

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EL DRIDI Y LA INMIGRACIÓN IRREGULAR. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL DERECHO ITALIANO

ALESSIA DI PASCALE

Ricercatore di Diritto dell'UE. Università di Milano

BRUNO NASCIBENE

Professore ordinario di Diritto dell'UE. Università di Milano

SUMARIO: I. LA SENTENZA EL DRIDI E L'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE. II. IL MIGRANTE IRREGOLARE E LE ESIGENZE DI SICUREZZA. III. ALCUNI RILIEVI SULL'EVOLUZIONE DEL TRATTAMENTO DELLO STRANIERO. IV. I PRINCIPI AFFERMATI NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA. V. LA «DIRETTIVA RIMPATRI» E LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EL DRIDI. LE NORME ITALIANE CONTRASTANTI E IL PARZIALE ADEMPIMENTO DA PARTE DEL LEGISLATORE ITALIANO. VI. LA RILEVANZA DELLA SENTENZA EL DRIDI. VII. LE PRINCIPALI MODIFICHE ALLE NORME ITALIANE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE A SEGUITO DELLA SENTENZA EL DRIDI. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI. VIII. LE CONSEGUENZE DELLA SENTENZA: LADEGUAMENTO DA PARTE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO. PERPLESSITÀ E DUBBI. IX. LA SENTENZA ACHUGHBABIAN: SANZIONI PENALI E PROCEDURA DI RIMPATRIO. X. LA CRIMINALIZZAZIONE DEL MIGRANTE IRREGOLARE E LA POSIZIONE ESPRESSA DAL COMMISSARIO EUROPEO PER I DIRITTI UMANI DEL CONSIGLIO EUROPEO E DEL RELATORE SPECIALE PER I DIRITTI DEI MIGRANTI DELLA COMMISSIONE DEI DIRITTI UMANI DELLE NAZIONI UNITE. XI. I LIMITI ALLA DETENZIONE DEI MIGRANTI IRREGOLARI. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU. XII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

RESUMEN: El significativo e constante aumento de los fenómenos migratorios en la últimas décadas ha situado en el centro de la atención de los Estados las preocupaciones por la gestión y el control de los flujos, en particular de los irregulares. En este contexto, el debate acerca del recurso a sanciones penales como instrumento para contener la inmigración irregular está asumiendo una importancia creciente. El tema se

ABSTRACT: The significant and steady increase of migration in recent decades, focuses attention on states' concerns for the management and control of flows, particularly those of irregular migrants. In this context, the debate about the use of criminal sanctions as a means of containment of undocumented migration is becoming increasingly important. The theme fits, however, in an international context that is changing the

enmarca, además, en un contexto internacional, que está cambiando su aproximación al tratamiento de los extranjeros, a la búsqueda de un equilibrio entre los derechos fundamentales y las prerrogativas estatales. En 2011 el Tribunal de Justicia ha proclamado algunos principios importantes en la materia, pronunciándose en dos ocasiones acerca del alcance de la Directiva 2008/115/CE, conocida como "Directiva de retorno", en relación a la legitimidad de las sanciones penales previstas contra los migrantes irregulares: en un caso, por parte de normas italianas; en el otro, por parte de normas francesas, contribuyendo a definir mejor los límites dentro de los cuales los legisladores nacionales pueden operar. Sin discutir la legitimidad de las sanciones penales previstas por las legislaciones nacionales contra los inmigrantes irregulares, el Tribunal de Justicia ha recordado, sin embargo, las obligaciones impuestas a los Estados por el Derecho de la Unión Europea en relación con la tutela de los derechos, haciendo que el legislador italiano se viera forzado a modificar las previsiones en vigor para adecuarse a los principios afirmados. Los pronunciamientos del Tribunal contribuyen a orientar el debate internacional sobre una cuestión de importancia crucial, acerca de la cual también otros tribunales y organismos internacionales se han manifestado, cada vez en mayor medida, en los últimos años.

