura nel campo dei visti di ingresso e dell'immigrazione legale. Per quanto riguarda la partecipazione all'*acquis* Schengen, Irlanda e Regno Unito possono scegliere di applicare solo una parte di tali regole:⁵⁸ anche in questo caso hanno scelto di partecipare alle misure che riguardano il controllo dell'immigrazione irregolare, ma non a quelle su controllo delle frontiere, ingressi e visti.

Parzialmente differenziata è la posizione della Danimarca, il cui regime di esclusione dall'applicazione del Titolo V è sancito dal Protocollo n. 22 e, per quanto riguarda l'*acquis* Schengen, dall'articolo 3 del Protocollo di Schengen. La Danimarca quindi non partecipa alla procedura legislativa di adozione degli atti né i suoi "diritti e obblighi e competenze"⁵⁹ possono essere toccati o modificati dal Titolo V. Ad differenza di Irlanda e Regno Unito, tuttavia, la Danimarca non ha la possibilità di partecipare alle singole misure di volta in volta adottate nelle materie del Titolo V: è esclusa nei suoi confronti la facoltà di *opt-in*.

1.4 L'immigrazione irregolare nelle politiche e nel diritto dell'Unione Europea

L'attenzione al fenomeno dell'immigrazione irregolare⁶⁰ è storicamente ben radicato nell'*humus* delle relazioni trans-frontaliere degli Stati, tanto che si trovano riferimenti all'opportunità di promuovere azioni in questa materia già prima della stipulazione dei Trattati di Maastricht e di Amsterdam, quando ancora l'immigrazione non faceva formalmente parte degli interessi dell'Unione. La preoccupazione nei confronti del fenomeno degli irregolari era infatti una delle conseguenze dei movimenti migratori dei lavoratori infra-europei, mentre solo in un secondo momento l'attenzione si è spostata sui cittadini di paesi terzi. Fin dagli anni '60 del 1900 la politica condotta nei confronti dell'immigrazione irregolare mostrava un approccio basato sull'assunto che la libertà di movimento - dei lavoratori e dei cittadini degli Stati Membri prima, e di ogni individuo

⁵⁸ Articolo 4 Protocollo di Schengen.

⁵⁹ Articolo 2 Protocollo (N. 22) sulla posizione della Danimarca.

⁶⁰ Giova sottolineare come nei documenti ufficiali delle istituzioni europee l'espressione "immigrazione irregolare" - sul cui significato ci si è già soffermati - si sia affermata solo a partire da poco più di cinque anni, mentre prima l'immigrazione degli irregolari era definita come "illegale" o "clandestina".

legalmente residente sul territorio dell'Unione poi - si potesse raggiungere soltanto combattendo in maniera efficace l'ingresso e la presenza dei migranti irregolari.⁶¹

D'altro canto, mantenendo ferma tale impostazione di fondo nel corso dei decenni, l'approccio della Commissione Europea e del Consiglio si è via via spostato da una situazione di precario equilibrio tra esigenze di tutela della sicurezza e quelle di protezione dei diritti delle persone coinvolte, ad un contesto in cui i diritti umani⁶² sono spesso sacrificati ad esigenze "securitarie".⁶³ Durante gli anni '70 e '80, nonostante la prima crisi occupazionale nel mercato del lavoro, diretta conseguenza della crisi petrolifera del 1973, le proposte della Commissione europea in materia di immigrazione irregolare si concentravano su misure di contrasto all'impiego illegale dei lavoratori provenienti da Stati Terzi, per combattere gli effetti economici distorsivi del mercato nero e dell'economia illegale, ma anche sulla tutela dei diritti di tali lavoratori.⁶⁴ Al contrario, a partire dal nuovo millennio, in particolare a seguito dell'11 settembre 2001, si è manifestata una svolta nelle politiche dell'Unione Europea, che si sono concentrate maggiormente sul controllo alle frontiere e sugli strumenti dell'espulsione e del rimpatrio dei migranti stessi.⁶⁵ Con il "Programma di Tampere" del 1999 i capi di Stato ribadirono

⁶¹ R. Cholewinski, "The EU acquis on irregular migration ten years on", in E. Guild, P. Minderhoud (a cura di) *The first decade of EU Migration and Asylum Law*, Martinus Hijhoff, 2012, p. 175.

⁶² Molte sono le problematiche relative ai diritti umani che vengono sollevate dalle politiche nazionali ed europee in materia di irregolari. In particolare: il diritto a cercare asilo e protezione internazionale, il diritto alla libertà in rapporto alla detenzione e i diritti legati alle condizioni di detenzione; i diritti procedurali legati alla fase dell'espulsione; i diritti sociali e il principio della dignità sempre in rapporto all'esecuzione dell'espulsione. S. Peers, 2011, p. 500.

⁶³ R. Cholewinski, in E. Guild, P. Minderhoud, 2012, pag. 128. L'autore per altro critica tale approccio, denunciando la mancanza di un approccio più completo e comprendente diverse esigenze e argomentando che una impostazione basata soltanto sugli aspetti legati alla sicurezza non potrà risolvere il problema dell'immigrazione irregolare sul lungo periodo. Si veda anche Collet, quando afferma che "*while security and control have arguably always dominated the immigration and asylum agenda, the trend toward reactive policies aimed at "fixing problems" suggests that the European Union is being distracted from longer-term perspectives*". E. Collet, *The European Union's Stockholm Program: Less Ambition on Immigration and Asylum, But More Detailed Plans*, 12 gennaio 2010, www.migrationpolicy.org.

⁶⁴ Si vedano, tra gli altri, le "*Guidelines for a community policy on migration*" in cui la Commissione delinea quattro punti programmatici per la lotta all'immigrazione irregolare: "*The proposal aims at: - the strengthening of cooperation between the Member States in the campaign against illegal migration and clandestine employment; - the adoption of appropriate penalties; - the fulfilment of employers' obligations; - the protection of workers' rights relating to the work they have already carried out.*". COM (85), 48 def., Bruxelles, 1985.

⁶⁵ Per quanto riguarda l'approccio della Commissione, esso emerge ad esempio dalla "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europea sulla politica comune in materia di immigrazione illegale" del 15 novembre 2001, che si apre statuendo che "La prevenzione ed il contrasto dell'immigrazione clandestina costituiscono elementi fondamentali della politica comune globale dell'Unione europea in materia di asilo e di immigrazione" e prosegue facendo riferimento alla "necessità di una politica comune globale in materia d'immigrazione, che tenga conto dell'evoluzione economica e demografica dell'Unione europea. L'immigrazione dovrebbe aver luogo secondo chiare procedure giuridiche che consentano di gestire efficacemente i flussi migratori e di evitare le distorsioni della concorrenza: l'ingresso o il soggiorno

che la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione sarebbe stato uno degli obiettivi politici principali da perseguire negli anni successivi, da realizzarsi tramite "un controllo coerente alle frontiere esterne per arrestare l'immigrazione clandestina e combattere coloro che la organizzano commettendo i reati internazionali ad essa collegati."⁶⁶ Il Consiglio si disse poi determinato ad "affrontare alla radice l'immigrazione illegale, soprattutto contrastando coloro che si dedicano alla tratta di esseri umani e allo sfruttamento economico dei migranti. Esso chiede di adottare norme che prevedano sanzioni severe contro tale grave reato. (...)". La Commissione si focalizza successivamente tanto sullo sviluppo di misure specifiche per combattere l'immigrazione irregolare,⁶⁷ quanto sull'adozione di un approccio di ampio raggio e comprensivo: con la Comunicazione del 2001 vennero identificate sei aree tematiche su cui operare nel contrasto all'immigrazione irregolare e si sottolineò la necessità di bilanciare il diritto degli Stati di decidere sull'ammissione con il rispetto dei diritti fondamentali di coloro che, pur entrando irregolarmente, cercano protezione internazionale. Tale documento è stato completato da un Piano di Azione maggiormente dettagliato quanto alle azioni concrete da portare avanti, promosso dal Consiglio l'anno successivo.⁶⁸ L'agenda politica in materia di immigrazione e asilo venne poi aggiornata con il "Programma dell'Aia" redatto dal Consiglio europeo nel 2004, che, adottato poco dopo gli atti terroristici dell'11 settembre, sancì la priorità del rafforzamento della sicurezza nell'Unione e negli Stati Membri.⁶⁹ A tale programma fece seguito la "Comunicazione della Commissione sulle

illegali non dovrebbero trasformarsi nella desiderata forma di soggiorno permanente. Nel mercato legale del lavoro si registra una crescente necessità non soltanto di lavoratori altamente qualificati, ma anche di lavoratori poco qualificati. In ogni caso, le persone in soggiorno irregolare non possono essere considerate un serbatoio dal quale attingere per fare fronte alla scarsità di manodopera, anche se occorre riconoscere che la possibilità di avere accesso ad un lavoro non dichiarato possa costituire il principale "fattore di attrazione" per potenziali migranti. Ciononostante, l'apertura o la riapertura di canali legali d'immigrazione non possono essere considerate la soluzione di tutti i problemi attinenti all'immigrazione clandestina." COM (2001), 672 def., Bruxelles, 2001.

La stessa svolta in senso repressivo e rispondere ad esigenze di tutela della sicurezza è ben testimoniato dall'adozione da parte del Consiglio Europeo del Programma dell'Aia del 2004, su cui si veda in seguito e in S. Carrera, in E. Guild, P. Minderhoud, 2012, p. 236.

⁶⁶ Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999.

⁶⁷ Esempi sono il "Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati Membri", COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002; la "Comunicazione della Commissione su una politica comunitaria in materia di rimpatrio delle persone illegalmente soggiornanti", COM (2002), 564 def., Bruxelles, 2002. Per una più approfondita analisi si veda R. Pisillo Mazzeschi, "Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina", in U. Leaza (a cura di), *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. 345-389.

⁶⁸ GU, C/142/23, 14 giugno 2002, pp. 23-36.

⁶⁹ Il Programma dell'Aia si apre considerando che "La sicurezza dell'Unione europea e dei suoi Stati membri ha assunto nuova urgenza, soprattutto alla luce degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001

priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di paesi terzi” del 2006,⁷⁰ in cui, pur essendo sempre presente un riferimento ai dei diritti umani,⁷¹ l'attenzione si focalizzò sul rafforzamento dell'azione comunitaria ai fini di far rispettare le regole in materia di immigrazione irregolare, pena la perdita di credibilità dell'azione comune dell'UE in tale settore. La Commissione individuò poi nove settori prioritari – ampliando i sei identificati nel 2001 – in cui agire per prevenire e contrastare l'immigrazione degli irregolari: cooperazione con i paesi terzi, gestione integrata delle frontiere esterne, lotta contro la tratta degli esseri umani, sicurezza dei viaggi e dei documenti di identità, regolarizzazioni, lotta al lavoro clandestino, politica di rimpatrio, lo scambio di informazioni, il ruolo dei vettori.

Durante gli anni più recenti, infine, meritano di essere ricordati, da un lato, il programma quinquennale di Stoccolma,⁷² che a partire dal 2009 ha sostituito quello dell'Aia, e le Linee guida redatte dal Consiglio europeo nel 2014;⁷³ dall'altro la recente Agenda europea sull'immigrazione, presentata dalla Commissione il 13 maggio 2015.⁷⁴ Il primo documento menzionato riporta al centro del dibattito europeo la questione della tutela dei diritti umani, della protezione delle vittime di tratta e della lotta al traffico di migranti - con una attenzione particolare al tema dei minori non accompagnati; al tempo stesso ribadisce la centralità della politica di rimpatrio nella “lotta all'immigrazione clandestina”.⁷⁵ Nel 2014 il Consiglio si è invece limitato ad adottare, al posto di un nuovo

negli Stati Uniti e dell'11 marzo 2004 a Madrid. I cittadini dell'Europa si aspettano legittimamente che l'Unione europea, pur garantendo il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, assuma un approccio comune più efficace di fronte a problemi trans-frontalieri come la migrazione clandestina, la tratta di esseri umani, il terrorismo e la criminalità organizzata nonché la prevenzione di questi fenomeni. In particolare nel campo della sicurezza, il coordinamento e la coerenza tra la dimensione interna e quella esterna hanno assunto un'importanza crescente e devono continuare ad essere perseguiti con determinazione”. GU, C/53/01, 3 marzo 2005, pp. 1-15.

⁷⁰ COM (2006), 402 def., Bruxelles, 2006. Tale Comunicazione si propone di fare il punto sull'approccio politico complessivo all'immigrazione irregolare, cinque anni dopo una simile Comunicazione in materia e a seguito dell'adozione del Programma dell'Aia.

⁷¹ “I diritti fondamentali vanno tutelati e rafforzati. Ai migranti in situazione irregolare si deve riservare un trattamento degno e umano, in particolare perché essi sono spesso vittime di reti di trafficanti e sono sfruttati da datori di lavoro. È quindi necessario esaminare ogni iniziativa legislativa in questo campo, per valutarne le ripercussioni sui diritti fondamentali. Ogni limitazione deve rispettare la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e quindi deve ottemperare alla legge ed essere necessaria in una società democratica.”. COM (2006), 402 def., Bruxelles, 2006, p. 3.

⁷² GU, C 115/1, 4 maggio 2010, pp.1-38.

⁷³ GU, C/240, 24 luglio 2014, pp. 13-15.

⁷⁴ COM (2015), 240 def., Bruxelles, 2015.

⁷⁵ “Elemento fondamentale di un buon sistema di gestione della migrazione all'interno dell'Unione è una politica di rimpatrio efficace e sostenibile. L'Unione e gli Stati membri dovrebbero intensificare gli sforzi

piano quinquennale, alcune linee guida generali, che si propongono non tanto di innovare negli obiettivi e nelle prassi, quanto piuttosto di consolidare gli strumenti politici e normativi già esistenti: per quanto riguarda l'immigrazione irregolare si rilancia la necessità della cooperazione con i paesi di origine per affrontare le cause che provocano le migrazioni dei cittadini di paesi terzi. L'attenzione si sposta in parte dalla "lotta all'immigrazione clandestina", per affrontare le cause strutturali che determinano i flussi migratori nell'ambito più vasto dell'azione esterna dell'Unione, ben delineata già dal GAMM (*Global Approach to Migration and Mobility*) nel 2011.⁷⁶ Le linee guida del Consiglio, adottate in un periodo storico di forte pressione su alcuni Stati Membri per quanto riguarda gli immigrati irregolari e i richiedenti asilo - spesso le categorie sono sovrapponibili - sono state criticate in dottrina per l'incapacità di tenere in dovuta considerazione la situazione e il contesto storico, fallendo così nella proposta di azioni concrete e decisive in materia.⁷⁷ Infine, l'Agenda rilasciata dalla Commissione nel maggio 2015 si concentra sia sugli obiettivi da conseguire a breve termine, focalizzandosi in particolare sul sistema d'asilo europeo, sia su soluzioni per il medio-lungo termine. Per quanto riguarda l'immigrazione irregolare, se da un lato viene evidenziata la necessità di aprire vie legali di ingresso per evitare quello irregolare, dall'altro viene posta l'attenzione su controlli più severi ai confini, con un ruolo potenziato di Frontex in materia di respingimenti e financo di rimpatri,⁷⁸ cosa che aumenterebbe, invece di ridurre, il rischio della gestione dei flussi migratori da parte di trafficanti e organizzazioni criminali.⁷⁹ In conclusione, l'approccio politico restrittivo e ispirato all'esigenza di tutela

per rimpatriare i cittadini di paesi terzi in soggiorno illegale. Le risorse finanziarie necessarie dovrebbero essere destinate a tal fine. Questa politica deve essere attuata nel pieno rispetto del principio di «non-refoulement», dei diritti e delle libertà fondamentali e della dignità delle persone rimpatriate. Dovrebbe essere privilegiato il rimpatrio volontario, pur riconoscendo l'esigenza inevitabile di mezzi efficaci per attuare i rimpatri ove necessario". GU, C/115/1, 4 maggio 2010, p. 2. Per una dettagliata analisi del Programma di Lisbona si veda E. Collet, 2010.

⁷⁶ COM (2011), 743 def., Bruxelles, 2011.

⁷⁷ E. Collet, *The EU's Strategic Guidelines on Migration: Uncontentious Consensus, But Missed Opportunity*, Commentary on Migration Policy Institute, luglio 2014, www.migrationpolicy.org.

⁷⁸ "Frontex offre attualmente un notevole sostegno agli Stati membri, ma occorre rafforzarne il mandato per aumentare la sua capacità di fornire un'assistenza operativa globale. Sulla base della valutazione in corso, che dovrà concludersi quest'anno, la Commissione proporrà di modificare la base giuridica di Frontex per potenziarne il ruolo in materia di rimpatrio." COM (2015), 240 def., Bruxelles, 2015.

⁷⁹ Si veda al proposito l'opinione espressa dall'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI) nel commento all'Agenda: "*The growing emphasis on tough measures against irregular immigration at ports, airports and inland borders crossings, where large resources are injected, is likely to have an effect on the deterioration of the current dramatic situation of violence and subjugation faced by migrants from criminal organizations, as opposed to the fight against organized crime. Criminal organizations must be fought in the field of legislative policy choices where efforts should be directed at increasing the possibilities for*

della sicurezza e dell'ordine pubblico,⁸⁰ che fa del rimpatrio e degli accordi di riammissione i propri cavalli di battaglia, continua ad essere promosso dalle istituzioni europee – non solo quelle maggiormente rappresentative degli interessi degli Stati Membri, ma anche da parte della stessa Commissione⁸¹ – senza che venga proposto un nuovo e diverso approccio che tenga in considerazione il fenomeno dell'immigrazione irregolare in connessione con la politica sull'asilo da un lato e l'immigrazione legale dall'altro.⁸²

1.5 Gli strumenti elaborati a livello dell'UE per affrontare l'immigrazione irregolare

Lo sviluppo delle politiche in materia di immigrazione irregolare, basato sui documenti programmatici del Consiglio europeo, sulle Comunicazioni e sui Report della

legal access to the EU territory". ASGI, Protecting people not borders - Observations and Recommendations issued by Asgi on the European Agenda on Migration, 6 giugno 2015, www.asgi.com.

⁸⁰ Esempiativo al proposito è l'orientamento adottato sulla detenzione degli immigrati irregolari in attesa di essere identificati e espulsi: la detenzione dei migranti può e deve essere applicata, e qualora non sia possibile farlo nei centri di detenzione amministrativi, questo può avvenire anche in carcere. Tale orientamento è espresso ad esempio da Dimitris Avramopoulos, Commissario europeo per l'immigrazione, e gli affari interni, nella lettera inviata ai Ministri nazionali nel giugno 2015. Per una analisi critica di tale approccio si veda S. Peers su Statewatch.org, dove sostiene che *"taken together, the loss of these protections will mean that irregular migrants, including irregular migrant families, will not only be detained in ordinary prisons, but mixed in with the ordinary prison population of convicted criminals and those awaiting trial for serious crimes. Moreover, their capacity to challenge their detention by means of judicial review will be severely curtailed. Coupled with the recent Commission paper offering guidelines for using force, including against pregnant women, on migrants who refuse to be fingerprinted, this represents a significant turn in EU policy - turning toward direct and indirect threats of physical violence to control their behavior and induce them to leave. To say the least, this is hard to square with the EU's frequent professions of support for the human rights and decent treatment of migrants."* S. Peers, *Jailing migrant families together with convicted criminals: A desperate EU policy to deter irregular migration*, 23 giugno 2015, www.statewatch.org.

⁸¹ Una riflessione attenta sull'agenda politica proposta dalla Commissione e sulle reazioni delle istituzioni europee è stata portata avanti da Peers all'interno del blog "EU law analysis"; si veda in particolare l'opinione dell'autore quando afferma: *"It seems that there is a quid-pro-quo between a more generous policy on asylum and a more restrictive policy on irregular migration. Certainly this part of the conclusions shows the importance of implementation of EU law by the Member States. The Commission has committed itself to encouraging Member States to apply the [Return] Directive as restrictively as possible."* (S. Peers, *EU migration policy: comments on the results of the latest European Council*, 29 giugno 2015, www.eulawanalysis.blogspot.co.uk).

⁸² L'approccio iniziale e programmatico dell'Agenda del 2015 sembra andare in questa direzione, affermando *"Un quadro chiaro e ben attuato delle vie di accesso legali all'UE (attraverso efficienti sistemi di asilo e dei visti) ridurrà i fattori che spingono all'ingresso e al soggiorno irregolari, contribuendo a migliorare la sicurezza sia delle frontiere europee che dei flussi migratori"*. D'altronde le misure cui si fa riferimento per quanto riguarda i singoli settori non sono innovative né propongono soluzioni concrete per andare in questa direzione.

Commissione, è stato accompagnato da una cospicua attività normativa in materia.⁸³ In particolare, come per il più ampio settore di giustizia e affari interni, meritano di essere ricordati i passaggi fondamentali che hanno condotto all'uropeizzazione della materia: a) il Trattato di Amsterdam, che ha segnato il passaggio dalla fase intergovernativa, in cui sono stati adottati per lo più atti di soft law⁸⁴ a quella comunitaria, caratterizzata da una più proficua attività normativa nell'ambito dell'immigrazione irregolare;⁸⁵ b) il passaggio nel 2004 alla procedura legislativa di co-decisione tra Parlamento e Consiglio e all'autonomo potere di iniziativa della Commissione; c) il Trattato di Lisbona che ha disciplinato la materia in maniera più completa, aggiungendo alla precedente previsione dell'articolo 63, p.3 lett. c del TCE,⁸⁶ un riferimento alla tratta di esseri umani e al potere esterno dell'Unione in materia di accordi di riammissione.⁸⁷ L'articolo 79 TFUE attualmente prevede che Parlamento e Consiglio possano legiferare secondo la procedura ordinaria su “c) immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; d) lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori”. Con il Trattato di Lisbona, inoltre, sono state comunitarizzate anche le materie della cooperazione di polizia e quella giudiziaria in materia penale: quest'ultima è di particolare interesse ai fini della presente indagine in quanto il potere di imporre sanzioni penali con riguardo ad alcuni aspetti della

⁸³ Per un completo e analitico prospetto delle misure adottate tanto in ambito politico quanto in quello normativo si vedano S. Peers, 2011, pag. 504 e G. Papagianni, *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, Martinus Nijhoff, 2006, p. 150.

⁸⁴ Si vedano ad esempio le “Raccomandazione del Consiglio del 22 dicembre 1995 sull'armonizzazione dei mezzi di lotta contro l'immigrazione clandestina e il lavoro illegale e il miglioramento dei mezzi di controllo previsti a tale scopo” e le “Raccomandazione del Consiglio del 22 dicembre 1995 relativa alla concertazione e alla cooperazione nell'attuazione delle misure di espulsione”, in GU, C/5, 19 gennaio 1996, pp. 1-7. Si vedano anche le Comunicazioni relative agli accordi di riammissione, in GU, C/274, 19 settembre 1996, pp. 20-25.

⁸⁵ È fondamentale ricordare anche che già con il Trattato di Amsterdam si ebbe l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro normativo europeo: nel settore dell'immigrazione irregolare questo dato è tanto più importante se si tiene conto del fatto che molte misure in materia di immigrazione irregolare erano contenute nella Convenzione di Schengen e sono poi state approfondite e più compiutamente sviluppate nel contesto europeo sotto il cappello degli artt. 62 e 63 TCE. Gli articoli 23 e 24 della Convenzione si occupavano dello status delle persone illegalmente presente sul territorio e della loro espulsione; l'articolo 26 prevedeva sanzioni contro i vettori; l'articolo 27, sanzioni contro chi facilitasse l'ingresso o il soggiorno irregolare degli stranieri.

⁸⁶ L'articolo, al punto 3, recitava così: “Misure in materia di politica dell'immigrazione nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare, b) immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare.”

⁸⁷ Articolo 79 par. 2, lett. c e d; Articolo 79 par. 3.

politica sull'immigrazione irregolare⁸⁸ è oggi coperto dall'articolo 83.⁸⁹ Un'importante innovazione apportata dal Trattato, infine, è stata quella sulla competenza della Corte di Giustizia in materia di rinvio pregiudiziale, modifica idonea a portare all'aumento dei giudizi della CGUE sulle norme che riguardano gli stranieri irregolari, con una ulteriore armonizzazione della materia tra gli Stati Membri e la possibilità di chiarire i casi di dubbia interpretazione.⁹⁰

Da un punto di vista strettamente normativo, la legislazione europea in materia è frammentata e differenziata (comprende infatti Direttive, Regolamenti, Decisioni, Raccomandazioni) e si possono ritrovare norme sull'immigrazione irregolare in vari settori e ambiti diversi (ad esempio tra le norme che si occupano di visti, ingressi e controllo delle frontiere o tra quelle che regolano il traffico e la tratta di esseri umani). A partire dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, le principali misure adottate hanno riguardato: le sanzioni contro coloro che facilitano l'ingresso o il soggiorno irregolare di migranti, le sanzioni contro i datori di lavoro che assumono lavoratori di Stati terzi il cui soggiorno è irregolare, misure restrittive riguardanti i vettori, il traffico di migranti e la tratta, la cooperazione per le espulsioni per vie aerea, per mare e per terra, lo scambio di informazioni tra i funzionari nel settore (tramite l'ICONet) e dei dati dei passeggeri, l'espulsione e la detenzione dei migranti irregolari, la stipulazione di accordi di riammissione con Stati terzi, l'istituzione di un fondo destinato a finanziare i rimpatri. La maggior parte delle Direttive e Regolamenti in questo settore è stata adottata tra il 2000 e il 2009, secondo la procedura legislativa prevista in materia dal Trattato di Amsterdam. Per concludere si può osservare che nell'ultimo decennio anche dal punto di vista legislativo, così come per l'ambito politico, non si è assistito ad una innovazione sostanziale nei contenuti e nelle misure da adottare a livello europeo, e le istituzioni si sono limitate a reiterare e promuovere una maggiore e più armoniosa applicazione degli strumenti già esistenti, che verranno sinteticamente illustrati nei successivi paragrafi.

⁸⁸ Ad esempio in caso di tratta e traffico di esseri umani.

⁸⁹ Articolo 83 par. 1 TFUE: "1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata."

⁹⁰ Il bilancio, in questo senso è positivo, in quanto, soltanto in riferimento alla Direttiva Rimpatri, sono state pronunciate già 20 sentenze dal 2011 ad oggi.

1.5.1 La prevenzione dell'immigrazione irregolare e le sanzioni nei confronti dei vettori

Per completezza espositiva e con l'obiettivo di evidenziare l'ampio spettro delle competenze e dei poteri dell'Unione in materia di immigrazione irregolare, prima di passare all'analisi dettagliata della fase dell'espulsione, verranno illustrate le varie altre misure di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare. Il primo ambito all'interno del quale gli Stati Membri riuscirono ad accordarsi per affrontare il fenomeno dell'immigrazione irregolare fu quello della prevenzione dell'ingresso e/o soggiorno dei migranti irregolari. Del resto, la prevenzione si pose fin da subito come obiettivo privilegiato, in quanto evitare l'ingresso irregolare sarebbe stato più facile e meno costoso che espellere coloro che erano già presenti nel paese. Le misure pratiche per il raggiungimento di tale obiettivo si concretarono nell'imposizione di sanzioni per quei soggetti che avrebbero potuto agevolare e facilitare l'ingresso o il soggiorno irregolare, come le compagnie di trasporto, i trafficanti, o i datori di lavoro. Tale settore di intervento, infatti, è stato fin da subito caratterizzato dalla volontà di prevedere per gli Stati Membri obblighi repressivi nei confronti di determinati comportamenti: quasi mai vengono esplicitamente previsti obblighi di criminalizzazione, ma in molti casi è imposta l'applicazione di sanzioni, che possono anche assumere la natura di sanzioni penali.

La prima categoria di soggetti disciplinata a livello comunitario in materia di immigrazione irregolare, è quella dei vettori che si occupano del trasporto di persone via mare, via terra o per vie aeree. Il controllo della regolarità o meno dei cittadini di Stati terzi che entrano nell'Unione viene così allocato anche a compagnie private, le cui verifiche sui passeggeri si affiancano ai controlli statali alle frontiere esterne.⁹¹ Obblighi e responsabilità a carico dei vettori furono inizialmente previsti dall'articolo 26 della Convenzione di Schengen, che lasciava però agli Stati Membri la libertà di determinazione della natura, delle modalità e della severità delle sanzioni nei confronti dei vettori che avessero trasportato verso il territorio di uno Stato contraente "stranieri

⁹¹ Si veda R. Cholewinski, in E. Guild, P. Minderhoud, 2012, pp. 150 e G. Menz, *Neoliberalism, Privatisation and the Outsourcing of Migration Management: A Five Country Comparison*, in "Competition and Change", Vol.15, n.2, 2011, pp. 116-135.

non in possesso dei documenti di viaggio richiesti”.⁹² Tale ambito è stato poi armonizzato dalla Direttiva 2001/51/CE,⁹³ che contiene previsioni simili a quelle della Convenzione e aggiunge alcuni elementi di coordinamento e uniformità. In primo luogo le previsioni dell’articolo 26 si devono applicare quando l’ingresso viene “negato al cittadino di un paese terzo in transito, qualora: a) il vettore che avrebbe dovuto trasportarlo nel paese di destinazione rifiuti di imbarcarlo; o b) le autorità dello Stato di destinazione gli abbiano negato l’ingresso o lo abbiano rinvio nello Stato membro attraverso il quale è transitato”.⁹⁴ Inoltre, per quanto riguarda le sanzioni, intese qui come sanzioni di natura pecuniaria, si prevede che esse siano *dissuasive, efficaci e proporzionate* e vengono determinati gli importi minimi e massimi applicabili.⁹⁵ Inoltre viene ricordato che “Il paragrafo 1 [relativo alle sanzioni] non pregiudica gli obblighi degli Stati membri in caso di richiesta di protezione internazionale da parte di un cittadino di un paese terzo.”;⁹⁶ al proposito è opportuno notare che il testo iniziale della proposta conteneva una esplicita previsione di non punibilità per il vettore nel caso in cui “il cittadino di un paese terzo sia ammesso nel territorio a titolo d’asilo”⁹⁷ e che la sostituzione con il testo finale presenta una maggiore ambiguità, criticabile dal punto di vista della tutela dei richiedenti asilo.⁹⁸ A completamento della normativa sui vettori deve poi essere ricordata la Direttiva 2004/82/CE, che riguarda l’obbligo dei vettori di comunicare i dati delle persone trasportate, rinforzando il ruolo giocato dalle compagnie di trasporto nell’esecuzione e nell’imporre il rispetto delle norme sull’immigrazione.⁹⁹

Un ruolo operativo molto importante, nella prevenzione dell’immigrazione irregolare, è infine giocato dagli ispettori e funzionari che operano all’estero, in contatto con le autorità dello Stato ospitante (cd. funzionari di collegamento incaricati dell’immigrazione). La loro funzione è stata formalizzata con il Regolamento 2004/377 del Consiglio,¹⁰⁰ che

⁹² Convenzione sull’applicazione del Trattato di Schengen, Articolo 26 par. 2.

⁹³ Direttiva 2001/51/CE del Consiglio del 28 giugno 2001 che integra le disposizioni dell’articolo 26 della convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen del 14 giugno 1985.

⁹⁴ Direttiva 2001/51/CE, Articolo 2.

⁹⁵ Direttiva 2001/51/CE, Articolo 4, par. 1.

⁹⁶ Direttiva 2001/51/CE, Articolo 4, par. 2.

⁹⁷ GU, C 269/8, 20 settembre 2000, pp. 8-10.

⁹⁸ Si veda l’opinione di Peers, secondo il quale tale previsione potrebbe avere come conseguenza quella di scoraggiare i vettori dal trasportare i richiedenti asilo, con il rischio che essi si rivolgano a vie illegali di ingresso. In S. Peers, 2011, p. 532 e 533.

⁹⁹ S. Peers, 2011, p. 533/534 e G. Cellamare, 2011, p. 30. La Direttiva

prevede espressamente che le informazioni relative ai passeggeri sono forniti su richiesta delle autorità incaricate del controllo delle persone alle frontiere esterne dell’UE, per migliorare le verifiche e contrastare efficacemente l’immigrazione irregolare.

¹⁰⁰ Regolamento 2004/377/CE del 19 febbraio 2004, relativo alla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell’immigrazione.

disciplina le loro mansioni e i loro poteri, nonché il funzionamento del network da loro formato. A partire dal 2006 la Commissione ha ripetutamente suggerito l'opportunità di una modifica al Regolamento per permettere che anche l'agenzia europea Frontex potesse mandare i propri funzionari agli incontri periodici di tale network.

1.5.2 Il traffico di migranti e la tratta di esseri umani

Un'altra categoria di persone nei cui confronti sono state previste sanzioni è quella di chi favorisce l'immigrazione irregolare: l'obiettivo di queste sanzioni è quello di prevenire e contrastare il traffico di migranti.¹⁰¹ Anche in questo caso la prima misura normativa adottata risale alla Convenzione di Schengen: all'articolo 27 si prevede che "Le Parti contraenti si impegnano a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso e al soggiorno degli stranieri". Tale previsione, insieme ad ulteriori misure aggiuntive, è poi stata fatta propria dal quadro istituzionale europeo con la Direttiva 2002/90/CE,¹⁰² accompagnata dalla Decisione Quadro 2002/496/GAI.¹⁰³ La Direttiva si propone di armonizzare le legislazioni degli Stati Membri attraverso la precisa definizione degli illeciti e delle circostanze esimenti, al fine di "combattere il traffico di migranti e il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina".¹⁰⁴ Nonostante non venga esplicitamente imposto di qualificare l'illecito come penale, ma la preferenza delle istituzioni europee in questo senso di evince dal contenuto della direttiva (si veda ad

¹⁰¹ Bisogna preliminarmente operare una distinzione concettuale tra traffico di migranti e tratta di esseri umani. Questa distinzione a livello europeo è riflessa nelle definizioni contenute nell'allegato alla convenzione che stabilisce l'Europol (in GU, C 316/2, 29 novembre 1995, pp.1-33), ove si fa riferimento da un lato alle "azioni intese ad agevolare deliberatamente, a scopo di lucro, l'ingresso e il soggiorno o il lavoro nel territorio degli Stati membri dell'Unione europea, in violazione delle leggi e delle condizioni applicabili negli Stati membri" (traffico clandestino di immigrazione) e dall'altro al "fatto di sottoporre una persona al potere reale e illegale di altre persone ricorrendo a violenze o a minacce o abusando di un rapporto di autorità o mediante manovre, in particolare per dedicarsi allo sfruttamento della prostituzione altrui, a forme di sfruttamento e di violenza sessuale nei confronti di minorenni o al commercio connesso con l'abbandono dei figli" (tratta di esseri umani). Una distinzione simile è utilizzata dai Protocolli addizionali alla "Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale" che riguardano l'uno la lotta al traffico di migranti via terra, via mare e via aria e l'altro la prevenzione e repressione della tratta di persone, in particolare donne e bambini.

¹⁰² Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

¹⁰³ Decisione Quadro 2002/946/GAI del Consiglio del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

¹⁰⁴ Direttiva 2002/90/CE, Preambolo

esempio il riferimento a complici, istigatori e al caso del tentativo). Si prevedono due distinte forme di illecito: la prima consiste nell'aiutare intenzionalmente una persona "che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri",¹⁰⁵ senza prevedere tuttavia che tale favoreggiamento debba essere commesso a scopo di lucro. La seconda riguarda coloro che, "a scopo di lucro", aiutino un cittadino di uno Stato terzo a "soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di tale Stato".¹⁰⁶ L'articolo 1 prevede infine una esimente di carattere umanitario,¹⁰⁷ la cui efficacia è tuttavia minata dal suo carattere opzionale e non obbligatorio: al 2014 tale esimente era stata applicata da un numero esiguo di Stati Membri.¹⁰⁸ La Direttiva impone poi che le sanzioni – come armonizzate dalla Decisione Quadro del 2002¹⁰⁹ – possano essere applicate non solo a chi commette l'illecito per se, ma anche agli istigatori, ai complici o in caso di tentativo. Se confrontate con le previsioni del "Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria",¹¹⁰ quelle della Direttiva si distinguono sotto alcuni profili sensibili, tra cui: la mancanza di una esplicita previsione di non criminalizzazione dei migranti per il fatto di essere stati fatti entrare illegalmente dai trafficanti¹¹¹ e la mancanza dell'elemento dello scopo di lucro per l'agevolazione dell'ingresso irregolare.¹¹² Le previsioni del Protocollo delle Nazioni Unite sembrano, in conclusione, maggiormente indirizzate a conseguire il giusto bilanciamento tra le esigenze di repressione della condotta illecita dei trafficanti e

¹⁰⁵ Direttiva 2002/90/CE, Articolo 1, par. 1, lett. a.

¹⁰⁶ Direttiva 2002/90/CE, Articolo 1, par. 1, lett. b

¹⁰⁷ "Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata", Direttiva 2002/90/CE, Articolo 1, par. 2

¹⁰⁸ Belgio, Italia, Finlandia, Grecia e Irlanda.

¹⁰⁹ Le sanzioni devono essere *effettive, proporzionali e dissuasive* e possono essere accompagnate dalla confisca del mezzo, dal divieto di esercitare l'attività professionale o dall'espulsione. Taluni illeciti perpetrati a scopo di lucro saranno passibili di pene privative della libertà, il cui massimo non può essere inferiore a 8 anni, quando sono commessi da un'organizzazione criminale o mettono in pericolo la vita delle persone che ne sono vittime.

¹¹⁰ Tale Protocollo infatti è stato adottato da tutti gli Stati Membri dell'Unione, con l'eccezione dell'Irlanda, ed è stato approvato dalla Comunità Europea con le Decisioni Quadro 2006/616/CE e 2006/617/CE del Consiglio.

¹¹¹ L'articolo 5 del Protocollo ONU dispone che "I migranti non diventano assoggettati all'azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all'articolo 6."

¹¹² Al contrario il Protocollo ONU, all'Articolo 3, definisce come traffico di migranti il "procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente".

quella di assicurare alle persone bisognose di protezione internazionale che possano effettivamente cercarlo. A tal proposito la Direttiva potrebbe essere emendata nel senso di uniformarla alle previsioni del documento delle Nazioni Unite e in quello di rendere obbligatoria e quindi più efficace l'esimente di carattere umanitario.¹¹³

Distinto dal fenomeno del traffico di migranti è quello della tratta di persone, che viene affrontato con strumenti distinti sia a livello di Unione Europea che dalle Nazioni Unite.¹¹⁴ La tratta è definita dal Protocollo ONU come “il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi”.¹¹⁵ Una simile definizione è stata recentemente impiegata dalla Direttiva 2011/36/UE,¹¹⁶ che ha sostituito una Decisione Quadro del Consiglio in materia.¹¹⁷ La prevenzione e lotta alla tratta di esseri umani, infatti, fu dapprima oggetto della cooperazione degli Stati Membri dell'Unione all'interno del terzo pilastro e poi integrato nella dimensione comunitaria con il Trattato di Lisbona; ad oggi, le misure per combattere la tratta sono adottate in conformità all'articolo 79 e all'articolo 83 TFUE. La recente Direttiva adottata congiuntamente dal Consiglio e dal Parlamento con l'obiettivo di avvicinare ulteriormente le legislazioni degli Stati Membri in tema di repressione della tratta, ha quindi realizzato una più perfetta corrispondenza tra la disciplina dell'UE e quella contenuta nel Protocollo ONU.¹¹⁸ In particolare l'articolo 2 riecheggia la definizione di cui sopra e include tra lo sfruttamento, oltre allo sfruttamento

¹¹³ S. Peers, 2011, pag.538 e R. Cholewinski, in E. Guild, P. Minderhoud, 2012, p. 157.

¹¹⁴ Alla tratta è dedicato lo specifico “Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children” (adottato il 15 Novembre 2000, entrato in vigore il 29 Settembre 2003) 2326 UNTS 208.

¹¹⁵ Articolo 3, lett.a del Protocollo sulla tratta.

¹¹⁶ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

¹¹⁷ Decisione Quadro 2002/629/GAI.

¹¹⁸ G. Cellamare, 2011, p. 19.

sessuale, la schiavitù e il lavoro forzato, altri servizi forzati come l'accattonaggio.¹¹⁹ Questi comportamenti sono qui esplicitamente classificati come reati, nei cui confronti le pene hanno chiara funzione repressiva. Per la prima volta, nella materia dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, viene imposto un generale obbligo di criminalizzazione idoneo ad ampliare le previsioni normative degli Stati in ambito penalistico. La Direttiva contiene poi previsioni sulla punibilità di istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo, sulle pene da infliggere, sulla responsabilità delle persone giuridiche e sulla giurisdizione degli Stati.¹²⁰ Particolarmente rilevanti sono infine le norme che riguardano le vittime di tratta: la previsione di non applicazione di sanzioni penali alle vittime costrette a compiere attività criminali come conseguenza della loro situazione - anche se è solo una regola opzionale per gli Stati; le misure a favore dell'assistenza e del sostegno alle vittime e alla loro tutela nel corso delle indagini e dei procedimenti penali; le previsioni di prevenzione del fenomeno.¹²¹

A completamento di tali normative sul traffico e sulla tratta di esseri umani viene in rilievo la Direttiva 2004/81/CE¹²² che prevede la possibilità di rilasciare un titolo di soggiorno alle vittime di tratta o ai migranti coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, anche se l'applicazione della Direttiva a questa seconda categoria di persone è soltanto opzionale.¹²³ Si prevede il rilascio di un permesso "di durata limitata e collegata alla lunghezza delle relative procedure nazionali",¹²⁴ che può essere concesso soltanto in seguito ad un cd. "periodo di riflessione"; la durata di quest'ultimo non è armonizzata, ma viene decisa dalle norme nazionali dei singoli Stati

¹¹⁹ Direttiva 2011/36/CE, Articolo 2: "1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili i seguenti atti dolosi: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento. 2. Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva e accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima. 3. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi. (...)".

¹²⁰ Direttiva 2011/36/UE, Artt. 3 - 10.

¹²¹ Direttiva 2011/36/UE, Artt. 8, 11 - 17.

¹²² Direttiva 2004/81/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti.

¹²³ Direttiva 2004/81/CE, Articolo 3, par. 2

¹²⁴ Direttiva 2004/81/CE, Articolo 1.

Membri. Durante tale periodo il cittadino dello Stato terzo può valutare se collaborare con le autorità giudiziarie o meno e in cui non può essere espulso.¹²⁵ Il conferimento del permesso di soggiorno è peraltro soggetto ad alcune condizioni: la volontà di cooperare da parte della vittima, l'opportunità presentata dalla proroga della sua permanenza nello Stato a fini istruttori e la rottura di ogni legame con chi potrebbe configurarsi come autore del reato.¹²⁶ La Direttiva in esame non si è mostrata particolarmente efficace nella lotta alla tratta, sia perché ha avuto una ridotta applicazione da parte dagli Stati Membri sia perché altre norme – come ad esempio il Protocollo ONU a cui l'Unione ha aderito – prevedono un regime più favorevole per le vittime di tratta.

1.5.3 Le misure nei confronti dei datori di lavoro

L'ultima categoria di persone prese in considerazione dall'Unione ai fini della prevenzione e del contrasto dell'immigrazione irregolare è quella dei datori di lavoro. Tali norme vengono in rilievo in quanto, da un lato, mirano a ridurre i "pull factors" che spingono i migranti a cercare lavoro in Europa al di fuori dei meccanismi legali e, dall'altro, riconoscono agli irregolari gli stessi diritti dei cittadini di Stati Terzi regolarmente soggiornanti, spingendo così i datori di lavoro a ricorrere maggiormente all'impiego di manodopera regolare.¹²⁷ Il riconoscimento a tutti i lavoratori migranti, compresi quelli irregolari, dei loro diritti fondamentali è stato promosso in primo luogo all'interno del contesto delle Nazioni Unite, con la Convenzione del 1990 sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie.¹²⁸ Nell'ambito dell'Unione Europea tale aspetto è regolato dalla Direttiva 2009/52/CE,¹²⁹ la quale prevede norme minime comuni per regolare gli obblighi dei datori di lavoro e le sanzioni ad essi imponibili, oltre che alcuni diritti, materiali e processuali, dei lavoratori

¹²⁵ Direttiva 2004/81/CE, Articolo 6.

¹²⁶ Direttiva 2004/81/CE, Articolo 8.

¹²⁷ G. Cellamare, 2011, pp. 36-40.

¹²⁸ Convenzione Internazionale sulla Protezione dei Diritti dei Lavoratori Migranti e delle Loro Famiglie, adottata dall'Assemblea Generale ONU con la Risoluzione 45/158 del 1990.

¹²⁹ Direttiva 2009/52/CE del Parlamento e del Consiglio del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

migranti.¹³⁰ Dal punto di vista degli illeciti, viene in primo luogo previsto il divieto di impiegare lavoratori irregolari;¹³¹ a tal proposito è opportuno notare che lo scopo della direttiva riguarda solo i migranti non regolarmente soggiornanti nello Stato Membro e non anche chi vi risiede legalmente ma eserciti una attività lavorativa non autorizzata.¹³² Vengono successivamente previsti specifici obblighi ulteriori per i datori di lavoro, quali la richiesta, il controllo e la conservazione di documenti e la notifica alle autorità competenti dell'inizio del rapporto di lavoro.¹³³ La Direttiva impone infine di criminalizzare, prevedendo quindi come reato, le situazioni in cui all'assunzione di un migrante in situazione irregolare si accompagnino alcune fattispecie considerate particolarmente gravi, cioè quando: "a) la violazione prosegue oppure è reiterata in modo persistente; b) la violazione riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; c) la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che, pur non essendo accusato o condannato per un reato di cui alla decisione quadro 2002/629/GAI, ricorre al lavoro o ai servizi del un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani; e) la violazione riguarda l'assunzione illegale di un minore".¹³⁴ Per quanto riguarda invece le sanzioni, la Direttiva prevede solo che esse siano *efficaci, proporzionate e dissuasive*, ma non viene operata tuttavia nessuna ulteriore armonizzazione a livello sanzionatorio, lasciando così la libertà agli Stati Membri nel prevedere le modalità e la misura delle sanzioni medesime.¹³⁵ Alla previsione di divieti e sanzioni per bandire l'assunzione di immigrati irregolari si accompagnano disposizioni che fanno leva sul riconoscimento di diritti ai lavoratori, quale mezzo per combattere l'immigrazione irregolare.¹³⁶ Queste norme hanno anche come obiettivo quello di rendere

¹³⁰ Prima dell'elaborazione di tale Diretta, in ogni caso, le istituzioni europee si erano già confrontate con l'aspetto dell'impiego del lavoro di stranieri irregolari; si vedano la ricostruzione di R. Pisillo Mazzeschi, in E. Triggiani, 2005, pp. 345-389.

¹³¹ Direttiva 2009/52/CE, Articolo 1: "La presente direttiva vieta l'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare al fine di contrastare l'immigrazione illegale. A tal fine essa stabilisce norme minime comuni relative a sanzioni e provvedimenti applicabili negli Stati membri nei confronti dei datori di lavoro che violano tale divieto."

¹³² Direttiva 2009/52/CE, Preambolo.

¹³³ Direttiva 2009/52/CE, Articolo 4.

¹³⁴ Direttiva 2009/52/CE, Articolo 9.

¹³⁵ Una delle ragioni della mancata armonizzazione è che al momento dell'adozione della Direttiva l'Unione non aveva le competenze per l'armonizzazione della disciplina delle sanzioni penali.

¹³⁶ I lavoratori possano chiedere il pagamento della retribuzione arretrata e il datore deve pagare un importo pari alle imposte e ai contributi che avrebbe versato in caso di assunzione legale; inoltre gli Stati sono tenuti

svantaggioso per il datore di lavoro l'assunzione irregolare al posto di quella legale.¹³⁷ Per quanto concerne l'impatto e gli effetti di tale Direttiva è opportuno notare che, se da un lato oggi molti Stati Membri prevedono sanzioni contro i datori di lavoro, dall'altro è fortemente carente la dimensione dell'esecutività di tali norme, che spesso non vengono fatte rispettare e restano quindi inefficaci.¹³⁸ Infine, nella Direttiva non è prevista alcuna possibilità di regolarizzazione dei migranti in situazione irregolare.

1.5.4 L'espulsione e gli accordi di riammissione

L'Unione Europea ha, in ultimo, ritenuto opportuno non limitare il suo intervento all'aspetto della prevenzione dell'immigrazione irregolare, ma intervenire anche nel settore dell'espulsione e dell'allontanamento dei migranti irregolari. L'espulsione è diventata il primo e principale strumento utilizzato a livello di Unione Europea per gestire l'immigrazione irregolare presente sul suo territorio.¹³⁹ L'espulsione deve avvenire in ogni caso nel rispetto dei diritti umani della persona coinvolta, elemento che è stato tenuto a livello formale in numerose direttive, ma con risultati ritenuti da parte di numerose ONG come non sufficienti né soddisfacenti.¹⁴⁰ Lo strumento principale che le istituzioni europee hanno predisposto per l'espulsione degli stranieri è la Direttiva Rimpatri,¹⁴¹ che verrà più diffusamente analizzata nei paragrafi e nei capitoli successivi. Qui di seguito

a mettere in atto meccanismi volti a garantire la possibilità di ottenere l'esecuzione di una sentenza per ottenere la retribuzione arretrata e ad informare adeguatamente i lavoratori migranti dei loro diritti.

¹³⁷ G. Cellamare, 2011, pp. 39.

¹³⁸ In materia di regolarizzazione infatti l'Unione si è raramente espressa o ha preso posizione, con l'eccezione della previsione, all'interno della Direttiva Rimpatri, della possibilità di garantire un permesso umanitario ai migranti irregolari. In ogni caso, secondo le indicazioni del "Patto Europeo sull'immigrazione e l'asilo" adottato dal Consiglio Europeo nel 2008, la regolarizzazione va scoraggiata e in ogni caso applicata solo "caso per caso", senza il ricorso cioè a misure di regolarizzazione di massa. Sull'opportunità dell'impiego o meno di misure di regolarizzazione in ambito europeo di veda R. Cholewinski, in E. Guild, P. Minderhoud, 2012, p. 171. Sul rapporto tra la Direttiva in esame e la regolarizzazione si veda invece S. Peers, *Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directive*, "European Journal of Migration and Law", Vol. 11, Issue 4, 2009, pp. 387-426.

¹³⁹ S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcazaro, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax, *EU Immigration and Asylum Law (Text ad Commentary): the Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, p.485; A. Roig, T. Huddleston, *EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the political impasse*, "European Journal of Migration and Law", Vol. 9, Issue 3, 2007, pp. 363-387.

¹⁴⁰ Si vedano tra le altre le posizioni di State Watch, United Nation Human Rights Council, Amnesty International, ECRE (European Council of Refugees and Exiles), PICUM (Platform for international cooperation on undocumented migrants) in merito alla Direttiva 115/2008/CE sul rimpatrio.

¹⁴¹ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

vengono illustrati brevemente gli altri strumenti elaborati in sede europea per promuovere e facilitare l'espulsione dei migranti: essi si dividono tra quelli emersi dalla cooperazione degli Stati Membri – prima attraverso la dimensione Schengen e successivamente all'interno dell'Unione – e quelli frutto della cooperazione tra gli Stati Membri e gli Stati terzi.

Nella prima categoria si colloca la Direttiva 2001/40/CE,¹⁴² il cui obiettivo è di rendere possibile l'esecuzione, da parte di uno Stato Membro, di un ordine di espulsione emanato da un altro Stato Membro. Tale espulsione deve comunque essere condotta in forza e secondo le modalità previste dalla legge nazionale dello Stato incaricato di eseguire l'espulsione. Sempre nell'ottica di una cooperazione e di mutua assistenza nelle operazioni di rimpatrio, sono state adottate la Direttiva 2003/110/CE¹⁴³ sull'espulsione dei migranti irregolari per via aerea e una Decisione del 2004 relativa all'organizzazione di voli congiunti per l'allontanamento degli stranieri irregolari dal territorio.¹⁴⁴

Per quanto riguarda invece l'aspetto della cooperazione con i Paesi Terzi, lo strumento principale per agevolare il rimpatrio degli stranieri irregolare è quello degli accordi di riammissione, ambito nel quale le istituzioni europee hanno a più riprese promosso lo sviluppo di una azione comune.¹⁴⁵ L'Unione è legittimata ad adottare tali accordi in forza della sua competenza in materia di immigrazione irregolare: già prima della previsione dell'articolo 79, par. 3, tale competenza le era implicitamente riconosciuta in quanto espressione in ambito esterno dei poteri riconosciuti per l'attività interna dall'articolo 63 TCE.¹⁴⁶ La dottrina non è attualmente concorde nel definire la natura della competenza dell'Unione nello stipulare gli accordi di riammissione: da un lato possono essere richiamati il carattere concorrente della competenza in materia di immigrazione previsto

¹⁴² Direttiva 2001/40/CE del Consiglio del 28 maggio 2001 relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi.

¹⁴³ Direttiva 2003/110/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea.

¹⁴⁴ GU, L 261/28, 4 agosto 2004, pp. 28-35.

¹⁴⁵ Si vedano tra gli altri il "Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati Membri", COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002; la "Comunicazione della Commissione su una politica comunitaria in materia di rimpatrio delle persone illegalmente soggiornanti", COM (2002), 564 def., Bruxelles, 2002.

¹⁴⁶ L'articolo 63 TCE al paragrafo 2 prevede che il Consiglio possa adottare misure in materia di politiche di immigrazione nei seguenti settori: "a) condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; b) immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare;"

dall'articolo 4 TFUE e la considerazione che altrimenti verrebbe esclusa la competenza degli Stati Membri a concludere autonomamente ed indipendentemente accordi di riammissione, qualora questo non sia già stato fatto a livello di Unione.¹⁴⁷ D'altro canto, alcuni autori considerano la competenza nello stipulare accordi di riammissione come esclusiva, in quanto potere esercitato per raggiungere uno degli obiettivi dell'Unione, vale a dire il rimpatrio dei cittadini di Stati Terzi in situazione irregolare.¹⁴⁸ Tale incertezza potrà essere risolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione qualora la Commissione decida di avviare una procedura di infrazione.¹⁴⁹

L'Unione ha, attualmente, stipulato 17 accordi di riammissione e altri sono in via di negoziazione, in particolare con alcuni Stati del nord Africa (Marocco e Tunisia). La procedura prevista dai Trattati per la conclusione di tali accordi è quella, delineata dall'articolo 218 del TFUE, secondo la quale la decisione di conclusione dell'accordo deve essere adottata dal Consiglio previa approvazione del Parlamento. I primi accordi ad essere stati sottoscritti furono per la maggior parte – con l'eccezione di Hong Kong, Macao e Sri Lanka – quelli con alcuni Stati dell'est Europa e dell'area balcanica, che rappresentano paesi di interesse cruciale per l'Unione soprattutto dopo il suo allargamento ad est. Per quanto riguarda invece i Paesi dell'area sud-mediterranea, in mancanza di un'intesa proficua, volta a stringere accordi di riammissioni veri e propri,¹⁵⁰ sono state incluse clausole di riammissione di contenuto eterogeneo nei più generali

¹⁴⁷ A sostegno di questa tesi si vedano, di G. Cellamare: "Gli accordi di riammissione", in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pp.323-361 e G. Cellamare, 2011, pp. 73-78. Similmente, C. Billet, *EC Readmission Agreements: A prime instrument of the external dimension of the EU's fight against irregular immigration*, in "European Journal of Migration and Law", Vol. 12, Issue 2, 2010, pp. 45-79.

¹⁴⁸ Si vedano in proposito: N. Coleman, *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Boston, 2009; C. Billet, 2010, pp. 59-63; P.J. Kuijper, *The evolution of the third pillar from Maastricht to the European Constitution: institutional aspects*, "Common Market Law Review", Vol. 41, Issue 2, 2004, pp. 609-626.

¹⁴⁹ Al momento la Corte di Giustizia non si è pronunciata in modo specifico sulla competenza in materia di accordi di riammissione, ma più in generale ha ritenuto che "occorre prendere in considerazione non soltanto lo stato attuale del diritto comunitario nel settore interessato, ma anche le sue prospettive di evoluzione, qualora siano prevedibili" (Parere 1/03 del 7 febbraio 2006 riguardo la *Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*).

¹⁵⁰ Una delle spiegazioni che viene fornita per motivare il mancato raggiungimento di tali accordi è l'assenza, nella proposta di accordi fatta dalla Commissione, di benefici e vantaggi per i Paesi in questione, modellati sulle specifiche esigenze di ogni Stato. Si veda al proposito A. Roig, T. Huddleston, 2007, p. 363-379.

accordi di cooperazione e associazione.¹⁵¹ In tali clausole vengono spesso stabiliti collegamenti tra gli aiuti e i benefici che derivano ai Paesi coinvolti con l'impegno per attuare gli obblighi di riammissione. I negoziati volti alla realizzazione di accordi di riammissione con gli Stati del nord Africa sono attualmente in corso e rappresentano una priorità per gli Stati Europei ai fini di assicurare una maggiore effettività alla propria politica di rimpatrio.¹⁵² L'importanza degli accordi di riammissione nel quadro della politica europea per contrastare l'immigrazione irregolare deve essere considerata alla luce del fatto che il rimpatrio dei migranti irregolari è spesso ostacolato dalla mancanza di documenti di identificazione e riconoscimento, che permettano di individuare verso quale Stato debba essere rimpatriato, ma anche della mancanza di collaborazione da parte degli agenti consolari delle Ambasciate dei Paesi di origine. Il contenuto degli accordi di riammissione riguarda infatti l'obbligo per lo Stato contraente di riammettere sul proprio territorio: a) i cittadini che hanno nazionalità di quello stesso Stato; e anche b) i cittadini di Stati terzi che vi sono transitati o ai quali è stato rilasciato dallo Stato in questione un visto o un permesso di soggiorno. La prima categoria di soggetti considerati non pone alcune problema dal punto di vista giuridico, vista la norma di natura consuetudinaria che vieta agli Stati di negare ai propri cittadini l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio.¹⁵³ La seconda categoria – i cittadini di Stati terzi – presenta invece profili problematici, tanto sotto il profilo dell'impatto di tale clausola sulla stipula di successivi accordi con altri Stati, quanto sotto il profilo dell'efficacia di una politica di ritorno sostenibile sul lungo periodo e rispettosa dei diritti umani: l'essere rimpatriati verso paesi di transito potrebbe infatti costituire un incentivo per i migranti irregolari, tanto più quando essi versino in situazioni drammatiche e di fragilità (può essere il caso ad esempio di richiedenti asilo cui è stata rifiuta la protezione internazionale), per ritentare l'ingresso in Europa in via irregolare.¹⁵⁴ Infine, la politica esterna dell'azione in materia di

¹⁵¹ Si vedano gli accordi con: Tunisia (GU, L/97 del 30 marzo 1998), Israele (GU, L/147 del 21 giugno 2000), Giordania (GU, L/304 del 15 febbraio 2004), Libano (GU, L/265 del 30 maggio 2006), Algeria (GU, L/65 del 10 ottobre 2005), Egitto (GU, L/304 del 30 settembre 2004).

¹⁵² L'importanza di tali negoziati è stata recentemente sottolineata dal Commissario europeo per l'immigrazione e gli affari interni, Dimitris Avramopoulos, nel documento da lui inviato, nel giugno 2015, ai Ministri nazionali in seguito alla presentazione dell'Agenda Europea sull'immigrazione.

¹⁵³ G. Cellamare, in E. Triggiani, 2010, pp. 323-361.

¹⁵⁴ Per una analisi dettagliata si veda A. Roig, T. Huddleston, 2007, pp. 363-379. In merito al rapporto tra la politica di riammissione dell'UE e il rispetto dei diritti umani si veda S. Peers, "Irregular Migration and EU External Relations", in Bogus, Cholewinski, Cygan and Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspective*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 193-217.

immigrazione irregolare, oltre agli accordi di riammissione, comprende più in generale i programmi di cooperazione con i Paesi Terzi volti al sostegno dello sviluppo in alcuni Stati con obiettivi di prevenzione dell'immigrazione e in particolare dell'immigrazione irregolare. In tale ottica la Commissione ha adottato nel 2011 un nuovo "Approccio Globale in materia di Migrazione e Mobilità",¹⁵⁵ che si concentra in particolare sulle relazioni tra immigrazione e sviluppo, oltre che numerosi programmi e azioni di cooperazione economica, promozione allo sviluppo, prevenzione dei conflitti, in collaborazione con organizzazione intergovernative e non governative e finanziate da fondi europei.¹⁵⁶ Il vertice EU-Africa che si terrà il prossimo novembre (11-12/11/2015) alla Valletta avrà lo scopo di definire più dettagliatamente i contenuti della cooperazione tra Africa e Europa ai fini di prevenire e combattere il fenomeno dell'immigrazione irregolare; sarà anche l'occasione per promuovere ulteriori negoziati con specifici paesi africani al fine di stipulare nuovi accordi di riammissione (Nigeria, Senegal, Mali, Etiopia, Repubblica democratica del Congo, Guinea, Costa d'Avorio, Etiopia e Gambia).¹⁵⁷

1.5.5 Quale spazio per gli obblighi di criminalizzazione del favoreggiamento e dello sfruttamento dell'immigrazione irregolare?

Al termine del succinto esame dei principali strumenti normativi adottati dall'Unione per la prevenzione, gestione e repressione dell'immigrazione irregolare, e prima di affrontare

¹⁵⁵ COM (2011), 743 def., Bruxelles, 2011.

¹⁵⁶ Nel recente Piano d'Azione sul rimpatrio del 9 settembre 2015, la Commissione ribadisce che "rafforzare la cooperazione in materia di rimpatrio e di riammissione con i principali paesi di origine e di transito dei migranti irregolari è essenziale per aumentare la percentuale di rimpatri e scoraggiare ulteriormente la migrazione irregolare"; inoltre dichiara la propria intenzione di "incentivare e guidare lo sviluppo di un sistema integrato per la gestione dei rimpatri collegando tutte le reti finanziate dall'UE e i programmi concernenti il rimpatrio e la riammissione. Il sistema contribuirà allo sviluppo di sinergie fra la strategia europea integrata per il rimpatrio verso paesi terzi (European Integrated Approach on Return towards Third Countries, Eurint), la rete ERIN e la rete dei funzionari di collegamento europeo per il rimpatrio (European Return Liaison Officers network, EURLO)". COM (2015), 453 def., Bruxelles, 2015, pag. 11.

¹⁵⁷ Per concludere, il Piano di Azione del 2015 rivela anche l'intenzione, al momento fumosa, di intensificare "dialoghi di alto livello con i paesi d'origine. "In aggiunta alle azioni di cui sopra, l'UE parteciperà a dialoghi politici ad alto livello con i principali paesi di origine e di transito dei migranti irregolari, come richiesto dal Consiglio europeo del 25-26 giugno 2015. I **dialoghi ad alto livello**, che saranno avviati dall'Alta rappresentante dell'UE per gli affari esteri e la politica di sicurezza, dovrebbero concentrarsi sui paesi in cui sono necessari un impegno politico e una certa pressione affinché vengano attuati gli impegni esistenti oppure si concludano o si avviino negoziati su accordi di riammissione. Grazie ai dialoghi i temi del rimpatrio e della riammissione saranno una delle priorità nelle relazioni con questi paesi. L'assistenza e le politiche dell'Unione dovrebbero essere utilizzate come incentivi per stimolare la disponibilità dei paesi partner a cooperare con l'UE." COM (2015), 453 def., Bruxelles, 2015, pag. 13.

L'analisi della Direttiva Rimpatri che si occupa nello specifico della fase dell'espulsione, pare opportuno compiere una prima osservazione. A partire soprattutto dal Trattato di Amsterdam, l'Unione ha avuto come obiettivo quello di affrontare il fenomeno dell'immigrazione irregolare sotto diversi punti di vista – dalla prevenzione alla cooperazione con gli Stati terzi – facendo in ogni caso dell'espulsione degli irregolari la pietra miliare della propria azione. Di conseguenza, e nonostante quanto stabilito dai principi generali in materia di riparto di competenze tra Unione e Stati Membri appare evidente che, sotto tale profilo, lo spazio riservato agli Stati sia, in tutti gli ambiti in cui le Direttive europee sono intervenute ad armonizzare una data disciplina, solo residuale. Gli ordinamenti degli Stati Membri devono in primo luogo uniformarsi alle previsioni delle norme europee in ambito di facilitazione dell'immigrazione irregolare, traffico e tratta, impiego da parte dei datori di lavoro di lavoratori stranieri in situazione irregolare ed espulsione; solo ove residui uno spazio non coperto dalla legislazione europea, potranno prevedere regole autonome. Dal punto di vista del diritto penale, d'altronde, non viene rilevata predisposizione da parte dell'Unione ad intervenire in tale sfera, che resta di piena competenza degli Stati Membri. L'unico vincolo evidente sembra essere quello della criminalizzazione della tratta e dello sfruttamento di esseri umani, settore in cui il diritto di molti Stati era già dotato di meccanismi sanzionatori di natura penale. In tutti gli altri settori esaminati, gli Stati Membri restano liberi di scegliere quali misure sanzionatorie adottare nella repressione dei fenomeni disciplinati dalla direttiva: viene semplicemente imposta la previsione di “norme effettive, proporzionate e dissuasive”, stimolando così, ma al tempo stesso lasciando all'autonomia degli Stati la scelta al riguardo, la criminalizzazione dei comportamenti da sanzionare. Merita poi di essere tenuto in considerazione che l'imposizione agli Stati di tali obblighi repressivi, da attuare sotto forma di sanzioni, è per certi versi anche indirizzato alla tutela dei migranti irregolari; questi ultimi, in particolare nelle direttive disciplinanti il traffico e la tratta sono identificati come i soggetti deboli, da tutelare, nonostante il loro status di vittima non sia sempre anteposto alla volontà di repressione dei comportamenti ritenuti illegittimi.¹⁵⁸ Infine, non va dimenticato che, a fronte di un *favor*, seppur implicito, dell'Unione nei confronti della criminalizzazione dei comportamenti presi in esame, il diritto europeo non

¹⁵⁸ La Direttiva 2004/81/CE è un chiaro esempio di quanto detto, dal momento che la concessione di un permesso di soggiorno alle vittime di tratta (e eventualmente ai migranti coinvolti in una azione di favoreggiamento all'immigrazione irregolare) è, di fatto, subordinato alla volontà di quest'ultimo di collaborare con le autorità giudiziarie, pena altrimenti l'espulsione.

ha mai preso in considerazione la possibilità e/o opportunità di criminalizzare la irregolarità dell'ingresso o del soggiorno dello straniero. Se, da un lato, le norme europee si propongono di criminalizzare alcuni comportamenti di soggetti che sono suscettibili di agevolare il fenomeno dell'immigrazione irregolare, dall'altro, l'Unione non ha mai proposto né adottato atti normativi che prevedessero la criminalizzazione del mancato rispetto da parte dei migranti delle norme che riguardano l'ingresso o il soggiorno irregolare in uno Stato Membro. In altri termini, non c'è alcun riferimento a livello europeo alla criminalizzazione dell'irregolarità per sé. La stessa Direttiva Rimpatri non contiene tra le sue previsioni nessun obbligo di sanzionare penalmente l'irregolarità dello straniero e nelle previsioni iniziali formulate dalla Commissione anche lo strumento della detenzione amministrativa doveva essere il più possibile evitata e sostituita da misure alternative ed in ogni caso non avere luogo all'interno di strutture carcerarie, proprio per evitare "qualsiasi criminalizzazione".¹⁵⁹

1.6 L'espulsione dei migranti irregolari: la Direttiva Rimpatri

L'espulsione dei migranti irregolari si pone come elemento centrale per la gestione dell'immigrazione e per il controllo delle frontiere già a partire dagli anni '90 e all'interno dell'*aquis* di Schengen. L'obbligo di adozione di procedure di espulsione era contenuto inizialmente nell'Articolo 23 della Convenzione di Schengen,¹⁶⁰ il quale prevede che lo straniero irregolare debba, "in linea di principio", lasciare lo Stato sul cui territorio si trovi irregolarmente; se questo non avviene, egli deve essere allontanato dal territorio in base

¹⁵⁹ COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002.

¹⁶⁰ Articolo 23: "1. Lo straniero che non soddisfa o che non soddisfi più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel territorio di una delle Parti contraenti deve, in linea di principio, lasciare senza indugio i territori delle Parti contraenti. 2. Lo straniero in possesso di un titolo di soggiorno o di un'autorizzazione di soggiorno temporanea in corso di validità rilasciati da un'altra Parte contraente, deve recarsi senza indugio nel territorio di tale Parte contraente. 3. Qualora lo straniero di cui sopra non lasci volontariamente il territorio o se può presumersi che non lo farà, ovvero se motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico impongono l'immediata partenza dello straniero, quest'ultimo deve essere allontanato dal territorio della Parte contraente nel quale è stato fermato, alle condizioni previste dal diritto nazionale di tale Parte contraente. Se in applicazione di tale legislazione l'allontanamento non è consentito, la Parte contraente interessata può ammettere l'interessato a soggiornare nel suo territorio. 4. L'allontanamento può avvenire dal territorio di tale Stato verso il paese di origine della persona o verso qualsiasi altro Stato nel quale egli può essere ammesso, in applicazione delle disposizioni pertinenti degli accordi di riammissione conclusi dalle Parti contraenti. 5. Le disposizioni del paragrafo 4 non ostano alle disposizioni nazionali relative al diritto di asilo né all'applicazione della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, quale emendata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, né alle disposizioni del paragrafo 2 del presente articolo e dell'articolo 33, paragrafo 1 della presente Convenzione."

alle norme nazionali dello Stato in cui si trova. L'articolo 23 ammette anche che lo straniero irregolare possa restare sul territorio dello Stato in questione, ove il suddetto Stato non preveda nessun obbligo in tal senso. A seguito dell'integrazione della Convenzione di Schengen entro il quadro europeo, ulteriori misure sono state sviluppate per armonizzare la fase dell'espulsione e del ritorno dei cittadini di Paesi terzi. Come sopra accennato, a partire dagli anni 2000 la Commissione ha promosso l'adozione di uno strumento europeo che permettesse di uniformare le discipline degli Stati Membri e numerosi atti non legislativi adottati tra il 2001 e il 2005 ne sono la testimonianza. Particolarmente rilevante al proposito è il "Green Paper" lanciato dalla Commissione nel 2002 su una "politica comune in materia di rimpatrio",¹⁶¹ all'interno del quale si presentano alcuni principi fondativi della politica di rimpatrio e si invitano le istituzioni europee e statali ad esprimere la propria posizione al riguardo. L'obiettivo dichiarato dalla Commissione è quello di "esaminare i complessi problemi attinenti al rimpatrio di persone soggiornanti illegalmente nell'UE e formulare suggerimenti per un politica coordinata ed efficiente, basata su norme e principi comuni, e rispettosa della dignità e dei diritti umani".¹⁶² Da un lato, quindi, si pone l'accento sulla necessità di adottare una politica ferrea e credibile in materia di espulsione, dall'altro si tengono in considerazione la rilevanza dei diritti umani delle persone coinvolte e il rapporto della politica di rimpatrio con quella sull'asilo. Per quanto riguarda poi la procedura di rimpatrio, benché si ammetta in via generale che il rimpatrio volontario sia da preferire, "per evidenti motivi umanitari" e in quanto "richiede uno sforzo amministrativo minore",¹⁶³ la Commissione riconosce che il rimpatrio forzato può avere un maggiore "effetto dimostrativo" per incentivare "migranti potenziali a sforzarsi di ottenere il diritto di soggiorno legale nell'UE e scoraggiare coloro che non soddisfano i requisiti necessari per immigrare legalmente".¹⁶⁴ Dal punto di vista operativo, quanto suggerito dalla Commissione è la fissazione di "norme comuni in materia di allontanamento, trattenimento e accompagnamento, in grado di stabilire un trattamento uniforme e adeguato delle persone soggiornanti illegalmente oggetto di misure che pongono fine al soggiorno, indipendentemente dallo Stato membro che le esegue"¹⁶⁵ e che siano basate sulle procedure più efficienti tra quelle degli Stati Membri analizzate dalla Commissione. Si

¹⁶¹ COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002.

¹⁶² COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002.

¹⁶³ COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002.

¹⁶⁴ COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002.

¹⁶⁵ COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002.

ribadisce inoltre l'importanza dello scambio di informazioni, statistiche e buone pratiche tra gli Stati Membri, del riconoscimento reciproco tra gli operatori degli Stati delle decisioni di allontanamento e della cooperazione a livello amministrativo ed operativo con i Paesi Terzi per quanto riguarda accoglienza (in seguito al rimpatrio) e transito delle persone interessate.

La redazione del Green Paper e l'audizione delle parti interessate sono state seguite da una Comunicazione della Commissione,¹⁶⁶ che riprende i contenuti formulati dal Green Paper e propone un programma concreto di azioni da portare avanti e dal Piano di Azione adottato dal Consiglio in attuazione della Comunicazione;¹⁶⁷ essenziale è stata infine la decisione di creare un apposito fondo europeo per la gestione dei rimpatri e delle espulsioni che coprisse sia i costi dei programmi di rimpatrio volontario, sia quelli del rimpatrio forzato.¹⁶⁸ Il Fondo Rimpatri è stato deliberato nel 2007 con efficacia per il periodo 2008/2013; a partire dal 2013 tale fondo è stato sostituito dal più generale "Fondo asilo, immigrazione e integrazione", volto a coprire anche le procedure di espulsione e rimpatrio.¹⁶⁹

1.6.1 La proposta della Commissione e il ruolo del Consiglio e del Parlamento

Il dibattito e confronto tra le istituzioni europee sul tema del rimpatrio ha avuto come naturale sviluppo la formulazione, da parte della Commissione europea, di una "Proposta di Direttiva recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente".¹⁷⁰ Tale proposta si radica sulla necessità di sviluppare definizioni e procedure simili tra gli Stati Membri, che in precedenza seguivano regole anche molto diverse le une dalle altre (ad esempio con riferimento alle categorie di persone da rimpatriare, alle garanzie accordate a tali soggetti

¹⁶⁶ COM (2002), 564 def., Bruxelles, 2002.

¹⁶⁷ GU, C/142, 14 giugno 2002, pp. 23-36.

¹⁶⁸ Decisione 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 maggio 2007, che istituisce il Fondo europeo per i rimpatri per il periodo 2008-2013 nell'ambito del programma generale Solidarietà e gestione dei flussi migratori. Il fondo destinato ai rimpatri (di 676 milioni per il periodo 2008/2013), vuole indirizzarsi in particolare modo al supporto di soluzioni di ritorno volontario.

¹⁶⁹ Regolamento 516/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le Decisioni 573/2007/CE e 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio.

¹⁷⁰ COM (2005), 391 def., Bruxelles, 2005.

ed alle modalità di detenzione in attesa del rimpatrio). Lo strumento giuridico ritenuto dalla Commissione come il più efficace è stato quello della Direttiva, in quanto “strumento giuridico vincolante, facilmente integrabile in sistemi nazionali divergenti”, nel rispetto dei principi di proporzionalità (“La Direttiva stabilisce principi generali, ma lascia la scelta della forma e dei mezzi più appropriati per attuarli agli Stati membri che ne sono i destinatari”) e di sussidiarietà (che si applica “in quanto la proposta non rientra tra le competenze dirette della Comunità. Gli Stati Membri non possono d’altronde realizzare in maniera sufficiente gli obiettivi della proposta in modo autonomo”).¹⁷¹ La Proposta della Commissione presenta profili di interesse in quanto, se confrontata con il testo finale della Direttiva, svela i differenti approcci adottati dalle tre istituzioni europee nei confronti di misure che incidono fortemente, tanto su prerogative sovrane dello Stato, quanto sui diritti delle persone coinvolte.¹⁷² A fronte di una impostazione concorde in merito alla necessità di sviluppare una politica comune in materia di rimpatrio e di stabilire norme armonizzate per tutti gli Stati Membri,¹⁷³ si può tuttavia desumere, dai testi in esame e dai negoziati sull’adozione del testo finale, che la Commissione e successivamente il Parlamento europeo hanno adottato una posizione maggiormente orientata verso la tutela dei diritti dei migranti rispetto a quella del Consiglio. La preoccupazione di quest’ultimo, che riflette quella degli Stati Membri, è quella di sventare il rischio che ogni diritto attribuito allo straniero irregolare possa automaticamente tradursi in un onere a carico dello Stato.¹⁷⁴ Il riferimento ai diritti umani e all’attenzione

¹⁷¹ COM (2005), 391 def., Bruxelles, 2005.

¹⁷² L’adozione della Direttiva è avvenuta inoltre, per la prima volta in materia di immigrazione, tramite la procedura congiunta tra Consiglio e Parlamento, che ha tuttavia dimostrato in questo contesto una certa difficoltà di applicazione: i negoziati per giungere all’adozione sono stati lunghi - 3 anni - e difficoltosi. Per un’approfondimento sul fenomeno, le cause e la possibile evoluzione si veda E. Canetta, *The EU Policy on Return of Illegally Staying Third-Country Nationals*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 9, Issue 4, 2007, pp. 435-450.

¹⁷³ La consapevolezza da parte degli Stati Membri della necessità di una azione comune europea in materia di rimpatrio è testimoniata dal fatto che è stato lo stesso Consiglio europeo dell’Aia (4 e 5 novembre 2004) a sollecitare l’adozione di una Direttiva in tale ambito recante norme minime comuni.

¹⁷⁴ E. Canetta, 2007, pp. 435-450.

La diversa attitudine delle istituzioni nei confronti delle misure da adottare sul rimpatrio è stata illustrata anche da Acosta con una metafora che chiama in causa “Il buono, il brutto, il cattivo” del capolavoro di Sergio Leone: così il Consiglio rappresenterebbe il “cattivo”, vista la sua riluttanza a cedere poteri sovrani durante la negoziazione della Direttiva, il Parlamento sarebbe l’attore “buono”, impegnato maggiormente nella difesa dei diritti dei migranti irregolari, e infine la Commissione farebbe la parte del “brutto” per la mancanza di attrattiva che la propria proposta di Direttiva ha suscitato sul Consiglio. D. Acosta, *The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of the Directive 2008/115: The Return Directive)*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 11, Issue 1, 2009, pp. 19-39.

per la vulnerabilità di alcune categorie di persone coinvolte, sono, quindi, stati spesso osteggiati dal Consiglio che, in sede di modifica della proposta, ha a più riprese proposto la loro completa eliminazione o la loro previsione all'interno non degli articoli veri e propri, ma nella parte introduttiva della direttiva, che non è dotata di efficacia vincolante.¹⁷⁵ Conseguenza di tale impostazione conflittuale in seno alle istituzioni europee è la carenza di un approccio completa ed effettiva in merito alla tutela dei diritti umani.¹⁷⁶ Alcuni esempi pratici di tale contrasto si possono riscontrare nel fatto che il testo finale della Direttiva non fa più riferimento alla impossibilità di adottare una decisione di rimpatrio quando “gli Stati Membri sono soggetti agli obblighi derivanti dai diritti fondamentali, in particolare dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, come il principio di non refoulement, il diritto all’istruzione e il diritto all’unità familiare”;¹⁷⁷ allo stesso modo, la disciplina delineata dalla proposta legislativa della Commissione con riferimento al periodo di detenzione dello straniero irregolare¹⁷⁸ è stata oggetto di sensibili modifiche nel corso dei negoziati, perché così come pensata dalla Commissione avrebbe significativamente inciso sulle legislazioni degli Stati Membri in senso più favorevole per lo straniero e maggiormente rispettoso dei suoi diritti. Rilevanti sono infine le modifiche apportate con riguardo ai diritti procedurali, in particolare all’effetto sospensivo del ricorso contro l’ordine di rimpatrio e all’autorità competente a riceverlo, e all’assistenza legale. Ad una forte riduzione delle previsioni della Direttiva nel campo della tutela dei diritti umani, si accompagna poi una maggiore discrezionalità riservata agli Stati Membri in merito alle modalità e tempistiche delle procedure da adottare: l’influenza del Consiglio e degli Stati Membri ha cioè ridotto gli obblighi per gli Stati e le disposizioni di carattere imperativo, per sostituirle con la possibilità di scelta da parte degli Stati stessi delle opzioni ad essi più favorevoli o maggiormente in linea con

¹⁷⁵ È tuttavia opportuno notare che la Corte di Giustizia dell’UE si riferisce sempre più di frequente al contenuto della parte introduttiva della Direttiva ai fini dell’interpretazione delle stesse. Con riferimento alla Direttiva Rimpatri si può citare il caso *El Dridi*, nel quale la Corte ha fatto riferimento ai “considerando” n. 2,3,6,13,16,17; particolarmente rilevante è il riferimento, tramite il punto 3, alle “Twenty Guidelines on Forced Return” del Consiglio d’Europa. S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcazaro, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax, 2012, p. 489.

