

**SE UNA NOTTE D'INVERNO UN...SANS PAPIERS.  
LA CORTE DI GIUSTIZIA DICHIARA IL REATO DI INGRESSO E  
SOGGIORNO IRREGOLARE CONFORME E NON CONFORME ALLA  
"DIRETTIVA RIMPATRI"**

Nota a [Corte di Giustizia dell'UE \(Grande Sezione\), sentenza del 6 dicembre 2011,  
Achughbabian contro Préfet du Val-de-Marne, causa C-329/11.](#)

di Luca d'Ambrosio\*

SOMMARIO: 1. I termini della questione sottoposta alla Corte di giustizia con riferimento all'ordinamento francese. – 2. La *conformità* del reato di ingresso e soggiorno irregolare e della *garde à vue* finalizzata all'accertamento dell'irregolarità del soggiorno del cittadino di paese terzo. – 3. La *non conformità* del reato di ingresso e soggiorno irregolare *nel corso* della procedura comune di rimpatrio. – 4. (*Segue*) Qualche considerazione sulle ricadute della sentenza *Achughbabian* sulla (non) conformità delle pene previste dagli articoli 10bis e 16 del Testo Unico sull'immigrazione vigente nell'ordinamento italiano. – 5. La *conformità* del reato di ingresso e soggiorno irregolare *a seguito* dell'applicazione della procedura comune di rimpatrio.

**1. I termini della questione sottoposta alla Corte di giustizia con riferimento all'ordinamento francese.**

La questione di interpretazione pregiudiziale decisa dalla Corte di giustizia con la sentenza che si annota è stata sollevata dalla Corte di Appello di Parigi nell'ambito di un procedimento giudiziario seguito ad un ordinario controllo di identità di un *sans papiers*<sup>1</sup>. A seguito di tale controllo, il sig. Achughbabian, di nazionalità armena, veniva

---

\*Research fellow presso l'Institut d'études avancées de Nantes.

<sup>1</sup> Tale espressione, comunemente utilizzata in Francia al fine di designare gli stranieri in situazione irregolare, è stata al centro di una particolare 'diatriba semantica': «*terrifiante expression*» per gli intellettuali ed i militanti della causa in ragione della sua insidiosa capacità di alterare la relazione tra la società e lo straniero («*s'habituer à l'expression de «sans-papiers», c'est déjà laisser s'opérer une catégorisation abusive. Celle-ci transforme lesdits «sans-papiers» en quantité négligeable, autrement dit expulsable, éjectable, sans autre forme de procès. Ainsi, ceux à qui l'on refuse toute dignité finissent par former une «catégorie bien déterminée de personnes soumises à une discrimination inadmissible». Comme si l'être «sans-papiers» définissait et épuisait la définition dans son être dans la société [...]*). Cfr. Jacques Derrida, «*Manquements du droit à la justice (mais que manque-t-il donc aux « sans-papiers » ?)*», in Jacques Derrida, Marc Guillaume, Jean-Pierre Vincent, *Marx en jeu*, Descartes & Cie, 1997, p.73-91), tale sintagma è stato progressivamente espunto anche dal linguaggio istituzionale, ma per la ragione opposta: l'espressione «*sans papiers*» lascerebbe infatti pensare che gli stranieri in situazione irregolare siano delle «vittime» dell'amministrazione pubblica. Sulle implicazioni del linguaggio istituzionale sul fenomeno di criminalizzazione degli stranieri in situazione irregolare, cfr. Elspeth Guild, *La criminalisation des migrations en Europe: quelles incidences pour les droits de l'homme ?* Document

sottoposto alla misura precautelare della *garde à vue*<sup>2</sup> in quanto sospettato di aver commesso il reato di ingresso e soggiorno irregolare, punito nell'ordinamento francese con un anno di reclusione ed una pena pecuniaria di 3.750 euro (art. L.621-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (Ceseda). In virtù di una prassi consolidata oltralpe, durante il fermo veniva notificato allo straniero il provvedimento con il quale il Prefetto ne disponeva l'accompagnamento coattivo alla frontiera ed il trattenimento in un centro di detenzione amministrativa. Successivamente, adito ai fini della proroga del trattenimento amministrativo disposto dal Prefetto<sup>3</sup>, il *juges des libertés et de la détention* disponeva la proroga del trattenimento amministrativo dello straniero per ulteriori quindici giorni, non accogliendo le eccezioni di nullità della procedura di allontanamento sollevate dal ricorrente.

Tra dette eccezioni, una prendeva segnatamente spunto dal principio stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *El Dridi* del 28 aprile 2011, in virtù del quale la direttiva 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (cd. "direttiva rimpatri"), deve essere interpretata in senso preclusivo alla condanna ad una pena privativa della libertà personale nei confronti di un cittadino di paese terzo che, trovandosi illegalmente nel territorio dello Stato, non ottemperi all'ordine di lasciare il territorio entro un certo termine)<sup>4</sup>. Secondo il ricorrente nel caso che qui si esamina, tale principio, determinando la caducazione della pena detentiva prevista dall'art. 621-1 Ceseda per il reato di ingresso e soggiorno irregolare, avrebbe conseguentemente determinato la nullità della *garde à vue* – che come si è detto può essere disposta solo

---

thématique commandé et publié par Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, CommDH/IssuePaper (2010)1, 4 febbraio 2010, pp. 9-10.

<sup>2</sup> Equiparabile al nostro *fermo di polizia*, la *garde à vue* è una misura precautelare privativa della libertà personale, definita dall'art. 62-2, comma primo, del *Code de procédure pénale*, come «1. [...] une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs». La sua durata iniziale è generalmente di ventiquattro ore, prorogabile, in caso di necessità e previo intervento del *Procurateur de la République*, fino a quarantotto ore. La *garde à vue* è stata recentemente al centro di un acceso dibattito politico-giudiziario finalizzato a garantire il pieno rispetto del diritto di difesa del sospettato, compromesso dalle restrizioni del diritto del soggetto in vinculis ad essere assistito da un avvocato. A seguito delle pressioni esercitate da tutti gli organi giurisdizionali, nazionali e internazionali, la disciplina della *garde à vue* è stata finalmente riformata dalla *Loi n°2011-392 du 14 avril 2011*. Su tale interessante caso di dialogo tra giudici nazionali ed internazionali e per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, cfr. Emmanuelle Gindre, *Une révolution jurisprudentielle en trompe d'œil: les décisions de non conventionalité des régimes de «garde à vue» au regard du droit à la défense*, in *Revue de sciences criminelles*, 2011, p. 879 ss.