PALABRAS CLAVE: Inmigración irregular, sanciones penales, Derecho de la UE, detención, derechos fundamentales.

approach to the treatment of foreigners, trying to find a balance between fundamental rights and state prerogatives. In 2011 the Court of Justice issued some important principles on the subject, ruling in two occasions on the scope of Directive 2008/115/EC, the so-called Return Directive, in relation to the legitimacy of criminal sanctions placed against irregular migrants: in one case by the Italian rules, in the other by French legislation, helping to better define the limits within which national legislators can operate. Without questioning the legitimacy of the criminal penalties imposed by national laws against irregular migrants, the Court of Justice has, however, recalled the obligations imposed on States by European Union law and the protection of fundamental rights, forcing the Italian legislature to amend the rules in force to conform to the principles laid down. But the judgments of the Court help to orient the international debate on a profile of crucial importance, in which other courts and international bodies have affirmed increasing interest in recent years.

KEYWORDS: Irregular migration, criminal sanctions, EU law, detention, fundamental rights.

Fecha recepción original: 21 de marzo de 2012

Fecha aceptación: 4 de abril de 2012

I. LA SENTENZA EL DRIDI E L'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

La sentenza della Corte di giustizia nel caso *El Dridi* rappresenta un'importante affermazione dei diritti degli stranieri e dei doveri degli Stati¹. Il tema

1. La sentenza del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU *El Dridi*, non ancora pubblicata in raccolta, è leggibile in <http://www.curia.europa.eu>; ivi anche la presa di posizione dell'avvocato generale Mazák. Per alcuni commenti sulla sentenza si vedano, in *Guida al diritto*, 2011, n° 25, Castellaneta, M., «Netta bocciatura per il sistema italiano troppo duro con chi ignora l'espulsione», pp. 25-27; Cfr. inoltre Amalfitano, C., «La reclusione degli immigranti irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del Questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri», *Cassazione penale*, 2011, pp. 2786-2797; FAVILLI, C., «Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia», *Diritto penale e processo*, 2011, 904-907; GILIBERTO, A., «Immigrazione : alcune conseguenze della sentenza El Dridi della Corte di giustizia europea sull'ordinamento italiano», *Giudice di pace*, 2011, 244-254; VIGANÒ, F.,

dell'immigrazione nel diritto dell'Unione europea assume, infatti, contorni sempre più definiti e di sempre maggior rilievo, incidendo sulle posizioni dei singoli, sia a livello di Unione, sia a livello nazionale: nella fattispecie a livello dell'ordinamento italiano, essendo stata posta, la questione pregiudiziale, da un giudice italiano.

La sentenza, prima di un esame nel dettaglio, è anche l'occasione per svolgere rilievi di carattere generale.

Si deve, infatti, sottolineare come il rilevante aumento del fenomeno migratorio nel corso degli ultimi decenni abbia accresciuto le preoccupazioni in ordine al controllo dei flussi, in particolare di quelli irregolari. Gli strumenti e i meccanismi di contenimento sono, così, progressivamente, posti al centro del dibattito, non solo a livello nazionale, ma anche sovranazionale. Significativo è il ruolo svolto dall'Unione europea, cui è stata attribuita con il Trattato di Amsterdam una specifica competenza nella materia, seppur in via ripartita con gli Stati membri, e che dal 1999 in poi, in base a tale nuova competenza, ha adottato numerose misure².

Rispetto al tema del controllo dell'immigrazione irregolare nel suo complesso, sta assumendo crescente rilievo a livello internazionale il dibattito in merito alla c.d. criminalizzazione del migrante irregolare. Nel corso degli ultimi anni, infatti, molti Stati hanno progressivamente introdotto sanzioni penali applicabili nei confronti delle persone che fanno ingresso, rientrano o soggiornano nel loro territorio illegalmente, invece di ricorrere a misure amministrative. Per quanto riguarda l'Italia, in particolare, l'introduzione, nel 2009, del reato di immigrazione clandestina, l'art. 10-bis del T.U. immigrazione (D.Lgs. 286/98, *Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*) ha suscitato molte polemiche. Dispone la norma che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso

MASERA, L. «Addio articolo 14», in <http://www.penalecontemporaneo.it>; LIGUORI, A., «Testo unico sull'immigrazione e "direttiva rimpatri": il caso di El Dridi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 640-646; RAFFAELLI, R., «Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case», *European Journal of Migration and Law*, 13, 2011, pp. 467-489; LEBOEUF, L., «La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt El Dridi», *Revue du droit des étrangers*, 2011 pp. 181-191.