¹⁷⁶ Si veda Canetta quando spiega come “*In practice every reference to this kind of provisions is rejected by Member States that prefer to keep them somehow implicit and not spelled out clearly in the Return Directive. As mentioned above, this occurs notwithstanding the awareness of the binding nature of already existing international rules which oblige Member States to guarantee a minimum set of rights to immigrants in such situations.*” E. Canetta, 2007, p. 441.

¹⁷⁷ Articolo 6 par. 4, COM/2005/391 def., Bruxelles, 2005. Si veda al proposito l’analisi di A. Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Return Directive*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 11, Issue 1, 2009, pp. 1-17.

¹⁷⁸ Articoli 14 e 15 COM (2005), 391 def., Bruxelles, 2005.

la legislazione già presente.¹⁷⁹ Anche con riferimento al grado di armonizzazione delle procedure vincolanti fornito dalla Direttiva, il risultato – analizzato alla luce del grado di tutela previsto per gli stranieri irregolari – non può essere considerato soddisfacente, se si tiene in considerazione che quasi tutte le previsioni principali della Direttiva impongono una procedura uniforme, ma al tempo stesso lasciano liberi gli Stati Membri di introdurre delle deroghe ad essa.¹⁸⁰

L'azione del Consiglio consistente nel delimitare quelle componenti della Direttiva maggiormente incentrate sul rispetto dei diritti umani è stata d'altronde avallata dal Parlamento europeo che, contrariamente alle aspettative della dottrina e di numerose ONG,¹⁸¹ non ha avuto la capacità di arginarne gli aspetti più critici.¹⁸² Il Parlamento ha infatti approvato il testo della Direttiva durante la prima lettura, senza introdurre alcun emendamento in via ufficiale - nonostante i numerosi negoziati in via ufficiosa che si sono susseguiti tra il 2006 e il 2008, in cui tale istituzione ha portato avanti proposte sue proprie in merito ai contenuti della Direttiva.¹⁸³ Nel processo di adozione della Direttiva,

¹⁷⁹ La tensione tra l'imposizione di obblighi e quella di meri oneri o finanche la possibilità di scelta su come operare è svelata dall'alternanza tra l'uso del verbo dovere ("shall" nel testo inglese) e potere ("may"): quest'ultimo affida agli Stati Membri la possibilità di scegliere quali misure seguire e quali no, ampliando considerevolmente la discrezionalità dei parlamento e dei governi nazionali nella definizione del trattamento dei migranti rispetto a quanto proposto dalla Commissione inizialmente. Le modifiche in questo senso sono state apportate principalmente in sede di negoziati durante il periodo di presidenza tedesca nel 2007: in quel momento emerse chiaramente la mancanza di interesse e volontà da parte di alcuni Stati Membri, la Germania in testa, nell'armonizzazione e unificazione delle regole tra i vari Stati. La discussione per l'adozione della Direttiva è stata portata avanti sotto 6 diverse presidenze europee, cosa che ha implicato la presenza di impostazioni molto diverse in merito alle previsioni in essa contenute.

¹⁸⁰ K. Pollet, "The negotiation on the Return Directive: Challenges, Outcomes and Lessons learned from an NGOs Perspective", in K. Zwaan (a cura di), *The Return Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, Wolf, Nijmegen, 2011, pp. 25-38.

¹⁸¹ Tra le associazioni e organizzazioni che hanno seguito con attenzione critica l'adozione della Direttiva, esprimendo il proprio dissenso e condannando alcune misure in essa contenute è opportuno ricordare: Amnesty International; Caritas Europa, Churches' Commission for Migrants in Europe-CCME, Commission of the Bishops' Conferences of the European Community-COMECE, International Catholic Migration Commission-ICMC, Jesuit Refugee Service-JRS Europe, Quaker Council for European Affairs-QCEA; European Council for Refugees and Exiles-ECRE; Human Rights Watch; Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants - PICUM; Save the Children, Cimade, Le Gisti, United Nation High Commissioner for Refugees-UNHCR; Red Cross-EU Office.

¹⁸² Si veda in merito anche l'analisi di K. Pollet, in K. Zwaan, 2011, p. 27.

¹⁸³ La procedura di co-decisione nell'adozione della Direttiva 115/2008/CE e il ruolo del Parlamento è stato dettagliatamente analizzato da Acosta, che ha proposto quattro motivazioni per spiegare l'approvazione della Direttiva durante la prima lettura: uno di carattere pragmatico, in base alla considerazione che difficilmente si sarebbe potuto ottenere qualcosa di più dal Consiglio; il secondo, legato al primo, basato sul timore che durante la presidenza francese i contenuti della Direttiva avrebbero potuto essere ulteriormente modificati a favore dei poteri dei singoli Stati; il terzo basato sulla pressione che i membri del Parlamento europeo ricevevano dai propri partiti nazionali; e in fine il quarto di natura procedurale, in quanto in una seconda lettura a seguito della proposizione di emendamenti la maggioranza richiesta sarebbe stata non più semplice ma qualificata. D. Acosta, *The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of the Directive 2008/115: The Return Directive)*, 2009, p. 20.

infine, si sono mostrati utili anche le “Twenty guidelines on Forced Return” adottate dal Consiglio d’Europa nel 2005: nonostante non siano uno strumento legislativo dell’Unione Europea, la loro rilevanza sta nel fatto che erano state già accettate a livello politico da tutti gli Stati Membri dell’UE prima dell’avvio dei negoziati per la Direttiva Rimpatri.¹⁸⁴

1.6.2 Le misure previste dalla Direttiva 115/2008/CE

Al termine di tre anni di negoziati tra le istituzioni europee, dunque, si giunse all’adozione della Direttiva, con il voto a maggioranza qualificata del Consiglio, il 9 dicembre 2008. La formulazione finale della Direttiva prevede un preambolo composto da 30 considerazioni, cui seguono 23 articoli divisi in 5 capitoli: Disposizioni generali; Fine del soggiorno irregolare; Garanzie procedurali; Trattenimento ai fini dell’allontanamento; Disposizioni finali. La base giuridica per l’adozione di tale atto è l’articolo 63, par. 3, lett.b), oggi sostituito dall’articolo 79 TFUE. Il Regno Unito, l’Irlanda e la Danimarca non prendono parte, conformemente alle regole dettate dai Protocolli, all’adozione di tale Direttiva e non ne sono giuridicamente vincolati.

L’*articolo 1* definisce la Direttiva come strumento essenziale ai fini di rendere la politica di rimpatrio dell’Unione effettiva, in quanto essa “stabilisce norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati Membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”;¹⁸⁵ obiettivo della Direttiva è quindi quello di occuparsi delle procedure di espulsione: in realtà tale termine non è mai utilizzato all’interno della direttiva, mentre al suo posto si fa ricorso alla parola “rimpatrio”. Non rientra invece tra gli obiettivi della normativa in esame quello di definire in quali casi ed in base a quali condizioni il soggiorno dello straniero sia da considerarsi irregolare, con la conseguenza che la competenza a regolare tale aspetto resta degli Stati Membri. Non vi è, infatti, un’unica ed uniforme definizione della situazione di irregolarità dei migranti a livello europeo, dal

Si vedano in proposito anche le analisi condotte da S. Peers in Statewatch.org: <http://www.statewatch.org/analyses/eu-ret-dir-sp.pdf>; <http://www.statewatch.org/analyses/eu-returns-analysis-mar-08.pdf>; <http://www.statewatch.org/news/2008/jun/eu-analysis-returns-directive-june-2008-final.pdf>.

¹⁸⁴ Le Linee Guida promuovono il ricorso allo strumento del rimpatrio volontario (linea guida n.1) e si concentrano poi sulla detenzione (linee guida dalla n. 6 alla n.11), enumerando numerose garanzie per i soggetti detenuti.

¹⁸⁵ Articolo 1.

momento che sono le legislazioni nazionali di ogni Stato che determinano quando e perché un migrante debba essere ritenuto “irregolare”.¹⁸⁶ L’articolo 1 della Direttiva è caratterizzato da una doppia natura, in termini politici: da un lato strumento politico e normativo per il rimpatrio, dall’altro norma di sistema che ribadisce l’importanza del rispetto dei diritti umani delle persone coinvolte durante tutta la procedura del rimpatrio.¹⁸⁷ Il rispetto dei diritti fondamentali “in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e dei diritti dell’uomo” è un obbligo che grava sugli Stati nel momento in cui adottano la Direttiva; del resto tali Stati sono vincolanti già a prescindere dalla previsione dell’articolo in esame, per il solo fatto di aver sottoscritto le Convenzioni che vengono in rilievo per la tutela di tali diritti, ed in particolare: la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo del 1950, la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato del 1951 e la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989. Gli Stati Membri sono inoltre tenuti a rispettare i diritti contenuti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, che ha assunto valore vincolante al pari dei Trattati a partire dal 2009. Il riferimento dell’articolo 1 alle “norme comuni”, infine, è piuttosto da intendersi come richiamo a norme *minime* comuni agli Stati, in quanto numerose previsioni di legge lasciano liberi gli Stati di scegliere tra diverse opzioni, fallendo nella completa armonizzazione delle regole in questione.¹⁸⁸ L’articolo 2, che disciplina l’ambito di applicazione della Direttiva, ne è un esempio. Tale norma statuisce che la Direttiva si applica “ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato Membro è irregolare”; è poi il secondo comma ad introdurre un ostacolo al riavvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri,¹⁸⁹ prevedendo due eccezioni alla regola generale.¹⁹⁰ Gli Stati Membri, cioè, possono decidere di non applicare la Direttiva ai cittadini di paesi terzi: “a) sottoposti a respingimenti alla frontiera conformemente all’articolo 13 del Codice Frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell’attraversamento

¹⁸⁶ C. Morehouse, M. Blomfield, *Irregular Migration in Europe*, Migration Policy Institute Report, Dicembre 2011, www.migrationpolicyinstitute.org. Si veda anche M. Ambrosini, *Migrants dans l’ombre. Causes, dynamiques, politiques de l’immigration irrégulière*, “Revue européenne des migrations internationales”, Vol. 26, n.2, 2010, pp. 7-32.

¹⁸⁷ K. Hailbronner, *EU Immigration and Asylum Law*, Hart, Leiden, 2010, p.1489.

¹⁸⁸ K. Hailbronner, 2010, p.1509.

¹⁸⁹ G. Cellamare, 2011, p. 47.

¹⁹⁰ L’esclusione di alcune categorie di migranti irregolari dalla scopo della Direttiva ha come effetto la possibilità per gli Stati di rimpatriare quelle categorie senza assicurare neanche il rispetto del standard minimi di trattamento e garanzie delineati dalla Direttiva stessa. A. Baldaccini, 2009, pp. 1-17.

irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato Membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato Membro" e "b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità alla legislazione nazionale".¹⁹¹ Se la prima categoria di soggetti, respinti alla frontiera, non pone particolari problemi dal punto di vista concettuale, più complessa è la definizione di coloro che vengono fermati "in occasione dell'attraversamento irregolare": data la definizione poco chiara della norma e la natura eccezionale del paragrafo 2, tale previsione deve essere interpretata in modo restrittivo, cioè solo con riferimento ai casi in cui lo straniero stia attraversando un confine esterno dell'Unione e venga fermato vicino a tale confine, in linea di massima dalla polizia di frontiera nell'esercizio di funzioni di controllo delle frontiere esterne.¹⁹²

Particolarmente rilevante è poi la seconda eccezione prevista dall'articolo 2, in quanto si riferisce alle previsioni penali nazionali. La lettera b riguarda infatti i casi in cui il rimpatrio sia collegato a sanzioni di natura penale comminate dallo Stato Membro: tale previsione, non era contenuta nella proposta iniziale della Direttiva ma fu inserita su richiesta degli Stati Membri. Secondo l'interpretazione della dottrina maggioritaria, la formulazione non permette in ogni caso agli Stati di escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva coloro che hanno commesso come unica infrazione quella del soggiorno irregolare. Tale interpretazione infatti priverebbe la Direttiva del suo significato e la renderebbe priva di effetti concreti,¹⁹³ dal momento che gli Stati potrebbero evitare di applicarla ad tutti gli stranieri irregolari, semplicemente definendo il soggiorno irregolare come un reato.¹⁹⁴ Inoltre, si porrebbe come contraria al principio di leale cooperazione e alle esigenze di armonizzazione della normativa in materia.

L'*articolo 3* contiene alcune definizioni essenziali per il contenuto della Direttiva, in linea con l'idea secondo cui una comprensione comune a tutti gli Stati degli elementi della

¹⁹¹ Articolo 2, par. 2.

¹⁹² S. Peers, 2011, p. 565. Si veda anche Hailbronner, che richiede l'esistenza di un legame diretto e verificabile con l'attraversamento della frontiera.

¹⁹³ La Corte di Giustizia dell'UE ha ribadito tale concetto in CGUE, Sentenza 6 dicembre 2011, C-329/11, *Achughbabian*, in Racc. I-12695.

¹⁹⁴ La dottrina è tendenzialmente concorde in proposito: si vedano S. Peers, 2011, p. 565; S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcazaro, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax, 2012, p.492; K. Hailbronner, 2010, p.1513; G. Cellamare, 2011, p. 48. L'idea che l'eccezione di cui alla lettera b debba essere interpretata in modo particolarmente restrittivo è anche sostenuta dal fatto che gli stranieri esclusi dall'applicazione della Direttiva in forza di tale regola, non godono neanche dei diritti assicurati dall'Articolo 4, par. 4 (che pure prevede l'estensione di tali garanzie ai cittadini di stati terzi esclusi in base alla lettera a).

Direttiva potrà agevolare l'armonizzazione in fase di adozione ed esecuzione. Particolarmente rilevanti sono le definizioni di *soggiorno irregolare*, che richiama l'articolo 5 del Codice frontiere Schengen e poi lascia spazio alle previsioni delle legislazioni nazionali;¹⁹⁵ di *rimpatrio*, in quanto lo si intende non solo come ritorno nel Paese di origine del migrante, ma anche in Paesi di transito – in conformità di accordi comunitari o bilaterali di riammissione o di altre intese – e in altri Paesi Terzi, in cui il soggetto decide volontariamente di tornare;¹⁹⁶ e di *rischio di fuga*,¹⁹⁷ elemento che rileva tanto in caso di astensione dalla concessione del periodo di partenza volontaria, quanto nel caso di detenzione. Il rischio di fuga deve essere determinato caso per caso, ed in base a circostanze oggettive, ma non viene espressamente previsto nella Direttiva un divieto di presumere tale rischio per il solo fatto della presenza irregolare del migrante sul territorio dello Stato.¹⁹⁸ La definizione specifica delle circostanze in cui un rischio di fuga può essere configurabile è quindi rimandato alle legislazioni degli Stati Membri, che dovranno prevedere un elenco circoscritto di casi e situazioni in cui tale rischio può essere supposto, con il rischio, tuttavia, di una forte disarmonia tra le varie prassi statali in merito.

L'*articolo 4* introduce la possibilità per gli Stati Membri di mantenere le disposizioni più favorevoli esistenti in forza di accordi tra la Comunità e i Paesi terzi o tra gli Stati Membri e i Paesi terzi tramite accordi bilaterali; inoltre lascia impregiudicate “le facoltà degli Stati Membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alle persone cui si applica, purché compatibili con le norme in essa stabilite”.¹⁹⁹ L'*articolo 5*, che chiude il primo capo della Direttiva contenente le previsioni generali, impone alcuni obblighi che gli Stati Membri devono tenere in considerazione nell'applicazione di tale strumento legislativo, specificando così l'obbligo generale di rispetto dei diritti umani; in particolare devono essere tenuti in considerazione: “l'interesse superiore del bambino; la vita familiare; le

¹⁹⁵ Con “soggiorno irregolare” si intende “la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza di tale Stato membro”. Articolo 3, punto 2.

¹⁹⁶ Articolo 3, punto 3.

¹⁹⁷ Con “rischio di fuga” si intende “la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga”. Articolo 3, punto 7.

¹⁹⁸ In proposito il Parlamento europeo aveva proposto una modifica al testo della Direttiva, al fine di includere tale garanzia, che però non è stata accettata dagli Stati Membri. A. Baldaccini, 2009, p. 6.

¹⁹⁹ Articolo 4, par. 1 e 3. Secondo Hailbronner l'articolo 4, e in particolare il paragrafo 3, “is based on the tacit understanding that, contrary to the wording of the title and of art. 1, the Directive sets out minimum rather than common standards”. K. Hailbronner, 2010, p.1519.

condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato” e deve essere rispettato il principio di *non-refoulement*.²⁰⁰

Alle previsioni generali, segue nel titolo successivo, il cuore delle regole poste dalla direttiva: si stabilisce un obbligo per gli Stati di effettuare il rimpatrio degli irregolari, ma questo deve essere portato a termine preferendo il rimpatrio volontario a quello coattivo. L'*articolo 6* disciplina una delle previsioni principali della Direttiva, vale a dire la decisione di rimpatrio: la procedura per effettuare il rimpatrio dello straniero irregolare è stata considerevolmente emendata rispetto all'iniziale proposta della Commissione (che prevedeva una procedura in due fasi) e consiste attualmente nell'adozione di una decisione di rimpatrio da parte degli Stati nei confronti di “qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi da 2 a 5”.²⁰¹ Gli Stati sono quindi generalmente obbligati (“shall” nel testo inglese) ad adottare tale provvedimento, ma possono astenersi quando il cittadino abbia un permesso di soggiorno o altra autorizzazione rilasciata da un altro Stato Membro.²⁰² Gli Stati possono anche astenersi dall'emettere tale decisione quando lo straniero abbia avviato un procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno. Degna di attenzione è poi la previsione di cui al paragrafo 4, che riguarda la possibile regolarizzazione dello straniero irregolare: è questo uno dei pochi casi in cui il diritto dell'Unione Europea fa menzione della possibilità di regolarizzare i migranti come alternativa alla politica di rimpatrio.²⁰³ Le ipotesi di regolarizzazione non hanno per altro carattere esaustivo, in quanto viene previsto che “In qualsiasi momento gli Stati Membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino

²⁰⁰ Articolo 5. Al riguardo è importante evidenziare che la Direttiva non fornisce alcuna definizione di tale principio. Presumibilmente, il suo significato non andrà ricercato nelle definizioni nazionali degli Stati, ma a livello europeo. S. Peers, 2011, p. 566.

²⁰¹ Articolo 6, par. 1.

²⁰² A differenza che nel testo della proposta iniziale della Direttiva non è qui preso in considerazione l'effetto di una decisione di rimpatrio rispetto agli altri Stati Membri: questo passo indietro costituisce una lacuna non indifferente nella prospettiva dell'armonizzazione delle regole. Di conseguenza resta in vigore la Direttiva 2001/40/CE sul riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento. K. Hailbronner, 2010, p.1523.

²⁰³ Nonostante la Direttiva ammetta la possibilità di una regolarizzazione caso per caso, questa resta silente sulla possibilità di regolarizzare ampi gruppi di persone in modo generalizzato, con la conseguenza che la decisione al riguardo resta affidata agli Stati Membri. Invero, a livello di politica europea sembra esserci una ritrosia nei confronti di quest'ultima forma di regolarizzazione, ad esempio il Patto Europeo sull'Immigrazione e l'Asilo del 2008 conviene di “limitarsi a regolarizzazioni caso per caso e non generali, nel quadro delle legislazioni nazionali, per motivi umanitari e economici”.

di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. In questi casi non è emessa la decisione di rimpatrio”.²⁰⁴ La Direttiva mostra quindi interesse a che lo status dei migranti irregolari venga definito con maggior chiarezza possibile: l’alternativa sarà tra l’espulsione attraverso la decisione di rimpatrio o, se questo non è possibile o non viene ritenuto opportuno dallo Stato Membro, la regolarizzazione. Tale preoccupazione è ribadita anche dal “considerando” 12 con riferimento ai soggetti che non possono essere rimpatriati.²⁰⁵ La procedura di rimpatrio prevede poi che priorità debba essere data al rimpatrio volontario,²⁰⁶ termine con il quale si fa riferimento all’esecuzione volontaria da parte dell’interessato di una decisione di rimpatrio: l’*articolo 7* stabilisce un periodo per la partenza volontaria che può variare tra un minimo di 7 e un massimo di 30 giorni, ma che può essere prolungato 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 o sociali”.²⁰⁷ Se da un lato il periodo di partenza volontaria deve essere obbligatoriamente concesso dagli Stati, dall’altro vi sono alcune lacune quanto ad una piena armonizzazione in materia: in sede di negoziati, il Consiglio ha aggiunto la possibilità per gli Stati Membri di prevedere che il periodo di cui all’articolo 7 sia concesso solo su richiesta del cittadino interessato; inoltre non viene esplicitamente indicata la durata dell’estensione del periodo. Mentre l’elenco di requisiti su cui si può basare l’estensione del periodo di ritorno volontario non è esaustivo (così come indicato dal pronome “quali”, “as such” nel testo inglese), l’elenco dei casi in cui gli Stati possono astenersi dal concedere tale periodo è tassativo e riguarda le ipotesi di: a) rischio di fuga;²⁰⁸ b) rifiuto di concessione o rinnovo di una domanda di

²⁰⁴ Articolo 6, par. 4.

²⁰⁵ La Corte di Giustizia ha preso in considerazione lo status di questa categoria di migranti nei seguenti casi: CGUE, Sentenza 30 novembre 2009, C-357/09, Kadzoev, in Racc. I11189 e CGUE, Sentenza 5 giugno 2014, C-146/14, *Mahdi*, non ancora pubblicata in Racc.

²⁰⁶ La priorità del ritorno volontario su quello forzato è stata mutuata dalle linee guida del Consiglio d’Europa del 2005 e, dopo l’adozione della Direttiva, ribadita dalla Corte di Giustizia dell’UE con la Sentenza 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*, in Racc. I03015. In sede di negoziati l’accordo per l’inserimento del ritorno volontario come regola generale è stato comunque molto controverso, nonostante fosse generalmente riconosciuto il carattere più umano e dignitoso ritorno volontario, nonché i suoi costi ridotti per lo Stato, rispetto al rimpatrio forzato. A. Baldaccini, 2009, p. 7-8.

²⁰⁷ Articolo 7, par. 2. Al paragrafo successivo l’articolo 7 prevede che durante la durata del periodo di partenza volontaria possano essere imposti “obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga”, come quello di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria, la consegna di documenti o l’obbligo di dimora.

²⁰⁸ Secondo la definizione fornita dall’articolo 3, il rischio di fuga deve essere valutato sulla base del comportamento individuale della persona interessata e in base a criteri oggettivi indicati dalla legge. Tale idea è ribadita dal “considerando” 6 che prevede che “le decisioni ai sensi della Direttiva devono essere

soggiorno in quanto manifestamente infondata o fraudolenta; c) quando il soggetto costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.²⁰⁹ In ogni caso tali previsioni, in quanto eccezioni alla regola generale, devono essere interpretate in modo restrittivo.²¹⁰

L'*articolo 8* rappresenta il completamento della disciplina di cui agli articoli precedenti in quanto prevede che, qualora non venga concesso alcun periodo per la partenza volontaria o se entro tale periodo il migrante irregolare non adempie all'obbligo di rimpatrio, gli Stati possano adottare "tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio";²¹¹ così facendo lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati nella determinazione delle misure da applicare. Tale disposizione è temperata dal requisito secondo cui le misure coercitive possono essere utilizzate solo in ultima istanza e debbono essere "proporzionate e non eccedere un uso ragionevole della forza".²¹² In tale articolo si introduce dunque un riferimento al principio di proporzionalità, la cui importanza ai fini della disciplina della procedura di rimpatrio sarà ribadito dalle sentenze della CGUE.²¹³ L'*articolo 9* prende in considerazione, conformemente al "considerando" n.12, l'ipotesi in cui il rimpatrio non possa avere luogo immediatamente e prevede a) un obbligo (*shall*) di rinviarlo quando l'espulsione dello straniero irregolare avvenga in violazione del principio di *non-refoulement* e per tutta la durata della sospensione della procedura in caso di ricorso; b) la facoltà (*may*) di rinviare il rimpatrio, tenendo conto delle circostanze specifiche del singolo caso, e in particolare tenendo conto "delle condizioni fisiche o mentali del cittadino di un paese terzo e delle ragioni tecniche, come l'assenza di mezzi di trasporto o il mancato allontanamento a causa dell'assenza di identificazione".²¹⁴ Durante il periodo in cui il rimpatrio è rinviato, i soggetti interessati sono coperti dalle garanzie previste all'articolo 14: essendo questa l'unica previsione

adottate caso per caso e tenendo conto dei criteri obiettivi". S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcazaro, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax, 2012, p.495.

²⁰⁹ Articolo 7, par. 4. È opportuno sottolineare che i concetti di "ordine pubblico", "pubblica sicurezza" o "sicurezza nazionale" non sono definiti all'interno della direttiva, con la conseguenza che il loro contenuto può variare a seconda delle legislazioni degli Stati Membri.

²¹⁰ Si veda sia S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcazaro, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax, 2012, p.496; che K. Hailbronner, 2010, p. 1526.

²¹¹ Articolo 8, par.1.

²¹² Articolo 8, par. 4, che aggiunge anche che "Le misure coercitive sono attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo".

²¹³ La rilevanza del principio di proporzionalità è sottolineata dal suo richiamo – sia in riferimento all'utilizzo di misure coercitive che all'uso della detenzione – nella parte introduttiva della Direttiva, al considerando n. 13 e al n.16.

²¹⁴ Articolo 9, par. 2.

procedurale in rapporto al rinvio, si deve ritenere che le concrete modalità con cui disporre il rinvio siano lasciate alla discrezionalità degli Stati Membri.²¹⁵

Il caso particolare del rimpatrio dei minori non accompagnati è infine regolato all'*articolo 10*, il quale impone che lo Stato debba fornire assistenza ai minori tramite "organismi appropriati" e "tenendo conto dell'interesse superiore del bambino".²¹⁶

Una delle previsioni più importanti e insieme più controverse della Direttiva è quella di cui all'*articolo 11*, introdotta con la volontà di rafforzare la credibilità della politica europea in materia di immigrazione irregolare. Tale articolo prevede infatti il divieto di ingresso a seguito di una procedura di rimpatrio e allontanamento. Si possono al riguardo distinguere due ipotesi: il paragrafo 1 disciplina i casi in cui gli Stati Membri hanno l'obbligo di inserire il divieto di ingresso nelle decisioni di rimpatrio, cioè "qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria, oppure qualora non si sia ottemperato l'obbligo di rimpatrio".²¹⁷ Al di fuori di questi casi agli Stati è comunque lasciata la possibilità ("may") di corredare le decisioni di rimpatrio con tale divieto.²¹⁸ La modalità con cui sono previsti gli obblighi e le possibilità per gli Stati lascia aperta l'incertezza su quale sia da considerarsi eccezione e quale regola generale, in quanto non è chiaro se il divieto di reingresso sia una misura da applicarsi solo in alcuni casi eccezionali, oppure possa essere – in base alla valutazione degli Stati – imposta in via generale.²¹⁹ Uno degli elementi più significativi del divieto di ingresso è l'ambito della sua applicazione: esso non riguarda infatti solo lo Stato Membro che ha emanato la decisione di rimpatrio, ma tutto il territorio dell'Unione. A tal proposito il "considerando" n.18 sottolinea che gli Stati "dovrebbero disporre di un accesso rapido alle informazioni riguardanti i divieti di ingresso degli altri Stati Membri", al fine di cooperare

²¹⁵ K. Hailbronner, 2010, p. 1530. Inoltre la Direttiva non contiene alcun obbligo per gli Stati Membri di porre fine allo "stato di limbo" in cui il migrante viene a trovarsi a causa del rinvio. S. Peers, 2011, p. 570.

²¹⁶ Articolo 10, par. 1. Il secondo paragrafo dell'articolo 10 prevede inoltre che "Prima di allontanare un minore non accompagnato dal territorio di uno Stato membro, le autorità di tale Stato membro si accertano che questi sarà ricondotto ad un membro della sua famiglia, a un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio."

²¹⁷ Articolo 11, par. 1.

²¹⁸ Secondo l'interpretazione di Hailbronner quindi, il divieto di ingresso non viene allegato alla decisione di rimpatrio solo in caso di rimpatrio forzato, ma può avvenire anche per il rimpatrio volontario, quando il cittadino dello Stato terzo rispetta il periodo di partenza volontaria. K. Hailbronner, 2010, p.1533. In proposito Baldaccini ha sottolineato come "*issuing an entry ban along with a return decision runs counter the principle of promoting voluntary return, as there is little incentive for leaving voluntarily if the sanction to be faced turns out the same.*". A. Baldaccini, 2009, p. 10.

²¹⁹ P. Boeles, "Entry bans and SIS alerts", in K. Zwaan, *The Return Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publisher, Nijmegen, 2011, pp. 39-45.

ulteriormente nel senso di imporre il rispetto di tale divieto. Quanto alla durata di tale divieto, la Direttiva non impone il rispetto di un termine vincolante, ma predispone che essa sia determinata “tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso” e “non supera di norma i cinque anni”;²²⁰ si ammette però che possa superare tale periodo quando lo straniero rappresenti una minaccia per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. D’altronde, la Direttiva ammette anche la possibilità per gli Stati di revocare o sospendere tale divieto in alcune circostanze particolari, o addirittura di astenersi dall’emetterlo “per motivi umanitari”; il divieto di ingresso infine non può essere ordinato nei confronti delle vittime di tratta e non pregiudica in alcun modo il diritto alla protezione internazionale.²²¹

Gli articoli dal 12 al 14 tratteggiano alcune garanzie procedurali per lo straniero irregolare. Tali articoli, rispetto alla proposta iniziale della Commissione e agli emendamenti proposti in via informale dal Parlamento nel corso dei negoziati, hanno subito modifiche nel senso della riduzione delle tutele per i soggetti interessati, permettendo una applicazione delle regole da parte degli Stati più flessibile e, di conseguenza, meno vincolante per questi ultimi. In particolare, l’*articolo 12* prevede che le decisioni di rimpatrio, divieto di ingresso e allontanamento debbano essere adottate in forma scritta, fornite di motivazione e informazioni sui mezzi di ricorso disponibili. Se il soggetto interessato ne fa richiesta tali decisioni devono inoltre essere tradotte “in una lingua comprensibile per il cittadino o che si può ragionevolmente supporre tale”.²²² L’*articolo 13* contiene invece previsioni in merito alla predisposizione da parte dello Stato Membro di “mezzi di ricorso effettivo”²²³ contro le decisioni connesse al rimpatrio;²²⁴ per quanto riguarda l’effetto sospensivo del ricorso, che era obbligatorio nella proposta iniziale della Commissione, è ora presentato come mera possibilità. Particolarmente controverse nel processo di negoziazione sono poi state le previsioni

²²⁰ Articolo 11, par. 2. La necessità di adottare una valutazione individuale e caso per caso con riguardo alla determinazione della durata del divieto è ribadito dal “considerando” 14, il quale prevede che “in tale contesto che il cittadino di un paese terzo interessato sia già stato destinatario di più di una decisione di rimpatrio o provvedimento di allontanamento o sia entrato nel territorio di uno Stato membro quando era soggetto a un divieto d’ingresso.”

²²¹ Articolo 11, par. 3 e 5.

²²² Articolo 12, par. 2. Ma più avanti lo stesso articolo prevede anche che gli Stati possano derogare ad una procedura di traduzione individualizzata, per ricorrere ad una procedura standardizzata.

²²³ In linea con le previsioni dell’articolo 13 CEDU e dell’articolo 47 della Carta di Nizza, che prevedono il diritto ad un ricordo effettivo ed all’imparzialità dei giudici.

²²⁴ Articolo 13, par. 1.

dell'articolo 13 riguardanti l'assistenza legale gratuita: l'accordo sull'inserimento di tale garanzia, la cui applicazione pratica è in ogni caso sottoposta alla “pertinente legislazione o regolamentazione nazionale” si è avuto solo con il suggerimento avanzato dalla Commissione di coprire parte delle spese derivanti dall'applicazione di tale regola attraverso fondi europei. L'articolo 14 contiene infine alcune garanzie che gli Stati devono assicurare ai migranti irregolari tanto nel periodo della partenza volontaria, quanto nel periodo in cui il rimpatrio è stato rinviato. Tali garanzie sono in effetti garanzie minime con riferimento al rispetto dell'unità familiare, alle prestazioni sanitarie da assicurare (sono previste come obbligatorie solo le prestazioni sanitarie d'urgenza), all'accesso al sistema educativo (ma solo per i minori) e infine alle esigenze delle persone vulnerabili quali definite dall'articolo 3.²²⁵

Il capitolo successivo della Direttiva è dedicato alla misura del trattenimento dei migranti irregolari: anche in merito alle misure qui contemplate il dibattito in sede negoziale tra Consiglio e Parlamento è stato acceso e complesso. L'articolo 15 detta le condizioni procedurali in base alle quali i migranti possono essere trattenuti:²²⁶ in primo luogo viene evidenziato che l'uso della detenzione deve essere sottoposto al principio di proporzionalità, declinato nella necessità che tale trattenimento abbia la “durata più breve possibile e sia mantenuto solo per il tempo necessario dell'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio”.²²⁷ Affinché il trattenimento degli stranieri sia conforme alla legge, devono inoltre essere rispettate tre condizioni (da ritenersi esaustive):²²⁸ a) il trattenimento può avere luogo “soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento”;²²⁹ b) non ci devono essere misure meno coercitive da potersi

²²⁵ Articolo 15, par. 1.

²²⁶ Al momento dei negoziati della Direttiva solo pochi Stati Membri rivelavano condizioni di detenzione - in particolare con riferimento alla durata della detenzione - più rigide rispetto a quelle negoziate nel testo finale. A tal riguardo Baldaccini ha sostenuto: “*The Directive is therefore unlikely to improve standards in EU pre-removal detention. There is a distinct risk, instead, that Member States will lower standards and increase detention periods up to the maximum allowed under the Directive. The European Parliament sought to prevent the lowering of standards by a Council statement, which is annexed to the Directive, to the effect that the implementation of this Directive should not be used in itself as a reason to justify the adoption of provisions less favourable to persons to whom it applies. However, the irrelevance of this statement has already shown in practice: in June 2008, at the time final agreement on the Directive was reached, Italy amended domestic legislation to increase the period of detention for irregular immigrants waiting to be deported from 60 days to 18 months, which the press reported to be “in line with recently introduced European Union anti-immigration guidelines.”*”. A. Baldaccini, 2009, p. 15.

²²⁷ Articolo 15, par. 1.

²²⁸ S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcazaro, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax, 2012, p.501.

²²⁹ Articolo 15, par. 1.

applicare; e c) vi deve essere una ragionevole una ragionevole prospettiva di rimpatrio.²³⁰ Tali principi sono stati richiamati in alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia sulla Direttiva 115/2008, e in particolare in *Kadzoev e El Dridi*.²³¹ Il paragrafo 1 dell'articolo 15 evidenzia poi due casi in cui, per preparare il rimpatrio, può essere applicato il trattenimento: quello del rischio di fuga e quello in cui il cittadino del paese terzo ostacoli o eviti la preparazione del rimpatrio. Inoltre, la mancanza di cooperazione da parte del soggetto interessato rappresenta una delle ipotesi in cui il periodo di detenzione – che generalmente non può superare i sei mesi – può essere prolungato di ulteriori 12 mesi.²³² Il termine temporale massimo, frutto di controverse negoziazioni all'interno dello stesso Consiglio, è quindi di 18 mesi, e comprende altresì le cd. “chain detention”: il migrante non può essere soggetto ad un periodo di detenzione, anche qualora rilasciato e poi nuovamente trattenuto, superiore ai 18 mesi. L'articolo contiene infine alcune garanzie sulle autorità che possono ordinare il trattenimento (qualora sia ordinato da autorità amministrativa, questo deve essere seguito da un riesame giudiziario “entro il più breve tempo possibile”²³³), sulla forma scritta dell'atto, sul riesame del trattenimento ad “intervalli ragionevoli”.²³⁴ L'articolo 16, dedicato alle condizioni del trattenimento, prevede come norma generale che la detenzione debba avvenire all'interno di appositi centri, ma ammette anche che, qualora il trattenimento del cittadino nei centri appositi non sia possibile, questo possa avvenire negli istituti penitenziari. Si prevede poi “la possibilità - su richiesta - di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti”,²³⁵ un'altra garanzia predisposta a favore dei migranti è quella di “essere informati delle norme vigenti nel centro e dei loro diritti e obblighi”.²³⁶ Nonostante quest'ultima previsione di legge non indichi alcun limite temporale entro cui fornire tali informazioni, interpretandola alla luce del cd. “effetto utile” che tale previsione dovrebbe avere, si evince che le informazioni debbano essere

²³⁰ L'articolo 15 al paragrafo 4 prevede infatti che “Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata”.

²³¹ CGUE, Sentenza 30 novembre 2009, C-357/09, *Kadzoev*, in Racc. I-11185; CGUE, Sentenza 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*, in Racc. I-03015.

²³² Articolo 15, par. 6. L'altra ipotesi è quella in cui vi siano “ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi”.

²³³ Articolo 15, par. 2.

²³⁴ Articolo 15, pr. 3.

²³⁵ Articolo 16, par. 2.

²³⁶ Articolo 16, par. 4.

comunicate il prima possibile, non oltre 24 ore dall'ingresso nel centro.²³⁷ Particolarmente rilevante è poi la possibilità, sancita dal paragrafo 4, di accesso ai centri di detenzione per organismi e organizzazioni internazionali e non governativi; d'altro canto tale possibilità può essere sottoposta ad autorizzazione, così limitando il diritto di accesso di tali organismi.²³⁸ L'*articolo 17* è dedicato infine alla situazione di alcune categorie vulnerabili o in ogni caso meritevoli di attenzione peculiari: le famiglie con minori e i minori non accompagnati. Il capo sulle misure di trattenimento si chiude con l'*articolo 18*, che fa riferimento a misure eccezionali adottabili in situazioni di emergenza, e cioè “nei casi in cui un elevato numero di cittadini terzi da rimpatriare comporta un notevole onere imprevisto per la capacità dei centri di permanenza di uno Stato membro o per il suo personale amministrativo o giudiziario”: tale indicazione non è tuttavia della massima chiarezza, dal momento che le situazioni di emergenza non sono definite nel dettaglio, e un considerevole margine di apprezzamento viene lasciato agli Stati nel definirle. In ultimo, le disposizioni finali, oltre a indicare il termine massimo per l'attuazione della Direttiva e la sua entrata in vigore, prevedono che la Commissione debba riferire periodicamente – ogni tre anni – sull'applicazione di tale Direttiva, imponendo così un meccanismo di revisione continuo.²³⁹

1.6.3 Le ricadute della Direttiva Rimpatri

Il contenuto della Direttiva, risultante dal compromesso instabile tra le posizioni della Commissione, del Parlamento e del Consiglio in rappresentanza degli Stati Membri è stato criticato, immediatamente dopo la sua adozione, da numerosi attori internazionali, organizzazioni non governative,²⁴⁰ il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite,²⁴¹

²³⁷ K. Hailbronner, 2010, p.1546.

²³⁸ A tal proposito è opportuno sottolineare la difficoltà incontrata da numerose ONGs nell'accesso ai centri per documentare la situazione dei soggetti detenuti, difficoltà che ha portato alla creazione della campagna europea lanciata dal network “Migreurop”, dal titolo “Open Access Now - To detention centres for migrants”. Alla campagna europea fa da specchio quella italiana di “LasciateCIE entrare”, lanciata in Italia nel 2011. <http://www.lasciatecientrare.it/j25/chi-siamo>

²³⁹ Articolo 20.

²⁴⁰ State Watch, United Nation Human Rights Council, Amnesty International, ECRE (European Council of Refugees and Exiles), PICUM (Platform for international cooperation on undocumented migrants).

²⁴¹ United Nations Press Release: United Nations experts express concern about the proposed European Union Return Directive, 18 July 2008. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=8440&LangID=E>

alcuni capi di stato di Paesi latino-americani.²⁴² Anche in ambito dottrinale sono stati sollevati numerosi dubbi e criticità in merito al bilanciamento effettuato dalla Direttiva tra procedure legate all'espulsione (cd. rimpatrio nel testo della Direttiva) e tutela dei diritti umani dei migranti irregolari.²⁴³ Il risultato della Direttiva è sicuramente stato quello di sancire il primato dell'espulsione nella politica europea in merito di immigrazione irregolare,²⁴⁴ perpetrando così un orientamento politico che sembra essere il solo accettabile per l'Unione, in linea con le politiche nazionali di numerosi Stati Membri, ma senza tener conto della necessità di perseguirlo nel pieno rispetto dei diritti fondamentali di ogni individuo.²⁴⁵ Quantunque nella Direttiva siano fissate alcune garanzie a favore dei migranti irregolari (ad esempio gli articoli 12,13,14,15), tali previsioni vengono indebolite dalle numerose eccezioni e deroghe concesse agli Stati con riferimento alla loro applicazione. Particolarmente critiche si sono poi dimostrate le previsioni riguardanti la detenzione di cui all'articolo 15, al cui riguardo la stessa Corte di Giustizia è a più riprese intervenuta per chiarire l'applicabilità della misura del trattenimento. I casi in proposito più importanti sono: *Kadzoev*,²⁴⁶ *El Dridi*,²⁴⁷ *Achughbabian*,²⁴⁸ *Arslan*,²⁴⁹ *G. and R.*,²⁵⁰ *Mahdi*,²⁵¹ *Bero*.²⁵²

²⁴² *Latin America could halt EU trade talks over return directive*, 23 June 2008, <http://euobserver.com/9/26374>; *LatAm countries outraged by Return Directive*, Europolitica, 23 June 2008. Si veda anche D. Acosta Arcarazo, *Latin American Reactions to the Adoption of the Returns Directive*, Brussels: Centre for European Policy Studies (CEPS), 13 November 2009.

²⁴³ Nell'opinione di Peers, "the Directive does not go far enough to ensure that minimum standards of proportionality, fairness and humanity are satisfied". S. Peers, 2011, p. 575.

²⁴⁴ Si veda l'opinione di A. Baldaccini, secondo cui il risultato della Direttiva è "the codification at EU level of an expulsion regime that is lacking from a perspective of the rights of the individual.". In conclusione alla sua analisi delle principali misure della Direttiva, Baldaccini conclude: "When first proposed, there was some expectation that the Returns Directive would be a significant contribution to the protection of the human rights of irregular migrants, in particular by ensuring adequate procedural safeguards against expulsions and setting substantive limits on detention. Unfortunately, negotiations on the text of this Directive have failed to produce a result that entirely meets the minimum standards of proportionality, fairness and humanity which should apply to EU immigration and asylum law. Although each Member State retains the power to decide in the first place whether it wishes to regularise or deport the irregular migrant, the Directive has a strong presumption in favour of expulsion and is couched in terms which leave little doubt as to the punitive consequences which migrants will face in the event of an irregular stay.". A. Baldaccini, 2009, p.17.

²⁴⁵ "From a human rights perspective the result [of the Directive] is disappointing as it provides in general for a rather minimal level of human rights protection for third country nationals in the process of return while certain provisions risk undermining human rights standards". K. Pollet, in K. Zwaan, 2011, p. 37.

²⁴⁶ CGUE, Sentenza 30 novembre 2009, C-357/09, *Kadzoev*, in Racc. I-11185.

²⁴⁷ CGUE, Sentenza 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*, in Racc. I-03015.

²⁴⁸ CGUE, Sentenza 6 dicembre 2011, C-329/11, *Achughbabian*, in Racc. I-12695.

²⁴⁹ CGUE, Sentenza 30 maggio 2013, C- 534/11, *Arslan*, non ancora pubblicata in Racc.

²⁵⁰ CGUE, Sentenza 10 settembre 2013, C-383/13, *G. and R.*, non ancora pubblicata in Racc.

²⁵¹ CGUE, Sentenza 5 giugno 2014, C-146/14, *Mahdi*, non ancora pubblicata in Racc.

²⁵² CGUE, Sentenza 17 luglio 2014, C-474/13, *Bero*, non ancora pubblicata in Racc.

Oltre alle problematiche sollevate dall'articolo 15,²⁵³ la trasposizione e successiva applicazione della Direttiva negli Stati Membri si è rilevata particolarmente delicata proprio sotto i profili che si erano dimostrati controversi già in sede di adozione del documento: l'ambito di applicazione della Direttiva (articolo 2), la partenza volontaria (articolo 7),²⁵⁴ il divieto di ingresso (articolo 11),²⁵⁵ e le previsioni in materia di garanzie procedurali.²⁵⁶ Ulteriore questione sensibile è quella, su cui la stessa Corte di Giustizia si era già pronunciata nel caso *Kadzoev*, della situazione e dello status di coloro che, soggiornanti irregolarmente sul territorio di uno Stato Membro e eventualmente anche detenuti in vista del rimpatrio, non possono in definitiva essere soggetti a tale procedura di rimpatrio. Questo il caso di Mr. Kadzoev, che, una volta rilasciato al termine del massimo periodo di detenzione previsto dalla Direttiva (18 mesi) non ha potuto in nessun caso essere rimpatriato e è rimasto in Bulgaria senza alcuno status giuridico. Benché la Direttiva non contenga alcuna espressa previsione al riguardo,²⁵⁷ in dottrina è stata discussa la possibilità (e opportunità) di tutelare le persone il cui rimpatrio non può essere portato a termine e che resterebbero altrimenti in uno stato di limbo, eventualmente tramite la concessione di un permesso di soggiorno.²⁵⁸ Tale impostazione è stata in parte confermata dalla Corte di Giustizia dell'UE con il caso *Mahdi*.²⁵⁹

²⁵³ Per un approfondimento si veda D. Acosta, "The Return Directive: Possible Limits and Interpretation", in K. Zwaan, *The Return Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publisher, Nijmegen, 2011, pp. 7-24.

²⁵⁴ Si veda il caso: CGUE, Sentenza 11 giugno 2015, C-554/13, *Zh. and O.*, non ancora pubblicata in Racc.

²⁵⁵ CGUE, Sentenza 19 settembre 2013, C-297/12, *Filev and Osmani*, non ancora pubblicata in Racc.; CGUE, Sentenza 1 ottobre 2015, C-290/14, *Skerdjan Celaj*, non ancora pubblicata in Racc.

²⁵⁶ Sentenza 10 settembre 2013, C-383/13, *G. and R.* In questo caso la Corte ha confermato che i diritti della difesa di cui all'articolo 41, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali (il diritto di ogni persona di essere ascoltata e di accedere al fascicolo la riguarda) devono essere rispettati nelle decisioni adottate in virtù della direttiva rimpatri, anche qualora non siano espressamente previsti dalla Direttiva stessa.

²⁵⁷ Tuttavia la lettura in combinato disposto dell'articolo 6 par. 4 (che prevede la possibilità per gli Stati Membri di garantire un permesso di soggiorno per motivi umanitari o altri motivi) e del "considerando" n.12 (che esorta gli Stati a prendere in considerazione lo status dei migranti irregolari che non possono essere rimpatriati), apre una possibilità nel senso di ammettere il riconoscimento di un permesso di soggiorno anche per tali soggetti.

²⁵⁸ D. Acosta, in K. Zwaan, 2011, p.18.

²⁵⁹ CGUE, C-146/14 PPU, *Mahdi* (2014). Nel presente caso la Corte ha interpretato l'articolo 15 della Direttiva Rimpatri riguardante l'esame giudiziale della proroga del trattenimento, che deve essere disposta con atto scritto, motivato in fatto e diritto; successivamente oltre ad altre questioni riguardanti la disciplina del trattenimento, la Corte ha anche dichiarato che, in caso di liberazione del sig. Mahdi, la Bulgaria benché non sia tenuta a rilasciargli un permesso di soggiorno autonomo o a conferirgli un diritto di soggiorno deve nondimeno fornirgli una conferma scritta della sua situazione, secondo quanto previsto dalla direttiva.

Un primo bilancio valutativo delle modalità di applicazione della Direttiva e dei suoi nodi critici è stato effettuato dalla Commissione nel 2013,²⁶⁰ in conformità con la previsione dell'articolo 19. Tale documento traccia un bilancio con riferimento all'applicazione, esecuzione e effetti delle varie procedure previste dalla Direttiva 115/2008 nei vari Stati Membri. La Commissione ha valutato che la Direttiva sembra aver avuto un impatto rilevante sulle legislazioni e le pratiche degli Stati con riferimento al massimo periodo di detenzione,²⁶¹ all'introduzione del rimpatrio volontario come regola generale, alla durata massima del divieto di ingresso e alle condizioni per la sua emissione, al sistema di monitoraggio del meccanismo del rimpatrio. D'altro canto, è stata evidenziata la mancanza di incisività con riferimento alla procedura e alle condizioni di rinvio del rimpatrio e alle garanzie procedurali.²⁶² due aspetti che, entrambi, incidono fortemente sui diritti delle persone coinvolte. Nel corso dell'analisi dettagliata delle singole previsioni della Direttiva, emergono inoltre criticità in merito allo status dei soggetti il cui rimpatrio è stato rinviato, alle misure alternative rispetto al trattenimento, alle condizioni di trattenimento, alla detenzione dei migranti in istituti penitenziari e alla detenzione di minori. Le valutazioni effettuate dalla Commissione al fine di sopperire agli aspetti maggiormente problematici della Direttiva sono nel senso di introdurre definizioni

²⁶⁰ *“The evaluation was designed to examine the extent and effect of the application of the Return Directive in the Member States and the Schengen Associated Countries, by 1. understanding the differences / shortcomings in terms of the implementation across the Member States and Schengen Associated Countries (Objective 1); 2. assessing the impact of the application of the Directive across these countries today in comparison to the situation before 2008 (pre-Directive situation) (Objective 2); 3. examining the impact the application of the Directive had on greater convergence at the EU level (Objective 3); Secondly, the evaluation was set up to help understanding how the Return Directive could be improved, by 4. identifying aspects of return policy which are not / not sufficiently covered by it and identifying the scope for possible non-legislative initiatives that would ensure a more effective application of the Directive (Objective 4).”*. MATRIX, *Evaluation on the application of the Return Directive*, Luxembourg, 2013, p. 18.

²⁶¹ Con riferimento al periodo di detenzione, tuttavia, è opportuno sottolineare che se da un lato tale periodo massimo è stato imposto agli Stati che prevedevano la possibilità di detenzione illimitata, dall'altro altri Stati hanno allungato il periodo di detenzione previsto dalle legislazioni nazionali in concomitanza con l'entrata in vigore o l'adozione della Direttiva. Le statistiche mostrano che in 10 stati la durata del trattenimento è stata ridotta dall'entrata in vigore della Direttiva, ma in 8 Stati tale durata è aumentata. COM (2014), 199 def., Bruxelles, 2014. Per un approfondimento al proposito si veda: F. Bertin, E. Fontanari, L. Gennari, *At the limen: the implementation of the Return Directive in Italy, Cyprus and Spain*, EACEA, 2013.

²⁶² Al riguardo le note più critiche riguardano il diritto alla traduzione delle decisioni e il diritto effettivo al ricorso: *“Even though a legal provision for appeal exists in most national legislations, in practice there are concerns around the right to a legal remedy. These include the provision of appropriate information and communication about available remedies to TCNs (including appropriate translation of this information); lacking provision of legal aid, i.e. timely and/or free of charge; return decision being reviewed by bodies that are not completely independent or impartial. To ensure the independence of legal reviews, the Commission could require Member States to have judicial bodies only as appeals institutions, and not rely on administrative bodies like the police or administrative government ministries.”* MATRIX, *Evaluation on the application of the Return Directive*, Luxembourg, 2013, p. 121.

e regole più precise e dettagliate, che di conseguenza possano essere più vincolanti per gli Stati Membri. Molte delle soluzioni proposte, per altro, riavvicinerebbero il contenuto della Direttiva al quello della proposta iniziale lanciata dalla Commissione: al momento attuale sembra tuttavia difficile ipotizzare l'avviamento di un procedimento di emendamento della Direttiva che trovi il consenso del Consiglio rispetto alle modifiche e ai suggerimenti proposti. A cinque anni dal termine per l'implementazione della Direttiva rimpatri negli Stati Membri, quindi, è possibile concludere che lo strumento legislativo configurato per la gestione dell'immigrazione irregolare ha certamente avvicinato e uniformato alcune pratiche degli Stati in riferimento alle procedure di espulsione,²⁶³ comportando modifiche nelle legislazioni e nelle prassi degli Stati, senza tuttavia portare ad una inversione radicale nelle politiche di questi ultimi.²⁶⁴ D'altro canto, la sua adozione non ha condotto gli Stati Membri ad aumentare sensibilmente il livello di garanzie per i migranti coinvolti nel rimpatrio.²⁶⁵ Tanto nel senso della definizione dei limiti che gli Stati Membri devono rispettare in applicazione della direttiva, quanto, benché in misura più ridotta, in quello della tutela dei diritti, è stata piuttosto la Corte di Giustizia a ricoprire un ruolo chiave, anche grazie alla possibilità introdotta dal Trattato di Lisbona di giudicare sulle questioni pregiudiziali sollevate da qualsiasi giudice nazionale e alla natura vincolante che ha assunto la Carta di Nizza. La Corte ha infatti specificato e chiarito numerosi concetti contenuti nella Direttiva, imponendo agli Stati il rispetto di regole più ferree nella sua applicazione e smussando, tramite una interpretazione liberale delle condizioni di rimpatrio, delle garanzie procedurali e di quella legata al rimpatrio volontario, le previsioni più criticate della Direttiva.²⁶⁶

²⁶³ Si veda in proposito sia MATRIX, *Evaluation on the application of the Return Directive*, Luxembourg, 2013, sia la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla politica di rimpatrio dell'Unione Europea, che contiene una relazione dettagliata sull'incidenza della direttiva rimpatri 2008/115/CE sulle politiche e sulle prassi degli Stati membri in materia di rimpatrio.

²⁶⁴ L'impatto positivo della Direttiva è stato riassunto nella Comunicazione del 2014 della Commissione, in cui si evidenzia che "La direttiva rimpatri ha inciso positivamente sulle legislazioni e sulle prassi nazionali relative alle partenze volontarie ed è stata un fattore di cambiamento nel monitoraggio dei rimpatri forzati. Ha contribuito alla convergenza — e a una riduzione complessiva — della durata massima del trattenimento in tutta l'UE, e al contempo ha comportato un notevole cambiamento in direzione di una più ampia applicazione di alternative al trattenimento nei vari Stati membri. Ha inoltre limitato la capacità degli Stati membri di perseguire penalmente il soggiorno irregolare di per sé, e le sue garanzie procedurali hanno contribuito ad aumentare la sicurezza giuridica." COM (2014), 199 def., Bruxelles, 2014.

²⁶⁵ Con riferimento alle garanzie procedurali e al rispetto dei diritti, in particolare il diritto all'asilo e il principio di non refoulement, si veda M. Cavinato, "Principles of the Return Directive and Lack of Procedural Guarantees", in K. Zwaan (ed.), *The Return Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011, p. 46-58.

²⁶⁶ L'impatto liberale delle sentenze della Corte di Giustizia dell'interpretazione della Direttiva Rimpatri è stato recentemente evidenziato da Peers, il quale, tuttavia, in chiusura del suo intervento ricorda che "This

Per quanto riguarda infine un bilancio di natura più prettamente politica, inteso a verificare se le previsioni della Direttiva abbiano avuto un certo impatto sul contrasto all'immigrazione irregolare, la Commissione ha rilasciato una Comunicazione nel 2014 che "illustra il modo in cui la politica di rimpatrio dell'UE è cambiata negli ultimi anni, analizza l'incidenza di questi cambiamenti e presenta alcune idee per i futuri sviluppi."²⁶⁷ Con riferimento ai dati fattuali, la Commissione rileva una riduzione nella percentuale di immigrati irregolari presenti in Europa dopo il 2008,²⁶⁸ riconoscendo al contempo però che l'andamento di tale fenomeno è difficilmente prevedibile e monitorabile e che a tale riduzione non corrisponde l'effettività del rimpatrio degli irregolari: le statistiche rivelano un divario notevole tra il numero di destinatari di una decisione di rimpatrio (all'incirca 484 000 nel 2012, 491 000 nel 2011 e 540 000 nel 2010) e quello di chi ha conseguentemente lasciato l'UE (all'incirca 178 000 nel 2012, 167 000 nel 2011 e 199 000 nel 2010).²⁶⁹ Successivamente riepiloga l'impatto delle singole previsioni della Direttiva sulle legislazioni degli Stati Membri e indica gli spazi di miglioramento per il futuro: in particolare insiste sulla promozione dello strumento del rimpatrio volontario,²⁷⁰ sull'ulteriore sfruttamento del potenziale dei sistemi VIS (sistema di informazione visti) e SIS (sistema di informazione Schengen), proponendo anche di introdurre nel nuovo SIS II l'obbligo, per gli Stati, di inserire la segnalazione dei respingimenti alla frontiera causati da divieti d'ingresso; e infine sottolinea il ruolo potenziato di Frontex nella

is only a modest amelioration of the underlying obligation to leave; and in most cases, the CJEU is not willing to do anything to improve the position of those who cannot in practice be removed. Ultimately, there are inevitable limits to any attempt to fit a square peg into a round hole". S. Peers, *Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balances against Efficient Removal?*, "European Journal of Migration and Law", Vol. 17, Issue 4, 2015, p. 304.

²⁶⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla politica di rimpatrio dell'Unione Europea. COM (2014), 199 def., Bruxelles, 2014.

²⁶⁸ "Dal 2008 il numero di migranti irregolari fermati nell'UE diminuisce ogni anno, con un declino complessivo di quasi il 30% tra il 2008 e il 2012, essendo passato da circa 610 000 a circa 440 000. È difficile comprendere la ragione precisa di questa diminuzione, ma ha sicuramente contribuito una serie di fattori tra cui il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, la crisi economica in Europa e il miglioramento della situazione economica in alcuni importanti paesi di origine." COM (2014), 199 def., Bruxelles, 2014, pag.3.

²⁶⁹ Dati Eurostat.

²⁷⁰ "Nel 2012, il rapporto tra partenze volontarie e rimpatri forzati (secondo i dati annuali di Frontex di analisi del rischio per il 201310) nell'UE era di circa 44 a 56. Promuovere ulteriormente le partenze volontarie continuerà a essere uno dei principali obiettivi strategici della politica di rimpatrio dell'UE." COM (2014), 199 def., Bruxelles, 2014, pag. 5

gestione e organizzazione delle operazioni di rimpatrio congiunte.²⁷¹ Degno di nota è infine il riferimento della Commissione ai diritti umani, in quanto la stessa si impegna a promuovere pratiche più coerenti e compatibili con i diritti fondamentali, tramite l'elaborazione una serie di orientamenti e raccomandazioni sulle questioni più sensibili: tali sforzi sono confluiti nell'adozione di un "manuale sul rimpatrio",²⁷² la cui stesura è terminata nell'ottobre del 2015.²⁷³

Sempre nell'autunno 2015, la Commissione ha adottato un Piano di Azione sul rimpatrio,²⁷⁴ che rivela un suo orientamento più severo nei confronti dell'immigrazione irregolare e degli strumenti per contrastarla: l'efficacia del sistema di rimpatrio viene indicata come un significativo pull factor nei confronti dei migranti e come un modo per rafforzare la credibilità del sistema dell'Unione nei confronti dei suoi cittadini. Non si parla più propriamente di preferenza per il rimpatrio volontario, ma anzi si insiste sul fatto che "uno dei modi più efficaci per affrontare la migrazione irregolare è il rimpatrio sistematico, che sia volontario o forzato, di coloro che non hanno o non hanno più il diritto di restare in Europa";²⁷⁵ l'approccio si fa più severo anche con riguardo alle specifiche misure previste dalla Direttiva, in particolare con riferimento alla detenzione: "Per rispettare il loro obbligo di eseguire il rimpatrio, gli Stati membri dovrebbero ricorrere al trattenimento come misura legittima in ultima istanza, se necessario per evitare che i

²⁷¹ Il 7 ottobre 2013 è stato adottato il codice di condotta Frontex sulle operazioni di rimpatrio congiunte, inteso soprattutto a definire procedure efficaci di monitoraggio dei rimpatri forzati e a garantire il rispetto dei diritti umani e della dignità dei rimpatriati.

²⁷² Le questioni a cui si riferisce la Commissione sono: a) il rapporto tra gli arresti di migranti irregolari e il rispetto dei diritti umani; b) la promozione di misure alternative al trattenimento; c) la "criminalizzazione" del soggiorno irregolare di chi deve essere rimpatriato; d) lo status dei "rimpatriandi non allontanabili". In riferimento all'arresto dei migranti, la Commissione ha tenuto in conto il documento "Apprehension of migrants in an irregular situation – fundamental rights considerations" rilasciato dal Consiglio d'Europa nel 2012. La Commissione ha poi riconosciuto, nel Manuale sul rimpatrio del 2015, che le prassi degli Stati Membri le quali rispettino i principi statuiti dal Consiglio d'Europa non potranno essere considerate come una violazione dell'obbligo di rimpatrio previsto dall'articolo 6 della Direttiva. COM (2015), 6250 def., 1/10/2015, Bruxelles.

²⁷³ Tale documento è indirizzato ai soggetti che a livello nazionale sono chiamati ad applicare e far eseguire la Direttiva. L'obiettivo è quello di delimitare e definire con maggior precisione i contenuti ed i termini della Direttiva, analizzandola articolo per articolo. Il fine ultimo è infatti quello di armonizzare ulteriormente le modalità di applicazione delle procedure previste dalla Direttiva in tutti gli Stati Membri.

²⁷⁴ COM (2015), 453 def., Bruxelles, 2015.

²⁷⁵ COM (2015), 453 def., Bruxelles, 2015. La Commissione ribadisce nel Piano il proprio impegno a finanziare e sostenere economicamente il rimpatrio degli irregolari, in particolare attraverso i programmi di rimpatrio volontario e programmi di rimpatrio congiunti, ma ribadisce che "il successo dei programmi di rimpatrio volontario dipende anche dalla credibilità della prospettiva di un rimpatrio forzato. I migranti che spesso pagano coi risparmi di una vita i trafficanti perché li portino in Europa potrebbero non essere disposti ad accettare il rimpatrio volontario assistito, a meno che comprendano che saranno comunque rimpatriati. Se i migranti non prendono volontariamente la via del ritorno, bisogna ricorrere al rimpatrio forzato."

migranti in situazione irregolare fuggano e si rechino in altri Stati membri”.²⁷⁶ La Commissione si mostra, quindi, nel piano d’azione 2015, molto più determinata nell’obiettivo di far applicare severamente la Direttiva da parte degli Stati,²⁷⁷ che non in quello di prendere in considerazione il rispetto dei diritti fondamentali, mostrando un non indifferente scostamento rispetto ai contenuti della Comunicazione del 2014. Viene inoltre suggerito il ricorso al nuovo strumento, introdotto dall’Agenda europea sull’immigrazione, degli *hot spot*, sulla cui natura sussistono tuttavia ancora molti dubbi. Tali “punti di crisi”, che si trovano alle frontiere esterne dell’Unione (al momento, in Italia e in Grecia), dovrebbero avere la triplice funzione di identificare i migranti, distinguere tra coloro che hanno il diritto a cercare la protezione internazionale e chi invece deve essere rimpatriato, e procedere al rimpatrio dei migranti irregolari con il supporto e il sostegno nelle operazioni pratiche da parte di Frontex.²⁷⁸ Il tema degli “hot spot” è stato oggetto di attenzione della dottrina e di alcune NGOs, che hanno tendenzialmente adottato un approccio critico al riguardo, sottolineando la difficoltà di decidere sul diritto di asilo in modo compiuto e effettivo in tali contesti di primo soccorso e emergenza, e condannando coloro che non sono ritenuti avere tale diritto ad essere rimpatriati: questo ridurrebbe le garanzie per i migranti di un esame effettivo e approfondito della loro domanda.²⁷⁹

1.6.4 Direttiva Rimpatri e criminalizzazione dei migranti irregolari

Nei paragrafi precedenti sono state analizzate le principali misure adottate dall’Unione Europea in materia di immigrazione irregolare, e tra esse diffusa attenzione è stata riservata alla Direttiva Rimpatri. Ai fini della presente indagine è opportuno evidenziare quale sia il rapporto tra la Direttiva e la criminalizzazione dei migranti irregolari – tema che verrà diffusamente analizzato nel capitolo successivi di questo lavoro – quale esempio per mostrare il rapporto non sempre lineare tra il diritto dell’Unione Europea e quello

²⁷⁶ COM (2015), 453 def., Bruxelles, 2015, pag. 4. Inoltre: “Se esiste una ragionevole probabilità di allontanamento, le prospettive di tale allontanamento non dovrebbero essere compromesse da una cessazione prematura del trattenimento.”.

²⁷⁷ L’intenzione della Commissione è quella di avviare “procedure d’infrazione nei confronti degli Stati membri che non rispettano pienamente tutte le disposizioni della direttiva, compreso l’obbligo di emettere e eseguire le decisioni di rimpatrio.”.

²⁷⁸ COM (2015), 453 def., Bruxelles, 2015, pag.

²⁷⁹ Si veda ad esempio F. Webber, ‘Hotspots’ for asylum applications: some things we urgently need to know, 29 settembre 2015 in “EU law analysis” blog:<http://eulawanalysis.blogspot.be/2015/09/hotspots-for-asylum-applications-some.html>.

nazionale, italiano in questo caso. Il testo della Direttiva non contiene alcun riferimento alla possibilità od opportunità di criminalizzare i migranti per il semplice motivo dell'irregolarità del loro soggiorno. L'irregolarità rappresenta, ai fini del testo in esame, la condizione che da origine all'obbligo di ordinare il rimpatrio, ma non è in alcun modo caratterizzata da una connotazione di natura criminosa. Si prevedono al contrario alcune garanzie, seppur minime, per la tutela dei diritti dei soggetti in questione, tra cui quella di non essere detenuti all'interno di istituti penitenziari, proprio in quanto l'irregolarità del soggiorno non costituisce un reato da scontare. D'altro canto viene in rilievo l'articolo 2 che, nell'indicare i soggetti cui deve applicarsi la Direttiva, ammette la possibilità di escludere i cittadini di paesi terzi "sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione.". La ratio è quella di lasciare all'autonomia degli Stati Membri la decisione circa il trattamento di quei migranti che hanno contravvenuto alla legge penale dello Stato. Dal testo dell'articolo si sarebbe potuto ricavare l'applicabilità delle procedure e delle garanzie della Direttiva anche quando la sanzione penale fosse conseguenza dell'ingresso o soggiorno irregolare (disciplinati come reato nel Paese membro); infatti, il testo della norma non specifica un divieto in tal senso. La conseguenza sarebbe stata che, nei casi di criminalizzazione dell'irregolarità del migrante, questi non sarebbe stato tutelato dalle previsioni della Direttiva. Tale interpretazione, osteggiata dalla dottrina, è stata poi definitivamente esclusa anche dalla Commissione europea, che, nel Manuale sul rimpatrio del 2015 ha precisato che "*minor migration related infringements, such as mere irregular entry or stay cannot justify the use of this derogation*": indipendentemente dalla connotazione o meno che ha l'irregolarità negli Stati Membri, questa non può essere usata come occasione per rientrare nell'eccezione di cui all'articolo 2 par. 2, lett. b; come sostenuto in dottrina, un orientamento contrario avrebbe l'effetto di escludere potenzialmente qualunque migrante irregolare dall'applicazione della Direttiva.²⁸⁰

Il rapporto tra applicazione della Direttiva Rimpatri e criminalizzazione del migrante irregolare è poi stato preso in considerazione dalla Corte di Giustizia dell'UE, nei casi *El Dridi* e *Achughbabian*, a cui verrà dedicata maggiore attenzione più avanti. Per ora basti sottolineare che, sulla base dei casi in questione, la stessa Commissione europea ha

²⁸⁰ "An exception cannot become the rule". S. Peers, 2011, pag. 565.

dedicato particolare attenzione al fenomeno, valutando anche la possibilità di rilasciare alcune linee guida sulla criminalizzazione del soggiorno irregolare, per armonizzare ulteriormente la disciplina tra i vari Stati Membri.²⁸¹ La Commissione ha evidenziato che, nei casi di criminalizzazione del soggiorno irregolare nel contesto del diritto penale degli Stati, il principio generale seguito dalla Corte di Giustizia è quello per cui il diritto penale nazionale non può mettere a repentaglio e compromettere il rispetto del duplice obiettivo della Direttiva (e in ultima analisi degli obiettivi dell'Unione): l'adozione di un sistema effettivo di rimpatrio dei migranti irregolari e l'osservanza dei diritti umani dei soggetti coinvolti.²⁸²

Un ultimo aspetto legato alla criminalizzazione dell'immigrazione è quello legato all'applicazione di istituti propriamente penalistici al diritto amministrativo: l'esempio più chiaro, e maggiormente analizzato in dottrina, è quello della detenzione amministrativa. Nella misura in cui anche l'impiego della detenzione amministrativa possa considerarsi una forma di criminalizzazione,²⁸³ si può notare che l'approccio seguito dall'Unione, che emerge in maniera disincantata dalle recenti Comunicazioni e dal Piano di Azione della Commissione, è nel senso dell'applicazione di tale misura ogni volta in cui si ponga come "necessaria", senza tenere in considerazione l'impatto che questa potrebbe avere non soltanto sui processi di criminalizzazione dei migranti, ma altresì sul rispetto dei loro diritti fondamentali.²⁸⁴

²⁸¹ *"More than half of the countries assessed criminalise 'irregular stay' in different forms. Practice seems generally to follow the parameters set in the El-Dridi (C 61/11) and Achoughbabian (C 329/11) rulings, but in a small number of countries, practice could potentially not be in line with the jurisprudence of the Court. Very little information was available as to whether specific safeguards are being compromised. The Commission could issue clear guidelines on the criminalisation of irregular stay, which would contribute to a more harmonised approach across European countries and a greater level of legal certainty."* MATRIX, *Evaluation on the application of the Return Directive*, Luxembourg, 2013, p. 135.

²⁸² "The Court of Justice of the European Union (CJEU) has in its case law (El-Dridi (C 61/11), Sagor (C-430/11), and Achoughbabian (C 329/11) stated that criminal law rules may not jeopardise the dual objective of the Return Directive: the establishment of an effective policy of removal and repatriation and observance of the fundamental rights of third-country nationals concerned. Hence, imprisonment of irregular migrants for the crime of having unlawfully entered or stayed on the territory of the Member State in question must not take precedence over applying the Return Directive, including its fundamental rights safeguards." MATRIX, *Evaluation on the application of the Return Directive*, Luxembourg, 2013, p.135.

²⁸³ Si veda a tal proposito il Cap. 2, par. 1. Tale considerazione è condivisa da molti autori, tra cui E. ROMAN, A. OGADA-OSIR, M. VEGLIO, U. STEGE, *I am eighteen, why am I inside here? - A reflection upon the criminalisation of migrants under Italian administrative law*, in Juan M. Amaya-Castro, Bas Schotel, "Illegality Regimes: Mapping the Law of Irregular Migration", AmeriQuests, Vol. 11, n.2, 2014.

²⁸⁴ La natura intrinsecamente criminosa della detenzione amministrativa è sostenuta da Majcher nel suo studio per "Global Detention Project". L'autrice sostiene che *"The use of administrative procedures for confining non-citizens is justified by the assumption that immigration detention is a non-punitive, preventive, and merely bureaucratic measure aimed to enforce immigration and asylum policy. Arguably, despite its formal categorization as administrative, immigration detention may incorporate criminal justice techniques, priorities, and methodologies. This analysis draws on the criteria developed in the*

1.7 L'influenza del diritto dei diritti umani nel trattamento dei migranti irregolari

In coda all'analisi delle politiche e norme europee sull'immigrazione, e sull'immigrazione irregolare nello specifico, un ultimo aspetto è da tenere in considerazione. Nella definizione delle misure da applicarsi all'ambito dell'immigrazione, tanto a livello europeo, quanto a livello nazionale, non può mai essere dimenticato l'aspetto della tutela dei diritti fondamentali degli stranieri, in quanto individui - e in particolare di coloro che cercano protezione internazionale.²⁸⁵ Il rispetto dei diritti umani si pone quindi come un limite, che le previsioni legislative - siano esse in materia di ingresso, accoglienza, rimpatrio o allontanamento - non possono superare. Al proposito bisogna poi tenere presente che l'intervento legislativo dell'Unione è conformato all'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali, in virtù non solo del diritto dell'Unione, ma anche conformemente al diritto internazionale e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.²⁸⁶ L'articolo 6 TUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, fa riferimento infatti sia alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (di seguito CEDU) e risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati Membri, che fanno parte dei principi generali dell'Unione.²⁸⁷ Lo stesso articolo prevede poi l'adesione dell'Unione alla CEDU, ma tale processo ha attualmente subito una battuta di arresto in seguito al parere 2/13 rilasciato dalla Corte di Giustizia nel contesto del processo di adesione avviato

jurisprudence of the European Court to distinguish formally administrative proceedings from penal ones for the purpose of due process guarantees. The main elements of these criteria are then applied to immigration detention under EU law. The paper demonstrates that in some circumstances the functions and effects of pre-removal and asylum detention are in fact punitive, which reveals the criminal nature of many detention proceedings". I. Majcher, *Crimmigration in the European Union through the Lens of Immigration Detention*, Global Detention Project Working Paper n.6, September 2013.

²⁸⁵ R. Pisillo Mazzeschi, in E. Triggiani 2005, p. 379.

²⁸⁶ E. Neframi, 2011, p. 10.

²⁸⁷ Articolo 6: "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali."

dalla Commissione nel 2013.²⁸⁸ La giurisprudenza della CEDU è stata spesso tenuta in considerazione dalla Corte di giustizia dell'Unione proprio in quanto espressione dei principi generali, conformemente all'articolo 6.²⁸⁹ Inoltre, quando i diritti previsti dalla Carta di Nizza siano equivalenti a quelli della CEDU, questi devono essere interpretati nello stesso modo.²⁹⁰ L'articolo 78 TFUE, infine, richiede che la politica dell'Unione in materia di asilo sia conforme alla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato e agli altri "trattati pertinenti"²⁹¹: da ciò si può desumere che questi tratti possano essere considerati come fonti di principi generali, vincolanti per l'Unione.²⁹² La stessa Commissione europea ha a più riprese riconosciuto che, nell'ambito dell'immigrazione irregolare, le norme previste a livello comunitario trovano un limite nella Convenzione di Ginevra, agli articoli 32²⁹³ e 33,²⁹⁴ nella CEDU e nella Carta di Nizza.²⁹⁵

Si può desumere quindi che lo straniero irregolare è tutelato da più punti di vista: in primo luogo è protetto dall'espulsione in quanto questa sia suscettibile di violare il principio di *non-refoulement*; in forza di tale principio non è possibile espellere un migrante verso paesi in cui la sua vita e libertà possono essere minacciate per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale o opinioni politiche. Il principio di *non-refoulement* è oggi riconosciuto come principio consuetudinario del diritto internazionale,

²⁸⁸ Per una analisi della possibilità di adesione o meno dell'Unione Europea alla CEDU si veda, tra gli altri: T. Lock, *The future of the European Union's accession to the European Convention of Human Rights after opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable*, "European Constitutional Law Review", Vol. 11, Issues 2, 2015, pp. 239-273.

²⁸⁹ S. Peers, 2011, pag. 97.

²⁹⁰ Articolo 52 par. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

²⁹¹ Articolo 78 TFUE, par.2.

²⁹² S. Peers, 2011, pag.98.

²⁹³ Articolo 32: "1.Gli Stati Contraenti possono espellere un rifugiato che risiede regolarmente sul loro territorio soltanto per motivi di sicurezza nazionale o d'ordine pubblico. 2. L'espulsione può essere eseguita soltanto in base a una decisione presa conformemente alla procedura prevista dalla legge. Il rifugiato deve, se motivi impellenti di sicurezza nazionale non vi si oppongono, essere ammesso a giustificarsi, a presentare ricorso e a farsi rappresentare a questo scopo davanti a un'autorità competente o davanti a una o più persone specialmente designate dall'autorità competente. 3. Gli Stati Contraenti assegnano a detto rifugiato un termine adeguato, che gli permetta di farsi ammettere regolarmente in un altro paese. Gli Stati Contraenti possono prendere, durante tale termine, tutte le misure interne che reputano necessarie."

²⁹⁴ Articolo 33: "1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. 2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese."

²⁹⁵ COM (2001), 672 def., Bruxelles, 2001; COM (2002), 175 def., Bruxelles, 2002; COM (2002), 564 def., Bruxelles, 2002; COM (2006), 402 def., Bruxelles, 2006.

e in quanto tale vincola tutti gli Stati. La protezione contro l'espulsione comprende i casi in cui questa possa comportare la violazione di alcuni diritti garantiti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo.²⁹⁶ Il primo di questi casi è quando l'espulsione abbia come conseguenza la minaccia di violazione del diritto alla vita o del divieto di subire tortura o trattamenti disumani e degradanti (articoli 2 e 3 della CEDU).²⁹⁷ Un'ulteriore protezione contro l'espulsione è fornita dall'articolo 8 della CEDU, che tutela il diritto alla vita privata e familiare.²⁹⁸ La Corte ha anche stabilito, in alcuni casi peculiari, che il rischio di violazione degli articoli 5 (rischio di subire una detenzione arbitraria) e 6 (rischio di una violazione manifesta al diritto ad un equo processo) possono comportare un limite all'espulsione.²⁹⁹ Importante è, inoltre, la previsione dell'articolo 4 del Protocollo 4 allegato alla CEDU che pone un divieto di espulsioni collettive degli stranieri.³⁰⁰ Per quanto riguarda i diritti procedurali, i diritti garantiti dalla CEDU qui rilevanti sono contenuti nell'articolo 13, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo - in questo caso contro le decisioni di rimpatrio e detenzione in vista del rimpatrio, e nell'articolo 1 del Protocollo 7,³⁰¹ il quale contiene alcune garanzie procedurali applicabili alle procedure individuali di espulsione, quando però lo straniero fosse legalmente soggiornante nel momento in cui viene decisa l'espulsione.³⁰² Torna poi rilevante la protezione fornita dall'articolo 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza, che vieta la detenzione arbitraria), qualora la detenzione cui si sottopone il migrante in vista dell'espulsione – ipotesi di per

²⁹⁶ Per un approfondimento sulla tutela dei diritti dei migranti da parte della CEDU, si veda Y. Ktistakis, *Protecting Migrants under the European Convention of Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 2013.