<sup>3</sup> A seguito dell'ultima riforma del Ceseda, entrata in vigore successivamente ai fatti di causa, il termine per la convalida da parte del giudice ordinario del trattenimento amministrativo e per l'eventuale proroga è stato portato da quarantotto ore a cinque giorni (Art. L.552-1).

<sup>4</sup> [Corte di giustizia dell'UE, sentenza del 28 aprile 2011, El Dridi, causa C-66/11 PPU](#), non ancora pubblicata. Su tale sentenza, si vedano i commenti di [Luca Maserà – Francesco Viganò, Addio articolo 14](#), e [Alberto De Martino – Rosa Raffaelli, La libertà di Bertoldo: direttiva rimpatri e diritto penale](#), entrambi pubblicati in questa *Rivista*.

nei confronti di individui sospettati di aver commesso un reato punito con la pena detentiva<sup>5</sup> – e, con essa, la nullità dell'intera procedura di allontanamento.

Investita del gravame avverso la decisione del *juges des libertés et de la détention*, la Corte di Appello di Parigi – tenuto altresì conto delle posizioni divergenti che su tale profilo erano nel frattempo emerse nella giurisprudenza<sup>6</sup> – sottoponeva in via pregiudiziale la questione di interpretazione alla Corte di giustizia, chiedendo in particolare «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 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»<sup>7</sup>. Nonostante avesse nel frattempo disposto la cessazione del trattenimento amministrativo del ricorrente, la Corte di Appello di Parigi richiedeva ugualmente che la causa fosse trattata con il “procedimento di urgenza”, previsto dall'articolo 104ter del Regolamento di procedura della Corte di giustizia nel caso in cui il rinvio pregiudiziale investa una o più questioni relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (titolo V TFUE). Con ordinanza del 30 settembre 2011, la Corte di giustizia rigettava tale richiesta, accordando nondimeno, ai sensi dell'articolo 104bis del citato regolamento, la “procedura accelerata” in ragione delle ricadute che la decisione avrebbe avuto sulla libertà personale di altri stranieri in situazione irregolare sottoposti a *garde à vue*<sup>8</sup>. Su richiesta del governo francese, la causa veniva rinviata dinanzi alla Grande sezione.

Con una decisione particolarmente attesa in tutti quegli ordinamenti in cui la violazione della disciplina amministrativa in materia di ingresso e soggiorno costituisce un illecito penale<sup>9</sup>, il 6 dicembre 2011 la Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea ha statuito che la “direttiva rimpatri”, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa «*osta* 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». La direttiva *non osta* invece a siffatta normativa «laddove essa consente la reclusione di un cittadino di un paese terzo cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio stabilita da tale direttiva e che soggiorni in

---

<sup>5</sup> Art. 62-2, comma primo, *Code de procédure pénale*, cfr. *supra* nota 2.

<sup>6</sup> Per un'analisi più dettagliata di tale giurisprudenza, sia consentito rinviare al nostro [L rapporti tra diritto UE e legislazione penale francese in materia di immigrazione irregolare alla luce della sentenza El Dridi](#), in questa *Rivista*.

<sup>7</sup> L'ordinanza di rimessione è disponibile sul sito di questa rivista, in calce al succitato articolo.

<sup>8</sup> Cfr. [Francesco Viganò, L'incriminazione dell'ingresso e soggiorno irregolare dello straniero davanti alla Corte di giustizia UE](#), in questa *Rivista*.

<sup>9</sup> Per una panoramica, cfr. Elspeth Guild, *La criminalisation des migrations en Europe: quelles incidences pour les droits de l'homme ?*, cit.

modo irregolare in detto territorio senza che sussista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio»<sup>10</sup>.

Precisando la portata del principio statuito in *El Dridi*, la Corte di giustizia dichiara, dunque, per un verso la *non conformità* al diritto dell'Unione europea del reato di soggiorno irregolare nella misura in cui esso sia suscettibile di condurre ad una condanna ad una pena detentiva *nel corso* della procedura comune di rimpatrio; essa dichiara, per altro verso, la *conformità* alla "direttiva rimpatri" di tale fattispecie di reato una volta che la procedura di rimpatrio abbia avuto termine ed il cittadino di paese terzo continui a soggiornare in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro senza che esista un giustificato motivo che ne impedisca il rimpatrio. Ma la Corte va ancor più lontano ed aggiunge che la "direttiva rimpatri", oltre a non precludere in linea di principio la qualificazione dell'ingresso e del soggiorno irregolare quale illecito penale, non impedisce che gli Stati ricorrano ad una misura provvisoria privativa della libertà personale al fine di accertare l'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno dello straniero.

In ragione della particolare rilevanza di tale ultima statuizione rispetto al caso concreto e delle sue evidenti ricadute applicative nella giurisdizione di rinvio – a dispetto delle quali essa è stata relegata a mero *obiter dictum* della sentenza in esame –, riteniamo opportuno muovere dalla sua analisi, per poi passare all'esame dei profili di non conformità e di conformità alla "direttiva rimpatri" del reato di ingresso e soggiorno irregolare, che, come si vedrà, assumono una particolare rilevanza anche per il lettore italiano.

## **2. La conformità del reato di ingresso e soggiorno irregolare e della *garde à vue* finalizzata all'accertamento dell'irregolarità del soggiorno del cittadino di paese terzo.**

Appare verosimile che attorno alla causa *Achughbabian* 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<sup>11</sup>. Tale ipotesi sembra trovare conferma non solo nel numero di governi (oltre al governo francese, quello danese, tedesco ed estone) che hanno presentato delle osservazioni nel corso della causa, ma anche nella lettura dell'*incipit* della parte motiva della decisione in esame. Come se fosse preliminarmente chiamata a dover rassicurare i governi nazionali sull'integrità della loro competenza penale in materia di immigrazione irregolare, la Corte tiene infatti a precisare «*d'emblée*» che la "direttiva rimpatri" ha come unico obiettivo l'armonizzazione della procedura di rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno

---

<sup>10</sup> [Corte di Giustizia dell'UE \(Grande Sezione\), sentenza del 6 dicembre 2011, \*Achughbabian contro Préfet du Val-de-Marne\*, causa C-329/11](#), non ancora pubblicata in raccolta.

<sup>11</sup> Ed in particolare nell'ordinamento francese, dove il reato di ingresso e soggiorno irregolare esiste dal 1938 (art. 2, *décret loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers*). Cfr. Claire Saas, *Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers*, in *AJ Pénal*, 2011, p. 492.

è irregolare e non anche l'armonizzazione delle disposizioni in materia di soggiorno e della risposta sanzionatoria eventualmente prevista negli ordinamenti nazionali in caso di loro violazione. La conseguenza è che essa «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 soggiorno» (§ 28).