2. Sulla politica dell'immigrazione dell'Unione europea si vedano, fra i molti contributi, DE BRUYCKER, P., URBANO DE SOUSA, C. (sous la direction de), *L'émergence d'une politique européenne d'asile. The emergence of a european asylum policy*, Bruxelles, 2004; FAVILLI, C., «Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione», *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n° 2, 2010, pp. 7-30; ADINOLFI, A., «La politica dell'immigrazione dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona», *Rassegna di diritto pubblico europeo*, vol. n° 2 (luglio-dicembre 2011), pp. 13-50; i vari contributi in KADDOUS C., DONY M. (éd.), *D'Amsterdam à Lisbonne : dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, 2010, Bâle-Bruxelles-Paris; nonché il nostro NASCIBENE B., «Recent trends in European migration and asylum policies», in *Liber Fausto Pocar*, vol. n° 1, Milano, 2009, pp. 567-609.

ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni in materia di immigrazione (contenute nel testo unico, nonché all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, che disciplina i soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio), è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro³. Pur non essendo prevista la detenzione, l'immigrato incorre in una responsabilità penale: la sanzione è penale, non già, semplicemente, amministrativa.

II. IL MIGRANTE IRREGOLARE E LE ESIGENZE DI SICUREZZA

L'adozione in Italia di misure sempre più repressive del fenomeno, collocate in complessi di norme definiti «pacchetti-sicurezza»⁴, si inseriscono in un contesto internazionale di criminalizzazione del migrante irregolare. Una tendenza che si riscontra soprattutto a partire dall'ultimo decennio, acuita dall'impatto politico degli attacchi terroristici nel 2001 e in seguito diffusasi in molti paesi del mondo⁵.

3. In tale ipotesi di reato non trova peraltro applicazione l'articolo 162 del codice penale, ai sensi del quale nelle contravvenzioni, per le quali la legge stabilisce la sola pena dell'ammenda, il contravventore è ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, una somma corrispondente alla terza parte del massimo della pena stabilita dalla legge per la contravvenzione commessa, oltre le spese del procedimento. Il pagamento estingue il reato. Sulle più recenti modifiche apportate alla legislazione sull'immigrazione e in particolare in relazione all'uso degli strumenti penali si vedano RENOLDI, C., I reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato, *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, 2009, n° 4, p. 38-52; CAPUTO, A., «Nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato», in *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, a cura di CORBETTA, S., DELLA BELLA, A., GATTA, G. L., Milano, 2009, p. 235 ss.; MASERA, L., «Terra bruciata» attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti», in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di MAZZA, O. e VIGANÒ, F., Torino, 2009, p. 60 ss.
4. Nel 2008 e 2009 sono infatti state apportate alcune significative modifiche alla disciplina dell'immigrazione, in una chiave più restrittiva. Esse sono state incluse in c.d. pacchetti-sicurezza, ovvero complessi di norme accomunati dalla finalità complessiva di tutela della pubblica sicurezza, modificando pertanto quella parte della disciplina ritenuta funzionale al raggiungimento dell'obiettivo. Tra le disposizioni più contestate (disposizioni di chiaro indirizzo politico) si ricordano la c.d. aggravante di clandestinità, introdotta dall'art. 1, comma 1, lettera f), del Decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della Legge 24 luglio 2008, n. 125 che prevedeva l'aumento fino ad un terzo della pena per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»; l'articolo 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) che richiedeva allo straniero che desiderasse contrarre matrimonio in Italia di esibire un documento attestante la regolarità del soggiorno, risolvendosi in una limitazione della capacità di contrarre matrimonio, rientrando sia sotto il profilo costituzionale, che internazionale, tra i diritti fondamentali e il ricordato reato di immigrazione clandestina. Queste norme, limitative dei diritti del singolo, sono state sottoposte al vaglio della Corte costituzionale, che ha sancito l'illegittimità sia della circostanza aggravante (sentenza n. 249 dell'8 luglio 2010), sia dell'art. 116 c.c. nella parte in cui imponeva il requisito dell'esibizione del permesso di soggiorno (sentenza n. 245 del 25 luglio 2011).
5. FERNÁNDEZ C., MANAVELLA A., ORTUNO J.-M., *The Effects of exceptional legislation on*