²⁹⁷ Tra i casi decisi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di espulsione e rispetto degli articoli 2 e 3 si possono indicare: *Bader and Kanbor v. Sweden*, ECHR, 13284/04; *Al-Moayad v. Germany, N. v. Sweden*, ECHR, 35865/03; *Saadi v. Italy*, ECHR, 37201/06; *Nyanzi v. the United Kingdom*, ECHR, 21878/06; *Na v. the United Kingdom*, ECHR, 25904/07; *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ECHR, 30696/09; *Tarakehel v. Switzerland*, ECHR, 29217/12. Con riferimento all'articolo 2 si deve inoltre ricordare che la CEDU tuteli l'immigrato irregolare anche quanto c'è la possibilità di applicazione di una pena di morte in tempo di pace.

²⁹⁸ Si vedano, tra gli altri, i casi: *Dalia v. France*, ECHR, 26102/95 e *Da Silva e Hoogkamer v Netherlands*, ECHR, 50435/99.

²⁹⁹ Si veda *Othman v. the United Kingdom*, ECHR, 8139/09, per la violazione dell'articolo 6 e *Tomic v. the United Kingdom* e *Z. and T. v. the United Kingdom*, per la violazione dell'articolo 5.

³⁰⁰ Si veda in particolare il caso *Hirsi Jamaa and others v Italy*, ECHR, 27765/09.

³⁰¹ Tale Protocollo non è stato però ratificato da quattro Stati Membri: Belgio, Germania, Paesi Bassi e Regno Unito.

³⁰² Articolo 1. Garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri. "1. Uno straniero regolarmente residente sul territorio di uno Stato non può essere espulso, se non in esecuzione di una decisione presa conformemente alla legge e deve poter: (a) far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione; (b) far esaminare il suo caso; e (c) farsi rappresentare a tali fini davanti all'autorità competente o a una o più persone designate da tale autorità. 2. Uno straniero può essere espulso prima dell'esercizio dei diritti enunciati al paragrafo 1 a, b e c del presente articolo, qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale."

sé prevista anche dall'articolo 5 – avvenga in conseguenza dell'esercizio di un potere statale non legalmente garantito e arbitrario.³⁰³ Ulteriori tutele, con riferimento all'espulsione dei migranti, sono infine contenute nelle “*Twenty guidelines on forced return*” adottate nel maggio 2005 dal Consiglio d'Europa.³⁰⁴ Tale documento ricorda che prima di adottare un ordine rimpatrio, gli Stati devono verificare che il migrante non corra il rischio di essere ucciso, giustiziato, sottoposto a tortura e trattamenti disumani e degradanti sia da parte degli organi statuali, sia da parte di attori privati, se lo Stato di origine di non sia in grado di proteggerlo;³⁰⁵ viene inoltre richiamato il divieto di espulsioni collettive, sono stabilite garanzie procedurali (l'obbligo di notificare per iscritto l'ordine di allontanamento; la presenza di rimedi giudiziari contro il suddetto ordine) legate all'ordine di espulsione e vengono identificate le condizioni in base alle quali può essere ordinata la detenzione, determinata la lunghezza e prevista la cessazione della stessa.³⁰⁶

Nel contesto europeo si ritrovano molti dei diritti protetti dalla CEDU: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione fa riferimento al diritto alla vita (articolo 2), al divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti (articolo 4), al diritto alla libertà e sicurezza (articolo 6), al rispetto della vita privata e della vita familiare (articolo 7), alla protezione in caso di allontanamento e espulsione (articolo 19); per quanto riguarda le garanzie procedurali viene in rilievo l'articolo 47 che prevede il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è poi importante perché – entro alcuni limiti: cioè, “secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio” – protegge anche i diritti sociali e economici, non contemplati all'interno della CEDU. I diritti che vengono in considerazione a questo proposito sono quelli alla salute (e cioè a ricevere le cure urgenti essenziali per la propria salute),³⁰⁷ all'istruzione primaria,³⁰⁸ e i diritti

³⁰³ G. Palmisano, “*Il trattamento del migrante clandestino*”, in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo, le regole per la costruzione di una società integrata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pp. 289-321. Palmisano illustra diffusamente le garanzie che proteggono il migrante irregolare in conformità tanto con la CEDU quanto con la Carta di Nizza.

³⁰⁴ Per un approfondimento sulle garanzie procedurali garantite dalla Guidelines si veda Liguori, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

³⁰⁵ Council of Europe, “Twenty Guidelines on forced return”, Guideline n.2.

³⁰⁶ Council of Europe, “Twenty Guidelines on forced return”, Guideline n.3, 4, 6, 8, 9.

³⁰⁷ Articolo 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Lo stesso diritto è riconosciuto in altri strumenti di tutela dei diritti umani a livello internazionale, come il Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali.

³⁰⁸ Articolo 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Lo si ritrova poi nel Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali; nella Convenzione dei diritti del fanciullo e nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti.

fondamentali di ogni lavoratore.³⁰⁹ Questi diritti vengono tutelati in quanto “riconosciuti ed applicati ad ogni persona umana in quanto tale, senza discriminazioni di sorta, neppure riguardanti la cittadinanza o la regolarità della presenza dello straniero nel territorio dello Stato”.³¹⁰ Il rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione vincola sia le istituzioni che gli Stati Membri nel momento in cui si trovino ad applicare le norme europee:³¹¹ di conseguenza l’esecuzione delle Direttive sopra illustrate che prendono in considerazione la prevenzione e il contrasto all’immigrazione irregolare, deve avvenire sempre nel rispetto dei diritti fondamentali sanciti da tale strumento.

In conclusione è opportuno sottolineare che, se da un lato il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti irregolari è imposto a livello europeo dalla Carta di Nizza, dalla CEDU, e dal rispetto dei principi generali di cui all’articolo 6, non sono poche le opinioni in dottrina che evidenziano la mancanza della componente del rispetto dei diritti umani nelle politiche europee sull’immigrazione irregolare. Tra essi,³¹² la posizione di Cholewinski sembra riassumere perfettamente il rapporto tra politiche d’immigrazione e rispetto dei diritti umani: *“The developing of comprehensive common EU policy on irregular migration has lost its human rights component. A “security” approach, which externalizes the problem of irregular migration, is highly problematic given that many irregular migrants are already present within MS communities, often undertaking valuable economic tasks. There is a deep sense that talking about the exploitation of irregular migrants and the protection of their rights has become politically obsolete in the current economic climate, which is clearly reflected in the visible shift in EU policy since the early attempts to legislate on this question.”*³¹³

³⁰⁹ Articolo 31 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Al riguardo è molto importante anche la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, in cui si sottolinea l’importanza di riconoscere alcuni diritti fondamentali anche ai lavoratori migranti non regolari. Tale Convenzione non è stata tuttavia sottoscritta da tutti i Paesi Membri dell’Unione.

³¹⁰ M. Chemillier-Gendreau, “Un régime juridique pour l’immigration clandestine”, in Chetail (a cura di), *Mondialisation, migration et droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 321-361.

³¹¹ Articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

³¹² Particolarmente interessante sotto questo punto di vista è anche la posizione di A. Blus, *Beyond the Walls of Paper. Undocumented Migrants, the Border and Human Rights*, in “European Journal of Migration and Law”, Vol. 15, Issue 4, 2013, pp. 413-446.

³¹³ R. Cholewinski, “European Union Policy on Irregular Migration: Human Rights Lost?”, in B. Bogus, R. Cholewinski, A. Cygan e E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p. 182.

Capitolo 2

LA CRIMINALIZZAZIONE DEI MIGRANTI IRREGOLARI.

IL CASO ITALIANO

Il presente capitolo si concentra sul fenomeno della *criminalizzazione* dell'immigrazione come caso di studio per l'analisi del rapporto tra il diritto degli Stati Membri e il diritto dell'Unione Europea. In particolare, si tratta di osservare, qui e nel capitolo successivo, se, e in quale misura, il diritto penale degli Stati Membri (applicato al contesto dell'immigrazione e dell'espulsione degli stranieri) sia compatibile con il diritto dell'UE: nel caso di specie, con la Direttiva Rimpatri. La criminalizzazione dei migranti irregolari ha infatti dato origine ad una tensione tra il diritto dell'Unione Europea e il diritto degli Stati Membri: tale tensione è emersa con chiarezza nelle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea - nei casi *El Dridi*, *Achughbavian*, *Sagor* e, da ultimo, *Celaj*. Il caso dell'Italia, su cui si è pronunciata la Corte di Giustizia attraverso tre delle quattro sentenze sopra riportate, è emblematico per comprendere il ruolo del diritto penale in materia di immigrazione e il diritto europeo. Di conseguenza, l'indagine del diritto italiano in rapporto alla criminalizzazione degli stranieri e alle misure di espulsione rappresenta il fulcro del presente capitolo. Prima di analizzare nel dettaglio la situazione italiana, tuttavia, è opportuno comprendere cosa si intenda con criminalizzazione dell'immigrazione, quali siano le sfaccettature di tale fenomeno e quali tra esse siano rilevanti per la presente indagine. Il primo paragrafo del capitolo sarà quindi dedicato alla ricostruzione del significato del termine *criminalizzazione* applicato al contesto migratorio e all'analisi delle posizioni dottrinarie che si sono occupate di tale fenomeno. Le teorie della dottrina saranno seguite, nel secondo paragrafo, dall'indagine sulla diffusione dei fenomeni di criminalizzazione a livello normativo. Il terzo paragrafo sarà infine dedicato al caso italiano e all'evoluzione legislativa della materia, che rivela un aumento delle misure di criminalizzazione dei migranti e in particolare delle previsioni di carattere penale che impattano sulla disciplina dell'espulsione. Alcune delle misure introdotte negli anni 2000, all'interno di tale processo, saranno prese in considerazione dalla CGUE; particolare risalto verrà dunque dato allo studio delle fattispecie e delle ragioni – giuridiche e non solo – che hanno condotto alla loro adozione.

2.1 I processi di criminalizzazione dell'immigrazione: forme e significati

Non esiste un'unica definizione di *criminalizzazione* con riferimento all'immigrazione. Tale termine è stato impiegato inizialmente dalla dottrina statunitense nell'ambito degli studi criminologici e penalistici. Soltanto successivamente viene applicato al contesto europeo, ove assume una accezione interdisciplinare, che fa riferimento a fenomeni più ampi rispetto alla sovrapposizione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione.¹ Negli Stati Uniti, infatti, la *criminalisation of migration* consiste nella congiunzione e accavallamento delle due sfere del diritto penale e di quello dell'immigrazione e, più dettagliatamente, nell'applicazione al diritto dell'immigrazione di metodi e concetti tipici del diritto penale.² Ciò avviene, però, senza che ai soggetti coinvolti siano concesse le medesime garanzie accordate nel processo penale.³ Stumpf ha successivamente coniato il termine *crimmigration* per fare riferimento precisamente a tale fenomeno. Secondo l'autrice, "*Crimmigration law consists of the letter and practice of laws and policies at the intersection of criminal law and immigration law. Crimmigration law has two horns. The first is the expansion of migration consequences, such as deportation or exclusion grounds that are based on criminal convictions. [...] The second horn of crimmigration law is the expansion of criminal law and criminal procedural tools as a way to regulate migration and especially unauthorized migration.*".⁴ Secondo la teoria della *crimmigration*, una delle conseguenze della convergenza tra *criminal law* e *migration law* è l'esclusione della categoria dei migranti irregolari dalla società e la loro stigmatizzazione come "diversi" (*aliens*). Sempre più, anche nel diritto dell'immigrazione, il ruolo dello Stato diventa determinante nella scelta tra inclusione e esclusione di un soggetto:⁵ il diritto rappresenta infatti lo strumento, di produzione statale,

¹ Si veda la ricostruzione di Mark Provera per il progetto FIDUCIA, in M. Provera, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 80, Centre for European Policy Studies, Brussels, Febbraio 2015.

² Tra gli altri si vedano le opere di: A. Aliverti, J. Chacon, D. Slansky, J. Stumpf.

³ Nella definizione di Legosmsky, gli aspetti più severi del diritto penale vengono assimilati ("asymmetrically incorporated") dal diritto dell'immigrazione - tradizionalmente di natura amministrativa. S. H. Legosmsky, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in "Washington and Lee Law Review", 2007, pp. 471-527.

⁴ J. Stumpf, *Introduction*, in M. Joao Guia, M. van der Woude, J. van der Leun (a cura di), *Social Control and Justice. Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013, p. 10.

⁵ La teoria della "membership theory" è quella proposta da Stumpf per illustrare la convergenza tra diritto penale e dell'immigrazione: "*I propose here that membership theory, which limits individual rights and privileges to the members of a social contract between the government and the people, is at work in the convergence of criminal and immigration law. Membership theory has the potential to include individuals*

con il quale tracciare una linea di confine tra chi può essere ammesso all'interno della società e chi invece va escluso. Il diritto penale, utilizzato nel contesto migratorio, si presta particolarmente a tale obiettivo, in quanto la punizione assume un ruolo non più riabilitativo, ma solo escludente. Stumpf sottolinea inoltre che tale fenomeno non si estrinseca soltanto nell'esclusione/neutralizzazione di quegli stranieri che hanno commesso reati, violando le norme penali comuni a tutti, cittadini e non; ma riguarda altresì situazioni in cui la mera contravvenzione amministrativa di regole sull'immigrazione si trasforma essa stessa in un reato, con la conseguenza di emarginare un numero molto maggiore di individui. Per altro, secondo la teoria della *crimmigration*, la convergenza tra diritto penale e quello dell'immigrazione non si manifesta soltanto a livello sostanziale – nella previsione di dati comportamenti come reati, ove prima erano violazioni amministrative⁶ – ma anche a livello procedurale e di applicazione del diritto: “*The crimmigration merger has taken place on three fronts: (1) the substance of immigration law and criminal law increasingly overlaps, (2) immigration enforcement has come to resemble criminal law enforcement, and (3) the procedural aspects of prosecuting immigration violations have taken on many of the earmarks of criminal procedure. Some distinctions between immigration and criminal law persist and shed light on the choices our system has made about when and how individuals may be excluded from the community*”.⁷ Numerosi parallelismi sono stati tracciati tra il fenomeno descritto da Stumpf con riferimento agli Stati Uniti e processi analoghi riscontrati nei paesi dell'Unione Europea:⁸ il Consiglio d'Europa ha analizzato con preoccupazione la sovrapposizione tra diritto penale e diritto (amministrativo) dell'immigrazione, evidenziando come nel reato di ingresso o soggiorno irregolare del migrante non vi sia alcuna conseguenza dannosa né nei confronti dei singoli individui né nei confronti di una

in the social contract or exclude them from it. [...] The answer to this puzzle may lie in the core function that both immigration and criminal law play in our society. Both systems act as gatekeepers of membership in our society, determining whether an individual should be included in or excluded from our society”. J. Stumpf, *The Crimmigration crisis: Migrants, Crime and Sovereign Power*, in “American University Law Review”, Vol 56, 2006, p. 377.

⁶ “*First, there has been unprecedented growth in the scope of criminal grounds for the exclusion and deportation of foreign-born non-U.S. citizens.*” *Second, violations of immigration law are now criminal when they were previously civil, or carry greater criminal consequences than ever before*”. J. Stumpf, 2006, p. 382.

⁷ J. Stumpf, 2006, p. 381.

⁸ Numerosi studi sono stati condotti in particolare in Spagna, Italia e Paesi Bassi. Si veda in proposito: Maria João Guia, Maartje van der Woude and Joanne van der Leun, *Social Control and Justice. The Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2013.

collettività - requisito che invece è insito nelle previsioni di diritto penale.⁹ Il danno può essere concepito soltanto nei confronti dell'autorità statale nel suo ruolo di controllo dei confini e applicazione delle norme sull'immigrazione.¹⁰

Tuttavia, mentre nel contesto statunitense le teorie riguardanti la *criminalisation* dell'immigrazione degli irregolari restano fondamentalmente ancorate alla descrizione dello stretto rapporto intercorrente tra diritto penale e diritto dell'immigrazione,¹¹ tale concetto nel contesto europeo ha assunto sfaccettature eterogenee e comprende fenomeni e manifestazioni ulteriori. Il termine *criminalizzazione* può essere utilizzato in vari contesti, a partire da quello normativo fino ad estendersi alla dimensione culturale e sociale; Palidda si riferisce alla criminalizzazione come “*all the discourses, facts and practices made by the police, judicial authorities, but also local governments, media, and a part of population that hold immigrants/aliens responsible for a large share of criminal offences*”.¹² Ai fini della presente analisi, tuttavia, sarà opportuno circoscrivere la criminalizzazione dei migranti ad alcuni specifici fenomeni e categorie di soggetti.

Con riferimento agli individui coinvolti, è certamente possibile sostenere che, nella sua accezione più ampia, la criminalizzazione copra l'immigrazione nel suo complesso, cioè con riferimento sia alla categoria dei migranti regolari sia a quella degli irregolari, sia ai richiedenti asilo. Tuttavia nei seguenti paragrafi ci si concentrerà in particolare

⁹ “*Criminal law has a very different place in democratic societies from that of administrative law. Criminal law is designed to punish individuals who harm other individuals or the society at large.*” E. Guild, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Council of Europe Issue Papers, 4 febbraio 2010, Strasbourg, p. 3.

¹⁰ E. Guild, *ibid.*

¹¹ Oltre alla teorizzazione fornita da Stumpf, che rappresenta una delle pietre miliari in questa materia, si vedano anche: S. H. Legomsky, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, Washington & Lee Law Review, Vol.64, 2007, pp. 471-527; T. A. Miller, *Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control After September 11th*, Boston College Third World Law Journal, Vol.81, 2005, pp. 81-126; D. Kanstroom, *Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 29, 2004, pp. 639-670; T. A. Miller, *Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology*, Georgetown Immigration Law Journal, Vol. 17, 2003, pp. 611-ss.; J. M. Chacón, *Overcriminalizing Immigration*, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 102, Issue 3, 2012, pp. 613-652.

¹² S. Palidda, *Racial Criminalisation of Migrants in the 21st Century*, Ashgate, 2011, p.23. Similmente, Cholewinski spiega che “*Criminalisation in this chapter is understood not only in the narrow dictionary sense of ‘making an activity illegal’, by the imposition of penal sanctions on the migrant where there were none previously, or to reflect the increased involvement of international criminal groups in irregular migration movements, but more broadly to encompass the culture of suspicious and distrust surrounding the movements of third country nationals, and irregular migrants in particular*”. R. Cholewiski, “The Criminalisation of Migration in EU law and policy”, in A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner, *Whose freedom, security and justice?, EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart, Oxford, 2007, p. 302.

sull'immigrazione irregolare, in quanto tale categoria sembra rappresentare quella più affetta da discorsi, pratiche, politiche e leggi volte alla costruzione del migrante come "illegale".¹³ Vengono qui considerati migranti irregolari tutti i cittadini di paesi terzi il cui ingresso o soggiorno nel territorio di un dato Stato sia in violazione delle norme europee - il Codice di Frontiere Schengen e la Direttiva Rimpatri - e dei singoli Stati Membri sull'ingresso e sul soggiorno.¹⁴ Inoltre, tra i migranti irregolari si comprendono anche i richiedenti asilo entrati irregolarmente nel territorio degli Stati Membri dell'Unione, i quali, vista la loro situazione di fragilità e instabilità se non accolti efficacemente, rischiano di essere soggetti a varie sanzioni di natura penale.¹⁵ In base a quanto verrà illustrato in seguito, infine, oggetto di criminalizzazione possono essere altresì individui, cittadini di Stati Membri dell'Unione, come di Stati terzi, che adottano comportamenti in solidarietà con i migranti irregolari. La criminalizzazione di tali individui avviene, in particolare, nel contesto del contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare; in questo ambito le esigenze alla base della criminalizzazione, volte anche alla tutela dei migranti irregolari, possono però avere effetti collaterali sfavorevoli per i migranti stessi.¹⁶

¹³ Emanuela Roman, Abigael Emma Adhiambo Ogada-Osir, Maurizio Veglio, Ulrich Stege, *I am eighteen, why am I inside here? - A reflection upon the criminalisation of migrants under Italian administrative law*, in Juan M. Amaya-Castro, Bas Schotel, "Illegality Regimes: Mapping the Law of Irregular Migration", AmeriQuests, Vol. 11, n.2, 2014. Inoltre, "this group constitutes the prime target of the broader, punitive turn in the regulation of migration that has emerged, particularly in the European context, since the mid-1970". J. Parkin, *The Criminalisation of Migration in Europe: A State-of-the-Art of the Academic Literature and Research*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 61, Centre for European Policy Studies, Brussels, Ottobre 2013, p. 1.

¹⁴ Tale definizione è ripresa da quella fornita dalla Direttiva Rimpatri, che definisce il soggiorno irregolare come "la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro". Direttiva 2008/115/CE, Articolo 3, p.2. Per una completa analisi dell'evoluzione del concetto di migrante irregolare, si veda F. Duvell, *Paths Into Irregularity: the Legal and Political Construction of Irregular Migrants*, "European Journal of Migration and Law", Vol.13, Issue 3, 2011, pp. 275-295.

¹⁵ "When asylum seekers manage to arrive in Europe, they often face further criminal sanctions – criminal charges in respect of the manner of their arrival, prohibition on employment and criminalisation of unauthorized employment when there is no functioning reception system which will permit asylum seekers to eat and have shelter. Criminal penalties for changing address without authorization, failing to notify state authorities of changes of circumstances and detention are all increasingly common and permitted in the EU acquis." E. Guild, 2010, p. 8.

¹⁶ Si vedano le preoccupazioni espresse in tal senso dalla Fundamental Rights Agency dell'UE: FRA, FRA, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, Luxembourg, Publications Office, 2011.

Per quanto riguarda invece le modalità e le forme di criminalizzazione, si seguirà qui la divisione operata da Parkin,¹⁷ che distingue tre categorie:

a) *The discursive dimension of criminalisation* (dimensione discorsiva): tale termine si riferisce al fatto che il linguaggio ed i discorsi - politici e mediatici - riguardanti i temi dell'immigrazione e della sicurezza contribuiscono a raffigurare l'immigrato irregolare in una determinata maniera. In particolare, la scelta del linguaggio utilizzato pubblicamente è fortemente rilevante nella costruzione dell'immagine che si vuole consegnare ai cittadini del proprio Stato in merito a tale fenomeno: l'utilizzo di termini come "illegale" o "clandestino" contribuisce a dare l'idea degli immigrati come soggetti di cui sospettare e eventualmente da temere.¹⁸ In particolare il termine "illegale" è fuorviante, in quanto attribuisce una connotazione criminosa ad uno status - quello dell'irregolarità - che nasce dalla contravvenzione ad una norma amministrativa. Di conseguenza l'opinione pubblica sarà portata a sovrapporre i concetti di migrante irregolare e di autore di un reato, stigmatizzando l'intera categoria.¹⁹ Il linguaggio diventa così strumento essenziale delle politiche volte a rappresentare il migrante come una minaccia per la sicurezza dei cittadini e per l'ordine pubblico,²⁰ ma anche, più genericamente, nei confronti dell'identità culturale di un popolo.²¹ Lo strumento

¹⁷ J. Parkin, *The Criminalisation of Migration in Europe: A State-of-the-Art of the Academic Literature and Research*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 61, Centre for European Policy Studies, Brussels, Ottobre 2013.

¹⁸ "The use of terminology, particularly the terms 'illegal' migration or even 'illegals', constitutes a contributory factor in the construction of the migrant from outside the EU as someone to be suspected and not to be trusted". R. Cholewiski, "The Criminalisation of Migration in EU law and policy", in A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner, *Whose freedom, security and justice?, EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Oxford, 2007, p. 301. Lo stesso concetto è espresso da Guild quando sostiene che "*The choice of language is very important to the image which the authorities project to their population and the world. Being an immigrant becomes associated, through the use of language, with illegal acts under the criminal law. All immigrants become tainted by suspicion. Illegal immigration as a concept has the effect of rendering suspicious in the eyes of the population (including public officials) the movement of persons across international borders. The suspicion is linked to criminal law - the measure of legality as opposed to illegality*". E Guild, 2010, p. 4.

¹⁹ M. Maneri, "Media discourse on immigration: Control practices and the language we live", in S. Palidda (a cura di), *Racial criminalization of migrants in 21st Century*, Farnham: Ashgate, p.80.

²⁰ "The image of the immigrant merges into that of the unemployed, the thief, the smuggler and the criminal. The immigrant is the one who is different, who has other costumes, and some formulas where immigration was seen as a threat to a national security of the nation endorse this vision of the migrant as a virtual enemy, as an enemy between.". D. Bigo, *Criminalisation of "Migrants": The Side Effect of the Will To Control The Frontiers and The Sovereign Illusion*, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, p. 64.

²¹ Per un'analisi dettagliata si veda la ricostruzione di Guia, che spiega l'identificazione del migrante come nemico alla luce del concetto di "Criminal Law of the Enemy": "*In the realm of securitisation applied to*

linguistico, così, si iscrive nel fenomeno di costruzione sociale del migrante come nemico (“enemy”).²² La sovrapposizione tra gli immigrati e i “nemici” diventa quindi fondamentale nella giustificazione dei processi di criminalizzazione e delle misure politiche e normative adottate conseguentemente, tanto a livello nazionale quanto europeo. Infatti, una volta che il migrante irregolare è categorizzato come deviante e criminale, è più agevole l’adozione di misure per “reprimere” e “combattere” questo tipo di immigrazione attraverso strumenti penalistici. Ad esempio, dagli studi di Vollmer per il progetto “CLANDESTINO - Counting the Uncountable Data and Trends Across Europe”,²³ sono casi in cui i discorsi politici e mediatici sull’immigrazione irregolare hanno portato all’adozione di misure concrete, di natura repressiva, nei confronti di tale tipo di immigrazione.²⁴ La scelta del linguaggio assume, infine, una certa importanza anche in sede normativa, sia a livello nazionale che a livello europeo. Il diverso impatto che termini come “clandestino”, “illegale”, o “irregolare”, contenuti nei testi legislativi possono avere sulla percezione e finanche sulla costruzione del fenomeno dell’irregolarità è stato sottolineato da numerosi accademici, da organizzazioni internazionali e dal Consiglio d’Europa.²⁵ Recentemente anche le istituzioni europee hanno riconosciuto il ruolo peculiare del linguaggio, modificando di conseguenza la terminologia utilizzata nei

immigration, the immigrant, perceived as a threat to an ‘identity’, is seen as imposing himself by opposing the other, and is presented as a rival to the natives and not as an element which can potentially become a part of the society. The individual ceases to be punished for committing an offense and starts being punished because he is ‘a part of’ or ‘one of them’.” M.J. Guia, “Crimmigration, Securitization and the Criminal Law of the Crimmigrant”, in M. J. Guia, M. van der Woude and J. van der Leun, *Social Control and Justice. The Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2013, pp. 19-27. Lo stesso concetto è analizzato, nello stesso manuale, da Piacesi in D. de Cunha Piacesi, *Crime and Immigration: The Discourses of Fear as a Theoretical Approach to Critical Evaluation*, pp. 157-175.

²² Tale concetto è diventato una pietra angolare nella dottrina sociologica e criminologica M.J. Guia, in M. J. Guia, M. van der Woude and J. van der Leun, 2013, pp.20-22.

²³ CLANDESTINO - Undocumented Migration: Counting the Uncountable Data and Trends Across Europe. <http://research.icmpd.org/research-home/projects/irregular-migration/clandestino/>.

²⁴ B.A. Vollmer, *Policy Discourses on Irregular Migration in the EU – ‘Number Games’ and ‘Political Games*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 13, Issue 3, 2011, pp. 317-339. Il rapporto tra la dimensione discorsiva e quella di “policy making”, cioè il passaggio dalla parola all’azione, è stato oggetto di analisi anche da parte di De Giorgi: A. De Giorgi, *Immigration control, post-Fordism, and less eligibility: A materialist critique of the criminalization of immigration across Europe*, in “Punishment & Society”, Vol. 12, No. 2, 2010, pp. 147-167. Simili riscontri sono stati dimostrati con i progetti CHALLENGE (progetto di ricerca coordinato dal Centre for European Policy Studies e da Sciences Po Paris) e CRIMPREV.

²⁵ Si vedano tra gli altri: S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011, III ed; E. Guild, “Who is an irregular migrant?”, in Bogus, Cholewinski, Cygan and Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspective*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 4-28; R. Cholewiski, “The Criminalisation of Migration in EU law and policy”, in A. Baldaccini, E. Guild, H. Toner, *Whose freedom, security and justice?, EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart, Oxford, 2007, pp. 301-336.

documenti ufficiali, politici e normativi. Fino al 2006, infatti, i documenti ufficiali della Commissione si riferivano ai migranti irregolari come a “clandestini”²⁶ e ancora nella Direttiva Rimpatri e, fino agli anni più recenti, l’obiettivo primario delle politiche in materia di immigrazione irregolare è rimasto quello della “lotta all’immigrazione clandestina”.²⁷ L’uso di termini e definizioni tipici del diritto penale e di politiche di criminalizzazione possono giustificare l’uso di misure coercitive, che esulano dall’ambito di applicazione del diritto amministrativo, cioè da quella branca del diritto che disciplina anche la materia dell’immigrazione.²⁸ Soltanto negli ultimi anni, in particolare a partire dall’adozione del Trattato di Lisbona, si è cominciato ad utilizzare i termini, più neutri da un punto di vista politico e sociale,²⁹ di “migrante irregolare” e “immigrazione irregolare”.

b) *Intersection between criminal law and immigration management* (utilizzo della legge penale per disciplinare la materia dell’immigrazione irregolare): l’utilizzo del diritto penale in ambito migratorio è già stato studiato dalla dottrina statunitense, come sopra analizzato; tuttavia tale modalità di criminalizzazione si è diffusa anche in Europa, dove ha assunto forme diverse.³⁰ Tale categoria è quella in cui la criminalizzazione viene intesa nel suo significato più letterale: come “attribuzione di carattere delittuoso, criminale”³¹ a comportamenti tenuti dai migranti stessi o da altri soggetti. Nei Paesi membri dell’Unione e nello stesso diritto comunitario possono essere riscontrate due forme di criminalizzazione: quella dello status irregolare dei migranti e quella dei comportamenti

²⁶ Comunicazione della Commissione sulle priorità politiche nella lotta contro l’immigrazione clandestina di cittadini di paesi terzi, COM (2006) 402 def., Bruxelles, 2006.

²⁷ Direttiva 2008/115/CE, Considerando n.1.

²⁸ “*The adoption of such terminology may be used to more easily justify the use of coercive force on migrants to carry out the removal process – a process which is not a result of an outcome of the criminal justice system but which is carried out under administrative law.*”. E. Guild, 2010, p. 6.

²⁹ Il Consiglio d’Europa aveva già elaborato tale decisione con la Risoluzione 1509 del 2006: “*the Assembly prefers to use the term ‘irregular migrant’ to other terms such as ‘illegal migrant’ or ‘migrant without papers’.* This term is more neutral and does not carry, for example, the stigmatisation of the term ‘illegal’. It is also the term increasingly favoured by international organisations working on migration issues.”

³⁰ Le ragioni alla base di tale diffusione, avvenuta soltanto negli ultimi due decenni, sono analizzate da Parkin con riferimento alle diverse posizioni adottate in dottrina. Particolarmente importante appare l’elemento del “*symbolic power of criminal law*”, che si esprime sia nei confronti dei migranti stessi, sia dei cittadini, “*who are to find reassurance in the power of the state to secure their continued protection from crime and deviance*”. J. Parkin, 2013, p. 9.

³¹ Devoto-Oli 2014: Devoto, G., Oli, G., *Il Devoto - Oli Vocabolario della lingua italiana 2014*, a cura di Serianni, L. e Trifone, M., Firenze, Le Monnier, 2013.

di chi offre sostegno e solidarietà agli irregolari (che si inserisce nel più ampio quadro della criminalizzazione dei comportamenti di *smuggling*).

All'interno della prima categoria, viene in rilievo la previsione di norme penali per punire l'ingresso o il soggiorno irregolari: in 25 paesi dell'Unione Europea tali fattispecie sono considerate penalmente perseguibili.³² Vi sono poi altri reati che possono essere commessi soltanto da migranti irregolari: la falsità dei documenti relativi all'ingresso e al soggiorno, la mancata esibizione dei documenti di identificazione, la violazione del divieto di re-ingresso in seguito ad una espulsione, e altri - che possono variare a seconda della legislazione nazionale di riferimento. Dal punto di vista della criminalizzazione del migrante irregolare, è opportuno sottolineare che le misure esistenti sono previste soltanto a livello nazionale e non vi è alcuna norma europea che criminalizza lo status di irregolarità. D'altro canto, il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare - consistente cioè nella previsione di norme penali volte a sanzionare l'assistenza fornita al momento dell'ingresso e del soggiorno dell'immigrato irregolare³³ - è contenuto sia nelle legislazioni nazionali che in talune Direttive europee. Alcuni studi hanno osservato come l'applicazione di tali misure, anche a contesti estranei ad episodi di *smuggling*, acuisca l'impressione che entrare in contatto con i migranti irregolari sia pericoloso e sconsigliabile da un punto di vista legale, aumentando così la discriminazione nei confronti di questi ultimi e un clima di esclusione e razzismo.³⁴

Per quanto riguarda l'impatto che l'intersezione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione può avere sulla condizione dei migranti irregolari, è stato opportunamente evidenziato come questo possa mettere alla prova il rispetto dei diritti umani: uno studio del 2010 portato avanti sotto la supervisione del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Thomas Hammamberg, sottolinea che la criminalizzazione può costituire una violazione del principio di non discriminazione.³⁵

³² Tale aspetto verrà analizzato diffusamente al paragrafo 2.2.

³³ Viene qui considerata come assistenza sia quella operata a scopo umanitario, sia quella fornita dai vettori nel momento dell'ingresso o dai datori di lavoro nel momento nell'impiego di un migrante irregolare. A livello europeo la normativa di riferimento per la sanzione di tali comportamenti comprende la Direttiva 2001/51/CE sui vettori, la Direttiva 2002/90/CE sul favoreggiamento dell'ingresso irregolare, la Direttiva 2009/52/CE sulle sanzioni per l'impiego di manodopera irregolare.

³⁴ E. Guild, 2010, p.11; S. Cohen, *Moral Panics and Folk Devils* 3rd Edition, Routledge, New York, 2003.

³⁵ "While discrimination on the basis of nationality is the basis of border controls on persons – some persons, i.e. citizens have a right to enter the territory of a state while others, non-citizens do not – nonetheless, the treatment of non-citizens at the borders does not escape human rights law. Indeed, the treatment of persons beyond the state's physical borders where the state's agents are in control of the individual is also subject to states' human rights obligations. Discrimination on the basis of nationality in

Dubbi sono stati sollevati anche con riguardo alla compatibilità di misure volte alla criminalizzazione dei migranti irregolari con il rispetto dell'Articolo 3 CEDU, che prevede il divieto di tortura o di trattamenti disumani e degradanti.³⁶ Anche il godimento di alcuni diritti sociali – quale quello alla salute o all'istruzione – può essere ostacolato dalla criminalizzazione dei migranti: ove l'irregolarità sia considerata reato, scatta l'obbligo di denuncia di tale reato a carico dei pubblici ufficiali che entrano in contatto con gli irregolari. Ad esempio, la denuncia fatta da un operatore sanitario dell'irregolarità del migrante che necessita cure mediche potrebbe spingere i soggetti coinvolti a non presentarsi in ospedale per farsi curare, intaccando così il loro diritto alla salute.³⁷ Infine, è opportuno evidenziare quanto concluso da certa dottrina rispetto all'intersezione tra diritto penale e immigrazione: è un processo volto al raggiungimento di obiettivi che spesso vanno al di là dell'effettivo contrasto dell'immigrazione irregolare. In altre parole, la criminalizzazione dei migranti – e dei favoreggiatori dell'immigrazione irregolare – non è semplicemente funzionale ad una più rapida espulsione degli stessi o finanche ad una prevenzione di tali forme di immigrazione.³⁸ Nell'ambito di tali studi, è stato infatti dimostrato che il diritto penale viene utilizzato strumentalmente nel contesto del diritto dell'immigrazione per ottenere risultati pratici alieni alle logiche del diritto penale, che sono quelle preventive e redistributive. Uno tra tutti è il caso dell'Italia, su cui si ritornerà diffusamente più avanti, in cui previsioni di natura penale sono state adottate con l'obiettivo di aggirare la Direttiva Rimpatri e le garanzie ivi previste. Lo stesso studio evidenzia inoltre una applicazione arbitraria e selettiva di quelle norme più o meno implicitamente volte alla criminalizzazione dei migranti, rivelando così uno scostamento

fields tangential to border crossing can be contrary to European human right standards as the European Court of Human Rights has held". E. Guild, 2010, p. 2.

³⁶ "...where the individual arrives irregularly as a result of flight from torture inhuman or degrading treatment or punishment, then his or her treatment as a criminal may also contravene Article 3 ECHR. In respect of refugees, the UN Convention Relating to the Status of Refugees (1951) and its 1967 Protocol specifically provides, at Article 31(1), that "states shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened... enter or are present in their territory without authorization." E. Guild, 2010, p. 6.

³⁷ E. Guild, 2010. Si veda ad esempio il caso dell'obbligo di denuncia previsto dalla legge tedesca con riferimento all'accesso alla sanità e le cure in FRA, *Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States*, Luxembourg, Publications Office, 2011.

³⁸ Al proposito basti osservare i dati che dimostrano l'inefficacia dell'utilizzo del diritto penale ai fini dell'espulsione. Un esempio è lo studio di Aliverti, che spiega come "*in the UK (which has seen some of the most expansive use of criminal law in the policing of foreigners), 67, 215 people were subject to removal and voluntary departure in 2009 while only 549 people were proceeded against and 433 were convicted of immigration offences.*" A. Aliverti, *Making People Criminal: The Role of the Criminal Law in Immigration Enforcement*, in "Theoretical Criminology", Vol. 16, No. 4, 2012, pp. 417-434.

tra le dichiarazioni politiche in merito al contrasto all'immigrazione e gli effettivi risultati che tali politiche hanno conseguito.³⁹

c) *Detention of migrants* (inteso come impiego di misure amministrative di detenzione che ricalcano quelle penali). La detenzione dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo è ritenuta da numerosi autori una delle sfaccettature più rilevanti della criminalizzazione dei migranti in Europa.⁴⁰ Essa rappresenta la privazione di libertà di un soggetto in ambito amministrativo, con motivazioni direttamente legate alle politiche migratorie e alla gestione dell'immigrazione.⁴¹ La detenzione è utilizzata in questo ambito come strumento di controllo dell'immigrazione, tanto dell'immigrazione "in uscita" (cioè degli irregolari in attesa di espulsione), quanto di quella "in entrata" (cioè dei richiedenti asilo nel momento dell'attraversamento delle frontiere o nel corso della procedura di richiesta di protezione internazionale). Al tempo stesso, la dottrina ha sottolineato come, pur essendo uno strumento amministrativo, la detenzione ricalchi una delle più intense modalità di esecuzione della pena in ambito penalistico. Secondo alcuni autori, la detenzione amministrativa ha – proprio come quella penale – la funzione di identificare alcune categorie di soggetti considerate "pericolosi" e di isolarli.⁴² Come nel caso della previsione di norme penali per punire i comportamenti dei migranti irregolari, anche qui

³⁹ M. Provera, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 80, Centre for European Policy Studies, Brussels, Febbraio 2015. Una simile conclusione viene raggiunta da Aliverti, che oltre ad evidenziare l'applicazione arbitraria del diritto penale, mette in discussione il ruolo delle norme penalistiche in ambito migratorio: "(...) because the goal is to eject immigration offenders from the country, criminal sanctions against immigrants are emptied of any normative function and are unjustified. Not only is the formal enactment of immigration offences in conflict with various criminal law principles, the actual enforcement of these offences is discretionary and random, casting doubts on the alleged generalised feature of the criminalisation of immigration and making criminal law highly unpredictable". A. Aliverti, *Making People Criminal: The Role of the Criminal Law in Immigration Enforcement*, in "Theoretical Criminology", Vol. 16, No. 4, 2012, pp. 417-434.

⁴⁰ Emanuela Roman, Abigael Emma Adhiambo Ogada-Osir, Maurizio Veglio, Ulrich Stege, *I am eighteen, why am I inside here? - A reflection upon the criminalisation of migrants under Italian administrative law*, in Juan M. Amaya-Castro, Bas Schotel, "Illegality Regimes: Mapping the Law of Irregular Migration", *AmeriQuests*, Vol. 11, n.2, 2014.

⁴¹ G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 4.

⁴² Questa teoria è quella elaborata sulla base degli studi della "New Penology". Nel contesto dell'immigrazione, "Migrants here become the latest risk category to join the underclass designated by actuarial, preventive policies. Thus, according to this argument, irregular migrants are in essence not detained because of individual crimes or behavior, but because of their 'membership' of a group that is classified as dangerous, or at least unwanted. Administrative detention may simply be a way to deal with this group, especially when expulsion is failing". D. Broeders, *Return to Sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands*, in "Punishment and Society", Vol. 12, No. 2, 2010, pp. 169-186.

lo strumento della detenzione può contribuire alla creazione del migrante come di una categoria deviante, che rappresenta un rischio e una minaccia per la società.⁴³

Per altro, spesso nelle prassi di alcuni Stati non è possibile identificare un chiaro confine tra detenzione amministrativa e detenzione penitenziaria, dal momento che la detenzione dei migranti, a scopi amministrativi, all'interno di istituti penitenziari non è vietata per legge.⁴⁴ Tale fattore contribuisce all'identificazione del migrante irregolare con gli autori di veri e propri reati.⁴⁵ Al tempo stesso, tuttavia, è stato ugualmente riconosciuto che alla detenzione di natura amministrativa non sono associate le stesse garanzie che vengono accordate ai detenuti in ambito penale:⁴⁶ alla stigmatizzazione dei migranti seguono quindi tutele sostanziali e procedurali notevolmente ridotte, “*situating them in a legal grey area and without even the minimal guarantees applicable to the deprivation of liberty*”,⁴⁷ a fronte di un considerevole aumento nell'utilizzo dello strumento della detenzione.

Similmente a quanto avvenuto per la criminalizzazione dell'immigrazione di cui al punto b), anche l'utilizzo del trattenimento ha subito un incremento, negli ultimi decenni, in molti Stati Membri dell'Unione; attualmente ogni Stato prevede una qualche forma di detenzione amministrativa.⁴⁸ La detenzione dei migranti irregolare e dei richiedenti asilo è poi autorizzata a livello di Unione Europea: l'articolo 15 della Direttiva Rimpatri prevede che il trattenimento possa essere usato, in via di *extrema ratio*, qualora non

⁴³ J. Chacon, *Overcriminalising Immigration*, in “Journal of Criminal Law and Criminology”, Vol. 102, Issue 3, 2012, pp. 613-652.

⁴⁴ Ad esempio in Francia, Germania o Grecia i migranti in attesa dell'espulsione erano regolarmente detenuti in istituti penitenziari. G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

⁴⁵ “*The use of penal incarceration facilities for administrative detention is an example of criminalisation through the imposition of criminal consequences for immigration infractions and the use of the same actors governing, in this situation, the detention of both irregular migrants and convicted criminals.*” M. Provera, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 80, Centre for European Policy Studies, Brussels, Febbraio 2015, p. 11.

⁴⁶ Tale critica è stata mossa, nel contesto statunitense anche da Stumpf nella sua analisi sulla *crimmigration law*: “*immigration proceedings have come to bear a striking resemblance to criminal processes. As in criminal law, an immigration judge's decision in an exclusion or deportation case concerns the physical liberty of the individual. [...] Yet, significant distinctions remain. First, the constitutional rights of noncitizens in immigration proceedings are far more limited than those of criminal defendants, whose Fourth, Fifth, Sixth, and Fourteenth Amendment rights lattice the structure of the criminal trial.*”. J. Stumpf, *The Crimmigration crisis: Migrants, Crime and Sovereign Power*, in “American University Law Review”, Vol 56, 2006, p. 390.

⁴⁷ J. Parkin, 2013, p. 16; G. Cornelisse, 2010.

⁴⁸ J. Parkin, 2013, p. 17.

possano “nel caso concreto, essere usate altre misure sufficienti ma meno coercitive”;⁴⁹ all’articolo 16 viene poi avallata la possibilità di detenere i migranti irregolari in istituti penitenziari, consolidando così le prassi di alcuni Stati Membri in merito. La Direttiva 2013/33/UE, che modifica la precedente Direttiva 2003/9/CE sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, prevede che, se ricorrono alcune condizioni,⁵⁰ il richiedente asilo possa essere trattenuto, eventualmente anche in istituti penitenziari, purché sia tenuto separato dagli altri detenuti.⁵¹

Con riferimento alle conseguenze della detenzione amministrativa sulla situazione dei migranti irregolari, è stata evidenziata anche in questo caso la possibile violazione dei diritti umani che deriverebbe da tale misura. In particolare, sono suscettibili di violazione gli articoli 3 e 5 della CEDU: il primo con riferimento alle condizioni di detenzione dei migranti, che possono assumere la natura di trattamenti disumani e degradanti;⁵² il secondo viene invece in rilievo quando vi è una privazione della libertà al di fuori “dai casi e nei modi previsti dalla legge” oppure quando non sia garantita la possibilità di ricorso contro la detenzione.⁵³

⁴⁹ Articolo 15, Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

⁵⁰ Articolo 8, par. 3: “Un richiedente può essere trattenuto soltanto: a) per determinarne o verificarne l’identità o la cittadinanza; b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; d) quando la persona è trattenuta nell’ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (2), al fine di preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento e lo Stato membro interessato può comprovare, in base a criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l’opportunità di accedere alla procedura di asilo, che vi sono fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l’esecuzione della decisione di rimpatrio; e) quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; f) conformemente all’articolo 28 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (3). I motivi di trattenimento sono specificati nel diritto nazionale.”

⁵¹ Articolo 10, par. 1: “Il trattenimento dei richiedenti ha luogo, di regola, in appositi centri di trattenimento. Lo Stato membro che non possa ospitare il richiedente in un apposito centro di trattenimento e sia obbligato a sistemarlo in un istituto penitenziario, provvede affinché il richiedente trattenuto sia tenuto separato dai detenuti ordinari e siano applicate le condizioni di trattenimento previste dalla presente direttiva”.

⁵² Invero, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) ha già ritenuto alcuni Stati Membri del Consiglio d’Europa colpevoli di tale violazione: si vedano, tra gli altri, i casi: *Riad and Idiab v. Belgium*, ECHR, 29787/03, 29810/03; *Dougoz v. Greece*, ECHR, 40907/98; *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ECHR, 30696/09; *Tarakhel v. Switzerland*, ECHR, 29217/12.

⁵³ CEDU, Articolo 5, par.1. Anche in questo caso la Corte si è espressa più volte trovando delle violazioni dell’articolo 5. In particolare si veda: *Louled Massoud v. Malta*, ECHR, 24340/08; *Rahimi v. Greece*,

Al termine del breve excursus condotto sui significati che il termine *criminalizzazione* può assumere, ove utilizzato in riferimento all'immigrazione, è possibile richiamare alcune considerazioni da tenere a mente nella lettura dei successivi paragrafi: la criminalizzazione è un fenomeno complesso e multiforme, all'interno del quale la componente normativa è destinata ad influenzare e, al tempo stesso, ad essere influenzata, dai fenomeni politici, mediatici e sociologici. Se è possibile sostenere da un lato l'impatto del linguaggio normativo sulla costruzione sociale del migrante, dall'altro lato è stato sottolineato (e verrà di seguito analizzato) come l'adozione di norme di carattere criminoso sia il risultato di precisi obiettivi politici, estranei alle ragioni del diritto penale. Del resto, la criminalizzazione dei migranti, intesa come fenomeno comprendente i tre punti sopra sviluppati, non sembra in alcun modo essere in rapporto con l'aumento della commissione di reati dai parte degli stessi: Palidda ha analizzato il rapporto tra aumento delle misure di criminalizzazione e percentuale di crimini commessi dagli immigrati negli anni precedenti al 2010, non trovando alcuna correlazione;⁵⁴ al contrario, l'autore ha richiamato l'attenzione sulla proliferazione di discorsi xenofobi in occasione di periodi di crisi economica.⁵⁵ Allo stesso modo, numerosi autori hanno sottolineato il carattere simbolico della criminalizzazione dell'immigrazione:⁵⁶ tale simbolismo – non sempre funzionale alle esigenze di effettività degli obiettivi europei in materia di immigrazione irregolare – sarà da tenere in considerazione nella successiva analisi del caso italiano in materia di criminalizzazione e del rapporto tra diritto interno e Direttiva Rimpatri.

2.2 La criminalizzazione dei migranti negli Stati Membri dell'Unione Europea

Nello studio del contesto europeo in materia di criminalizzazione, il primo passaggio da compiere è l'analisi a livello europeo e comparato di quella particolare forma di criminalizzazione consistente nella sovrapposizione tra diritto penale e diritto

ECHR, 8687/08; *R.U. v. Greece*, ECHR, 2237/08; *M. and Others v. Bulgaria*, ECHR, 41416/08; *Mathloom v. Greece*, ECHR, 48883/07.

⁵⁴ S. Palidda, "The Italian Crime Deal", in S. Palidda (a cura di), *Racial Criminalisation of Migrants in the 21st Century*, Ashgate, 2011, pp. 213-236.

⁵⁵ Così anche D. Bigo, *Criminalisation of "Migrants": The Side Effect of the Will To Control The Frontiers and The Sovereign Illusion*, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 61-91.

⁵⁶ Si vedano: D. Bigo, S. Palidda, F. Duvell, J. Stumpf., sopra citati.

dell'immigrazione, da cui deriva la previsione di sanzioni penali – tra cui anche la pena detentiva – per punire comportamenti come l'ingresso e il soggiorno irregolare e il sostegno agli irregolari. Premessa necessaria, è la possibilità di riscontrare, in una certa misura, un rapporto tra le politiche sviluppate a livello europeo e quelle dei singoli Stati: c'è una reciproca influenza che ha avuto negli anni più recenti come effetto quello di rinforzare le previsioni collegate alla criminalizzazione dell'immigrazione, sia sotto il punto di vista della criminalizzazione dei migranti stessi, che dei soggetti “facilitatori” dell'immigrazione irregolare.⁵⁷

Partendo da quest'ultima categoria, che prende in considerazione non i migranti, ma coloro che agiscono “in solidarietà” con essi⁵⁸ (e che possono commettere quello che viene definito “*délit de solidarité*” dalla FRA),⁵⁹ si può notare come i loro comportamenti siano sanzionati in via penale sia a livello di Unione Europea che di Stati Membri. Rispetto al diritto dell'Unione, viene in rilievo la Direttiva 2002/90/CE, riguardante il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.⁶⁰ Come già visto precedentemente, tale Direttiva prevede la possibilità per gli Stati di imporre sanzioni per coloro che aiutino un cittadino di un paese terzo ad entrare o risiedere irregolarmente nel territorio dello Stato; nel secondo caso è richiesto che vi sia l'elemento del vantaggio economico per i facilitatori. La Direttiva prevede poi un'eccezione di carattere “umanitario”,⁶¹ che permette agli Stati di non applicare le predette sanzioni qualora i comportamenti dei favoreggiatori abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria in caso di ingresso. Tale eccezione non è tuttavia vincolante per gli Stati e ha trovato scarsa applicazione; di conseguenza, cittadini e associazioni attive, a scopo di solidarietà, nel supporto dei migranti irregolari in ingresso nel territorio dello Stato, e nell'accompagnamento e nel sostegno ai migranti irregolari nel loro soggiorno – ove da

⁵⁷ J. Parkin, 2013, p. 1-28.

⁵⁸ I comportamenti in questione possono essere diversi: “...such as providers of humanitarian or legal assistance, persons who rescue migrants in distress at sea, landlords renting accommodation to migrants in an irregular situation.” European Union Agency for Fundamental Rights, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienna, 2014, p. 8.

⁵⁹ European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, p. 8-14.

⁶⁰ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali. Si veda il Cap. 1, pp. 31. La Direttiva è stata accompagnata dalla Decisione Quadro sul favoreggiamento dell'ingresso e transito irregolare, la Decisione 2002/20/EC.

⁶¹ Articolo 1, par. 2: “Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata.”

questo possa derivare in una certa misura un vantaggio economico – sono perseguibili (potenzialmente anche in via penale). Il reato di favoreggiamento è poi contenuto, in molti casi già da prima dell'adozione della Direttiva europea, nelle legislazioni degli Stati Membri: alcuni lo puniscono con sanzioni pecuniarie, altri con sanzioni detentive. In particolare, il favoreggiamento dell'ingresso irregolare è punito in tutti e 28 i paesi dell'UE e soltanto in 4 di questi la fattispecie prevede la presenza di un vantaggio economico;⁶² il favoreggiamento del soggiorno irregolare è invece previsto come reato in tutti gli Stati Membri eccetto l'Irlanda, che non è vincolata al rispetto della Direttiva 2002/90. In 13 Stati, inoltre, il favoreggiamento del soggiorno è punito indipendentemente dal vantaggio economico da esso derivante.⁶³ È possibile quindi notare come i comportamenti sopra descritti siano sanzionati, seppur in maniera differenziata, in tutti gli Stati Membri, sia in forza delle previsioni di diritto penale delle legislazioni nazionali, sia in forza della normativa europea: tale processo di criminalizzazione è stato considerato come parte di un più ampio fenomeno di “*securitisation of migration*”, volto a rafforzare anche la lotta contro il traffico e la tratta di esseri umani tramite la previsione di punizioni severe per le organizzazioni transnazionali che lo gestiscono.⁶⁴

Lo stesso non si può dire, invece, della criminalizzazione dello status di irregolarità dei migranti. Manca infatti, a livello di Unione Europea, la previsione di norme penali per sanzionare l'ingresso o il soggiorno irregolare. D'altronde, da alcune previsioni normative contenute nel diritto dell'Unione possono derivare conseguenze che hanno un impatto sulla criminalizzazione degli irregolari. Si pensi all'articolo 4 del Codice Frontiere Schengen,⁶⁵ che prevede la possibilità per gli Stati Membri di prevedere sanzioni – “effettive, proporzionate e dissuasive”⁶⁶ – in caso di attraversamento non autorizzato alle frontiere. Secondo alcuni autori, anche i sistemi di database (SIS, VIS,

⁶² Germania, Irlanda, Lussemburgo, Portogallo. In tutti gli altri, il reato è punito anche quando non ne derivi un vantaggio economico. European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, p. 10.

⁶³ Belgio, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Lettonia, Lituania, Malta, Romania, Slovenia, Regno Unito. European Union Agency for Fundamental Rights, *op. cit.*

⁶⁴ V. Mitsilegas, “The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: the Protective Function of European Union Law”, in M. Guia, M. Van der Woude and J. Van der Leun (eds), *Social Control and Justice. Crimmigration in an Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2012, pp.87- 114.

⁶⁵ Regolamento 562/2006/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen).

⁶⁶ Articolo 4, par. 3.

EURODAC),⁶⁷ predisposti dall'Unione Europea per il controllo di particolari categorie di individui, vengono in rilievo nella criminalizzazione dei migranti:⁶⁸ tali sistemi, che prevedono il rilevamento delle impronte digitali nel caso dell'EURODAC e il monitoraggio dei dati biometrici per il SIS e il VIS sono suscettibili di contribuire alla stigmatizzazione dei migranti come soggetti sospetti e in ultima analisi come "criminali".⁶⁹ Si ricordi, infine, che la Direttiva Rimpatri prevede la possibilità di trattenere, anche all'interno di istituti carcerari, i migranti irregolari in attesa di espulsione.⁷⁰

Tutte le misure sopra indicate, tuttavia, hanno un impatto soltanto indiretto sul processo di criminalizzazione, da cui segue che l'analisi delle norme penali che sanzionano l'ingresso e il soggiorno irregolare non può essere condotto a livello di legislazione europea. Così come – nonostante la presenza delle norme comuni dettate dalla Direttiva Rimpatri – ogni singolo Stato ha il potere di decidere quando l'ingresso e il soggiorno siano da ritenersi irregolari,⁷¹ in conformità con le proprie politiche in materia di immigrazione legale e mercato del lavoro, allo stesso modo è una prerogativa sovrana dello Stato l'identificazione dei casi in cui l'irregolarità possa costituire reato. L'indagine circa le misure di criminalizzazione non può quindi che concentrarsi su una analisi

⁶⁷ Il SIS (Sistema di informazione Schengen) monitora gli individui ricercati dalle forze di polizia e gli stranieri a cui è vietato l'ingresso nell'area Schengen; il VIS (Sistema di controllo visti) è volto a controllare il sistema di applicazione della politica sulle visa di breve periodo; l'EURODAC si concentra sulla presenza di richiedenti asilo e dei migranti irregolari nei paesi Membri dell'Unione.

⁶⁸ "The state strategy of detention and expulsion has become more important in the last decade. It is a policy strategy that is facilitated by the European Union through the construction of several databases in which information on identity and itinerary is stored on specific groups of immigrants (tourists, asylum seekers and irregular immigrants)." G. Engbersen, D. Broeders, *The State versus the Alien: Immigration Control and Strategies of Irregular Immigrants*, in "West European Politics", Vol. 32, Issue 5, 2009, pp. 869.

⁶⁹ E. Brouwer, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third Country nationals in the Schengen Information System* Martinus Nijhoff, Leiden, 2008; D. Bigo, "Criminalisation of "Migrants": The Side Effect of the Will To Control The Frontiers and The Sovereign Illusion", in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 61-91.

⁷⁰ Esperti del Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite hanno mosso critiche alla Direttiva Rimpatri proprio con riferimento alla previsione della detenzione amministrativa, misura che ricalca in modo evidente quella di natura penale, col rischio di stigmatizzazione dei migranti: "irregular immigrants are not criminals. As a rule they should not be subjected to detention at all. Member states are obliged to explore the availability of alternatives to detention and detention must only be for the shortest possible period of time". <http://www.unhchr.ch>.

⁷¹ Si veda in proposito F. Duvell, *Paths Into Irregularity: the Legal and Political Construction of Irregular Migrants*, in "European Journal of Migration and Law", Vol.13, Issue 2, 2011, pp. 275-295.

comparata delle legislazioni degli Stati Membri, con un'attenzione particolare per il caso italiano.

a) *Ingresso irregolare*. Sono 25 i Paesi Membri dell'Unione che puniscono l'ingresso irregolare del migrante in sede penale: le eccezioni sono Malta, Portogallo e Spagna, dove il comportamento è sanzionato in via amministrativa. È interessante notare come tale reato sia stato introdotto nelle legislazioni di alcuni Stati Membri soltanto negli anni più recenti: in Austria, l'*Alien Police Act*, che contiene all'articolo 120 lett.a il reato di ingresso e soggiorno irregolare del migrante, è del 2005;⁷² in Croazia, la legislazione sul diritto degli stranieri - tra cui rientrano le previsioni sull'ingresso e il soggiorno irregolari - è contenuta in due atti rispettivamente del 2003 e del 2011;⁷³ anche in Grecia la previsione di sanzioni penali per contrastare l'immigrazione irregolare risale alla "Codification of Legislation on the Entry, Residence and Social integration of Third Country Nationals on Greek Territory" del 2005.⁷⁴ Emblematico è poi il caso dell'Italia, in cui il reato di ingresso e soggiorno irregolare non era inizialmente previsto dal Testo Unico sull'Immigrazione e è stato introdotto, come descritto più avanti, nel 2009.⁷⁵ Un ultimo riferimento deve essere fatto, infine, alla recente decisione del governo ungherese di modificare le norme riguardanti l'ingresso e l'accoglienza dei richiedenti asilo e quelle di carattere penale in materia di immigrazione irregolare. Il Parlamento ungherese infatti ha emendato, nel luglio e nel settembre 2015, le previsioni in materia di asilo, attraversamento dei confini e diritto penale dell'immigrazione: la nuova sezione 352/A del Codice Penale criminalizza oggi l'ingresso irregolare dei migranti con la misura della detenzione fino a 3 anni; la sezione 60 (2a) del Codice Penale Ungherese prevede invece un divieto di reingresso per una durata di 6 anni, norma in chiaro contrasto con la previsione della Direttiva Rimpatri che fissa la lunghezza massima di tale divieto nella misura di 5 anni. Particolarmente interessante è stata la posizione della

⁷² Federal Act on the Conduct of Aliens Police Operations, the Issue of Documents for Aliens and the Granting of Entry Permits (2005 Aliens Police Act – *Fremdenpolizeigesetz 2005*).

⁷³ Law of 2003 concerning Foreigners; The Foreigner Act of 2011 (Refworld): <http://www.refworld.org/docid/3fcc6cd54.html>

⁷⁴ Law 3386/2005, Article 83.

⁷⁵ Nel 2014, il Parlamento ha delegato al governo il compito di depenalizzare il reato di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'Art.10-bis (Legge Delega n.67/2014), ma il governo non ha - ad oggi - ancora adottato misure in tale direzione.

Commissione europea al riguardo: il Direttore Generale della divisione Immigrazione e Affari Interni, infatti, ha inviato al Rappresentante Permanente dell'Ungheria presso l'UE una lettera in cui viene chiesto di valutare la compatibilità delle misure adottate con le Direttive europee;⁷⁶ ciò mostra una volta di più l'interesse dell'Unione a che le previsioni, anche di natura penale, in materia di immigrazione, siano rispettose e conformi ai principi europei.

Passando invece all'analisi delle pene previste in caso di commissione del reato, appare evidente che non tutti gli Stati ricorrono alla pena detentiva, con conseguente privazione della libertà: Austria, Italia, Paesi Bassi, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Slovenia si limitano a ordinare una sanzione di natura pecuniaria, che può variare da un massimo di 10.000 euro in Italia,⁷⁷ ai 4.050 euro dei Paesi Bassi.⁷⁸

In molti casi, poi, qualora il soggetto non disponga di mezzi sufficienti per il pagamento della pena pecuniaria, questa può essere convertita in pena detentiva.⁷⁹

Per quanto riguarda invece la privazione della libertà con cui si punisce l'ingresso irregolare nei restanti Stati Membri,⁸⁰ è opportuno evidenziare le notevoli differenze che possono intercorrere tra le loro legislazioni: innanzi tutto in alcuni Stati, come Germania e Regno Unito,⁸¹ vige l'alternativa tra l'applicazione della sanzione detentiva con quella pecuniaria: l'una si sostituisce all'altra; in Francia e in Irlanda,⁸² invece, possono essere comminate pena detentiva e pecuniaria in via cumulativa. Per quanto riguarda la durata della detenzione, invece, si passa da cinque anni della

⁷⁶ Particolarmente dettagliata è l'osservazione riguardante la criminalizzazione dell'ingresso irregolare: *"The new section 352/A of the Criminal Code sanctions illegal entry via a border fence with imprisonment of up to three years. You are invited to comment on whether such legislation can be considered in line with the EU Return Directive as interpreted by the European Court of Justice in cases El Dridi (C-61/11), Sagor (C-430/11) and Achughbabian (C-329/11). In addition, it also raises questions as regards the principle of proportionality referred to in particular by Article 4(3) of the Schengen Borders Code, read in light of the requirements of Article 49 of the Charter. Furthermore, in so far as these criminal sanctions fall within the scope of Article 4(3) Schengen Borders Code, please explain how they are applied in line with Article 31 of the Geneva Convention, given that this Article requires Member States (under the conditions laid down therein) not to impose sanctions on asylum seekers for their illegal entry."* Lettera al Rappresentante Permanente dell'Ungheria presso l'Unione Europea, 06/10/215.

⁷⁷ È questo il caso dell'Italia, Articolo 10-bis, TU Immigrazione, D.lgs 286/1998.

⁷⁸ Article 108 of the Aliens Act and Article 23 (4) of the Penal Code.

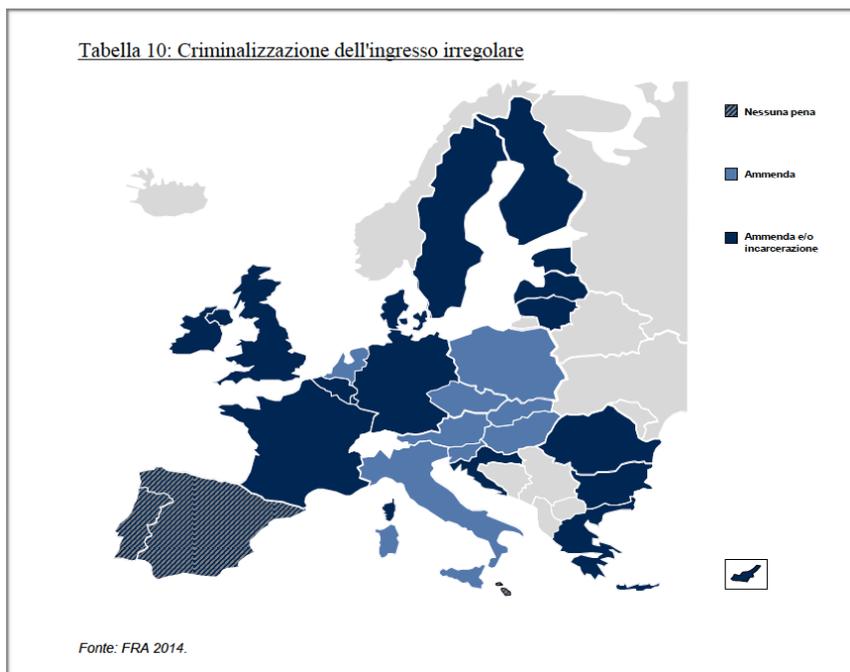
⁷⁹ European Union Agency for Fundamental Rights, *op. cit.*

⁸⁰ Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Romania, Svezia e Regno Unito.

⁸¹ S24 Immigration Act 1971 as amended by the Asylum and Immigration Act 1996; §95 of the Residence Act (AufenthG).

⁸² Article L.621-1, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), 2005; Section 4 of the Immigration Act, 2000. Si veda anche G. Cousin, *Sanzioni Penali e Condizione dell'Immigrato in Francia: tra funzione amministrativa e finalità politiche*, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", Vol. 4, 2010.

Bulgaria, ai tre di Cipro o della Polonia, a un anno di massima durata della detenzione in Finlandia, Francia e Germania. Infine, nonostante l'Articolo 31 della Convenzione di Ginevra del 1951 preveda un divieto di criminalizzazione per i richiedenti asilo che entrano nello Stato e che provengano da un paese in cui la loro vita o libertà fosse stata minacciata, sono poche le legislazioni degli Stati Membri che contengono esplicite previsioni a tutela del divieto di criminalizzazione dei richiedenti asilo.

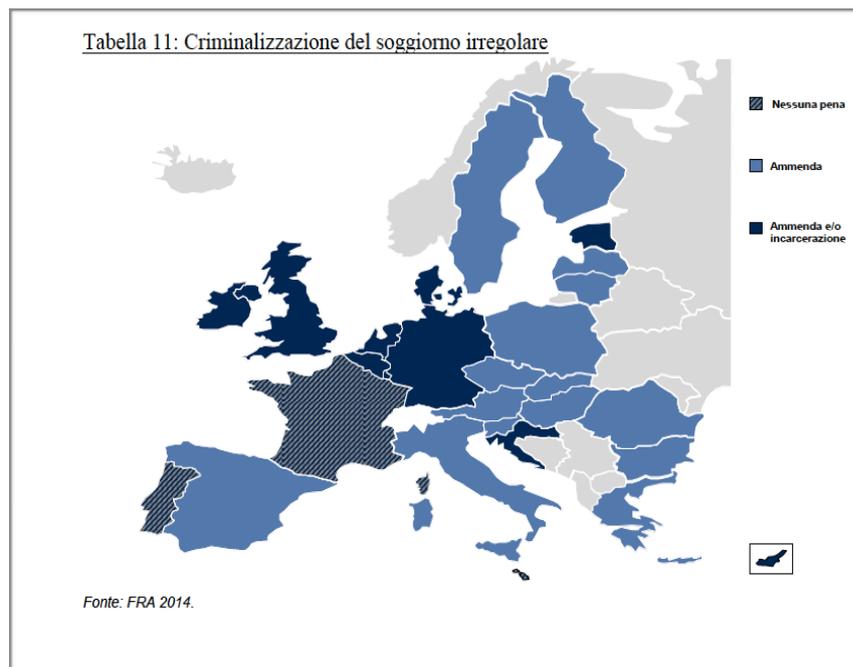


b) *Soggiorno irregolare*. In materia di soggiorno, è possibile notare che sono attualmente 24 gli Stati Membri dell'Unione che prevedono anche il soggiorno irregolare come reato: sono esclusi Malta e Portogallo, i quali non hanno mai previsto il soggiorno irregolare come reato, e Francia e Ungheria, dove il reato era inizialmente presente ma, successivamente, il comportamento in questione è stato depenalizzato.⁸³ In Italia la legge delega n. 67 del 2014 prevede che debba essere il governo ad adottare misure volte a depenalizzare il reato di ingresso e soggiorno irregolari, ma tali misure non sono ancora state adottate.⁸⁴

⁸³ Tale previsione è stata abrogata in Francia dalla Loi n° 2012-1560 du 31 Décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées. La legge è stata adottata in seguito alla sentenza *Achughbabian* della Corte di Giustizia dell'UE. In Italia è intervenuto

⁸⁴ Si veda la posizione adottata in merito da Asgi: <http://www.asgi.it/notizia/le-associazioni-al-governo-italiano-depenalizzare-il-reato-di-immigrazione-irregolare-in-italia/>.

Con riferimento alle pene comminate ove il soggiorno sia criminalizzato, cambia il rapporto tra i paesi che prevedono una sanzione di natura pecuniaria e quelli che prevedono la detenzione: sono 10 gli Stati Membri le cui legislazioni impongono una multa e/o la privazione della libertà,⁸⁵ mentre negli altri 14 tale reato è punito solo attraverso la sanzione pecuniaria.⁸⁶ Il reato di soggiorno irregolare, disciplinato dalle singole legislazioni degli Stati Membri, è tuttavia suscettibile di entrare in contrasto con la Direttiva 2008/115/CE, che disciplina le condizioni e modalità di espulsione dei migranti irregolari: nel periodo in cui il migrante è sottoposto alla procedura di rimpatrio, infatti, è ancora suscettibile di essere sottoposto a processo penale con riferimento alla fattispecie di soggiorno irregolare, che si può concludere con una condanna che commina la pena pecuniaria o detentiva, a secondo dello Stato di riferimento. La compatibilità di tali misure - sia la sanzione dell'ammenda che quella della privazione di libertà - verranno diffusamente analizzate nel terzo capitolo.



⁸⁵ Belgio, Croazia, Cipro, Danimarca, Estonia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Regno Unito. European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, p. 5.

⁸⁶ Austria, Bulgaria, Repubblica Ceca, Finlandia, Grecia, Ungheria, Italia, Lituania, Lettonia, Polonia, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna e Svezia e Ungheria. European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, p. 5.

2.3 Il caso italiano: l'impatto dei processi di criminalizzazione sull'immigrazione irregolare alla luce degli sviluppi normativi

Il caso italiano rappresenta un caso di studio dei fenomeni di criminalizzazione dei migranti irregolari di particolare stimolo, in quanto l'Italia condivide con gli altri paesi Europei i trend che sono stati analizzati nei precedenti paragrafi, ma rivela altresì peculiarità che la rendono particolarmente interessante, sia da un punto di vista politico-sociologico,⁸⁷ che sotto il profilo dell'evoluzione normativa riguardante l'immigrazione irregolare. Interesse che si estende anche al rapporto tra diritto penale e quello dell'Unione Europea, dal momento che la Corte di Giustizia si è pronunciata tre volte, nel corso degli ultimi 5 anni, proprio sul rapporto tra diritto penale italiano e Direttiva Rimpatri. Preliminare alla comprensione dei casi portati dai giudici nazionali davanti alla Corte europea, è l'analisi della legislazione italiana che si occupa di immigrazione irregolare e, nello specifico, degli articoli che sono stati oggetto di giudizio da parte della Corte. Fondamentale è quindi l'approfondimento sulla disciplina delle espulsioni e dei reati connessi con l'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno del migrante, racchiusi da un gruppo di norme definite come “statuto penale dello straniero extracomunitario immigrato privo del permesso di soggiorno o comunque irregolare, inteso come raccolta di disposizioni incriminatrici a soggettività ristretta, a qualifica fondante o costitutiva, dove lo straniero è soggetto attivo “necessario” e infungibile del reato sotto il profilo della condotta principale materiale.”⁸⁸

Da un punto di vista metodologico, la scelta adottata è quella di seguire l'evoluzione della normativa rilevante, dalla sua prima elaborazione all'interno della legge “Turco-Napolitano”, fino alle modifiche introdotte dal Pacchetto Sicurezza del 2008-2009. Si è cercato inoltre di evidenziare come l'introduzione di alcune misure – sia di carattere amministrativo che penale – si inserisca nel contesto di *criminalizzazione dell'immigrazione* quale analizzato precedentemente: le modifiche legislative sono

⁸⁷ M. Maneri, S. Palidda in S. Palidda, *Racial Criminalisation of Migrants in the 21st Century*, Ashgate, 2013.

⁸⁸ G. Cirillo, “Spigolature in tema di statuto penale del clandestino”, in R. Del Coco, E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale - Problemi di perseguibilità e di garanzie della normativa nazionale e europea*, Cacucci Editore, Bari, 2014, p.289. In riferimento a tale gruppo di reati, l'autore evidenzia che “la categoria dei reati che compongono lo statuto dello straniero irregolare, costituita tanto da condotte commissive/attive quanto da condotte omissive, appare caratterizzata nel suo insieme da fattispecie incentrate sul “disvalore di condotta”, piuttosto che di evento.”, richiamando il ruolo che può svolgere il diritto penale nella stigmatizzazione del migrante irregolare e la sua dubbia costituzionalità.

corrisposte ad un intensificarsi dei discorsi politici e mediatici sull'immigrazione "clandestina", che hanno fatto dei migranti irregolari un facile capro espiatorio, soprattutto in un periodo di crisi economica del paese, tanto che le stesse misure legislative adottate a partire dal 2008 hanno spesso avuto un carattere più simbolico che di effettiva utilità pratica nel contrasto all'immigrazione irregolare.

2.4 Le previsioni iniziali del Testo Unico (T.U.I) sull'immigrazione irregolare

La normativa italiana in materia di immigrazione è relativamente recente, fenomeno anche dovuto al fatto che per i primi decenni del dopo guerra l'Italia è ancora stato un paese di forte emigrazione.⁸⁹ La prima legge che si è occupata in maniera organica di immigrazione viene adottata solo negli anni '80,⁹⁰ con l'obiettivo di ratificare la Convenzione ILO sui diritti dei lavoratori migranti,⁹¹ e di attuare una politica di sanatoria dei lavoratori stranieri; essa contiene alcune garanzie dei diritti dei lavoratori migranti e un primo piano di regolarizzazione per gli immigrati in Italia. La materia dell'espulsione dei migranti viene invece presa in considerazione solo successivamente, con la legge "Martelli",⁹² la quale ha delineato alcuni concetti e principi generali della disciplina oggetto di analisi. Tali principi verranno sviluppati pochi anni dopo nel primo testo legislativo di ampio respiro in materia di immigrazione, la Legge cd. "Turco-Napolitano".⁹³ Tra la legge "Martelli" e la "Turco-Napolitano", tuttavia, intervennero altri due decreti leggi che aggiunsero alcune previsioni penali concernenti l'immigrazione irregolare e ampliarono le ipotesi di espulsione: il decreto Conso del 1993⁹⁴ estese la misura dell'espulsione agli stranieri in stato di custodia cautelare per la commissione di "uno o più delitti per (...) ovvero condannati con sentenza passata in giudicato ad una pena non sia superiore a tre anni di reclusione";⁹⁵ il decreto Dini,⁹⁶ mai convertito in legge, intendeva introdurre la misura dell'espulsione in funzione di misura di sicurezza e

⁸⁹ P. Testai, *"From the (e)migrant to the (im)migrant": The Italian nation-state and its migration rhetoric and history*, in *"Transnational Social Review"*, 5:1, 2015, pp. 24-38.

⁹⁰ Legge 30 dicembre 1986, n. 943.

⁹¹ ILO, *Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti*, 1975.

⁹² L. 28 febbraio 1990, n.39

⁹³ L. 6 marzo 1998, n. 40

⁹⁴ Decreto Legge 14 giugno 1993, n. 187, convertito nella Legge 12 agosto 1993, n. 296.

⁹⁵ Articolo 8 del D.L. 187/1993.

⁹⁶ Decreto Legge 18 Novembre 1995, n. 489, mai convertito in legge.

la possibilità di espellere l'immigrato anche per "motivi di sicurezza".⁹⁷ Il decreto Dini rappresentò l'anticipazione di quella sovrapposizione tra diritto penale ed immigrazione che verrà realizzata nei decenni successivi con nuove fattispecie di reato. Negli anni '90, gli stessi in cui a livello sovranazionale veniva segnato il Trattato di Schengen, l'approccio delle politiche migratorie – in Italia, ma ancor prima nei paesi del centro e nord Europeo – cominciò ad essere più severo e restrittivo, a concentrarsi sull'aspetto della chiusura e del controllo delle frontiere più che su quello dell'integrazione della manodopera straniera nei mercati nazionali; sull'espulsione dei migranti come misura essenziale della lotta all'immigrazione clandestina, più che sulla regolarizzazione degli irregolari - misura ampiamente utilizzata nei decenni precedenti.⁹⁸ Le misure che vennero adottate, anche in Italia, in materia di immigrazione irregolare erano frutto di tale approccio politico, la cui severità si manifestava in modo più o meno intenso a seconda dell'orientamento politico del governo in carica. La legge "Turco-Napolitano", adottata dal governo Prodi nel 1998, privilegiava le misure dei respingimenti e delle espulsioni quale strumento per la lotta all'immigrazione clandestina, cercando tuttavia di inserirle in un contesto di maggiore apertura nei confronti di strumenti di integrazione degli immigrati nella società italiana:⁹⁹ la scommessa fu quella sulla natura residuale delle espulsioni, a fronte di una efficace politica di soggiorno legale e integrazione.¹⁰⁰

La legge n. 40 del 1998 rappresentava infatti il primo tentativo di disciplinare in modo organico ed onnicomprensivo tutti gli aspetti del diritto dell'immigrazione, delineando una cornice normativa generale. La legge si divide in sette capitoli, dedicati: 1) ai principi normativi, 2) all'ingresso, soggiorno, respingimento ed espulsioni, 3) all'ingresso per lavoro, 4) alla famiglia e ai minori, 5) ai diritti di cittadinanza (intesi come diritti civili), 6) ai cittadini UE e 7) alle disposizioni finali. La stessa legge conteneva poi una delega per il governo ai fini della redazione di un Testo Unico che comprendesse tutta la normativa vigente in tema di immigrazione: venne così emanato il Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" - di seguito T.U.I. Esso rappresenta tutt'ora la cornice di riferimento per quanto riguarda il diritto dell'immigrazione in Italia.