Precisata l'esatta articolazione tra la disciplina del soggiorno di cittadini di paesi terzi – che resta di competenza degli Stati membri – e la disciplina relativa all'adozione delle decisioni di rimpatrio e della loro esecuzione – di competenza dell'Unione –, la Corte statuisce che la “direttiva rimpatri” non vieta neppure che gli Stati membri prevedano una misura detentiva «finalizzata a determinare se il soggiorno di un cittadino di un paese terzo sia regolare o meno». In proposito, preferendo non entrare nel merito delle tesi prospettate dalla Commissione e dal governo francese al fine di individuare l'esatto perimetro applicativo della “direttiva rimpatri”<sup>12</sup>, la Corte dimostra tuttavia una particolare sensibilità alla posizione di quest'ultimo, sottraendo l'«arresto iniziale» dello straniero in situazione irregolare dal campo di applicazione della direttiva.

La Corte perviene a tale risultato, utilizzando due argomenti principali. Da un lato, essa richiama il contenuto del considerando n. 17 della direttiva («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 ed internazionale. Fatto salvo l'arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell'applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale, il trattenimento dovrebbe di norma avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea»<sup>13</sup>), che lascerebbe intendere in modo incontrovertibile che il legislatore europeo ha voluto escludere dall'ambito di applicazione della direttiva la disciplina delle misure precautelari privative della libertà personale dello straniero, che resterebbe pertanto di competenza nazionale. Dall'altro, essa richiama il principio dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea: riprendendo quanto dedotto dal governo francese nelle proprie osservazioni, la Corte rileva invero come la finalità della “direttiva rimpatri” – e cioè il rapido rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare – «risulterebbe compromessa se gli Stati membri non potessero evitare, mediante una privazione di libertà come il fermo di polizia, che una persona sospettata di soggiornare irregolarmente fugga ancora prima che la sua situazione abbia potuto essere chiarita» (§ 30). Ed invero, poiché l'accertamento dell'irregolarità del soggiorno irregolare, soprattutto qualora l'interessato invochi lo status di richiedente asilo o di rifugiato o non cooperi, può rivelarsi difficile, risulta necessario riconoscere alle autorità nazionali «un termine che, seppur breve, sia anche ragionevole, per poter identificare la persona

---

<sup>12</sup> Secondo la Commissione, tale dispositivo troverebbe applicazione a decorrere dall'accertamento da parte di un'autorità della presenza dello straniero sul territorio; secondo il governo francese, esso troverebbe invece applicazione a decorrere dall'adozione della decisione di rimpatrio. Cfr. le Osservazioni scritte rese rispettivamente nella causa *Achughbabian* dalla Commissione europea (26 settembre 2011, §§ 23-37) e dal Governo della Repubblica francese (27 settembre 2011, §§ 74-84).

<sup>13</sup> Corsivo nostro.

soggetta al controllo e per ricercare le informazioni che consentono di accertare se tale persona sia un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare». Tuttavia – conclude la Corte – al fine di non compromettere l'effetto utile della direttiva, le autorità nazionali dovranno «agire con diligenza e pronunciarsi senza indugio in merito alla regolarità o meno del soggiorno della persona interessata» ed emettere conseguentemente la decisione di rimpatrio ai sensi dell'articolo 6, n. 1, della direttiva (§ 31).

La posizione assunta dalla Corte riguardo all'«arresto iniziale» dello straniero sospettato di soggiornare irregolarmente sul territorio di uno Stato si espone, a nostro avviso, a più di un rilievo critico. Il temporaneo sacrificio della libertà personale dello straniero viene infatti declassato dalla Corte di giustizia ad interesse marginale, se non addirittura irrilevante, rispetto alle esigenze connesse al perseguimento delle finalità della direttiva. Alla misura precautelare della *garde à vue* – che, nella lettura proposta dalla Corte, risulta a tal punto deformata dal prisma dell'effetto utile da potersi estendere a tutto l'arco di tempo che intercorre dal controllo di identità e la notificazione della decisione di rimpatrio<sup>14</sup> – sembrerebbe infatti non applicarsi quell'obbligo di interpretazione in chiave di stretta necessità e proporzionalità delle limitazioni della libertà personale degli stranieri in situazione irregolare che la stessa Corte di giustizia aveva enunciato nella sentenza *El Dridi*<sup>15</sup>. Come rilevato dalla difesa del ricorrente nella causa principale, appare evidente che il ricorso alla *garde à vue* comporta una privazione della libertà personale dello straniero – fino a *quarantotto ore* – sproporzionata rispetto all'esigenza di accertare l'irregolarità del suo soggiorno irregolare. E ciò a maggior ragione se si tiene conto che l'ordinamento francese prevede altre misure precautelari, ugualmente efficaci a tale scopo, ma meno afflittive per la libertà personale dello straniero, come la procedura di identificazione disciplinata dall'articolo 78-3 del Codice di procedura penale che consente il fermo – fino a *quattro ore* – di qualsiasi individuo che si rifiuti ovvero si trovi nell'impossibilità di fornire le informazioni necessarie alla sua identificazione<sup>16</sup>.

Ma la conseguenza a nostro avviso più grave del frettoloso ragionamento proposto dalla Corte di giustizia sull'«arresto iniziale» dello straniero sospettato di soggiornare irregolarmente sul territorio di uno Stato è la conseguente legittimazione alla luce del diritto europeo di quell'improprio utilizzo delle misure precautelari privative della libertà personale a cui si assiste in materia di immigrazione irregolare in

---

<sup>14</sup> Alla luce di quanto previsto dalla stessa direttiva, la decisione di rimpatrio può peraltro anche non essere adottata nell'immediatezza dell'accertamento dell'irregolarità del soggiorno: cfr. il Considerando n. 6 della direttiva, che dispone che la decisione di rimpatrio deve essere adottata «caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi non prendendo in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare». Cfr. Serge Slama, *La Cour de justice consacre l'ubiquité du délit de séjour irrégulier, à la fois conforme et non conforme au droit de l'Union européenne selon la phase de la procédure de retour*, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 7 dicembre 2011.

<sup>15</sup> [Corte di giustizia dell'UE, sentenza del 28 aprile 2011, \*El Dridi\*](#), cit., §43.

