amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

FASCICOLO N. 10-12/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Enrico Carloni, Francesco Castiello, Salvatore Cimini, Caterina Cittadino, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Di Pace, Francesca Gagliarducci, Gianluca Gardini, Stefano Gattamelata, Maurizio Greco, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Francesco Saverio Marini, Gerardo Mastrandrea, Pierluigi Matera, Francesco Merloni, Riccardo Nobile, Luca Palamara, Giuseppe Palma, Germana Panzironi, Simonetta Pasqua, Filippo Patroni Griffi, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Umberto Realfonzo, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Federico Titomanlio, Alessandro Tomassetti, Antonio Uricchio, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Con la sentenza Celaj nasce il delitto di illecito reingresso di uno straniero espulso

di Donatella Del Vescovo*

Sommario

1.Premessa; 2. La Direttiva 2008/115/CE; 3. I fatti; 4. La precedente giurisprudenza; 5. Il nuovo orientamento della Corte; 6. Conclusioni.

1.Premessa

Con questa recente sentenza la Corte di giustizia europea affronta per la prima volta il reingresso di un cittadino di un Paese terzo in uno Stato membro dopo essere stato espulso. Questa decisione segna infatti definitivamente l'applicabilità del delitto di illecito reingresso, già peraltro affermata a più riprese dai nostri giudici di legittimità[1].

Secondo la decisione della Corte di giustizia infatti, la direttiva 2008/115/CE denominata direttiva "rimpatri"[2], all'art. 11 "non osta, in linea di principio, ad una normativa che qualifichi come reato il nuovo ingresso illegale di un cittadino di un Paese terzo in violazione di un divieto di ingresso, prevedendo anche una pena detentiva"[3].

* Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

[1] Cfr. tra le prime Trib. Milano, 29 aprile 2011; Trib. Torino, 4 maggio 2011; Trib. Ravenna, 5 maggio 2011; Trib. Bari, sez. dist. Altamura, 10 maggio 2011, tutte in *Diritto penale contemporaneo*. Per un'analisi delle diverse questioni affrontate dalla giurisprudenza relativa ai delitti di illecito reingresso, cfr. in particolare F. BOTTALICO, *art. 13 d.lgs. 286/98*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, II ed., 2007, p. 2634 ss.; A. Caputo, *I reati in materia di immigrazione*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. IX, 2012, p. 142 ss.; A. CALLAIOLI, *Art. 13 d.lgs. 286/98*, in *Leggi penali complementari*, a cura di Padovani, 2007, p. 1670 ss.; L. CORDÌ, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*, a cura di Degl'Innocenti, III ed., 2013, p. 134 ss.

[2] Direttiva 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 in *GUUE*, 2008, L 348, 98.

[3] L'articolo 11 intitolato Divieto d'ingresso recita: 1. Le decisioni di rimpatrio sono corredate di un divieto d'ingresso: a) qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria, oppure b) qualora non sia stato ottemperato all'obbligo di rimpatrio. In altri casi le decisioni di rimpatrio possono essere corredate di un divieto d'ingresso. 2. La durata del divieto d'ingresso è determinata tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera di norma i cinque anni. Può comunque superare i cinque anni se il cittadino di un Paese terzo costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. 3. Gli Stati membri valutano la possibilità di revocare o sospendere un divieto d'ingresso qualora un cittadino di un Paese terzo colpito da un divieto d'ingresso disposto in conformità del paragrafo 1, secondo comma, possa dimostrare di aver lasciato il territorio di uno Stato membro in piena ottemperanza di una decisione di rimpatrio. Le vittime della tratta di esseri umani cui è stato concesso un

Nasce così il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato, delitto che, dopo l'intervento della Corte di giustizia nell'aprile 2011 con la sentenza El Dridi[4], è diventato il terreno principale su cui verificare l'impatto, mai sino ad allora così significativo, del diritto dell'Unione sul sistema penale interno. Questo delitto infatti è rimasto l'unica figura di reato proprio dello straniero irregolarmente soggiornante ancora punita con una pena detentiva (reclusione da uno a quattro anni), mentre tutte le altre fattispecie in materia sono oggi punite con la sola sanzione pecuniaria.

La questione oggetto della sentenza riguarda pertanto la compatibilità del delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato (art. 13 comma 13 TU imm.) con quanto previsto dalla direttiva rimpatri 2008/115/CE.
Il caso riguardava un cittadino albanese che, espulso dall'Italia con un divieto di ingresso per tre anni, vi ha poi fatto ritorno violando il suddetto divieto. Il pubblico ministero ha quindi avviato un procedimento penale dinanzi al Tribunale di Firenze nei suoi confronti, chiedendone la condanna a otto mesi di reclusione a norma della legislazione italiana, che punisce con la pena della reclusione da uno a quattro anni il cittadino di un Paese terzo che entri irregolarmente in Italia trasgredendo un divieto d'ingresso. Il Tribunale italiano sospendendo il procedimento ha chiesto alla Corte di giustizia europea se la direttiva "rimpatri", che stabilisce le norme e le procedure per l'allontanamento di quanti sono in soggiorno irregolare, osti o meno alla normativa italiana.
Prima di affrontare le questioni argomentative della Corte bisogna evidenziare che il delitto di violazione del divieto di reingresso, punito in Italia, all'art. 13 co. 13 e 13 *bis* d.lgs. 286/98, dopo la riforma del 2011 del TU sull' immigrazione con cui è stata trasposta la direttiva[5], rappresenta attualmente il solo reato punito con la pena detentiva tra quelli in materia di irregolarità del soggiorno dello straniero. Infatti in seguito