Le considerazioni che seguono si concentrano quindi su un'analisi dei recenti sviluppi del tema, nel contesto dell'Unione europea, ove nel 2011 la Corte di giustizia ha svolto alcuni rilevanti interventi, che hanno direttamente inciso sulla normativa italiana, rendendo necessario un adeguamento da parte del legislatore. Il tema del controllo e della repressione dell'immigrazione irregolare tramite il ricorso a sanzioni penali costituisce una questione cruciale nel dibattito internazionale, ove ha dato origine a diverse posizioni e dove l'attenzione si sta incentrando sulla ricerca di misure alternative alla detenzione. La pronuncia della Corte si inserisce in questo contesto più generale, con l'obiettivo di delineare, se possibile, delle linee guida per i comportamenti che gli Stati debbono tenere al fine di conformarsi agli obblighi di diritto UE.

III. ALCUNI RILIEVI SULL'EVOLUZIONE DEL TRATTAMENTO DELLO STRANIERO

Tralasciando valutazioni di natura politica circa l'opportunità di sanzionare penalmente l'ingresso e il soggiorno irregolare dello straniero⁶, il tema si presta ad alcune riflessioni sul rapporto tra lo straniero e lo Stato, e sono funzionali anche ad un esame dell'evoluzione del tema del trattamento dello straniero.

Nel diritto internazionale «classico», il controllo delle persone che fanno ingresso sul territorio, nonché la loro eventuale espulsione, erano infatti ritenuti tra le prerogative della sovranità statale. Alla fine del XIX secolo, l'*Institut de Droit International* affermava, in proposito, che «per ciascuno Stato il diritto di ammettere o rifiutare l'ammissione dello straniero, di ammetterlo condizionata-mente o di espellerlo costituisce una logica e necessaria conseguenza della propria sovranità ed indipendenza»⁷. Tali principi hanno trovato accoglimento nella giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in numerose occasioni ha affermato che ciascuno Stato ha il diritto di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri⁸. Principi cui la Corte fa tuttora riferimento, seppur temperandoli con altre norme in relazione alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

La definizione dello standard di trattamento dello straniero appare infatti, oggi, significativamente influenzata dal diritto internazionale dei diritti de-

criminalisation of immigrants and people suspected of terrorism, CHALLENGE, Report 9, (2009), pubblicato su: <http://www.libertysecurity.org/article2496.html>.

6. Su questi profili si veda soprattutto VIGANÒ, F., «Diritto penale e immigrazione : qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n° 3, 2010, pp. 65 ss. Si segnala altresì la risoluzione 1707/2010 adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 28 gennaio 2010 «Detenzione dei richiedenti asilo e degli immigrati irregolari in Europa». Il rapporto preparatorio della Relatrice Mendonça (Doc. 12105) solleva il problema dell'efficacia delle sanzioni penali, ed in particolare della detenzione, per finalità di controllo dei flussi. Dopo un'analisi delle misure alternative alla detenzione, di cui si auspica il ricorso, sono formulati 10 principi guida sulla legalità della detenzione dei richiedenti asilo e degli immigrati irregolari.
7. *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, supra nt. 28.
8. Fra le molte pronunce si veda in particolare la sentenza del 28 maggio 1985, Serie A, n. 94, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*.

l'uomo, che integra o si sostituisce, ove necessario, alle norme sul trattamento. L'orientamento della dottrina è del tutto prevalente in tal senso⁹, sottolineando l'apporto degli strumenti internazionali sui diritti umani, a partire dallo Statuto delle Nazioni Unite e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Una sintesi di tale orientamento è la risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 40/144 (1985) con cui è stata adottata la «Dichiarazione sui diritti umani degli individui che non sono cittadini del paese in cui vivono». In epoca più recente questa Dichiarazione è stata richiamata nelle «conclusioni e raccomandazioni» della relazione finale su «Prevenzione delle discriminazioni. I diritti dei non cittadini» del Relatore speciale Weissbrodt, nominato dalla Commissione per i diritti umani delle N.U., sottocommissione per la promozione e la protezione dei diritti umani e che ha concluso i suoi lavori nel 2003¹⁰.