⁹⁷ Articolo 7 del D.L. 489/1995.

⁹⁸ A. Dal Lago, *Non Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2002. p.24/28.

⁹⁹ European Migration Network, *Practical Responses to Irregular Migration: the Italian case*, Rome, 2012.

¹⁰⁰ V. Ferraris, *Immigrazione e Criminalità*, Carocci, 2012, p.15-ss.

Con riferimento nello specifico al tema dell'immigrazione irregolare, la "Turco-Napolitano" prevedeva misure di contrasto al favoreggiamento e di modalità di allontanamento dello straniero. In materia di "favoreggiamento all'immigrazione illegale", vengono punite tutte le condotte connesse al favoreggiamento dell'ingresso (tranne quando questo avviene nella forma di attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno) e al favoreggiamento della permanenza degli stranieri nel territorio.¹⁰¹ Per quanto riguarda invece l'espulsione dello straniero, da un lato si autorizza il respingimento nel momento di attraversamento delle frontiere esterne, dall'altro si prevedono modalità dettagliate di esecuzione delle espulsioni. Tali norme sono confluite nel capo II del T.U.I., titolato "Controllo delle frontiere, respingimento ed espulsione" (artt. 10-20); tra essi, gli articoli 13, 14, 15 e 16 sono dedicati all'espulsione. All'interno del sistema italiano, infatti, si possono configurare diverse tipologie di espulsioni: fondamentale è la dicotomia tra espulsione amministrativa, disposta dal Ministero dell'interno oppure dal prefetto al termine di un procedimento amministrativo, ed espulsione giudiziaria, che viene ordinata dal giudice nel corso del processo penale. Comuni a tutti i casi di espulsione sono gli effetti che questa determina: a) l'allontanamento fisico del migrante dal territorio nazionale; b) la segnalazione dell'interessato nel Sistema d'informazione Schengen (S.I.S) ai fini della non ammissione dell'espulso in tutta l'area Schengen; c) il divieto di reingresso (su cui di dirà più avanti).

2.4.1 La disciplina dell'espulsione amministrativa: presupposti applicativi e modalità di espulsione (artt. 13 e 14 T.U.I.)

L'espulsione amministrativa è regolata dall'articolo 13 e può concretizzarsi in due distinte modalità. Il primo comma prevede la possibilità per il Ministero dell'Interno di disporre l'espulsione per "motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato".¹⁰² La decisione del Ministero è fortemente discrezionale, in quanto vincolata unicamente ai presupposti di "ordine pubblico" e "sicurezza dello Stato", fattispecie particolarmente elastiche, tanto da potervi comprendere ogni situazione di pericolo per gli interessi

¹⁰¹ L. 40/1998, articolo 10.

¹⁰² Articolo 13, comma 1.

fondamentali della nazione: dall'ampiezza della previsione si deve desumere la sua natura eccezionale.¹⁰³ L'eccezionalità della misura giustifica anche la non applicabilità ai casi in questione dei divieti di espulsione previsti dall'articolo 19 T.U.I.

La seconda modalità di espulsione, che rappresenta nella prassi quella maggiormente applicata, è di natura prefettizia. Il prefetto ordina l'espulsione quando l'ingresso o il soggiorno dello straniero sul territorio italiano siano irregolari. Più precisamente, il secondo comma dell'articolo 13 fa riferimento alle ipotesi in cui:

- a) l'immigrato sia "entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera"¹⁰⁴ e non sia stato respinto, conformemente all'articolo 10 T.U.I; da ciò si evince per altro che respingimento ed espulsione sono alternativi l'uno all'altro, e non cumulabili;
- b) l'immigrato si sia "trattenuto nel territorio dello Stato senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto (...) ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato, ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo". Il ritardo può essere in ogni caso giustificato in caso di forza maggiore,¹⁰⁵ che va provata dall'interessato prima dell'emissione del decreto di espulsione. L'espulsione non può essere portata avanti nel caso in cui l'interessato abbia, anche dopo la scadenza del permesso, presentato tempestivamente l'istanza di rinnovo.¹⁰⁶ Secondo quanto disposto dalla l. 40/1998, in tale ultimo caso, se l'istanza venisse rigettata rigettata, lo straniero verrebbe immediatamente espulso tramite accompagnamento coattivo alla frontiera. In tutti gli altri casi, invece, alla data di notificazione di rigetto della domanda del primo permesso o del suo rinnovo, comincia a decorrere il termine di 15 giorni disposto per permettere il ritorno volontario dello straniero.
- c) l'immigrato appartenga "a taluna delle categorie indicate nell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'articolo 2 della legge 3 agosto 1988,

¹⁰³ G. Savio, Commentario al Codice dell'immigrazione, 2014.

¹⁰⁴ Secondo la giurisprudenza, deve considerarsi entrato nel territorio dello Stato, sottraendosi ai controlli di frontiera, anche lo straniero che "entri in Italia con un visto rilasciato sulla base di documentazione falsa [...] atteso che il termine 'sottrarsi' significa non soltanto sfuggire, ma anche vanificare l'efficacia dei controlli aventi la finalità di impedire in ogni caso ingressi irregolari". Cass. Civ., Sez.I, Sentenza del 9 novembre 2001, n. 13874.

¹⁰⁵ Elemento molto difficile da dimostrare, in quanto la Cassazione ritiene che essa sussista quando "*una forza esterna al volere dello straniero abbia totalmente influito sulla sua possibilità di agire, escludendola totalmente*". Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 3 giugno 2004, Arsic Nebojosa c. Prefetto di Bologna, in L. Degl'Innocenti, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffré, Milano, 2013, p. 98.

¹⁰⁶ Cass. Civ., Sez. I, Sentenza del 23 giugno 1999, n. 6374 e Cass. Civ., S.U., Sentenza del 20 maggio 2003, n.7892.

n. 327, o nell'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'articolo 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646". Tali previsioni evocano tutti casi in cui il soggetto possa essere sottoposto a misure di prevenzione e quindi in cui l'espulsione è legata a motivi di pericolosità sociale; in particolare il riferimento è alle categorie di soggetti: I. abitualmente dediti a traffici delittuosi; II. che, per la condotta o il tenore di vita, debba ritenersi che vivono abitualmente con i proventi di attività delittuose; III. sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.¹⁰⁷

Oltre ai casi previsti dall'articolo 13, se ne aggiungono altri derivanti da varie previsioni contenute nel T.U.I: presupposto per l'espulsione è, infatti, anche l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato effettuato in violazione di un divieto di reingresso, ai sensi dell'Articolo 13, comma 13. Tale ipotesi verrà diffusamente analizzata successivamente, in quanto il divieto di ingresso rappresenta un reato proprio, che può essere commesso cioè solo dallo straniero irregolare. Regole particolari sono poi dettate, agli articoli 9 e 9-bis del T.U.I., per l'espulsione degli stranieri titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. In tal caso presupposto all'espulsione possono essere soltanto: gravi motivi di sicurezza e ordine pubblico; i casi di cui all'articolo 3, c.1, del decreto legge 27 luglio 2005, n.144; quando lo straniero appartiene ad una delle categorie indicate nell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'articolo 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, o nell'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575.¹⁰⁸ Accanto all'enumerazione delle categorie di migranti che possono essere allontanati, bisogna però ricordare che l'articolo 19 T.U.I. prevede per alcune categorie l'impossibilità dell'espulsione: il divieto è assoluto (vale per tutti i casi di espulsione, sia essa di natura ministeriale, prefettizia o giudiziale) in ottemperanza al

¹⁰⁷ In questi casi, mentre ai cittadini italiani, le misure di prevenzione si applicano al termine di un procedimento penale, caratterizzato da tutte le garanzie del contraddittorio, per gli stranieri è immediatamente disposta l'espulsione da parte del prefetto, senza che vengano rispettate le garanzie del contraddittorio. G. Savio, Commentario al T.U.I.

¹⁰⁸ Articolo 9, comma 10. Il comma 11 prevede per altro che "ai fini dell'adozione del provvedimento di espulsione, si tiene conto anche dell'età dell'interessato, della durata del soggiorno sul territorio nazionale, delle conseguenze dell'espulsione per l'interessato e i suoi familiari, dell'esistenza di legami familiari e sociali nel territorio nazionale e dell'assenza di tali vincoli con il Paese d'origine".

principio di *non-refoulement*,¹⁰⁹ per alcune altre categorie determinate dalle legge vige un divieto di espulsione prefettizia e di quelle a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa della.¹¹⁰

Dal punto di vista formale, l'articolo 13 prevede che l'espulsione sia disposta con decreto motivato. La motivazione, elemento necessario di ogni atto amministrativo, è importante per permettere all'interessato di conoscere le ragioni che hanno comportato l'adozione del decreto di espulsione, ma altresì in sede di controllo giurisprudenziale dello stesso. In ogni caso, secondo la giurisprudenza costante, il decreto di espulsione ha carattere automatico: nel momento in cui, cioè, ricorrono le ipotesi previste al comma 2 – e nelle altre ipotesi appena analizzate – il prefetto è vincolato all'adozione di tale provvedimento. Lo spazio che viene lasciato per una valutazione discrezionale è quindi pressoché nullo (cd. “automatismo espulsivo”)¹¹¹, anche se in dottrina è stata lamentata l'eccessiva vaghezza delle previsioni legislative sui presupposti per l'adozione del decreto di espulsione, fattore che “finisce per conferire un incostituzionale margine di discrezionalità all'autorità amministrativa in violazione del requisito della tassatività della previsione dei casi di provvedimenti limitati della libertà personale, requisito previsto dall'articolo 13 della Costituzione”.¹¹²

Il ricorso contro un decreto di espulsione – che deve essere fatto davanti al giudice di pace territorialmente competente – non permette in ogni caso al giudice di sindacare il merito del provvedimento: il controllo giudiziario sarà limitato alla sussistenza dei requisiti di legge che presuppongono l'adozione del decreto. Ad esempio al giudice non è “consentita alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno o ne abbia negato il rinnovo”.¹¹³ L'obbligatorietà dell'adozione del decreto di espulsione è stata bilanciata, soltanto

¹⁰⁹ Articolo 19, comma 1: In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

¹¹⁰ Articolo 19, comma 2: Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado (2) o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

¹¹¹ Corte Cost., Ordinanza n.146/2002.

¹¹² B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, p.438.

¹¹³ Cass. Civ., S.U., Sentenza del 16 ottobre 2006, n. 22218. Si tratta di un esempio relativo al presupposto di cui alla lett. b) dell'articolo 13, comma 2.

relativamente ai casi di ricongiungimento familiare, dal D. lgs. 5/2007, che ha imposto al prefetto di temperare le ragioni dell'espulsione con una valutazione di: natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato; durata del soggiorno nel territorio dello stato; esistenza di legami familiari, culturali o sociali col Paese d'origine.¹¹⁴

Per quanto riguarda le modalità di espulsione, secondo la formulazione originaria della disciplina delle espulsioni, quale delineata dalla legge n. 40 del 1998, i decreti espulsivi sono immediatamente esecutivi e viene cercato un bilanciamento tra lo strumento dell'espulsione coattiva con accompagnamento alla frontiera e quello della concessione di un termine entro il quale lasciare il paese. Tale assetto normativo verrà modificato negli anni successivi per rendere l'espulsione coattiva la regola generale, sistema che verrà modificato nel 2011, quando, con l'adozione del D.L. 23 giugno 2011, n. 89, che introduce nel T.U.I. le previsioni della Direttiva Rimpatri, il Testo Unico subirà corposi adeguamenti alla disciplina europea. Fino al 2002 il sistema italiano si è concentrato sull'allontanamento alla frontiera (come modalità privilegiata di espulsione) nei casi in cui: a) lo straniero sia espulso per ordine del Ministro dell'interno per motivi di sicurezza o ordine pubblico; b) quando si sia "indebitamente trattenuto nel territorio dello Stato oltre il termine fissato con l'intimazione"; c) nei casi di espulsione basati sulla lettera c) del comma 2; d) quando "il prefetto rilevi, sulla base di circostanze obiettive, il concreto pericolo che lo straniero si sottragga all'esecuzione del provvedimento". Tale ultima fattispecie si è dimostrata particolarmente elastica, agevolando così una diffusa applicazione dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, nonostante per previsione di legge, "in tutti gli altri casi, l'espulsione contiene l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni".¹¹⁵ L'espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera si applica poi anche nei casi in cui sia stato violato un divieto di reingresso.¹¹⁶

L'articolo 14 completa la disciplina riguardante la modalità di esecuzione delle espulsioni, prevedendo che nei casi in cui non sia possibile eseguire immediatamente l'accompagnamento alla frontiera – perché occorre operare accertamenti supplementari

¹¹⁴ Articolo 13, comma 2-*bis*.

¹¹⁵ Articolo 13, comma 6, successivamente abrogato dalla L. 30 luglio 2002, n.189.

¹¹⁶ Articolo 13, comma 13.

in ordine all'identità dello straniero o alla sua nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo¹¹⁷ – il questore possa ordinare che il soggetto sia trattenuto in un centro di permanenza temporanea.¹¹⁸ Il trattenimento deve essere convalidato dal giudice, entro 48 ore dalla privazione di libertà del soggetto: in mancanza di convalida, il provvedimento cessa di avere ogni effetto. Nelle previsioni iniziali dell'articolo 14, la detenzione non poteva avere durata maggiore di 20 giorni, prorogabili di ulteriori 10. Lo stesso articolo impone che “lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità”.

Le regole dettate per le espulsioni di natura amministrativa si applicano anche a quelle giudiziali: la “Turco-Napolitano” stabilì che l'espulsione poteva altresì essere ordinata dal giudice nel corso di un procedimento penale come misura di sicurezza, per la commissione dei reati di cui agli articoli 380 e 381 c.p.p. e in seguito alla valutazione della pericolosità sociale del soggetto;¹¹⁹ inoltre, nel pronunciare un provvedimento di condanna, il giudice poteva sostituire la pena detentiva entro il limite di due anni con la misura dell'espulsione. In caso di espulsioni di natura giudiziale non era prevista una fattispecie di reato per i casi di violazione di divieto di reingresso.

2.4.2 Un bilancio della disciplina introdotta dalla l. 40/1998

In conclusione, si può osservare che la disciplina delle espulsioni delineata dalla legge n. 40/1998 presenta l'allontanamento dal territorio come strumento principale per affrontare la presenza irregolare dei migranti sul territorio italiano e per il loro allontanamento. Al tempo stesso, le previsioni normative rivelano un tentativo di prestare attenzione alla tutela dei diritti delle persone coinvolte; l'accompagnamento coattivo, nonostante la sua estesa applicazione nella pratica, è indicato come misura applicabile solo in talune circostanze; il tempo di trattenimento all'interno dei centri di detenzione amministrativa è inferiore a quello di numerosi paesi membri dell'Unione Europea, la durata del divieto di reingresso relativamente contenuta; le previsioni penali in materia di espulsione si limitano alla previsione della natura penalmente sanzionabile della violazione di un

¹¹⁷ Così era l'articolo 14 come formulato dalla legge 40/1998.

¹¹⁸ Questo inizialmente il nome dei centri di detenzione amministrativa; verranno poi denominati CIE (Centri di identificazione e di espulsione) con la L.30 luglio 2002, n.189.

¹¹⁹ Articolo 15 T.U.I.

divieto di reingresso. All'interno della disciplina del T.U.I. sulle espulsioni e riguardanti l'irregolarità dell'immigrato, infatti, il reato di reingresso senza autorizzazione da parte dello straniero espulso è l'unico reato disciplinato in ambito migratorio, in cui lo straniero sia soggetto attivo del reato, almeno fino al 2002. Il reato previsto dall'articolo 13, comma 13 è un reato proprio, il cui autore può essere solo uno straniero colpito da un provvedimento di espulsione;¹²⁰ la condotta del reato consiste nell'ingresso nel territorio dello Stato, senza aver ricevuto "una speciale autorizzazione del Ministero dell'Interno", dopo essere stato espulso una prima volta.¹²¹ La natura giuridica della condotta è discussa in dottrina: vi sono tesi sia nel senso della natura istantanea che in quello della natura permanente del reato. Alcuni degli autori che affermano la natura permanente della condotta, la ricollegano ad una delle finalità del reato, cioè l'impedire non solo il reingresso, ma anche "la permanenza illecita nel territorio, sicché il bene giuridico tutelato è quello di impedire l'illegale permanenza e dunque la continuità della condotta antiggiuridica volontariamente protratta nel tempo".¹²² Per altro, oggetto giuridico del reato deve essere considerato in primo luogo la tutela dell'ordine pubblico, ed in particolare quel "peculiare aspetto di ordine pubblico connesso al presidio delle frontiere ed alla ordinata regolamentazione del flusso migratorio".¹²³ Il reato di reingresso rappresenta quindi un esempio del caso in cui il legislatore – ed ancora prima gli organi politici – scelgono di affrontare lo strumento del controllo dell'immigrazione attraverso l'impiego del diritto penale. Esempio che, tuttavia, se paragonato all'evoluzione legislativa in materia, illustrata nei paragrafi successivi, e alla misura ridotta della pena, appare isolato e non ancora sintomatico dell'incremento vertiginoso di misure di criminalizzazione dei migranti. La pena prevista dal comma 13 dell'articolo 13 è infatti quella dell'arresto da 2 a 6 settimane: il reato di reingresso è previsto inizialmente solo come contravvenzione; infine, il reato è configurabile solo in caso di reingresso entro i cinque anni dall'espulsione, dal momento che il divieto copre solo quel periodo di tempo.

¹²⁰ Il testo dell'articolo parla di "straniero espulso".

¹²¹ La dottrina ha per altro evidenziato che il reato sussiste soltanto qualora l'ordine di espulsione sia legittimo e valido. L. Degl'Innocenti (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2013, p. 164.

¹²² Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 18 febbraio 2004, n. 17878. Della stessa opinione anche G. Savio, Commentario al T.U.I., 2014. Di avviso inverso è Degl'Innocenti, secondo il quale "sembra preferibile la diversa opinione che afferma la natura istantanea del reato. [...] La conferma proviene dal dato letterale, ed ossia dal concetto di rientrare che comporta l'esaurimento della condotta nel momento di attraversamento della frontiera". Degl'Innocenti, 2013, p.173.

¹²³ L. Degl'Innocenti, 2013, p. 172.

2.5 Il ricorso al diritto penale nel procedimento di espulsione: le modifiche introdotte dalla legge cd. “Bossi-Fini”

L’assetto così delineato dalla legge del 1998 ha subito importanti modifiche nel corso degli anni successivi, modifiche che si sono concentrate sul rafforzamento delle previsioni più restrittive e sull’introduzione di misure più severe nel trattamento dei migranti irregolari e nell’utilizzo del diritto penale in materia. La prima ondata di emendamenti si è avuta con la legge 30 luglio 2002, n. 189 (cd. “Bossi-Fini”). Tale legge fu adottata con l’esplicito intento di “contrastare in modo più efficace l’immigrazione clandestina”¹²⁴ e modifica numerose previsioni del T.U.I., sia in materia di ingresso e di soggiorno, che di ricongiungimento familiare e asilo.¹²⁵ L’ambito però maggiormente interessato dalla nuova legge è quello delle espulsioni e delle previsioni penali in materia di irregolarità dello status del migrante. La legge è espressione del Governo nato dalle elezioni politiche del maggio 2001, che ha visto la vittoria della coalizione di centro destra composta da Forza Italia, Alleanza Nazionale e dalla Lega Nord. La “Bossi-Fini” è stata adottata, inoltre, al culmine di un processo di politicizzazione dei discorsi sull’immigrazione – condotti soprattutto dal partito della Lega Nord – caratterizzati dalla stigmatizzazione dei migranti come “clandestini”¹²⁶ e dalla raffigurazione dei flussi migratori come “un pericolo di una vera invasione dell’Europa da parte dei popoli che sono alla fame”.¹²⁷ La legge 189 del 2002 si è posta per l’appunto l’obiettivo di fermare tale invasione, identificando nei “clandestini” la maggiore minaccia per una efficace gestione delle politiche migratorie e quindi concentrando le misure restrittive sull’espulsione degli stessi. Il processo di stigmatizzazione del migrante davanti agli occhi dell’opinione pubblica è poi stato amplificato e rafforzato dai media, i quali hanno inizialmente consolidato l’attenzione dei cittadini per il “problema immigrazione”,

¹²⁴ Così si evince dalla relazione introduttiva al disegno di legge n. 795 recante modificazioni alle norme in materia di immigrazione e asilo.

¹²⁵ European Migration Network, *Practical Responses to Irregular Migration: the Italian case*, Rome, 2012.

¹²⁶ Termine non più soltanto utilizzato per indicare lo straniero che risiede irregolarmente nel territorio dello Stato sottraendosi e nascondendosi ai controlli delle autorità pubbliche, ma adottato quale categoria generale. “I media parlano ossessivamente dell’invasione di ‘clandestini’, decreti e leggi si propongono di reprimere l’immigrazione ‘clandestina’, demografi e istituti di ricerca cercano di quantificare i ‘clandestini illegali’. Nella realtà la definizione di immigrato ‘illegale’ si dovrebbe applicare solo a quelle poche migliaia di stranieri che tentano di attraversare i confini (...). L’ossessione per l’invasione di ‘clandestini’ non ha altro fondamento che la rappresentanza più o meno distorta dell’immigrazione.” A. Dal Lago, *Non persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 48.

¹²⁷ Ancora nelle relazione introduttiva al disegno di legge.

attraverso la raffigurazione di alcune categorie di migranti come soggetti attivi di azioni violente o negative: azioni rigorosamente riportate nella sezione “cronache” delle testate giornalistiche e presentate come minaccia alla sicurezza dei cittadini, senza che vi fosse invece un dibattito di più ampio respiro sul tema dell’immigrazione.¹²⁸ Tale raffigurazione da parte dei media ha alimentato un ciclo di sospetto che ha sempre più assunto le caratteristiche di *moral panic*¹²⁹: secondo Maneri, che ha condotto uno studio sul rapporto tra dimensione mediatica e criminalizzazione, (the moral panic) “leads to the criminalisation of foreigners, from investigative activity and police controls in the local area to the introduction of administrative decrees and special legislation”. Maneri, come altri,¹³⁰ ha sottolineato l’impatto che le forme di criminalizzazione di natura “discorsiva”¹³¹ hanno avuto sull’adozione di modifiche normative in ambito di controllo dell’immigrazione irregolare, a partire da quelle del 2002 e poi negli interventi successivi.

Per quanto riguarda la Bossi-Fini del 2002, le principali modifiche nel settore dell’immigrazione irregolare, che ha ad oggetto il comportamento del migrante,¹³² hanno riguardato la modifica degli artt. 13 e 14 T.U.I. prevedendo misure più severe per “rendere effettive le espulsioni”: i relatori della legge ritennero infatti che l’effettività dell’espulsione dipendesse in primo luogo dalla coattività della sua esecuzione.¹³³ L’emendamento degli articoli in questione ha anche comportato l’introduzione di nuovi

¹²⁸ M. Maneri, “Media Discourse on Immigration: Control Practices and the Language we Live”, in S. Palidda, *Racial Criminalisation of Migration in the 21st Century*, Ashgate, 2011, p.79.

¹²⁹ “A moral panic may be defined as an episode, often triggered by alarming media stories and reinforced by reactive laws and public policy, of exaggerated or misdirected public concern, anxiety, fear, or anger over a perceived threat to social order.”. C. Krinsky (a cura di), *The Ashgate Research Companion to Moral Panics*, Ashgate, 2013, *Introduction*.

¹³⁰ A. Dal Lago (2002), D. Melossi (2008), V. Ferraris (2012), S. Palidda (2013).

¹³¹ Si fa riferimento alla “discorsive dimension of criminalisation” come categorizzata da Parkin. Si veda il paragrafo 2.1.

¹³² La legge 189/2002, infatti, ha anche aumentato le pene detentive previste per il favoreggiamento dell’immigrazione illegale, di cui all’articolo 12 d.lgs. 286/1998.

¹³³ “Il sistema di espulsione dello straniero irregolarmente entrato o soggiornante viene rivisto totalmente dal nuovo progetto legislativo. In sostituzione delle attuali norme relative alle modalità esecutive del provvedimento di espulsione, che prevedono come regola generale la preventiva intimazione a lasciare il territorio dello Stato, la nuova disciplina prevede che l’espulsione sia sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, mediante decreto motivato immediatamente esecutivo. L’espulsione disposta con intimazione a lasciare il territorio entro il termine di 15 giorni, rilavatasi, per il costante inadempimento, non idonea a conseguire l’effettivo allontanamento, nel nuovo disegno di legge è disposta solo nei confronti dello straniero trattenutosi nel territorio dello Stato con il permesso di soggiorno scaduto da più di 60 giorni senza averne richiesto il rinnovo. Viene comunque previsto che il questore possa disporre, anche in questo caso, l’accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest’ultimo si sottragga all’esecuzione del provvedimento.” Relazione introduttiva al disegno di legge n. 795 recante modificazioni alle norme in materia di immigrazione e asilo.

reati, con riferimento alla permanenza sul territorio in violazione dell'ordine di espulsione e con riferimento al reato di ingresso in violazione del divieto di reingresso. Di seguito verranno brevemente delineate le principali innovazioni apportate.

2.5.1 Le novità in materia di espulsione coattiva e l'introduzione del reato di inottemperanza all'ordine del questore

In materia di espulsione, è stato ribaltato il principio secondo cui l'espulsione coattiva rappresentava l'eccezione, da applicarsi solo in alcuni casi specifici: i commi 4 e 5 dell'articolo 13 (contenente l'intimazione a lasciare il territorio entro 15 giorni e l'espulsione coattiva) vengono modificati e si prevede che "L'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al comma 5";¹³⁴ le eccezioni sono limitate allo straniero che si trattiene nel territorio dello Stato oltre i sessanta giorni a seguito della scadenza del permesso di soggiorno. Anche in questo caso però "Il questore dispone l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento".¹³⁵ Il ribaltamento del rapporto tra espulsione volontaria e espulsione coattiva era funzionale, nell'ottica del legislatore, "ad evitare il grave difetto della disciplina previgente, dato che la maggior parte degli intimati in realtà non ottempera all'ordine di lasciare il territorio nazionale". L'introduzione di tale nuova disciplina, tuttavia, non ha avuto l'effetto sperato nel senso dell'ottimizzazione del numero di espulsioni, dal momento che le risorse a disposizione della questura per realizzare l'accompagnamento coattivo non erano sufficienti a mettere in atto la previsione normativa. La conseguenza della previsione di via generale della misura dell'espulsione coattiva, unita alle carenze ed inefficienze degli operatori statali incaricati di applicarla, hanno portato all'aumento indiscriminato della detenzione dell'interno dei centri di detenzione amministrativa. Infatti, come già previsto dalla l.40/1998, qualora non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione tramite accompagnamento alla frontiera, il questore può disporre la detenzione dello straniero. La "Bossi-Fini" ha inoltre emendato l'articolo 14, comma 5, per allungare il periodo di

¹³⁴ Articolo 12, comma 1, lett. c, L. 189/2002.

¹³⁵ Articolo 12, comma 1, L. 189/2002.

detenzione, estendendolo fino ad un mese e prevedendo la possibilità di proroga per altri 30 giorni.

All'articolo 14 vengono poi aggiunti i commi *5-bis*, *5-ter*, *5-quater*, *5-quinquies*.¹³⁶ Il primo di questi introduce l'ordine di allontanamento del questore: il provvedimento che deve essere adottato dal questore è un ordine per lo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro 5 giorni;¹³⁷ in caso di mancato rispetto di tale ordine, lo straniero diventa sanzionabile in via penale. L'ordine di allontanamento del questore è emesso nei casi in cui, nonostante la volontà di eseguire un'espulsione in via coattiva, l'amministrazione non sia in grado di darvi esecuzione. In particolare, questo è emesso quando non sia possibile il trattenimento all'interno dei centri di permanenza temporanea, o in caso di decorrenza dei termini per il trattenimento senza che sia stata effettuata l'espulsione. La scelta compiuta dal legislatore del 2002 è quella di "ordinare allo straniero di auto espellersi, cioè di dare lui stesso attuazione al provvedimento amministrativo che, per legge, dovrebbe essere attuato con accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica".¹³⁸ Se lo straniero non si attiene all'ordine emanato, le conseguenze assumono natura penale. Vengono quindi introdotti nel testo unico previsioni penali incriminatrici per sanzionare il mancato allontanamento e la permanenza illecita sul territorio nazionale; tali previsioni comportano per la prima volta, salvo l'eccezionale previsione di cui all'articolo 13, comma 13, la criminalizzazione della presenza irregolare dello straniero. Se nell'impianto della legge "Turco-Napolitano" il ricorso al diritto penale in maniera generale era limitato ai comportamenti di favoreggiamento e sfruttamento dell'immigrazione, si giunge qui a rendere "illegale" un atto (ma anche, come sostenuto da parte della dottrina, uno status) dello straniero stesso. Tali reati, "punendo la mancata cooperazione dello straniero alla procedura amministrativa di espulsione, configurano in definitiva un intervento incidentale del diritto e del processo penale quale strumento di enforcement della procedura amministrativa medesima".¹³⁹

¹³⁶ Oltre a tale modifica vengono anche prolungati i termini di detenzione amministrativa: i nuovi termini 30 giorni, prorogabili di altri 30. Articolo 13, comma 1, lett. a).

¹³⁷ "Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, ovvero siano trascorsi i termini di permanenza senza aver eseguito l'espulsione o il respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze penali della sua trasgressione". Articolo 13, comma 1, lett. b) della L. 189/2002.

¹³⁸ G. Savio, Commentario al T.U.I. 2014.

¹³⁹ F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", Vol. 3, 2010, p. 29.

L'analisi dei reati di cui ai commi 5-ter e 5-quater rivela l'intenzione di punire rispettivamente la violazione dell'ordine di allontanamento del questore e l'illecito trattenimento successivo nel territorio dello Stato. Si tratta, in entrambi i casi, di reati a condotta omissiva, consistente: a) nel mancato rispetto dell'ordine imposto dall'autorità (in questo senso è in rapporto di specialità con l'articolo 650 cp.); b) nel mancato allontanamento dal territorio. Il reato si perfeziona, essendo di natura omissiva, con lo scadere del termine dei cinque giorni concessi dal Questore per l'allontanamento. Il bene giuridico protetto è, da un lato, come per l'articolo 650 cp., la tutela dell'ordine pubblico; dall'altro lato, il diritto penale è stato qui introdotto anche in funzione di tutela del bene – strumentale – della efficiente gestione dei flussi migratori. A completamento della disciplina del reato in questione, nonostante tale previsioni fosse contenuta inizialmente solo nel comma 5-ter, è opportuno ricordare che il reato non è perseguibile in caso di “giustificato motivo”. Vige, cioè, il principio, valido per tutti i reati omissivi propri, secondo cui *ad impossibilia nemo tenetur*. Come ricordato dalla Corte Costituzionale in una fondamentale sentenza in merito, il “giustificato motivo” serve da “valvola di sicurezza del sistema penale”, in quanto vuole evitare che “che la sanzione penale scatti allorché - anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione - l'osservanza del precetto appaia concretamente inesigibile in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori”.¹⁴⁰ Per quanto riguarda l'apparato sanzionatorio del reato in esame, questo viene qualificato come contravvenzione. In caso di mancato rispetto dell'ordine del questore, infatti, lo straniero deve essere punito con l'arresto e, in seguito, deve procedersi a nuova espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera; in casi di mancato allontanamento in conseguenza di tale seconda espulsione, si configura il reato di illecito trattenimento. La minaccia di una misura di carattere penale dovrebbe così indurre il soggetto interessato ad adempiere all'ordine del questore: si è cercato di “affidare al diritto penale ed in particolare alla presunta efficacia dissuasiva di pene dall'evidente sapore draconiano il compito di rafforzare l'effettività del meccanismo espulsivo”.¹⁴¹ Le pene in questione

¹⁴⁰ Corte Cost., Sentenza n. 5/2004, 18 dicembre 2003-14 gennaio 2004.

¹⁴¹ F. Viganò, L. Maserà, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in “Cassazione Penale”, 2010, pp. 1710-1720.

sono quelle dell'arresto da sei mesi ad un anno, nel caso di cui al comma 5-ter; quella della reclusione da uno a quattro anni, per il reato del comma 5-quater. Per entrambi i reati è obbligatorio l'arresto e si procede in via direttissima.

Tale disciplina è stata poi modificata per effetto della sentenza della Corte Costituzionale, n. 223 del 2004. La Corte ha ritenuto illegittima la previsione dell'arresto obbligatorio, di cui al comma 5-quinquies, dello straniero che abbia commesso il reato di inottemperanza all'ordine del questore: si prevedeva infatti l'arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale, sanzionato con pena detentiva "di gran lunga inferiore a quella per cui il codice ammette la possibilità di disporre misure coercitive". Secondo la Corte, "la misura 'precautelare' prevista dall'art. 14, comma 5-quinquies ... non essendo finalizzata all'adozione di alcun provvedimento coercitivo, si risolve in una limitazione 'provvisoria' della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale ed è quindi, sotto questo aspetto, manifestamente irragionevole".¹⁴² Il richiamo della Corte Costituzionale al rispetto dei diritti fondamentali, in particolare con riferimento all'articolo 13 della Costituzione,¹⁴³ non sembra essere stato colto dal governo che, al fine dei reintrodurre l'arresto obbligatorio, ha nuovamente modificato i commi 5-quater e 5-quinquies dell'articolo 14.¹⁴⁴ Il d.l. 241 del 2004, infatti, ha ri-configurato il reato per l'inottemperanza all'ordine del questore, qualificandolo non più come contravvenzione ma come delitto, punito con la pena detentiva da uno a quattro anni. Il principio di coerenza dell'ordinamento, dichiarato illegittimo dalla Consulta, è stato salvato a scapito dell'ulteriore inasprimento delle pene, considerabile "di dubbia legittimità, perché irragionevole e sproporzionato rispetto agli interessi coinvolti e all'offesa a essi

¹⁴² La Corte aggiunge che "l'arresto disciplinato dalla norma censurata è privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, è una misura fine a se stessa, che non potrà mai trasformarsi nella custodia cautelare in carcere, né in qualsiasi altra misura coercitiva, e non trova alcuna copertura costituzionale".

¹⁴³ Contenuto nella sentenza n.223 e nella precedente n.222, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-bis, del d.lgs. 286/1998, introdotto dall'art. 2 del d.l. 51/2002, nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa. Per una analisi delle sentenze si veda A. Rauti, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2004, forumcostituzionale.it; G. Bascherini, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, da costituzionalismo.it.

¹⁴⁴ La modifica è stata operata dal Decreto Legge 241/2004, convertito nella Legge 12 novembre 2004, n. 271. Sul rapporto tra la pronuncia della Corte e la scelta di introdurre le misure di cui al decreto legge, si veda A. Caputo, *Giurisprudenza costituzionale e immigrazione illegale*, Cassazione penale, Vol. 53, fasc.1., 2013, pp. 400-432.

arrecata”.¹⁴⁵ Tuttavia, la Corte Costituzionale riterrà infondate le successive questioni di legittimità, con la conseguenza che le norme dettate dalla L.189/2002, come modificate poi dal d.l. 241/2004 resteranno in vigore fino al D.L. di adeguamento alla Direttiva Rimpatri nel 2011.

2.5.2 L'estensione della portata del reato di violazione del divieto di reingresso

Rispetto al reato di reingresso a seguito di espulsione, già previsto dall'articolo 13, comma 13 come delineato dalla L. 40/1998, la “Bossi-Fini” modifica la durata del divieto, che viene estesa da cinque anni a dieci.¹⁴⁶ Viene modificata anche l'entità della pena: consiste sempre nell'arresto, ma in questo caso da sei mesi fino ad un anno. Tale pena verrà modificata nel 2004, con il d.l. 241, che introdurrà al posto dell'arresto la pena della reclusione da uno a quattro anni.

Infine, si introduce il comma 13-*bis*, il quale prevede due nuove fattispecie di reato. La prima riguarda la trasgressione del divieto di reingresso in caso di espulsione disposta dal giudice: il reato previsto dalla “Turco-Napolitano” viene qui esteso alle ipotesi in cui l'espulsione sia ordinata dal giudice. Questo avviene, secondo quanto novellato dalla stessa legge 189 del 2002, in tre ipotesi:

- a. *Espulsione come misura di sicurezza* (articolo 15 T.U.I.): tale misura è applicabile in caso di applicabilità delle misure di arresto facoltativo od obbligatorio e si applica anche agli stranieri regolarmente soggiornanti, ove sia riscontrata la loro pericolosità sociale.
- b. *Espulsione come misura sostitutiva alla detenzione* (articolo 16 T.U.I.). Tale misura si applica quando l'espulsione si fonda su uno dei presupposti di cui all'articolo 13, c.2. Nel momento in cui pronuncia una sentenza di condanna o di applicazione della pena per un reato non colposo, il giudice può decidere di sostituire alla pena detentiva l'espulsione. Ulteriore condizione per l'applicazione della misura espulsiva è che la pena detentiva sia entro il limite di due anni. È poi il questore a dare esecuzione alla misura inflitta, con la modalità dell'accompagnamento coattivo alla frontiera. Si noti

¹⁴⁵ R. Cherchi, *Il diritto dell'immigrazione e la sicurezza: profili costituzionali dei reati propri dello straniero*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2012, forumcostituzionale.it.

¹⁴⁶ Articolo 12, comma 1, lett. h) della Legge 189/2002.

che l'espulsione può essere eseguita anche quando la sentenza non sia ancora passata in giudicato.

- c. *Espulsione come misura alternativa alla detenzione* (articolo 16 T.U.I.). Tale misura è applicabile allo straniero detenuto in espiazione di una pena detentiva. Ricorrono poi i presupposti dettati per la fattispecie dell'espulsione sostitutiva alla detenzione: il condannato si deve trovare in una delle condizioni previste dall'articolo 13, c.2 e la pena della reclusione non può essere superiore nel massimo a due anni (indipendentemente dall'entità della pena concretamente irrogata). In questo caso l'espulsione è disposta dal magistrato di sorveglianza e l'esecuzione del decreto è sospesa fino allo scadere dei termini per l'impugnazione; questa viene poi adempiuta dal questore.¹⁴⁷ Sia l'espulsione come misura sostitutiva che quella come misura alternativa, infine, sono state sottoposte al vaglio della Corte Costituzionale per contrasto con l'articolo 27 in relazione alla natura rieducativa della pena: in entrambi i casi, però, la Corte ha sancito l'infondatezza delle questioni, dal momento che l'espulsione è una misura tipicamente amministrativa e quindi non è valutabile rispetto ai parametri che l'articolo 27 Cost. riserva alla pena.¹⁴⁸

Riassumendo, in tutti e tre i casi sopra analizzati, cioè qualora il giudice ordini l'espulsione in applicazione degli artt. 15 e 16 T.U.I. e successivamente lo straniero ritorni nel territorio dello Stato senza osservare il divieto di reingresso (della durata di 10 anni), si configura il nuovo reato introdotto dalla "Bossi-Fini". La pena prevista è quella della reclusione da uno a quattro anni: come per il reato di cui all'articolo 13, comma 13, la sanzione è stata giudicata "eccessiva rispetto all'effettivo disvalore che la condotta esprime: (...) traspaiono, non troppo dissimulate, le ragioni di un simbolismo punitivo, a cui concorrono anche gli strumenti processuali".¹⁴⁹

L'ultima fattispecie di reato introdotta nel 2002, sempre all'articolo 13, comma 13-bis, riguarda il caso di reiterazione della violazione di un divieto di reingresso: qualora cioè lo straniero sia stato denunciato per il reato di cui all'articolo 13, comma 13 e successivamente espulso, se ritorna nel territorio italiano è condannato alla pena della reclusione da uno a quattro anni. Per quanto riguarda la condotta del reato, possono

¹⁴⁷ Tale ultimo istituto è definito come sospensione condizionata della pena, nel senso che l'esecuzione della pena è sospesa a condizione che il condannato non rientri in Italia per i successivi 10 anni.

¹⁴⁸ Ordinanza n.369/1999 e n.226/2004.

¹⁴⁹ L. Degl'Innocenti, 2013, p. 193.

ripetersi le considerazioni effettuate a proposito dell'articolo 13, comma 13: vi sono opinioni discordanti in dottrina sulla natura di reato permanente o istantaneo di tale fattispecie.

2.5.3 L'impatto della legge n.189/2002

La legge 189 del 2002 rappresenta un punto di svolta nel diritto dell'immigrazione per due motivi: chiude il ciclo dei provvedimenti organici di modifica del T.U.I e, al tempo stesso, “segna l'inizio delle sanzioni penali applicate alla condizione di irregolarità”.¹⁵⁰ A partire da quel momento infatti, “l'utilizzo dello strumento penale a sanzione della condizione di soggiorno illegale sul territorio diventerà una delle chiavi di volta del sistema”.¹⁵¹ Il mutamento del ruolo assunto dal diritto penale con la legge Bossi Fini ben rappresenta il processo di criminalizzazione studiato in dottrina: nonostante non si sia ancora giunti alla criminalizzazione dello status del migrante irregolare, diffuse sono le occasioni in cui il diritto penale viene utilizzato, al posto di quello amministrativo, per esigenze di controllo dei fenomeni migratori.¹⁵² Caso esemplare, è l'introduzione del reato di cui all'articolo 14 commi 5-ter e 5-quater, nei quali si punisce la permanenza dello stranieri che resta sul territorio italiano nei casi in cui le forze di polizia non siano riuscite ad allontanarlo. Al tempo stesso, però, il diritto penale resta subordinato all'obiettivo dell'espulsione, fatto che ostacola l'applicazione di alcune garanzie proprie del diritto penale stesso.¹⁵³ Inoltre il diritto amministrativo, non porta con se le garanzie per i diritti fondamentali implicite nella materia penale, in particolare con riferimento alla libertà personale e alla garanzie processuali.¹⁵⁴ Come evidenziato da Caputo, “anche con

¹⁵⁰ V. Ferraris, *Immigrazione e Criminalità*, Carocci, 2012, p. 18.

¹⁵¹ V. Ferraris, 2012, p. 20.

¹⁵² “Ma con la legge Bossi-Fini mutava anche il ruolo del diritto penale nella complessiva disciplina dell'immigrazione, un ruolo che acquistava una dimensione centrale soprattutto attraverso l'introduzione della contravvenzione di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore e la costruzione di un meccanismo penal-amministrativo incentrato sul passaggio dall'espulsione all'ordine di allontanamento del questore, dall'incriminazione della sua inottemperanza all'arresto, dal giudizio direttissimo, nuovamente, all'espulsione.” A. Caputo, 2013, p. 410.

¹⁵³ Un esempio in questa direzione è rappresentato dall'introduzione, attraverso l'articolo 13, comma 3, di una forma di silenzio-assenso, inedita per il diritto penale, attraverso la quale il nulla osta – che si intende concesso se l'autorità giudiziaria non provvede entro 15 giorni – viene privato di ogni effettività.

¹⁵⁴ Si veda la posizione della Corte nell'ordinanza n. 369 del 1999. La Consulta dichiarò manifestamente infondate le richieste di incostituzionalità della disciplina sull'espulsione sostitutiva della pena detentiva, sulla base del rilievo che le censure muovevano da “un presupposto interpretativo erroneo, in quanto l'espulsione prevista dalla norma in discussione, pur se disposta dal giudice in sostituzione di una pena detentiva, non si può configurare come una sanzione criminale, ma come una misura amministrativa per i

riferimento agli istituti processual-penalistici collegati all'allontanamento dello straniero irregolare si registrano tensioni, sul piano della tenuta delle garanzie costituzionali, ricollegabili all'indiscussa centralità che, nella normativa sull'immigrazione, riveste l'effettività dell'allontanamento stesso, centralità nitidamente riflessa nelle consistenti linee di frattura, rispetto al modello processuale ordinario, che si rilevano nella complessa disciplina del rapporto tra procedimento penale ed espulsione amministrativa: la ricerca dell'effettività dei provvedimenti di allontanamento, infatti, assume la valenza di elemento unificante di molteplici tratti di specialità del processo penale dello straniero "irregolare", specialità che, in particolare, si traduce nel ruolo dell'autorità amministrativa (e, segnatamente, dell'autorità di polizia), che - valutato sulla base dei canoni del "giusto processo" - assume una dimensione di anomalo protagonismo.¹⁵⁵ Se da un lato aumentano le previsioni penali in materia, dall'altro quindi non si assiste ad una maggiore tutela garantista per i soggetti coinvolti. Ancora da Caputo viene rilevato come l'intersezione tra diritto penale e diritto amministrativo presenti profili di tensione per il rispetto dell'articolo 13 Cost., anche con riferimento alla misura della detenzione amministrativa,¹⁵⁶ tensione che assume una rilevanza ancora maggiore se tenuto conto dell'allungamento dei termini entro cui la detenzione è lecita, operato dalla legge del 2002 e che verrà ulteriormente allungato nel 2009; inoltre, a dispetto della natura tecnicamente né penale né penitenziaria in senso stretto, il regime che caratterizza tale *status detentionis* appare, sotto molteplici profili, addirittura più rigido rispetto a quello della detenzione in carcere.¹⁵⁷

caratteri che assume". Con l'interpretazione offertane dalla Corte, l'espulsione quale sanzione sostitutiva - anche e soprattutto nella variante prevista poi, con la legislazione del 2009, per la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale - si è definitivamente allontanata dal paradigma delle sanzioni sostitutive così come conosciute dal nostro ordinamento, conservando di esse non la natura di vere e proprie pene, né la ratio finalizzata a privilegiare ragioni di tipo specialpreventivo, ma esclusivamente il nomen iuris. [...] "Le due figure di espulsione (espulsione come misura sostitutiva alla detenzione e espulsione come misura alternativa alla pena detentiva) delineate dall'art. 16 t.u. segnalano, da un ulteriore punto di vista, il continuum penal-amministrativo cui si è fatto cenno: disposte dal giudice penale (nel corso o all'esito del giudizio penale) e accomunate da una finalità di riduzione dell'entità della popolazione carceraria, le due tipologie di espulsione perdono quella natura penalistica a suo tempo assegnata all'espulsione "a richiesta"; e la natura amministrativa che il giudice delle leggi le ha riconosciuto, ne consente l'emancipazione da quei principi costituzionali che la sentenza n. 62 del 1994 aveva ritenuto preservati solo in virtù della "subordinazione del rilascio del provvedimento di espulsione previsto dalla norma impugnata alla richiesta dell'interessato". A. Caputo, 2013, p. 414.

¹⁵⁵ A. Caputo, 2013, p. 415.

¹⁵⁶ Il dubbio di costituzionalità emerge in riferimento ai commi 2 e 3. Per una ricostruzione delle motivazioni al riguardo si veda D. Perugia, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, 16 maggio 2013, penalecontemporaneo.it

¹⁵⁷ D. Perugia, 2013, penalecontemporaneo.it. L'impatto che della misura di detenzione amministrativa sia sui diritti dei migranti, che nel processo della loro criminalizzazione è stato documentato, per restare in

2.6 Il consolidamento del processo di criminalizzazione: le innovazioni del “Pacchetto Sicurezza”

Nella seconda metà degli anni 2000 si assiste ad una nuova tappa nel senso della criminalizzazione dei migranti irregolari, avviata dalla “Bossi-Fini”. La retorica della “*emergenza sicurezza*”, emersa negli ultimi decenni e in particolare a partire dagli attentati terroristici negli Stati Uniti dell’11 settembre 2001, ha influenzato le politiche del diritto e l’adozione di misure legislative non solo negli USA ma pure in Europa e in Italia.¹⁵⁸ Alcuni aspetti delle politiche volte a garantire una maggiore sicurezza per i cittadini e ad aumentare il controllo sulla criminalità – sia nei confronti delle minacce esterne, in particolare del terrorismo, sia di quelle interne – hanno avuto un impatto anche sul diritto dell’immigrazione. Un esempio è il decreto cd. “Pisanu”, adottato nel luglio 2005, poco dopo gli attentati di Londra e ad un anno circa di distanza da quelli di Madrid del 2004,¹⁵⁹ che contiene misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale.¹⁶⁰ L’articolo 3 di tale decreto introduce l’espulsione degli stranieri per “motivi di prevenzione del terrorismo”: si autorizza il prefetto ad espellere lo straniero qualora ci siano “fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali”. Anche in questo caso, per altro, l’espulsione non può avvenire quando sia suscettibile di violare il principio di *non-refoulement*: la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo si è espressa chiaramente su questo punto, consolidando la natura assoluta e inderogabile dell’articolo 3, che vieta l’espulsione dell’individuo verso un paese in cui egli possa essere sottoposto a tortura e trattamenti disumani e degradanti.¹⁶¹ Ben più significative di quelle del decreto “Pisanu”, tuttavia, sono state le modifiche alla disciplina delle

ambito italiano, da E. ROMAN, A. OGADA-OSIR, M. VEGLIO, U. STEGE, *I am eighteen, why am I inside here? - A reflection upon the criminalisation of migrants under Italian administrative law*, in Juan M. Amaya-Castro, Bas Schotel, “Illegality Regimes: Mapping the Law of Irregular Migration”, *AmeriQuests*, Vol. 11, n.2, 2014.

¹⁵⁸ Per un’indagine sull’evoluzione del fenomeno si veda A. Caputo, *L’emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Questione giustizia*, Vol. 6, 2007, pp. 1098-1118.

¹⁵⁹ Gli attentati di Londra del 7 luglio 2005 si concretizzarono in alcune esplosioni ad opera di attentatori suicidi avvenute all’interno dei alcuni treni della metropolitana e in un autobus londinesi. Gli attacchi causarono 56 morti e circa 700 feriti. L’11 marzo 2004, invece, simili attentati terroristici avvenuti su alcuni treni regionali a Madrid causarono la morte di 191 persone.

¹⁶⁰ Decreto Legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito nella legge n.155 del 2005.

¹⁶¹ *Caso Saadi c. Italia*, ECHR, 37201/06. La Corte ribadisce che “Essendo il divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti assoluto, quali che siano i comportamenti delle persone coinvolte (Chahal precitata, § 79), il tipo di reato di cui è ritenuto responsabile il ricorrente è ininfluenza ai fini della valutazione di cui all’articolo 3”.

espulsioni introdotte dal Pacchetto Sicurezza: tale formula comprende sia il Decreto Legge 92/2008 che la Legge 94/2009.¹⁶² I due testi legislativi, adottati poco dopo le elezioni del 2008, che portano al governo ancora una volta la coalizione di centro destra guidata da Silvio Berlusconi e al Ministro dell'Interno Roberto Maroni, rappresentante della Lega Nord, contengono misure per la sicurezza pubblica e sanciscono la stretta connessione tra politiche migratorie e sicurezza.¹⁶³ Connessione che, nelle intenzioni dei redattori delle misure normative, è servita anche a giustificare la criminalizzazione dell'irregolarità dei migranti *per sé*. Le modifiche introdotte dal Pacchetto Sicurezza, infatti, rappresentano il momento estremo della criminalizzazione degli stranieri irregolari condotta in via normativa: per un verso il decreto legge introduce l'aggravante di clandestinità, secondo la quale il reato è aggravato per "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale".¹⁶⁴ Per altro verso, la legge n.94 del 2009 prevede un vero e proprio "reato di clandestinità", sul quale si tornerà successivamente. Tali previsioni, accolte con preoccupazione sia da esponenti delle istituzioni italiane che a livello sovranazionale,¹⁶⁵ si collocano nel processo già avviato di riduzione delle garanzie e stigmatizzazione dei migranti, in particolare di quelli irregolari, la cui condizione, di inferiorità anche giuridica, li rende sempre più prossimi a "non-persone".¹⁶⁶ Accanto alle disposizioni direttamente concernenti l'irregolarità del migrante, il Pacchetto Sicurezza ha anche ulteriormente rafforzato la disciplina sulle

¹⁶² Decreto Legge 23 maggio 2008, n.92, convertito nella Legge 125 del 2008; Legge 15 luglio 2009, n.94. Ad essi si aggiungono poi, negli stessi anni, il disegno di legge di adesione al Prum, che istituisce la banca dati nazionale del DNA; il decreto legislativo in materia di libera circolazione dei cittadini comunitari (n.30/2007); il decreto legislativo in materia di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato (n.159/2008); il decreto legislativo in materia di ricongiungimento familiare dei cittadini stranieri (n.160/2008).

¹⁶³ Nonostante il rapporto tra crescita del numero stranieri (regolari e irregolari) e aumento della criminalità non sia provato. Per un'indagine statistica si veda: S. Palidda, "The Italian Crime Deal", in S. Palidda, *Racial Criminalisation of Migrants in the 21st Century*, Ashgate, 2013, pp. 213-236.

¹⁶⁴ Modifica introdotta dall'articolo 1 del decreto 92/2008, che aggiunge così il comma 11-*bis* all'articolo 61 cp.

¹⁶⁵ Si veda sia la reazione del Presidente della Repubblica (<http://www.repubblica.it/2009/07/sezioni/politica/dl-sicurezza-8/lettera-napolitano/lettera-napolitano.html>) che la posizione del Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, a seguito della sua visita in Italia nel 2009 (CommDH 2009, 16).

¹⁶⁶ L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n.94/2009*, in "Diritto, immigrazione, cittadinanza", Vol. 4, 2009. Pepino, riprendendo da definizione utilizzata da Dal Lago già nel 1999, sottolinea il potere di conformazione della legge, al punto che "la considerazione giuridica del migrante irregolare come nemico e delinquente - propria della legge n.94, produce e rafforza, con inevitabile portata espansiva verso ogni migrante, pulsioni e comportamenti di diffidenza, di rifiuto, di ostilità".

espulsioni, accentuandone la severità: di seguito verranno riportate le modifiche maggiormente rilevanti.

2.6.1 Le modifiche in materia di espulsione e l'inasprimento della disciplina del reato di inottemperanza all'ordine del questore

Per quanto riguarda le modifiche operate dal decreto legislativo del 2008, oltre all'inserimento dell'aggravante di clandestinità – poi dichiarate incostituzionali dalla Consulta nel 2010¹⁶⁷ – si deve far riferimento alla rivisitazione delle fattispecie di cui agli articoli 235 e 321 c.p. in materia di espulsione da ordinarsi nel corso del procedimento penale. Il primo articolo prevede l'ordine di allontanamento dello straniero, che deve essere emesso dal giudice penale “ogni volta che (lo straniero) sia condannato alla reclusione per un tempo superiore a due anni”; a differenza della previsione del T.U.I., che pure si sovrappone in parte a quella del codice penale, qui si guarda all'effettiva misura della pena; inoltre tale espulsione può essere disposta anche nei confronti di cittadini comunitari. L'art. 321 si riferisce alla misura dell'allontanamento per i casi di “condanna a pena restrittiva della libertà personale” per i delitti previsti dal titolo I cp (delitti contro la personalità dello Stato). Per entrambi i casi, il d.l. del 2008 inserisce apposite previsioni incriminatrici, volte a punire il reato di reingresso nel territorio dello Stato con la reclusione da uno a quattro anni: tale modifica allinea i casi di espulsione ex artt. 235 e 312 a quelli di espulsione amministrativa e giudiziale previsti dal T.U.I.; al tempo stesso, per altro, deteriora significativamente il trattamento riservato al cittadino comunitario, equiparandolo a quello del cittadino di un paese terzo. L'articolo 9 del decreto legislativo, inoltre, modifica la precedente denominazione dei centri di detenzione amministrativa, rinominandoli “centri di identificazione e espulsione”.

Le più rilevanti tra le innovazioni apportate in materia di irregolarità sono tuttavia quelle della legge 94 del 2009. L'esecuzione dell'espulsione di cui all'articolo 14 T.U.I. è stata significativamente toccata dall'intervento del legislatore, sia in riferimento alla detenzione nei CIE, sia in materia di reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore. In relazione a quest'ultimo, deve essere fin da subito evidenziato che il legislatore pone i presupposti per la possibilità di reiterare, potenzialmente all'infinito, il

¹⁶⁷ Corte Cost., Sentenza n.249/2010, 8 luglio 2010.

ciclo costituito dall'ordine di allontanamento, inottemperanza, nuova espulsione. La punizione della mera permanenza dello straniero, che si può ripetere potenzialmente all'infinito, è da collegare inoltre all'introduzione dell'articolo 10-bis che disciplina l'ingresso e il soggiorno illeciti. Si verificano così i presupposti per una "ovvia progressione criminosa tra la contravvenzione di cui all'art. 10 bis - punita con pene totalmente ineffettive ma che costituirà con ogni probabilità l'occasione per la notifica allo straniero dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro i successivi cinque giorni -, il delitto di cui all'art. 14 co. 5 ter - che si consumerà una volta scaduto invano tale termine -, e quindi il più grave delitto di cui al successivo co. 5 quater - nell'ipotesi in cui allo straniero già condannato sia stato notificato un successivo ordine, rimasto anch'esso inadempito. Progressione criminosa, ripeto, potenzialmente senza fine, magari alternata con periodi di detenzione amministrativa presso un Centro di identificazione e espulsione, sino a che sia possibile raggiungere l'obiettivo finale dell'allontanamento - volontario o coattivo - dello straniero irregolare".¹⁶⁸ Per meglio comprendere lo svolgimento di tale meccanismo è opportuno analizzare, una per volta, le modifiche introdotte dalle l.94/2009.

In primo luogo il legislatore modifica il periodo di permanenza all'interno dei CIE. L'articolo 1, comma 20 della legge 94, infatti, introduce due ulteriori possibilità di proroga al periodo di trattenimento,¹⁶⁹ disponendo infine che "Il periodo massimo complessivo di trattenimento non può essere superiore a centottanta giorni". Tale estensione rende ancora più sensibile il profilo della compatibilità della detenzione amministrativa con l'articolo 13 Cost. e solleva dubbi di costituzionalità anche con riferimento alla disciplina costituzionale sul giusto processo: una decisione sulla proroga di tale trattenimento, visto, per di più, l'interesse costituzionale alla libertà personale coinvolto nella stessa, richiederebbe la presenza del contraddittorio tra le parti e non

¹⁶⁸ F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", Vol. 3, 2010, p. 29.

¹⁶⁹ L.94/2009, art. 1, co.20 "Trascorso tale termine, in caso di mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice di pace la proroga del trattenimento per un periodo ulteriore di sessanta giorni. Qualora non sia possibile procedere all'espulsione in quanto, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, persistono le condizioni di cui al periodo precedente, il questore può chiedere al giudice un'ulteriore proroga di sessanta giorni."

invece una decisione adottata dal giudice di pace *de plano*, secondo quanto disposto nella disciplina dell'articolo 14 fino al 2011.¹⁷⁰

Con riferimento all'esecuzione dell'espulsione di cui all'articolo 14, invece, vengono prima di tutto modificati i presupposti sulla base dei quali il questore può emettere l'ordine di espulsione: quando non sia possibile detenere lo straniero (come già introdotto nel 2002), e quando “la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento”.¹⁷¹ Tale nuova formulazione è conforme all'allungamento del periodo massimo di detenzione all'interno dei CIE. In pratica, il questore ordina allo straniero di allontanarsi dal Paese ogni volta che la detenzione (anche non convalidata) si sia rivelata inutile rispetto allo scopo per cui era stata disposta.¹⁷² Proseguendo con il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore è opportuno notare che l'emendazione ha riguardato diversi profili. In primo luogo viene in rilievo la ridefinizione della condotta del reato in termini di permanenza illecita. Nella formulazione originaria il comma 5-ter riteneva punibile lo straniero che “senza giustificato motivo si tratteneva nel territorio dello Stato”; adesso, lo straniero commette reato quando “*permane illegalmente*” in tale territorio. La modifica introduce in sostanza un elemento di illiceità speciale della condotta: l'illecito continua a qualificarsi come un reato omissivo proprio, cioè che può essere commesso soltanto dallo straniero irregolare, ma la condotta non consiste soltanto nella violazione dell'ordine del questore, e si estende anche alla illegalità della permanenza.¹⁷³ La ratio dell'emendamento è del resto dettata dall'esigenza di conformare le previsioni dell'articolo 14 con quelle del novello articolo 10-bis, ovvero il reato di ingresso e soggiorno illegale, il cui testo si riferisce alla “permanenza illecita sul territorio”. Un secondo cambiamento nel comma 5-ter riguarda l'entità della pena: non si prevede più l'arresto, ma la reclusione, determinando così la natura delittuosa della fattispecie. La misura della reclusione cambia a seconda dei presupposti dell'atto adottato dal questore:

¹⁷⁰ A. Palma, “Disciplina dell'immigrazione e contrasto alla criminalità”, in F. Giunta, E. Marzaduri (a cura di), *La nuova disciplina sulla sicurezza pubblica*, Giuffrè, 2010, pp. 354-357.

¹⁷¹ Articolo 14, comma 5-bis.

¹⁷² G. Savio, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol. 4, 2009, pp. 59-84.

¹⁷³ G. Savio, 2009, pp. 59-84.

la regola generale la prevede da uno a quattro anni,¹⁷⁴ mentre è ridotta ad un minimo di sei mesi e un massimo di un anno “se l’espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell’articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68”. Per tali ultime ipotesi la legge ha modificato la natura del reato, che prima era contravvenzionale. Le modifiche apportate al presente comma hanno quindi la conseguenza di estendere le possibilità di applicazione del reato in questione – dal momento che la modifica legata all’illiceità della permanenza sottrae spazio di valutazione al giudice in merito alla legittimità dell’ordine del questore – e di rafforzare in senso restrittivo le previsioni di pena.¹⁷⁵

Resta infine da spiegare come il legislatore abbia aperto la strada alla reiterabilità dell’ordine di allontanamento del questore. In primo luogo l’ultima parte del comma 5-*ter* viene modificata per stabilire che “in ogni caso”, cioè non appena si sia verificato il passaggio dei cinque giorni senza che lo straniero si sia allontanato, “si procede all’adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera”.¹⁷⁶ Inoltre, in chiusura del comma 5-*ter* viene aggiunto che, qualora l’espulsione con accompagnamento immediato non sia possibile, “si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all’articolo 13, comma 3”, e quindi la promulgazione di un nuovo ordine. Infine, la nuova disciplina del comma 5-*quater* riguarda il caso dello straniero destinatario del (secondo) provvedimento di espulsione: se egli continua a trattenersi sul territorio italiano, viene punito con la reclusione da uno a cinque anni e si applicano le disposizioni di cui al comma 5-*ter*. In sostanza il combinato disposto dei due commi in questione prevede la possibilità per il questore di continuare ad emanare ordini di allontanamento nei confronti dello stesso soggetto, ricominciando ogni volta da capo.

¹⁷⁴ Cioè “se l’espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell’articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato.”

¹⁷⁵ L’estensione dell’applicabilità del reato in questione deriva anche dal fatto che si applica non solo alle espulsioni ma anche ai respingimenti “tardivi”, nel caso in cui l’interessato non abbia dichiarato la sua presenza nello Stato entro il termine previsto.

¹⁷⁶ Secondo la formulazione anteriore alla legge 94/2009, l’adozione del nuovo provvedimento di allontanamento si aveva solo qualora lo straniero fosse stato ritenuto penalmente responsabile: si riteneva cioè che la nuova espulsione dovesse avere come presupposto l’accertamento della responsabilità penale. G. Savio, 2009, pp. 59-84.

A completamento dell'illustrata disciplina dell'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater va richiamata la sentenza della Corte Costituzionale n.359/2010, la quale ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'articolo 14, co. 5-quater per la mancata previsione della clausola del "giustificato motivo".¹⁷⁷

I presentati interventi sull'articolo 14 comportano una sostanziale stretta sul fenomeno dell'espulsione degli immigrati irregolari, sia con riferimento al prolungamento del periodo di detenzione nei CIE, sia rispetto all'inasprimento sanzionatorio dei reati di inottemperamento all'ordine di allontanamento e illecito soggiorno successivo. Viene qui realizzato appieno quell'obiettivo di esclusione e al tempo stesso di indebolimento del migrante sotteso al diritto penale.¹⁷⁸ Bisogna rilevare inoltre che l'inasprimento del dettato sanzionatorio si pone in controtendenza rispetto al monito della Corte Costituzionale che, nella sentenza n.22/2007 aveva evidenziato come "il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa", per cui "l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e disarmonie prima evidenziate".

2.6.2 L'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato

L'intervento legislativo che aveva auspicato la Corte è andato, come visto sopra, in direzione opposta. Anzi, sulla base di una presunta connessione tra irregolarità del soggiorno e tutela della sicurezza pubblica, il legislatore ha giustificato una stretta delle

¹⁷⁷ Il Tribunale di Voghera, con ordinanza dell'8 gennaio 2010, ha sollevato una questione di legittimità davanti alla Corte Costituzionale in riferimento agli artt. 2,3,25 e 27 della Costituzione, per la difformità di trattamento dell'articolo 14, comma 5-quater rispetto all'articolo 14, comma 5-ter che invece prende esplicitamente in considerazione la clausola del giustificato motivo. Per un approfondimento della pronuncia della Corte, si veda P. Palermo, *L'art.14 c.5 quater: dall'illegittimità parziale al contrasto con la normativa europea. Quali prospettive "incriminatrici"? Note a margine su povertà, giustificato motivo e direttive europee non recepite*, n.139, 2011, www.immigrazione.it.

¹⁷⁸ R. Bartoli, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, "Questione giustizia", n. 2, 2011, pp. 17-32.

misure penali nella gestione dell'immigrazione.¹⁷⁹ Con la conseguenza di un aumento del rischio di violazione dei diritti costituzionalmente garantiti, già denunciato dalla Consulta, e di alti costi sociali per gli stranieri coinvolti.¹⁸⁰ Il momento apicale del processo di criminalizzazione dei migranti, infatti, si è avuto proprio con la legge 94 del 2009, che ha introdotto il “reato di clandestinità”.¹⁸¹ Il comma 16 di tale legge ha aggiunto al testo del T.U.I. l'articolo 10-*bis*, che nella sua formulazione definitiva prevede che “salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro”. Rispetto alla sua prima formulazione, il reato in questione è stato mutato da delitto a contravvenzione: il disegno di legge n.733, presentato al Senato il 3 giugno 2008 prevedeva una pena della reclusione dai sei mesi ad un anno.

L'articolo 10-*bis* si apre con la previsione di una clausola di riserva, in quanto il reato di clandestinità si applica “salvo che il fatto costituisca più grave reato”: è questo il caso dei reati previsti dall'articolo 14, comma 5-*ter* e 5-*quater* e dal reato di reingresso di cui all'articolo 13, comma 13.¹⁸² Come per tutti i reati fin qui analizzati, volti a disciplinare la materia dell'immigrazione irregolare tramite l'utilizzo del diritto penale, il soggetto

¹⁷⁹ In aggiunta a quanto già analizzato in materia di espulsione si veda anche l'inasprimento sanzionatorio per le fattispecie di utilizzo di documenti contraffatti o alterati (art. 5, comma 8-*bis* T.U.I.) o per l'ingiustificato rifiuto di esibizione dei documenti (art. 6, comma 3, T.U.I.).

¹⁸⁰ Costi sociali che hanno un impatto anche sul godimento di diritti fondamentali tra cui la salute e l'istruzione; tale godimento è infatti messo a rischio dal reato di clandestinità e dal conseguente obbligo di denuncia di tale reato posto a carico dei pubblici ufficiali, qualora vengano a conoscenza dell'irregolarità del migrante. Secondo Viganò tali effetti collaterali sono particolarmente odiosi, per l'introduzione della contravvenzione provocherà sulla vita quotidiana dell'immigrato clandestino: il quale, come è stato da subito sottolineato dai commentatori, finirà per dover accuratamente evitare di rivolgersi a qualsiasi pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio italiano per timore di essere da costoro immediatamente denunciato - in adempimento appunto degli obblighi di denuncia dei reati su di essi gravanti, di cui agli artt. 361 e 362 c.p. - per la contravvenzione di cui all'art. 10 bis TU. F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, Vol. 3, 2010, pp. 13-36.

¹⁸¹ “Tale fattispecie appare fin da subito come l'esemplare più significativo di quel processo di incriminazione che tende sempre più a sovrapporre l'irregolarità amministrativa con l'illiceità penale e dal quale trapela quella logica dell'esclusione dello straniero irregolare che permea i più recenti interventi in materia”. L. Degl'innocenti, 2013, p. 48.

¹⁸² Diverso era il caso del rapporto tra l'articolo in questione e la circostanza aggravante di cui all'articolo 61, c.11-*bis* cp, integrata quando il fatto era commesso da “un soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale”. In quel caso, è lo stesso articolo 61 che subordina l'applicazione delle circostanze aggravanti al caso in cui esse non siano elementi costitutivi di altri reati. Il problema del rapporto tra reato di clandestinità e circostanza aggravante è per altro venuto meno in seguito alla sentenza n.249/2010, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale la circostanza aggravante.

attivo del reato può essere solo uno straniero,¹⁸³ per cui siamo di fronte ad un reato proprio. Il reato si perfeziona in due ipotesi, corrispondenti alle due fattispecie criminose che lo straniero può integrare: da un lato si parla di “fare ingresso”, dall’altro di “trattenersi nel territorio dello Stato” in violazione delle regole poste dal T.U.I. Con riferimento all’ingresso, viene in rilievo l’articolo 4 del Testo Unico, che pone alcune condizioni affinché l’ingresso possa considerarsi legittimo: il possesso del passaporto o di documento equipollente; il possesso di un visto di ingresso; l’accesso al territorio nazionale tramite i valichi di frontiera.¹⁸⁴ Risulterà di conseguenza irregolare l’ingresso eseguito senza passaporto oppure senza visto o anche, nonostante lo straniero sia in possesso della necessaria documentazione, non effettuato tramite i valichi di frontiera. Il reato di ingresso irregolare è inapplicabile però nei casi di respingimento alla frontiera – come disciplinati dall’articolo 10 – in quanto sarebbe antieconomico avviare un procedimento penale nei confronti dello straniero che, pur avendo attraversato le frontiere del paese illegittimamente, venga respinto immediatamente.¹⁸⁵ Dal momento che la condotta del reato in questione riguarda unicamente l’atto dell’ingresso, questo reato si può considerare di natura istantanea: si perfeziona cioè nel momento dell’attraversamento del confine territoriale, in qualsiasi modo esso avvenga. Diversa è la natura dell’altra condotta prevista dall’articolo 10-*bis*, cioè il “trattenersi” sul territorio italiano, a partire dal momento in cui la propria presenza divenga irregolare (ad esempio in seguito al rifiuto di rilascio o rinnovo del titolo di soggiorno). Si tratta in questo caso di un reato permanente, la cui consumazione dura per tutto il tempo del soggiorno irregolare. La scelta del legislatore è stata quella di sanzionare due tipologie di immigrazione irregolare: per un verso si puniscono coloro che attraversano le frontiere e entrano nel paese senza rispettare le norme previste; per altro verso vengono puniti anche coloro che, pur essendo

¹⁸³ Secondo la definizione fornita dall’articolo 1 del T.U.I. il termine straniero si riferisce ai “cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea e agli apolidi”, lasciando così fuori dalla definizione i cittadini comunitari.

¹⁸⁴ Articolo 4 T.U.I.: “1. L’ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d’ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti.”. Oltre all’articolo 4 vengono in rilievo anche le previsioni che regolano i soggiorni di breve durata, contenute nell’articolo 1 della legge 68/2007.

¹⁸⁵ Articolo 10-*bis*, comma 2.

entrati regolarmente e dopo un periodo di soggiorno regolare, vengono a trovarsi in situazioni di irregolarità.¹⁸⁶

Il reato di soggiorno irregolare è da considerarsi un reato omissivo proprio:¹⁸⁷ il reato sussiste fino al momento in cui lo straniero non si allontani dal territorio dello Stato.¹⁸⁸ In dottrina si è evidenziato con disappunto la mancata indicazione, nella formulazione della fattispecie, di un termine per l'adempimento, elemento pacificamente ricondotto ai reati omissivi propri: è proprio grazie alla presenza di un termine entro il quale compiere un'azione (in questo caso, l'allontanamento) che l'inerzia diventa penalmente rilevante. A differenza di quanto previsto dall'articolo 14, comma 5-ter, qui non si indica nessun momento entro il quale il soggetto interessato possa rendere la propria situazione legale. Secondo Renoldi tale mancanza rivela la volontà del legislatore di formulare un giudizio di disvalore legato al mancato rispetto delle norme amministrative riguardanti la permanenza regolare, senza fornire l'effettiva possibilità di conformarsi ad esse, con la conseguenza di creare un "reato insito nelle persone dei migranti irregolari, pietra angolare di un nuovo diritto penale non più ancorato al fatto, un diritto penale d'autore per discriminazione geopolitico (o di cittadinanza)".¹⁸⁹ Ulteriore elemento di criticità, comune ad entrambe le condotte analizzate è la mancata previsione della clausola del "giustificato motivo", che ha come obiettivo quello di escludere la punibilità in situazioni di "significativo bisogno che rendano l'osservanza delle norme concretamente inesigibile".¹⁹⁰ È stato inoltre sostenuto che la mancata previsione del giustificato motivo possa rivelarsi in contrasto col principio della personalità della responsabilità penale di cui all'articolo 27, comma 3 Cost.¹⁹¹

Per quanto riguarda la disciplina sanzionatoria, il comma 1 dell'articolo 10-bis prevede la pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 €. Peculiare è la possibilità data al giudice di

¹⁸⁶ I due reati previsti dell'articolo 10-bis sono quindi alternativi l'uno all'altro: allo straniero che ha fatto ingresso irregolare in Italia viene contestato quell'unico reato, e non anche in via autonoma quello di soggiorno irregolare.

¹⁸⁷ G. Savio, A. Palma, C. Renoldi, M. Toriello, Morozzo della Rocca.

¹⁸⁸ Chiarificatrice in proposito è la spiegazione di Renoldi, secondo il quale il giudizio di disvalore non si appunta sulla condotta attiva di trattenimento, apprezzabile naturalisticamente come accadimento fenomenico, quanto nel non allontanarsi dal territorio italiano in violazione delle norme che vietano la permanenza. C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", Vol. 4, 2009, pp. 38-58.

¹⁸⁹ C. Renoldi, 2009, p.56. L'irrazionalità della mancanza di un termine è stata evidenziata anche da Toriello in M. Toriello, "Il reato di clandestinità", in Centonze (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2010, p.81.

¹⁹⁰ C. Renoldi, 2009, p.56.

¹⁹¹ C. Renoldi, 2009, p.56-57.

pace di convertire la pena pecuniaria in espulsione: emerge così il reale intento che ha guidato il legislatore nella previsione dell'articolo, vale a dire l'espulsione nel più breve tempo possibile dei migranti irregolari. L'articolo 16 T.U.I. infatti è stato modificato dalla legge 94/2009 proprio per consentire all'autorità giudiziaria, qualora non sussistano le condizioni previste all'articolo 14, comma 1 (che rendono impossibile l'esecuzione immediata dell'espulsione), di pronunciare sentenza di condanna e contestualmente di disporre la sostituzione – anomala – della pena pecuniaria con l'espulsione:¹⁹² di norma infatti la sostituzione della pena prevede che l'espulsione sia comminata al posto della pena detentiva; qui invece la pena pecuniaria è sostituita con una misura che implica una maggiore incisività sulla libertà personale del soggetto.¹⁹³ A conferma della volontà del legislatore di agevolare l'espulsione in ogni modo e nel tempo più rapido possibile, l'articolo 10-*bis* esclude anche la possibilità di oblazione. Infine, si prevede che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 13 T.U.I., il questore possa procedere all'espulsione senza necessità di ricevere il nulla osta da parte del giudice competente. Dopo aver proceduto all'espulsione, il questore ne comunica la notizia al giudice, che pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Un ultimo accenno, nell'analisi della disciplina del reato in questione, deve essere fatto ai profili processuali: l'articolo 10-*bis*, al comma 3, prevede l'applicazione del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, il quale disciplina la competenza in materia penale del giudice di pace. Le regole processuali previste sono quelle di cui agli articoli 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis*, la cui lettura chiarisce l'intenzione del legislatore di rendere il procedimento penale riguardante i reati in questione il più possibile sintetico e immediato. Ancora una volta si può evidenziare come il fine ultimo dell'intero processo sia giungere il più velocemente possibile all'espulsione del migrante,¹⁹⁴ svuotando così il procedimento

¹⁹² Secondo Palma viene in sostanza “*stravolta la ratio sottesa a queste misure (le sanzioni sostitutive), finalizzate ad evitare l'ingresso in carcere e l'alto tasso di recidivanza dei soggetti condannati*”. A. Palma, in F. Giunta, E. Marzaduri, 2010, p. 348.

¹⁹³ Toriello aggiunge che “l'espulsione non ha nessuna affinità - ulteriore a quella meramente nominativa - con le sanzioni sostitutive conosciute dal nostro ordinamento, e si caratterizza per essere la vera sanzione che il legislatore ha inteso comminare per i reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato”. M. Toriello, in Centonze, 2010, p. 102.

¹⁹⁴ Il processo può svolgersi secondo due modalità: quella “ordinaria” e quella “abbreviata”. La prima è disciplinata dall'articolo 20-*bis*, il quale prevede che - per i reati procedibili d'ufficio e per cui sussista lo steso di flagranza - la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l'autorizzazione a presentare immediatamente l'imputato a giudizio davanti al giudice; ricevuta la richiesta il PM può disporre la presentazione dell'imputato entro 15 giorni oppure esprimere parere contrario o ancora archiviare il caso. Nel rito previsto dall'articolo 20-*ter* invece permette alla polizia giudiziaria di richiedere una citazione contestuale dell'udienza, e il PM può autorizzare alla presentazione immediata dell'imputato davanti al giudice di pace.

penale del suo fine istituzionale, e rendendolo “strumento privilegiato al fine di accelerare e favorire la fuoriuscita dell’immigrato clandestino dal territorio italiano, assicurando, così, l’opinione pubblica”.¹⁹⁵

In conclusione è possibile sottolineare come l’utilizzo del diritto penale – rappresentato in questo caso dalla previsione del reato “di clandestinità” – non sia giustificato da motivazioni di natura prettamente penale, ma sia stato piuttosto voluto dal legislatore per rendere più agevole l’espulsione degli stranieri, al di là degli intenti prettamente simbolici da un punto di vista politico. Al contempo tuttavia, la sua introduzione è criticabile in quanto non sembra aggiungere nulla in efficacia alla disciplina già prevista dal T.U.I. in materia di espulsione amministrativa, che per altro ha dimostrato negli anni la sua inadeguatezza. Al contrario è stato evidenziato come “una sostanziale duplicazione del meccanismo sanzionatorio rispetto allo strumento dell’espulsione amministrativa da un lato crea le premesse, più che per la implementazione del sistema degli allontanamenti, per una accentuazione della sua conclamata ineffettività; dall’altro essa determina un conflitto insuperabile con il canone della sanzione penale come *extrema ratio*”.¹⁹⁶ Il principio della sussidiarietà dell’illecito penale prevede infatti che il diritto penale sia impiegato solo quando nessun altro strumento sia in grado di tutelare il bene giuridico in questione; la pena deve essere in sostanza adottata come *ultima ratio*, cioè deve essere necessaria per conseguire l’obiettivo cui mira il legislatore.¹⁹⁷ Nel caso di specie è difficile sostenere che la minaccia di una sanzione penale possa essere l’unico strumento necessario per incidere sull’ingresso e soggiorno irregolare, tanto più se si tiene conto del fatto che la pena pecuniaria sarà difficilmente eseguibile, vista la situazione di fragilità e povertà in cui versano gli immigrati irregolari. Ove poi si consideri che il reale obiettivo della norma è l’espulsione, è palese che tale obiettivo potesse essere raggiunto anche in via amministrativa prima dell’introduzione del reato.