permesso di soggiorno ai sensi della 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 non sono soggette a divieto d'ingresso fatte salve le disposizioni del paragrafo 1, primo comma, lettera b), e purché il cittadino di un Paese terzo in questione non rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. In casi individuali gli Stati membri possono astenersi per motivi umanitari dall'emettere, revocare o sospendere un divieto d'ingresso. In casi individuali o in talune categorie di casi gli Stati membri possono revocare o sospendere un divieto d'ingresso per altri motivi. 4. Lo Stato membro che preveda di rilasciare un permesso di soggiorno o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare ad un cittadino di un Paese terzo colpito da un divieto d'ingresso disposto da un altro Stato membro consulta preliminarmente lo Stato membro che lo ha disposto e tiene conto degli interessi di quest'ultimo in conformità dell'articolo 25 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen. 5. I paragrafi da 1 a 4 non pregiudicano negli Stati membri il diritto alla protezione internazionale, quale definita all'articolo 2, lettera a), della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

[4] Corte di giustizia UE, I sez., 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*, in *Raccolta*, 2011, I-03015, pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*, il 29 aprile 2011, con nota di F. VIGANÒ.

[5] D.l. 23 giugno 2011, n. 89, recante Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari. (*GURI*, n.144, del 23 giugno 2011) conv. in l. 2 agosto 2011, n. 129 in *GURI*, n. 181, del 5 agosto 2011. Per una puntuale valutazione critica della riforma, e per l'individuazione dei numerosi passaggi in cui è ancora lecito nutrire dubbi sull'effettiva conformità della normativa interna alla direttiva, cfr. in particolare G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir., imm., citt.*, 2011, n. 3, p. 30 ss.

alla sentenza El Dridi su citata, si era negata agli Stati la possibilità di ricorrere alla pena detentiva nelle ipotesi di inottemperanza ad un ordine di allontanamento, e di conseguenza dopo la riforma del sistema interno del 2011 le varie irregolarità di soggiorno penalmente rilevanti non sono più punite con la pena detentiva ma con la sola pena pecuniaria[6].

Bisogna dire inoltre che, dopo la riforma del 2011, l'attuale normativa italiana che prevede un divieto di reingresso non presenta evidenti profili di contrasto con il diritto europeo, e dunque il divieto, se emanato in conformità alla normativa interna, non dovrebbe di regola presentare profili di illegittimità comunitaria.

2. La Direttiva 2008/115/CE

Il primo passo per esaminare la sentenza in commento è quello di accennare brevemente al contenuto della direttiva del 16 dicembre 2008 n. 2008/115/CE, in modo da avere un quadro normativo complessivo più chiaro.

Lo scopo della direttiva oltre all'armonizzazione dei sistemi nazionali è quello di assicurare l'effettività delle decisioni di rimpatrio oltre che garantire in modo adeguato i diritti di libertà dei cittadini di Paesi terzi.

La direttiva fornisce ai Paesi dell'UE norme e procedure comuni per il rimpatrio di cittadini non comunitari che soggiornano irregolarmente nel loro territorio. I Paesi dell'UE devono tuttavia garantire che, ai cittadini non comunitari esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva siano riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quelli previsti da alcune sue disposizioni in materia di misure coercitive, allontanamento, prestazioni sanitarie e trattenimento. Ma in ogni caso, i Paesi dell'UE devono garantire che il rimpatrio di cittadini non comunitari non li metta in pericolo (secondo il principio noto come *non-refoulement*) e sono tenuti a considerare l'interesse superiore del bambino, la vita familiare e le condizioni di salute della persona interessata.

Ciascun Paese europeo in base alla direttiva deve emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino non comunitario il cui soggiorno nel suo territorio sia irregolare. Questa fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni. In particolari circostanze però, il periodo per la partenza volontaria può essere prorogato e per la durata di tale periodo i Paesi dell'UE possono inoltre imporre obblighi al cittadino non comunitario, diretti a evitare il rischio di fuga. Inoltre se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o ancora se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, i Paesi europei possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni.

La direttiva *de quo* insomma è particolarmente ricca di normativa e pone molteplici problematiche che non è possibile in questa sede esaminare nel dettaglio[7]; è opportuno tuttavia, porre

[6] Sulle modifiche al TU imm. introdotte dalla legge di trasposizione della direttiva, cfr. A. NATALE, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in *Dir., imm., citt.*, 2011, n. 2, p. 17 ss. e G. SAVIO, *La nuova disciplina, cit.*

[7] Nel corso del tempo si sono moltiplicati gli interventi in materia. Senza pretesa alcuna di completezza, si vedano: 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* n. 5/2010; F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*; F. VIGANÒ, *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e di inosservanza agli ordini di allontanamento*, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it; C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri, ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it,

attenzione ad alcuni suoi elementi che ritroviamo citati nella sentenza in esame.
Questi elementi riguardano innanzitutto la decisione di rimpatrio prevista dall'art.6. Secondo quest'articolo infatti 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, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi da 2 a 5. Gli Stati membri tuttavia possono astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare, qualora il cittadino in questione sia ripreso da un altro Stato membro in virtù di accordi o intese bilaterali vigenti alla data di entrata in vigore della direttiva. Quest'articolo inoltre prevede espressamente dei casi in cui non deve essere emessa la decisione di rimpatrio, infatti 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 di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. Qualora viceversa la decisione di rimpatrio sia già stata emessa, essa viene revocata o sospesa per il periodo di validità del titolo di soggiorno o di un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare.
Per quanto concerne l'allontanamento invece, esso è previsto dall'art.8 della direttiva, che prevede delle misure coercitive ai fini di una pronta ed efficace partenza del cittadino del Paese terzo. Innanzitutto statuisce che gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio.
Qualora uno Stato membro abbia concesso un periodo per la partenza volontaria, la decisione di rimpatrio può essere eseguita unicamente alla scadenza di tale periodo. Gli Stati membri inoltre, possono adottare una decisione o un atto amministrativo o giudiziario distinto che ordini l'allontanamento. Se invece gli Stati membri ricorrano – in ultima istanza – a misure coercitive per allontanare un cittadino di un Paese terzo che oppone resistenza, tali misure devono essere proporzionate e non devono eccedere un uso ragionevole della forza. Le misure coercitive devono essere 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 del Paese terzo interessato.
Le decisioni di rimpatrio invece, vengono stabilite in base all'art.11 della direttiva. Esse possono essere corredate di un divieto di ingresso, qualora non sia stato concesso un periodo per la