<sup>16</sup> Questo argomento era già stato utilizzato all'indomani della sentenza *El Dridi* da alcuni *juges des libertés*, come la Cour d'Appel de Nîmes, *ordonnance de référé rendue au fond*, 6 maggio 2011. Cfr. [amplius il nostro I rapporti tra diritto UE e legislazione penale francese in materia di immigrazione irregolare alla luce della sentenza \*El Dridi\*](#), cit.

alcuni ordinamenti nazionali<sup>17</sup>. Come la Corte costituzionale italiana ebbe modo di rilevare all'occasione della dichiarazione di incostituzionalità della misura dell'arresto in flagranza prevista per il reato allora contravvenzionale di inottemperanza all'ordine di allontanamento<sup>18</sup>, le misure precautelari privative della libertà personale possono essere adottate solo quando esse abbiano natura servente rispetto alla tutela di esigenze connesse al perseguimento delle finalità del *processo penale*: solo in un'ipotesi siffatta è possibile giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale in vista dell'intervento dell'autorità giudiziaria<sup>19</sup>. Alla luce di tale principio, appare pertanto difficile comprendere come la Corte possa, da un canto, sostenere la legittimità dell'adozione della *garde à vue* nei confronti di cittadini di paesi terzi sospettati di soggiornare irregolarmente sul territorio di uno Stato e, d'altro canto, escludere che tale condotta possa costituire il presupposto per l'esercizio di un'azione penale<sup>20</sup>. L'aporia del ragionamento seguito dalla Corte appare dunque evidente giacché l'inviolabilità della libertà personale – anche dello “straniero-clandestino” – non lascia spazio all'adozione di misure precautelari come la *garde à vue* per il perseguimento delle finalità di un procedimento che, come quello di rimpatrio, deve avere, alla luce dello stesso diritto europeo, natura *necessariamente* amministrativa.

Non stupisce pertanto che la decisione in esame abbia avuto l'effetto di aggravare ulteriormente quelle incertezze interpretative in materia di *garde à vue* che avevano già fatto seguito alla sentenza *El Dridi*. All'indomani della pronuncia in esame, le autorità di polizia hanno infatti continuato a disporre la *garde à vue* nei confronti dei cittadini di paesi terzi sospettati di soggiornare irregolarmente sul territorio nazionale, così come indicato dalla Corte di giustizia e confermato dal governo francese: forte della posizione espressa dai giudici di Lussemburgo, quest'ultimo ha infatti emanato una circolare, con cui ha ribadito non solo che la “direttiva rimpatri” non è preclusiva all'adozione della *garde à vue* nei confronti degli stranieri sospettati di soggiornare irregolarmente sul territorio nazionale, ma ha altresì enfaticamente sottolineato che la misura precautelare contribuisce, anzi, al raggiungimento degli obiettivi del diritto dell'Unione europea<sup>21</sup>. Di diverso avviso gli organi giurisdizionali, i quali si sono opposti all'utilizzo della *garde à vue* al fine di

---

<sup>17</sup> E non è solo il caso della Francia. Si pensi alla vicenda ‘nostrana’ delle modifiche legislative apportate al trattamento sanzionatorio previsto per l'inottemperanza all'ordine di allontanamento al solo fine di garantire l'arresto in flagranza dello straniero dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 223 del 2004.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> L'art. 62-2, comma secondo, *Code de procédure penale* indica infatti tassativamente le finalità della *garde à vue*: «2. Cette mesure doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se concerta avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit».

<sup>20</sup> Cfr. *infra*, §3.

<sup>21</sup> *Ministre de la justice et des libertés*, circolare n° 11-04-C39, 13 dicembre 2011.

garantire l'efficacia della procedura amministrativa di rimpatrio. Malgrado qualche isolato orientamento<sup>22</sup>, i primi *juges des libertés* che si sono pronunciati sulla questione hanno infatti dichiarato l'illegittimità del trattenimento amministrativo perché disposto sul presupposto di una *garde à vue* affetta da vizio di nullità: la misura precautelare violerebbe invero l'art. 62-2, comma primo, *Code de procédure pénale*, perché disposta nei confronti di un individuo sospettato di aver commesso un reato, come quello previsto dall'articolo L. 621-1 Ceseda, la cui pena detentiva, come si dirà di qui a breve, non può più trovare applicazione per incompatibilità con il diritto dell'Unione<sup>23</sup>.

Nell'attesa che la *Cour de cassation* risolva questo nuovo 'rompicapo', non può non rilevarsi come su tale punto l'Avvocato generale abbia adottato una posizione che, oltre ad essere più corretta in punto di diritto, si rivela certamente più equilibrata rispetto alle ricadute applicative della decisione nelle giurisdizioni di rinvio: rilevato – a giusto titolo – che la conformità al diritto dell'Unione europea della *garde à vue* e delle sue condizioni di applicazione non rientrava nella questione pregiudiziale su cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi, l'Avvocato generale rileva infatti che la privazione provvisoria della libertà dello straniero per la durata strettamente necessaria al fine di verificare se sussistono le condizioni per l'adozione di una decisione di rimpatrio, anche se resta in linea di principio nella sfera di competenza degli Stati membri, «non può essere disposta sulla base di una fattispecie di reato, quale l'articolo L.621-1 Ceseda». Alla luce del principio statuito in *El Dridi*, la pena detentiva prevista da tale disposizione è infatti destinata a non trovare applicazione, almeno *nel corso* della procedura comune di rimpatrio<sup>24</sup>.

### **3. La non conformità del reato di ingresso e soggiorno irregolare nel corso della procedura comune di rimpatrio.**

Ed invero, ancorché la "direttiva rimpatri" non precluda che il diritto nazionale qualifichi l'ingresso ed il soggiorno irregolare come illecito penale, la Corte ritiene che tale fattispecie di reato si ponga nondimeno in contrasto con il diritto dell'Unione europea, nella misura in cui essa consente la condanna ad una pena detentiva di un cittadino di paese terzo *nel corso* della procedura comune di rimpatrio.

Poiché il ricorrente in via principale risultava già destinatario di una decisione di rimpatrio immediatamente esecutiva, rientrando conseguentemente nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 della direttiva, la Corte rileva anzitutto che, successivamente all'adozione di una decisione di rimpatrio, la pena detentiva prevista

---

<sup>22</sup> Cour d'Appel de Douai, ordonnance n° 11/750, 8 dicembre 2011.

<sup>23</sup> Cour d'Appel de Paris, ordonnance n° 11/04971, 7 dicembre 2011 ; Cour d'Appel d'Aix en Provence, ordonnance n° 11/00383, 8 dicembre 2011 ; Cour d'Appel de Nimes, ordonnance n° 11/01675, 14 dicembre 2011.