¹⁹⁵ G. Varraso, “Il nuovo rito a presentazione immediata dello straniero” in O. Mazza, F. Viganò, *Il pacchetto sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 333.

¹⁹⁶ C. Renoldi, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol. 4, 2009, p. 39.

¹⁹⁷ G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p.13. Viene qui evidenziato come debbano rimanere estranei alla sfera penale quei fatti “allorché l’effetto di dissuadere i consociati dal commetterli possa essere raggiunto attraverso interventi di politica sociale o attraverso la previsione di sanzioni meno invasive della sanzione penale”.

2.6.3 La sentenza della Corte Costituzionale n.250/2010 e la valutazione del ricorso al diritto penale in materia di immigrazione irregolare

Infine, in dottrina è stato sostenuto che l'introduzione di un reato come quello di clandestinità, oltre a rifuggire il principio di sussidiarietà dell'illecito penale, rappresenta anche un rischioso passaggio da una concezione di "diritto penale del fatto" al "diritto penale d'autore",¹⁹⁸ in base al quale viene utilizzato lo strumento della sanzione penale per punire non un'azione, ma le caratteristiche del soggetto (in altre parole, non ciò che fa, ma chi è).¹⁹⁹ Tale criticità, sollevata altresì in merito alla aggravante di clandestinità di cui all'articolo 61 cp., non è stata condivisa dalla Corte Costituzionale. Infatti, mentre con la sentenza n. 249/2010 la Corte ha dichiarato incostituzionale l'aggravante in questione, con la successiva sentenza n. 250 ha scelto di non intraprendere lo stesso percorso in riferimento al reato di cui all'articolo 10-*bis*.²⁰⁰ Gli incidenti di costituzionalità sollevati dai giudici ordinari hanno riguardato i vari profili sopra presentati:²⁰¹ a) la violazione del principio di offensività del reato, ricavabile dagli articoli 25 e 27 Cost., secondo cui il reato deve consistere nell'offesa ad un bene giuridico specifico, non potendo limitarsi alla sanzione di modi di essere scollegati a fatti colpevoli; b) la violazione del principio di uguaglianza e di responsabilità personale di cui agli articoli 3 d 27 della Costituzione, in particolare con riferimento alla mancata rilevanza del "giustificato motivo", a differenza di quanto previsto dall'articolo 14, comma 5-*ter* T.U.I.; c) la violazione del principio di

¹⁹⁸ "Il nuovo reato (...) finisce addirittura per criminalizzare non un fatto commesso od offensivo di interessi meritevoli di tutela penale, ma, piuttosto, un modo di essere del soggetto, non sempre, per altro sintomatico di effettiva pericolosità e necessità di difesa sociale. È innegabile che l'ingresso o la permanenza illegale dello straniero non rappresentano, di per sè, fatti offensivi di interessi meritevoli di tutela penale, ma sono mera espressione di uno status personale (quello di immigrato) la cui punizione finirebbe per configurare sorta di "colpa d'autore". A. Palma, in F. Giunta, E. Marzaduri, 2010, p.334. In proposito si veda anche M. Donini, *Il cittadino extra comunitario da oggetto materiale del reato a tipo di autore del controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, n.1, 2009, pp. 101-133.

¹⁹⁹ Tale prospettiva è condivisa da Renoldi e Savio.

²⁰⁰ "Se nella sentenza 249/2010, venendo in evidenza un profilo di discriminazione per uno dei sette motivi di cui all'art. 3, comma 1 Cost., la Corte Costituzionale ha ritenuto di dover procedere a uno scrutinio stretto di ragionevolezza, di contro nella successiva decisione 250/2010 la Consulta non ha dato seguito a tale importante apertura ed è tornata al tradizionale self restraint in materia penale, a garanzia della discrezionalità del legislatore, per cui una volta individuata una ragione giustificativa della norma penale (il suo collegamento con l'interesse alla programmazione e al controllo dei flussi migratori), ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità" R. Cherchi, *Il diritto all'immigrazione e la sicurezza: profili costituzionali dei reati proprio dello straniero*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012, www.forumcostituzionale.it.

²⁰¹ Tra le principali ordinanze in merito si vedano quelle del 1/10/2009 del giudice di pace di Lecco; del 6/10/2009 del giudice di pace di Torino; del 15/12/2009 del giudice di pace di Agrigento; del 31/08/2009 del tribunale di Pesaro.

sussidiarietà dell'illecito penale, e dei principi di ragionevolezza e buon andamento dei pubblici uffici, ricavabili dagli articoli 3 e 27 Cost., in quanto l'obiettivo della norma penale persegue lo stesso obiettivo di quella amministrativa, cioè l'espulsione del migrante, determinando un inutile duplicato di procedimenti aventi lo stesso scopo.

La risposta della Corte, che ha escluso l'incostituzionalità del reato di clandestinità in riferimento a tutti i parametri cui si è accennato, ha inteso sottolineare in modo particolare che l'oggetto del reato di clandestinità non deve essere inteso come “un modo d'essere” della persona, ma invece come una condotta di violazione dell'ordinamento giuridico (violazione di quelle norme che riguardano l'ingresso e il soggiorno);²⁰² secondo la Corte, “il controllo giuridico dell'immigrazione comporta necessariamente la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime”, cui segue che la sanzionabilità delle regole sull'ingresso e il soggiorno del migrante è prerogativa sovrana dello Stato. Il bene giuridico tutelato, infatti, è “identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria e che risulta, altresì offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero”. Il giudizio sulla scelta della modalità più adeguata per sanzionare l'illiceità dell'ingresso e soggiorno illegale, per altro, non è materia che spetta alla Consulta, la quale ricorda che “determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa, rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore”.²⁰³ Allo stesso modo, estraneo al sindacato della Corte è anche il compito di “esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti antiggiuridici che si manifestino nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori”.²⁰⁴

²⁰² “La condizione di irregolarità non sarebbe infatti un dato preesistente ed estraneo al fatto, quanto, piuttosto, la conseguenza della stessa condotta”. Sentenza n.250/2010.

²⁰³ In senso critico rispetto a tale presa di posizione, F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, Vol. 3, 2010, pp. 13-36.

²⁰⁴ Anche con riferimento al principio di uguaglianza e ragionevolezza la Corte non ha trovato motivi per cui l'assenza della clausola del giustificato motivo possa ritenersi incostituzionale, dal momento che, secondo i giudici costituzionali, possono utilmente applicarsi al suo posto le cause di giustificazione generiche, in particolare lo stato di necessità. La Corte ha anche suggerito che lo strumento della improcedibilità per particolare tenuità del fatto può essere utilizzato per compensare la mancanza del criterio del giustificato motivo. Per quanto riguarda infine il conflitto con l'articolo 2, la Corte ha ritenuto che “le ragioni della solidarietà umana non sono di per sé in contrasto con le regole in materia di immigrazione previste in funzione di un ordinato flusso migratorio”.

Nonostante la presa di posizione della Corte in senso contrario alla incostituzionalità del reato, i dubbi sollevati in dottrina precedentemente alla sentenza non sono del tutto sopiti,²⁰⁵ mentre da una prospettiva criminologica è certamente possibile sostenere che il reato di clandestinità sia modellato piuttosto sulle caratteristiche intrinseche degli autori piuttosto che sulle azioni da esse compiute. L'articolo 10-*bis* rappresenta in sostanza un passaggio critico nella disciplina dell'immigrazione irregolare, tanto per gli aspetti legati al dettato costituzionale, quanto per altri profili di natura pratica. Anche in seguito alla sentenza costituzionale, infatti, è stata da più parti sottolineata l'inutilità del ricorso al diritto penale, dal momento che le espulsioni, oggi come ieri, restano nella pratica difficilmente eseguibili;²⁰⁶ a ciò sono corrisposti considerevoli costi economici e sociali, connessi da un lato al dispendio di energie e denaro a carico dell'apparato giudiziario, e dall'altro a carico dei migranti stessi, conseguenti a “meccanismo di etichettamento negativo del migrante in quanto tale, che l'incriminazione concorre a far percepire come un pericolo costante”;²⁰⁷ tali costi sociali riguardano anche la potenziale violazione dei diritti umani e costituzionali (in riferimento all'articolo 2 Cost.) cui le misure di criminalizzazione vanno incontro.²⁰⁸ In chiusura, e rimandando ad una più completa trattazione del tema al capitolo III, è possibile evidenziare come l'introduzione del reato di clandestinità abbia, inoltre, avuto – per espressa dichiarazione dell'allora Ministro degli Interni – come obiettivo quello di eludere la Direttiva Rimpatri:²⁰⁹ anche in questo

²⁰⁵ Per una analisi dettagliata si vedano R. Cherchi, 2012, www.forumcostituzionale.it; F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. pp. 3017-3030; G. Cirillo, in R. Del Coco, E. Pistoia, 2014, pp. 289-315.

²⁰⁶ M. Toriello, 2010, p. 103.; P. Morozzo della Rocca, *Manuale breve di diritto dell'immigrazione*, Maggioli Editore, 2013, p. 232- 240.

²⁰⁷ C. Renoldi, 2009, p.40.

²⁰⁸ Al riguardo si veda il paragrafo 2.1. Per quanto riguarda in particolare la normativa italiana, si prevede che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che sia venuto a conoscenza del reato di ingresso o soggiorno illegale a causa o in occasione dell'esercizio delle proprie funzioni, salva l'eccezione espressamente prevista a favore degli operatori sanitari (art. 35, comma 5 TUI), ha l'obbligo di denuncia dello straniero alle autorità (art. 361 e 362 c. p.). Come evidenziato da Cherchi, “In ultima analisi, lo straniero irregolarmente soggiornante è posto in condizione di non poter interloquire – non senza timore - con quasi tutti i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio. Il punto di maggiore criticità derivante dall'intreccio di queste discipline è quello inerente i servizi scolastici obbligatori. L'accesso a tali servizi è infatti un dovere (art. 38 TUI), oltre che un diritto il cui esercizio non è subordinato all'esibizione del titolo di soggiorno (art. 6 comma 2 TUI). Non è però previsto, con riferimento al personale scolastico, un divieto di segnalazione dello straniero irregolarmente soggiornante analogo a quello vigente in relazione al personale sanitario (art. 35 comma 5 TUI), per cui lo straniero di cui sia accidentalmente scoperta l'irregolarità di soggiorno dovrebbe essere denunciato da parte degli operatori scolastici”. R. Cherchi, 2012.

²⁰⁹ Sul punto si ritornerà diffusamente nel corso del capitolo III.

senso si può sostenere che lo strumento del diritto penale sia stato piegato a logiche del tutto estranee ad esso.²¹⁰

2.7 La criminalizzazione dello straniero tra prerogative sovrane e tutela degli individui

I precedenti paragrafi hanno avuto la funzione di presentare il fenomeno della criminalizzazione dei migranti, come concepito dalla dottrina statunitense e europea, e di indagare come tale fenomeno – con particolare attenzione all’utilizzo del diritto penale e allo strumento della detenzione – si sia sviluppato in Italia. L’analisi legislativa del Testo Unico sull’Immigrazione e delle più recenti modifiche apportate dalla l. 189/2002 e dal Pacchetto Sicurezza, ha mostrato l’evoluzione del diritto sull’immigrazione irregolare, sviluppato sulla base di misure simboliche e evocative, ma i cui risvolti pratici si sono rivelati inefficaci e spesso contraddittori.²¹¹ Le scelte legislative degli ultimi decenni mostrano elementi di quel processo teorizzato in dottrina come *criminalizzazione* dell’immigrazione: si è amplificato il ricorso allo strumento della sanzione penale per raggiungere obiettivi legati alle politiche migratorie; la disciplina delle espulsioni ha visto un aumento significativo dei tempi e dei momenti di privazione della libertà personale dell’individuo, con riferimento tanto alla detenzione amministrativa quanto alle norme penali che prevedono la pena della reclusione per l’inottemperanza all’ordine di allontanamento del questore e il soggiorno illecito successivo. Infine, l’introduzione della norma-manifesto del reato di clandestinità ha sancito l’involuzione/evoluzione, da un punto di vista politico ancor prima che normativo, del diritto in materia di immigrazione irregolare. L’utilizzo del diritto penale, apparentemente funzionale ad esigenze legate all’ordine pubblico e alla sicurezza, ha piuttosto avuto come reale conseguenza quella della neutralizzazione sul piano sociale e civile dello straniero.²¹² Secondo quanto sostenuto da Viganò, nella sua lucida analisi sul diritto penale e l’immigrazione, “l’unica funzione reale del carcere nei confronti di tutti questi soggetti diviene ancora una volta

²¹⁰ A. Spena, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in “Criminal Law and Philosophy”, 2014, pp. 635-657.

²¹¹ Emblematica è la definizione di Pisa, che parla di “nevrotico succedersi di interventi legislativi ispirati a pulsioni ideologiche grossolane”, in P. Pisa, *Repressione dell’immigrazione europea sui rimpatri*, in “Diritto e processo”, N.4, 2011, pp.

²¹² R. Bartoli, 2011, pp. 17-32. Tali funzioni, per altro, non sono perseguite soltanto dallo strumento penalistico, ma in generale dal sistema espulsivo: si veda il ruolo dei Centri di Identificazione ed Espulsione.

quella della segregazione dell'immigrato dal contesto sociale, in attesa della loro espulsione: che costituisce l'unico obiettivo finale seriamente perseguito dal legislatore, ma la cui esecuzione è resa difficile - come è ben noto - dalla limitatezza delle risorse di cui dispone l'Amministrazione italiana".²¹³

Si così passati dalla ricerca del bilanciamento tra esigenze sovrane dello Stato, quali il controllo dei flussi migratori, e la tutela dei diritti degli individui coinvolti, alla radicalizzazione delle scelte normative in materia di irregolarità, nel senso della identificazione dei migranti come autori di reato, che ha come conseguenza una loro marginalizzazione sociale e il degradamento della loro situazione normativa.²¹⁴ L'immigrazione clandestina - seppur rappresentata per la maggior parte da individui regolarmente entrati in Italia e che vengono a trovarsi in situazione irregolare in seguito a fenomeni spesso indipendenti dalla loro volontà - è sempre più diventato fenomeno da combattere, nel modo più severo possibile.²¹⁵ Il "clandestino" rappresenta il nemico e la minaccia per la società.²¹⁶ Questo almeno è quello su cui si vuole richiamare l'attenzione, perché a fianco delle previsioni normative sopra presentate, non sono mai state assenti le regolarizzazioni cadenzate, legate ad esigenze del mercato del lavoro, che hanno permesso a chi già soggiornava e lavorava in nero in Italia di regolarizzare la propria posizione: regolarizzazioni, tuttavia, su cui mai si è attirata l'attenzione dell'opinione pubblica.²¹⁷ Il processo politico di criminalizzazione dei migranti si è accompagnato alle innovazioni legislative sopra presentate, che da un punto di vista costituzionale sono sempre state inserite, come misure legittime, nel quadro della "regolazione e controllo dei flussi migratori, bene di categoria cui sono riconducibili numerose norme penali del

²¹³ F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", Vol. 3, 2010, p. 31.

²¹⁴ Si veda in proposito L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n.94/2009*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 4, 2009, pp. 9-20.

²¹⁵ Il più recente studio sulle cause di irregolarità degli stranieri in Italia, per vero già piuttosto datato, riporta che "Indeed, between 2000 and 2006, the Italian Ministry of Internal Affairs estimated that around 65-70% of the undocumented migrants currently residing in Italy are overstayers." CLANDESTINO PROJECT, *Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe*, Final Report, 23 novembre 2009.

²¹⁶ "Nella cultura corrente, nei racconti dei giornali e televisioni, la clandestinità è ormai diventata la bestia nera: il nemico da sconfiggere per assicurare sicurezza ai cittadini. Ed anche nella nostra legislazione il binomio clandestino/irregolare è diventato centrale: dove il clandestino è, sempre, lo straniero cattivo". P. Borgna, *Clandestinità (e altri errori di destra e di sinistra)*, Laterza, Bari, 2011, p. 41.

²¹⁷ Accanto allo strumento delle regolarizzazioni, che sono state effettuate nel 1986, 1990, 1995, 1998, 2002 e 2009, il passaggio dalla irregolarità alla regolarità è anche compiuto tramite il sistema delle quote, il cui funzionamento, tuttavia, serve a impiegare stranieri che già precedentemente avevano trovato lavoro in Italia. Per un'analisi dettagliata, si veda F. Fasani, "The Quest for La Dolce Vita? Undocumented Migration in Italy", in A. Triandafyllidou, *Irregular Migration in Europe. Myths and Realities*, Ashgate, 2010, p. 176.

Testo Unico per l'immigrazione". La Corte, da ultimo con la sentenza n. 250/2010, ha a più riprese sostenuto che l'adozione di norme penali è compatibile con la gestione dell'immigrazione, e rientra nelle scelte discrezionali del legislatore in materia di definizione delle regole sull'ingresso e sull'espulsione: "è incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio";²¹⁸ e ancora "lo Stato non può abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio (...) essendo poste a difesa della collettività nazionale".²¹⁹ Infatti, "la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio dello Stato è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione".²²⁰ Emerge quindi, come, a livello di interessi costituzionali, la disciplina dell'immigrazione debba comprendere un bilanciamento di interessi tra quelli pubblici e quelli di tutela dei diritti individuali delle persone coinvolte (in particolare, per quanto riguarda la nostra Costituzione, in riferimento agli articoli 2, 3, 13, 25, 27). La stessa necessità di tenere insieme interessi differenti è emersa, all'interno del primo capitolo, nell'analisi della Direttiva Rimpatri che pone come obiettivo principale quello del raggiungimento di un'efficace politica di rimpatrio, nel rispetto dei diritti umani. Vedremo successivamente come tale tensione ha spesso rappresentato l'occasione per indagare la compatibilità tra le norme italiane sopra analizzate e quelle europee della Direttiva 2008/115. Nello studio del fenomeno della criminalizzazione dei migranti emerge infatti la compresenza – e contrapposizione – tra gli interessi statali (e europei) per una adeguata gestione dell'immigrazione irregolare, e l'impatto che le misure criminalizzanti hanno sui diritti delle persone coinvolte. Un ulteriore elemento di complessità va poi ricercato nel rapporto tra diritto nazionale e diritto europeo: si tratta di capire se gli interessi e gli obiettivi perseguiti siano gli stessi e quale sia il ruolo delle garanzie individuali nell'uno e nell'altro caso. Ove poi si profilino delle incompatibilità, sarà interessante esaminare in base a quali principi e a difesa di quali interessi queste vengano risolte, profilo per cui si rimanda alla trattazione del capitolo successivo.

²¹⁸ Corte Cost., Sentenza n. 250/2010, 8 luglio 2010.

²¹⁹ Corte Cost., Sentenza n. 353/2007, 26 ottobre 2007.

²²⁰ Corte Cost., Sentenza n. 148/2008, 18 maggio 2008; Sentenza n.206/2007, 18 giugno 2007; Sentenza n.62/1994, 24 febbraio 1994.

Capitolo 3

LA COMPATIBILITÀ DEL DIRITTO PENALE ITALIANO CON LA DIRETTIVA RIMPATRI

3.1 La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare come caso-studio sul rapporto tra diritto dell'Unione e diritto penale interno

Il capitolo terzo è dedicato allo studio delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea riguardanti la compatibilità della legislazione italiana con il diritto europeo, nello specifico con la Direttiva Rimpatri. Attraverso i casi portati all'attenzione della Corte da parte dei giudizi nazionali, tramite la procedura di rinvio pregiudiziale,¹ tale organo ha indicato chiaramente che l'autonomia riservata agli Stati Membri nel prevedere misure di contrasto all'immigrazione irregolare deve essere compatibile con gli obiettivi che l'Unione si è posta in tale ambito. E ciò conformemente alla divisione delle competenze delineate dai Trattati e già esposta nel corso di questa trattazione.² La Corte di Lussemburgo si è espressa sull'interpretazione di alcune tra le più controverse regole poste dalla Direttiva 115/2008: la detenzione amministrativa e le condizioni di detenzione, il sistema incentrato sulla volontarietà del rimpatrio, le tutele di natura giurisdizionale.³ Un altro tema su cui la Corte si è soffermata sovente è quello della criminalizzazione di alcune condotte dei migranti irregolari connesse alla procedura di espulsione. A fronte di dubbi riguardanti la compatibilità tra le misure di carattere penale contenute nelle legislazioni nazionali degli Stati Membri – dubbi sollevati essenzialmente dai giudici italiani e francesi – e le regole della Direttiva, la Corte ha colto l'occasione per specificare alcuni principi chiave. Questi riguardavano sia il rapporto tra misure criminalizzanti l'irregolarità dei migranti e gli articoli rilevanti della normativa in questione, che, più generalmente, gli spazi di autonomia del diritto penale nazionale nei confronti di quello europeo. In particolare, i giudici italiani hanno chiesto di pronunciarsi sulla compatibilità di tre distinte previsioni del Testo Unico Immigrazione, riguardanti la disciplina delle espulsioni, con la Direttiva 2008/115/CE. Posto che l'analisi dei singoli

¹ Articolo 267 TFUE.

² Si veda il capitolo 1, paragrafo 1.

³ Capitolo 1, paragrafo 6.

casi verrà affrontata dettagliatamente a breve, è fin da subito interessante notare che il fenomeno della criminalizzazione dell'immigrazione – inteso come utilizzo dello strumento penale per punire condotte legate all'immigrazione⁴ – è stato in questo modo portato all'attenzione delle istituzioni europee. Le pronunce della Corte di Giustizia che hanno avuto ad oggetto questo tema, infatti, sono state seguite, nel 2015, da alcune indicazioni formulate dalla Commissione in materia di interpretazione della Direttiva Rimpatri. All'interno del “Manuale sul rimpatri”, la cui compilazione si è conclusa nell'ottobre 2015, particolare rilievo viene dato al tema della criminalizzazione.⁵ Ciò conferma che tale fenomeno rappresenta un nodo centrale dell'attuale disciplina riguardante la gestione dell'immigrazione irregolare, tanto a livello nazionale quanto a livello di UE. L'interesse del fenomeno della criminalizzazione dei migranti irregolari, per altro, non si sostanzia soltanto nell'essere questo di recente sviluppo e di sempre maggior rilevanza nel panorama europeo; si è infatti rilevato anche utile e illuminante ai fini della comprensione del rapporto, di natura istituzionale, tra il diritto penale degli Stati Membri e la misura in cui il diritto dell'Unione può esplicarsi nelle sfere riservate alla sua competenza o di competenza concorrente. La criminalizzazione di alcuni comportamenti, portata avanti dal diritto nazionale di uno o più Stati, può infatti presentare profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione: in tal caso si tratterà di capire in base a quali principi e regole l'uno o l'altro diritto dovrà applicarsi e se, anche in materia penale, possa configurarsi la primazia del diritto dell'Unione Europea. In questo senso, la criminalizzazione dell'immigrazione irregolare sarà studiata anche per indagare il rapporto tra diritto italiano e europeo in materia penale.

⁴ Tale significato corrisponde in parte a quanto definito da Parkin come “*intersection between criminal law and immigration management*”; simile definizione è stata utilizzata da Mitsilegas nella sua indagine sull'impatto del diritto europeo sulla criminalizzazione dell'immigrazione. L'autore la intende come “*the use of substantive criminal law to treat conduct related to migrazione flows as a criminal offence and to impose sanzioni for the breach of criminale law*”. V. Mitsilegas, “The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: the Protective Function of European Union Law”, in M. Guia, M. Van der Woude and J. Van der Leun (a cura di), *Social Control and Justice. Crimmigration in an Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2012, pp.87- 114.

⁵ Anche nella valutazione condotta nel 2014 dalla Commissione sulle previsioni della Direttiva Rimpatri è contenuto un paragrafo dedicato dalla criminalizzazione, all'interno del quale so evidenzia come: “*The EU has competence with regard to measures tackling irregular migration, including removal and repatriation of persons residing without authorization. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has in its case law (El-Dridi (C 61/11), Sagor (C-430/11), and Achoughbabian (C 329/11) stated that criminal law rules may not jeopardise the dual objective of the Return Directive: the establishment of an effective policy of removal and repatriation and observance of the fundamental rights of third-country nationals concerned.*”

3.2 La portata del diritto dell'Unione Europea in materia penale

Un elemento di sistema da cui è necessario partire, nell'analisi del tema oggetto di dibattito, è quello secondo cui il diritto penale rientra nelle materie nelle quali gli Stati sono tradizionalmente più restii a cedere porzioni di sovranità.⁶ La materia penale, seppur oggetto di interesse e attenzione da parte degli Stati Membri, è stata regolata, fino al 2009, al di fuori del diritto europeo:⁷ la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, anche con l'adozione del Trattato di Amsterdam, è rimasta estranea al primo pilastro e alle regole proprie del diritto comunitario. Fino all'adozione del Trattato di Lisbona, tali ambiti furono regolati nel quadro del terzo pilastro, tramite accordi inter-governativi. In base a questa disciplina, le istituzioni europee non furono dotate di competenza per l'adozione di norme penali incriminatrici (cd. competenza diretta in materia penale).⁸ Era sempre possibile, anche anteriormente all'adozione del Trattato di Lisbona, che, in forza di strumenti giuridici comunitari (in particolare, le direttive), agli Stati fosse imposto l'obbligo di adottare sanzioni a tutela di determinati interessi e obiettivi propri del diritto europeo. Nonostante non fosse specificata la natura penale di tali sanzioni, nulla si poneva come un ostacolo in tal senso.⁹ Questo poteva avvenire indifferentemente tanto nelle

⁶ Si veda la posizione di Bernardi, secondo il quale vi è una concezione di diritto penale come espressione (sia pure "in negativo") dei valori essenziali di una data società e delle istituzioni su cui essa si fonda, e in quanto tale esso costituirebbe il nucleo centrale della sovranità statale. Tale concezione è per altro criticata dall'autore in quanto si pone in contrasto con una armonizzazione del diritto penale a livello sovranazionale. A. Bernardi, "Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale", in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza, giustizia, alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia - Atti del convegno, Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005*, Giuffrè, 2007, p.211. Lo stesso concetto è stato espresso limpidamente da Montaldo, quando spiega che "l'attribuzione e l'esercizio di competenze in materia di diritto penale sostanziale e processuale sono stati tradizionalmente considerati 'giardino proibito' della sovranità nazionale". S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 26.

⁷ Per una più ampia analisi delle competenze dell'Unione Europea in materia penale si veda S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

⁸ Tuttavia, come ricordato da Natale, "Deve, dall'altro lato, considerarsi anche che –già nell'assetto pre-vigente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona- il tema delle interferenze tra diritto comunitario e diritto penale dettato dagli ordinamenti interni è già stato affrontato in più occasioni sia dalla giurisprudenza comunitaria, sia dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità (addirittura, in alcuni casi, sotto il profilo del preteso obbligo di previsione –da parte degli stati membri- di predisposizione di un certo apparato di repressione penale)". A. Natale, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali – Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria*, 18 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

⁹ Questo è stato anche ricordato recentemente dalla stessa Corte di Giustizia, la quale riconosce che, anche "se è vero che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità (v., in tal senso, Sentenze 11 novembre 1981, C-203/80, Casati, in Racc. I-2595, punto 27, Sentenza 16 giugno 1998, C - 226/97, Lemmens, in Racc. pag. I - 3711, punto 19, nonché Sentenza 13 settembre 2005, Commissione/Consiglio, cit., punto 47), resta nondimeno il fatto che il legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e

materie rientranti nel primo pilastro (cioè quelle del diritto comunitario in senso stretto), quanto in quelle del terzo (Giustizia e Affari Interni).¹⁰ Tale fenomeno è stato definito come “integrazione penale indiretta”, e è stato consolidato grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha ripetutamente ricordato che l’obbligo di attuare correttamente le norme europee impone agli Stati di adottare tutte le misure necessarie a tale scopo, tra cui anche sanzioni “effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive”, che possono (anche) essere rappresentate da sanzioni di natura penale.¹¹ Di conseguenza, per quanto riguarda gli obblighi di criminalizzazione, prima di Lisbona, questi potevano essere implicitamente desunti dalle pronunce della Corte di Giustizia.¹² Soltanto a partire dal 2008 vennero imposti obblighi di criminalizzazione espliciti con riferimento alla materia della tutela ambientale, rientrante tra le materie del primo pilastro.¹³ Con l’abolizione del sistema a pilastri effettuata dal Trattato di Lisbona e l’inclusione della materia della cooperazione giudiziaria in materia penale tra quelle del diritto dell’Unione, si è sancita, in via generale, la possibilità di prevedere “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”,¹⁴ sfere che comprendono tanto materie attinenti all’ex primo pilastro, tanto quelle relative allo spazio di libertà, sicurezza

dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l’obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito (v., in tal senso, sentenza 13 settembre 2005, Commissione/Consiglio, cit., punto 48)”. CGUE, Sentenza 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione contro Consiglio*, in Racc. I-09097, par. 66.

¹⁰ Sul riparto di materie e la differente disciplina normativa tra i tre pilastri delineati dal Trattato di Maastricht, si veda il capitolo 1, paragrafo 2. Nel quadro del terzo pilastro, l’imposizione di sanzioni penali “efficaci, proporzionate e dissuasiva” per i facilitatori dell’immigrazione irregolare erano già state previste con la Decisione Quadro del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali (Decisione Quadro 2002/946/GAI)

¹¹ CGUE, Sentenza 2 febbraio 1977, C-50/76, *Amsterdam Bulb*, in Racc. 00137. Si veda l’analisi di S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell’Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 33.

¹² Come evidenziato da Montaldo, “gli approdi cui è pervenuta la giurisprudenza di Lussemburgo hanno sollecitato un articolato dibattito circa la reale possibilità, da parte della Corte, di vincolare gli Stati all’introduzione di norme incriminatrici”, dibattito che è stato del resto alimentato dalla Corte, la quale se da un lato precisava che “lo ius puniendi rientra tra le attribuzioni esclusive delle autorità nazionali”, non ha d’altro canto mai escluso che “l’attivazione di tale potere sovrano possa essere sollecitato da obblighi di provenienza comunitaria”. S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell’Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 33.

¹³ La Direttiva 2008/99/CE impone la previsione di sanzioni penali - efficaci, proporzionate e dissuasive - per la difesa dell’ambiente.

¹⁴ Articolo 83, par. 1, TFUE.

e giustizia.¹⁵ L'interazione tra diritto penale nazionale e diritto dell'Unione, tuttavia, non si esaurisce soltanto nella progressiva europeizzazione di alcuni ambiti della materia penale. Così come il diritto europeo può imporre la criminalizzazione di alcuni comportamenti o la previsione di determinate sanzioni penali, può, all'inverso, accadere che le norme europee, contrastanti con il diritto penale interno, ne paralizzino l'applicazione.¹⁶ Guardando, in sostanza, gli effetti che il diritto europeo può avere sul diritto penale nazionale, si potranno osservare sia effetti espansivi, sia effetti riduttivi del penalmente rilevante o dell'affettività della sanzione penale.¹⁷ L'effetto neutralizzante nei confronti di una norma incriminatrice nazionale può esplicarsi, in primo luogo, ad opera del diritto primario dell'Unione; questo avviene qualora il diritto penale contrasti con disposizioni contenute nei Trattati.¹⁸ Con riferimento al diritto secondario, le limitazioni al diritto penale interno possono essere poste da quelle norme dotate di efficacia diretta, come i regolamenti;¹⁹ tuttavia, se si tiene conto che anche le direttive possono esplicitare, ricorrendo alcune condizioni, efficacia diretta, sarà agevole concludere che anche queste ultime possano limitare l'applicazione del diritto penale degli Stati Membri. Il profilo dell'efficacia diretta delle direttive europee, particolarmente rilevante rispetto allo studio della Direttiva Rimpatri e ai suoi rapporti con il diritto italiano, verrà analizzato nel corso del paragrafo successivo. Invece, è qui opportuno sottolineare che la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il diritto penale nazionale debba essere applicato (o disapplicato) nel rispetto delle obbligazioni imposte dal diritto europeo: questo è più volte avvenuto in casi in cui sanzioni di natura penalistica si sono poste in contrasto con i principi della libera

¹⁵ Espressione di questa nuova competenza è ad esempio la previsione di norme minime riguardanti le sanzioni penali per i datori di lavoro che assumono come manodopera stranieri irregolari. Con riferimento al diritto dell'immigrazione, poi, le sanzioni penali riguardano anche il fenomeno della tratta di esseri umani - materia espressamente contenuta nell'articolo 83 TFUE, in riferimento a quegli ambiti caratterizzati da una dimensione transazionale o da particolare gravità, per cui si rende necessario l'affrontarli su basi comuni.

¹⁶ Tale fenomeno, riconosciuto in sede giurisprudenziale, è stato categorizzato come "integrazione negativa", e prevede per l'appunto che il primato del diritto dell'Unione Europea possa operare anche in relazione al diritto penale di ciascuno Stato. CGUE, Sentenza 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in Racc. 01125.

¹⁷ G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p.46.

¹⁸ CGUE, Sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04 e 360/04, *Placanica*, n Racc. I-01891.

¹⁹ Un esempio di questo fenomeno si è avuto in Italia con il caso S.A.I.L., riguardante un caso in cui la legge italiana attribuiva l'esclusiva della raccolta e della vendita del latte in una certa zona alla Centrale del latte, e che puniva con sanzioni penali la violazione dell'esclusiva. La Corte ritiene che le sanzioni di natura penale previste fossero contrarie al principio di non discriminazione "tra produttori e consumatori della Comunità", e in particolare con il regolamento comunitari disciplinanti il mercato comune del latte e dei prodotti caseari. CGUE, Sentenza 21 marzo 1972, C-82/71, *S.A.I.L.*, in Racc. 00119.

concorrenza e della libertà di circolazione di beni e persone.²⁰ Emblematico, al proposito, è quanto sostiene la Corte di Giustizia nel caso *Casati*, riguardante la materia della libera circolazione di capitali e che, oltre a chiamare in causa gli articoli 67, 69 e 71 del TCE,²¹ riguardava anche l'applicazione di due direttive adottate in attuazione dell'articolo 67 TCE.²² La Corte si esprime in maniera semplice ma inequivocabile: "In via di principio, la legislazione penale e le norme di procedura penale restano di competenza degli Stati membri. Tuttavia, dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che, anche in questo settore, il diritto comunitario pone dei limiti per quel che concerne le misure di controllo ch'esso consente agli Stati membri di mantenere in vigore nell'ambito della libera circolazione delle merci e delle persone. Le misure amministrative o repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario, le modalità di controllo non devono essere concepite in modo da limitare la libertà voluta dal Trattato e non è lecito comminare in proposito sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo a tale libertà".²³ Mitsilegas ha notato al proposito che la Corte ha giustificato il suo approccio sulla base della necessità di evitare l'erosione delle libertà poste dal diritto comunitario: e ha reiterato tale ragionamento in casi successivi, in riferimento a condotte penali anche molto diverse le une dalle altre.²⁴ La lettura della riportata giurisprudenza europea consente di concludere che l'azione dell'Unione Europea è idonea ad intervenire nella sfera di diritto penale degli Stati Membri ai fini di limitare la criminalizzazione di alcuni comportamenti; il principio sancito dalla Corte è molto chiaro: "anche se, in via di principio, la legislazione penale è

²⁰ V. Mitsilegas, in M. Guia, M. Van der Woude and J. Van der Leun, 2012, pp.87- 114.

²¹ I primi due articoli sono stati abrogati con l'adozione del Trattato di Lisbona, mentre il terzo è stato convertito nell'articolo 91 TFUE.

²² Direttiva dell'11 maggio 1960 e Direttiva del 18 dicembre 1962.

²³ CGUE, Sentenza 11 novembre 1981, C-203/80, *Casati*, in Racc. I-2595, par. 27 e 28.

²⁴ Si vedano il già richiamato caso *Placanica*, il caso *Calfa* (CGUE, Sentenza 19 gennaio 1999, C-348/96, *Calfa*, in Racc. I-011), il caso *Caowan* (CGUE, Sentenza 2 febbraio 1989, C-187/87, *Caowan*, in Racc. I-0195), il caso *Skanavi and Chryssanthakopoulos*, riferito alla condotta di guidare senza patente, nel quale la Corte ribadisce che "in assenza di una disciplina comunitaria in materia, la sanzione per l'ipotesi di violazione di un obbligo del genere rimane di competenza degli Stati membri. Tuttavia, secondo una giurisprudenza consolidata concernente l'inosservanza di formalità richieste per l'accertamento del diritto di soggiorno di un individuo tutelato dal diritto comunitario, gli Stati membri non possono comminare sanzioni sproporzionate che creerebbero un ostacolo alla libera circolazione delle persone e ciò avviene in particolare nel caso di pena detentiva (v., in particolare, sentenza 12 dicembre 1989, causa C-265/88, *Messner*, Racc. pag. 4209, punto 14). A motivo dell'incidenza che il diritto di condurre un autoveicolo ha per ciò che concerne l'esercizio effettivo dei diritti connessi alla libera circolazione delle persone, le medesime considerazioni si impongono per quanto riguarda la violazione dell'obbligo di sostituire la patente di guida". CGUE, Sentenza 29 febbraio 1996, C-193/94, *Skanavi and Chryssanthakopoulos*, in Racc. I-929, par. 36.

riservata alla competenza degli Stati Membri, da una costante giurisprudenza risulta che tuttavia il diritto comunitario pone limiti a tale competenza, non potendo, infatti, una tale legislazione limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario”.²⁵ E la Corte si è anche spinta oltre, osservando che “un regime sanzionatorio diretto ad assicurare l'applicazione di una normativa nazionale non conforme alle norme comunitarie deve essere dichiarato in contrasto con il diritto comunitario senza che sia necessario valutare la sua conformità ai principi di non discriminazione o di proporzionalità”.²⁶ Infine, è interessante osservare come il riconoscimento che il diritto europeo possa, in certa misura, limitare previsioni di diritto penale interno non è stato fatto proprio soltanto dalla giurisprudenza europea, ma anche da quella italiana di legittimità: la Corte di Cassazione ha più volte riconosciuto la possibilità di interferenza tra norme europee dotate di effetto diretto e legislazione penale interna, concludendo per la disapplicazione delle norme interne e l'assoluzione degli imputati perché “il fatto non è previsto dal legge come reato” o per la non configurabilità del reato.²⁷ La sottoposizione al giudizio della Corte di Giustizia, effettuata dai giudici italiani, di previsioni penali incriminatrici previste dal Testo Unico sull'immigrazione, per valutarne la compatibilità con il diritto europeo, non rappresenta, pertanto, un fenomeno nuovo. Per la prima volta, tuttavia, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla criminalizzazione dell'immigrazione irregolare: una materia appartenente alla sfera di libertà, sicurezza e giustizia, che prima dell'adozione del Trattato di Lisbona era disciplinato al di fuori alle regole del diritto comunitario e la cui sensibilità e delicatezza – per gli interessi chiamati in causa e la dimensione assunta dal fenomeno migratorio nell'ultimo decennio – è evidente. L'immigrazione irregolare rappresenta, è bene ricordarlo, una materia in cui le competenze tra Stati Membri e Unione Europea sono concorrenti, da cui segue che gli Stati sono liberi di legiferare, “nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria (competenza)” e nel rispetto

²⁵ CGUE, Sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04 e 360/04, *Placanica*, in Racc. I-01891.

²⁶ CGUE, Sentenza del 20 giugno 2002, C-388/00 e 429/00, *Radiosistemi Srl contro Prefetto di Genova*, in Racc. I-05845.

²⁷ Le materie interessate dalle decisioni della Corte di Cassazione sono state diverse: dal divieto di lavoro notturno (Cass. Pen., Sez. III, Sentenza del 1 luglio 1999, n. 9983); alla materia del contrabbando doganale (Cass. Pen. Sez. III, Sentenza del 17 marzo 2010, n. 16860; Cass. Pen. Sez. III, Sentenza del 4 luglio 2007, n. 36198); a quella delle scommesse (Cass. Pen., Sez. III, Sentenza del 28 marzo 2007, n. 16969, Cass. Pen., Sez. III, Sentenza del 22 ottobre 2008, n. 2417). Si veda la ricostruzione dettagliata compiuta da Natale, in A. Natale, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali – Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria*, 18 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

degli obiettivi europei;²⁸ l'azione statale sarà di conseguenza "ammissibile solo in quanto non pregiudichi l'uniforme applicazione delle norme dell'Unione (...) e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse":²⁹ tali assunti valgono in via generale, e quindi anche in materia penale. I richiamati principi di sussidiarietà e di leale cooperazione, saranno ripresi dalla Corte di Giustizia, come analizzato più avanti, per giustificare i limiti posti ad alcune norme criminalizzanti i comportamenti dei migranti irregolari, ma, al tempo stesso, per tracciare chiaramente il segno tra l'ambito entro il quale il diritto nazionale può essere legittimamente limitato e quello entro cui esso può applicarsi.

3.3 La mancata trasposizione della Direttiva Rimpatri nel diritto interno

La trattazione dei casi riguardanti la criminalizzazione dell'immigrazione irregolare in Italia è divisa in tre paragrafi, ciascuno corrispondente ad uno dei reati contenuti nel T.U.I. e sulla cui compatibilità con la Direttiva Rimpatri si è espressa la Corte tra il 2011 e il 2015. I tre casi - *El Dridi*, *Sagor* e *Celaj* - saranno preceduti da una introduzione di carattere generale riguardante il rapporto tra la direttiva in questione e il Testo Unico Immigrazione, tenendo conto degli effetti prodotti dalla prima sul diritto interno.

La Direttiva 115/2008, recante "norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", è stata adottata dal Consiglio e dal Parlamento Europeo il 16 dicembre 2008 e è entrata in vigore il 13 gennaio 2009 (20 giorni dopo la pubblicazione della stessa nella Gazzetta Ufficiale). Gli Stati Membri erano tenuti a conformarsi ad essa entro il 24 dicembre 2010. Lo strumento legislativo europeo della direttiva, infatti, necessita di essere trasposta negli ordinamenti degli Stati, a differenza dei regolamenti. Questi ultimi, secondo quanto previsto dall'articolo 288 TUE, sono obbligatori in tutti i loro elementi e "direttamente applicabili in ciascuno degli Stati Membri": si esprime così la concentrazione del potere normativo nelle mani delle istituzioni europee.³⁰ Al contrario, la direttiva si fonda sul principio di ripartizione di tali competenze normative, per cui questa "vincola lo Stato membro cui è

²⁸ Articolo 2, par. 2 TFUE

²⁹ CGUE, Sentenza 13 febbraio 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm e a. / Bundeskartellamt*, in Racc.00001.

³⁰ R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 166.

rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”.³¹ La trasposizione delle previsioni contenute nella direttiva spetta quindi allo Stato, che deve intervenire tramite un atto normativo per tradurre nell’ordinamento interno il contenuto della stessa:³² quello di attuazione si configura come un obbligo a carico di ogni Stato membro. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, tale obbligo può venire meno soltanto se le previsioni contenute nell’ordinamento nazionale siano già di per sé conformi a quanto previsto dalla direttiva da adottare.³³ Il fatto che le direttive europee debbano essere trasposte negli ordinamenti interni, del resto, non osta alla possibilità che queste dispieghino alcuni effetti diretti, che possono essere fatti valere dai soggetti interessati, a tutela dei diritti ad essi garantiti dalla direttiva, nei confronti dello Stato di appartenenza: secondo la Corte, “nei casi in cui le autorità (europee) abbiano, mediante direttive, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell’atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto”.³⁴ Questo avviene, tuttavia, soltanto quando non vi sia stata la trasposizione della direttiva o quando questa non sia stata attuata in modo completo:³⁵ di conseguenza, gli effetti diretti della direttiva si esplicano soltanto a partire dal termine di scadenza per l’attuazione della

³¹ Articolo 288 TUE.

³² Sulla scelta dell’atto cui ricorrere per l’azione della direttiva, la Corte di Giustizia è via via intervenuta per porre alcune precisazioni: la modalità più corretta consisterebbe nella trasposizione tramite un atto vincolante a carattere normativo equivalente a quello che sarebbe stato utilizzato nel diritto interno per realizzare spontaneamente un obiettivo analogo a quello voluto dalla direttiva. CGUE, Sentenza 15 marzo 1990, C-339/87, *Commissione c. Paesi Bassi*, in Racc. 880. La Corte ha inoltre escluso l’idoneità a tal fine di una “semplice circolare” o di “prassi amministrative per loro natura modificabili a piacimento dall’amministrazione e prive di una adeguata pubblicità”. CGUE, Sentenza 2 dicembre 1986, C-239/85, *Commissione c. Belgio*, in Racc. 03645 e CGUE, Sentenza 6 maggio 1980, C-102/79, *Commissione c. Belgio*, in Racc. 01473. La Corte si è poi pronunciata anche in riferimento alle circolari italiane: “Quanto alle diverse circolari prodotte dalla Repubblica italiana, è sufficiente ricordare che, conformemente a una giurisprudenza costante, semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dell’amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi imposti dal Trattato (v., in particolare, sentenza 16 dicembre 1997, causa C-316/96, *Commissione/Italia*, Racc. pag. 1-7231, punto 16)”. CGUE, Sentenza 11 novembre 1999, C-315/98, *Commissione c. Italia*, I-08001.

³³ CGUE, Sentenza 9 aprile 1987, C-363/85, *Commissione c. Italia*, in Racc.01733. Lo Stato membro è comunque tenuto a comunicare alla Commissione, prima della scadenza del termine per la trasposizione della direttiva, i motivi che rendono non necessaria l’adozione di misure di attuazione sul piano interno, per permettere all’istituzione di esprimersi in merito. CGUE, Sentenza 13 dicembre 1991, C-69/90, *Commissione c. Italia*, in Racc. I-06011.

³⁴ CGUE, Sentenza 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*, in Racc. 01337. La Corte, però, indica anche che è “opportuno esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra gli Stati membri ed i singoli”.

³⁵ CGUE, Sentenza 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*, in Racc. 01692.

direttiva; solo a partire da quel momento “potrà essere valutata l’esistenza e la misura precisa dell’adempimento a quell’obbligo”.³⁶ Prima del momento di scadenza per il termine di trasposizione, l’unico obbligo che grava sugli Stati Membri è quello di “astenersi dall’adottare disposizioni che possano gravemente compromettere la realizzazione del risultato che la direttiva prescrive”.³⁷ Tale obbligo, secondo la Corte, si estende anche ai giudici nazionali, i quali devono astenersi dall’applicare norme di diritto interno che possano essere contrastanti con gli obiettivi posti dalla direttiva da implementare.

I profili relativi agli effetti diretti delle direttive sopra esposti vengono in rilievo nell’esame del rapporto tra la legge italiana e la Direttiva Rimpatri, dal momento che il nostro legislatore non aveva provveduto, entro il termine del 24 dicembre 2010, ad implementare le misure della stessa. La trasposizione del diritto europeo nell’ordinamento italiano segue le regole poste dalla legge “La Pergola”,³⁸ poi integrate con la legge 4 febbraio 2005, n.11. Si prevede il ricorso annuale ad uno strumento legislativo che si occupi di riunire in un unico testo tutte le norme di legge necessarie ad adeguare l’ordinamento italiano alle previsioni europee.³⁹ La Direttiva Rimpatri, secondo quanto previsto dal nostro ordinamento, avrebbe dovuto essere recepita tramite la legge comunitaria del 2009,⁴⁰ con un meccanismo di delega al governo ai fini della trasposizione delle sue previsioni nel diritto interno. Oltre a tale strumento generale, poi, il Parlamento o il Governo italiano possono in ogni momento conformare la disciplina interna a quella europea anche tramite autonome leggi o regolamenti: tuttavia, nemmeno questo passaggio è stato compiuto per la Direttiva 2008/11/CE, con la conseguenza che, allo scadere del termine previsto, il nostro ordinamento non si era uniformato ai principi e alle regole procedurali posti dalla norma europea per l’espulsione degli stranieri

³⁶ R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 166.

³⁷ CGUE, Sentenza 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, in Racc. I-7411.

³⁸ Legge 9 marzo 1989, n. 86.

³⁹ Tale strumento era chiamato fino al 2012 “*legge comunitaria*”. Il sistema della legge comunitaria viene in parte modificato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234, “*Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea*”, momento a partire dal quale la “*legge comunitaria*” viene sdoppiata in due distinte leggi europee: la “*legge di delegazione europea*”, che ha come funzione quella di riunire tutte le deleghe al Governo, necessarie al recepimento delle direttive - e deve essere presentato alle Camere entro il 28 febbraio di ogni anno; e la “*legge europea*”, che contiene norme di attuazione diretta degli obblighi europei, ma non prevede un termine per la loro adozione. (Articolo 30, legge 234/2012).

⁴⁰ Legge n.96/2010. In tale legge non si fa alcuna menzione della direttiva rimpatri. Nè questa viene tenuta in considerazione nel corso della stesura della legge n.94/2009.

irregolari. Né la circolare del Ministero dell'Interno del 17 dicembre 2010, presto soprannominata *circolare Manganelli*, può essere vista come strumento di trasposizione del diritto comunitario, in forza di quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia.⁴¹ Tale circolare dimostra, invece, la consapevolezza, da parte del Ministero dell'Interno, che, nonostante non si sia impegnato a trasporla,⁴² la direttiva può produrre effetti diretti, nonché la consapevolezza del contrasto tra alcune regole del diritto interno con quelle del diritto europeo. Sono numerose, infatti, le previsioni del Testo Unico, come modificato nel 2002 e nel 2009, che appaiono in contrasto con la normativa europea.⁴³ Basti qui ricordare, prima di affrontare in modo dettagliato i singoli articoli, la dubbia conformità con due tra i principi cardine della Direttiva 115/2008: la predilezione per il sistema del rimpatrio volontario⁴⁴ e la progressività delle misure coercitive da applicarsi

⁴¹ Circolare 400/B/2010 del 17 dicembre 2010. Con riguardo alla posizione assunta dalla Corte di Giustizia in merito, si veda *supra*, nota 22. La Circolare del 2010 non può, inoltre, essere considerata come sufficiente strumento per la trasposizione delle previsioni della direttiva nemmeno da un punto di vista materiale e di contenuto. C. Favilli, "The implementation of the Return Directive in Italy", in K. Zwaan (a cura di), *The Returns directive: central themes, problem issues and the implementation in selected Member States*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011, p. 74. Si veda anche la posizione di L. D'Ambrosio, *Qualche ulteriore considerazione sulla illegittimità comunitaria della vigente disciplina amministrativa e penale in materia di espulsioni*, 8 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

⁴² Nella circolare, infatti, si impone agli organi di polizia incaricati dell'esecuzione dell'espulsione di accertare le situazioni dei migranti irregolari "caso per caso", in forza delle disposizioni della Direttiva Rimpatri. Si indica inoltre che, "decorso il termine del prossimo 24 dicembre, lo straniero attinto da un provvedimento finalizzato al suo rimpatrio potrebbe impugnarlo e chiedere, alla competente autorità giudiziaria, di eccepirne la difformità rispetto ai contenuti della normativa comunitaria. Il ricorso dello straniero potrebbe essere accolto poiché il giudice, in applicazione dei principi di diritto comunitario, è obbligato ad interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della Direttiva.". A sostegno di tale tesi si veda A. Converti, "Gli effetti della Direttiva 2008/115/CE nell'ordinamento italiano: l'esperienza del Tribunale di Teramo", in R. Del Coco, E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale - problemi di perseguibilità e di garanzie della normativa nazionale ed europea*, Accucci Editore, Bari, 2014, pp. 273-286.

⁴³ Sono diffusi i rilievi effettuati da parte della dottrina a tal proposito. Tra gli altri, si veda G. Amato, *Un sistema incompatibile con il diritto UE perché non privilegia il rimpatrio volontario*, in "Guida al Diritto", n.5, 2011, p. 24 ss. Al pari, una analitica comparazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva con i principi su cui si è assestata la normativa italiana in materia di espulsioni sono state svolte: dall'ASGI, all'interno del seminario di studi riguardante la Direttiva 2008/115/CE del 15 gennaio 2011 (G. Savio, *Verso una rivoluzione copernicana in materia di espulsioni? La direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) e le sue ricadute sull'attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei C.I.E.*, Seminario di studi ASGI – MD, Verona, 15 gennaio 2011.); e da A. Natale, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali – Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria*, 18 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁴ Tale scelta emerge chiaramente già dal Preambolo della direttiva: al considerando numero 10 si indica che: "Se non vi è motivo di ritenere che ci. possa compromettere la finalità della procedura di rimpatrio, si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario al rimpatrio forzato e concedere un termine per la partenza volontaria. Si dovrebbe prevedere una proroga del periodo per la partenza volontaria allorché lo si ritenga necessario in ragione delle circostanze specifiche del caso individuale. Al fine di promuovere il rimpatrio volontario, gli Stati membri dovrebbero prevedere maggiore assistenza e consulenza al rimpatrio e sfruttare al meglio le relative possibilità di finanziamento offerte dal Fondo europeo per i rimpatri".

qualora non il primo non sia possibile.⁴⁵ L'espulsione – o rimpatrio, nel linguaggio della Direttiva – coattiva, sarebbe modalità di applicarsi solo qualora il periodo di partenza volontaria non possa essere concesso o sia spirato senza che il soggetto si sia allontanato.⁴⁶ Si stabilisce una gradualità nella procedura di espulsione, che va dalle misure meno invasive nei confronti della libertà personale del soggetto a quelle maggiormente incisive, come la detenzione amministrativa; quest'ultima, tuttavia, può essere disposta solo come misura di “ultima istanza”, quando altre meno coercitive non siano sufficienti per il raggiungimento dell'obiettivo del rimpatrio. L'ordinamento italiano, invece, fonda il sistema dell'espulsione sulla coattività della modalità espulsiva (articolo 13, commi 3 e 4 T.U.I.⁴⁷) e prevede la possibilità di detenzione all'interno dei CIE tutte le volte in cui non sia “possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento”.⁴⁸ Tale ipotesi nella pratica si verificherà frequentemente visti, da un lato, il carattere generale della modalità di espulsione richiamata, e, dall'altro, le difficoltà pratiche e gli ostacoli burocratici che impediscono l'immediatezza della misura.⁴⁹ Inoltre, in caso di impossibilità di trattenimento nei CIE, il nostro sistema prevede l'emanazione da parte del Questore di un ordine di espulsione, la cui violazione

⁴⁵ Considerando n.13: “L'uso di misure coercitive dovrebbe essere espressamente subordinato al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.” Con riferimento alla misura del trattenimento si prevede che “Il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente.”

⁴⁶ L'articolo 7 della Direttiva ammette che gli Stati si “astengano dal concedere un periodo di rimpatrio volontario”, e di conseguenza l'espulsione coattiva soltanto in tre ipotesi ben definite: ove sussista il pericolo di fuga, quando la domanda di soggiorno è stata rigettata perché manifestamente infondata o fraudolenta e in caso di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale.

⁴⁷ In particolare si faccia riferimento alle previsioni secondo cui “L'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato” (comma 3) e “L'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al comma 5.” (comma 4).

⁴⁸ Articolo 14, c.1 T.U.I. Inoltre l'ordinamento italiano non contiene nessuna previsione volta al rilascio del migrante qualora non sussistano più possibilità concrete di espulsione, anzi anche quando la detenzione nei CIE non sia più possibile (per il decorso dei termini) o efficace, il soggetto può essere detenuto in forza del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore.

⁴⁹ Questo ha portato numeri autori ad evidenziare che il contrasto tra il diritto italiano e quello europeo in materia è di portata assai rilevante: Favilli sottolinea che “*in the national law voluntary departure is not even provided for as a possible way to execute the expulsion; coercitive measures alone are available and there is no gradualism in the execution of expulsion. This is the most evident contrast, and means that the two system differ radically*”. C. Favilli, in K. Zwaan, 2012, p. 77.

si configura come reato.⁵⁰ Lo schema risulta quindi capovolto rispetto alla prospettiva oggi dettata dal legislatore europeo.⁵¹

Un ulteriore aspetto problematico legato alla mancata trasposizione della direttiva entro il termine previsto, è da indentificarsi nella possibile violazione del principio di leale cooperazione, il quale si pone alla base del rapporto tra gli Stati Membri e l'Unione Europea, svolgendo una funzione centrale di tutela degli interessi dell'UE.⁵² In base all'articolo 4, par. 3 del TUE, "1. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. 2. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. 3. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione." Nel caso *Inter-Environment Wallonie*, del 1997, la Corte di Giustizia ha indicato come l'adozione di atti suscettibili di porsi in contrasto con una direttiva, nel periodo concesso per la trasposizione della stessa, sia contrario al principio di leale cooperazione.⁵³ Lo Stato, quindi, è tenuto ad utilizzare il tempo concesso tra l'adozione della direttiva e il termine per la sua trasposizione, per apprestare le misure il più soddisfacenti possibili ai fini della corretta e completa attuazione delle regole poste nel diritto europeo. Invece, l'adozione di atti

⁵⁰ Per una analisi dettagliata della normativa italiana antecedente alle modifiche apportate dal d.lgs. 89/2011, si rimanda a G. Savio, *Verso una rivoluzione copernicana in materia di espulsioni? La direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) e le sue ricadute sull'attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei C.I.E.*, Seminario di studi ASGI – MD, Verona, 15 gennaio 2011. Le differenze sistemiche nelle due discipline riguardano anche il divieto di reingresso, la possibilità di sospendere o rinviare l'espulsione, le misure riguardanti il trattenimento e la privazione della libertà personale.

⁵¹ Lo schema che disciplina l'espulsione a livello europeo è infatti: decisione di rimpatrio; rimpatrio volontario; (qualora non sia possibile) rimpatrio coattivo; trattenimento come misura di ultima istanza. Al contrario, la sequenza italiana è così ricostruibile: decreto prefettizio di espulsione (analogo alla cd. decisione di rimpatrio); esecuzione immediata dell'espulsione; ovvero: trattenimento presso un centro di identificazione e di espulsione; ovvero, in caso di impossibilità di trattenimento o di maturazione del termine massimo di trattenimento: emissione di un ordine di allontanamento entro cinque giorni; in caso di inottemperanza: arresto e assoggettabilità a custodia cautelare e a procedimento penale con pene sino a quattro-cinque anni. A. Natale, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali – Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria*, 18 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

⁵² M. Klammert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, p. 18.

⁵³ "A questo proposito, anche se gli Stati membri non sono tenuti ad adottare queste misure prima della scadenza del termine per la trasposizione, dal combinato disposto degli artt. 5, secondo comma, e 189, terzo comma, del Trattato e dalla stessa direttiva risulta che, in pendenza di tale termine, essi devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa." CGUE, Sentenza del 18 Dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environment Wallonie*, in Racc. I-7411.

contrari e incompatibili coi contenuti della direttiva in questione può essere sanzionabile tanto in forza dell'articolo 189 TCE (ora 288 TFUE, relativo alla disciplina delle direttive), quanto perché rappresenta una inosservanza del principio di leale cooperazione.⁵⁴ Nel caso oggetto di analisi, la violazione di tale principio si collega all'introduzione, ad opera della legge 94/2009 – quindi in seguito all'adozione della Direttiva Rimpatri – del reato di clandestinità. La legge del Pacchetto Sicurezza, infatti, non si limita soltanto a irrigidire le regole in materia di espulsioni coattive (la cui portata generale, come si è visto, sarebbe già di per sé profilabile come incompatibile con la Direttiva 2008/115), ma inserisce la punibilità in via penale dell'irregolarità dello straniero, configurandola come presupposto dell'espulsione: la sanzione della pena pecuniaria può essere infatti convertita nella pena dell'allontanamento. Il profilo di maggior criticità giace nel fatto che la previsione di tale reato sia stata accompagnata da una esplicita presa di posizione, da parte del governo, nel senso di una volontà di non adeguarsi ai principi (sul rimpatrio volontario) previsti dalla norma europea. Il Ministro dell'Interno infatti dichiarò che tra le funzioni dell'articolo 10-*bis* T.U.I. (il cd. reato di clandestinità) vi era anche quella di sottrarre le espulsioni, ordinate come sanzione sostitutiva per il reato in questione, all'applicazione della Direttiva Rimpatri. A sostegno di tale tesi, il Ministro adduceva che, in base a quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, lett.b) della direttiva, gli Stati Membri possono decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di paesi terzi “sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione”.⁵⁵ Il dubbio relativo al mancato rispetto del principio di leale cooperazione sarà, nel 2011, sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia. In ogni caso, la posizione del governo italiano nel biennio antecedente il termine di trasposizione

⁵⁴ C. Favilli, in K. Zwaan, 2012, pp.71-88, ma anche B. Nascimbene, *Direttiva Rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali*, in “Guida al Diritto”, n.20, 2011, pp. 10 ss.

⁵⁵ A tal proposito è significativo il testo dell'intervento del Ministro Maroni del 15 ottobre 2008, il quale ha anticipato l'adozione della legge n.94, davanti al Comitato Parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività dell'Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione: il Ministro sostiene la necessità della criminalizzazione dell'ingresso e soggiorno irregolari, “perché la direttiva europea stabilisce che la regola per l'allontanamento dei cittadini extra comunitari sarà l'invito ad andarsene e non l'espulsione, a meno che il provvedimento di espulsione sia conseguenza di una sanzione penale. Noi quindi vogliamo disegnare il reato di immigrazione clandestina o di ingresso illegale puntando principalmente sulla sanzione accessoria del provvedimento giudiziale di espulsione emanato dal giudice, piuttosto che sulla sanzione principale che sarà una sanzione pecuniaria. In questo modo possiamo procedere all'espulsione immediata con un provvedimento del giudice, applicando la direttiva europea ma eliminando l'inconveniente che ne pregiudicherebbe l'efficacia, perché come ha dimostrato l'esperienza italiana l'invito ad andarsene significa che nessuno verrebbe più espulso”.

della direttiva è indicativa della difficoltà – se non proprio della mancanza di volontà da parte di talune istituzioni – di riconoscere la primazia del diritto europeo anche nel contesto della gestione dell’immigrazione irregolare e di uniformarsi alle regole poste a livello sovranazionale.⁵⁶

In seguito allo scadere del termine per la trasposizione della direttiva – e visti i profili di criticità con riferimento al rispetto del diritto europeo cui si è accennato – si è aperto un dibattito, in dottrina e tra i praticanti del diritto, su quale fosse la strada da seguire per ricucire lo strappo tra diritto italiano e europeo. In caso di contrasto tra diritto interno e diritto dell’UE, infatti, vi sono alcuni passaggi, istituzionalmente necessari, da percorrere. In primo luogo il giudice nazionale deve tentare la via dell’interpretazione conforme del diritto nazionale: deve cioè cercare di interpretare le disposizioni normative interne in maniera “comunitariamente orientata”,⁵⁷ al fine di garantire il conseguimento del risultato ricavabile dalla lettera e dallo scopo perseguito dalla direttiva.⁵⁸ Qualora, invece, non sia possibile dare un’interpretazione conforme al diritto interno, si aprono diverse strade possibili. La prima è la disapplicazione della normativa dello Stato Membro, purché alla norma europea possa riconoscersi effetto diretto.⁵⁹ Come sopra richiamato, l’effetto diretto può essere dispiegato tanto dai Trattati, quanto da regolamenti e direttive, qualora queste contengano il riconoscimento di un diritto per l’individuo interessato e le cui prescrizioni siano sufficientemente chiare, precise e non condizionate da altri atti dell’Unione o dello Stato in questione.⁶⁰ Bisogna per altro ricordare che gli effetti diretti della direttiva non possono essere considerati suoi propri, ma dipendono da specifiche disposizioni della stessa, le quali per poter determinare tali effetti devono avere un contenuto precettivo sufficientemente chiaro e preciso.⁶¹ Qualora, invece, vi siano dei

⁵⁶ Tra gli altri, Favilli, ha commentato molto chiaramente che “*a State, which changes its law in order to avoid the implementation of the Directive goes against the requirement of EU law, as rather than using the transposition time to make every attempt to implement the Directive, the State is exploiting this period to think up a strategy to avoid implementation*”. C. Favilli, in K. Zwaan, 2012, p. 73.

⁵⁷ G. Tesauro, *Diritto dell’Unione Europea, Settima Edizione*, Cedam, Padova, 2010, p.91 e ss. e p.194 e ss.

⁵⁸ CGUE, Sentenza del 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, in Racc. I-04135.

⁵⁹ Tale principio, statuito dalla Corte di Giustizia in numerose occasioni, è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana con la sentenza n.170/1984. Corte Cost., Sentenza n. 170/1984, 8 giugno 1984.

⁶⁰ G. Tesauro, *Diritto dell’Unione Europea, Settima Edizione*, Cedam, Padova, 2010, p. 150 e ss.

⁶¹ CGUE, Sentenza 23 febbraio 1994, C-236/92, *Regione Lombardia*, in Racc. I-00483. Anche la Corte Costituzionale ha riconosciuto al riguardo che “la diretta applicabilità, in tutto od in parte, delle prescrizioni delle direttive comunitarie non discende unicamente dalla qualificazione formale dell’atto fonte, ma richiede ulteriormente il riscontro di alcuni presupposti sostanziali: la prescrizione deve essere

dubbi circa la portata dell'effetto diretto di una norma UE, o questo sia da escludere, due sono ancora le vie percorribili: a) il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in casi di dubbi sulla portata della norma; b) la presentazione alla Corte Costituzionale di una questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 11 e 117 Cost. È proprio all'interno del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si avviò circa il rapporto tra la Direttiva Rimpatri, non recepita nell'ordinamento italiano, e il sistema nazionale delle espulsioni, come contenuto nel T.U.I., che si giunse a sottoporre alla Corte di Giustizia alcune delle questioni maggiormente spinose. La Corte si è pronunciata così tanto sugli effetti della direttiva, quanto sul rapporto tra una norma penale dell'ordinamento italiano con quello europeo.

3.4. L'articolo 14, comma 5-ter e 5-quater T.U.I. e la sua compatibilità con la Direttiva Rimpatri: il caso El Dridi

Con la sentenza El Dridi, del 28 aprile 2011,⁶² la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è, dunque, pronunciata sulla compatibilità del reato previsto all'articolo 14, comma 5-ter, con la Direttiva Rimpatri. Il possibile contrasto tra le normative in questione è stato portato all'attenzione dell'organo giudiziario europeo tramite la procedura di rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE. Tale articolo prevede una competenza della Corte non contenziosa, ma che riguarda questioni di interpretazione dei Trattati e di interpretazione e validità degli atti compiuti dalle istituzioni e dagli organi dell'UE. Questa competenza è di fondamentale importanza per garantire l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione del diritto europeo da parte degli Stati Membri; attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, la Corte di Lussemburgo non è chiamata a risolvere direttamente le singole controversie pendenti davanti ai giudici nazionali, ma piuttosto a definire con maggior precisione i contenuti e le nozioni del diritto dell'Unione, con lo scopo di fornire elementi utili ai giudici nel loro compito di applicazione dello stesso. Inoltre, la competenza pregiudiziale è anche diventata uno strumento a tutela dei

incondizionata (sì da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri nella loro attuazione) e sufficientemente precisa (nel senso che la fattispecie astratta ivi prevista ed il contenuto del precetto ad essa applicabile devono essere determinati con completezza, in tutti i loro elementi), ed inoltre lo Stato destinatario - nei cui confronti (e non già nei confronti di altri) il singolo faccia valere tale prescrizione - deve risultare inadempiente per essere inutilmente decorso il termine previsto per dar attuazione alla direttiva". Corte Cost., Sentenza n.168/1991, 18 aprile 1991.

⁶² CGUE, Sentenza del 28 aprile 2011, C-61/11, El Dridi, in Racc. I-03015.

diritti garantiti dalle norme UE agli individui: spesso, infatti, alla Corte vengono sottoposte questioni che vertono formalmente sull'interpretazione di una disposizione normativa, ma che in realtà consentono, in questo modo, di mettere in discussione una norma o una prassi interna dello Stato ritenuta non conforme ai diritti stabiliti dal legislatore europeo.⁶³ Questo è quanto accaduto nel caso in esame, in cui il rispetto dei diritti fondamentali degli individui e, in particolare, della libertà personale giocavano un ruolo rilevante: la Direttiva Rimpatri, infatti, ha come obiettivo quello di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali, la cui importanza è stata anche evidenziata dalla pronuncia della Corte.

Il rinvio pregiudiziale del caso oggetto di analisi è stato effettuato da parte del Tribunale di Trento: nel corso di un procedimento penale contro il sig. El Dridi, a cui era stato contestato il reato di inottemperamento all'ordine del Questore, il Tribunale ha chiesto che il rinvio pregiudiziale fosse esaminato sulla base di una procedura d'urgenza, dal momento che l'imputato era al momento detenuto.⁶⁴ Il Tribunale ha formulato la sua domanda nei seguenti termini: "Deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione, la seguente questione pregiudiziale di interpretazione: 'se alla luce dei principi di leale collaborazione, all'effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena, gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino: 1) alla possibilità che venga sanzionata penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente; 2) alla possibilità che venga punita con la reclusione sino a quattro anni la mera mancata cooperazione dell'interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l'ipotesi di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa'".⁶⁵ La decisione della Corte d'Appello di Trento di interpellare l'organo di giustizia dell'Unione si colloca in una precedente situazione di

⁶³ R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 351.

⁶⁴ Secondo l'articolo 104 del regolamento di procedura della Corte, "Su domanda del giudice del rinvio o, in via eccezionale, d'ufficio, quando la natura della causa richiede un suo rapido trattamento, il presidente della Corte, sentiti il giudice relatore e l'avvocato generale, può decidere di sottoporre un rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato, in deroga alle disposizioni del presente regolamento." Per una più dettagliata ricostruzione dei fatti del presente caso, si faccia riferimento a A. Di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁶⁵ Corte d'Appello di Trento, Ordinanza del 2 febbraio 2011.

dibattito e incertezza in merito all'applicabilità delle norme interne riguardanti l'espulsione dei migranti irregolari e la legittimità delle previsioni penali previste dal T.U.I. in tale contesto.⁶⁶ È quindi opportuno dar brevemente conto delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza con specifico riferimento al rapporto tra i reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, i quali prevedono la sanzione della pena detentiva fino a cinque anni, con gli articoli della Direttiva Rimpatri che disciplinano il trattenimento (artt. 15 e 16). Le posizioni assunte da parte della dottrina costituiscono infatti una importante chiave di lettura ai fini dell'interpretazione delle conclusioni cui è giunta la Corte di Giustizia, nel determinare se vi sia o meno un conflitto tra il diritto penale interno e quello europeo.

3.4.1 Il dibattito in dottrina e in giurisprudenza

Il dibattito circa gli effetti della Direttiva Rimpatri sul sistema italiano ha investito in primo luogo le previsioni penali di cui all'articolo 14, comma 5-ter, che punisce la violazione all'ordine di allontanamento del questore con una pena detentiva la cui misura varia dai sei mesi a quattro anni; e di cui all'articolo 14, comma 5-quater, che prevede parimenti una pena detentiva per lo straniero che continui a trattenersi sul territorio italiano. Le posizioni assunte dai diversi autori e dai giudici nazionali, chiamati a giudicare su tali reati, hanno avuto ad oggetto differenti questioni problematiche.

a) *Effetti diretti della Direttiva 2008/115/CE*. La prima controversia, cui sopra si è già accennato, chiama in causa la diretta efficacia della Direttiva Rimpatri. Ebbene, secondo alcuni autori, nessuna delle disposizioni della direttiva poteva essere considerata chiara, precisa e inequivocabile, al punto da poter determinare effetti diretti. È opportuno, tuttavia, evidenziare come, ancor prima di indagarne la diretta applicabilità, parte della dottrina abbia negato che la direttiva potesse essere in qualche modo incompatibile con le norme italiane;⁶⁷ a tale tesi ha aderito anche parte della giurisprudenza: particolare

⁶⁶ Tanto è vero che simili rinvii pregiudiziali erano stati proposti anche dal Tribunale di Milano, in data 4 gennaio 2010 e dal Tribunale di Rovereto, con l'ordinanza del 27 gennaio 2011.

⁶⁷ “Deve peraltro dubitarsi che la direttiva rimpatri abbia efficacia diretta. [...] Orbene, se appare chiaramente integrato il requisito della scadenza del termine per l'attuazione (effettivamente scaduto il 24 dicembre 2010), la parziale puntualità della disciplina della direttiva non consente di trascurare il fatto che la medesima non può ritenersi affatto incondizionata e precisa, per gli spazi lasciati alla discrezionalità del legislatore nazionale. [...] Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, deve rilevarsi come possa addirittura

rilievo hanno assunto in tale dibattito le argomentazioni della sentenza del Tribunale di Pisa dell'11 gennaio 2011, nonché il ricorso per cassazione proposto dalla Procura di Torino contro la sentenza del 5 gennaio 2011.⁶⁸ Altra parte della dottrina, invece, pur riconoscendo un contrasto tra i due apparati normativi in questione, ha sostenuto che questo dovesse essere risolto dalla Corte Costituzionale, in quanto organo competente a conoscere la conformità del diritto italiano con quello europeo, quando quest'ultimo non possa esplicare effetti diretti.⁶⁹ Infine, discostandosi dalle posizioni precedenti, numerosi tribunali hanno disapplicato le norme del T.U.I. considerate incompatibili con la Direttiva Rimpatri; la disapplicazione disposta dai giudici ha riguardato talvolta il provvedimento amministrativo alla base dell'ordine di espulsione (assumendo la sua incompatibilità con l'articolo 7, par.1 della Direttiva, che prevede il rimpatrio volontario, con un termine minimo per la partenza di 7 giorni),⁷⁰ ma più spesso è stata disposta la disapplicazione della norma penale già richiamata:⁷¹ tale ultimo orientamento era stato auspicato in dottrina ancora prima della scadenza del termine di trasposizione.⁷² A fronte di numerosi

dubitarsi di un effettivo contrasto delle specifiche previsioni penali contenute nell'art. 14 d.lgs. n.286/98 con quelle della direttiva rimpatri.[...] Il contrasto tra norma comunitaria e norme interne deve, quindi, ritenersi con la procedura amministrativa di accompagnamento alla frontiera, senza che la direttiva impedisca che lo Stato, dato un termine per la partenza volontaria, sanzioni penalmente chi non ottemperi. In assenza di contrasto sembra, quindi, che non possano ritenersi esperibili in sede penale neppure le vie della pregiudiziale interpretativa o della questione di costituzionalità" T. Epidendio, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione - Intervento nel dibattito*, 20 gennaio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁸ Ma si devono ricordare anche, per una simile presa di posizione: Tribunale di Verona, Sentenza del 18 gennaio 2011; Tribunale di Verona, Sentenza del 20 gennaio 2011; Tribunale di Bologna, Sentenza del 29 dicembre 2010; Tribunale di Pavia, Sentenza del 18 gennaio 2011; Tribunale di Milano, Ordinanza 18 gennaio 2011; Tribunale di Milano, Ordinanza 11 febbraio 2011.

⁶⁹ Secondo Focardi "In particolare, una norma penale interna può essere rimossa solo con un intervento positivo da parte del legislatore, per cui in nessun caso una norma Comunitaria può essere self-executing in relazione alla abrogazione di un reato. Resta se del caso da valutare la legittimità costituzionale della norma incriminatrice interna, ove in contrasto con il Diritto Comunitario". F. Focardi, *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all'art.14 c.5 ter e 5 quater d. lgs. 286/1998*, www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁰ Tribunale di Cagliari, Sentenza del 14 gennaio 2011; Tribunale di Torino, Sentenza del 8 gennaio 2011.

⁷¹ Alcuni giudici hanno optato per l'adozione della formula assoluta "perché il fatto non sussiste", sul presupposto che la disapplicazione derivante dalla Direttiva Rimpatri "oscurerebbe un elemento costitutivo del reato"; altri invece hanno fatto ricorso alla formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", sul presupposto dell'effetto abrogativo della direttiva sulla fattispecie penale. Tra i primi, si vedano le sentenze del Tribunale di Torino del 3 gennaio 2011 (giudici La Gatta) e dell'8 gennaio 2011 (giudice Salvatori); tra i secondi, invece, è opportuno menzionare la sentenza del Tribunale di Torino del 5 gennaio 2011 (giudice Bosio) e quelle del Tribunale di Teramo del 21 febbraio e 4 marzo 2011 (giudice Converti). Per una analisi approfondita, si veda A. Converti, "Gli effetti della Direttiva 2008/115/CE nell'ordinamento italiano: l'esperienza del Tribunale di Teramo", in R. Del Coco, E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale - problemi di perseguibilità e di garanzie della normativa nazionale ed europea*, Accucci Editore, Bari, 2014, pp. 273-286. Parimenti dettagliata è la relazione di A. Natale, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 - Orientamenti giurisprudenziali - Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria*, 18 febbraio 2011, su www.penalecontemporaneo.it.