fascicolo 2/2009; 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; F. FOCARDI, *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all'artt. 14 co. 5-ter e 5-quater d.lgs. 286/1998*, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it; T. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione*, Intervento nel dibattito reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it; G. AMATO, *Un sistema incompatibile con la direttiva UE perché non privilegia il rimpatrio volontario*, in *Guida al diritto* n. 5/2011; M. CASTELLANETA, *Necessario bilanciare sicurezza e diritti umani*, in *Guida al diritto* n. 5/2011; P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso e permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, 4, p. 85; M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, 1, p.17; A. PUGGIOTTO, *I meccanismi di allontanamento dello straniero, tra politica del diritto e diritti violati*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, 1, p.42; F. VIGANÒ, *Diritto penale ed immigrazione: qualche riflessione sui limiti della discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, 3, p.13; L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte Costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, 3, p.37.

partenza volontaria o il cittadino non abbia ottemperato all'obbligo di rimpatrio. La durata di questo divieto di ingresso è stabilita tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera di norma i 5 anni, a meno che il cittadino non costituisca una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. I Paesi dell'Unione possono revocare o sospendere questo divieto d'ingresso per motivi particolari.
La direttiva prevede inoltre anche la possibilità per lo straniero di ottenere una sospensione giudiziale della decisione di rimpatrio e non invece come effetto conseguente in via automatica alla proposizione dell'impugnazione. Così facendo, l'immigrato che voglia contestare la decisione che lo riguarda potrebbe farlo invano e un'eventuale pronuncia favorevole dell'autorità giudiziaria sarebbe inutile una volta ottenuto l'allontanamento. In questo modo si sacrifica la tutela giurisdizionale di ciascun extracomunitario, ignorando inoltre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale impone la sospensione giudiziale della decisione di rimpatrio ogniqualvolta vi sia il rischio per lo straniero di subire torture o trattamenti inumani e degradanti.
La direttiva invece stabilisce che i Paesi dell'UE possono trattenere il cittadino non comunitario sottoposto a procedure di rimpatrio, solo quando sussiste un rischio di fuga o il cittadino evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile e non può superare i sei mesi ed avviene di norma in appositi centri di permanenza temporanea. Solo in particolari circostanze, quando l'allontanamento di un cittadino non comunitario rischia di superare il periodo stabilito, i Paesi dell'UE possono prolungare il trattenimento per un periodo non superiore ad altri dodici mesi.

3. I fatti

Prima di esaminare la causa di merito occorre analizzare i fatti all'origine della sentenza.
Il sig. Celaj, cittadino albanese, faceva ingresso nel territorio italiano in una data imprecisata. Il 26 agosto 2011 veniva tratto in arresto dalle autorità italiane per tentata rapina, a seguito della quale veniva condannato alla pena di un anno di reclusione e a una multa pecuniaria. Tale sentenza è passata in giudicato in data 15 marzo 2012.
Il 17 aprile 2012 il Prefetto di Firenze emetteva un decreto di espulsione e il Questore di Firenze un ordine di allontanamento, corredati dal divieto di reingresso in Italia della durata di tre anni con l'avvertimento che, in difetto, sarebbe incorso nelle pene di legge.
Nonostante ciò il sig. Celaj rimase in Italia e fu denunciato, in varie occasioni, per immigrazione clandestina e per coltivazione di stupefacenti. Dopo essersi allontanato spontaneamente dal territorio italiano per un breve periodo vi faceva rientro in un secondo momento. In questa occasione fu tratto in arresto per violazione dell'articolo 13, comma 13, del decreto legislativo n. 286/1998[8] e in virtù di questo articolo fu chiesta dinanzi al tribunale di Firenze la condanna a otto mesi di reclusione.
Nel contesto di tale procedimento il Tribunale di Firenze sospese il giudizio proponendo alla Corte di giustizia europea la seguente domanda di pronuncia pregiudiziale:
«Se le disposizioni della direttiva 2008/115/CE ostino all'esistenza di norme nazionali degli Stati membri che prevedano la pena della reclusione sino a quattro anni per un cittadino di un Paese terzo che, dopo essere stato rimpatriato abbia fatto nuovamente ingresso nel territorio

[8] Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero in *GURI*, n. 191 del 18 agosto 1998 - Supplemento Ordinario n. 139.

dello Stato in violazione di un legittimo divieto di reingresso, senza che tale cittadino sia stato previamente sottoposto alle misure coercitive previste dall'articolo 8 della direttiva 2008/115/CE ai fini del suo pronto ed efficace allontanamento».

Il Tribunale chiedeva in sostanza se fosse legittimo continuare a punire con la pena della reclusione le condotte di illecito reingresso nel territorio dello Stato, anche dopo che la Corte europea, con le sentenze *El Dridi* e *Achughbabian*, aveva affermato l'incompatibilità con il principio dell'effetto utile della direttiva rimpatri della previsione da parte di una legge nazionale della pena detentiva per la condizione di irregolarità.