<sup>24</sup> [Presenza di posizione dell'Avvocato generale Mazák del 26 ottobre 2011](#). Secondo l'Avvocato Generale tale necessità è ancor meno esistente nel caso di specie, in quanto il sig. Achughbabian era già stato destinatario di un provvedimento espulsivo che può essere qualificato come una decisione di rimpatrio ai sensi dell'art. 6 § 1 della direttiva.



dall'art. L.621-1 Ceseda ostacola il raggiungimento delle finalità della direttiva. Come osservato anche dall'Avvocato generale, la pena detentiva non può invero considerarsi una «misura coercitiva» ai sensi dell'articolo 8 § 4 della direttiva: tale disposizione disciplina invero, ancorché in modo non tassativo, una serie di interventi di natura afflittiva – compreso il trattenimento amministrativo fino a diciotto mesi – che, a differenza della pena detentiva, si caratterizzano tuttavia per essere teleologicamente orientati all'esecuzione, in modo «efficace» e «proporzionato», della decisione rimpatrio, e cioè all'allontanamento fisico dello straniero irregolare dal territorio dello Stato (§§ 35-37).

Ma, 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*. Al riguardo, se risulta pacifico che l'applicazione della contestata fattispecie di reato e della direttiva presuppone la realizzazione della medesima situazione di fatto, e cioè la violazione della disciplina nazionale di ingresso e soggiorno, risulta altrettanto pacifico che i due dispositivi prevedono per tale violazione delle conseguenze che si trovano in rapporto di reciproca incompatibilità: la condanna ad un anno di reclusione, la prima, e l'avvio della procedura di rimpatrio, la seconda. Ne consegue pertanto che, alla stregua di una disposizione che sanziona penalmente l'inottemperanza ad una decisione di rimpatrio, il reato di ingresso e soggiorno irregolare previsto dall'articolo L. 621-1 Ceseda ha l'effetto di «ostacolare l'applicazione delle norme e delle procedure comuni stabilite dalla direttiva 2008/115 e di ritardare il rimpatrio, pregiudicando quindi [...] l'effetto utile della direttiva» (§ 38-39).

Tale conclusione non può, secondo la Corte, essere confutata dagli argomenti dedotti dai governi intervenuti a difesa del “reato di clandestinità”: anzi questi ultimi offrono alla Corte l'occasione per fornire delle ulteriori ed utili precisazioni sul ricorso al diritto penale in caso di violazione della regolamentazione nazionale in materia di ingresso e soggiorno. Replicando al governo francese, il quale aveva invocato l'applicabilità nel caso di specie della “clausola di salvaguardia” prevista dall'articolo 2 § 2, lett. b, della direttiva, la Corte fornisce di tale disposizione un'interpretazione decisamente più chiara ed esaustiva rispetto a quanto precedentemente statuito nel complesso della motivazione della sentenza *El Dridi*<sup>25</sup>. Al fine di fugare ogni dubbio sulla corretta interpretazione di tale norma, che attribuisce agli Stati membri la facoltà 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», la Corte precisa infatti che la sua *ratio* è quella di consentire un'espulsione più rapida, o in deroga alla procedura comune, dello straniero in situazione irregolare direttamente dal giudice penale che abbia accertato la commissione di *un fatto di reato diverso* rispetto alla violazione della regolamentazione

---

<sup>25</sup> [Corte di giustizia dell'UE, sentenza del 28 aprile 2011, \*El Dridi\*](#), cit., § 49. Si vedano in dottrina le considerazioni, nel senso indicato nella sentenza in esame, di [Alberto Di Martino – Rosa Raffaelli, \*La libertà di Bertoldo\*](#), cit.

amministrativa in materia di ingresso e soggiorno. Poiché quest'ultima violazione costituisce anche il presupposto di fatto per l'avvio della procedura comune di rimpatrio, che ha carattere prioritario, essa non potrà dunque determinare allo stesso tempo l'avvio di una procedura espulsiva derogatoria (§ 41): come osservato anche dalla Commissione europea, che nelle sue osservazioni aveva fornito un interessante spaccato sui lavori preparatori relativi a tale disposizione, gli Stati vedrebbero riconoscersi in tal caso «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»<sup>26</sup>.

La Corte conferma inoltre che l'incompatibilità della fattispecie astratta del "reato di clandestinità" con la "direttiva rimpatri" non può ritenersi obliterata dalla previsione di istituti processuali che consentano la ritrazione dell'azione penale a favore della procedura amministrativa di espulsione. L'occasione per fornire tale precisazione è offerta ancora dalle osservazioni del governo francese: secondo quest'ultimo, invero, la realizzazione delle finalità della "direttiva rimpatri" non sarebbe ostacolata dalla previsione del reato di ingresso e soggiorno irregolare nell'ordinamento nazionale in quanto, in forza di alcune circolari ministeriali, le autorità inquirenti sarebbero tenute ad esercitare l'azione penale per il reato di ingresso e soggiorno irregolare solo in occasione della contestuale commissione *di un altro fatto di reato*; in caso contrario, esse sarebbero invece tenute ad emettere un provvedimento di archiviazione (*classement sans suite*), funzionale proprio all'avvio della procedura amministrativa di rimpatrio<sup>27</sup>. La Corte rigetta tale posizione sul presupposto che il reato di ingresso e soggiorno irregolare «a prescindere dal contenuto delle circolari citate dal governo francese, è idoneo a condurre alla condanna alle suddette pene. [...] considerato che, tra l'altro, il giudice del rinvio e il governo francese non hanno menzionato né un'archiviazione né, più in generale, una decisione che escluda definitivamente qualsiasi possibilità di perseguire il sig. Achughbabian per detto reato» (§§ 40 e 42).

Infine, replicando al governo tedesco ed al governo estone, i quali avevano sostenuto il carattere non preclusivo della "direttiva rimpatri" rispetto ad una condanna ad una pena detentiva eseguita *prima di procedere* all'allontanamento dello straniero irregolare secondo le modalità previste dalla direttiva, la Corte fornisce un ulteriore chiarimento che, sebbene rimanga in leggero chiaroscuro nel complesso della decisione in esame, può a nostro avviso rivelarsi determinante per individuare il residuo spazio di competenza penale attribuito agli Stati membri in caso di violazione

<sup>26</sup> Cfr. Commissione europea, *Osservazioni scritte*, 26 settembre 2011, §§ 38-48.