⁷² L. Maserà, F. Viganò, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", n.2, 2010, pp. 560-596.

giudici che hanno scelto di disapplicare il diritto italiano, a loro parere non conforme alla direttiva, infine, vi sono anche alcuni Tribunali che hanno scelto la via intermedia della proposizione della questione pregiudiziale, come sopra richiamato.

b) *Il rapporto tra diritto penale interno e diritto dell'Unione Europea*. La tematica degli effetti diretti della normativa europea non è stata l'unica a vedere le posizioni di dottrina e giurisprudenza orientarsi su assunti differenti. Tra gli argomenti di contrasto vi è stato anche quello, che assume particolare importanza per il presente lavoro, del rapporto tra il diritto europeo e il diritto penale. Tale rapporto, secondo parte della dottrina, si svolge su "due piani differenti", situazione che impedirebbe al diritto dell'Unione di influenzare in qualsiasi modo quello penale. Infatti, è stato sostenuto che le istituzioni dell'Unione, anteriormente al Trattato di Lisbona, non avessero nessuna competenza né a legiferare, né ad influenzare in altro modo la sfera penale degli Stati Membri: con la conseguenza che non si potrebbe nemmeno giungere ad ipotizzare una disapplicazione della fattispecie penale incriminatrice in forza dell'impatto del diritto comunitario.⁷³ Tale tesi è poi stata fatta propria anche dalla giurisprudenza, tra cui spiccano l'ordinanza del Tribunale di Milano del 18 gennaio 2011, ma anche il già citato ricorso per cassazione formulato dalla Procura della Repubblica di Torino: qui si sostiene che la direttiva non avrebbe potuto vietare allo Stato di prevedere un reato come quello in questione, "dal momento che, prima della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le istituzioni comunitarie non avevano competenza ad emanare atti dotati di diretta efficacia penale nell'ordinamento dello Stato membro (come regolamenti o direttive autoapplicative)".⁷⁴ Tali tesi – contestate nel corso del fruttuoso dibattito che ha preceduto la pronuncia della Corte di Giustizia⁷⁵ – non soltanto non paiono conformi ad una corretta interpretazione sull'efficacia del diritto dell'Unione all'interno degli Stati, ma confondono il piano delle competenze attribuite alle istituzioni europee in ambito penale con quello dei limiti che le norme dell'Unione possono porre alla legislazione nazionale - compresa quella di natura penale. È già stata precedentemente illustrata l'idoneità del diritto dell'Unione a

⁷³ "Pertanto, anche ove si riconoscesse diretta efficacia alla direttiva comunitaria, questa comporterebbe "solo" la disapplicazione dell'atto amministrativo di allontanamento e mai la inapplicabilità diretta della norma penale di cui all'art. 14 d. lgs. n.286/98, trattandosi di norma che, in quanto penale, prima del Trattato di Lisbona e in base al citato Protocollo sulle disposizioni transitorie, non rientra direttamente nell'ambito di rilevanza comunitaria." T. Epidendio, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione - Intervento nel dibattito*, 20 gennaio 2011, su www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁴ Procura generale di Torino, 9 febbraio 2011, reperibile su www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁵ Si veda, per gli altri, F. Viganò, *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater: sette repliche ad altrettante obiezioni*, 27 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

limitare i precetti penali, idoneità per altro riconosciuta anche dalla Corte di Cassazione, e a tale paragrafo si rimanda per una completa ricostruzione della questione. Sarà poi la stessa Corte di Giustizia a tracciare il confine entro il quale la sfera penale degli Stati può essere intaccata in conseguenza all'applicazione del diritto UE in materia di immigrazione irregolare.

c) *Il contrasto tra l'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater e gli articoli 15 e 16 della Direttiva in ragione della tutela della libertà personale.* Infine, ha assunto rilievo peculiare l'argomento della privazione della libertà del migrante e delle garanzie poste a sua tutela: proprio su tale argomento si innesta la principale tesi a sostegno del contrasto con la Direttiva Rimpatri. Il profilo problematico della privazione di libertà dello straniero nel corso della procedura di espulsione è stato affrontato dalla Corte di Lussemburgo già nella sentenza del 30 novembre 2009, caso *Kadzoev*, che ha, per l'appunto, riguardato l'interpretazione degli articoli 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE e ha posto precisi limiti alla detenzione amministrativa – tanto con riguardo alla durata quanto in riferimento ai presupposti per il trattenimento – stabilendo che lo straniero deve essere immediatamente rilasciato qualora non “esista più alcuna prospettiva di allontanamento”.⁷⁶ Il carattere garantista della pronuncia della Corte conferma la rilevanza del diritto alla libertà personale, che può essere limitata solo come *ultima ratio* e per i fini strettamente delineati dalla Direttiva. La questione della privazione di tale libertà è stata centrale anche nella riflessione riguardante i reati di cui all'articolo 14 T.U.I. commi 5-ter e 5-quater. I primi che hanno richiamato l'attenzione su tali profili sono stati Viganò e Masera, i quali hanno sostenuto con plurime argomentazioni l'illegittimità comunitaria delle norme interne incriminatrici e la conseguente paralisi

⁷⁶ CGUE(Grande Sezione), Sentenza del 30 novembre 2009, C-357/09, *Kadzoev*, in Racc. I-11189. In tale sentenza, per altro, la Corte ha mostrato di riconoscere agli artt. 15 e 16 della direttiva non solo un effetto diretto, ma anche un effetto retroattivo; questa è la stessa conclusione cui giunge Natale: “Concludendo l'esame della sentenza Kadzoev, si deve quindi osservare che: in essa si assume come dato non controverso che il trattenimento è misura privativa della libertà; la privazione della libertà in tanto si giustifica, in quanto sia funzionale all'esecuzione del rimpatrio e/o dell'allontanamento; le norme che prevedono la durata massima del trattenimento e quelle che ne prevedono addirittura la cessazione prima del termine massimo in caso di “scarsa probabilità” di procedere all'espulsione hanno effetto diretto; quelle stesse norme hanno altresì effetto retroattivo” A. Natale, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali – Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria*, 18 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

Per una analisi del caso e del suo rapporto con la compatibilità del diritto italiano con la Direttiva Rimpatri, si veda anche B. Nascimbene, *Direttiva Rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali*, in “Guida al Diritto”, n.20, 2011, pp.

dell'*effetto utile* della direttiva.⁷⁷ Gli autori evidenziano in primo luogo il duplice scopo che la Direttiva Rimpatri si pone: da un lato, quello di assicurare una effettiva politica di rimpatrio dei migranti irregolari; dall'altro, l'esigenza di portare avanti tali rimpatri nel pieno rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri coinvolti.⁷⁸ Sebbene il rispetto dei diritti fondamentali sia vincolante per le istituzioni e gli Stati Membri nell'applicazione del diritto europeo, in forza degli articoli 6 TUE e 51 della Carta dei Diritti Fondamentali, il riferimento a questi ultimi, in più punti della direttiva, richiama la sensibilità del tema. Può, inoltre, essere letto come espressione della volontà di ribadire l'esigenza di mettere in atto il rimpatrio dei migranti senza pregiudicare alcune garanzie minime; tanto più in un contesto - quello dell'immigrazione irregolare - ove spesso i soggetti in questione subiscono delle forti restrizioni ai loro diritti. Da ciò segue, secondo Viganò e Masera, la cui tesi è condivisa da chi scrive, che l'interesse statale alla effettiva espulsione degli stranieri irregolari deve trovare un giusto bilanciamento con "le esigenze del rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini extracomunitari in quanto principi generali dello stesso diritto comunitario, la cui tutela la direttiva assume quale proprio scopo autonomo accanto a quello dell'efficace controllo dei flussi migratori e della garanzia dell'effettività delle espulsioni".⁷⁹ Il profilo più consistente in riferimento all'incompatibilità dell'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater con la Direttiva Rimpatri riguarda quindi il rispetto della libertà personale nelle more del procedimento di rimpatrio. Tale libertà, secondo quanto si ricava dagli articoli 15 e 16, può essere limitata nel corso dell'espulsione soltanto come *ultima ratio*, quando cioè non sia possibile ottenere lo stesso risultato con modalità meno invasive. L'articolo 15 inoltre indica – seppur solo in via esemplificativa – le ipotesi in cui si può ricorrere al trattenimento: la sussistenza del pericolo di fuga e il caso in cui lo straniero stesso ostacoli il rimpatrio.⁸⁰ Sono poi

⁷⁷ L. Masera, F. Viganò, 2010, pp. 560-596.

⁷⁸ Gli obiettivi che si prefigge la direttiva sono facilmente identificabili alla lettura dei considerando iniziali; con particolare attenzione alla tutela dei diritti umani, si vedano il considerando n.2 (istituire "un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità"); il considerando n.11 ("stabilire garanzie giuridiche minime comuni sulle decisioni connesse al rimpatrio, per l'efficace protezione degli interessi delle persone interessate"); il considerando n. 17 ("I cittadini di paesi terzi che sono trattenuti dovrebbero essere trattati in modo umano e dignitoso, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in conformità del diritto nazionale e internazionale"); e infine il n.24 ("La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.")

⁷⁹ L. Masera, F. Viganò, 2010, p. 564.

⁸⁰ Articolo 15, par. 1, lett. a e b.

specificati limiti temporali per la detenzione e vengono posti alcuni limiti, eccezionalmente derogabili, circa le modalità di tale trattenimento.⁸¹

L'iter logico seguito da Masera e Viganò è costruito sull'assunto secondo il quale la privazione della libertà, cui è soggetto lo straniero nel corso della procedura di espulsione, non possa ritenersi conforme alle limitazioni imposte dalla direttiva agli artt. 15 e 16. La previsione, nell'ordinamento italiano, sia della misura della detenzione amministrativa che della detenzione di natura penale susseguente alla violazione dell'ordine del questore, "crea un *doppio binario di misure privative della libertà personale*, formalmente riconducibile a titoli distinti ma che colpiscono gli stessi soggetti in relazione allo stesso presupposto di fatto, con connesso rischio di elusione dei termini massimi e delle garanzie previste dalla Direttiva per il solo trattenimento amministrativo".⁸² La ragione della incompatibilità tra il reato di inottemperanza all'ordine del questore e della permanenza sul territorio italiano non viene quindi individuata nella semplice natura criminosa della previsione: viene infatti notato che la direttiva non definisce specificatamente le modalità tramite le quali l'espulsione deve avvenire, non imponendo, ma nemmeno vietando espressamente, il ricorso allo strumento penale. Al tempo stesso, tuttavia, secondo l'articolo 15 la misura del trattenimento può essere imposta nel corso del procedimento di rimpatrio soltanto come modalità per agevolare l'espulsione del migrante e non come sanzione punitiva per il comportamento di non allontanamento da lui tenuto. In breve, le incriminazioni di cui all'articolo 14 non rappresentano soltanto un "intervento incidentale del diritto penale nell'ambito di una procedura di espulsione amministrativa", intervento che di per sé non pare ostacolato dal testo della direttiva in questione, ma piuttosto un "intervento idoneo a produrre consistenti privazioni della libertà personale (in conseguenza della sequenza arresto/misura cautelare/reclusione) diverse, e comunque ulteriori, rispetto alla detenzione amministrativa (trattenimento) disciplinata dalla direttiva UE".⁸³ Tali privazioni si devono in primo luogo alla durata della pena detentiva: questa supera di gran lunga il limite dei 18 mesi (già severamente criticato al momento dell'adozione della direttiva⁸⁴) di cui all'articolo 15. Codesto limite è suscettibile di essere superato soprattutto a causa della successione tra detenzione nei

⁸¹ Articolo 15, par. 5 e 6; Articolo 16, par. 1.

⁸² L. Masera, F. Viganò, 2010, p.576. Tale tesi è stata condivisa da Converti, Amato e Nascimbene.

⁸³ L. Masera, F. Viganò, 2010, *ibid.*

⁸⁴ United Nations Press Release: United Nations experts express concern about the proposed European Union Return Directive, 18 July 2008. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=8440&LangID=E>.

CIE e reclusione in carcere, che – in base alla configurazione dell’articolo 14 come modificato nel 2009 – si poteva ripetere numerose volte, e anzi era potenzialmente senza limite.⁸⁵ In secondo luogo le implicazioni relative alla privazione della libertà conseguente alle incriminazioni di cui all’articolo 14 T.U.I., differiscono fortemente dai presupposti su cui la direttiva fonda la detenzione. Manca, nel momento in cui la misura deve essere comminata da parte del giudice penale, un vaglio sull’effettiva impossibilità di procedere immediatamente all’allontanamento coattivo e sull’opportunità di ricorrere ad altre misure meno incisive nei confronti della libertà personale; manca il periodico riesame del trattenimento disposto dall’articolo 15, par. 3; manca l’obbligo di rilasciare lo straniero “quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi”.⁸⁶ Infatti, “nulla di tutto ciò può accadere in relazione alla pena detentiva inflitta con la condanna per i delitti di cui ai co. 5 ter e 5 quater, la cui durata è ovviamente predeterminata dal giudice al momento della condanna senza alcun vaglio sulla effettiva funzionalità della detenzione rispetto all’obiettivo finale dell’allontanamento e che non può essere fatta cessare qualora tal requisiti vengano meno durante l’esecuzione, o quando comunque risulti evidente l’impossibilità di procedere all’allontanamento coattivo”.⁸⁷ Il ragionamento svolto da Viganò e Masera, sulla base del quale la Corte d’Appello di Trento ha poi rinviato alla Corte di Giustizia una domanda pregiudiziale in rapporto all’illegittimità dell’articolo 14, comma 5-ter,⁸⁸ è di particolare interesse in quanto viene invocato il rispetto delle garanzie individuali dei soggetti coinvolti, nell’esame di un caso che chiama in causa il fenomeno di criminalizzazione dei migranti. Nondimeno, secondo gli autori, la criminalizzazione delineata nel T.U.I non è di per sé contraria alla Direttiva Rimpatri, ma lo è soltanto in quanto si ponga in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali, e quindi con uno degli obiettivi espressi della direttiva.⁸⁹ Si vedrà come, similmente, anche la Corte di Giustizia

⁸⁵ L. Masera, F. Viganò, 2010, p. 577. Inoltre gli autori evidenziano che tale possibilità è tutt’altro che infrequente nella pratica, ed anzi frequentemente accade cielo straniero espulso e già inutilmente trattenuto in un CIE, imputato del delitto di cui all’art.14 co. 5-ter, venga in effetti arrestato e condannato ad una pena detentiva non sospesa di durata non inferiore ad un anno.

⁸⁶ Articolo 15, par. 4.

⁸⁷ L. Masera, F. Viganò, 2010, p.581.

⁸⁸ Non a caso l’avvocato di parte privata nel caso El Dridi, tanto davanti al giudice italiano, quanto nel corso del procedimento davanti alla Corte di Giustizia, fu l’avv. Luca Masera. Si veda, al proposito, la sua posizione riassunta nell’intervento orale da parte dell’avvocato durante l’udienza del 30/03/2011, su www.penalecontemporaneo.it

⁸⁹ Come puntualizzato da Viganò, gli autori non sostengono che la direttiva Rimpatri “osterebbe tout court alla alla previsione come reato, da parte dello Stato membro, dell’inottemperanza all’ordine di allontanamento. amministrativa. La tesi lascia del tutto impregiudicato questo profilo, assumendo piuttosto

si sia concentrata, nella sua pronuncia, non soltanto sull'astratto rapporto tra criminalizzazione ad opera del diritto interno e diritto europeo, ma soprattutto sulla violazione da parte del diritto italiano di quello che è – a detta della Corte – l'obiettivo primario della direttiva in questione: l'effettivo rimpatrio dei migranti irregolari. L'*effetto utile* della Direttiva, cui si richiama tanto la dottrina italiana, quanto la Corte di Giustizia, è interpretato in modo diverso: secondo Viganò e Masera, *l'effetto utile* è quello del dispiegamento della procedura di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali. Secondo gli autori, dal momento che il giudice deve dare del testo normativo comunitario l'interpretazione che consenta alla norma di conseguire in pratica il proprio scopo di tutela, e comunque non deve dare al testo un'interpretazione che addirittura precluda alla norma di raggiungere tale scopo,⁹⁰ l'articolo 14, comma 5-ter e 5-quater devono essere disapplicati. L'utilizzo del diritto penale pregiudicherebbe infatti sia lo scopo di tutela dei diritti fondamentali e in particolare della libertà personale, sia quello di immediato allontanamento dello straniero irregolare, in conseguenza dell'imprigionamento del soggetto e quindi dalla sua prolungata presenza sul territorio.

d) *Obiezioni e repliche alla tesi dell'incompatibilità*. La tesi sopra citata è stata successivamente condivisa e ripresa da una parte consistente della dottrina e fatta propria dalla giurisprudenza in alcune sentenze,⁹¹ che hanno così deciso per la disapplicazione dell'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater e la conseguente non punibilità degli stranieri irregolari accusati di quei reati. Al contempo, tuttavia, si sono sollevate voci discordanti e argomentazioni contrapposte, che hanno sottolineato in particolare la differente natura della detenzione amministrativa rispetto a quella penale, profilo sollevato ad esempio dalla procura di Torino nel ricorso per cassazione proposto contro la sentenza del 5 gennaio 2011.⁹² Perfettamente comprensibile pare infatti l'obiezione secondo cui altro è

– e unicamente – che la direttiva osta alla previsione da parte dello Stato di pene detentive, come tali necessariamente sottratte alle garanzie della libertà personale dello straniero apprestate dagli articoli 15 e 16 della direttiva, in conseguenza della mera mancata cooperazione dello straniero alla procedura amministrativa di rimpatrio". F. Viganò, *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater: sette repliche ad altrettante obiezioni*, su www.penalecontemporaneo.it.

⁹⁰ G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea, Settima Edizione*, Cedam, Padova, 2010, p.194 e ss.

⁹¹ Per quanto riguarda le posizioni dottrinarie si vedano: A. Natale, G. Savio, A. Converti, G. Amato. Con riferimento alla giurisprudenza, si richiamano le già citate sentenze del Tribunale di Torino e di quello di Teramo.

⁹² Il testo del ricorso è chiaro nello spiegare che "la direttiva comunitaria ha riferimento esclusivamente al rimpatrio come misura amministrativa che può essere adottata dagli Stati membri; l'art. 14 commi 5-ter e 5-quater si occupa dei reati e delle sanzioni penali nascenti dall'inottemperanza agli ordini di allontanamento del Questore. Le due discipline si muovono su piani diversi".

la detenzione amministrativa, e altro è la reclusione conseguente ad una condanna penale; che il diritto amministrativo e quello penale si muovano su due piani diversi, pur disciplinando la stessa materia; e che, di conseguenza, i periodi di privazione della libertà personale, determinati dai due diversi strumenti, non potrebbero essere sommati; infine, che la detenzione di carattere penale non potrebbe essere sottoposta al vaglio dell'articolo 15 della Direttiva 2008/115. Se tuttavia si osserva la disciplina dell'espulsione focalizzando l'attenzione sul contenuto e sulla ratio delle disposizioni in questione, si vedrà come tanto la detenzione amministrativa quanto quella penale rispondono alle stesse esigenze: l'espulsione dei migranti irregolari. Ove ciò non sia possibile, alla loro neutralizzazione e isolamento da un punto di vista sociale, secondo la logica per cui, se pure lo straniero irregolare non può essere rimpatriato al proprio paese di origine, egli non "meriti" nemmeno di essere incluso nella società "regolare").⁹³ Inoltre, come sottolineato da Viganò e Masera a più riprese,⁹⁴ la condanna in sede penale per la mera inottemperanza all'ordine del questore è peculiare per almeno due ragioni. In primo luogo essa si situa all'interno di un procedimento di rimpatrio, le cui regole generali sono dettate dalla Direttiva Rimpatri. Inoltre, la tutela del bene giuridico cui mira la norma penale – il controllo dei flussi migratori, la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale e, in ultima analisi, la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza⁹⁵ – è la stessa che persegue il diritto europeo in questione. Infine, l'inosservanza del provvedimento non è qui punita, come in altre previsioni del codice penale, in connessione ad una condotta attiva fraudolenta o altrimenti criminosa: da ciò si può a maggior ragione desumere che i fini della previsione incriminatrici sono di controllo dei flussi migratori piuttosto che di carattere preventivo. Segue quindi che l'utilizzo della misura penale "al solo scopo di assicurare l'enforcement di una procedura amministrativa di espulsione",⁹⁶ sarà nella concretezza dai fatti e al di là del mero formalismo,

⁹³ Si rimanda qui ad alcune delle tesi riguardanti la criminalizzazione dell'immigrazione esposte nel capitolo 2.

⁹⁴ Oltre all'articolo *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, già citato, si veda anche F. Viganò, *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater: sette repliche ad altrettante obiezioni*, 27 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it e la memoria scritta depositata da L. Masera nel corso del procedimento pregiudiziale C-61/11, caso *El Dridi*.

⁹⁵ Che tali siano gli obiettivi perseguiti dall'articolo 14 è stato anche, più volte, sostenuto dalla Corte Costituzionale. Si veda: Corte Cost., Sentenza n.5/2004, 14 gennaio 2004; Corte Cost. Sentenza n.22/2007, 2 febbraio 2007.

⁹⁶ L. Masera, F. Viganò, 2010, p. 582.

equiparabile alla detenzione amministrativa disciplinata all'articolo 15 e 16 della Direttiva 2008/115, e da ritenersi con questi incompatibile per le ragioni sopra esposte.⁹⁷

3.4.2 La pronuncia della Corte di Giustizia

Molte delle problematiche e delle questioni dibattute in riferimento alla Direttiva Rimpatri sono state risolte dalla pronuncia della Corte di Giustizia. La Corte ha asserito che “La direttiva sul rimpatrio dei migranti irregolari osta ad una normativa nazionale che punisce con la reclusione il cittadino di un paese terzo in soggiorno irregolare che non si sia conformato ad un ordine di lasciare il territorio nazionale” e inoltre, “una sanzione penale quale quella prevista dalla legislazione italiana può compromettere la realizzazione dell’obiettivo di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali”.⁹⁸ Apparentemente quindi, i giudici di Lussemburgo sembrano aver accolto la tesi formulata da Viganò e Masera secondo cui gli effetti espliciti dalla direttiva nei confronti del diritto italiano impongono la disapplicazione dell’articolo 14, commi 5-ter e 5-quater. L’analisi della decisione della Corte, tuttavia, mostra che il ragionamento alla base della dichiarazione di incompatibilità non è, in realtà, ancorato al principio di tutela dei diritti umani e della libertà dei migranti; in particolare, nonostante la Corte non si pronunci espressamente sul punto, non sembra che la detenzione di natura penale sia incompatibile con gli articoli 15 e 16, in quanto irrispettosa delle garanzie in essi previste. Piuttosto, la motivazione essenziale della decisione della Corte va ricercata nella asserzione secondo cui l’obiettivo primario della direttiva è quello di attuare una efficace politica di rimpatrio.

Nondimeno, il cuore dell’argomentazione della Corte in proposito è preceduto da alcune considerazioni di sistema. In primo luogo, viene espressamente sancito che numerose

⁹⁷ Un ulteriore percorso argomentativo per la dimostrazione della similarità dei due casi è svolto da Natale. Egli sostiene che i fatti storici alla base dell’applicazione dell’articolo 14, comma 5 ter e 5 quater sono gli stessi che si potrebbero porre alla base dell’applicazione degli articoli 15 e 16. Diverse sono invece le “conseguenze che derivano dalla mancata collaborazione dell’interessato all’esecuzione della decisione di rimpatrio. La cd. direttiva rimpatrio prospetta la conseguenza del trattenimento in un centro di permanenza temporanea (soltanto per preparare il rimpatrio e qualora non siano efficaci misure sufficienti ma meno coercitive). Il decreto legislativo n. 286/1998, invece, contempla la possibilità che –in funzione di enforcement delle decisioni di rimpatrio- entri in gioco anche un apparato di repressione penale con previsione di pene edittali di carattere detentivo e di lunga durata”. A. Natale, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall’art. 14 D.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali – Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria*, 18 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

⁹⁸ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Comunicato Stampa n.40/2011, 28 aprile 2011, Lussemburgo.

previsioni della Direttiva 2008/115 sono dotate di effetti diretti: nell'analisi degli articoli 15 e 16, la Corte ritiene che essi siano "incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati Membri li possano mettere in atto".⁹⁹ Tale riconoscimento assume ancora maggior valore nel momento in cui è la stessa Corte a riconoscere che la "procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana differisce notevolmente da quella stabilita da detta direttiva".¹⁰⁰ La Corte chiarisce poi il ruolo ricoperto dal diritto dell'Unione in materia penale, ribadendo il principio già affermato da precedenti sue pronunce, per cui, se anche la legislazione penale rientrasse nella competenza degli Stati Membri, su tale ambito giuridico potrebbe comunque incidere il diritto europeo: da cui segue che "sebbene né l'art.63, primo comma, p.3, lett.b), né la Direttiva 2008/115, escludano la competenza penale degli Stati Membri in tema di immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione rispetti il diritto dell'Unione".¹⁰¹ La posizione assunta dai giudici di Lussemburgo è quindi chiara: il diritto penale è e resta "ambito giuridico" riservato agli Stati Membri. Al tempo stesso, però, tale diritto penale non può essere d'ostacolo alla legislazione europea e agli obiettivi che l'Unione si pone: questo vale per l'immigrazione, materia in cui le competenze dell'Unione e degli Stati sono concorrenti ed è quindi riservata a questi ultimi la possibilità di legiferare soltanto in conformità agli obiettivi perseguiti a livello sovranazionale.

Dopo aver risolto questi primi aspetti relativi alle modalità di applicazione del diritto dell'Unione Europea, la Corte di Giustizia si concentra sull'analisi del rapporto tra la previsione penale di cui all'articolo 14 T.U.I. e la Direttiva 2008/115. Importanza centrale è attribuita, fin dall'inizio del ragionamento su tale questione, al considerando n.2, che enuclea il fine ultimo della direttiva: questa "persegue l'attuazione di una efficace politica in materia di allontanamento [...] affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità". In attuazione al principio esposto, aggiunge la Corte, agli Stati è concesso prevedere disposizioni più favorevoli – e quindi improntate ad una tutela maggiore dei diritti degli individui coinvolti, seppur sempre nel quadro dell'efficacia del rimpatrio – mentre non si permette

⁹⁹ C-61/11, *El Dridi*, par. 47.

¹⁰⁰ C-61/11, *El Dridi*, par. 50.

¹⁰¹ C-61/11, *El Dridi*, par. 54.

agli Stati di applicare norme più severe.¹⁰² In dettaglio, la disciplina contemplata dalla direttiva prevede che il rimpatrio debba essere eseguito su base volontaria; soltanto quando questo non sia avvenuto, o non sia possibile - nei casi eccezionali contemplati dall'articolo 7 - gli Stati possono adottare tutte le misure "necessarie" per portare a termine il rimpatrio. Con riferimento, in particolare, alle misure coercitive che possono essere predisposte per l'esecuzione dell'espulsione, la Corte spiega che gli Stati sono liberi di adottare tutte le misure che ritengono opportune, anche di carattere penale, ma che ciò deve avvenire nel rispetto delle regole poste dalla direttiva. Questa, come ribadito nella sentenza in esame, subordina le misure coercitive di cui all'articolo 8 al rispetto dei principi di proporzionalità e efficienza. A seguito di tale premessa, la Corte prosegue nella valutazione della norma italiana incriminatrice. Innanzi tutto, alla luce dei principi di proporzionalità e efficienza, essa esclude che gli Stati possano introdurre la misura della pena detentiva di cui all'articolo 14 T.U.I., unicamente perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio e il termine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale: tale misura viene quindi ritenuta come non proporzionale, né efficiente per quanto riguarda "i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti".¹⁰³ In secondo luogo i giudici aggiungo che la pena detentiva di cui al reato in questione non può nemmeno essere prevista "al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo".¹⁰⁴ Al contrario gli Stati "dovrebbero continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti".¹⁰⁵ È proprio l'esecuzione efficace della decisione di rimpatrio ciò che preme alla Corte: l'obiettivo primario della direttiva è "l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare"¹⁰⁶ e, nella valutazione dei giudici, la norma penale incriminatrice prevista dall'ordinamento italiano, inserita all'interno del procedimento di espulsione, non rappresenta una misura efficace per realizzare il risultato cui mira la direttiva. Anzi, tale misura è suscettibile di ostacolare e ritardare il rimpatrio, compromettendo la realizzazione dell'obiettivo sopra esposto. Tale posizione, la cui

¹⁰² Direttiva 2008/115/CE, Articolo 4.

¹⁰³ Direttiva 2008/115/CE, Considerando n.13.

¹⁰⁴ Le misure detentive non vengono, quindi, propriamente equiparate al trattenimento di cui all'articolo 15, come suggerito da Viganò e Masera; piuttosto, sono considerate come un *altro e ulteriore* strumento adottato nell'ambito delle misure coercitive.

¹⁰⁵ C-61/11, *El Dridi*, par. 58.

¹⁰⁶ C-61/11, *El Dridi*, par. 59.

importanza è centrale nelle argomentazioni della sentenza, richiama quella espressa dall'Avvocato Generale Mazak, formulata il 1 aprile 2011, cui la Corte si è tendenzialmente uniformata. Il ragionamento secondo cui “la pena della reclusione prevista in caso di inottemperanza ad un ordine dell'autorità pubblica di lasciare il territorio nazionale nel termine prescritto impedisce obiettivamente, anche solo temporaneamente, di eseguire la decisione di espulsione”,¹⁰⁷ ponendosi così in contrasto con la ratio propria della direttiva, è lo stesso seguito dalla Corte e che la porterà a dichiarare l'incompatibilità della norma italiana incriminatrice. Infatti, dopo aver esposto i precedenti passaggi e essersi soffermata con precisione sui principi rilevanti della direttiva, la Corte giunge alla conclusione secondo cui “la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato Membro, come quella del procedimento in discussione”:¹⁰⁸ in breve, l'articolo 14, comma 5-ter, è incompatibile con la Direttiva Rimpatri.

Tra i passaggi fondamentali della sentenza El Dridi, dunque, si possono evidenziare quelli in cui la Corte ha delineato l'obiettivo primario della Direttiva, statuito all'articolo 1 della stessa, e, parimenti, quelli che hanno specificato e chiarito l'interpretazione di alcuni articoli rilevanti: oltre agli articoli 15 e 16, anche l'articolo 8, che prevede l'applicazione di misure “necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria”. La conclusione che viene fatta discendere dall'interpretazione di tali norme è quella secondo cui il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento e la permanenza dello straniero sul territorio in seguito allo

¹⁰⁷ Meno chiaro è, invece, se la Corte sia dell'opinione che la sanzione penale non possa qualificarsi come efficace e proporzionale (secondo il dettato dell'articolo 8, comma 4), o se invece, seguendo il ragionamento proposto dall'avvocato generale Jan Mazak, ritenga che la previsione incriminatrice di cui all'articolo 14 non possa nemmeno qualificarsi come “misura necessaria” per l'esecuzione del rimpatrio. La prima posizione è sostenuta da Favilli, quando spiega che “*According to the Court, the criminal offences set forth by Art. 14 of Italian law, do not conform to the principle of proportionality and risk “jeopardizing the attainment of the objective pursued by that directive”*”. Nell'opinione dell'avvocato generale, al contrario, quella italiana “rappresenta una sanzione inflitta per punire la violazione di un ordine dell'autorità pubblica, che costituisce una grave lesione dell'ordine pubblico e, di conseguenza, tale pena non è una misura coercitiva destinata a dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, ma costituisce una reazione repressiva dell'ordinamento giuridico, subordinata alla verifica della mancanza di un giustificato motivo per la violazione di un ordine dell'autorità”. Secondo l'avvocato generale, il quale esprime la propria posizione più lucidamente della Corte, la pena in questione non può essere considerata una misura nazionale necessaria per eseguire la decisione di rimpatrio, e, di conseguenza, neppure un trattenimento: di qui la sua incompatibilità con la Direttiva Rimpatri - nello specifico con il combinato disposto dell'articolo 8 con gli artt. 15 e 16.C-61/11 PPU, *El Dridi, Presa di posizione dell'avvocato generale*, 1 aprile 2011, par. 47.

¹⁰⁸ C-61/11, *El Dridi*, par. 62.

scadere del termine, pongono in realtà un ostacolo, piuttosto che agevolare l'espulsione del soggetto (vero obiettivo cui mira la direttiva). Tale conclusione, come anticipato, sembra discostarsi dalle argomentazioni proposte dalla dottrina italiana sopra illustrata, in riferimento alle garanzie a tutela della libertà del migrante.¹⁰⁹ Piuttosto, i giudici di Lussemburgo hanno deciso di trattare il tema della privazione della libertà soltanto in via preliminare e introduttiva rispetto all'esposizione degli argomenti legati all'*effetto utile* e all'efficacia del rimpatrio. La Corte, infatti, non manca di sottolineare che la dettagliata disciplina posta dagli articoli 15 e 16 è volta "segnatamente allo scopo di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini dei paesi terzi":¹¹⁰ a ciò sono indirizzate le previsioni secondo cui il trattenimento deve essere misura di *extrema ratio* e debba avere "durata quanto più breve possibile e protrarsi solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio".¹¹¹ Non a caso la Corte richiama anche i principi già affermati in seno al Consiglio di Europa, secondo cui "il principio di proporzionalità esige che il trattamento di una persona sottoposta a procedura di espulsione o di estradizione non si protragga oltre un termine ragionevole, vale a dire non superi il tempo necessario per lo scopo perseguito" – principio contenuto nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – e "la detenzione deve avere la durata più breve possibile", come espresso nei "Venti Orientamenti sul rimpatrio forzato" adottato dal Comitato nei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2005.¹¹² Particolare importanza sembra assumere, anche alla luce della considerazioni esposte nell'ultima parte della sentenza, il tema della proporzionalità della misura del trattenimento: tale principio deve essere osservato in tutte le fasi della procedura di espulsione.¹¹³ Il tema delle garanzie a tutela dei migranti viene dunque preso in considerazione, ma non diventa determinante per la decisione riguardante la incompatibilità dell'articolo 14 T.U.I. con la normativa europea: nel momento in cui la Corte si appella al rispetto dell'*effetto utile* della direttiva, si concentra soltanto

¹⁰⁹ Per una analisi delle differenti posizioni si vedano A. Di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, www.dirittopenalecontemporaneo.it; R. Raffaelli, *Criminalising Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case*, in "European Journal of Migration and Law", Vol.13, Issue 4, 2011, pp. 467-489.

¹¹⁰ C-61/11, *El Dridi*, par. 42.

¹¹¹ C-61/11, *El Dridi*, par. 40.

¹¹² Tale documento è inoltre espressamente richiamato dal Considerando n.3 della Direttiva 2008/115/CE.

¹¹³ Secondo Mitsilegas, anzi, "*the assessment of the compatibility of national law with EU migration law must thus take into account the need to ensure proportionality and the respect of the fundamental rights of third-country nationals*". V. Mitsilegas, in M. Guia, M. Van der Woude and J. Van der Leun, 2012, pp.87-114.

sull'aspetto legato all'efficacia della politica di rimpatrio, senza menzionare la necessità che questa avvenga anche nel pieno rispetto dei diritti delle persone coinvolte. È a tal proposito che Natale e Renoldi hanno parlato dell'*effetto paradossale* della pronuncia della Corte: la tesi del contrasto frontale tra norme incriminatrici previste dall'art. 14 e Direttiva Rimpatri era una tesi "fortemente incentrata sulla delimitazione dei poteri statuali – volti al controllo dei flussi migratori – e sulla valorizzazione – garantita dal controllo giurisdizionale – della libertà del migrante".¹¹⁴ Al contrario, la Corte fa leva proprio su quella necessità di controllo dell'immigrazione irregolare che, nel panorama italiano, aveva giustificato l'introduzione del reato di inottemperanza all'ordine del questore, per dichiarare l'incompatibilità di quest'ultimo con la direttiva. "Un paradosso nel paradosso, dunque: a fronte di interpretazioni interne che valorizzavano il mancato rispetto del punto di bilanciamento fissato in sede comunitaria tra diritti di libertà del cittadino di Paese terzo e le contrapposte esigenze statuali, la Corte di Lussemburgo sancisce che l'incompatibilità tra legislazione italiana e diritto comunitario è dovuta non già alla pretermissione delle istanze di libertà dell'individuo interessato a una procedura di espulsione, quanto piuttosto alle stesse esigenze (statuali e comunitarie) di efficacia dell'azione di allontanamento".¹¹⁵ La tematica della libertà del migrante, portata all'attenzione della giurisprudenza e del legislatore italiano precedentemente alla sentenza della Corte, viene invece lasciata in secondo piano dai giudici europei: "le possibili spiegazioni di quello che ha tutte le sembianze di un grandissimo paradosso sono due. La Corte può, effettivamente, avere interpretato il sistema comunitario come prioritariamente informato all'esigenza di tutela delle frontiere. Oppure, percependo la fortissima politicità della questione e intendendo sottrarre la giurisdizione alle contingenti polemiche politiche, essa ha preferito depoliticizzare la decisione".¹¹⁶ Pare, a chi scrive, che un'analisi delle successive pronunce, emesse dalla Corte di Giustizia in risposta a

¹¹⁴ A. Natale, C. Renoldi, *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in "Questione Giustizia", n.5, 2011, p. 12.

¹¹⁵ A. Natale, C. Renoldi, 2011, p.13.

¹¹⁶ A. Natale, C. Renoldi, p.14. Pervasi della scelta di depoliticizzazione della questione sembrano anche Viganò e Masera, dichiarando che "la Corte ha inteso evitare di enfatizzare il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali, in primis della libertà personale, dello straniero "irregolare", preferendo censurare il nostro Paese per la sua inefficienza nel conseguimento dell'obiettivo imposto dalla direttiva di allontanarlo dal territorio nazionale; inefficienza determinata anche dal meccanismo di tutela penale apprestato dalla Bossi-Fini, che comporta solo inutili costi a carico dello straniero e dell'intera collettività senza contribuire di una virgola all'esecuzione dei rimpatri". F. Viganò, L. Masera, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, 4 maggio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

questioni pregiudiziali riguardanti ancora l'interpretazione della Direttiva Rimpatri e, nello specifico, il rapporto tra l'utilizzo del diritto penale e il rispetto degli obblighi imposti dalla direttiva, possa far luce sulle scelte su cui si orientata negli ultimi anni la Corte nella materia dell'immigrazione irregolare. Non è, tuttavia, insignificante riportare la lucida interpretazione della decisione in *El Dridi* svolta da Di Martino, secondo il quale la decisione della Corte “rappresenterebbe la coerente traduzione ‘in action’ d’una linea politico criminale che, in tema di rimpatri, non sembra affatto incardinarsi sul rispetto della libertà personale quale *scopo* finale realmente perseguito, ma prende in considerazione quella libertà (o, se si vuole, la degrada) quale semplice *strumento*”.¹¹⁷

Un ultimo commento merita di essere speso in riferimento al tema del ricorso al diritto penale e della criminalizzazione del comportamento dello straniero da parte dell'ordinamento italiano, in rapporto a quanto previsto dal diritto dell'UE. Infatti, se, alla luce della pronuncia del caso *El Dridi*, resta dubbio lo spazio per la tutela dei diritti e delle libertà dei migranti irregolare, appare al contrario molto chiara la posizione della Corte riguardante gli effetti diretti della Direttiva 2008/115 e il rapporto tra le norme penali interne e il diritto europeo. La risposta all'interrogativo di fondo su cui la presenta ricerca si è svolta trova risoluzione nell'asserzione della Corte secondo cui, anche se i Trattati non escludono la competenza penale degli Stati Membri in materia di immigrazione – e quindi gli Stati rimangono sostanzialmente liberi di decidere quali comportamenti siano penalmente sanzionabili – questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione. La Corte richiama inoltre l'articolo 4, par. 3, in base al quale gli Stati si impegnano ad adottare ogni misura necessaria ad assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni, e evitano al contrario l'adozione di ogni misura che possa compromettere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione. L'applicazione di tale principio al caso in esame implica che “Gli Stati non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e così privare quest'ultima del suo effetto utile”.¹¹⁸ L'impatto della

¹¹⁷ A. Di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, www.penalecontemporaneo.it. Raffaelli aggiunge, cinicamente ma lucidamente, che “la libertà deve essere garantita, dunque, in quanto sia compatibile con la (e co-funzionale alla) procedura di rimpatrio. In altri termini, essa non costituisce un fine di garanzia in sé e per sé, ma la modalità preferibile di esecuzione dell'allontanamento dal territorio: quella dello straniero extracomunitario è, per così dire, la libertà di Bertoldo di scegliere l'albero al quale essere impiccato”.

¹¹⁸ C-61/11, *El Dridi*, par. 55.

pronuncia del caso *El Dridi* è sicuramente significativo: per la prima volta nell'area di libertà, sicurezza e giustizia, e più precisamente nell'ambito delle politiche migratorie, la Corte statuisce che il diritto penale degli Stati può essere limitato; di più, che la scelta di criminalizzare alcuni comportamenti legati al fenomeno dell'immigrazione irregolare può essere in contrasto con gli obiettivi perseguiti dall'Unione. Tale decisione è tanto più rilevante ove si tenga che nel settore dell'immigrazione il rapporto tra autonomia decisionale degli Stati e "imposizioni" normative da parte dell'Unione è particolarmente sensibile, soprattutto per gli Stati ai confini esterni dell'Unione, su quali pesano le pressioni degli altri Stati Membri in materia di disciplina di ingresso e controllo dei flussi.¹¹⁹ L'impatto della sentenza *El Dridi* è stato riconosciuto anche in dottrina, seppure con alcune remore. Da un lato, infatti, si è sostenuto che "El Dridi is a landmark judgment on two levels. On the level of constitutional law it reiterates that EU law places limits to the power of EU Member States to criminalise: limits which stem from the obligation of Member States to comply with the EU law principles of effectiveness and loyal cooperation. On the level of migration law, it confirms that EU law, and EU migration law specifically, places limits upon Member States' power to criminalise migration".¹²⁰ Al tempo stesso, tuttavia, vi è anche chi ha evidenziato che, in ultima analisi, la Corte "risponde affermativamente – ed in modo apparentemente molto chiaro – alla questione se lo Stato sia pur sempre libero d'introdurre sanzioni penali al fine di dissuadere gli stranieri dallo 'stare' illegalmente sul territorio dello Stato",¹²¹ così sottraendo alla pronuncia parte dell'impatto sul potere di criminalizzazione degli Stati. Ancora una volta, nonostante sia proprio con *El Dridi* che la Corte di Giustizia scolpisce i principi guida per l'interpretazione della questione in esame, sembra opportuno prendere in considerazione anche le successive sentenze emesse dai giudici europei per formulare un giudizio completo e che tenga in considerazione tutti gli elementi disponibili. In ogni caso, dalla

¹¹⁹ Sintomatica, è, a tal proposito, la recente decisione della Commissione dell'UE, di avviare una procedura di infrazione contro Italia, Croazia e Grecia in merito all'applicazione del regolamento dell'EURODAC, che impone la presa delle impronte digitali dei richiedenti asilo. <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2015-12-10/migranti-bruxelles-mette-mora-l-italia-non-ha-pres-impronte-digitali-124814.shtml?uuid=ACPXseqB>

¹²⁰ V. Mitsilegas, in M. Guia, M. Van der Woude and J. Van der Leun, 2012, pp 105-106. L'autore sostiene anche che "*Following El Dridi, the Return Directive plays a two-fold protective role for the affected migrants: being interpreted in the light of proportionality and fundamental rights, it places limits to Member States' criminalisation power.*"

¹²¹ A. Di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, www.penalecontemporaneo.it. E di seguito si aggiunge che "In tal senso, si potrebbe concludere che la criminalizzazione non è intrinsecamente incompatibile con la direttiva, ma soltanto in quanto si rivela disfunzionale allo scopo di disfarsi dello straniero".

presente pronuncia della Corte deriva certamente una importante riduzione dell'ambito di autonomia decisionale riservata agli Stati in materia di misure penali nei confronti dell'immigrazione irregolare: qualsiasi previsione normativa gli Stati Membri intendano formulare, questa può essere concretamente adottata soltanto in seguito alla valutazione di compatibilità della stessa con gli obiettivi perseguiti dell'Unione - compresi quelli perseguiti nelle direttive.¹²²

3.4.3 Le conseguenze della sentenza *El Dridi* nell'ordinamento italiano

Per capire le implicazioni e la portata determinante della pronuncia della Corte sul piano del rapporto tra criminalizzazione e il diritto dell'Unione Europea sull'immigrazione si deve tener conto, come sopra accennato, anche delle successive pronunce della Corte di Giustizia in merito. Significativo è stato invece l'impatto della sentenza nell'ordinamento italiano: non soltanto la diretta efficacia della direttiva è stata d'ostacolo alla successiva applicazione delle previsioni incriminatrici di cui all'articolo 14, comma 5-ter e di conseguenza dell'art.14, comma 5-quater. La Corte, inoltre, precisa che 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".¹²³ La pronuncia del 2011 ha quindi potuto tutelare, rispetto all'incriminazione e alla applicazione di una pena dichiarata incompatibile con il diritto europeo, anche gli stranieri sottoposti a processo penale nel momento della sentenza:¹²⁴ essi – quando l'ordine di allontanamento del questore sia stato pronunciato dopo il 24 dicembre 2010 – dovranno essere dichiarati innocenti perché il fatto non sussiste.¹²⁵ La formula usata dalla Corte di Cassazione, nella tempestiva sentenza pronunciata il 28 aprile 2011,¹²⁶ è invece quella *perché il fatto non è previsto come reato*; qui la Corte si riferiva all'inottemperanza

¹²² Emblematico in tal senso è il recente caso dell'Ungheria: si veda il Cap. 2, par. 2.2, lett.a).

¹²³ C-61/11, *El Dridi*, par. 61.

¹²⁴ I numeri in questioni non sono indifferenti, in quanto "secondo le prime stime apparse sui media – sarebbero tra i 1500 ed i 3000 i soggetti attualmente detenuti (in via definitiva o in custodia cautelare) per l'art. 14 che dovranno essere immediatamente liberati, e sono addirittura decine di migliaia le sentenze di condanna per questo reato che dovranno essere revocate.". F. Viganò, L. Masera, 4 maggio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁵ Per l'analisi dettagliata delle conseguenze immediate della pronuncia sui processi in corso si vedano F. Viganò, L. Masera, 4 maggio 2011, su www.penalecontemporaneo.it; A. Natale, *La direttiva rimpatri, il Testo Unico e il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", Vol.2, 2011, pp. 17-36. Tali autori trattano contestualmente anche l'ipotesi della configurabilità di altre ipotesi di reato che puniscano gli stessi fatti prima presi in considerazione dall'articolo 14 T.U.I.

¹²⁶ Cass. Pen., Sez. I, Sentenza 28 aprile 2011, n. 22105.

ad ordini di allontanamento emessi precedentemente al dicembre 2010, dichiarando la non applicabilità dell'articolo 14, riferendosi all'art. 2 co. 2 c.p. e all'art. 129 co. 2 c.p.p. e assimilando, in sostanza, la situazione a quella di una vera e propria abrogazione della norma incriminatrice. La Suprema Corte nota come “la decisione della Corte di Giustizia, interpretando in maniera autoritativa il diritto dell'Unione, con effetto diretto per gli Stati membri e per le rispettive giurisdizioni, incide sul sistema normativo, impedendo la configurabilità del reato. L'effetto è paragonabile a quello della legge sopravvenuta [...] con portata abolitrice della norma incriminatrice.”. La scelta della Corte di Cassazione è emblematica della risposta giurisprudenziale alla pronuncia della Corte europea: i giudici di merito si sono adeguati alle indicazioni della Corte di legittimità, con la conseguente assoluzione dei soggetti coinvolti e successiva disapplicazione dei reati in questione. Con considerevole ritardo, poi, anche il legislatore ha scelto di intervenire, modificando le disposizioni del Testo Unico Immigrazione per renderle compatibili con la Direttiva 2008/115/CE. In sostanza, sono state recepite le regole previste dalla normativa europea in materia di espulsioni con almeno un anno di ritardo. Gli emendamenti introdotti dal d. l. 89/2011 riconfigurano la disciplina del T.U.I. relativa alla libera circolazione e permanenza sul territorio dei cittadini comunitari e alla materia di respingimenti e espulsioni: per quanto qui interessa, in particolare, vengono modificati agli articoli 13, 14 e 19.¹²⁷ Le principali innovazioni riguardano l'introduzione di un termine per la partenza volontaria,¹²⁸ la disciplina delle misure coercitive utili a garantire il rimpatrio,¹²⁹ il periodo di detenzione all'interno dei CIE,¹³⁰ la previsione di misure alternative al trattenimento,¹³¹ l'introduzione dell'articolo 14-ter, relativo ai programmi di rimpatrio assistito. Nonostante gli assestamenti della disciplina risultanti dalle modifiche del decreto, tuttavia, l'impianto originario del sistema italiano delle espulsioni non è cambiato: in termini di politica di diritto, l'espulsione continua ad essere prevista come l'unica misura

¹²⁷ Decreto Legge 23 giugno 2011, n. 89, “Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari”. Entrata in vigore del provvedimento: 24/6/2011. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 2 agosto 2011, n. 129 (in G.U. 5/8/2011, n. 181). Per una dettagliata analisi del provvedimento legislativo in questione si veda G. Savio, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, Vol. 3, 2011, pp. 30-50.

¹²⁸ Articolo 13, comma 5.1 T.U.I.

¹²⁹ Articolo 13, comma 5.2 T.U.I.

¹³⁰ Articolo 14, comma 5 T.U.I. La durata del periodo di detenzione amministrativa, tuttavia, è stata recentemente ridotta a 90 giorni dalla legge europea 2013-bis (Legge, 30/10/2014 n° 161, G.U. 10/11/2014).

¹³¹ Articolo 14, comma 5-bis T.U.I.

possibile per affrontare l'immigrazione irregolare, per altro senza che venga data precedenza al meccanismo del rimpatrio volontario: la possibilità di disporre un termine per la partenza volontaria del soggetto è posto, nel testo normativo, dopo le previsioni riguardanti l'espulsione coattiva. Inoltre la concessione di tale termine è subordinata alla espressa richiesta del soggetto; qualora lo straniero non faccia richiesta del termine, viene disposta l'espulsione coattiva. Quest'ultima resta la modalità privilegiata di rimpatrio, che si applica in numerose ipotesi, tra cui la sussistenza del rischio di fuga. Un ulteriore elemento di criticità è dato dal fatto che il "rischio di fuga" è fatto dipendere da requisiti di carattere oggettivo – quali la mancanza di un passaporto o di documenti equipollenti – che prescindono dall'effettivo accertamento della volontà o meno del migrante di fuggire.¹³² I principi di preferenza per il rimpatrio volontario e per la gradualità delle misure di carattere coercitivo utilizzate per l'espulsione sono stati soltanto apparentemente recepiti nel sistema italiano, dal momento che, nella pratica, la maggioranza dei casi di rimpatrio continua ad essere eseguita in via coattiva. In aggiunta, si tenga conto che manca l'indicazione che la detenzione all'interno dei CIE debba essere applicata come misura di *extrema ratio*. Inoltre sono state quasi totalmente ignorate le previsioni della direttiva che istituivano alcune, seppur minime garanzie di natura procedurale per gli stranieri irregolari destinatari di provvedimenti di espulsione o di detenzione amministrativa: la mera previsione della possibilità del ricorso per cassazione della convalida effettuata dal giudice di Pace – ricorso che, per altro, *non* sospende l'esecuzione dell'espulsione – non può essere considerata come garanzia efficace.¹³³ Inoltre, il legislatore non ha rinunciato all'utilizzo dello strumento del diritto penale ai fini della gestione dell'espulsione: nonostante siano state emendate le pene previste per il reato di inottemperanza all'ordine del questore e per il mancato allontanamento dal territorio - dichiarate incompatibili con la Direttiva Rimpatri proprio nel caso *El Dridi* -

¹³² Secondo l'articolo 13, comma 4-*bis* del T.U.I., si configura il rischio di fuga "qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione: a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato; c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14; e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2." Per un commento a tale comma si veda G. Savio, 2011, pp. 30-50.

¹³³ Si veda in proposito la nota congiunta di ASGI, Magistratura Democratica e Giuristi Democratici: "Decreto legge 23/6/11 n. 89 in materia di espulsioni, trattenimento e reati collegati: una normativa ingiusta e inefficace", 1 agosto 2011, su www.asgi.it.

tali comportamenti continuano ad essere considerati reati: in seguito alle modifiche apportate dal decreto, infatti, i commi 5-ter e 5-quater prevedono, rispettivamente, una sanzione pecuniaria che varia dai 6.000 ai 20.000 € e dai 15.000 ai 30.000 €; tale previsione pone, inoltre, problemi non indifferenti sul piano del diritto intertemporale.¹³⁴ Come evidenziato in dottrina, “da un punto di vista di politiche del diritto, il nostro legislatore non riesce proprio a concepire un diritto dell’immigrazione sganciato dalla criminalizzazione del migrante”:¹³⁵ il ricorso allo strumento penale, che sopravvive nell’articolo 14, è stato anche applicato in riferimento alle misure sostitutive del trattenimento che possono essere applicate in forza degli articoli 13, comma 5.2 e 14, comma 1-bis.¹³⁶ In entrambi i casi la scelta del legislatore è criticabile sia da un punto di vista criminologico, secondo quando esaminato nel capitolo secondo, sia “sotto un profilo di analisi economica del diritto (cioè di congruità del mezzo allo scopo, tenuto conto delle risorse da impiegare), [dal momento che] non si può che restare perplessi a fronte della previsione di una contravvenzione che - da un punto di vista general preventivo - non rivestirà alcuna efficacia deterrente e che - da un punto di vista organizzativo - costituirà un ulteriore fattore di ingolfamento dei già oberati uffici giudiziari”.¹³⁷ Nonostante la pronuncia della Corte avesse indicato la strada da percorrere per adeguare l’ordinamento interno ai principi presenti nella Direttiva 2008/115/CE, e la giurisprudenza si fosse adeguata prontamente alle indicazioni fornite, si deve quindi concludere che l’attuazione dei principi europei, anche dopo la pronuncia *El Dridi*, resta monca e insoddisfacente.¹³⁸

3.5 L’articolo 10-bis T.U.I. e la sua compatibilità con la Direttiva Rimpatri: il caso Sagor

¹³⁴ Per un commento dettagliato si veda A. Natale, 2011, pp. 17-36; e, dello stesso autore, *Il decreto legge di attuazione n.89/2011. Prime riflessioni a caldo*, 18 giugno 2011, www.penalecontemporaneo.it.

¹³⁵ A. Natale, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol. 2, 2011, p. 34.

¹³⁶ Secondo tali norme, infatti, nei casi in cui sia concesso un periodo di partenza volontaria, o anche “in luogo del trattenimento”, possono essere disposte le seguenti misure: a) consegna del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato; c) obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

¹³⁷ A. Natale, 2011, *ibid.* L’autore aggiunge che è anche “legittimo il sospetto che la sanzione penale venga, in questo contesto (e con la previsione della sanzione sostitutiva dell’espulsione), strumentalizzata al fine di eludere le garanzie che –secondo la direttiva rimpatri- dovrebbero spettare al cittadino di Paese terzo”.

¹³⁸ Si vedano in proposito la posizione dell’Asgi e le posizioni della dottrina: A. Liguori, *L’attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol.3, 2011, pp. 15-29.

Lo “statuto penale del clandestino” è stato parzialmente intaccato dalla decisione adottata dalla Corte di Giustizia dell’Unione nel caso *El Dridi* dell’aprile 2011: parzialmente poiché le pene detentive previste dalle norme incriminatrici sono state modificate, ma ciò non ha comportato una recessione nell’utilizzo del diritto penale. Al tempo stesso, tale pronuncia non si è soffermata sulle ulteriori previsioni penali contenute nel T.U.I. in materia di espulsione, la cui compatibilità con la Direttiva Rimpatri è stata considerata quantomeno dubbia. Tra di esse, viene in rilievo l’articolo 10-*bis*, introdotto dalla legge n. 94 del 2009, che criminalizza l’ingresso e il soggiorno illegale nel territorio dello Stato e, al contrario delle norme incriminatrici di cui all’articolo 14 T.U.I. nella formulazione antecedente al 2011, prevede come sanzione quella dell’ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Tale pena, “se non ricorrono le cause ostative di cui all’articolo 14, comma 1 del testo unico”,¹³⁹ può essere convertita nella pena sostitutiva dell’espulsione. Qualora invece sussistano delle cause ostative alla possibilità di accompagnamento coattivo alla frontiera – vale a dire nella stragrande maggioranza dei casi – e lo straniero sia insolvente rispetto alla pena pecuniaria, questa viene convertita nella detenzione domiciliare ai sensi dell’articolo 55 del d.lgs. 274/2000;¹⁴⁰ il reato di cui all’articolo 10-*bis* è infatti di competenza del giudice di pace.¹⁴¹ Tale reato, come è stato da più parti evidenziato, è stato introdotto con l’intento piuttosto esplicito di aggirare i principi predisposti dalla Direttiva 2008/115/CE, proprio in pendenza del termine per la trasposizione di quest’ultima: così facendo il governo, per primo, e in seguito il legislatore, si sono resi responsabili di una possibile violazione del principio di leale cooperazione, secondo quanto già esposto. La dichiarazione del Ministro Maroni ha chiarito che l’intento della previsione di cui all’articolo 10-*bis* era quella di sottrarre l’espulsione, comminata come sanzione sostitutiva alla pena pecuniaria, alle garanzie previste dalla Direttiva Rimpatri: ciò sarebbe stato possibile, secondo il governo, in quanto l’articolo 2, par. 2, lett.b) della direttiva consente di escluderne l’applicazione nei casi in cui si debbano applicare sanzioni di natura penale. Similmente a quanto successo in merito ai reati di cui all’articolo 14 T.U.I., si è avviato in dottrina e in giurisprudenza un dibattito circa la

¹³⁹ Articolo 16 T.U.I.

¹⁴⁰ L’art. 55 D. Lgs. n. 274/2000 (contenente disposizioni sulle competenze penali del giudice di pace) prevede al comma 1, che “la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato si converte, a richiesta del condannato, in lavoro sostitutivo da svolgere per un periodo non inferiore a un mese e non superiore a sei mesi”; al comma 2 che “se il condannato non richiede di svolgere il lavoro sostitutivo, le pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità si convertono nell’obbligo di permanenza domiciliare...; al comma 6 che “ai fini della conversione un giorno di permanenza domiciliare equivale a € 25,82 di pena pecuniaria e la durata della permanenza non può essere superiore a 45 giorni”.

¹⁴¹ Per una compiuta analisi del reato si rimanda al capitolo 2, paragrafo 2.3.3.

possibile incompatibilità del reato di in esame con la normativa europea: di ciò si darà brevemente conto nel paragrafo successivo, in quanto le argomentazioni sostenute sono funzionali all'analisi della pronuncia della Corte di Giustizia in merito. Il possibile contrasto del “reato di clandestinità” con la Direttiva 2008/115/CE è stato prospettato in dottrina già anteriormente rispetto alla mancata trasposizione della direttiva nell'ordinamento italiano e alla sentenza *El Dridi* della Corte di Giustizia: la pronuncia dei giudici di Lussemburgo, per altro, ha permesso di sostanziare ulteriormente le pretese di incompatibilità tra la normativa penale italiana e il diritto europeo. La stessa Corte, infine, si è espressa su tale questione con la sentenza del 6 dicembre 2012, relativa al caso *Sagor*,¹⁴² dopo aver esaminato un caso - soltanto in parte - simile, sollevato dai giudici francesi in riferimento alla criminalizzazione dell'irregolarità dei migranti in Francia.

3.5.1 Gli argomenti a sostegno dell'incompatibilità e il caso *Achughbaban*

Preliminare all'analisi delle ragioni che sostengono l'incompatibilità del reato di ingresso e soggiorno irregolare con alcune disposizioni della direttiva, è la valutazione se le espulsioni disposte ai sensi dell'articolo 10-*bis* debbano ritenersi estranee alla sfera di applicazione della Direttiva Rimpatri o meno. Secondo il governo italiano, infatti, era valida la seconda ipotesi. Tale dibattito chiama sostanzialmente in causa la portata applicativa della direttiva, regolata dal suo articolo 2. La possibilità per gli Stati di non applicare la direttiva anche nei casi in cui il reato in questione sia relativo – soltanto – allo status di irregolarità del soggetto è stato oggetto di interpretazione da parte della dottrina straniera immediatamente dopo l'adozione della Direttiva Rimpatri.¹⁴³ Similmente, la maggioranza della dottrina italiana sembra concorde nel sostenere che “la ratio dell'articolo 2.2 lett.b della direttiva è, evidentemente, quella di escludere dal suo ambito di applicazione quei soli stranieri che, oltre a trovarsi in condizione di irregolarità rispetto all'ingresso o al soggiorno in un paese membro dell'Unione, abbiano anche commesso reati nel territorio di quel paese, esponendosi così alle relative conseguenze

¹⁴² CGUE, Sentenza del 6 dicembre 2012, C-430/11, *Sagor*, in Racc. digitale.

¹⁴³ Si veda al proposito il capitolo 1, paragrafo 6.

sanzionatorie”:¹⁴⁴ da ciò segue che, anche al fine di garantire alla direttiva un *effetto utile*, sarebbe insensato intendere l’articolo 2, par.2, lett.b) come un ostacolo all’applicazione della direttiva nei confronti dei soggetti processati unicamente per il loro essere entrati o trovarsi irregolarmente sul territorio, dal momento che è proprio nei confronti di tali soggetti che la normativa in questione intende esplicitare i suoi effetti.¹⁴⁵ Viganò e Masera proseguono sostenendo che sarebbe quindi “impensabile che lo stato membro possa sottrarsi agli obblighi imposti dalla direttiva semplicemente qualificando come reato il mero fatto dell’ingresso o della permanenza illecita nel territorio nazionale. Ciò equivarrebbe a negare sistematicamente, da parte dello stato in questione, la tutela dei diritti fondamentali secondo gli standard pretesi dalla direttiva precisamente a quella categoria di stranieri che la direttiva intende proteggere: e cioè la generalità degli stranieri già soggiornanti illegalmente nel territorio di uno stato UE”.¹⁴⁶ Tale conclusione sembra anche essere avallata da un passaggio della sentenza *El Dridi*, in cui la Corte, seppur oltrepassando sbrigativamente il tema dell’applicazione dell’articolo 2, ha escluso che il sig. El Dridi potesse sottrarsi all’applicazione della direttiva, in forza della possibile rilevanza dell’articolo 2, par. 2. lett.b).¹⁴⁷ Questa affermazione, secondo Favilli, conferma che le sanzioni penali ivi previste non possono essere tutte le sanzioni penali vigenti in un ordinamento e in particolare non possono essere quelle conseguenti all’irregolarità dell’ingresso e del soggiorno.¹⁴⁸ Posto che è condivisa, dagli autori italiani, la tesi secondo

¹⁴⁴ Gli autori si basano sulla presa di coscienza che “in questa circoscritta ipotesi è del tutto naturale che gli standard di garanzia previsti per lo straniero - rivelatosi concretamente pericoloso per interessi fondamentali della collettività, per i quali soltanto è di regola pensata l’arma della pena - possano essere in qualche misura inferiori rispetto a quelli che devono valere per persone che semplicemente si trovino sul territorio nazionale in difetto di titolo idoneo”. L. Masera, F. Viganò, 2010, pp. 569-570.

¹⁴⁵ Ciò emerge chiaramente dalla lettura dell’articolo 2, che al primo paragrafo, in via generale, dispone che “La presente direttiva si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare”.

¹⁴⁶ L. Masera, F. Viganò, 2010, p. 586. Similmente, Raffaelli ha sostenuto che “*Criminalizing irregular entry and stay in order to punish it with criminal expulsion, eluding the application of the directive, would render the latter totally ineffective, as the expulsion procedure applied in Italy would in no case comply with the ‘common standards and procedures’ set out in the directive, thus depriving it of its harmonizing effect.*”. La stessa posizione è condivisa da Favilli, Natale, Bonetti.

¹⁴⁷ C-61/11, *El Dridi*, par. 48 e 49.

¹⁴⁸ C. Favilli, *L’attuazione in Italia della Direttiva Rimpatri: dall’inerzia all’urgenza con scarsa cooperazione*, in “Rivista di Diritto Internazionale”, n.3, 2011, p. 693-730; Raffaelli sembra riprendere tale argomento quando sostiene che “*as has been stated by the Minister for Home Affairs, the crime was intended to allow for immediate expulsion of irregular migrants without directly breaching the directive, as in these cases expulsion is a criminal sanction and thus may be excluded from its scope of application according to Article 2(2)(b). This provision, however, also seems to run counter the spirit of the directive and to be liable of depriving it of its effectiveness: indeed, while the directive aims at establishing common standards and procedures for the repatriation of irregularly staying third-country nationals, Italian legislation establishes a completely different expulsion procedure, which is only considered to be criminal*

cui l'articolo 10-*bis* sarebbe coperto dalle garanzie e dalle regole della Direttiva 2008/115/CE, la questione diventa più delicata in riferimento alla possibilità di prospettare una effettiva incompatibilità dell'articolo in questione con la direttiva: in tal senso, ad esempio, la conclusione di Viganò e Masera è negativa; secondo gli autori, la mancanza di una sanzione di natura detentiva nella configurazione del reato di cui all'articolo 10-*bis* sarebbe stata di ostacolo alla prospettazione di una incompatibilità con le garanzie – in particolare quelle previste a tutela della libertà personale del migrante – predisposte dalla norma europea in esame. Al tempo stesso, le opinioni a sostegno di un possibile contrasto con il diritto europeo si sono concentrate piuttosto sulla violazione del principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4 TUE,¹⁴⁹ e sul mancato rispetto, da parte della procedura di espulsione disposta dall'articolo 10-*bis*, del periodo di partenza volontaria di cui all'articolo 7 della direttiva.¹⁵⁰ La sanzione principale per il soggiorno e l'ingresso in regolare è, come visto in precedenza, quello della pena pecuniaria, la quale può tuttavia - è questo l'obiettivo sotteso alla norma - essere convertita in espulsione. In questi casi si applica l'articolo 16 T.U.I., secondo il quale l'espulsione viene disposta con immediato accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. La conseguenza dell'applicazione dell'articolo 16 è quindi la mancata previsione di un periodo di partenza volontaria ai soggetti processati per l'articolo 10-*bis*, con la conseguenza di sottrarre i soggetti cui si indirizza la direttiva - gli stranieri che si trovano irregolarmente sul territorio di uno Stato Membro - alle procedure e garanzie previste per gli stessi. La tesi sostenuta in dottrina pare quindi condivisibile, in quanto, sebbene la Corte di Giustizia abbia chiaramente affermato che gli Stati Membri restano liberi di “adottare anche misure penali volte a dissuadere i cittadini di paesi terzi dal soggiornare illegalmente sul proprio territorio”,¹⁵¹ nondimeno ha aggiunto che tali misure non possono pregiudicare la corretta e efficace applicazione del diritto europeo, compresa la Direttiva Rimpatri. Le misure di carattere penale già presenti devono misurarsi con i principi contenuti nella direttiva, in quanto nessuna previsione - sia essa amministrativa o penale - è sottratta al sindacato di compatibilità con il diritto dell'Unione. Da ciò segue

in order to exclude it from the scope of application of the directive. Such an interpretation seems not to be allowed under the principle of sincere cooperation.”. R. Raffaelli, 2011, p. 487.

¹⁴⁹ C. Favilli, 2011, pp. 693-730.

¹⁵⁰ Si vedano al proposito: A. Di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, www.penalecontemporaneo.it. R. Raffaelli, 2011, pp. 467-489; A. Natale, 2011, pp. 17-36.

¹⁵¹ C-61/11, *El Dridi*, par. 52.

che si possa legittimamente ritenere che il combinato disposto degli articoli 10-*bis* e 16 del T.U.I., nella parte in cui impongono l'immediata espulsione coattiva, contrasti con il principio del rimpatrio volontario di cui all'articolo 7, par.1, della Direttiva 2008/115/CE. A tale conclusione ha aderito anche parte della giurisprudenza chiamata a giudicare sull'articolo 10-*bis*: in alcuni casi si è avuta la diretta disapplicazione dell'articolo in questione,¹⁵² in altri i giudici hanno preferito riferirsi alla Corte di Giustizia dell'UE per ottenere una interpretazione della direttiva. La prima domanda di rinvio pregiudiziale, effettuata dal Tribunale di Mestre in data 8 settembre 2011 (C-144/11) è stata elusa dalla Corte sulla base della manifesta irricevibilità della domanda perché non erano state fornite sufficienti informazioni sulle circostanze in fatto della causa pendente davanti al giudice nazionale. Il secondo caso, *Sagor*, è quello su cui la Corte si è pronunciata con la sentenza del 6 dicembre 2012; appena un anno prima, tuttavia, la Corte si era espressa su un caso simile, proposto tramite rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte d'Appello di Parigi: si chiedeva ai giudici europei di valutare la compatibilità del reato di ingresso e soggiorno irregolare, punito dall'ordinamento francese con la pena pecuniaria e quella della reclusione, con la Direttiva Rimpatri. Le conclusioni cui la Corte è giunta nel caso *Achughbabian* possono essere confrontate con quelle successive relative all'articolo 10-*bis* e danno conto della posizione della Corte di Giustizia circa la criminalizzazione dell'immigrazione irregolare – il cui culmine è rappresentato per l'appunto dal reato di ingresso e soggiorno irregolare – e il suo rapporto con il diritto europeo.

Le posizioni su cui la Corte si è assestata nel caso *El Dridi*, in particolare con riferimento al rapporto tra diritto penale interno e perseguimento dell'*effetto utile* della Direttiva Rimpatri, hanno avuto una portata significativa non solo con riguardo all'ordinamento italiano, ma anche al di fuori dei confini nazionali: sulla base del principio secondo cui una norma nazionale che imponga la pena detentiva nel corso di un processo di rimpatrio - condotto secondo i principi della Direttiva 2008/115/CE - osti all'efficace applicazione della direttiva stessa, la Corte d'Appello di Parigi ha chiesto alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi sul reato di cui all'articolo L.621-1 del "Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile" (Ceseda).¹⁵³ Tale articolo punisce l'ingresso e il soggiorno

¹⁵² Giudice di Pace di Torino, Sentenza del 22 settembre 2011, est. Politi di Zumaglia; Giudice di Pace di Roma, Sentenza del 16 giugno 2011, giud. Chiassai.

¹⁵³ Più precisamente, la Corte d'Appello di Parigi ha chiesto "se, tenuto conto del suo ambito di applicazione, la direttiva [2008/115] osti ad una norma nazionale come l'articolo L. 621-1 del [Ceseda] che

irregolare con una pena detentiva fino ad un anno e la multa fino a 3.750 euro. La valutazione della Corte ha seguito i principi già in parte esposti in *El Dridi*, concludendo nel senso che la direttiva e in particolare gli articoli 15 e 16, ostano “alla normativa di uno Stato membro che reprime il soggiorno irregolare mediante sanzioni penali, laddove detta normativa consente la reclusione di un cittadino di un paese terzo che, pur soggiornando in modo irregolare nel territorio di detto Stato membro e non essendo disposto a lasciare tale territorio volontariamente, non sia stato sottoposto alle misure coercitive di cui all’articolo 8 di tale direttiva, e per il quale, nel caso in cui egli sia stato trattenuto al fine di preparare e realizzare il suo allontanamento, la durata massima del trattenimento non sia stata ancora superata”.¹⁵⁴ Ancora una volta la conclusione della Corte pare dare ragione ai giudici nazionali convinti del contrasto tra una misura penale utilizzata nel contesto del procedimento di rimpatrio e la direttiva. Ancora una volta, tuttavia, gli assunti su cui tale conclusione si basa rimangono estranei a valutazioni riguardanti strettamente la tutela dei migranti, con riferimento alla detenzione, e a valutazioni di carattere criminologico. La Corte si assesta sulla posizione già chiarita in *El Dridi*: il diritto interno, compreso il diritto penale, non può ostacolare l’applicazione della Direttiva Rimpatri; l’obiettivo da conseguirsi è, in primo luogo, quello dell’espulsione dei migranti irregolari.¹⁵⁵ Nella sentenza *Achughbabian* si ha poi premura di precisare che “la direttiva non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di

prevede l’irrogazione della pena della reclusione ad un cittadino di un paese terzo esclusivamente in ragione del suo ingresso o soggiorno irregolare sul territorio nazionale”.

¹⁵⁴ C-329/11, *Achughbabian*, par. 51. Al tempo stesso è però corretto ricordare che la Corte ha, con una decisione di certi versi criticabile, dichiarato conforme al diritto europeo l’arresto pre-cautelare (*gard à vue*, nel sistema francese) disposto per accertare l’irregolarità del migrante, con una decisa limitazione delle garanzie connesse alle libertà personale. Per una completa analisi del caso, si veda L. D’Ambrosio, *Se una notte d’inverno un... sans papier. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea dichiara il reato di ingresso e di soggiorno irregolare conforme e non conforme alla “direttiva rimpatri*, 26 gennaio 2012, www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵⁵ I passaggi rilevanti della pronuncia della Corte a tal proposito sono quelli in cui si sostiene che “è evidente che irrogare ed eseguire una pena detentiva nel corso della procedura di rimpatrio prevista dalla direttiva 2008/115 non contribuisce alla realizzazione dell’allontanamento che detta procedura persegue, ossia al trasporto fisico dell’interessato fuori dallo Stato membro in questione. Siffatta pena, pertanto, non integra una «misura» o una «misura coercitiva» ai sensi dell’art. 8 della direttiva 2008/115. Infine, è pacifico che la normativa nazionale oggetto della causa principale, prevedendo la pena della reclusione per il cittadino di un paese terzo che abbia più di 18 anni e soggiorni in modo irregolare in Francia dopo che è scaduto il termine di tre mesi dal suo ingresso nel territorio francese, può comportare la reclusione, mentre, secondo le norme e procedure comuni sancite dagli artt. 6, 8, 15 e 16 della direttiva 2008/115, a tale cittadino di un paese terzo deve essere applicata, in via prioritaria, una procedura di rimpatrio e, per quanto riguarda l’eventuale privazione della libertà, egli può subire tutt’al più un trattenimento”.

soggiorno”:¹⁵⁶ in tale occasione, ancor più che in *El Dridi*, la posizione dell’Unione in merito alla criminalizzazione dell’immigrazione irregolare è chiara. Non ci sono previsioni della Direttiva 2008/115/CE che pongano ostacoli alla scelta degli Stati di criminalizzare l’irregolarità degli stranieri. La Corte ha scelto di precisare con fermezza tale passaggio, anche alla luce dell’attenzione riservata da numerosi governi al caso in questione: in molti paesi, infatti, il reato di “clandestinità” è visto come baluardo della lotta contro l’immigrazione irregolare.¹⁵⁷ Al tempo stesso, tuttavia, a seguito di tale pronuncia, nella pratica sarà molto più difficile criminalizzare tale comportamento; e in particolare, non si potrà più punire il migrante irregolare, per il solo fatto della sua irregolarità, con la pena della reclusione, quando questa sia disposta nel corso della procedura di rimpatrio.¹⁵⁸

La sentenza *Achughbaban* definisce poi, in via inequivocabile e ben più esaustiva rispetto a quanto fatto nella precedente sentenza *El Dridi*, l’ambito di applicazione dell’articolo 2, par. 2, lett.b) della Direttiva, asserendo che “la situazione del ricorrente nella causa principale non può essere esclusa dalla sfera di applicazione della direttiva 2008/115, dato che l’art. 2, n. 2, lett. b), di quest’ultima non può manifestamente essere interpretato, salvo privare la direttiva della sua ratio e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possano omettere di applicare le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva in parola ai cittadini di paesi terzi che abbiano commesso solo l’infrazione consistente nel soggiorno irregolare”.¹⁵⁹ Questo passaggio è di importanza centrale per la disciplina italiana, in quanto, per un verso, confuta il ragionamento su cui si è fondato il governo italiano nell’adozione dell’articolo 10-*bis* e, per altro verso, conferma le posizioni della dottrina in merito: i migranti irregolari sottoposti a processo penale in forza dell’articolo 10-*bis* devono quindi essere soggetti alle previsioni e tutela della Direttiva Rimpatri al pari di ogni altro stranieri irregolarmente soggiornante.¹⁶⁰

¹⁵⁶ C-329/11, *Achughbaban*, par. 28.

¹⁵⁷ Non solo il governo francese, ma anche quello tedesco, danese e estone hanno presentato osservazioni nel corso della causa. Secondo D’Ambrosio, “appare verosimile che attorno alla causa *Achughbaban* si sia venuta a creare una certa tensione legata al timore dei governi nazionali di veder cadere per mano della Corte di giustizia un totem della politica criminale in materia di immigrazione, quale il reato di ingresso e soggiorno irregolare”. L D’Ambrosio, 2012.

¹⁵⁸ C-329/11, *Achughbaban*, par. 32.

¹⁵⁹ C-329/11, *Achughbaban*, par. 41.

¹⁶⁰ Come osservato anche dalla Commissione europea, nelle sue osservazioni nel corso dell’esame della causa, se così non fosse gli Stati vedrebbero riconoscersi “una sorta di generale potere di deroga all’applicazione della direttiva, rivelandosi sufficiente che essi decidano di criminalizzare lo statuto dell’irregolarità affinché ipso facto la “direttiva rimpatri” non sia più un testo applicabile nel paese”. Commissione europea, *Osservazioni scritte*, 26 settembre 2011.

Prima di passare all'analisi dell'impatto di tale sentenza sull'ordinamento italiano e sul successivo caso *Sagor*, è opportuno sottolineare un ultimo passaggio del ragionamento della Corte di Giustizia. Nel corso della sua pronuncia la Corte rigetta le argomentazioni proposte dai governi tedesco ed estone, contrari alla tesi dell'incompatibilità, spiegando che "tanto dal dovere di lealtà degli Stati membri, quanto dall'esigenza di efficacia ricordata in particolare al quarto 'considerando' della direttiva 2008/115, discende che l'obbligo che l'art. 8 di tale direttiva impone agli Stati membri di procedere all'allontanamento, nelle ipotesi illustrate al n. 1 di questo articolo, deve essere adempiuto con la massima celerità. È del tutto evidente che così non sarebbe se lo Stato membro interessato, dopo aver accertato il soggiorno irregolare del cittadino di un paese terzo, anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale, eventualmente seguito dalla pena della reclusione. Tale modo di agire ritarderebbe l'allontanamento (sentenza *El Dridi*, cit. supra, punto 59) e, tra l'altro, non è annoverato tra le giustificazioni del rinvio dell'allontanamento menzionate all'art. 9 della direttiva 2008/115".¹⁶¹ Tale presa di posizione della Corte sembra andare nel senso che, *in ogni caso*, un procedimento penale anteposto alla procedura di rimpatrio e riguardante la mera situazione di irregolarità del soggetto, sarebbe suscettibile di porsi in contrasto con la ratio della direttiva: l'efficacia dell'espulsione.¹⁶² In questo senso si potrebbe configurare un ulteriore profilo di incompatibilità tra l'articolo 10-*bis* e la Direttiva 2008/115/CE, anche se qui la pena privata è solo pecuniaria: infatti, nonostante l'ambiguità della sintassi utilizzata, "la Corte sembra ascrivere l'effetto ostativo all'efficace realizzazione delle finalità della direttiva alla previsione non solo di una pena detentiva applicabile nel corso della procedura comune di rimpatrio ma al procedimento penale che l'applicazione di qualsiasi pena necessariamente presuppone".¹⁶³ L'interpretazione proposta da D'Ambrosio, e condivisa da chi scrive, vedrebbe come ostacolo all'*effetto utile* della direttiva non semplicemente il ricorso ad una pena detentiva, ma, a priori, il ricorso allo strumento penale e l'instaurazione di un procedimento di tale natura.

¹⁶¹ C-329/11, *Achughbadian*, par. 45.

¹⁶² D'Ambrosio ha evidenziato come, "con la decisione in esame, la Corte decide di andare oltre il perimetro già tracciato dalla sentenza *El Dridi*, estendendo la propria analisi al profilo cruciale dell'interferenza tra la direttiva e la fattispecie di reato di soggiorno irregolare *prima ancora che venga adottata una decisione di rimpatrio*." L'Ambrosio, 2012.

¹⁶³ L. D'Ambrosio, 2012.