A questo punto per capire meglio la diversa posizione assunta dalla Corte in questa sentenza occorre analizzare la sua precedente giurisprudenza esaminando gli aspetti essenziali ai fini della causa in esame. La direttiva in questione infatti istituisce una procedura di rimpatrio, che gli Stati membri, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, hanno l'obbligo[9] di adottare nei confronti di qualunque cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare [10]. Tale disposizione costituisce l'elemento chiave della direttiva[11].

Questa procedura è stata ampiamente descritta dalla Corte in varie cause di cui è stata investita.

4. La precedente giurisprudenza

Prima fra tutte è la causa El Dridi. Nel procedimento C-61/11 PPU, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte d'appello di Trento (con ordinanza 2 febbraio 2011) nell'ambito del procedimento penale a carico di Hassen El Dridi. In questa causa la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla portata della 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. In particolare, la domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione degli artt. 15 e 16 della direttiva, che disciplinano rispettivamente le circostanze in presenza delle quali lo Stato membro può disporre il trattenimento dei cittadini di un Paese terzo sottoposti a procedure di rimpatrio e le condizioni stesse di trattenimento.

Il sig. El Dridi era un cittadino di un Paese terzo entrato illegalmente in Italia. Nei suoi confronti, il prefetto di Torino emanava nel 2004 un decreto di espulsione, in esecuzione del quale il questore di Udine emetteva un ordine di allontanamento dal territorio nazionale (entro cinque giorni) il 21 maggio 2010. Il provvedimento era motivato dalla mancanza di documenti di identificazione, dall'indisponibilità di un mezzo di trasporto nonché dall'impossibilità - per mancanza di posti - di ospitarlo in un centro di permanenza temporanea.

Non essendosi conformato a tale ordine, e avendo così soggiornato illegalmente nel territorio italiano, il sig. El Dridi veniva condannato dal Tribunale di Trento alla pena di un anno di reclusione per il reato di cui all'art. 14, comma

[9] V. sentenza Achughbabian, sentenza del 6 dicembre 2011, causa C - 329/11, nn. 17 - 25, punto 31 in *Raccolta*, 2011, I-12695. La versione inglese della direttiva utilizza l'espressione prescrittiva «shall». Sull'obbligatorietà dell'articolo 6 della direttiva 2008/115/CE, v. anche S. SLAMA, *La transposition de la directive "retour": vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers?*, in L. DUBIN, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant, 2012, pp. da 289 a 345, in particolare p. 330.

[10] Tale obbligo fa salva una serie di deroghe, elencate ai paragrafi da 2 a 5 del medesimo articolo. Inoltre, l'articolo 6, paragrafo 6, consente agli Stati membri di decidere di porre fine al soggiorno regolare e di disporre contestualmente il rimpatrio.

[11] V. anche D. HÖRICH, *Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme*, in *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2011, pp. da 281 a 286, in particolare p. 283.

5-ter del decreto legislativo n. 286/1998. Egli impugnava tale decisione dinanzi alla Corte d'appello di Trento, che decideva così di sospendere il procedimento e di proporre alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: "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 ostino: – 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; – 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".

In sostanza, il giudice italiano chiedeva alla Corte se la direttiva rimpatri ostacolasse una normativa di uno Stato membro che prevedesse l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno fosse irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio nazionale, permanesse in detto territorio senza giustificato motivo.

Nella sentenza del 28 aprile 2011, la Corte di Giustizia ha affrontato per la prima volta la questione del rimpatrio ed ha riconosciuto il contrasto tra la direttiva 2008/115/CE, e il reato ex art.14 del t.u. Immigrazione, inerente l'inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento, così come previsto nella prima versione, anteriore al d.l. n.89/2011 (convertito dalla l. n.129/1112)[13].

A tal riguardo, si specifica, fin d'ora, che, in virtù dell'art. 2 del codice penale italiano, vige il principio del *favor rei*, per cui si applica la normativa favorevole successiva al caso concreto. Nel paragrafo n.55 della sentenza, viene enunciato il seguente principio relativo all'incidenza del diritto dell'Unione sul diritto penale degli Stati membri: essi non possono legiferare in modo "tale da compromettere la realizzazione degli obbiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile". Ne deriva che, qualora l'effetto utile venga reso vano dalla normativa nazionale, quest'ultima deve essere disapplicata da parte del giudice interno.

Gli obbiettivi perseguiti dalla Direttiva rimpatri sono rappresentati dall'efficacia delle procedure di rimpatrio e dalla tutela dei diritti fondamentali dello straniero. Entrambi sono pregiudicati nel caso in cui la normativa interna sanzioni l'inosservanza della procedura di rimpatrio con una pena detentiva inflitta a carico del cittadino extracomunitario inottemperante alla medesima procedura. Esaminando l'efficacia della procedura di ogni Stato membro ai fini di un rimpatrio effettivo, nella sentenza El Dridi la Corte afferma che la pena detentiva, inflitta durante la procedura di espulsione, non è funzionale alla produzione dell'effetto utile della direttiva 2008/115/CE. Più precisamente, possiamo parlare di un sistema "graduale" perseguito dalla UE: vi deve essere, cioè, una vera e propria gradualità, nel rispetto del principio di proporzione e dei diritti fondamentali . Quindi, occorre preferire, in primo luogo, il rimpatrio volontario a quello forzato ("considerando", n. 10), garantendo altresì: un periodo per consentire il medesimo rimpatrio volontario; una specifica assistenza e consulenza, sfruttando il fondo europeo per i rimpatri ("considerando", n.10);

[12] In *GURI*, n.181, del 5 agosto 2011.