<sup>27</sup> Al fine di provare l'inefficacia della fattispecie incriminatrice in esame, e conseguentemente la sua compatibilità con il diritto dell'Unione, il governo francese ha indicato che, nell'anno 2009, su 5.306 condanne per violazione dell'art. L.621-1 Ceseda, solo 197 hanno condotto all'applicazione di una pena detentiva a cui è stata data effettivamente esecuzione. Tale dato, se comparato alle 30.000 misure di allontanamento eseguite nello stesso anno, dimostrerebbe come la fattispecie di reato di ingresso e soggiorno irregolare non costituisca un ostacolo all'esecuzione delle decisioni di rimpatrio e, conseguentemente, all'attuazione di un'efficace politica di allontanamento. Cfr. Governo della Repubblica francese, *Osservazioni scritte*, 27 settembre, §§ 104-118.

della regolamentazione nazionale in materia di ingresso e soggiorno. Richiamandosi all'obbligo di leale collaborazione degli Stati e al principio di effetto utile del diritto dell'Unione europea, la Corte rileva che la finalità della direttiva sarebbe ugualmente frustrata «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 scelta avrebbe invero l'effetto di ritardare in modo ingiustificato (essa non è infatti contemplata tra le ipotesi di rinvio previste dall'articolo 9 della direttiva) l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale (§ 45).

#### **4. (Segue). Qualche considerazione sulle ricadute della sentenza *Achughbabian* sulla (non) conformità delle pene previste dagli articoli 10bis e 16 del Testo Unico sull'immigrazione vigente nell'ordinamento italiano.**

Ricapitolando: alla luce della sentenza in esame, la “direttiva rimpatri” non preclude né l'astratta previsione del “reato di clandestinità” né il ricorso a misure precautelari privative della libertà personale dello straniero al fine di accertare l'irregolarità della sua presenza sul territorio dello Stato. Ciò che essa invece preclude è che, tra tale accertamento e l'adozione di una decisione di rimpatrio ovvero tra l'adozione di una decisione di rimpatrio e la sua esecuzione, gli Stati frappongano un procedimento penale che, anche solo astrattamente e dunque a prescindere dall'esistenza di particolari meccanismi che ne permettano la ritrazione dinanzi alla procedura di rimpatrio, possa *eventualmente* condurre ad una condanna ad una pena detentiva. Nonostante l'ambiguità della sintassi utilizzata, la Corte sembra dunque 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*. Tale conclusione sembra, in effetti, coerente con l'esigenza di garantire l'allontanamento dello straniero il cui soggiorno è irregolare nel più breve tempo possibile: a prescindere dalla tipologia di pena astrattamente prevista in caso di ingresso e soggiorno irregolare o dalla previsione di istituti processuali che impediscano la sua concreta irrogazione, è il ricorso all'opzione penale *tout court* che pregiudica l'effetto utile della direttiva. Insomma, l'obiettivo interferenza esistente tra la procedura comune di rimpatrio ed il “reato di clandestinità” comporta, come la dottrina aveva già rilevato all'indomani della sentenza *El Dridi*, che «nessuna pena può essere imposta allo straniero per il semplice fatto di trovarsi e trattenersi irregolarmente nel territorio nazionale»<sup>28</sup>. E – sia chiaro – non perché per la Corte ciò sia *giusto* in chiave di sussidiarietà, ossia rispetto al disvalore della violazione della disciplina amministrativa in materia di ingresso e soggiorno, ma perché ciò è *utile* al

---

<sup>28</sup> Così [Alberto Di Martino – Rosa Raffaelli, La libertà di Bertoldo](#), cit. (corsivo nostro).

raggiungimento dell'obiettivo della direttiva, ossia all'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale «nel più breve tempo possibile»<sup>29</sup>.

Se tale interpretazione dovesse rivelarsi corretta, anche le pene previste nell'ordinamento italiano a carico dei cittadini di paesi terzi che abbiano fatto illecitamente ingresso nel territorio nazionale o che vi continuino a soggiornare irregolarmente sembrerebbero destinate ad essere disapplicate, almeno fino a quando non sia esaurita la procedura di rimpatrio<sup>30</sup>. Com'è noto, invero, a seguito delle modifiche apportate con il “pacchetto sicurezza” del 2009<sup>31</sup>, gli articoli 10bis e 16 del Testo Unico sull'immigrazione (T.U. imm.) prevedono in caso di ingresso e soggiorno irregolare un sistema di sanzioni penali che si articola nel modo seguente: pena pecuniaria dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro che può essere sostituita con la misura dell'espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera per un periodo non inferiore a cinque anni, nel caso in cui non ricorrano le cause ostative previste dall'articolo 14, comma primo, T.U. imm. L'analisi di tale sistema sanzionatorio alla luce di quanto statuito nella sentenza in esame, ci conduce a rilevare quanto segue.

Chiamato ad accertare l'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno irregolare *prima ancora* che intervenga un decreto di espulsione del Prefetto equiparabile ad una decisione di rimpatrio, il giudice penale dovrà infatti procedere all'applicazione della pena pecuniaria, nel caso in cui *ricorrono le situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento*, per riprendere la nuova formulazione dell'art. 14, comma primo, T.U. imm. Nonostante la sua natura pecuniaria – che verrebbe peraltro meno, convertendosi nell'obbligo di permanenza domiciliare del reo insolubile che non abbia richiesto di svolgere il lavoro sostitutivo ai sensi degli articoli 54 e 55 D. lgs. 274/2000<sup>32</sup> –, tale pena si rivelerebbe anch'essa idonea ad ostacolare l'applicazione delle norme e delle procedure comuni stabilite dalla “direttiva rimpatri” alla luce di quanto statuito nella sentenza *Achughbabian*. Pur non determinando la reclusione dello straniero, l'art. 10bis T.U. imm. avrebbe infatti l'effetto di precludere, al pari dell'art. L.621-1 Ceseda, che nell'ordinamento italiano all'accertamento dell'irregolarità del soggiorno dei cittadini di paesi terzi faccia seguito l'applicazione «in via prioritaria» della procedura di rimpatrio (arg. ex § 39). Tale risultato non cambierebbe, poi, qualora il decreto di espulsione del Prefetto sia stato emesso (ma non eseguito) prima del processo o dopo il processo: in entrambi i casi, 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

---

<sup>29</sup> Cfr. il nostro *Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne. Quelques réflexions sur l'après El Dridi au regard des expériences italienne et française*, in *AJ pénal*, 2011, pp. 502-505.

<sup>30</sup> La questione è stata sottoposta alla Corte di giustizia dal Tribunale di Rovigo nel caso *Sagor*, rubricato con il numero C-430/11, che sarà deciso con la procedura ordinaria. Cfr. l'ordinanza, lungamente motivata, del Tribunale di Rovigo, sez. dist. di Adria, 15 luglio 2011, pubblicata su questa *Rivista*.