3.5.2 La pronuncia della Corte nel caso Sagor

In base alle indicazioni fornite dalla Corte nel caso *Achughbadian*, ancora una volta in nome dell'efficacia che deve perseguire la politica di rimpatrio, sarebbe stato legittimo aspettarsi anche in *Sagor* una decisione nel senso della dichiarazione di incompatibilità dell'articolo 10-bis rispetto alla Direttiva Rimpatri. Il rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale di Rovigo, per vero, ha toccato il profilo dell'incompatibilità non tanto con riguardo alla paralizzazione dell'*effetto utile*, quanto piuttosto rispetto al contrasto con la direttiva delle modalità punitive contenute nel 10-bis. Gli articoli della direttiva con cui quest'ultimo sarebbe incompatibile sono chiaramente l'articolo 7 sul rimpatrio volontario,¹⁶⁴ nonché degli articoli 15 e 16, in relazione alla privazione della libertà conseguente della conversione della pena pecuniaria in permanenza domiciliare della durata di almeno 45 giorni. L'ordinanza del Tribunale di Rovigo del 15 luglio 2011, infatti, evidenzia come nel caso di specie sia impossibile sostituire la pena pecuniaria all'espulsione, in quanto ricorrono le cause ostative all'accompagnamento coattivo di cui all'articolo 14, comma 1. Di conseguenza, la pena pecuniaria, data l'insolvenza del soggetto, non può che convertirsi nella misura della permanenza domiciliare: la quale, di fatto, impone la detenzione dello straniero nel corso del procedimento di espulsione ed al di fuori delle tutele previste dagli articoli 15 e 16 della Direttiva Rimpatri: si configura così un caso simile a quanto sottoposto alla Corte nel caso *El Dridi*. Il Tribunale in questione ha quindi rinviato alla Corte le seguenti questioni di interpretazione: “se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 4, 6, 7, 8 della direttiva 2008/115/CE ostino alla possibilità che un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con una pena pecuniaria sostituita come sanzione penale dalla detenzione domiciliare in conseguenza

¹⁶⁴ La tesi del Tribunale in riferimento all'articolo 7 è quella per cui “l'espulsione immediata disposta con il combinato disposto degli artt. 10-bis e 16 è un tentativo (illegittimo) dello Stato membro di valersi della clausola dell'art. 2 della direttiva 2008/115/CE, per negare sempre al cittadino di paese terzo le garanzie, quali la concessione di un termine, previste in caso di partenza volontaria. Conseguentemente, l'art. 10-bis è in contrasto con l'art. 7, par. 1, della direttiva nella parte in cui prevede la sanzione sostitutiva dell'espulsione; esso risulta quindi non applicabile”; si aggiunge poi anche che l'articolo 10-bis sarebbe, di per sé, incompatibile con la direttiva, in quanto “l'introduzione di un reato che incrimini la mera permanenza irregolare – cioè lo status direttamente disciplinato dalla direttiva - contrasta con il principio di leale cooperazione, sancito all'art. 4, par. 3, TUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia. Nel caso in esame non vi è dubbio che l'introduzione del reato di permanenza irregolare ha affiancato al procedimento amministrativo un procedimento penale per la stessa condotta, congegnato in modo tale da ostacolare di fatto il procedimento amministrativo ordinario di espulsione volendolo sostituire con altro che non rispetta le garanzie e i diritti enunciati dalla direttiva all'art. 7”. Tribunale di Rovigo, Ordinanza del 15 luglio 2011.

del suo mero ingresso e permanenza irregolare, ancora prima della inosservanza di un ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa; se, alla luce dei principi di leale cooperazione e di effetto utile delle direttive, gli articoli 2, 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE ostino alla possibilità che, successivamente all'emanazione della Direttiva, uno stato membro possa emettere una norma che prevede che un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare per lo Stato membro venga sanzionato con una pena pecuniaria sostituita dall'espulsione immediatamente eseguibile come sanzione penale senza il rispetto della procedura e dei diritti dello straniero previsti dalla Direttiva; se il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, osti ad una norma nazionale adottata in pendenza del termine di attuazione di una direttiva per eludere o, comunque, limitare l'applicazione di applicazione della direttiva, e quali provvedimenti debba adottare il giudice nel caso rilevi siffatta finalità".¹⁶⁵

La sentenza della Corte, piuttosto succinta nelle sue argomentazioni, non ha però accolto in pieno la linea interpretativa suggerita dal Tribunale di Rovigo e, indirettamente, da parte di alcuni esponenti della dottrina italiana. Al tempo stesso, pare che i giudici si siano in una certa misura discostati dagli stessi principi pronunciati nel caso *Achughbaban* cui sopra si è fatto riferimento. Alle due argomentazioni proposte dal Tribunale di Rovigo – una relativa alla incompatibilità con gli articoli 15 e 16 della permanenza domiciliare, l'altra concernente la difformità rispetto all'articolo 7 dell'allontanamento coatto – la Corte ha reagito in modo differente. Nel primo caso i giudici hanno concluso nel senso che la Direttiva 2008/115/CE “osta alla normativa di uno Stato Membro che consente di reprimere il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con obbligo di permanenza domiciliare, senza garantire che l'esecuzione di tale pena debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile il trasferimento fisico dell'interessato”.¹⁶⁶ Si è, dunque, applicato al caso della permanenza domiciliare un ragionamento simile a quello sviluppato in *El Dridi* e successivamente in *Achughbaban*: la pena della permanenza domiciliare non integra una “misura coercitiva” ai sensi dell'articolo 8 della direttiva 2008/115 che possa considerarsi proporzionale ed efficace rispetto all'obiettivo del rimpatrio, ed anzi è idonea a ritardare ed ostacolare l'applicazione di tali misure.¹⁶⁷ Con riferimento, invece, al caso in cui l'ammenda possa essere sostituita dall'espulsione, la

¹⁶⁵ Tribunale di Rovigo, Ordinanza del 15 luglio 2011.

¹⁶⁶ C-430/11, *Sagor*, par. 50.

¹⁶⁷ C-430/11, *Sagor*, par. 44.

decisione della Corte è andata nella direzione per cui l'applicazione della direttiva "non osta alla normativa di uno Stato Membro che sanziona il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con una pena pecuniaria sostituibile dall'espulsione". Tale seconda conclusione merita una analisi maggiormente approfondita, in quanto si compone di distinti passaggi concatenati: la Corte, infatti, non si limita ad osservare che la sanzione dell'ammenda non rappresenta in alcun modo un ostacolo alla procedura di rimpatrio;¹⁶⁸ essa prende in considerazione anche l'esercizio stesso dell'azione penale, similmente a quanto già fatto nel caso *Achughbabian*. Secondo quanto concluso in tale sentenza - in particolare, si veda il paragrafo 45 della stessa - si sarebbe potuto agevolmente giungere alla conclusione secondo cui anche "l'art. 10bis T.U. imm. si rivelerebbe comunque in contrasto con la "direttiva rimpatri" in quanto consentirebbe di anteporre all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale, che, ancorché seguito da una pena pecuniaria, ha comunque l'effetto di ritardare l'allontanamento dello straniero irregolare [...] anche nel caso della sanzione penale dell'espulsione, l'esecuzione coattiva del rimpatrio verrebbe ad essere preceduta da un procedimento penale che ritarderebbe l'allontanamento dello straniero in situazione irregolare, così pregiudicando l'effetto utile della direttiva".¹⁶⁹ Tale ragionamento, condiviso da chi scrive, avrebbe per altro portato alla dichiarazione di incompatibilità dell'articolo 10-bis nel suo complesso, e non soltanto delle sole disposizioni che prevedono la sostituzione della pena pecuniaria con la permanenza domiciliare o con l'espulsione coattiva.¹⁷⁰ La Corte di Giustizia ha però ritenuto, scostandosi quindi dal ragionamento pure semplicemente abbozzato in *Achughbabian*, che "l'adozione e l'esecuzione delle misure di rimpatrio previste dalla Direttiva 2008/115 non vengono ritardate o in altro modo ostacolate dalla circostanza che è pendente un'azione penale come quella prevista dal decreto legislativo n.286/1998".¹⁷¹ Da ciò segue che, tanto la

¹⁶⁸ Infatti, "non impedisce in nessun modo che una decisione di rimpatrio sia adottata ed attuata nella piena osservanza delle condizioni enunciate agli articoli 6-8 della direttiva 2008/115 e non pregiudica neppure le norme comuni in materia di adozione di provvedimenti restrittivi della libertà". C-430/11, *Sagor*, par.36.

¹⁶⁹ L. D'Ambrosio, 2012.

¹⁷⁰ Tale argomentazione è stata sostenuta nella sua arringa davanti alla Corte, anche da Maserà, avvocato della parte privata Sagor nel corso del procedimento davanti alla Corte di Giustizia. C-430/11, *Sagor*, Udienza del 13 settembre 2012. Reperibile su www.penalecontemporaneo.it.

¹⁷¹ C-340/11, *Sagor*, par. 35. Conforme alla decisione della Corte era, del resto, la posizione di Gatta, secondo cui alcune disposizioni contenute nell'articolo 10-bis avrebbero permesso di giustificare la mancanza di un impedimento o di un ritardo ad opera dell'articolo in questione rispetto alla procedura di rimpatrio: in particolare, queste previsioni sarebbero da identificare nel fatto che non viene richiesto al giudice il rilascio di un nulla osta e che il giudice, dopo aver preso conoscenza del rimpatrio, deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere. G. L. Gatta, *Il reato di clandestinità e la direttiva rimpatri*,

pena dell'ammenda, quanto quella sostitutiva della espulsione, non sono in contrasto con l'obiettivo principale della direttiva. Infatti, con riferimento all'ultima questione problematica – secondo cui si è lamentata la incompatibilità dell'espulsione coattiva con l'articolo 7, par. 1 della Direttiva Rimpatri – la Corte ha richiamato l'attenzione dei giudici nazionali sulla previsione di cui all'articolo 7, par. 4, secondo cui “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, gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni”. Sarebbe quindi possibile per il giudice nazionale applicare la misura sostitutiva dell'espulsione coattiva, senza aver concesso un periodo di partenza volontaria, ma con l'accortezza che “qualsiasi valutazione al riguardo deve fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato”.¹⁷² Nonostante la Corte non si sia diffusamente soffermata sul punto, quindi, la compatibilità dell'articolo 10-*bis* nel momento in cui si commini la pena dell'espulsione coattiva deve in ogni caso essere valutata dai giudici di merito volta per volta: qualora non sussistano le condizioni previste dall'articolo 7, par.4 per ordinare l'espulsione senza che possa essere concesso un periodo di partenza volontaria, si deve ritenere la conversione della pena pecuniaria in quella dell'espulsione inapplicabile. Nella conclusione della sua pronuncia, infatti, la Corte ordina che “il giudice del rinvio, qualora dovesse (...) concludere che la fattispecie non corrisponde a nessuna delle situazioni previste dell'articolo 7, paragrafo 4 della direttiva 2008/115 e che la facoltà offerta dall'articolo 16 del decreto legislativo n.286/1998 non può quindi essere sfruttata, oppure concludere che la direttiva 2008/115 osta all'applicazione degli articoli 53 e 55 del decreto legislativo n.274/2000, sarebbe tenuto a lasciare inapplicate tali disposizioni nazionali”.¹⁷³

in www.penalecontemporaneo.it. Tale tesi, fatta propria dal governo italiano nel corso della causa *Sagor*, è stata del resto confutata da Maserà. C-430/11, *Sagor*, Udienza del 13 settembre 2012.

¹⁷² C-340/11, *Sagor*, par. 40-42.

¹⁷³ C-430/11, *Sagor*, par. 48. Per una tale lettura della sentenza *Sagor* si veda anche F. Viganò, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, su www.penalecontemporaneo.it. Il problema legato all'applicazione dell'articolo 10-*bis* chiama quindi in causa, principalmente, la definizione di rischio di fuga fornita nel T.U.I. con le modifiche apportate dal d.l. 89/2011, la cui ampio portata comprendere anche casi in cui è impossibile valutare l'elemento soggettivo della condotta del soggetto, ma anzi tale rischio viene fatto dipendere da circostanza oggettive quali la mancanza di passaporto o altro documento valido.

Di seguito all'analisi della sentenza *Sagor*, che è stata condotta, per vicinanza dei temi trattati, tenendo in considerazione i principi espressi nel precedente caso *Achughbabian*, è possibile trarre alcune conclusioni. Ancora una volta viene ribadita la preminenza dell'obiettivo di adottare una politica di rimpatrio efficace e si può concludere, a seguito delle tre sentenze sopra analizzate, che misure penali incriminatrici che comminino la pena detentiva nel corso della procedura di rimpatrio devono essere considerate in ogni caso come contrarie alle Direttiva Rimpatri. In breve, la detenzione dello straniero irregolare al di fuori delle regole poste dagli articoli 15 e 16 non potrà applicarsi e sarà da ritenersi incompatibile con la direttiva. Il sospetto emerso dalla lettura della sentenza *El Dridi*, ovvero che la tutela della libertà e dei diritti del migrante siano tenuti in considerazione, ma soltanto in via strumentale al conseguimento di un rimpatrio efficace, viene confermato dalle due ultime sentenze relative al reato di ingresso e soggiorno irregolare in Francia e in Italia. Similmente, si deve prendere atto che “nell’ordinamento dell’Unione europea la criminalizzazione degli stranieri in situazione irregolare non è messa in discussione in termini assoluti, ma unicamente con riferimento alla sua idoneità ad ostacolare l’allontanamento degli stranieri il cui soggiorno è irregolare”.¹⁷⁴ Tale conclusione è confermata dalla – medesima – presa di posizione iniziale della Corte di Giustizia nelle sentenze *Achughbabian* e *Sagor*: in entrambe, viene stabilito che “La direttiva 2008/115 verte unicamente sul rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare e, pertanto, non si prefigge l’obiettivo di armonizzare integralmente le norme degli Stati membri 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 penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione”.¹⁷⁵ Al tempo stesso, riprendendo le conclusioni di *El Dridi*, viene ancora ribadito che gli Stati non possono applicare una disciplina penale idonea a compromettere l’applicazione delle norme e delle procedure comuni sancite dalla Direttiva 2008/115/CE.¹⁷⁶ Tanto nel caso francese quanto, seppure in maniera ridotta, in quello italiano, l’applicazione del diritto dell’Unione ha avuto, di fatto, l’effetto di paralizzare l’applicazione di alcune delle norme che più hanno contribuito alla

¹⁷⁴ L. D’Ambrosio, 2012.

¹⁷⁵ C-340/11, *Sagor*, par. 31.

¹⁷⁶ C-340/11, *Sagor*, par. 32.

criminalizzazione dell'immigrazione irregolare.¹⁷⁷ L'impatto delle sentenze della Corte di Giustizia sul rapporto tra diritto penale interno e diritto europeo, e di conseguenza sulla criminalizzazione dell'immigrazione, va quindi ricercato nel delicato equilibrio istituzionale per cui, pur limitando la propria sfera di competenza all'armonizzazione delle procedure di rimpatrio, il diritto europeo, come interpretato dalla Corte di Giustizia, ha in ogni caso smussato parti della legislazione interna di alcuni Stati Membri che ricorrevano al diritto penale per la gestione dell'immigrazione irregolare.¹⁷⁸ Infine, un altro chiarimento importante che ci deriva dalla sentenza Achughbabian, il cui principio è stato chiaramente applicato anche nel caso italiano, è quello secondo cui l'articolo 2, par. 2, lett.b) della Direttiva Rimpatri non può in alcun modo essere interpretato in maniera tale da escluderne l'applicabilità nei confronti degli stranieri colpiti da procedimento penale per il mero fatto dell'ingresso e del soggiorno irregolare. Tale importante principio è stato, successivamente, ribadito dalla stessa Corte di Giustizia,¹⁷⁹ nonché dalla Commissione europea nel recente "Manuale sul rimpatrio",¹⁸⁰ all'interno del quale viene precisata la portata e il contenuto di ogni disposizioni della direttiva. Per quanto riguarda l'articolo 2, par. 2, lett.b), la Commissione indica che "I casi di diritto penale previsti da tale disposizione sono quelli solitamente considerati come reati nell'ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri. 1) Nella sentenza emessa nella

¹⁷⁷ È condivisa l'opinione di Raffaelli secondo cui "la Corte, pur riaffermando solennemente l'ammissibilità di fattispecie penali che criminalizzino la mera presenza irregolare, in parte forse anche per un riguardo di natura "politica" (data la sensibilità della materia e la riluttanza degli Stati membri a dare attuazione alla direttiva), ne ha però notevolmente ridimensionato la portata e l'ambito applicativo". R. Raffaelli, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", Vol. 4, 2011, pp. 73-79.

¹⁷⁸ In proposito si faccia anche attenzione ai limiti posti dalla sentenza Achughbabian al potere di criminalizzazione al termine della procedura di rimpatrio. La sentenza infatti, seppur per certi versi sibillina, sembra indicare che la procedura di allontanamento debba ritenersi conclusa quando, se lo straniero non si è allontanato, siano trascorsi i limiti massimi di detenzione amministrativa. La Corte infatti ricorda che le sanzioni penali non possono applicarsi prima che sia superata la durata massima del trattenimento, né quando vi sia un giustificato motivo che preclude il rimpatrio. Di conseguenza impedisce agli Stati di applicare sanzioni penali nei casi in cui, anche dopo la fine della procedura di rimpatrio, quest'ultimo sia precluso da "un giustificato motivo". Tale precisazione, poi, è stata interpretata dalla dottrina in maniera ampia: "Non sembra però eccessivo ritenere che con questo termine la CGE abbia voluto far riferimento non soltanto a coloro il cui rimpatrio è vietato dal diritto internazionale (ad esempio, perché protetti dal principio di non refoulement), ma anche, quantomeno, a quanti non possano essere rimpatriati per ragioni estranee alla loro volontà". R. Raffaelli, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", 2011, p. 76.

¹⁷⁹ "La Corte ha già avuto occasione di affermare che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2008/115 non può essere interpretato, a meno di privare quest'ultima della sua ratio e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possano omettere di applicare le norme e le procedure comuni previste dalla suddetta direttiva ai cittadini di paesi terzi che abbiano commesso solo l'infrazione consistente nel soggiorno irregolare". Ordinanza del 21 marzo 2013, C-522/11, *Mbaye*, non ancora pubblicata in Racc.

¹⁸⁰ Commissione dell'Unione Europea, COM (2015) 6250 def., 1/10/2015, Bruxelles.

causa Filev e Osmani (C-297/12), la Corte di giustizia ha esplicitamente chiarito che le violazioni delle disposizioni della legge nazionale sugli stupefacenti e le condanne per traffico di stupefacenti possono essere casi ai quali è applicabile la deroga. 2) Nella sentenza emessa nella causa Achughbavian, la Corte di giustizia ha confermato che la deroga non può essere utilizzata senza privare la direttiva rimpatri della sua ratio e del suo effetto vincolante per i cittadini di paesi terzi che hanno commesso solo il reato di soggiorno irregolare. 3) Le infrazioni di minore entità in materia di migrazione, quali l'ingresso o il soggiorno irregolare, non possono giustificare il ricorso a tale deroga".¹⁸¹

3.5.3 Le conseguenze della sentenza *Sagor* per il cd. "reato di clandestinità"

Sebbene la sentenza in esame non abbia avuto effetti dirompenti paragonabili a quelli del caso *El Dridi*, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, e *Achughbavian*, rispetto all'ordinamento francese, nondimeno anche la tenuta del reato di cui all'articolo 10-*bis* è stata messa in discussione. In primo luogo, è stato definitivamente frustrato il tentativo, effettuato dal governo italiano nel 2009, di escludere tale reato dalla sfera di applicabilità della direttiva europea e di eludere le tutele in essa previste. Inoltre, nonostante la Corte abbia apparentemente "salvato" il reato di ingresso e soggiorno irregolare, la dichiarata incompatibilità degli strumenti sanzionatori con il diritto europeo ha avuto come conseguenza quella di paralizzarne l'applicazione in numerosi casi. Per un verso resta intatta la sanzione pecuniaria dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, la cui effettiva riscossione è però quantomeno opinabile, a fronte della ridotta solvibilità degli stranieri in situazione irregolare e della ridotta capacità degli apparati statali di effettuare tale riscossione.¹⁸² Quanto alla possibilità per il giudice di sostituire l'ammenda con la pena

¹⁸¹ COM (2015) 6250 def., 1/10/2015, Bruxelles, p. 21.

¹⁸² In assenza di dati concreti che analizzino, sul territorio nazionale, la percentuale di casi in cui l'ammenda in questione viene effettivamente pagata, prevale il dubbio che l'elevata entità della pena si ponga come ostacolo all'effettiva possibilità da parte dell'immigrazione irregolare di pagare la stessa. L' (in) efficacia del reato di immigrazione clandestina - benché sostenuta dalla quasi totalità degli operatori del diritto - è difficilmente verificabile a causa della riprovevole assenza di statistiche in merito. L'inutilità del reato di "immigrazione clandestina" è stato del resto ribadito dall'Associazione Nazionale Magistrati in relazione al dibattito pubblico che si è acceso nei primi giorni del 2016 in relazione alla valutazione, da parte del governo, di disporre la disapplicazione: <https://www.lastampa.it/2016/01/09/italia/politica/reato-di-clandestinit-inutile-e-pure-dannoso-cos-i-pm-hanno-superato-lo-stallo-della-politica-xqlAMgveyD7WSxTJePIImQL/pagina.html>

dell'espulsione, questa è configurabile soltanto al verificarsi di una duplice condizione: a) che vi sia la possibilità di una esecuzione immediata dell'espulsione, non sussistendo le condizioni ostative di cui all'art. 14 co. 1 t.u. imm; e b) che ricorrano le ipotesi di cui all'articolo 7, par. 4 della Direttiva Rimpatri: infatti, soltanto quando queste sono corrisposte è possibile per gli Stati derogare alla connessione di un periodo di rimpatrio volontario. Tra queste, l'ipotesi maggiormente rilevante è rappresentata dal rischio di fuga dello straniero,¹⁸³ rischio che deve essere valutato caso per caso da parte del giudice, in base alla situazione individuale del soggetto.¹⁸⁴ I giudici di Lussemburgo, quindi, hanno pure ridotto – più o meno consapevolmente – l'ampiezza dei casi in cui l'espulsione possa essere ordinata in via sostitutiva rispetto alla pena pecuniaria. Infine, è paralizzata anche l'ipotesi – configurabile quando ricorrono le condizioni ostative di cui all'articolo 14 T.U.I. e non si può disporre l'accompagnamento alla frontiera – di conversione della ammenda nella pena della permanenza domiciliare. Quest'ultima è stata infatti, come visto sopra, dichiarata incompatibile con la direttiva, in quanto avrebbe finito per ritardare l'esecuzione dell'allontanamento. In applicazione di tale ultima indicazione della Corte, il Tribunale di Monza ha assolto l'imputato dal reato ex 10-bis perché “il fatto non è più previsto dalla legge come reato”.¹⁸⁵ L'ultimo rilievo relativo all'incompatibilità della misura della permanenza domiciliare con la direttiva in questione, infine, può agevolmente essere applicato anche alle nuove pene pecuniarie disposte dall'articolo 14, comma 5-ter e 5-quater come modificati da d.l. 89/2011 e dalle nuove pene previste all'articolo 13, comma 5.2 e 14, comma 1-bis: anche in questi casi, infatti, essendo i reati di competenza del giudice di pace, l'eventuale possibilità di sostituire la pena pecuniaria con quella della permanenza domiciliare è, ancora una volta, impedita dal diritto europeo.

¹⁸³ La definizione del rischio di fuga è dato dall'articolo 13, comma 4-bis T.U.I.

¹⁸⁴ Inoltre, come evidenziato da Viganò, “ove tale rischio di fuga non sussista lo straniero avrebbe infatti diritto a una decisione di rimpatrio che gli conceda un termine per la partenza volontaria, ai sensi dell'art. 7 della direttiva; termine che però il giudice di pace non potrebbe concedergli, nel silenzio sul punto dell'art. 16 t.u. imm. e dello stesso art. 62 bis d.lgs. 274/2000, con conseguente impossibilità, in questo caso, di sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione”. F. Viganò, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, 02 dicembre 2012, www.penalecontemporaneo.it.

¹⁸⁵ Tribunale di Monza, sentenza del 17 dicembre 2012. Contro tale sentenza è stato proposto ricorso per cassazione dalla Procura di Milano - ma ad oggi la Corte di Cassazione non si è ancora pronunciata su tale tema.

Quindi, nonostante la condotta di ingresso e soggiorno irregolare continui ad essere perseguita in via penale, l'impatto nella pratica di tale reato – già in parte limitato in forza della possibilità data al giudice di pace di applicare la formula assolutoria in caso di particolare tenuità del fatto – è stato ulteriormente ridotto. Nella maggioranza dei casi i processi si concluderanno con l'irrogazione di una pena pecuniaria, nella pratica difficilmente eseguibile. Tali rilievi conducono all'osservazione di quanto in dottrina già da tempo evidenziato: il cd. "reato di clandestinità" risulta essere una incriminazione di natura fortemente simbolica,¹⁸⁶ dotata di ridotta utilità pratica - vista la sostanziale duplicazione rispetto al meccanismo espulsivo previsto in via amministrativa - ma al contempo fortemente dispendiosa,¹⁸⁷ tanto in termini di costi gravanti sull'apparato giudiziario, quanto in termini di costi sociali scaricati sui migranti irregolari, sempre più (nel 2009 come nel 2016) additati come minaccia per le società italiana e europea. Le considerazioni esposte hanno portato parte della dottrina ad auspicare un intervento normativo "che colga l'occasione per ripensare il rapporto tra allontanamento dello straniero e sistema penale, riducendo o eliminando le numerose previsioni penali che tuttora trovano spazio negli interstizi della disciplina amministrativa".¹⁸⁸ Il legislatore è andato parzialmente in tale direzione nel 2014 quando, con l'articolo 2, comma 3, della legge delega n. 67,¹⁸⁹ ha delegato al governo l'adozione di un decreto attuativo per

¹⁸⁶ Emblematiche in tale direzione paiono le recenti dichiarazioni del Ministro degli Interni che ha esplicitamente riconosciuto l'inefficienza della norma, dichiarando al contempo che una sua depenalizzazione nel momento corrente sarebbe inopportuna, in quanto "mal percepita" dalla popolazione: si veda l'intervista di Repubblica al Ministro del 10/01/2016: http://www.repubblica.it/politica/2016/01/10/news/angelino_alfano_riconosce_che_la_norma_anti_irregolari_del_2009_fu_un_errore_renzi_e_io_non_ideologici_usiamo_buon_sens-130935370/?ref=HREC1-4.

¹⁸⁷ Mancano, ad oggi, statistiche complete e illuminanti tanto sull'efficacia del reato in questione quanto sui costi da questo determinato. Tali dati consentirebbero una più lucida analisi con riguardo all'utilità - da molti operatori del diritto già esclusa - della criminalizzazione del migrante irregolare. Particolarmente interessante risulta in questo senso l'indagine svolta da Chiara Nicolai, confluita poi nella tesi di laurea "Il reato di clandestinità nella prassi del Giudice di Pace di Milano", il cui estratto è reperibile su www.penalecontemporaneo.it. In particolare, dall'analisi dei dati emerge un effettivo aumento del carico di lavoro e dei relativi costi a carico dei giudici di pace, nonché una ridotta tendenza a sostituire la pena pecuniaria con la misura dell'espulsione, a conferma della inefficacia di tale reato nell'agevolazione delle espulsioni.

¹⁸⁸ L. Degl'Innocenti (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2013, integrazione al Cap.3. Parimenti favorevoli ad un intervento legislativo nel senso della abrogazione della norma sono Viganò, Savio, Maserà, D'Ambrosio. Anche l'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione si è espressa in senso favorevole ad una sua abrogazione: Asgi, "L'inutilità del reato di ingresso e soggiorno illegale e le buone ragioni per la sua rapida abrogazione", nota dell'11 ottobre 2013, reperibile su www.asgi.it. In tema di inutilità del reato di clandestinità si veda anche P. Borgna, *Clandestinità (e altri errori di destra e di sinistra)*, Laterza, Bari, 2011, pp. 80-90.

¹⁸⁹ Legge 28 aprile 2014, n. 67, Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio.

depenalizzare il reato di cui all'articolo 10-*bis*, riducendolo ad illecito amministrativo. Tale percorso è però attualmente ad un punto di stallo, dal momento che il governo ha scelto di non esercitare la delega, il cui termine è scaduto il 17 gennaio 2016, senza che la depenalizzazione in questione sia avvenuta. La scelta dettata, secondo quanto sostenuto dal governo, dall'errata percezione che l'opinione pubblica avrebbe potuto ricavare da una decisione nel senso della depenalizzazione, è stata criticata da un largo fronte di associazioni e organizzazioni competenti in materia di diritto dell'immigrazione: la nota di Asgi in proposito ricorda che "l'insieme della comunità scientifica è concorde per l'abrogazione di un reato inutile. A ciò si aggiunga che anche la Procura nazionale antimafia si è schierata a sostegno dell'abrogazione, evidenziando come il reato in questione ostacoli le indagini volte all'accertamento delle responsabilità dei trafficanti di esseri umani che gestiscono gli sbarchi sulle nostre coste".¹⁹⁰ A fronte, dunque, di una conclamata inutilità del reato e di fronte alla pochezza della argomentazioni governative a giustificazione della mancata attuazione della delega legislativa,¹⁹¹ l'augurio è nel senso che le dichiarazioni del Ministro della Giustizia, che vanno nella direzione dell'inclusione della depenalizzazione in un più ampio "pacchetto legislativo" riguardante immigrazione e asilo, possano al più presto concretizzarsi.¹⁹²

3.6 L'articolo 13, comma 13 T.U.I. e la sua compatibilità con la Direttiva Rimpatri: il caso Celaj

Il più recente caso affrontato dalla Corte di Giustizia in materia di incriminazioni penali applicate al procedimento espulsivo del migrante irregolare è il caso *Celaj*, che ha portato alla sentenza della quarta sezione della Corte del 1 ottobre 2015;¹⁹³ in tale pronuncia, formulata in seguito alla domanda pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Firenze, i giudici europei si sono misurati con la compatibilità della Direttiva 2008/115/CE con la

¹⁹⁰ ASGI, *Le buone ragioni per abrogare il reato di clandestinità: un atto necessario e di onestà*, a cura di G. Savio, nota dell'11 gennaio 2016, www.agi.it.

¹⁹¹ Un lucido commento al dibattito politico relativo alla depenalizzazione del reato di clandestinità è quello di S. Liberti per Internazionale: <http://www.internazionale.it/opinione/stefano-liberti/2016/01/12/italia-reato-clandestinita-renzi>.

¹⁹² Si veda in tal senso la posizione del Ministro Orlando su: http://www.repubblica.it/politica/2016/01/12/news/migranti_orlando_abolire_il_reato_ma_serve_un_intervento_organico_-131070201/?ref=HREC1-6.

¹⁹³ Sentenza del 1 ottobre 2015, C-290/14, *Skerdjan Celaj*, non ancora pubblicata in Racc.

misura della pena detentiva applicata allo straniero irregolare per il solo fatto del suo reingresso sul territorio nazionale dello Stato dopo essere stato sottoposto ad un procedimento di rimpatrio. La domanda presentata dal Tribunale di Firenze era stata elaborata nel corso di un procedimento penale a carico del sig. Celaj a seguito del suo reingresso nel territorio italiano, il 14 febbraio 2014, in violazione di un divieto di ingresso per un periodo di tre anni; tale reingresso era inoltre avvenuto a seguito del volontario allontanamento dello straniero avvenuto il 4 settembre 2012. La questione pregiudiziale inviata alla Corte era incentrata sulla compatibilità dell'articolo 13, comma 13 T.U.I. con la Direttiva Rimpatri, e in particolare "se le disposizioni di detta direttiva ostino all'esistenza di norme nazionali che prevedano la pena della reclusione sino a quattro anni per un cittadino di un paese terzo che, dopo essere stato rimpatriato non a titolo di sanzione penale né in conseguenza di una sanzione penale, abbia fatto nuovamente ingresso nel territorio dello Stato in violazione di un legittimo ordine di reingresso, senza che tale cittadino sia stato previamente sottoposto alle misure coercitive previste dall'articolo 8 della direttiva 2008/115 i fini del suo pronto ed efficace allontanamento".¹⁹⁴ La Corte di Giustizia si è dunque trovata ancora una volta a dover giudicare della compatibilità di una pena che comporti la privazione della libertà con le norme volte ad armonizzare la procedura di rimpatrio: la domanda pregiudiziale proposta dal giudice di Firenze si pone sostanzialmente nel solco delle decisioni prese in riferimento ai casi *El Dridi*, *Achughbavian* e *Sagor*. La scelta della Corte in questo caso, tuttavia, si è distinta rispetto ai principi affermati nella sua precedente giurisprudenza: la motivazione di tale differente presa di posizione può essere ricercata nel fatto che il caso in questione è relativo ad un reingresso nel territorio dello Stato Membro, mentre nelle precedenti pronunce le fattispecie dei casi concreti riguardavano il primo ingresso/soggiorno irregolare. L'analisi della decisione della Corte e delle differenti conclusioni cui essa è giunta può essere condotta soltanto dopo aver messo in luce alcuni aspetti essenziali dell'articolo 13, comma 13 - in particolare in seguito al 2011 - e le posizioni assunte dalla dottrina e giurisprudenza italiane in merito.

3.6.1 L'articolo 13, comma 13 nel sistema italiano delle espulsioni dopo il 2011

¹⁹⁴ Tribunale di Firenze, Ordinanza del 22 maggio 2014.

Il carattere penale della sanzione di cui all'articolo 13, comma 13 ha lunga storia: fin dal suo inserimento nella legge Turco-Napolitano del 1998, la violazione del divieto di reingresso comminato a seguito dell'espulsione fu infatti punito con la pena detentiva, inizialmente dell'arresto da due a sei mesi. Tale criminalizzazione del (re) ingresso dello straniero, per altro, restava, nell'impianto legislativo della Turco-Napolitano, l'eccezione alla regola: le altre ipotesi di permanenza irregolare del migrante sul territorio italiano erano sanzionate soltanto in via amministrativa.¹⁹⁵ Il sistema cambiò con le modifiche apportate dalla legge n. 189 del 2002, che rese l'inottemperanza all'ordine del questore un illecito penale, punito con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno: la stessa pena venne applicata anche alla violazione del divieto di reingresso e a partire da questo momento alle due fattispecie in questione verrà assegnato il medesimo trattamento sanzionatorio.¹⁹⁶ Questo può essere giustificato alla luce del simile contenuto di disvalore di tali norme rispetto ai beni tutelati dall'ordinamento giuridico: al riguardo Masera parla di una "corrispondenza della portata di violazione insita negli art. 14 comma 5 *tre e quater* e nell'articolo 13", in quanto "le condotte di chi non obbedisce all'ordine di allontanarsi e quella di chi non rispetta il divieto di reingresso hanno un contenuto di disvalore quantomeno simile, se non identico: in entrambi i casi, si punisce lo straniero che risiede illegalmente in Italia in violazione di un ordine dell'autorità, e la corrispondenza di offensività trovava riscontro nella corrispondenza delle cornici sanzionatorie".¹⁹⁷ L'articolo 13, comma 13, a partire dalla stretta repressiva rappresentata dalla legge Bossi-Fini del 2002, ha quindi sempre avuto portata simile, in termini di scelta punitiva rispetto alla situazione irregolare del migrante, al reato di cui all'articolo 14, comma 5-*ter*.¹⁹⁸ Quest'ultimo, però, ha avuto non soltanto maggiore portata applicativa, ma è stato

¹⁹⁵ In caso di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore la sanzione, di natura amministrativa, consisteva nell'esecuzione in forma coattiva dell'allontanamento - che seguiva la regola generale della volontarietà iniziale del rimpatrio. L'originario impianto del testo unico sull'immigrazione, come delineato dalla legge Turco Napolitano, prevedeva infatti la criminalizzazione dei comportamenti di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, mentre non si era ritenuto l'irregolarità del migrante come suscettibile di essere sanzionato in via penale. Per un maggiore approfondimento si veda il capitolo 2, paragrafo 2.3.1.

¹⁹⁶ Nel 2004, con il decreto legislativo 241 del 2004, entrambe le fattispecie vengono elevate da contravvenzioni a delitti, e per entrambe è comminata la pena della reclusione da uno a quattro anni, con la previsione dell'arresto obbligatorio anche fuori dei casi di flagranza, e del procedimento con rito direttissimo.

¹⁹⁷ L. Masera, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, in "Diritto Penale Contemporaneo", n.4, 2013, pp. 241-260.

¹⁹⁸ Ciò è testimoniato anche dal simile trattamento punitivo - della detenzione compresa tra uno e cinque anni riservato tanto alla violazione al nuovo ordine del questore disposto in seguito all'inottemperanza al primo (previsto dall'articolo 14, comma 5-*quater*), quanto nel caso in cui lo straniero, già denunciato ai

anche oggetto di un maggiore interesse da parte della dottrina penalista e della giurisprudenza. Il momento di massimo dibattito circa il reato di inottemperanza all'ordine del questore si è poi avuto nel 2011, preliminarmente alla sottoposizione della questione pregiudiziale relativa alla sua compatibilità con la Direttiva Rimpatri e alla pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *El Dridi*. In seguito alla sentenza *El Dridi*, inoltre, il legislatore ha rimodellato alcune delle previsioni del testo unico per renderle conformi, da un lato, alla stessa Direttiva Rimpatri, e, dall'altro, ai principi espressi dalla Corte nella sua pronuncia, secondo i quali l'applicazione di pene detentive disposte nel corso del procedimento di rimpatrio sono d'ostacolo all'efficacia del rimpatrio stesso, e quindi contrastano con l'*effetto utile* previsto dal diritto europeo in materia.¹⁹⁹ Il decreto legge 89/2011 ha, invece, soltanto marginalmente modificato la previgente disciplina del divieto di rimpatrio, senza intaccare gli elementi essenziali della fattispecie, né il dettato sanzionatorio. Di conseguenza, tale misura resta l'unica – del gruppo di norme penali utilizzate nel contesto dell'espulsione – a prevedere ancora una pena detentiva di evidente impatto sulla libertà del soggetto, in quanto può variare da uno a quattro anni. Si ricorderà infatti che, per un verso, la criminalizzazione dell'irregolarità di per sé, introdotta nel 2009, è pur sempre stata caratterizzata dalla pena dell'ammenda; per altro verso, l'inottemperanza all'ordine del questore e la successiva permanenza irregolare sul territorio italiano sono, in seguito alle modifiche apportate con il d.l. 89/2011, soggette alla pena pecuniaria della multa (a partire da un minimo di 6.000 fino a 30.000 euro). In sostanza, oggi le diverse forme di irregolarità del soggiorno penalmente rilevanti integrano tutte (ad eccezione appunto delle ipotesi di irregolarità derivante dalla violazione di un divieto di reingresso) gli estremi di fattispecie non punite più con la pena detentiva, ma con la sola pena pecuniaria.²⁰⁰

La diversa rilevanza assunta dal reato di cui all'articolo 13, comma 13 in dottrina e giurisprudenza è confermato anche dal fatto che, nell'ipotizzare il contrasto con la normativa italiana e la Direttiva 208/115/CE, la discussione riguardante l'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater ha prospettato tanto una loro indiretta incompatibilità con le norme della direttiva relative al procedimento di rimpatrio, quanto una incompatibilità diretta con gli articoli 15 e 16 in ragione della limitazione della libertà personale del

sensi del comma 13 ed espulso, faccia rientro nel territorio dello stato (in base a quanto disposto dall'articolo 13, comma 13-bis).

¹⁹⁹ Si richiama *El Dridi*, par. 55.

²⁰⁰ L. Masera, 2013, pp. 241-260.

soggetto.²⁰¹ L'articolo 13, comma 13, invece, è stato semplicemente ritenuto in contrasto con l'articolo 11 della direttiva a causa della maggiore durata del divieto di reingresso rispetto a quanto previsto dalla norma europea, mentre non è stato prospettato alcun dubbio di compatibilità rispetto alla privazione della libertà ivi prevista.²⁰² Tale approccio è perdurato anche in seguito alle modifiche apportate dal d.l. 89 del 2011, che hanno leggermente modificato l'articolo in esame per adeguarlo alle disposizioni europee; a tal proposito è opportuno evidenziare che la direttiva pone un obbligo di adozione del divieto di rimpatrio soltanto in due casi circoscritti: vale a dire “qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria, oppure b) qualora non sia stato ottemperato all'obbligo di rimpatrio”.²⁰³ Dalla lettura dell'articolo 11 della Direttiva, emerge quindi che il divieto in esame debba essere applicato in via marginale, soltanto in quei casi in cui il rimpatrio non è condotto sulla base della concessione del periodo di partenza volontaria, che, secondo quanto previsto dalla direttiva, dovrebbe, a sua volta, essere la regola generale. Al contrario, il legislatore italiano, similmente a quanto effettuato con riguardo al binomio rimpatrio volontario/rimpatrio coatto, ribalta le previsioni della direttiva, sfruttando la discrezionalità del dettato normativo per applicare *sempre* il divieto di reingresso.²⁰⁴ Le modifiche apportate al divieto di ingresso nel 2011 non ne riducono quindi l'ambito di applicazione, ma si limitano ad accorciare i termini previsti per tale divieto:²⁰⁵ mentre prima l'impossibilità di rientrare sul territorio italiano si protraeva per dieci anni, oggi i termini ordinari sono dai tre ai cinque anni; se, tuttavia, l'espulsione è disposta ai sensi dell'art. 13, comma 1 o comma 2, lett. c) T.U.I., può essere disposto un termine superiore a cinque anni (indeterminato); infine, se è stato concesso il termine per la partenza volontaria, il divieto - da tre a cinque anni - decorre dalla scadenza del termine assegnato, ma può essere revocato, su istanza dell'interessato, a condizione

²⁰¹ Si veda il paragrafo 3.3.1.

²⁰² Si afferma in sostanza che il giudice, non potendo dare applicazione al provvedimento amministrativo contrastante con le disposizioni europee, dovrebbe prosciogliere l'imputato dal delitto conseguente alla violazione di detto provvedimento. Si veda in proposito la posizione del Tribunale di Napoli, Sentenza del 18 febbraio 2011, mentre per la dottrina la tesi dell'incompatibilità è stata prospettata in L. Masera, F. Viganò, 2010, pp. 560-596.

²⁰³ Articolo 11, par. 1

²⁰⁴ Il paragrafo 1 dell'articolo 11 prosegue infatti con la previsione secondo cui “*In altri casi le decisioni di rimpatrio possono essere corredate di un divieto d'ingresso*”. Tale lettura è condivisa da G. Cavallone, *(In)compatibile con la Direttiva 2008/115/CE il reato che punisce il reingresso illecito degli stranieri entro 5 anni dall'espulsione*, Cassazione Penale, fascicolo 2, 2013, pp. 768-782.

²⁰⁵ Per una dettagliata analisi delle modifiche apportate dal d.l. 89/2011 a tale norma si veda G. Savio, 2011, pp. 30-50.

che questi fornisca la prova di aver lasciato il territorio nazione entro il termine di cui al comma 5 dell'articolo 13.²⁰⁶

Per quanto riguarda la dichiarazione di incompatibilità di tale articolo rispetto alla Direttiva 2008/115/CE, quindi, anche dopo il 2011 questa si è fondata sulla verifica della legittimità del decreto di espulsione – che rappresenta il presupposto per la misura accessoria del divieto di ingresso – o del divieto di stesso. Nel primo caso la legittimità del decreto di espulsione era valutato alla luce degli articoli della direttiva disciplinanti la modalità del rimpatrio (articolo 7 sulla partenza volontaria, ecc.), mentre nel secondo la valutazione riguardava il rispetto del termine quinquennale posto dall'articolo 11. Nei casi di rinvenuta illegittimità di tale provvedimenti, il giudice provvedeva a disapplicare l'atto amministrativo presupposto della fattispecie penale. Tale orientamento ha trovato diffusa adesione sia da parte della giurisprudenza di merito, sia da parte di quella di legittimità,²⁰⁷ la conclusione dei procedimenti penali in caso di violazione di un divieto di reingresso che superasse il termine di cinque anni, dunque, era costantemente l'assoluzione dell'imputato con la formula “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”. Tale conclusione è stata del resto confermata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nel caso *Filev e Osmani*, dichiara che “l'art. 11, paragrafo 2, della direttiva 2008/115 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che una violazione di un divieto d'ingresso e di soggiorno nel territorio di uno Stato membro, emesso oltre cinque anni prima della data di reingresso del cittadino interessato del paese terzo in tale territorio o dell'entrata in vigore della normativa che recepisce tale direttiva, comporti una sanzione penale”.²⁰⁸

²⁰⁶ Articolo 13, comma 14.

²⁰⁷ Tribunale di Napoli, Sentenza del 28 febbraio 2011; Tribunale di Roma, Sentenza del 9 maggio 2011; Tribunale di Bologna, Sentenza del 9 giugno 2011; Tribunale di Bari, Sentenza del 25 giugno 2012; Tribunale di Genova, 10 ottobre 2011. Per la giurisprudenza di legittimità di vedano Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 20 ottobre 2011, n. 8181 e Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 13 marzo 2012, n. 12220.

²⁰⁸ Sentenza del 19 settembre 2013, C-279/12, *Filev e Osmani*, non ancora pubblicata in Raccolta generale. Anche in questa sentenza la Corte ribadisce l'argomentazione secondo cui “sebbene né l'articolo 63, primo comma, punto 3, lettera b), CE – disposizione che è stata ripresa all'articolo 79, paragrafo 2, lettera c), TFUE – né la direttiva 2008/115, adottata in particolare sul fondamento della prima di tali due disposizioni, escludano la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione. In particolare, detti Stati non possono applicare una normativa penale tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile. Uno Stato membro non può pertanto sanzionare penalmente la violazione di un divieto d'ingresso disciplinato dalla direttiva 2008/115 se la conservazione degli effetti giuridici di tale divieto non è conforme all'articolo 11, paragrafo 2, di tale direttiva”.

Nondimeno, né i giudici nazionali né, tantomeno, la Corte di Lussemburgo nella sentenza sopra citata, hanno preso in considerazione la possibilità che una norma penale che preveda per la violazione del divieto di rimpatrio – quinquennale o ultraquinquennale – una sanzione di natura detentiva possa porsi in contrasto con gli articoli 15 e 16 della Direttiva. Tale possibilità potrebbe del resto fondare la sua legittimazione sulla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, come contenuta nella sentenze *El Dridi* e *Achughbabian*. Qualora si volesse prendere in considerazione tale differente ipotesi di contrasto con il diritto europeo, ci si sposterebbe - come ben evidenziato da Masera - su un terreno diverso da quello sul quale sinora ci si è mossi: “non più un problema di illegittimità della norma penale mediata dall’inapplicabilità dell’atto amministrativo presupposto del reato, ma un problema di diretta inapplicabilità della norma incriminatrice, per illegittimità del suo contenuto sanzionatorio. Accogliere la tesi dell’illegittimità, questa volta significherebbe riconoscere non più, come fa la giurisprudenza sui reingressi ultraquinquennali, una sorta di abolitio parziale della fattispecie, ma addirittura la sua totale inapplicabilità, con esiti esattamente assimilabili a quelli verificatisi in ordine all’art. 14 dopo la sentenza *El Dridi*”.²⁰⁹ La giurisprudenza italiana di legittimità ha però preso posizione contraria rispetto alla tesi prospettata,²¹⁰ sostenendo che la posizione dello straniero che, già rimpatriato, faccia nuovamente ingresso nel territorio nazionale e quello dello straniero inottemperante all’ordine di allontanamento del questore non siano equiparabili.²¹¹ Dal momento che le “diverse forme di irregolarità del soggetto non sono riconducibili ad un’unica categoria di irregolarità, ma si fondano su presupposti differenti”, è lecito secondo la Corte di Cassazione concludere che alla condotta di reingresso non autorizzato nel territorio dello Stato non può essere estesa la clausola di esclusione della responsabilità contemplata all’art. 14 comma 5-ter. La conseguenza è quella secondo cui è “evidente l’impossibilità di trasporre automaticamente le conclusioni della sentenza *El Dridi*, pronunciata con

²⁰⁹ L. Masera, 2013, p. 249.

²¹⁰ Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 25 maggio 2012, n. 35871; Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 20 aprile 2012, n. 17544; Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 18 settembre 2013, n. 44928. Per un commento approfondito alla Sentenza n.17544 del 2012, si veda G. Cavallone, 2013, pp. 768-782.

²¹¹ La Procura della Repubblica di Perugia, invece, che ha proposto il ricorso per cassazione, aveva sostenuto che “*la direttiva si applica qualunque sia la fonte di irregolarità della presenza nel territorio; (..) non vi sono, in essa, disposizioni che fissino distinzioni tra le situazioni di irregolarità derivanti dalla violazione di un divieto di ingresso e situazioni di irregolarità derivanti dall’inottemperanza alla misura di allontanamento.*”. Procuratore generale presso la Corte d’Appello di Perugia, ricorso per cassazione avverso la Sentenza n.411/2011 del Tribunale di Terni, del 18 aprile 2011.

riguardo al delitto di cui all'art. 14 co. 5 ter alla diversa fattispecie disciplinata dall'art. 13 co. 13. La sentenza della Corte di giustizia non ha, infatti, inciso sulla fattispecie astratta delineata dall'art. 13 co. 13, né si può ritenere che la modificazione di un dato esterno, implicato dalla fattispecie penale possa assumere rilevanza ai fini della perdurante configurabilità del delitto di cui all'art. 13 co. 13".²¹² Tale sentenza è stata oggetto di critiche in dottrina, dal momento che la Corte di legittimità avrebbe confuso proprio le sue distinte forme di contrasto - diretto e indiretto - con la Direttiva Rimpatri: "L'equivoco in cui è incorsa la Suprema Corte ci pare evidente: si ritiene che la trasposizione dei principi di El Dridi al caso dell'illecito reingresso comporterebbe una valutazione di illegittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, quando invece il procedimento argomentativo seguito dalla sentenza della Corte UE prescindeva da qualsiasi valutazione circa la conformità alla direttiva della procedura amministrativa, e di conseguenza la sua estensione al caso dell'art. 13 in alcun modo avrebbe potuto ripercuotersi sulla valutazione di legittimità dell'atto amministrativo contenente il divieto di rimpatrio violato dallo straniero".²¹³ Secondo Masera, quindi, incompatibile con la normativa europea non sarebbe tanto l'atto amministrativo quanto la misura stessa della pena detentiva;²¹⁴ e ciò non tanto in forza della possibilità di trasporre le conclusioni della Corte di Giustizia sull'articolo 14, comma 5-ter all'articolo 13, ma piuttosto in conseguenza dell'applicazione dei principi formulati dai giudici europei nella propria giurisprudenza e la cui validità non si limita ad una singola previsione normativa.²¹⁵ Un altro profilo critico in relazione alle sentenze della Cassazione si sostanzia sulla mancata proposizione, da parte della stessa, di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE, come prospettato nei ricorsi: tale scelta è poco condivisibile anche sulla base della considerazione secondo cui i giudici di ultima istanza sono tenuti, quando sia sollevata davanti ad essi una questione di interpretazione del diritto europeo, a operare tale rinvio.²¹⁶ Tale mancanza è stata sopperita grazie al

²¹² Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 25 maggio 2012, n. 35871.

²¹³ L. Masera, 2013, pag. 258. G. Cavallone, 2013, pag. 671. Simili argomenti sono stati esposti anche dal giudice del Tribunale di Firenze nella sentenza che contiene il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Tribunale di Firenze, Sentenza del 22 maggio 2014, giud. Bouchard.

²¹⁴ Nello stesso senso si vedano anche: G. Cavallone, 2013, pp. 768-782. e A. Natale, 2011, pp. 17-36.

²¹⁵ "L'erronea prospettiva adottata dalla Corte, che ha impostato tutta la motivazione sull'individuazione delle differenze tra la fattispecie di cui all'art. 14 co. 5 ter e quella disciplinata all'art. 13 co. 13, ha lasciato in ombra la vera questione decisiva, che consiste nel valutare se i principi affermati dalla Corte Ue, prima nella sentenza El Dridi, e poi nella sentenza Achughbadian, ostino o meno alla previsione della pena detentiva per lo straniero espulso che faccia irregolarmente reingresso nel territorio dello Stato". L. Masera, 2013, p. 259.

²¹⁶ Articolo 267 TFUE.

rinvio effettuato dal Tribunale di Firenze, in merito al quale la Corte di Giustizia si è espressa con la sentenza *Celaj*: a differenza di quanto prospettato con la precedente giurisprudenza, tuttavia, nel caso in esame la Corte ha deciso nel senso della compatibilità dell'articolo 13, comma 13 con la Direttiva Rimpatri. Tale svolta nell'orientamento della giurisprudenza europea rappresenta una innovazione la cui portata è ancora incerta: per meglio comprenderne le premesse e le implicazioni, l'analisi delle motivazioni del caso *Celaj* va esplorata tenendo a mente anche le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale per il caso in esame.

3.6.2 Le considerazioni dell'Avvocato Generale

La lettura delle argomentazioni fornite dall'Avvocato Generale Szpunar, per suggerire alla Corte di Giustizia di considerare l'articolo 13, comma 13 contrario alle disposizioni della Direttiva 2008/115/CE, sembrano di particolare interesse tanto per il contenuto delle stesse, quanto perché – a differenza di quanto avvenuto nei precedenti casi analizzati – la Corte ha scelto di scostarsi completamente dalle soluzioni proposte dall'Avvocato, giungendo alla conclusione opposta. Inoltre, Szpunar ha adottato, nel filo logico lungo il quale si svolgono le sue Conclusioni, argomenti simili a quelli sostenuti da Masera nel suo commento critico alla sentenza della Corte di Cassazione e nella sua tesi dell'incompatibilità tra gli articoli 15 e 16 della Direttiva con la misura della pena detentiva comminata a chi non ha rispettato il divieto di reingresso. Il fulcro dell'attenzione dell'Avvocato Generale è costituito dalla misura della pena detentiva comminata dal diritto italiano e da quella del trattenimento prevista dalla direttiva: similmente a quanto sostenuto dall'Avvocato Generale Mazac per il caso *El Dridi*, viene qui posta l'attenzione su come le due misure volte alla privazione di libertà del migrante abbiano natura e scopi diversi: “il principio sotteso alle disposizioni sul trattenimento è che solo lo svolgimento delle procedure di rimpatrio e di allontanamento giustificano la privazione della libertà, e che se tali procedure non sono svolte con la dovuta diligenza, il trattenimento cessa di essere giustificato ai sensi di tali disposizioni [...] il trattenimento ai fini dell'allontanamento non ha natura né punitiva, né carattere penale, e non rappresenta una pena detentiva”.²¹⁷ Szpunar è però molto attento a non inserire tali considerazioni nell'ambito di un più generale discorso sulla tutela dei diritti del migrante,

²¹⁷ C-290/14, Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 28 aprile 2015, par. 29.

ma al contrario riesce a innestarle nel solco della precedente giurisprudenza della Corte sul perseguimento dell'*effetto utile* della direttiva, consistente nel rapido rimpatrio degli stranieri irregolari. Secondo l'Avvocato Generale, infatti, l'unica misura di privazione della libertà configurabile nel corso di un procedimento di rimpatrio è quella del trattenimento, come previsto dagli articoli 15 e 16 della direttiva, che si differenzia dalla misura penale della detenzione. Quest'ultima, in base ai principi affermati nei precedenti casi vertenti su simili questioni, non troverebbe spazio e legittimazione ove l'obiettivo da perseguire sia quello del rimpatrio. Ciò è espresso chiaramente dalle Conclusioni dell'Avvocato, nel punto in cui si sostiene che "la direttiva non contiene, di per sé, disposizioni relative alla possibilità per gli Stati Membri di ricorrere al trattenimento o alla reclusione quale sanzione penale collegata ad un soggiorno irregolare. A mio avviso, il motivo è chiaro: non vi è spazio per siffatta sanzione se l'obbligo è di prevedere il rapido rimpatrio di cittadini di stati terzi il cui soggiorno è irregolare. [...] finora non vi è stata una causa in cui la Corte, in base ai fatti del procedimento principale, abbia ritenuto che il trattenimento o la reclusione quale sanzione penale fosse compatibile con la direttiva 2008/115".²¹⁸ Uno degli obiettivi dell'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni è proprio quello di dimostrare che, se la Corte confermasse l'applicazione dei principi stabiliti in *El Dridi* e poi reiterati nelle sentenze *Achughbaban* e *Sagor*, la logica conclusione della causa *Celaj* sarebbe nel senso che la direttiva non potrebbe dirsi compatibile con la pena detentiva di cui all'articolo 13. Il principio cardine su cui basare la propria decisione, sembra suggerire Szpunar ai giudici, è ancora una volta quello del perseguimento di un rimpatrio rapido e efficace. Inoltre, si ricorda che nel caso *Achughbaban*, la Corte ha fatto ricorso ad una formulazione ancora più ampia di *El Dridi*, specificando che "è del tutto evidente [che il rimpatrio sarebbe ritardato] se lo Stato Membro interessato, dopo aver accertato il soggiorno irregolare del cittadino di paese terzo, anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura della sua stessa adozione, un procedimento penale, eventualmente seguito dalla pena della reclusione".²¹⁹ Posto quindi che il caso in esame ricada nell'ambito di applicazione della Direttiva Rimpatri, e asserito e ribadito che l'obiettivo della stessa è l'efficace rimpatrio

²¹⁸ C-290/14, Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 28 aprile 2015, par. 30.

²¹⁹ C-329/11, *Achughbaban*, par. 45. Szpunar nota in proposito che "l'uso del termine <<adottata>> è significativo, in quanto dimostra che l'obbligo di emettere un ordine di rimpatrio (come quello in discussione) è permanente. Esso dimostra altresì che la distinzione tra l'ipotesi che la procedura di rimpatrio sia in corso oppure non lo sia è, in realtà, artificiale. Anche se una procedura di rimpatrio non è in corso di svolgimento e sussistono le condizioni di cui all'articolo 6, tale procedura dovrebbe essere avviata". C-290/14, Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 28 aprile 2015, par. 42.

dei migranti irregolari, la previsione di pene detentive applicate nel corso di tale procedimento pregiudicherebbe il suo *effetto utile*.

La seconda parte dell'iter argomentativo dell'Avvocato Generale è dedicato a dimostrare che, ove la detenzione intervenga non nel corso del primo rimpatrio, ma in uno successivo, conseguente ad una violazione del divieto di reingresso da parte del soggetto, questo non abbia alcuna rilevanza al fine del conseguimento del mantra dell'*effetto utile* della direttiva. La posizione di fondo su cui tutti i governi intervenuti nella causa concordavano, infatti, era quella secondo cui si dovrebbe “operare una distinzione tra l'ingresso di un cittadino di un paese terzo nel territorio dello Stato per la prima volta e il reingresso di tale cittadino in un momento successivo, dopo lo svolgimento della procedura di rimpatrio”.²²⁰ L'Avvocato Generale, tuttavia, al pari del giudice del rinvio, fa notare come lo scopo e l'ambito della direttiva siano chiari: la direttiva si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare,²²¹ e stabilisce le norme e le procedure comuni per rimpatriarli.²²² Inoltre, l'articolo 6 della direttiva pone un *obbligo* a carico degli Stati Membri: “Gli Stati membri adottano una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare”. Di conseguenza, dal momento in cui viene accertato che lo straniero si trova irregolarmente sul territorio, gli Stati sono tenuti inequivocabilmente ad avviare una procedura di rimpatrio. Come ricordato da Szpunar, “La direttiva non opera distinzioni quanto al numero di volte in cui il cittadino di un paese terzo tenta di entrare nel territorio di uno Stato membro e ciò per una buona ragione: le questioni connesse all'ingresso irregolare costituiscono, innanzi tutto, oggetto della normativa dell'Unione in materia di ingresso, quale il codice frontiere Schengen. Tuttavia, una volta che il cittadino di un paese terzo si trovi nel territorio di uno Stato membro e sia stato dimostrato che il medesimo vi soggiorni irregolarmente, deve essere rimpatriato. Gli obblighi incombenti agli Stati membri per effetto degli articoli 6 e seguenti della direttiva 2008/115 sono permanenti, continuativi e si applicano senza interruzioni nel senso che sorgono automaticamente non appena siano soddisfatte le condizioni previste da tali articoli. Se, successivamente all'accertamento che il cittadino

²²⁰ C-290/14, Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 28 aprile 2015, par. 46. I governi intervenuti - oltre a quello italiano - sono quello ceco, tedesco, greco, norvegese e svizzero.

²²¹ Articolo 2, paragrafo 1.

²²² Articolo 1.

di un paese terzo soggiorni irregolarmente nel territorio di uno Stato membro, lo Stato membro medesimo non dovesse adottare una decisione di rimpatrio ma dovesse, per contro, infliggere alla persona la pena della reclusione, esso suspenderebbe effettivamente gli obblighi ad esso incombenti ai sensi della direttiva”.²²³ Prima di giungere alla sua conclusione, infine, l’Avvocato Generale ricorda ancora come il divieto di ingresso costituisca una misura aggiuntiva e accessoria rispetto alla decisione di rimpatrio:²²⁴ “il principale obiettivo della direttiva 2008/115 non è di impedire, ma di porre fine a un soggiorno irregolare. Data la natura accessoria del divieto di ingresso, le misure che sanzionano la sua inosservanza non possono compromettere questo fondamentale obiettivo. In altri termini, il trattenimento o la reclusione finalizzati all’esecuzione di un divieto di ingresso non devono compromettere la futura procedura di rimpatrio”.²²⁵ Da ciò segue che la detenzione può essere considerata legittima qualora, terminata senza risultato la procedura di rimpatrio, il cittadino dello stato terzo permanga irregolarmente sul territorio del stato membro: prima di quel momento, però, sarebbe in contrasto con l’obiettivo della Direttiva.

Infine, l’Avvocato Generale si riallaccia al tema di apertura delle sue Conclusioni, evidenziando nuovamente che “da qualunque prospettiva la si esamini, la reclusione di una persona ne ritarda, in definitiva, il futuro rimpatrio. [...] Pertanto, il trattenimento o la reclusione dovrebbero essere limitati alla detenzione per reati non connessi all’irregolarità del soggiorno, alla detenzione nelle situazioni amministrative disciplinate dal capo IV della direttiva, e alla detenzione finalizzata ad apporre se un soggiorno sia regolare o meno”.²²⁶ Alla luce di tali considerazioni, e richiamando ancora una volta la Corte all’applicazione di principi espressi nella precedente giurisprudenza, l’Avvocato suggerisce ai giudici di interpretare le disposizioni della Direttiva nel senso che questa osti alla normativa di uno Stato Membro che preveda l’irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, dopo essere stato rimpatriato, sia rientrato nel territorio dello Stato Membro.

²²³ C-290/14, Conclusioni dell’Avvocato Generale Maciej Szpunar, 28 aprile 2015, par. 50.

²²⁴ La formulazione dell’articolo 11 indica che il “Le decisioni di rimpatrio sono (o possono essere) corredate di un divieto d’ingresso”.

²²⁵ C-290/14, Conclusioni dell’Avvocato Generale Maciej Szpunar, 28 aprile 2015, par. 57. Szpunar aggiunge del resto che è la stessa direttiva a fornire agli Stati Membri gli strumenti per dissuadere i cittadini di paesi terzi dal fare nuovamente ingresso nel loro territorio irregolarmente.

²²⁶ C-290/14, Conclusioni dell’Avvocato Generale Maciej Szpunar, 28 aprile 2015, par. 60.

3.6.3 La pronuncia della Corte di Giustizia

La sentenza della Corte di Lussemburgo, come anticipato, non segue quanto prospettato dall'Avvocato Generale e dallo stesso giudice del rinvio, che aveva ipotizzato il possibile contrasto della norma incriminatrice dell'articolo 13 con l'articolo 8 della Direttiva Rimpatri. Secondo il Tribunale fiorentino, la sanzione detentiva avrebbe rappresentato una misura non del tutto proporzionale rispetto ai canoni previsti dall'articolo 8, vista in particolare la sua sproporzione in base all'obiettivo del "celere rimpatrio"; secondo il giudice "se, in teoria, l'arresto obbligatorio e l'eventuale trattenimento dello straniero ai fini della corretta identificazione del cittadino del paese terzo potrebbero essere funzionali al suo rimpatrio, il regime attuale previsto dall'art. 13 co. 13 D.l.vo 1998 n. 286 è unicamente orientato ad infliggere una sanzione detentiva fino a quattro anni di reclusione del tutto sproporzionata rispetto allo scopo di un celere rimpatrio del cittadino straniero irregolare. Tale regime inquadra l'allontanamento coattivo come sanzione accessoria da eseguirsi solo a pena scontata, confermando così come lo spirito del Legislatore italiano sia informato ad esigenze puramente sanzionatorie della condizione di irregolarità anziché alla dovuta ricerca dell'effetto utile...".²²⁷ Inoltre, anticipando gli stessi argomenti sostenuti dall'Avvocato Generale, anche il giudice del rinvio evidenzia come, "è del tutto inconferente il giudizio di valore sulla diversità concettuale e strutturale delle situazioni in cui può venirsi a trovare il cittadino straniero a seconda che la sua presenza sul territorio nazionale derivi da un ingresso irregolare o da un reingresso irregolare a seguito di un precedente provvedimento di rimpatrio".²²⁸ Dal momento che il cittadino di un paese terzo si trova in situazione di irregolarità, suggerisce il giudice, il principio dell'*effetto utile* della Direttiva vuole che questi sia rimpatriato nel più breve tempo possibile. I giudici di Lussemburgo, al contrario, sembrano basare su tale differenza il possibile trattamento sanzionatorio che può essere imposto allo straniero.

²²⁷ Tribunale di Firenze, Sentenza del 22 maggio 2014, giud. Bouchard. Ferrari nota come sia molto apra la critica "contenuta nella decisione in esame, agli obiettivi di politica criminale avuti di mira dal Legislatore nazionale nel privilegiare l'aspetto panpenalistico nella regolazione dei flussi migratori, in nome di un diritto penale della sicurezza e del valore simbolico assunto dai reati in materia di immigrazione, nell'ambito del più ampio dispiegarsi di un diritto penale del nemico". F.M. Ferrari, *Illecito reingresso dello straniero espulso dal territorio nazionale: la Corte UE alle prese con il passo del gambero*, su www.europeanrights.eu.

²²⁸ Tribunale di Firenze, Sentenza del 22 maggio 2014, giud. Bouchard.

L'iter argomentativo della Corte, nel complesso piuttosto breve e quasi frettoloso, viene avviato ricapitolando i principi essenziali contenuti nella propria giurisprudenza, utili alla interpretazione del caso: dal momento che la Direttiva 2008/115/CE non si prefigge l'armonizzazione integrale delle norme degli Stati Membri sul soggiorno degli stranieri, questa non vieta che gli Stati possano prevedere sanzioni penali per scoraggiare e reprimere alcuni comportamenti, compreso il reingresso irregolare in violazione di un divieto di ingresso. Allo stesso tempo, viene anche ricordato che gli Stati Membri, come sancito da *El Dridi*, non possono applicare una disciplina penale tale da compromettere le finalità della direttiva. Fin qui, pertanto, gli argomenti ricordati sembrerebbero prospettare una scelta nel senso della valutazione del reato in questione, e della pena detentiva da questo prevista, sulla base della sua idoneità o meno ad ostacolare il richiamato obiettivo della Direttiva. La stessa Corte afferma: "È ben vero che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, le norme e le procedure comuni sancite dalla direttiva 2008/115 sarebbero compromesse se lo Stato membro interessato, dopo aver accertato il soggiorno irregolare del cittadino di un paese terzo, anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale idoneo a condurre alla reclusione nel corso della procedura di rimpatrio, in quanto tale modo di procedere rischierebbe di ritardare l'allontanamento".²²⁹ Tuttavia, prosegue introducendo l'elemento di svolta su cui poggia la diversa conclusione: "Ciononostante, il procedimento penale dinanzi al giudice del rinvio riguarda la situazione di un cittadino di un paese terzo, il cui soggiorno è irregolare, nei confronti del quale, per mettere fine al suo primo soggiorno irregolare nel territorio di uno Stato membro, sono state applicate le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva 2008/115 e che entra nuovamente in tale territorio trasgredendo un divieto d'ingresso".²³⁰ A differenza, quindi, di quanto sostenuto dall'Avvocato Generale e dal giudice del rinvio, la Corte radica il differente trattamento penale che può essere riservato al migrante irregolare sulla valutazione della tipologia di ingresso in questione:²³¹ in caso

²²⁹ C-290/14, *Skerdjan Celaj*, par. 26.

²³⁰ C-290/14, *Skerdjan Celaj*, par. 27.

²³¹ A differenza di quanto avvenuto per i precedenti casi, qui non vengono nemmeno prese in considerazione, nel breve iter argomentativo della Corte, le considerazioni espresse dall'Avvocato Generale. Ciò risulta maggiormente degno di nota, ove si tenga conto che "*The existing literature gave some measures for correlation between the opinions of the Advocate General and the judgments of the Court using descriptive statistics, showing that they coincided around 70% of the time*". C. Arrebola, A. J. Mauricio, *Measuring the influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union: Correlation or Causation?*, 17 gennaio 2016, www.eulawanalysis.it. Degli stessi autori: *An Econometric*

di primo ingresso – o in ogni caso di primo soggiorno irregolare – si dovranno automaticamente applicare le previsioni e le garanzie poste dalla direttiva; qualora invece l'ingresso sia conseguente ad un divieto in tal senso, e quindi a quel cittadino siano già state applicate una volta le medesime regole e garanzie, questi è sottoponibile a procedimento penale e alla pena detentiva. La Corte ribadisce che, per il caso di specie, non è possibile applicare gli stessi principi dei casi *El Dridi*, *Achughbabian* e *Sagor*, spiegando laconicamente che “le circostanze di cui al procedimento principale si distinguono nettamente” da quelle previamente giudicate.²³² Infine, viene ribadito che “la Corte ha già statuito che la direttiva 2008/115 non osta all'irrogazione di sanzioni penali, ai sensi delle norme penali e di procedura penale, a cittadini cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio prevista da tale direttiva [...e...] si deve dunque considerare, a fortiori, che la direttiva non preclude la facoltà per gli Stati di prevedere sanzioni penali a carico di cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno sia irregolare, per i quali l'applicazione della procedura istituita da tale direttiva ha condotto al rimpatrio e che entrano nuovamente nello Stato Membro”.²³³ In base a tali premesse, i giudici europei concludono sbrigativamente che la direttiva non osta alla normativa dello Stato Membro che prevede l'irrogazione di una pena detentiva per il cittadino di stato terzo il cui soggiorno è irregolare e che, dopo essere stato rimpatriato, sia tornato nello Stato in violazione di un divieto di ingresso.

La decisione della Corte si basa dunque su due elementi fondamentali: a) il riconoscimento della competenza degli Stati a prevedere e mantenere disposizioni in materia penale riguardante unicamente l'irregolarità del migrante; e b) la distinzione tra la posizione dello straniero soggetto per la prima volta all'applicazione delle disposizioni della Direttiva Rimpatri e quella del soggetto rimpatriato – a cui la direttiva si sia già applicata una prima volta – e rientrato nel territorio dello Stato. Il primo elemento, che riprendere un principio già noto, non pone particolari problemi di interpretazione, nonostante sia qui utilizzato, per la prima volta, per negare il contrasto tra la direttiva e la normativa nazionale, invece che per confermarlo. Al contrario, la distinzione nella situazione dei migranti irregolari operata dalla Corte appare quantomeno controversa: dal

Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union, Cambridge Journal of Comparative and International Law, Vol.5, N.1, Forthcoming.

²³² C-290/14, *Skerdjan Celaj*, par. 28.

²³³ C-290/14, *Skerdjan Celaj*, par. 29 e 30.

momento che, in base allo stesso articolo 2 della Direttiva, come precisato dall'articolo 3,²³⁴ la procedura di rimpatrio deve essere applicata a tutti i cittadini di paesi terzi irregolarmente presenti nello Stato Membro, non si comprendere la ragione dell'operata distinzione tra una "prima" irregolarità e l'irregolarità "successiva". E, soprattutto, non si comprende il motivo per cui in caso di irregolarità successiva, determinata dall'ingresso in violazione di un divieto di ingresso, si debba rinunciare al perseguimento effettivo dell'obiettivo principale della Direttiva. Obiettivo di importanza tale, a detta della Corte, da aver impedito l'applicazione delle misure penali detentive negli altri casi sottoposti alla sua interpretazione.²³⁵ I principi che fin ora hanno guidato la Corte nel suo ruolo di interprete del diritto, esposti nel corso delle sentenze *El Dridi*, *Achughbabian* e *Sagor*, hanno sempre portato a dichiarare il contrasto dello strumento penale di natura detentiva rispetto alla Direttiva. Il dato ancora più allarmante che sembra emergere dalla lettura della decisione della Corte è quello secondo cui, una volta applicate la prima volta le regole e garanzie della Direttiva 2008/115/CE, queste non si applicherebbero allo stesso modo le volte successive.²³⁶ Sorprende infine che la Corte abbia scelto di non dare priorità all'affermato principio dell'*effetto utile*, il cui posto sovrano nel processo di interpretazione delle disposizioni della Direttiva Rimpatri era stato assegnato dalla Corte stessa; e ciò è tanto più sorprendente se si considera che la giustificazione in base alla

²³⁴ L'articolo 3 al paragrafo 1, infatti specifica che per "soggiorno irregolare" si debba intendere: "la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro". Secondo Barberini, "Non vi è alcun dubbio che quando la direttiva parla di violazione di condizioni d'ingresso, faccia riferimento anche al divieto di ingresso che correda l'ordine di allontanamento. Come già ricordato, infatti, la direttiva, tra i possibili divieti d'ingresso, prende espressamente in considerazione solo quelli che "si accompagnano alla decisione di rimpatrio" (art. 3, 6). Quindi non solo la direttiva si applica qualunque sia la fonte dell'irregolarità della presenza sul territorio: l'ipotesi in cui la violazione del divieto di reingresso segua ad un precedente ordine di rimpatrio". R. Barberini, *E ora è il turno dell'art. 13 co. 13: anche la sanzione penale del divieto di reingresso dello straniero è incompatibile con la direttiva*, 10 giugno 2011, www.europeanrights.eu.

²³⁵ Tanto più che, come evidenziato in dottrina, "Non vi sono, nella direttiva, disposizioni che distinguano tra situazione di irregolarità derivante dalla violazione di un divieto di ingresso e situazione di irregolarità derivante da inottemperanza alla misura di allontanamento. Anche per la legge italiana, d'altra parte, lo straniero irregolarmente rientrato in Italia è trattato in modo identico a quello che non ha ottemperato ad un ordine di allontanamento". R. Barberini, 2011, www.europeanrights.eu.

²³⁶ Secondo Masera, tuttavia, la Corte non aveva alcuna intenzione di fare una affermazione così impegnativa come la non applicabilità della direttiva ai casi di secondo ingresso irregolare. "La sensazione che traspare dalla motivazione è che la Corte cercasse un argomento per non applicare i principi della propria giurisprudenza nel caso oggetto di giudizio, ed una volta trovato l'elemento per il distinguishing, non abbia voluto confrontarsi con gli argomenti (molto solidi, a nostro avviso) che spingevano nella direzione dell'applicazione di tali principi anche alla vicenda in esame" L. Masera, *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE). Nota a Corte di giustizia UE, IV sez., sent. 1 ottobre 2015, Celaj, causa n. C-290/14*, 5 ottobre 2015, www.penalecontemporaneo.it.

quale tale principio non viene applicato non è dotata di solide basi testuali nella Direttiva.²³⁷

3.6.4 Le conseguenze della sentenza *Skerdjan Celaj* in Italia e in Europa

La valutazione dell'impatto che la decisione della Corte di Giustizia ha avuto sul rapporto tra il diritto penale degli Stati, finalizzato alla criminalizzazione dell'irregolarità dei migranti, il diritto europeo e in particolare il principio dell'*effetto utile* della Direttiva Rimpatri, deve essere condotta tenendo conto anche della precedente giurisprudenza europea. Inoltre è opportuno operare una distinzione tra le conseguenze della sentenza *Celaj* nell'ordinamento italiano e i risvolti della stessa sul sistema di interpretazione dei rapporti tra il diritto degli Stati Membri e il diritto europeo.

Per quanto riguarda la situazione italiana, occorre rilevare che, ancor prima della sentenza della Corte di Giustizia, la giurisprudenza si era adeguata alle indicazioni fornite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 35871, con la conseguenza che la soluzione adottata nella maggior parte dei procedimenti per articolo 13, comma 13 – quando il reingresso avveniva entro i 5 anni – era nel senso dell'applicazione della pena detentiva prevista dalla norma.²³⁸ Anche in seguito alla pronuncia, quindi, appare probabile che la

²³⁷ Ad esempio è stato evidenziato come “La violazione di un divieto di ingresso non ha un maggior disvalore della violazione di un divieto di allontanamento, e quindi il principio di proporzionalità nell'utilizzo delle misure coercitive che permea la direttiva (13° considerando) se è violato dalla prima lo è anche dalla seconda, e con la stessa intensità” e che “La condotta in questione, d'altronde, non compromette maggiormente lo scopo perseguito (il por fine al soggiorno irregolare dello straniero: 6° considerando) e quindi è analoga dal punto di vista del principio dell'efficacia, parimenti richiamato dalla direttiva (13° considerando) e dalla Corte”. R. Barberini, 2011, www.euopenrights.eu.

²³⁸ Merita di essere segnalata la diversa interpretazione fornita dal Tribunale di Torino, con la Sentenza del 7 Aprile 2014, giud.Natale. Il giudice in questione, infatti, sceglie di non disapplicare la norma incriminatrice ex art. 13, ma di disapplicare al contrario l'articolo 16, comma 3. Il Tribunale constata come la pena detentiva prevista dalla norma incriminatrice non risulterebbe in contrasto con l'effetto utile di procedere ad un immediato rimpatrio dello straniero irregolare, qualora risultasse applicabile il disposto dell'art. 16 comma 1 TU imm., che attribuisce al giudice la facoltà di sostituire una pena detentiva inferiore a due anni con la misura dell'espulsione. Tale disposizione non sarebbe tuttavia applicabile ai procedimenti relativi al reingresso, in forza dell'articolo 16, comma 3 (secondo cui la sanzione sostitutiva di cui al comma 1 "non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi (...) i delitti previsti dal presente testo unico, punti con pena edittale superiore nel massimo a due anni"). Disapplicando tale comma, per incompatibilità con la previsioni della Direttiva Rimpatri, risulterebbe applicabile la pena detentiva, ma questa in ottemperanza all'effetto utile della direttiva, potrebbe essere sostituita con quella della espulsione. Per ulteriori precisazioni si veda L. Masera, *Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13 co. 13 T.U. imm.)*, 2 luglio 2014, su www.penalecontempraneo.it.

giurisprudenza seguirà ad attenersi alla soluzione prospettata inizialmente dalla Corte di legittimità e, in seguito, da quella europea. Non viene, quindi, completato quel processo di de-strutturazione del sistema penale basato sulla misura della pena detentiva in materia di immigrazione irregolare, avviato dalla stessa Corte di Giustizia con il caso *El Dridi*. Residua in ogni caso uno spazio per la proposizione di una questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 13, comma 13, rispetto all'articolo 14, comma 5-ter, in forza del carattere identico dei beni giuridici tutelati dalle due norme e della differente previsione sanzionatoria: la questione di legittimità costituzionale riguarderebbe, così, il rispetto dell'art. 3 della Costituzione.²³⁹ Tale questione sarebbe inoltre, secondo Masera, prospettabile davanti alla Corte proprio in ragione dell'identità tra i beni giuridici tutelati dall'articolo 13, comma 13 e dal 14, comma 5-ter; egli infatti ricorda come la Corte Costituzionale abbia, in altri casi sottoposti alla sua attenzione, rigettato la questione di costituzionalità sulla base del fatto che gli squilibri della "diosimmetria sanzionatoria" non fossero tali da giustificare una dichiarazione di incompatibilità. Al contrario, in questo caso, la differenziazione nella struttura sanzionatoria appare – dopo le modifiche apportate dalla d.l. 89/2011 – eclatante: "nel caso in esame, invece, due reati ugualmente lesivi del medesimo bene giuridico vengono puniti in un caso con la sola pena pecuniaria, e nell'altro con una sanzione detentiva tale da consentire addirittura la custodia cautelare in carcere: si passa cioè dalla fascia più bassa di risposta punitiva, a quella più alta, prevista per i reati di significativo allarme sociale".²⁴⁰ È in base a tali considerazioni, quindi, che in dottrina appare quanto meno prospettabile la futura presentazione di una questione di costituzionalità in relazione all'articolo 13, comma 13: in tal modo si configurerebbe la possibilità di cancellare dall'ordinamento anche l'ultimo baluardo della pretesa punitiva statale, attuata tramite l'applicazione di pene detentive in ambito di espulsioni e immigrazione irregolare.