[13] Per una interessante ricostruzione del dibattito innescato in Francia dalla sentenza El Dridi, cfr. P. HENRIOT, *Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers: la résistance française (de l'arret El Dridi à la loi du 31 décembre 2012)*, in *Dir., imm., citt.*, 2013, n. 1, p. 38 ss.

l'assistenza legale d'ufficio ("considerando", nn. 11 e 13, IV comma). Il periodo ove effettuare la partenza volontaria, invece, può non essere concesso, od essere concesso per un termine più breve di 7 giorni (art. 7, comma IV della direttiva) solo nel caso in cui vi sia il rischio che si perdano le tracce del soggetto ("rischio di fuga") o se la persona costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. Al contrario, una pena detentiva, che implica la permanenza del cittadino straniero nel territorio nazionale, ritarda l'esecuzione della procedura di rimpatrio e, quindi, ritarda l'effetto utile dell'espulsione. Una tale pena detentiva, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare nel rispetto dei loro diritti fondamentali. Il giudice del rinvio dovrà quindi disapplicare ogni disposizione nazionale contraria alla direttiva (segnatamente, la disposizione che prevede la pena della reclusione da uno a quattro anni).

Ciò premesso, si comprende meglio *la ratio* per cui l'art.14, V comma ter, del t.u. Immigrazione sia stato riformato dal d.l. n.89 del 2011, con la multa in luogo della reclusione.

Per quanto concerne il rispetto dei diritti fondamentali dello straniero, la sentenza El Dridi, al paragrafo n. 33, afferma che la direttiva "non permette agli Stati membri di applicare norme più severe nell'ambito che essa disciplina". La direttiva consente il "trattenimento" dello straniero irregolare in centri di permanenza temporanea, solo ed unicamente al fine di "preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento". Questa misura è soggetta ai presupposti oggettivi del pericolo di fuga o della sussistenza oggettiva di condotte poste in essere dall'agente al fine di impedire il proprio rimpatrio. I termini non devono essere superiori ai sei mesi, prorogabili per un massimo di ulteriori dodici. Essa è comunque una misura diversa dalla reclusione in carcere. Il trattamento disciplinato ex artt. 15 e 16 è, secondo il paragrafo 42, "la misura più restrittiva della libertà che la direttiva consenta nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo" e le pene della reclusione e dell'arresto sono peggiori del centro di permanenza temporanea e non garantiscono l'"effetto utile" di tutela dei diritti fondamentali[14].

Nella sentenza 'Achughbabian', la Corte ribadisce il principio della incompatibilità della pena detentiva con la direttiva 2008/115/CE[15].

In sintesi, la causa principale da cui è scaturita la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia è così riassumibile: mentre il sig. Achughbabian era sottoposto alla misura della *garde à vue*[16] perché sospettato del reato di ingresso e permanenza irregolare di cui all'articolo L. 621-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (Ceseda), era stato notificato il provvedimento che disponeva l'allontanamento coattivo e il trattenimento. Nel

[14] Per una interessante valutazione critica del procedimento motivazionale della Corte UE, che ha sostanzialmente ignorato l'altra finalità della direttiva di tutelare i diritti fondamentali dello straniero, cfr. F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero,* in *Dir., imm., citt.*, 2013, n. 1, p. 15 ss.

[15] Per un commento a tale decisione e per un'analisi dei suoi effetti nell'ordinamento italiano, cfr. M. CASTELLANETA, *Le "relazioni pericolose" tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione europea*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 85 ss.; L. D'AMBROSIO, *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'*, in *Diritto penale contemporaneo,* 26 gennaio 2012, p. 2, nota 2; R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri ed il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano,* in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 4, p. 73 ss.

[16] La *garde à vue* è una misura precautelare assimilabile al 'fermo di polizia' di cui all'articolo 384 del Codice di procedura penale italiano; L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un... sans papiers., Cit.*, nota 2.

giudizio davanti al giudice della libertà e della detenzione, adito ai fini della proroga del trattenimento oltre le 48 ore ai sensi dell'articolo L. 552-1 del Ceseda[17], fra le eccezioni sollevate dall'interessato, citando la sentenza "El Dridi", vi era l'incompatibilità tra la pena detentiva prevista dall'articolo L. 621-1 e il diritto dell'Unione, sostenendo che, alla luce di tale incompatibilità e in ragione del fatto che la *garde à vue* può essere disposta solo in caso di sospetto di un reato punibile con la reclusione, il procedimento seguito sarebbe irregolare.

La questione pregiudiziale, posta dalla Corte d'appello di Parigi alla Corte di Giustizia, era quindi se la direttiva 2008/115/CE fosse ostativa ad una norma nazionale, come l'articolo L. 621-1 del Ceseda[18], che punisce l'ingresso e il soggiorno irregolare con una sanzione detentiva (un anno di reclusione).

La Corte di Giustizia, nella sentenza sottolinea come compito della direttiva 2008/115/CE sia soltanto assicurare il rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare, e non armonizzare integralmente le norme interne sul soggiorno degli stranieri.

Pertanto, la direttiva innanzitutto non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare come un reato e preveda di conseguenza sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno.[19]

In secondo luogo, la direttiva non osta a che lo Stato preveda una detenzione finalizzata a determinare se il soggiorno di un Paese terzo sia regolare o meno[20]. Gli argomenti della Corte per giungere a tale conclusione sono innanzitutto il considerando n. 17 della direttiva, da cui "si deduce che le condizioni dell'arresto iniziale dei cittadini di Paesi terzi sospettati di soggiornare in modo irregolare in uno Stato membro rimangono disciplinate dal diritto nazionale"[21].

In secondo luogo la Corte si sofferma sul principio dell'effetto utile, affermando che la finalità della direttiva - l'efficace esecuzione dei rimpatri - sarebbe inficiata se non si consentisse agli Stati di imporre una privazione di libertà funzionale ad impedire la fuga della persona sospettata di soggiornare irregolarmente prima del chiarimento della sua posizione.