<sup>31</sup> Sugli effetti in materia di immigrazione irregolare delle misure introdotte con tale dispositivo, cfr. Luca Masera, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, in Oliviero Mazza – Francesco Viganò (cura di), Giappichelli, 2009, p. 27-82.

<sup>32</sup> Cfr. quanto dedotto dal Tribunale di Rovigo nel § 8 della succitata ordinanza.

una pena pecuniaria, ha comunque l'effetto di ritardare l'allontanamento dello straniero irregolare (arg. ex § 45).

Nel caso in cui invece *non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, comma primo, T.U. imm.*, il risultato sembra meno scontato: in tal caso, invero, il giudice penale può applicare, ai sensi dell'art. 16 T.U. imm., la sanzione penale alternativa dell'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera. Poiché anche in tale ipotesi spetta al giudice penale l'accertamento dell'ingresso e della permanenza irregolare *prima* che l'autorità amministrativa emetta un provvedimento di rimpatrio, il provvedimento giudiziale di condanna alla sanzione sostitutiva dell'espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera potrebbe considerarsi, a tutti gli effetti, una «decisione di rimpatrio» ai sensi dell'articolo 3 § 1, n° 4, della direttiva. Certo, si profilerebbe così comunque un contrasto con la direttiva sotto il profilo delle modalità di esecuzione della decisione (giudiziale) di rimpatrio che, non prevedendo la concessione di un termine per la partenza volontaria, si porrebbe in contraddizione con le garanzie previste dall'articolo 7 § 1 della direttiva<sup>33</sup>. Tuttavia tale contrasto si determinerebbe solo nel caso in cui non si ricada in una delle ipotesi (rischio di fuga, ecc.) che, alla luce dell'art. 7 § 4 della direttiva, legittimano la mancata concessione del termine per la partenza volontaria<sup>34</sup>; in caso contrario, la sanzione penale dell'espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera prevista nell'ordinamento italiano in caso di ingresso e soggiorno irregolare integrerebbe una «misura coercitiva» ai sensi dell'articolo 8§4: essa sarebbe infatti finalizzata al trasferimento fisico dello straniero fuori dai confini nazionali, con conseguente conformità alla direttiva<sup>35</sup>. Ma, come per la pena pecuniaria prevista dall'art. 10bis T.U. imm., tale opzione ermeneutica sembra ormai definitivamente superata dal principio sancito nella sentenza in esame: 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.

Nell'attesa che la Corte di giustizia confermi tale interpretazione con la decisione che sarà resa – purtroppo in tempi non brevi – nel caso *Sagor*, non sembrano dunque mancare nella sentenza *Achughbadian* spunti sufficienti affinché i giudici italiani riflettano sulla possibilità, prima ancora che la Corte di giustizia si pronunci in merito, di disapplicare le pene previste dagli articoli 10bis e 16 T.U. imm. in caso di ingresso e soggiorno irregolare, almeno fino a quando non risultino previamente esaurite tutte le misure previste dalla procedura comune di rimpatrio.

---

<sup>33</sup> [Corte di giustizia dell'UE, sentenza del 28 aprile 2011, El Dridi](#), cit., § 50-51.

<sup>34</sup> Integrate nell'art. 13, comma quarto, T.U. imm dal D.L. 23 giugno 2011 n. 89, sul quale si veda [Andrea Natale, La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n 89/2011. Prime riflessioni a caldo](#), in questa *Rivista*.

<sup>35</sup> Cfr. i §§ 35-37 della sentenza in esame.

## 5. La conformità del reato di ingresso e soggiorno irregolare a seguito dell'applicazione della procedura comune di rimpatrio.

Secondo la Corte, invero, nel caso in cui la procedura comune di rimpatrio abbia trovato applicazione senza condurre all'effettivo allontanamento dello straniero in situazione irregolare, gli Stati sono liberi di prevedere misure sanzionatorie finalizzate a dissuadere la permanenza dello straniero irregolare sul territorio nazionale. Tale principio era stato già formulato nella sentenza *El Dridi*<sup>36</sup>, conservando tuttavia un margine di ambiguità che la pronuncia in esame sembra colmare. Nella sentenza in esame, la Corte dichiara esplicitamente che le «disposizioni che disciplinano le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sul loro territorio sia irregolare» possono avere «*natura penale*» e possono più precisamente consistere «*in una pena detentiva*»<sup>37</sup>.

Tale statuizione si rivela foriera di conseguenze: essa fuga, infatti, ogni dubbio sul ruolo che la protezione della libertà personale dello straniero ricopre nel sistema di garanzie introdotto dalla “direttiva rimpatri” ed oblitera ogni interpretazione dell'effetto utile di quest'ultima in chiave di tutela dei diritti fondamentali, ed in particolare della libertà personale degli stranieri in situazione irregolare<sup>38</sup>. La sentenza in esame sembra, infatti, confermare 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, rispetto al quale la tutela dei diritti fondamentali ha carattere meramente strumentale<sup>39</sup>. In tale prospettiva, il trattenimento amministrativo dello straniero non costituisce *l'extrema ed ultima ratio* delle misure privative della libertà personale che gli Stati possono *in assoluto* adottare nei confronti degli stranieri che entrano o soggiornano irregolarmente sul loro territorio, ma unicamente *l'extrema ed ultima ratio* delle misure coercitive previste dal diritto dell'Unione europea al fine di procedere al rimpatrio degli stranieri in situazione irregolare. Può non piacere, ma tale conclusione sembra la più corretta rispetto all'ambito di applicazione della “direttiva rimpatri”, che nulla (volutamente) dice sul punto, oltre che la più coerente con l'impostazione già adottata dalla Corte di giustizia in *El Dridi* e declinata in termini ancora più espliciti nella sentenza in esame: nel caso in cui il ricorso alle misure coercitive previste nella direttiva non abbia condotto al rimpatrio dello straniero in situazione irregolare, gli Stati potranno esercitare pienamente la propria competenza penale, sanzionando eventualmente la permanenza irregolare e non giustificata dello straniero sul territorio nazionale anche con *pene detentive* (§§ 48 e 50).

Alla luce di tale risultato, e ferma restando la necessità di una riscrittura per via legislativa dell'articolo L. 621-1 Ceseda, sembra dunque, almeno in parte, segnato

---

<sup>36</sup> [Corte di giustizia dell'UE, sentenza del 28 aprile 2011, \*El Dridi\*](#), cit., § 60.

<sup>37</sup> Corsivo nostro.

<sup>38</sup> In questo senso cfr. [Francesco Viganò – Luca Masera, \*Addio art. 14\*](#), cit.