²³⁹ R. Baberini, 2011. Una simile possibilità è stata sostenuta anche da Masera, il quale ricorda l'ordinanza con la quale la Corte Costituzionale aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di compatibilità dell'articolo 13, comma 13, con l'articolo 3 Cost. Nel caso dell'ordinanza n. 261 del 2005, tuttavia, la sproporzionalità della pena detentiva rispetto alla violazione di un divieto di ingresso era comparata con la pena di cui all'art.650 cp, che punisce genericamente la trasgressione ad un ordine dell'autorità. Nel caso in esame, invece, la sproporzione riguarda due norme incriminatrici molto più simili. L. Masera, 2013, pp. 241-260.

²⁴⁰ L. Masera, 2013, pag. 259.

Diverso è l'impatto della sentenza *Celaj* sul panorama europeo e sull'interpretazione della Direttiva Rimpatri. Per un verso sembra prospettarsi un differente orientamento nella giurisprudenza della Corte: prendendo in parte le distanze dalla giurisprudenza precedente, si è privilegiata la pretesa punitiva dello Stato nei confronti della situazione di irregolarità del migrante, attuata tramite la privazione della libertà con una pena da uno a quattro anni, rispetto all'interesse primario rappresentato dall'istituzione di una efficiente politica di rimpatrio.²⁴¹ E anzi, la pronuncia della Corte potrebbe anche essere interpretata come legittimante l'utilizzo dello strumento punitivo in chiave di raggiungimento del sopraddetto obiettivo.²⁴² Si assisterebbe, quindi, ad un inasprimento della posizione della giurisprudenza in materia di gestione di immigrazione irregolare, in quanto la "lotta contro l'immigrazione clandestina",²⁴³ obiettivo strategico cui il rimpatrio è funzionale, potrebbe anche essere raggiunta attraverso lo strumento penale della pendenza detentiva in chiave punitiva e repressiva. Per altro verso, tuttavia, è opportuno tenere a mente che nella stessa sentenza *Celaj* la Corte ha richiamato i principi espressi nei precedenti casi *El Dridi*, *Achughbabian* e *Sagor*, la cui validità non viene messa in discussione e la cui portata rimane applicabile a tutti i casi di "prima" irregolarità del migrante. Rimandando alle conclusioni per la valutazione della portata di tali principi, tanto in riferimento al loro impatto sulla pretesa punitiva in ambito penale degli Stati Membri, quanto a quello in materia di criminalizzazione dell'immigrazione, basti qui ricordare che, alla luce dei quattro casi sopra esaminati, la Corte di Lussemburgo stabilisce che:

²⁴¹ Si veda, a favore della tesi esposta, I. Majcher, *The CJEU's Ruling in Celaj: Criminal penalties, entry bans and the Returns Directive*, 6 ottobre 2015, www.eulawanalysis.blogspot.it. Majcher evidenzia in particolare come "The "distinction" argument – which was central to the Court's conclusion - relies on states' deterrence-oriented concerns rather than considerations based on the provisions and objective of the Returns Directive. The ruling in Celaj seems thus to compromise on the effectiveness of the Directive in order to accord discretion to states to apply their domestic criminal provisions to deter and punish migrants for breaching re-entry ban.". In senso contrario si veda invece la posizione di Vitiello, la quale sostiene che "la sentenza *Celaj* non può essere semplicisticamente archiviata come "un passo indietro" da parte della Corte di giustizia o una graziosa concessione all'autonomia degli Stati membri nella disciplina del contrasto all'immigrazione irregolare (in tal senso v. Majcher). Essa va piuttosto letta come il tentativo di trovare un punto di bilanciamento realmente europeo tra le esigenze di contrasto all'immigrazione illegale e quelle di tutela dei diritti fondamentali, esigenze attorno alle quali si articola l'intera struttura normativa dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia". D. Vitiello, *La sentenza Celaj della Corte di Lussemburgo e la detenzione degli stranieri irregolari: un passo indietro?*, 15 ottobre 2015, www.sidi-isil.org.

²⁴² Si veda il passaggio della sentenza in cui si richiamano i "Considerando" n.1 e 4 della Direttiva, secondo cui "l'attuazione di una politica in materia di rimpatri è parte integrante dello sviluppo, da parte dell'Unione Europea, di una politica comune sull'immigrazione intesa ad assicurare la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale.". C-290/14, *Celaj*, par.23.

²⁴³ Introduzione alla Direttiva 2008/115/CE, considerando n.1.

- gli Stati Membri sono liberi di esercitare la loro competenza in materia penale anche in materia di immigrazione irregolare, al fine di scoraggiare e reprimere alcuni comportamenti tenuti dai migranti irregolari: la criminalizzazione di tali atti è dunque lecita e legittima alla luce del diritto europeo;
- l'autonomia degli Stati in tal senso non è tuttavia illimitata. Il diritto dell'Unione Europea, infatti, è idoneo a paralizzare il potere degli Stati di imporre sanzioni penali, e in particolare, con riferimento alla criminalizzazione dell'immigrazione, sanzioni penali di natura detentiva;
- la disciplina penale applicata dallo Stato Membro, quindi, non può compromettere il perseguimento degli obiettivi che l'Unione si pone; per quanto qui interessa, l'obiettivo in questione è quello previsto dalla Direttiva 2008/115/CE, che sancisce la priorità di una efficace politica di rimpatrio rispetto ad altri fini - quali, ad esempio la criminalizzazione dell'irregolarità dei migranti a scopo repressivo.

CONCLUSIONI

Secondo i dati elaborati da Eurostat, nel 2014 sono stati circa 626.000 i migranti fermati la cui presenza sul territorio degli Stati Membri è stata ritenuta contraria alle condizioni di ingresso e soggiorno previste dall'articolo 5 del Codice Frontiere Schengen o dalle legislazioni nazionali degli Stati.¹ Tale numero, che secondo le statistiche Eurostat è considerevolmente aumentato rispetto agli anni precedenti (si riscontra un incremento del 46% rispetto al 2013 e dell'8% rispetto al 2008),² non può però dirsi del tutto rappresentativo del numero di stranieri irregolarmente presenti in Europa, in quanto vengono così conteggiati soltanto gli individui intercettati dagli organi statali.³ Secondo le più recenti stime disponibili riguardanti il numero di migranti irregolari presenti in Europa – il cui grado di approssimazione è evidentemente insito nella situazione di irregolarità dei soggetti coinvolti – nel 2009 il numero di migranti irregolari variava tra 1.9 e 3.8 milioni di persone.⁴ Se comparato all'entità dei cittadini europei residenti in Europa, pari a 508 milioni di persone, il numero di cittadini di stati terzi irregolarmente soggiornanti pare di entità modesta. E è ugualmente limitato in confronto alla popolazione straniera soggiornante sul territorio europeo: secondo i dati aggiornati al 1 gennaio 2014, in Europa vivono 33.5 milioni di persone provenienti da Stati terzi.

¹ È opportuno inoltre evidenziare che dal punto di vista della nazionalità dei cittadini di paesi terzi la cui presenza irregolare è stata riscontrata nel 2014, tra i più numerosi vi sono cittadini siriani (52.530), eritrei (29.545) e afgani (12.900), il cui rimpatrio è frequentemente ostacolato dal rispetto dei diritti umani e dei principi di diritto internazionale, primo tra tutti quello di *non-refoulement*.
http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation.

² Dal 2008 al 2013, infatti, il numero di migranti irregolari trovati in Europa è considerevolmente diminuito.

³ La relazione riguardante tali statistiche fornita da Eurostat precisa infatti che “*However, the situation recorded does not necessarily reflect a growth in the numbers of non-EU citizens staying in EU territory illegally, since some Member States may have changed their policy on the checks they perform, thereby influencing the number of apprehensions.*”.

http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation.

⁴ Lo studio sull'entità dell'immigrazione irregolare in Europa è stata condotta nel contesto di “Clandestino Project. Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe”. Dal punto di vista metodologico, vari metodi sono stati utilizzati per monitorare il fenomeno: “*face to face in-depth interviews; anonymous questionnaires; analysis of secondary data including quantitative enforcement agencies' records or police or court interrogation records; and qualitative interviews with experts or others possessing vast knowledge on the subject. In general, qualitative interviews and participant observation usually produces highly personal and confidential data, including data on travelling, living and working patterns of irregular migrants. Police data and interrogation records contain personalised data, and expert interviews which may produce detailed quantitative or qualitative data or they may simply reveal migrants' general perceptions and beliefs.*”. CLANDESTINO Project, Final Report, 23 November 2009.

A fronte dei dati statistici, tuttavia, la “lotta contro l’immigrazione clandestina” ha rappresentato e rappresenta tutt’oggi – seppure il linguaggio utilizzato si sia smorzato – uno dei settori su cui gli Stati Membri e l’Unione Europea hanno maggiormente concentrato i propri sforzi. Basti considerare che, dal punto di vista finanziario, il Fondo Europeo per i rimpatri per il periodo 2008-2013 era di 676 milioni, cui si possono sommare i circa 500 milioni del budget di Frontex (Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne) per il periodo 2008-2013,⁵ a fronte di risorse del Fondo per l’Accoglienza dei richiedenti asilo pari a 630 milioni (per il periodo 2007-2013) e agli 825 milioni del Fondo per l’Integrazione (per il periodo 2007-2013).⁶ Come analizzato nel corso del primo capitolo del presente lavoro, le politiche in materia di immigrazione irregolare rappresentano un pilastro essenziale dell’azione dell’UE nel settore “immigrazione e asilo”. L’Agenda Europea sulla Migrazione del 2015, che elabora “quattro pilastri per gestire meglio l’immigrazione”, identifica come primo tra questi proprio la lotta all’immigrazione irregolare, richiamando l’attenzione delle istituzioni europee e degli Stati Membri sulla necessità di “ridurre gli incentivi alla base dell’immigrazione irregolare”.⁷ Il ricorso allo strumento diritto penale – tanto da parte dell’Unione Europea quanto degli Stati che ne fanno parte – può essere letto precisamente in tale ottica: con la funzione, cioè, di disincentivare il fenomeno dell’immigrazione irregolare. Conseguentemente, la *criminalizzazione* dei migranti che entrano o risiedono

⁵ Tra gli obiettivi di Frontex vi è quello di coordinamento delle operazioni degli Stati Membri nel controllo delle frontiere esterne dell’Unione, al fine di intercettare l’ingresso irregolare dei migranti, nonché quello di supporto agli Stati nelle operazioni congiunte di rimpatrio.

⁶ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/financing/fundings/index_en.htm. La spozione delle risorse finanziarie impiegate nei vari settori è da leggersi alla luce dei dati, sopra riportati, riguardanti la differenza tra gli individui regolarmente e quelli irregolarmente soggiornanti nel territorio dell’Unione.

⁷ Nell’ottica delle istituzioni europee, per altro, alcune delle modalità maggiormente efficaci per la gestione dell’immigrazione irregolare sono state identificate nei recenti strumenti degli “hot spot” (su cui si veda il capitolo 1, par. 6) e nella cooperazione con i Paesi Terzi: a detta della Commissione “Un buon esempio di quanto ci sia da guadagnare nell’intensificare la cooperazione è la Turchia. Dall’inizio del 2014 la Turchia ha ricevuto 79 milioni di EUR a sostegno degli sforzi compiuti per alleviare la pressione sul proprio sistema di gestione dei rifugiati e prevenire viaggi perigliosi per il Mediterraneo orientale.”. Orientato in tal senso sembra essere anche l’accordo raggiunto il 29 novembre tra i leader europei e quello turco, Erdogan, volto allo stanziamento di 3 miliardi di euro per contribuire alla gestione, in Turchia, dei rifugiati siriani che tentano di raggiungere l’Europa. <http://www.rivistaeuropae.eu/esteri/esterni/accordo-con-la-turchia-un-regalo-a-erdogan/>.

D’altro canto potrebbe sembrare che la Commissione, nella promozione di tali modalità utili per la prevenzione dell’immigrazione irregolare, sorvoli sulla loro compatibilità con il rispetto dei diritti umani: come rilevato da alcune organizzazioni internazionali, tanto gli “hot-spot”, quanto il sistema di accoglienza dei profughi siriani in Turchia, infatti, sarebbero suscettibili di violare i diritti umani delle persone coinvolte. In particolare, sull’accordo del novembre 2015 con la Turchia si veda la posizione di Human Rights Watch (<https://www.hrw.org/news/2015/12/01/dispatches-risks-eu-turkey-migration-deal>) e di Amnesty International (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/12/turkey-eu-refugees-detention-deportation/>).

irregolarmente nel territorio dell'Unione, e/o di coloro che agevolano tale ingresso o soggiorno illecito, è stata perseguita negli ultimi anni sia a livello nazionale che sovranazionale. Inoltre, dal momento che la materia dell'immigrazione irregolare, in base a quanto stabilito dall'articolo 63, punto 3, lett.b) CE e successivamente dall'articolo 79, n.2, lett.c) TFUE, rappresenta uno dei settori di competenza concorrente tra l'Unione e gli Stati Membri, le scelte di questi ultimi in riferimento al diritto penale dell'immigrazione devono essere conformi agli obiettivi perseguiti dall'Unione. Qualora ciò non avvenga, spetterà ai giudici nazionali sollevare le eventuali incompatibilità tra il diritto interno e quello europeo e alla Corte di Giustizia definire il rapporto tra i due ambiti normativi: il delicato compito di composizione e bilanciamento tra prerogative sovrane in materia penale e perseguimento degli interessi comuni dell'UE viene quindi affidato in primo luogo alla giurisprudenza. Il ruolo del giudice, nazionale e europeo, è, nel settore dell'immigrazione irregolare, ancor più rilevante ove si tenga conto che la criminalizzazione dei comportamenti degli individui ha un forte impatto in materia di diritti fondamentali degli stessi: l'applicazione del diritto penale ai migranti irregolari comporta inevitabilmente, infatti, la compressione della loro sfera di libertà.

Posta davanti alla scelta di quali strumenti normativi adottare, e in quali casi applicare misure di natura penale, al fine di disincentivare l'immigrazione irregolare, l'Unione Europea ha adottato due distinti approcci. A seconda che i soggetti destinatari delle sue previsioni legislative fossero i migranti irregolari oppure altri individui che, tramite i loro comportamenti, potessero incentivare o sfruttare l'immigrazione irregolare, le istituzioni europee hanno voluto perseguire obiettivi distinti. Per un verso, tra il 2000 e il 2009 sono state adottate diverse direttive europee volte alla imposizioni di “sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive” nei confronti di comportamenti di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, sfruttamento del lavoro dei migranti irregolari e sfruttamento delle vittime di traffico.⁸ È bene ricordare, del resto, che nelle citate direttive non si faceva riferimento esplicitamente a sanzioni di natura *penale* da applicarsi in via generale, dal momento che una competenza diretta in ambito penale è stata introdotta soltanto con l'integrazione della cooperazione giudiziaria in materia penale nel sistema

⁸ Si tratta della Direttiva 2001/51/CE, della Direttiva 2002/90/CE (accompagnata dalla Decisione Quadro 2002/946/GAI), della Direttiva 2009/52/CE.

normativo europeo, ad opera del Trattato di Lisbona.⁹ Un obbligo di criminalizzazione è invece esplicitamente previsto in tema di tratta di essere umani, che rientra tra quelle “sfere di criminalità particolarmente grave” per le quali “il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni”.¹⁰ La Direttiva 2011/36/UE, dunque, contiene tanto una definizione dei reati relativi alla tratta di esseri umani, quanto indicazioni relative alle conseguenti pene.¹¹ Ad ogni modo, sia in presenza di un obbligo di criminalizzazione, sia quando viene imposta la previsione di – non meglio specificate – misure sanzionatorie, l’intento dell’Unione è chiaro: impedire e ostacolare quei comportamenti che fanno da contorno e incentivo all’immigrazione irregolare. Per quanto riguarda l’impatto del diritto europeo su quello penale degli Stati, l’azione dell’Unione Europea va qui nel senso dell’espansione della sfera del penalmente rilevante in materia di immigrazione: nonostante nelle Direttive del 2001/51/CE, 2002/90/CE e 2009/52/CE non vi sia un *obbligo* di criminalizzazione, al pari di quanto avviene nella Direttiva 2011/36/UE, gli Stati sono liberi di conferire alle sanzioni imposte natura penale. La criminalizzazione diventa quindi funzionale al raggiungimento degli obiettivi che l’Unione si è posta relativi al contrasto all’immigrazione irregolare.¹² Per altro verso, invece, lo *status* di irregolarità dei migranti non è mai stato sottoposto ad un processo di criminalizzazione da parte dell’Unione Europea; per la precisione, la Direttiva Rimpatri (2008/115/CE), che si occupa del trattamento dei migranti irregolari nel corso del procedimento di rimpatrio, non impone agli Stati alcun ricorso a misure penali o sanzionatorie per disincentivare l’irregolarità dell’ingresso o del soggiorno o per sanzionare la presenza irregolare del soggetto nel corso della procedura di espulsione.¹³

⁹ Per un analitico approfondimento sull’evoluzione della competenza penale dell’Unione Europea si veda S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell’Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 25-144.

¹⁰ Articolo 83, par. 1 TFUE.

¹¹ L’articolo 4 della Direttiva 2011/36/UE prevede, in generale, che “Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui all’articolo 2 siano punibili con la reclusione della durata massima di almeno cinque anni.” e che al ricorrere di particolari condizioni, tali reati siano punibili con la reclusione della durata massima di almeno dieci anni.

¹² “Il ricorso alle armi del diritto penale non potrà allora che essere considerato, in tutte queste ipotesi, legittimo e anzi, in larghissima misura, doveroso in relazione agli obblighi di fonte UE, al quale la legislazione italiana deve ritenersi vincolata in forza del combinato disposto degli artt. 11 e 117 co. 1 Cost.”. F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, Vol. 3, 2010, p. 23.

¹³ La stessa previsione del trattenimento in via amministrativa, di cui all’articolo 15 della Direttiva, la cui lunghezza e assenza di garanzie ha aggiudicato alla direttiva in esame il nome di “Direttiva della vergogna”, non ha finalità repressivo-punitiva ma ha piuttosto lo scopo di rendere maggiormente efficace la procedura

Nondimeno, la Direttiva 2008/115/CE prevede alcune norme e procedure minime cui tutti gli Stati Membri devono adeguarsi in vista del raggiungimento che la normativa europea si pone: l'instaurazione di una efficace politica di rimpatrio da compiersi nel rispetto dei diritti fondamentali.¹⁴ Il raggiungimento dell'*effetto utile* della Direttiva Rimpatri dipende strettamente dalla disciplina legislativa prevista dagli Stati Membri in materia di rimpatrio: qualora le previsioni – anche penali – di questi ultimi si pongano in contrasto con l'obiettivo dell'efficace politica di rimpatrio, dovrà prevalere il diritto dell'Unione, in applicazione dei principi generali disciplinanti la competenza concorrente tra UE e Stati Membri. In quest'ottica il diritto europeo può, al contrario di quanto avviene rispetto al favoreggiamento e allo sfruttamento della tratta, reprimere l'ambito del penalmente rilevante e paralizzare le previsioni penali che criminalizzano l'immigrazione irregolare *per sé*.

Questo è quanto avvenuto, a seguito delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, negli anni immediatamente successivi alla scadenza per la trasposizione della Direttiva 2008/115/CE negli Stati Membri. Il caso italiano ha rappresentato un chiaro esempio del potenziale destrutturante del diritto europeo nei confronti della criminalizzazione dei migranti. Al pari di altri ordinamenti nazionali, infatti, in Italia il ricorso al diritto penale non ha riguardato soltanto i facilitatori o gli sfruttatori dello straniero, ma anche il migrante irregolare stesso. In un processo di criminalizzazione avviatosi a partire dagli anni 2000 e che si è concluso con l'introduzione nel 2009 del cd. "reato di clandestinità", di valenza fortemente simbolica, l'ordinamento italiano si è dotato di norme penali incriminatrici funzionali tanto all'esclusione quanto all'indebolimento del migrante irregolare.¹⁵ Alcune di queste norme hanno criminalizzato, intervenendo nel procedimento di rimpatrio, la mera presenza irregolare dello straniero, adducendo a giustificazione per l'utilizzo dello strumento penale – che

di rimpatrio. È opportuno, tuttavia, evidenziare come, nella pratica, il ricorso allo strumento della detenzione amministrativa da parte degli Stati abbia spesso una funzione di "neutralizzazione" del migrante che vi è soggetto. Le conseguenze della detenzione, poi, sono particolarmente gravose sia per quanto riguarda la violazione dei diritti umani (per la privazione della libertà dell'individuo e le misure disumane e degradanti di alcuni dei centri detentivi), sia per quanto riguarda la stigmatizzazione del migrante irregolare come criminale. Non a caso, in dottrina il ricorso allo strumento detentivo è stato categorizzato come fattore di criminalizzazione (intesa in senso lato, cap. 2. par. 1) dell'immigrazione irregolare.

¹⁴ Articolo 1, Direttiva 2008/115/CE.

¹⁵ R. Bartoli, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione ed indebolimento dello straniero?*, in "Questione Giustizia", n.2, 2011, pp. 17-32.

attraverso la detenzione in carcere o in ogni caso la cristallizzazione della posizione del migrante nel corso del procedimento penale ritardava di fatto la sua espulsione – ragioni legate all’efficacia deterrente di quest’ultimo.¹⁶ Si tratta del cd. “statuto penale del migrante clandestino”,¹⁷ comprendente il reato di inottemperanza all’ordine di allontanamento del questore e la successiva permanenza irregolare sul territorio dello Stato (articolo 14, comma 5-ter T.U.I.), quello di ingresso e soggiorno illegale (articolo 10-bis T.U.I.) e quello di ingresso e soggiorno irregolare in violazione di un divieto di reingresso (articolo 13, comma 13 T.U.I.). In merito a tutte e tre le previsioni incriminatrici richiamate sono stati sollevati dubbi, da parte della dottrina italiana e della giurisprudenza di merito, relativi alla loro compatibilità con le previsioni della Direttiva Rimpatri. La Corte di Giustizia è stata quindi chiamata a valutare se il diritto penale italiano (e quello francese, che parimenti criminalizza l’irregolarità dell’ingresso e del soggiorno del migrante) fossero conformi agli obiettivi posti dal diritto europeo e in particolare dalle norme relative al rimpatrio.¹⁸ La decisione cui è giunta la Corte di Lussemburgo nei casi in esame ha avuto un significativo impatto sulla legislazione degli Stati Membri, di cui si era stata prospettata l’incompatibilità, e al tempo stesso ha fatto luce sul complesso rapporto tra il diritto europeo e quello penale nazionale.

Prendendo in esame il primo aspetto, si può rilevare che l’impatto delle pronunce della Corte – in particolare, quello di *El Dridi* – è stato stravolgente per l’ordinamento italiano: il dibattito interno che ha preceduto il rinvio pregiudiziale ai giudici europei ha chiamato, forse per la prima volta in Italia, i giudici di merito a confrontarsi con l’applicazione di una norma europea di forte impatto sulla tutela dei diritti dell’individuo. La dichiarata

¹⁶ In realtà è proprio il “Rapporto sulla Criminalità in Italia”, aggiornato al 2006, del Ministero dell’Interno a riconoscere che, in materia di articolo 14, comma 5-ter, “a partire da quando l’inottemperanza a tale ordine è diventato reato penale (...) il numero di coloro che hanno ottemperato all’ordine del Questore è rimasto straordinariamente basso”. Inoltre, in base ai dati disponibili, forniti dal Ministero della Giustizia, relativi al monitoraggio della l.189/2002, emerge che, ove anche qualora tali norme possano avere una qualche efficacia deterrente, di certo non agevolano la procedura di rimpatrio: nel periodo 2002-2011, la media percentuale delle persone espulse a seguito di condanna per uno dei reati di cui all’articolo 13 o all’articolo 14, è pari al 44.5%. I dati sono relativi al monitoraggio degli articoli 14, c.5-ter e 5-quater e articolo 13, c.13 e c.13-bis del d.lgs. 286/98 e si interrompono nel 2011, momento a partire dal quale i reati di cui all’articolo 14 sono passati sotto la competenza del giudice di pace (mentre per l’illecito reingresso restano competenti i giudici togati).

¹⁷ G. Cirillo, “Spigolature in tema di statuto penale del clandestino”, in R. Del Coco, E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale - Problemi di perseguibilità e di garanzie della normativa nazionale ed europea*, Cacucci Editore, Bari, 2014, p.289.

¹⁸ Le pronunce rilevanti in tal senso sono: CGUE, Sentenza 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11, in Racc. I-03015; CGUE, Sentenza 6 dicembre 2011, C-329/11, *Achughbabian*, in Racc. I-12694; CGUE, Sentenza 6 dicembre 2012, *Sagor*, C-430/11, in Racc. digitale; CGUE, Sentenza del 1 ottobre 2015, C-290/14, *Skerdjan Celaj*, non ancora pubblicata in Racc.

incompatibilità tra Direttiva Rimpatri e articolo 14, comma 5-ter ha dato ragione alla giurisprudenza nazionale, la quale aveva visto in tale strumento la possibilità di limitare la portata applicativa di una norma incriminatrice che, oltre ad affollare le aule dei Tribunali italiani di direttissime, comportava una pena detentiva sproporzionata e inefficace. La portata dirompente della sentenza *El Dridi*, d'altronde, non ha investito soltanto il reato di cui all'articolo 14 T.U.I., ma più in generale quell'approccio legislativo che aveva fatto del diritto penale il cavallo di battaglia in materia di immigrazione irregolare. Con la riqualificazione della pena per i reati di inottemperanza all'ordine del questore questi, al pari di quanto è avvenuto per l'articolo 10-bis già pochi anni dopo la sua adozione, hanno visto notevolmente ridursi la propria portata applicativa: di fatto, i processi celebrati in Italia per questi due reati dopo il 2011 sono stati pochissimi.¹⁹ Il ruolo degli operatori del diritto, e in particolare dei giudici, nel processo di progressiva delegittimazione del ricorso al diritto penale è stato esemplare:²⁰ a fronte di previsioni normative che tendono a privilegiare l'interesse dello Stato e dell'Unione alla gestione dei flussi migratori, giungendo fino ad impiegare a tal fine lo strumento penalistico, sono state le Corti, nazionali e europee, ad evidenziare l'irrazionalità di politiche che, oltre a non tenere adeguatamente in considerazione l'aspetto della tutela dei diritti delle persone coinvolte, hanno piegato lo strumento del diritto penale al raggiungimento di un obiettivo rispetto al quale tale strumento pare inefficace e non proporzionato.²¹

Le conclusioni riguardanti il rapporto tra il diritto penale nazionale e la Direttiva Rimpatri, invece, vanno ricercate direttamente nelle pronunce della Corte di Giustizia. Dalle quattro sentenze esaminate emerge un principio costante nella giurisprudenza della stessa:²² dal momento che “le norme di diritto penale e di procedura penale rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati Membri”,²³ questi ultimi sono liberi di qualificare il soggiorno irregolare dei migranti alla stregua di reato e di prevedere sanzioni penali per scongiurare tale comportamento. Tuttavia, tale libertà subisce significative

¹⁹ Ciò è testimoniato anche dall'assenza di dati e statistiche in proposito. Si ringrazia inoltre l'avv. Guido Savio per la preziosa testimonianza che ha permesso di formulare le conclusioni sopra esposte.

²⁰ Gatta parla in proposito di “processo di graduale arretramento del diritto penale dell'immigrazione” in atto in Europa. G.L. Gatta, *La criminalizzazione della 'clandestinità' fra scelta nazionale e contesto europeo*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, n.1, 2015, p.194.

²¹ Se voglio mettere Ambrosio

²² Per l'esame approfondito delle stesse si rimanda al Cap. 3.

²³ C-61/11, *El Dridi*, par. 54.

limitazioni nel momento in cui le norme penali si pongano in contrasto con il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione: "detti Stati non possono applicare una disciplina penale tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti [dalla Direttiva 2008/115/CE] e privare così quest'ultima del suo effetto utile".²⁴ Nei casi in esame, la disciplina penale considerata contrastante con l'obiettivo posto dalla Direttiva Rimpatri – l'efficacia della politica di rimpatrio e quindi il rimpatrio nel più breve tempo possibile – era quella che prevedeva una pena di natura detentiva, con la conseguente limitazione della libertà del migrante irregolare nel corso della procedura di espulsione. Si differenzia in parte da tale conclusione soltanto la più recente sentenza della Corte relativa al caso *Celaj*: le spicce motivazioni della pronuncia, tuttavia, non consentono di comprendere compiutamente le scelte della Corte in merito; di conseguenza, non sembra verosimile né opportuno far discendere da tale pronuncia una conclusione nel senso di una inversione di rotta rispetto alla giurisprudenza sopra citata.²⁵

Le conclusioni che si possono trarre dall'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia in riferimento alla Direttiva Rimpatri e alla criminalizzazione dell'irregolarità degli stranieri attendono a due distinti ordini di considerazioni: il rapporto istituzionale che intercorre tra il diritto dell'UE e quello degli Stati Membri, e la "funzione protettiva" della giurisprudenza europea nei confronti della criminalizzazione degli immigrati irregolari.²⁶ Quanto al primo aspetto, è ormai pacifico che il diritto europeo possa porre dei limiti alla sfera penale degli Stati: nel momento di applicazione di norme incriminatrici, anche al di fuori delle materie disciplinate dall'articolo 83 TFUE (riguardante la cooperazione giudiziaria in materia penale), gli Stati devono fare in modo che la propria legislazione rispetti il diritto dell'Unione. Con le sentenze richiamate, la Corte di Lussemburgo ha confermato l'applicabilità di tale principio anche all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e più precisamente nell'ambito del diritto dell'immigrazione. Il ruolo giocato dal diritto dell'UE, per altro, è ambivalente: può comportare indifferentemente l'ampliamento o la riduzione della sfera del penalmente rilevante; tale fenomeno, come visto, si può riscontrare proprio in materia di

²⁴ C-61/11, *El Dridi*, par. 55-56 e C-329/11, *Achughbabian*, par. 33.

²⁵ Si veda il cap.3, par. 3.5

²⁶ Di "protective function of EU law" in tale contesto parla V. Mitsilegas, in "The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: the Protective Function of European Union Law", in M. Guia, M. Van der Woude and J. Van der Leun (a cura di), *Social Control and Justice. Crimmigration in an Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2012.

immigrazione irregolare. Da un lato, le istituzioni europee incoraggiano l'adozione di misure sanzionatorie (anche) di natura penale nel contesto del favoreggiamento e dello sfruttamento dell'immigrazione irregolare; dall'altro lato, collegando l'interpretazione della Direttiva Rimpatri alle norme penali degli Stati Membri relative all'ingresso, soggiorno o permanenza illegittimi, la Corte di Giustizia ha di fatto limitato lo spazio applicativo della criminalizzazione dell'irregolarità per sé. Tale limite riguarda in primo luogo l'applicazione della pena detentiva al migrante irregolare: tanto in *El Dridi*, quanto in *Achughbabian* e *Sagor*, la privazione della libertà dell'individuo è stata ritenuta in contrasto con l'obiettivo posto dalla Direttiva 2008/115/CE. È bene, tuttavia, che tale risultato è dipeso non tanto da un interesse alla tutela dei migranti e dei loro diritti, quanto piuttosto (da un interesse) all'efficace applicazione del diritto UE. Conformemente a quanto previsto dai Trattati, il diritto europeo è funzionale al raggiungimento degli "obiettivi comuni" che l'Unione si pone nelle materie di sua competenza: nel settore dell'immigrazione irregolare, l'obiettivo primario è quello dell'instaurazione di una efficace politica di rimpatrio. Soltanto questo, quindi, rappresenta il metro di valutazione delle scelte degli Stati, anche in ambito penale.²⁷

In quest'ottica, sembra che la "funzione protettiva" del diritto europeo nei confronti della criminalizzazione dei migranti sia in realtà piuttosto debole. Le sentenze della Corte di Giustizia, che pure hanno avuto un impatto "positivo" rispetto alla detenzione penale dei migranti e alla loro incriminazione, sembrano lasciare ai margini delle analisi relative all'*effetto utile* della Direttiva Rimpatri l'aspetto della tutela dei diritti umani dei migranti.²⁸ Nonostante tra i principi generali stabiliti dai Trattati rientri anche quello del rispetto di tali diritti,²⁹ e nonostante la Direttiva Rimpatri preveda all'articolo 1 che il rimpatrio deve essere condotto "nel rispetto dei diritti fondamentali in quanto

²⁷ Il richiamo a tale obiettivo è stato effettuato - e ritenuto prevalente nel bilanciamento con il diritto degli Stati a prevedere misure più favorevoli nei confronti dei migranti irregolari - anche in altri casi decisi dalla Corte di Giustizia relativi alla Direttiva 2008/115/CE: si veda la Sentenza del 23 aprile 2015, C-38/14, *Zaizoune*, non ancora pubblicata in Racc.

²⁸ Condivisibile appare in questo senso la conclusione di Di Martino e Raffaelli: "Il disvalore della scelta penalistica non è dunque assoluto, ma relativo ai suoi effetti sulla politica comunitaria - e la politica che qui si evoca non è quella della tutela dei diritti fondamentali, bensì l'espulsione di chiunque si trovi illegittimamente sul territorio europeo; a quest'espulsione la tutela dei diritti è strumentale, secondo il veduto principio di graduazione. Contrapposta al diritto penale non c'è dunque una libertà, ma un'azione necessitata: l'abbandono del territorio; uscire, andare via, è presupposto e limite della libertà". A. Di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²⁹ Articolo 2, Articolo 6 TUE.

principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo", tale prospettiva resta assente dalle valutazioni della Corte di Giustizia nei casi esaminati. Eppure, le indicazioni fornite dai giudici di merito, nelle domande pregiudiziali, richiamavano l'attenzione della Corte sugli articoli 15 e 16 della Direttiva, che, insieme all'articolo 8, prevedono alcune garanzie e tutele in materia di privazione della libertà personale: principio fondamentale ivi previsto è quello della proporzionalità rispetto all'imposizione di misure coercitive e detentive. Anche con riguardo a questo principio, tuttavia, la Corte ha preferito richiamare le tutele predisposte dalla Convenzione europea per la salvaguardia delle libertà e dei diritti dell'uomo,³⁰ piuttosto che tenerlo in considerazione nella valutazione della compatibilità tra diritto europeo e misure detentive previste dal diritto penale nazionale. La Corte, così facendo, ha rinunciato a giocare un ruolo rilevante ai fini della protezione della libertà dei migranti, in un contesto politico in cui il pacifico godimento di tale diritto è costantemente minacciato, anche ad opera delle stesse istituzioni europee.³¹ Una realistica valutazione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sembra suggerire che la libertà non è un diritto *assoluto* del migrante, ma può essere limitato in ragione del rapido allontanamento.³²

Se l'impatto delle sentenze della Corte di Lussemburgo appare così ridimensionato in ambito di criminalizzazione e di misure penali detentive, è però opportuno ricordare che la sua giurisprudenza ha per certi aspetti contribuito alla tutela dei migranti irregolari, anche qualora questa potesse porsi in contrasto con il ricordato obiettivo del "rimpatrio ad ogni costo". In linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,³³ infatti, anche la Corte di Giustizia ha riconosciuto che in alcuni casi il rispetto dei diritti fondamentali può impedire il rimpatrio: è quanto avvenuto nel caso *Abdida*,³⁴ nel quale i

³⁰ C-61/11, *El Dridi*, par. 43; C-329/11, *Achughbaban*, par. 49.

³¹ Si richiama però anche la posizione di Peers, secondo il quale "The Returns Directive has not, as originally forecast, functioned solely as a mechanism for detaining and removing irregular migrants as harshly as possible. This is largely due to the jurisprudence of the CJEU, which has consistently tried to strike a balance between securing the humanity and individual rights of irregular migrants and ensuring their effective removal". S. Peers, *Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced against Efficient Removal?*, "European Journal of Migration and Law", Vol. 17, Issue 4, pp. 298-304. Una valutazione della portata della giurisprudenza della Corte in merito alla Direttiva Rimpatri è stata svolta anche da Romano, in R. Romano, *La Corte di Giustizia e la Direttiva "Rimpatri"*, in "Questione Giustizia", n.3, 2014, pp. 106-120.

³² A. Di Martino, R. Raffaelli, 2011.

³³ Numerosi sono i casi in cui la Corte EDU, nel bilanciamento tra l'interesse dello Stato all'espulsione del migrante irregolare, e il suo diritto a non subire tortura e trattamenti disumani e degradanti (art. 3) e al diritto alla vita privata e familiare, ha dato priorità a tali diritti dell'individuo. Per una discussione approfondita, si rimanda al Cap. 1, par. 7.

³⁴ CGUE, Sentenza del 18 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida*, non ancora pubblicato in Racc.

giudici hanno ritenuto che l'interpretazione dell'articolo 5 della Direttiva 2008/115/CE alla luce dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, impedisce l'allontanamento di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia verso un paese nel quale non esistono terapie: altrimenti, verrebbe violato il principio di *non-refoulement*. Sembra quindi che, a voler ricercare uno spiraglio per rispettare gli obblighi imposti dalle Convenzioni internazionali e europee in materia di diritti umani di ogni individuo, quest'ultimo possa essere identificato nelle garanzie previste all'articolo 5 della Direttiva Rimpatri il quale, mutuando principi consolidati già dalla giurisprudenza della CEDU, impone di tenere in considerazione, nel corso della procedura di rimpatrio, i principi dell'interesse superiore del bambino, della tutela della vita familiare e delle condizioni di salute, e impone un obbligo di rispetto del principio di *non-refoulement*. In questa direzione, oltre alla sentenza *Abdida* della CGUE e alla nutrita giurisprudenza della CEDU, è interessante richiamare l'orientamento della giurisprudenza italiana,³⁵ che ha proposto una interpretazione conforme dell'articolo 13, comma 2-*bis* rispetto alla sentenza della Corte Costituzionale del 18 luglio 2013, n. 202, riguardante l'interpretazione dell'articolo 5, comma 5 T.U.I. L'articolo 13, c.2-*bis* impone di adottare una particolare cautela nell'espulsione dello straniero irregolare in ragione dei legami privati e familiari.³⁶ La stessa ratio – della tutela del legame familiare – è sottesa alla previsioni di cui all'articolo 5, comma 5 del Testo Unico,³⁷ con riferimento alla quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi “solo allo straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare o al familiare ricongiunto, e non anche allo straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato”.³⁸ L'interpretazione dell'articolo 13, comma 2-*bis* alla luce di quanto previsto dalla Corte Costituzionale per la tutela del legame

³⁵ Si vedano le ordinanze: Tribunale di Torino, Ordinanza del 27 marzo 2013, est. Vitro; Tribunale di Torino, Ordinanza del 3 luglio 2014, est. Ceccarelli.

³⁶ L'articolo in esame prevede che “Nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2, lett. a) e b), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine”.

³⁷ L'articolo dispone che “Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29, si tiene conto anche della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese di origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”.

³⁸ Corte Cost., Sentenza n. 202/2013, 18 luglio 2013.

familiare delineerebbe, di fatto, una tutela dello straniero irregolare rispetto all'espulsione. Similmente, in forza dei legami familiari che sussistono tra l'espellendo e il figlio minore entro i primi sei mesi dalla nascita, la Corte di Cassazione ha recentemente sostenuto che la situazione del padre – anche non coniugato o convivente – padre di un minore che non abbia superato i sei mesi deve essere inserita tra le ipotesi che vietano l'espulsione del soggetto, quali delineate dall'articolo 19 T.U.I.³⁹ Alla luce di quanto esposto, pare che, ancora una volta, tocchi ai giudici valorizzare le opportunità fornite dagli strumenti a tutela dei diritti umani a favore dei migranti irregolari, ricercando il corretto bilanciamento tra questi ultimi e gli interessi statali e europei per l'instaurazione di una efficace politica di rimpatrio.

³⁹ La Corte di Cassazione ha avvalorato questa tesi alla luce del dettato costituzionale: “Una lettura della norma qui in esame costituzionalmente orientata, alla luce del principio di responsabilità genitoriale dettato dall'art. 30 Cost., comma 1, impone all'interprete di riconoscere il divieto di espulsione anche nei confronti dello straniero giudicato per reati in materia di stupefacenti che risulti padre di un minore che non ha compiuto i sei mesi, valorizzando l'intento del legislatore di individuare esclusivamente la relazione genitoriale e l'età del minore quali presupposti di applicabilità del divieto”. Cass. Pen., Sez. IV, Sentenza del 25 novembre 2014, n. 50379.

BIBLIOGRAFIA

MANUALI E MONOGRAFIE

- D. ACOSTA , C. MURPHY, *EU Justice and Security Law*, Hart, 2014
- R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2011
- M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2008
- C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, Oxford University Press, 2014
- P. BORGNA, *Clandestinità (e altri errori di destra e di sinistra)*, Laterza, Bari, 2011
- A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2006
- G. CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione Europa*, Giappichelli, Torino, 2011
- S. CENTONZE, *Diritto penale dell'immigrazione: aspetti sostanziali e procedurali*, Giappichelli, Torino, 2010
- D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2014
- V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007
- N. COLEMAN, *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Boston, 2009
- S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, Milano, 2009
- L. CORDI, *L'espulsione dello straniero: diritto penale sostanziale e processuale: aggiornato al D.L. 23 giugno 2011, n. 89*, Giuffrè, Milano, 2011
- G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010
- L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009
- A. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2002
- U. DE AUGUSTINI, S. FERRAJOLO, F. A. GENOVESE, E. ROSI, *La nuova legge*

sull'immigrazione. *Commento alla L. n.189 del 30 luglio 2002 e al D.L. n.195 del 9 settembre 2002*, Giuffré, Milano, 2003

R. DEL COCO, E. PISTOIA, *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, Bari, 2014

L. DEGLI INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffré, Milano, 2013

A. DI MARTINO, F. DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare: legislazione e prassi in Italia*, PISA University Press, 2013

European Union Agency for the Fundamental Rights (FRA), *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, Publication Office of the European Union, Bruxelles, 2014

T. FAITS, A. ETTE, *The Europeanization of national immigration policies. Between autonomy and the European Union*, Palgrave Macmillan, 2007

V. FERRARIS, *Immigrazione e criminalità*, Carocci, Roma, 2012

R. FISCHER, *The Europeanisation of migration policy: the Schengen Acquis between the priorities of legal harmonisation and fragmentation*, Peter Lang, 2012

G. DEFRADESCO, A. GARGANI, D. MENZIONE, *Commentario al "Pacchetto Sicurezza", L. 15 Luglio 2009, n.94*, Utet, Torino, 2011.

F. GIUNTA, M. MARZADURI, *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Giuffré, Milano, 2010

M. J. GUIA, M. VAN DER WOUDE and J. VAN DER LEUN, *Social Control and Justice. The Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2013

E. GUILD, P. MINDERHOUD (a cura di) *The first decade of EU Migration and Asylum Law*, Martinus Hijhoff, 2012

E. GUILD, H. TONER, *Whose freedom, security and justice?, EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart, Oxford, 2007

E. GUILD, *Security and Migration in the 21st Century*, Wiley, Cambridge, 2009

K. HAILBRONNER, *EU immigration and asylum law*, C.H. Beck Munich, 2010

M. KLAMMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014

Y. KTISTAKIS, *Protecting Migrants under the European Convention of Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 2013

U. LEANZA (a cura di) *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005

A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008

- C. MAZZA, *La prigione degli stranieri: Centri di identificazione e di espulsione*, Ediesse, Roma, 2013
- O. MAZZA, F. VIGANÒ, *Il pacchetto sicurezza 2009*, Giappichelli, Torino, 2009
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012
- V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart, 2009
- S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Manuale breve di diritto dell'immigrazione*, Maggioli Editore, 2013
- B. NASCIMBENE, *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004
- S. PALIDDA, *Racial criminalization of migrants in 21st Century*, Farnham: Ashgate, 2011
- S. PALIDDA, *Razzismo democratico: la persecuzione degli stranieri in Europea*, Agenzia X, Milano, 2009
- G. PAPAGIANNI, *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006
- S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, 2011
- S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA, K. GROENENDIJK and V. MORENO LAX, “*EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*”, Volume 2, 2012, in the series: *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers.
- S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The EU Charter of fundamental rights: a commentary*, Hart, Oxford, 2014
- S. PRECHAL, *Directives in EC law*, Oxford University Press, 2005
- T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza, giustizia, alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia - Atti del convegno, Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005*, Giuffrè, 2007
- F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012
- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea, Settima Edizione*, Cedam, Padova, 2010
- A. TRIANAFYLLIDOU, *Irregular Migration in Europe. Myths and Realities*, Ashagte, 2010
- E. TRIGGIANI (a cura di), *Europea e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010

M. VENTRELLA, *The Control of People Smuggling and Trafficking in the EU. Experiences from the UK and Italy*, Ashgate, 2010. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Collana di Studi sull'integrazione Europea, Bari, 2013

K. ZWAAN (a cura di), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011

ARTICOLI SU RIVISTE E CONTRIBUTI SU OPERE COLLETTANEE

D. ACOSTA, *The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive)*, "European Journal of Migration and Law", vol. 11, 2009, pp. 19-39

D. ACOSTA, *The Returns Directive: Possible Limits and Interpretation*, in: K. Zwaan (a cura di), "The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States", Wolf Legal Publishers, 2011, pp. 7-24

D. ACOSTA, *Migration and Borders in the European Union: The Implementation of the Returns Directive on Irregular Migrants in Spain and Italy*, in E. Zapata (a cura di), "Shaping the Normative Contours of the European Union: a Migration-Border Framework", Barcelona: CIDOB Foundation, 2010, pp. 81-96

A. ADINOLFI, *Pacchetto sicurezza e violazioni (...sicure) di obblighi comunitari. Commento al d.l. 23 maggio 2008, n.92*, "Rivista di diritto internazionale", n.4, 2008, pp. 1088 ss.

A. ALIVERTI, *Making People Criminal: The Role of the Criminal Law in Immigration Enforcement*, "Theoretical Criminology", Vol. 16, No. 4, 2012, pp. 417-434

G. AMATO, *Un sistema incompatibile con il diritto UE perché non privilegia il rimpatrio volontario*, "Guida al Diritto", n.5, 2011, p. 24 ss.

M. AMBROSINI, *Migrants dans l'ombre. Causes, dynamiques, politiques de l'immigration irrégulière*, "Revue européenne des migrations internationales", Vol. 26, n.2, 2010, pp. 7-32

A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU law: An Analysis of the Returns Directive*, in "European Journal of Migration and Law", Vol. 11,

2009, pp. 1-17

T. BALZAQ, S. CARRERA, “The Hague Programme: The Long Road to Freedom, Security and Justice”, in Balzaq T., Carrera S. (a cura di) *Security versus freedom? A challenge for Europe's future*, Ashgate, 2006, pp. 1-32.

R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, “Questione giustizia”, n. 2, 2011, pp. 17-32

D. BIGO, “Criminalization of migrants: the side effect of the will to control the frontier and the sovereign illusion”, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 61-93

D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD, *What future for the Area of Freedom, Security and Justice? Recommendations on EU Migration and Borders Policies in a Globalising World*, CEPS Policy Briefing n.156, Centre for European Policy Studies, Bruxelles, marzo 2008

C. BILLET, *EC Readmission Agreements: A prime instrument of the external dimension of the EU's fight against irregular immigration*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 12, Issue 2, 2010, pp. 45-79

A. BLUS, *Beyond the Walls of Paper. Undocumented Migrants, the Border and Human Rights*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 15, Issue 4, 2013, pp. 413-446

P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, n. 4, 2009, pp. 85-128

M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio dei cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, n.1, 2010, pp. 17-41

B. BRUNESSEN, *La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau*, “Revue des affaires européennes”, Vol. 4, 2011, pp. 845-858

E. CANETTA, *The EU Policy on Return of Illegally Staying Third-Country Nationals*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 9, Issue 4, 2007, pp. 435-450

A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, “Questione Giustizia”, Vol. 6, 2007, pp. 1098-1118

A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, “Questione giustizia”, Vol. 3, 2009, pp. 83-86

A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale e immigrazione illegale*, Cassazione penale, Vol. 53, fasc.1., 2013, pp. 400-432

J. CARLIER, *La Directive Retour et le respect des droits fondamentaux*, “L'Europe des Libertés, Revue d'actualité juridique”, Vol. 26, 2008, pp. 13-21

G. CAVALLONE, *(In)compatibile con la Direttiva 2008/115/CE il reato che punisce il reingresso illecito degli stranieri entro 5 anni dall'espulsione*, Cassazione Penale, fascicolo 2, 2013, pp. 768-782

G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione*, in E. Triggiani (a cura di), “Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pp. 323-361

G. CELLAMARE, *Osservazione sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica*, “Studi sull'integrazione europea”, n.3, 2007, pp. 497-522

J. CHACON, *Managing Migration Through Crime*, Columbia Law Review, Vol. 109, 2009, pp. 135-148

J. M. CHACON, *Overcriminalizing Immigration*, “Journal of Criminal Law and Criminology”, Vol. 102, Issue 3, 2012, pp. 613-652

M. CHEMILLIER-GENDRAU, “Un régime juridique pour l'immigration clandestine”, in Chetail (a cura di), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 321-361

R. CHOLEWINSKI, *The EU acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 2, Issue 3, 2000, pp. 361-405

R. CHOLEWINSKI, “European Union policy on irregular migration: human rights lost?”, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular*

Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 159-193

Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, XVII Legislatura, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, Roma, luglio 2013

P. DE BRUYKER, A. WEYEMBERGH, “The external dimension of the European area of freedom, security and justice”, in M. Telo, *The European Union and Global Governance*, Routledge, 2009, pp. 201-232

A. DE GIORGI, *Immigration control, post-Fordism, and less eligibility: A materialist critique of the criminalization of immigration across Europe*, “Punishment & Society”, Vol. 12, No. 2, 2010, pp. 147-167

P. DE PASQUALE, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione Europea a valle di El Dridi*, “Diritto dell'Unione Europea”, Vol. 6, 2011, pp. 927 ss.

F. DUVELL, *Paths Into Irregularity: the Legal and Political Construction of Irregular Migrants*, “European Journal of Migration and Law”, Vol.13, Issue 3, 2011, pp. 275-295

G. ENGBERSEN, D. BROEDERS, *The State versus the Alien: Immigration Control and Strategies of Irregular Immigrants*, “West European Politics”, Vol. 32, Issue 5, 2009, pp. 867-885

C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della Direttiva Rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in “Rivista di Diritto Internazionale”, n.3, 2011, p. 693-730

C. FAVILLI, *Il reato di divieto di reingresso alla luce della direttiva rimpatri*, in *Rivista italiana di diritto penale e procedura*, 2013, pp. 338 ss

FRA, *Migrants in an irregular situation: access to healthcare in 10 European Union Member States*, Luxembourg, Publications Office, 10 luglio 2012

FRA, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, Luxembourg, Publications Office, 2011

FRA, *Fundamental rights implications of the obligation to provide fingerprints for Eurodac*, Vienna, Publications Office, Ottobre 2015

G.L. GATTA, *La criminalizzazione della 'clandestinità' fra scelte nazionali e contesto europeo*, “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, n.1, 2015, pp. 188-198

A. GEDDES, *Il rombo dei cannoni? Immigration and the centre-right in Italy*, “Journal of European Public Policy”, Vol. 15, Issue 3, 2008, pp. 349-366

S. GORSKY, C. HECTOR, *Stati espulsori e semipersone nell’Unione Europea*, “Studi sulla questione criminale”, n.1, 2010, pp. 59-78

E. GUILD, *Discretion, Competence and Migration in the European Union*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 1, Issue 1, 1999, pp. 61-87

E. GUILD, “Who is an irregular migrant?”, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 3-29

E. GUILD, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Council of Europe Issue Papers, Strasburgo, 4 febbraio 2010

C. HARDING, *Exploring the Intersection Between European Law and National Criminal Law*, “European Law Review”, Vol 25, 2000, pp. 374-390

T. HAMMARBERG, “*It is Wrong to Criminalize Migration*”, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 11, Issue 4, 2011, pp. 383-386

P. HENRIOT, *Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers: la résistance française (de l’arrêt El Dridi à la loi du 31 décembre 2012)*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol.1, 2013, pp. 38-55

A. HINAREJOS, *Integration in Criminal Matters and the Role of the Court of Justice*, University of Cambridge-Faculty of Law, Research Paper n.13, 2012

International Commission of Jurists (ICJ), “*Undocumented” justice for migrants in Italy*, Geneva, 2014

ICMPD, *Clandestino Project. Undocumented Migration: Counting the Uncountable Data and Trends Across Europe*, Final Report, 2009

ICMPD, *REGINE Regularisations in Europe. A study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the European Union*, 2009

IDOS- Caritas Migrantes, *Dossier Statistico Immigrazione*, Anni 2012-2015

D. KANSTROOM, *Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th*, “North Carolina Journal of International Law and Commercial

Regulation”, Vol. 29, 2004, pp. 639-670

F. KAUFF-GAZIN, *La directive “retour”: une victoire du réalisme ou du tout-repressive?*, “Europe”, Vol. 19, n.2, 2009, pp. 3-6

F. KAUFF-GAZIN, *La directive “retour” au secours des étrangers?: de quelques ambiguïtés de l’affaire El Dridi du 28 avril 2011*, in “Europe”, Vol. 21, n.6, 2011, pp. 10-13

D. KOSTAKOPOULOU, *Irregular migration and migration theory: making the State authorization less relevant*, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 41-61

P.J. KUIJPER, *The evolution of the third pillar from Maastricht to the European Constitution: institutional aspects*, “Common Market Law Review”, Vol. 41, Issue 2, 2004, pp. 609-626

H. LABAYLE, “L’espace de liberté, sécurité et justice: la nouvelle frontière?” in D. Simon, *Le Traité de Lisbonne, Oui, Non, Mais à Quoi?*, “Europe”, n.7, 2008

H. LABAYLE, “Le concept de sécurité dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice”, in C. Flaesch-Mougin, *Unione Européenne et sécurité: aspects internes et externes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p.79-90

L. LEBOEUF, *La directive retour et la privation de liberté des étrangers: Le rappel à l’ordre de la Cour de justice dans l’arrêt El Dridi*, “Revue du droit des étrangers”, vol. 2, 2011, pp. 181-191

S. H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, “Washington and Lee Law Review”, 2007, pp. 471-527.

A. LIGUORI, *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l’espulsione dei migranti in Europa*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol. 3, 2009, pp. 29-65

A. LIGUORI, *La Direttiva Rimpatri*, “Rassegna di Diritto Pubblico Europeo”, n.2, 2011, pp. 135 ss.

A.LIGUORI, *Testo Unico sull’immigrazione e “direttiva rimpatri”: il caso El Dridi dinanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, “Diritti Umani e Diritto

Internazionale”, n.3, 2011, pp. 640 ss.

A. LIGUORI, *L’attuazione della Direttiva Rimpatri in Italia*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol.3, 2011, pp. 15-29

T. LOCK, *The future of the European Union’s accession to the European Convention of Human Rights after opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable*, “European Constitutional Law Review”, Vol. 11, Issues 2, 2015, pp. 239-273

I. MAJCHER, *Crimmigration in the European Union through the Lens of Immigration Detention*, Global Detention Project Working Paper n.6, September 2013

M. MANERI, *Media Discourse on Immigration: Control Practices and the Language we Live*, in S. Palidda, “Racial Criminalisation of Migrants in the 21st Century”, Ashgate, 2013, pp. 77-93

G. MANTOVANI, *L’espulsione dello straniero sottoposto a processo penale: un doppio vulnus al diritto di difesa?*, “Legislazione Penale”, 2006, pp. 539-549

F. MARTUCCI, *La directive retour: la politique européenne d’immigration face à ses paradoxes*, “Revue trimestrielle du droit européen”, Vol. 45, n.1, 2009, pp. 47-67

L. MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, n.4, 2013, pp. 241-260

G. MENZ, *Neoliberalism, Privatisation and the Outsourcing of Migration Management: A Five Country Comparison*, “Competition and Change”, Vol.15, n.2, 2011, pp. 116-135

M. MERLINO, *The Italian (In)Security Package Security vs. Rule of Law and Fundamental Rights in the EU*, CHALLENGE Research Paper No. 14, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2009

T. A. MILLER, *Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control After September 11th*, “Boston College Third World Law Journal”, Vol.81, 2005, pp. 81-126

V. MITSILEGAS, “Measuring irregular migration: implication for law, policy and human rights”, in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 29-41

F. MUNARI, “Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell’Unione Europea e rapporti bilaterali dell’Italia”, in E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo, le regole per la costruzione di una società integrata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, pp. 267-287

B. NASCIMBENE, *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, “Corriere Giuridico”, n. 4, 2003, pp. 532-540

B. NASCIMBENE, “Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale”, in U. Leanza (a cura di) *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 71-88

B. NASCIMBENE, *Direttiva Rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l’inutile ricorso a strumenti penali*, “Guida al Diritto”, n. 20, 2011, pp. 10 ss.

A. NATALE, C. RENOLDI, *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l’Italia e la libertà dei migranti*, “Questione Giustizia”, n.5, 2011, pp. 7-21

A. NATALE, *La direttiva rimpatri, il Testo Unico e il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, Vol.2, 2011, pp. 17-36

A. PALMA, “Disciplina dell’immigrazione e contrasto alla criminalità”, in F. Giunta, E. Marzaduri (a cura di), *La nuova disciplina sulla sicurezza pubblica*, Giuffrè, 2010, pp.290-365

J. PARKIN, *The Criminalisation of Migration in Europe: A State-of-the-Art of the Academic Literature and Research*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 61, Centre for European Policy Studies, Brussels, Ottobre 2013

S. PEERS, “Irregular migration and EU external relations”, in in B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan and E. Szyszczak (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 193-221

S. PEERS, *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 10, Issue 2, 2008, pp. 219-274

S. PEERS, *Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directive*,

“European Journal of Migration and Law”, Vol. 11, Issue 4, 2009, pp. 387-426

S. PEERS, *Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balances against Efficient Removal?*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 17, Issue 4, 2015, pp. 298-304

L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini: appunti su immigrazione e democrazia*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol. 3, 2002, pp. 9-21

L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge .94/2009*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, n. 4, 2009, pp. 9-20

PICUM, *Undocumented Migrants have rights! An overview of the International Human Rights*, Bruxelles, Marzo 2007

P. PISA, *Repressione dell’immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri*, “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2011, p. 5 ss.

R. PISILLO MAZZESCHI, “Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all’immigrazione clandestina”, in U. Leaza (a cura di), *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. 345-389

M. PROVERA, *The Criminalisation of Irregular Migration in the European Union*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 80, Centre for European Policy Studies, Brussels, Febbraio 2015

R. RAFFAELLI, *The protection of tracking victims: does criminal law really require the sacrifice of human rights?*, Sant’Anna Legal Studies Research Paper n.13/2008, 2008

R. RAFFAELLI, *Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 13, Issue 4, 2011, pp. 467-489

R. RAFFAELLI, *The Return Directive in light of El Dridi judgment*, “Perspectives on federalism”, Vol. 3, 2011, pp. 32 ss.

R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achugabian nell’ordinamento italiano*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, Vol. 4, 2011, pp. 73-79

C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel*

territorio dello Stato, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol. 4, 2009, pp. 38-58

C. RIJIKEN, *The European Union’s struggle to realize a human rights based approach to trafficking in human being*, “Connecticut Journal of International Law”, Fall, 2009, pp. 49-80

A. ROIG, T. HUDDLESTON, *EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the political impasse*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 9, Issue 3, 2007, pp. 363-387

E. ROMAN, A. OAGDA-OSIR, M. VEGLIO, U. STEGE, *I am eighteen, why am I inside here? - A reflection upon the criminalisation of migrants under Italian administrative law*, in Juan M. Amaya-Castro, Bas Schotel, “Illegality Regimes: Mapping the Law of Irregular Migration”, *AmeriQuests*, Vol. 11, n.2, 2014, pp. 1-32

R. ROMANO, *La Corte di Giustizia e la Direttiva “Rimpatri”*, “Questione Giustizia”, n.3, 2014, pp. 106-120

G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dall’art. 94/2009*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol. 4, 2009, pp. 59-84

G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, Vol. 3, 2011, pp. 30-50

A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, “Criminal Law and Philosophy”, 2014, pp. 635-657.

F. SPILATERI, *L’interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, Vol. 1, 2013, pp. 15-37

J. STUMPF, *The Crimmigration crisis: Migrants, Crime and Sovereign Power*, “American University Law Review”, Vol 56, 2006, pp. 368-418

P. TESTAI, *“From the (e)migrant to the (im)migrant”*: *The Italian nation-state and its migration rhetoric and history*, in “Transational Social Review”, 5:1, 2015, pp. 24-38

G. NOLL, *Why human rights fail to protect undocumented migrants?*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 12, Issue 2, pp. 241-272

A. TRIANDAFYLIDOU, M. Ambrosini, *Irregular immigration control in Italy and*

Greece: Strong Fences and Weak Gate-keeping Serving the Labour Market, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 13, Issue 3, 2011, pp. 251-273

F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 3017-3030

F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, Vol. 3, 2010, pp. 13-36

F. VIGANÒ, L. MASERA, *Inottemperanza dello straniero all’ordine di allontanamento e “direttiva rimpatri” UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in “Cassazione Penale”, 2010, pp. 1710-1720

F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, n.2, 2010, pp. 560-596

B.A. VOLLMER, *Policy Discourses on Irregular Migration in the EU – ‘Number Games’ and ‘Political Games’*, “European Journal of Migration and Law”, Vol. 13, Issue 3, 2011, pp. 317-339

W. WALTERS, *Deportation, Expulsion and the international policy of aliens*, “Citizenship Studies”, Vol. 6, Issue 3, 2002, pp. 265-292

CONTRIBUTI SU BLOG E RIVISTE ON-LINE

ASGI, *Protecting people not borders - Observations and Recommendations issued by Asgi on the European Agenda on Migration*, 6 giugno 2015, www.asgi.com

C. ARREBOLA, A. J. MAURICIO, *Measuring the influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union: Correlation or Causation?*, 17 gennaio 2016, www.eulawanalysis.blogspot.it

R. BARBERINI, *E ora è il turno dell’art. 13 co. 13: anche la sanzione penale del divieto di reingresso dello straniero è incompatibile con la direttiva*, 10 giugno 2011, www.europeanrights.eu

G. BASCHERINI, *La Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale di*

alcune disposizioni della legge Bossi-Fini, 20 luglio 2004, da [costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)

F. BERTIN, E. FONTANARI, L. GENNARI, *At the limen: the implementation of the Return Directive in Italy, Cyprus and Spain*, EACEA, 2013, www.borderline-europe.de

R. CALLIA, M. GIULIANI, Z. PASZTOR, F. PITTAU, A. RICCI, *Practical response to irregular migration: the Italian case*, European Migration Network, Roma, 2012, www.emnitaly.it

T. CATANATI, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge n.94 del 2009*, “Associazione Italiana dei Costituzionalisti”, 2010, www.associazionedeicostituzionalisti.it

R. CHERCHI, *Il diritto dell’immigrazione e la sicurezza: profili costituzionali dei reati propri dello straniero*, 8 novembre 2012, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2012, forumcostituzionale.it

E. COLLET, *The European Union's Stockholm Program: Less Ambition on Immigration and Asylum, But More Detailed Plans*, 12 gennaio 2010, www.migrationpolicy.org

E. COLLET, *The EU's Strategic Guidelines on Migration: Uncontentious Consensus, But Missed Opportunity*, *Comentary on Migration Policy Institute*, Luglio 2014, www.migrationpolicy.org

L. D’AMBROSIO, “*Qualche ulteriore considerazione sulla illegittimità comunitaria della vigente disciplina amministrativa e penale in materia di espulsioni*”, 8 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it

L. D’AMBROSIO, *Se una notte d’inverno un...sans papier. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea dichiara il reato di ingresso e di soggiorno irregolare conforme e non conforme alla “direttiva rimpatri*, 26 gennaio 2012, www.penalecontemporaneo.it

A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, www.penalecontemporaneo.it

T. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione - Intervento nel dibattito*, 20 gennaio 2011, www.penalecontemporaneo.it

Associazione Lunaria, *Costi disumani. La spesa pubblica per il “contrasto all’immigrazione irregolare”*, Roma, Maggio 2013, www.lunaria.org

C. MOREHOUSE, M. BLOMFIELD, *Irregular Migration in Europe*, Migration Policy Institute Report, Dicembre 2011, www.migrationpolicyinstitute.org

I. MAJCHER, *The CJEU's Ruling in Celaj: Criminal penalties, entry sans and the Returns Directive*, 6 ottobre 2015, www.eulawanalysis.blogspot.it

I. MAJCHER, *The EU Returns Directive and the Use of Prisons for Detaining Migrants in Europe*, 21 luglio 2014, www.eulawanalysis.blogspot.it

A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 – Orientamenti giurisprudenziali – Disapplicazione della norma interna contrastante con direttiva comunitaria*, 18 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it

P. PALERMO, *L'art.14 c.5 quater: dall'illegittimità parziale al contrasto con la normativa europea. Quali prospettive "incriminatrici"? Note a margine su povertà, giustificato motivo e direttive europee non recepite*, n.139, 2011, www.immigrazione.it

S. PEERS, *Jailing migrant families together with convicted criminals: A desperate EU policy to deter irregular migration*, 23 giugno 2015, www.statewatch.org

S. PEERS, *EU migration policy: comments on the results of the latest European Council*, 29 giugno 2015, www.eulawanalysis.blogspot.co.uk

A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2004, forumcostituzionale.it;

G. SAVIO, *La direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) e le sue ricadute sull'attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei C.I.E.* Relazione al seminario di studi organizzato da ASGI e M.D., tenutosi a Verona il 15.01.2011, reperibile sul sito www.asgi.it

UNHCR, *Protection Policy Paper: The return of persons found not to be in need of international protection to their countries of origin: UNHCR's role*, November 2010, www.unhcr.org

UNHCR, *UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, 16 June 2008, www.unhcr.org

F. VIGANÒ, *Disapplicazione dell'art. 14 co. 5 ter e quater: sette repliche ad*

altrettante obiezioni, 27 febbraio 2011, www.penalecontemporaneo.it

F. VIGANÒ, L. MASERA, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, 4 maggio 2011, www.penalecontemporaneo.it

D. VITIELLO, *La sentenza Celaj della Corte di Lussemburgo e la detenzione degli stranieri irregolari: un passo indietro?*, 15 ottobre 2015, www.sidi-isil.org.

F. WEBBER, *'Hotspots' for asylum applications: some things we urgently need to know*, 29 settembre 2015 in "EU law analysis" www.eulawanalysis.blogspot.it

SITI INTERNET

www.amnesty.org

www.asgi.it

www.clandestino.eliamepd.gr

www.costituzionalismo.it

www.consilium.europa.eu

www.ecre.org

echrblog.blogspot.it

www.eulawanalysis.blogspot.it

www.europeanrights.eu

www.europa.eu

www.globaldetentionproject.org

www.internazionale.it

www.ilo.org

www.iom.int

www.meltingpot.it

www.migreurop.fr

www.legisti.fr

www.penalecontemporaneo.it

www.refworld.org

www.repubblica.it

www.rivistaeuropae.eu

www.ristretti.it

www.stranieri.it
www.statewatch.org
www.theguardian.com
www.unhcr.org

FONTI NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI

GIURISPRUDENZA EUROPEA

A. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

CGUE, Sentenza 13 febbraio 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm e a./Bundeskartellamt*, 00001
CGUE, Sentenza 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 01125
CGUE, Sentenza 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione/Consiglio*, 00263
CGUE, Sentenza 21 marzo 1972, C-82/71, *S.A.I.L.*, 00119
CGUE, Sentenza 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*, 01337
CGUE, Sentenza 2 febbraio 1977, C-50/76, *Amsterdam Bulb*, 00137
CGUE, Sentenza 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*, 01692
CGUE, Sentenza 6 maggio 1980, C-102/79, *Commissione c. Belgio*, 01473
CGUE, Sentenza 11 novembre 1981, C-203/80, *Casati*, I-2595
CGUE, Sentenza 2 dicembre 1986, C-239/85, *Commissione c. Belgio*, 03645
CGUE, Sentenza 9 aprile 1987, C-363/85, *Commissione c. Italia*, 01733
CGUE, Sentenza 9 aprile 1987, C-363/85, *Commissione c. Italia*, 017333
CGUE, Sentenza 2 febbraio 1989, C-187/87, *Caowan*, I- 0195
CGUE, Sentenza 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, I-04135
CGUE, Sentenza 15 marzo 1990, C-339/87, *Commissione c. Paesi Bassi*, 00880
CGUE, Sentenza 13 dicembre 1991, C-69/90, *Commissione c. Italia*, I-06011
CGUE, Sentenza 23 febbraio 1994, C-236/92, *Regione Lombardia*, I-00483
CGUE, Sentenza 29 febbraio 1996, C-193/94, *Skanavi and Chryssanthakopoulos*, I-929
CGUE, Sentenza 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, I-7411
CGUE, Sentenza 21 settembre 1999, C-378/97, *Wijsenbeek*, I-06207
CGUE, Sentenza 19 gennaio 1999, C-348/96, *Calfa*, I-00011
CGUE, Sentenza 11 novembre 1999, C-315/98, *Commissione c. Italia*, I-08001
CGUE, Sentenza 20 giugno 2002, C-388/00 e 429/00, *Radiosistemi Srl contro Prefetto*

di Genova, I-05845

CGUE, Sentenza 6 marzo 2007, C-338/04 e 360/04, *Placanica*, 01891

CGUE, Sentenza 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione contro Consiglio*, 09097

CGUE, Sentenza 30 novembre 2009, C-357/09, *Kadzoev*, I-11189

CGUE, Sentenza 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*, I-03015

CGUE, Sentenza 6 dicembre 2011, C-329/11, *Achughbabian*, I-12695

CGUE, Sentenza 6 dicembre 2012, C-430/11, *Sagor*

CGUE, Sentenza 7 maggio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*

CGUE, Sentenza 30 maggio 2013, C- 534/11, *Arslan*

CGUE, Sentenza 10 settembre 2013, C-383/13, *G. and R.*

CGUE, Sentenza 19 settembre 2013, C-297/12, *Filev and Osmani*

CGUE, Sentenza 5 giugno 2014, C-146/14, *Mahdi*

CGUE, Sentenza 17 luglio 2014, C-474/13, *Bero*

CGUE, Sentenza del 18 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida*

CGUE, Sentenza 11 giugno 2015, C-554/13, *Zh. and O.*

CGUE, Sentenza 23 aprile 2015, C-38/14, *Zaizoune*

CGUE, Sentenza 1 ottobre 2015, C-290/14, *Skerdjan Celaj*

A. CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Dalia v. France (1998), ECHR, 26102/95

Dougoz v. Greece (2001), ECHR, 40907/98

Bader and Kanbor v. Sweden (2005), ECHR, 13284/04

Da Silva e Hoogkamer v Netherlands (2006), ECHR, 50435/99

Riad and Idiab v. Belgium (2008), ECHR, 29787/03, 29810/03

Nnyanzi v. the United Kingdom (2008), ECHR, 21878/06

Saadi c. Italia (2008), ECHR, 37201/06

Na v. the United Kingdom (2008), ECHR, 25904/07

Louled Massoud v. Malta (2010), ECHR, 24340/08

R.U. v. Greece (2011), ECHR, 2237/08

M. and Others v. Bulgaria (2011), ECHR, 41416/08

Rahimi v. Greece (2011), ECHR, 8687/08

M.S.S. v. Belgium and Greece (2011), ECHR, 30696/09

Mathloom v. Greece (2012), ECHR, 48883/07

Hirsi Jamaa and others v Italy (2012), ECHR, 27765/09

Othman v. the United Kingdom (2012), ECHR, 8139/09

Tarakhel v. Switzerland (2012), ECHR, 29217/12

GIURISPRUDENZA NAZIONALE

A. CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost., Sentenza n. 170/1984, 8 giugno 1984

Corte Cost., Sentenza n.168/1991, 18 aprile 1991

Corte Cost., Sentenza n.62/1994, 24 febbraio 1994

Corte Cost., Sentenza n.5/2004, 14 gennaio 2004

Corte Cost. Sentenza n.22/2007, 2 febbraio 2007

Corte Cost., Sentenza n.206/2007, 18 giugno 2007

Corte Cost., Sentenza n. 353/2007, 26 ottobre 2007

Corte Cost., Sentenza n. 148/2008, 18 maggio 2008

Corte Cost., Sentenza n.249/2010, 8 luglio 2010

Corte Cost., Sentenza n. 250/2010, 8 luglio 2010

Corte Cost., Sentenza n. 202/2013, 18 luglio 2013

A. CORTE DI CASSAZIONE

Cass. Civ., Sez. I, Sentenza del 23 giugno 1999, n. 6374

Cass. Civ., Sez.I, Sentenza del 9 novembre 2001, n. 13874

Cass. Civ., S.U., Sentenza del 20 maggio 2003, n.7892

Cass. Civ., S.U., Sentenza del 16 ottobre 2006, n. 22218

Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 18 febbraio 2004, n. 17878

Cass. Pen., Sez. I, Sentenza 28 aprile 2011, n. 22105

Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 20 ottobre 2011, n. 8181

Cass. Pen, Sez. I, Sentenza del 13 marzo 2012, n. 12220

Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 20 aprile 2012, n. 17544

Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 25 maggio 2012, n. 35871

Cass. Pen., Sez. I, Sentenza del 18 settembre 2013, n. 44928

LEGISLAZIONE EUROPEA

A. Diritto primario

Acquis di Schengen - Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, GU, L 239 del 22.9.2000, pP. 19–62

Trattato di Maastricht - Trattato sull'Unione Europea, GU, C 191 del 29.7.1992, pp. 1–112

Trattato di Amsterdam - Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, GU, C 340 del 10.11.1997, pp. 1–144

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, GU, C 364 del 18.12.2000, pp. 1–22

Versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, GU, C 83 del 30.3.2010, pp. 13–45

B. Diritto secondario

Direttiva 2001/40/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, GU L 149 del 2.6.2001, pp. 34–36

Direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, GU L 187 del 10.07.2001, pp. 0045 - 0046

Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, GU L 328 del 5.12.2002, pp. 17–18

Decisione quadro 2002/629/ GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, GU L 203 del 1.8.2002, pp. 1–4

Decisione quadro 2002/946/ GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del

transito e del soggiorno illegali, GU L 328 del 5.12.2002, pp. 1–3

Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, GU L 16 del 23.1.2004, pp. 44–53

Direttiva 2003/110/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea, GU L 321 del 6.12.2003, pp. 26–31

Regolamento (CE) n. 377/2004 del Consiglio, del 19 febbraio 2004, relativo alla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione, GU L 064 del 02.03.2004, pp. 0001 - 0004

Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, GU L 261 del 6.8.2004, pp. 19–23

Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), GU L 105 del 13.4.2006, pp. 1–32

Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU L 348 del 24.12.2008, pp. 98–107

Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU L 168 del 30.6.2009, pagg. 24–32

Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, GU L 101 del 15.4.2011, pp. 1–11

LEGISLAZIONE NAZIONALE

Legge 30 dicembre 1986, n. 943, “*Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni*”

clandestine” (GU n.8 del 12-1-1987)

Legge 28 febbraio 1990, n. 39, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo*” (GU n.49 del 28-2-1990)

Decreto Legge 14 giugno 1993, n. 187, “*Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*”, convertito con modificazioni dalla L. 12 agosto 1993, n. 296 (in G.U. 12/08/1993, n.188)

Legge 6 marzo 1998, n. 40, “*Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*” (GU n.59 del 12-3-1998 - Suppl. Ordinario n. 40)

Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, “*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*” (GU n.191 del 18-8-1998 - Suppl. Ordinario n. 139)

Legge 30 luglio 2002, n. 189, “*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*” (GU n.199 del 26-8-2002 - Suppl. Ordinario n. 173)

Decreto Legge 14 settembre 2004, n. 241, “*Disposizioni urgenti in materia di immigrazione*”, convertito con modificazioni dalla L. 12 novembre 2004, n. 271 (in G.U. 13/11/2004, n.267)

Legge 4 febbraio 2005, n. 11, “*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*” (GU n.37 del 15-2-2005)

Decreto Legge 27 luglio 2005, n. 144, “*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*”, convertito con modificazioni dalla L. 31 luglio 2005, n. 155 (in G.U. 01/08/2005, n.177)

Decreto Legge 23 maggio 2008, n. 92, “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”, convertito con modificazioni dalla L. 24 luglio 2008, n. 125 (in G.U. 25/07/2008, n.173)

Legge 15 luglio 2009, n. 94, “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, (GU n.170 del 24-7-2009 - Suppl. Ordinario n. 128)

Decreto Legge 23 giugno 2011, n. 89, “*Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*”. Convertito con modificazioni dalla L. 2 agosto 2011, n. 129 (in

G.U. 5/8/2011, n. 181)

Legge 28 aprile 2014, n. 67, “*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*” (GU n.100 del 2-5-2014)

Legge 30 ottobre 2014, n.161, “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis. (GU n.261 del 10-11-2014 - Suppl. Ordinario n. 83)

Il mio grazie va a tutti coloro che hanno contribuito alla redazione di questo lavoro:

Al Professor Costamagna per l'aiuto prezioso ricevuto nel corso della ricerca e della scrittura, per l'attenta e puntuale supervisione e per la paziente disponibilità; al Professor Riverditi, agli Avvocati Guido Savio, Luca Masera, Maurizio Veglio e Ulrich Stege per i suggerimenti, le osservazioni stimolanti e l'arricchente confronto; al Ministero della Giustizia, alla Fondazione ISMU e al Centro Studi e Ricerche IDOS per il supporto logistico fornito nel corso della ricerca statistica; all'associazione ALT76 e, in particolare, ad Enza Gastaldi, per il supporto nella ricerca e per avermi messo a disposizione cospicuo materiale.

Alla mia famiglia per il continuo spronarmi, per la pazienza e per la fiducia; alle mie coinquiline e agli amici, vicini e lontani, per il sostegno immancabile delle parole giuste e dei piccoli gesti; alle "sagge" senza le quali non mi sarei mai districata tra gli ingarbugliamenti giuridici e non solo; infine, a chi si è saputo improvvisare anche correttore di bozze: la sua leggerezza e la capacità di strapparmi sempre un sorriso si sono rivelati il sostegno più grande.

Un ultimo grazie va alle persone incontrate all'Ex Moi perché mi hanno aiutato ad annullare molti dei muri e delle barriere di cui questi tempi sono pieni: non soltanto quelli fisici, ma, prima ancora, quelli mentali che da soli ci costruiamo.