Sia in questa che nella precedente sentenza troviamo che la Corte intende la direttiva come finalizzata innanzitutto a garantire l'effettività delle procedure di rimpatrio, anche accettando un sacrificio della libertà personale dello straniero nella misura in cui questa sia funzionale al conseguimento dell'obiettivo. Per cui la detenzione dello straniero sospettato di trovarsi in posizione irregolare diviene un "interesse mar-

[17] L. 552-1 Ceseda: "Quand un délai de cinq jours s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention. Le juge statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine par ordonnance au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention de l'étranger, sauf exception prévue par voie réglementaire, après audition du représentant de l'administration, si celui-ci, dûment convoqué, est présent, et de l'intéressé ou de son conseil, s'il en a un. L'étranger peut demander au juge des libertés et de la détention qu'il lui soit désigné un conseil d'office. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il statue dans cette salle".

[18] L. 621-1 Cededa: "L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros. La juridiction pourra, en outre, interdire à l'étranger condamné, pendant une durée qui ne peut excéder trois ans, de pénétrer ou de séjourner en France. L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement".

[19] Sentenza 6 dicembre 2011, causa C - 329/11, '*Achughbabian*', n. 28.

[20] Ivi, n. 29.

[21] Ivi, n. 30.

ginale, se non addirittura irrilevante, rispetto alle esigenze connesse al perseguimento delle finalità della direttiva"[22].

La Corte precisa poi che la privazione della libertà dello straniero, finalizzata all'accertamento della sua posizione, deve essere di breve (ma ragionevole) durata e che le autorità nazionali competenti sono tenute ad agire con diligenza e a pronunciarsi rapidamente sulla regolarità o meno del soggiorno. Una volta che l'irregolarità sia stata accertata, le autorità competenti devono emanare una decisione di rimpatrio. Nel corso di detta procedura gli Stati, al fine di conseguire l'obiettivo dell'effettivo allontanamento, non possono applicare una normativa penale che ne ostacoli la realizzazione[23].

Secondo il giudice europeo, le misure che lo Stato membro può adottare ai sensi dell'articolo 8, paragrafi 1 e 4 della direttiva per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, tra cui il trattenimento, sono tutti interventi, che servono ad eseguire in maniera "efficace" e "proporzionata" la decisione di rimpatrio, e cioè all'allontanamento dello straniero irregolare dal territorio dello Stato[24]. Tra queste non rientra la pena detentiva che venga irrogata nel corso della procedura di rimpatrio, in quanto non contribuisce alla realizzazione dell'allontanamento[25].

L'articolo L. 621-1 del Ceseda, e la procedura di rimpatrio delineata dalla direttiva hanno il medesimo presupposto fattuale e giuridico[26], ossia l'irregolarità della presenza sul territorio con conseguenze però tra loro incompatibili. Per cui così strutturata, la norma francese è idonea ad ostacolare l'applicazione delle procedure stabilite dalla direttiva 2008/11/CE, ritardando in tal modo il rimpatrio e pregiudicandone così l'effetto utile[27].

La Corte insomma ribadisce che gli Stati membri possono omettere di applicare le norme e procedure comuni previste dalla direttiva in parola ai cittadini di Paesi terzi solo nel caso abbiano commesso l'infrazione consistente nel soggiorno irregolare[28]. In quanto la sanzione detentiva per la mera irregolarità del soggiorno non può in ossequio al principio di effetto utile, intervenire prima della procedura di rimpatrio. Infatti, in base al generale principio di lealtà e all'esigenza di garantire l'efficacia delle procedure di rimpatrio, gli Stati sono obbligati a procedere all'allontanamento con la "massima celerità", "così non sarebbe se lo Stato anteponesse all'esecuzione della decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione un procedimento penale, eventualmente seguito dalla pena della reclusione"[29].

La Corte conclude quindi, conformemente alla precedente sentenza che le sanzioni penali per il reato di ingresso e soggiorno irregolare non possono essere applicate prima e nel corso della procedura di rimpatrio stabilita dalla direttiva, poiché in caso contrario se ne pregiudicherebbe l'effetto utile. Gli Stati però possono applicare dette sanzioni al termine della procedura espul-

[22] L. D'AMBROSIO, *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'*, cit., p. 6.

[23] Sentenza del 6 dicembre 2011, causa C - 329/11, '*Achughbabian*', n. 31. V. 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*, 2011, 4, p. 75.

[24] L. D'AMBROSIO, *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'*, cit., p. 9.

[25] Sentenza 6 dicembre 2011, causa C - 329/11, '*Achughbabian*', n. 37.

[26] G. L. GATTA, *Il 'reato di clandestintà' (art. 10 bis T.U.IMM.) e la 'direttiva rimpatri'*, Testo corredato da note, della relazione presentata al Corso di perfezionamento post-laurea su "*Direttive dell'Unione europea e ordinamento italiano. Attuazione ed effetti della direttiva rimpatri*" - Firenze, Università degli Studi, Facoltà di Giurisprudenza, 27 gennaio 2012, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 3.

[27] Sentenza 6 dicembre 2011, causa C - 329/11, '*Achughbabian*', n. 39.

[28] Ivi, n. 41.

[29] Ivi, n. 45.

siva, nei confronti dello straniero che non sia stato possibile allontanare e che continui a soggiornare irregolarmente nel loro territorio, "purché non sussista un giustificato motivo che ne preclude il rimpatrio"[30].