<sup>39</sup> Così [Alberto Di Martino – Rosa Raffaelli, \*La libertà di Bertoldo\*](#), cit. (corsivo nostro).

L'esito della questione di costituzionalità trasmessa al *Conseil Constitutionnel* dalla *Cour de Cassation* qualche settimana prima della pubblicazione della pronuncia in esame su istanza del *Tribunal de grande instance* di Parigi, chiamato anch'esso a pronunciarsi sulla legittimità del trattenimento di uno straniero in situazione irregolare<sup>40</sup>: i giudici di legittimità, che anteriormente alla pronuncia *El Dridi* si erano rifiutati di trasmettere al *Conseil constitutionnel* una questione analoga<sup>41</sup>, hanno infatti ritenuto fondata la tesi della non conformità della pena detentiva prevista dall'art L. 621-1 Ceseda al principio di proporzionalità-necessità della pena sancito dall'art 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, proprio con riferimento alla presunta qualificazione del trattamento amministrativo quale parametro comunitario per la giustiziabilità dell'*extrema ratio* delle scelte sanzionatorie nazionali in caso di soggiorno irregolare.

Ciononostante, occorre riconoscere alla Corte di aver introdotto, con la sentenza *Achughbadian*, dei criteri per l'esercizio di tale "competenza penale sussidiaria" rispetto alla procedura amministrativa di espulsione: tali criteri, se adeguatamente valorizzati, potrebbero rivelarsi particolarmente incisivi per rimuovere, o almeno ridurre, le svariate irrazionalità che connotano la politica criminale, «penalmente armata», vigente in materia di immigrazione irregolare in alcuni ordinamenti nazionali<sup>42</sup>. Oltre al «rispetto dei principi e degli obiettivi della direttiva» (§ 46) ed all'imputabilità allo straniero del mancato allontanamento dal territorio nazionale (§ 48), la Corte precisa invero che «nell'applicazione di dette norme di [diritto e] procedura penale, l'irrogazione delle sanzioni menzionate al punto precedente è subordinata al pieno rispetto dei diritti fondamentali, in particolare di quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950»<sup>43</sup> (§ 49). Il richiamo ad un più attento bilanciamento dei

<sup>40</sup> *Conseil constitutionnel*, n°2011-217 QPC. La questione è stata trasmessa dalla *Cour de cassation* (Cass. 1ère civ., n° F 11-40.069) – che nel sistema previsto dall'art. 61-1 della Costituzione e della *Loi organique du 10 décembre 2009* valuta, insieme al *Conseil d'Etat*, la non infondatezza della questione di costituzionalità – con l'arrêt n° 1252 F-D del 23 novembre 2011.

<sup>41</sup> Cass. Crim., K 10-90.117, n° 185, 5 gennaio 2011.

<sup>42</sup> Per un quadro esaustivo di tali 'irrazionalità' nell'ordinamento italiano, si veda il contributo di Marco Pellissero, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in Massimo Meccarelli – Paolo Palchetti – Carlo Sotis, *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e regimi dell'esclusione*, EUM, 2012, in corso di pubblicazione. Per estendere lo sguardo anche alle 'irrazionalità' presenti nell'ordinamento d'oltralpe nel quadro dell'integrazione europea, sia consentito rinviare anche al nostro «*Clandestini a Bruxelles?*» *La 'lotta' dell'Unione europea all'immigrazione irregolare ed i suoi riflessi sulla politica criminale nazionale*, *ibidem*. L'espressione tra virgolette è ripresa da Massimo Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, 119 ss.

<sup>43</sup> Per un panorama sui diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo che possono subire una compressione sproporzionata a seguito della penalizzazione del soggiorno irregolare, cfr. Elspeth Guild, *La criminalisation des migrations en Europe: quelles incidences pour les droits de l'homme ?*, cit. Occorre tuttavia rilevare che la stessa Corte EDU ha, almeno fino ad oggi, dimostrato estrema cautela su tale punto: con riferimento reato di favoreggiamento all'ingresso ed al soggiorno irregolare previsto nell'ordinamento francese, si veda il nostro [La Corte EDU salva il 'délit de solidarité': la condanna con dispensa dalla pena per il reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno irregolare non costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare \(art. 8\)](#), in questa *Rivista*.

diritti fondamentali riconosciuti (anche ai «clandestini») dalla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo con le esigenze di tutela sottese alla strategia di «lotta» all’immigrazione irregolare dovrà essere adeguatamente valorizzato dai giudici costituzionali nazionali, i quali, alla luce del contesto politico ed ideologico attualmente esistente in Europa, ne rappresentano gli unici possibili destinatari. Questi dovranno tradurre tale appello nell’esercizio pieno della propria funzione di controllo critico su un corpus giuridico, quale il “diritto penale dell’immigrazione”, che, in chiave placativa e rassicurante di un concetto di sicurezza collettiva divenuto sinonimo di un «ordine pubblico ideale» o di un «mondo perfetto»<sup>44</sup>, assume sempre più, in Francia come in Italia, gli odiosi tratti di un diritto penale dell’autore<sup>45</sup>.

Certo, la strada è stretta, tenuto conto della *tendenziale deferenza* del sindacato di costituzionalità nei confronti della discrezionalità del legislatore con riferimento sia alla struttura delle fattispecie incriminatrici sia all’equilibrio delle scelte sanzionatorie<sup>46</sup> e della *particolare reticenza* delle Corti costituzionali ad esercitare il controllo di proporzionalità-ragionevolezza in un settore “politicamente sensibile” come quello dell’immigrazione<sup>47</sup>. Ma quella di un serrato *dialogo* tra giudici costituzionali e giudici europei sembra l’unica strada percorribile: se, al contrario, si ritenga che la rimozione delle irrazionalità delle politiche penali adottate a livello nazionale in materia di immigrazione irregolare possa passare unicamente per l’attività interpretativa della Corte di giustizia, la ricerca del suo epilogo ci obbligherà – come il Lettore immaginato da Calvino – alla scoperta di libri ancora nuovi, ma sempre incompleti.

---

<sup>44</sup> Per tali espressioni cfr. rispettivamente Massimo Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, 10, 3558 e Geneviève Giudicelli-Delage, *Un monde simplement habitable...*, in Geneviève Giudicelli-Delage – Christine Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, pp. 281 ss.

<sup>45</sup> Cfr. Marco Pellissero, *Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, cit. *Adde* Massimo Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, cit.

<sup>46</sup> [Vittorio Manes, I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza](#), in questa *Rivista*.

<sup>47</sup> Per una conferma di tale deferenza, cfr. Corte cost., sentenza n. 250 del 2010.