Il giustificato motivo che preclude il rimpatrio viene individuato sia in un divieto del diritto internazionale (o interno), sia in questioni indipendenti dagli individui ossia il rifiuto da parte del Paese d'origine di riconoscerne la cittadinanza. Non si ritiene che si possano riversare sugli stranieri irregolari le conseguenze di una incapacità statuale di espellerli, in questo caso infatti, gli stranieri irregolari non potrebbero essere sanzionati "penalmente perché non eseguono volontariamente un ordine a cui lo Stato non è riuscito a dare coattivamente attuazione"[31].

In conclusione quindi la Corte ha ritenuto di escludere dall'applicabilità della direttiva soltanto i casi in cui la sanzione penale sia conseguenza di fattispecie diverse dal reato di ingresso o permanenza irregolare[32].

5. Il nuovo orientamento della Corte

Analizzando quindi la giurisprudenza sviluppatasi intorno alla direttiva 2008/115/CE, a partire dalla fondamentale sentenza El Dridi, notiamo come la Corte sia giunta a dichiarare incompatibile con il sistema europeo di rimpatri la detenzione dello straniero per la sola irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, proprio perché questo tipo di sanzione si scontra con gli obiettivi stessi della direttiva rimpatri, frustrandone l'effetto utile. Infatti come abbiamo già sottolineato, dato che lo scopo primario della direttiva è quello di rimpatriare il soggetto irregolare nel modo più rapido ed efficace possibile, qualunque misura nazionale che possa rallentare o impedire la procedura di rimpatrio (come ad esempio una sanzione di tipo detentivo) va considerata in aperto contrasto con la direttiva in parola e con il suo scopo.

Tutto sta a capire se un simile ragionamento - pena detentiva incompatibile con la direttiva 2008/115 perché ostacola il rimpatrio - valga solo per il caso in cui l'ingresso o la presenza irregolare dello straniero sul territorio di uno Stato membro vengano accertati per la prima volta oppure - è questo infatti il quesito pregiudiziale sollevato nella causa in esame - valga anche nel caso in cui il soggetto, precedentemente rimpatriato, faccia nuovamente ritorno nello Stato accedendovi in violazione di un divieto di reingresso precedentemente emesso.

Abbiamo già detto che la Corte in un paio di occasioni (El Dridi e Achughbabian) ha avuto modo di ribadire che nonostante la competenza degli Stati membri sulla legislazione penale e le relative norme di procedura e, nonostante il fatto che la direttiva rimpatri non impedisca loro la possibilità di disciplinare la materia dell'immigrazione irregolare facendo ricorso agli strumenti del diritto penale – tendenza, peraltro, diffusa e ricorrente in Italia come in altri Paesi europei negli ultimi anni -, le norme nazionali non possono essere applicate qualora possano pregiudicare l'attuazione degli obiettivi perseguiti dalla normativa europea. La Corte di Giustizia quindi conferma che l'obiettivo basilare della direttiva rimpatri, è – come da ultimo confermato anche in una sentenza del 23 aprile 2015, Zaizoune, C-38/14[33] – quello di procedere all'allontanamento dello straniero irregolare il più velocemente possibile. Proprio con questo scopo, come stabilito già nel caso El Dridi e poi confermato con coerenza in altre suc-

[30] Ivi, n. 48.

[31] R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, cit.

[32] C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri, ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, 2, pp. 6 - 7.

[33] Sentenza del 23 aprile 2015, C-38/14, *Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa – Extranjería contro Samir Zaizoune*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

cessive pronunce[34], la Corte ha concluso che una pena di tipo detentivo risulta a tutti gli effetti un indiscutibile impedimento alla concretizzazione dell' obiettivo della direttiva rimpatri.

La soluzione quindi diviene che solo una sanzione di tipo pecuniario come l'ammenda, non risulterebbe in contrasto con lo scopo della direttiva 2008/115/CE.

Nel caso in questione però la Corte fa un ragionamento diverso. Secondo la stessa infatti in questa causa occorre valutare se una sanzione detentiva comminata non nel caso di primo ingresso irregolare nel territorio, ma di un illecito reingresso successivo, effettuato in violazione di un precedente divieto, sia compatibile o meno con la direttiva rimpatri.

Secondo la Commissione e i sei Governi intervenuti (italiano, ceco, tedesco, greco, norvegese e svizzero), è corretto utilizzare la pena detentiva nel caso di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato. Il ragionamento infatti è il seguente: i principi enunciati nella sentenza El Dridi non possono essere utilizzati estensivamente anche nel caso Celaj proprio in quanto le due situazioni sono sostanzialmente diverse. Infatti, il caso in cui lo straniero entri per la prima volta nel territorio dello Stato non è paragonabile al caso in cui egli ritorni per la seconda volta, dopo il essere stato rimpatriato e in violazione di un divieto di reingresso, in quanto sono due situazioni effettivamente diverse. In realtà secondo la Commissione e i sei Governi solo in questo secondo caso sarebbe giustificata la previsione di una pena detentiva, in quanto avrebbe l'obiettivo di scoraggiare lo straniero espulso dal rientrare nuovamente nel territorio dello Stato irregolarmente.

Secondo invece il giudice del rinvio fiorentino e l'Avvocato generale[35], entrambe le situazioni sono paragonabili, per cui la direttiva rimpatri è assolutamente contrastante con la previsione di una pena detentiva nei confronti del cittadino straniero anche nel caso di un suo reingresso nel territorio dello Stato. Secondo l'Avvocato generale infatti, bisogna considerare come fulcro della questione lo scopo della direttiva 2008/115/CE che è quello di fare tornare in patria lo straniero in modo idoneo e nel rispetto dei suoi diritti. Non rileva a tal proposito il numero di volte in cui l'individuo prova ad entrare nel territorio dello Stato, ma l'unica condizione rilevante è proprio la situazione di rimpatrio una volta accertata l'irregolarità del suo soggiorno. Infatti questo è, secondo l'Avvocato generale lo scopo del legislatore europeo e l'arresto dello straniero rallenta e ostacola tale finalità, annullando in tal modo l'effetto utile della direttiva rimpatri.

Riassumendo l'opinione dell'Avvocato generale (punto 60) possiamo dire quindi che "da qualunque prospettiva la si esamini, la reclusione di una persona ne ritarda, in definitiva, il futuro rimpatrio". Esso quindi ha suggerito alla Corte di dichiarare incompatibile con la direttiva rimpatri la pena detentiva prevista per lo straniero che, una volta ritornato nel suo Paese d'origine nell'ambito di una procedura di rimpatrio, sia poi rientrato irregolarmente nel territorio dello Stato membro. Infatti secondo l'Avvocato generale come nel caso di primo ingresso irregolare, così anche nel caso di secondo ingresso le esigenze di celere attuazione del rimpatrio previste dalla direttiva devono prevalere sull'applicazione della pena detentiva, che torna ad essere applicabile solo nel caso vi sia l'impossibilità di un effettivo rimpatrio dello straniero.

[34] In cui la Corte ha chiarito che l'obbligo di permanenza domiciliare imposto nel contesto di una procedura di rimpatrio è tale da ritardarne l'esecuzione e ostacola quindi l'allontanamento del soggetto.

[35] Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar presentate il 28 aprile 2015.

La Corte di giustizia invece, contrariamente ai suggerimenti dell'Avvocato generale, si limita a constatare che la situazione oggetto di valutazione è diversa da quella dei casi El Dridi, ed Achughbabian, proprio perché trattasi di uno straniero che fa per la seconda volta ingresso illegalmente nel territorio dello Stato, dopo essere stato già una volta rimpatriato. Per cui essendo i due casi diversi secondo la Corte la giurisprudenza precedente non rileva. Questo è il ragionamento sostanziale del giudice europeo che lo porta così a discostarsi dal suo precedente *corpus* giurisprudenziale in cui asseriva che qualora vi siano stranieri sottoposti ad una prima procedura di rimpatrio, l'uso della sanzione detentiva era conforme alla direttiva, a condizione che non ostacolasse il più celere rimpatrio dello straniero irregolare.

Pertanto la diversità sostanziale dei casi basta alla Corte per negare ogni conflitto tra la pena detentiva per il secondo ingresso e la direttiva, non prendendo più in considerazione le esigenze di celerità nell'esecuzione del rimpatrio dell'irregolare che avevano invece ispirato la Corte in relazione alla pena detentiva emanata nella circostanza della prima procedura di rimpatrio. Il ragionamento della Corte non è per niente chiaro al riguardo in quanto si arriva a dubitare che l'applicabilità della direttiva sia limitata solo al primo procedimento amministrativo di espulsione e di rimpatrio, mentre invece allo straniero cui sia già stato applicato una volta tale procedimento e sia tornato illegalmente in Italia, le prescrizioni della direttiva non si applichino più.

La sintesi dell'argomentazione è pertanto questa: "Da qualunque prospettiva la si esamini, la reclusione di una persona ne ritarda, in definitiva, il futuro rimpatrio. (..) La semplice affermazione che la direttiva 2008/115/CE non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare come reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di tale infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno, deve essere letta in questo contesto. 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 appurare se un soggiorno sia irregolare o meno"

6. Conclusioni.

La Corte quindi ha dichiarato che «la direttiva 2008/115/CE, non preclude la facoltà per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico dei 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 nel territorio di uno Stato membro trasgredendo un divieto di ingresso» (punto 30). Ha aggiunto, però, che, nei casi in cui la fattispecie ricada nell'ambito di applicazione della direttiva, tale facoltà debba essere esercitata in conformità all'art. 11 della stessa, nonché nel rispetto dei vincoli che discendono dalla tutela dei diritti fondamentali (in particolare di quelli garantiti nella CEDU e nella Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato), dai principi di proporzionalità, di leale cooperazione e dell'effetto utile, e, in ultima analisi, dalla necessità di costruire una politica *realmente* europea dell'immigrazione.

Riassumendo la direttiva «rimpatri» non osta, in linea di principio, ad una normativa che qualifichi come reato il nuovo ingresso illegale di un cittadino di un Paese terzo in violazione di un divieto di ingresso, prevedendo finanche una pena detentiva, purché tale normativa non comprometta il conseguimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva.

Questo comporta che l'attuazione di una politica in materia di rimpatri diventi parte integrante dello sviluppo, da parte dell'Unione europea,

di una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in particolare, la prevenzione dell'immigrazione illegale e il contrasto rafforzato alla stessa. Per cui da adesso in poi diventa possibile emanare sanzioni penali, secondo le norme nazionali, nel rispetto dei diritti fondamentali ed eventualmente della Convenzione di Ginevra a cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare che rientrano irregolarmente nel territorio di uno Stato membro trasgredendo un precedente divieto d'ingresso a loro diretto.
Così facendo però un divieto d'ingresso diventa una misura dura e coercitiva, che è un deterrente in sé e potenzialmente in conflitto con i diritti fondamentali dei migranti. L'imposizione di una sanzione penale per violazione di un divieto d'ingresso, come consentito in Celaj, appare quindi a nostro giudizio sproporzionata e non necessaria. Più in generale, la criminalizzazione delle violazioni (amministrative) delle leggi sull'immigrazione rischia di creare una fusione tra leggi sull'immigrazione e diritto penale, con conseguenze negative per i migranti, e un sovraccarico eccessivo per il sistema giudiziario penale di ciascuno Stato membro.