L'elaborazione della condizione dello straniero negli ultimi decenni sembra essersi evoluta grazie, soprattutto, al rilievo attribuito al principio di non discriminazione, che insieme a quello di uguaglianza rappresenta uno dei principi cardine del sistema internazionale dei diritti umani. Inserito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 2) e nella Carta delle Nazioni Unite (art. 1), il divieto di discriminazione ha trovato un espresso riconoscimento in tutti gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. Esso viene con sempre maggiore frequenza impiegato per valutare la possibilità e la legittimità di limitazioni apposte alla condizione dello straniero. Come è stato affermato dal Relatore speciale Weissbrodt, (relazione finale, contenente una sintesi dei principi generali e delle eccezioni applicabili ai diritti dei non cittadini), il sistema dei diritti umani si basa sulla premessa che tutte le persone debbano godere di tutti i diritti umani, essendo ammesse eccezioni solo nelle ipotesi in cui la distinzione tra cittadini e non cittadini sia funzionale ad uno scopo legittimo.

Anche alla luce dell'evoluzione in corso rilevano alcune prese di posizione diverse nell'ambito di organizzazioni internazionali rispetto al tema del controllo dell'immigrazione irregolare e, in particolare, per quanto riguarda la legittimità del ricorso a sanzioni penali.

9. Per un'analisi recente si veda NASCIBENE B., *Straniero (diritto internazionale)*, in Enc. Dir.-Annali 2012, Milano, in corso di pubbl. Cfr. nel passato. VILLANI, U., «I diritti degli stranieri negli atti internazionali sui diritti dell'uomo», *Studi senesi*, 1987, pp. 105-128; TIBURCIO, C., *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague-Boston, 2001; BOGUSZ, C., *Irregular Migration and Human Rights, theoretical, European, and international perspectives*, Leiden, 2004; WEISSBRODT, D., *The Human Rights of Non-citizens*, Oxford, 2008; nonché i vari contributi in Aleinikoff, F., CHETAUV, (sous la direction de), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, 2003; CHETAUV, (sous la direction de), *Mondialisation, migrations et droits de l'homme: le droit International en question*, vol. II, Bruxelles, 2007; BENVENUTI P., (a cura di), *Flussi migratori e fruizioni dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto, 2008; BATTISTELLA G., (a cura di), *Migrazioni, Dizionario Socio Pastorale*, Torino, 2010 (cfr. in particolare NASCIBENE, B., DI PASCALE, A., *Diritti dei migranti*); PISILLO MAZZESCHI, R., PUSTORINO P., Viviani A., *Diritti umani degli immigranti*, Napoli, 2010; Flauss J.-C. (sous la direction de), *Migrations de populations et droits de l'homme*, Bruxelles, 2011.

10. Doc. E/CN. 4/Sub. 2/2003/23 del 26 maggio 2003

Significativi in tale quadro sono i lavori in corso in seno sia alle Nazioni Unite, in particolare per opera del Relatore speciale per i diritti dei migranti, sia nel più ristretto ambito regionale, del Commissario europeo per i diritti dell'uomo. Entrambi negli ultimi anni si sono, infatti, ripetutamente occupati di tale profilo. E' soprattutto in relazione al tema della detenzione dei migranti e alla ricerca di validi strumenti alternativi che si può evidenziare una progressiva e costante attenzione a livello internazionale¹¹.

IV. I PRINCIPI AFFERMATI NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Anche la Corte di giustizia, nel corso del 2011, ha espresso alcuni importanti principi sul tema, pronunciandosi sulla «direttiva rimpatri»¹². Dapprima con la sentenza del 28 aprile 2011 (*El Dridi*), resa in relazione ad una norma dell'ordinamento italiano e in un contesto di inadempimento nella trasposizione della direttiva, e successivamente con la sentenza del 6 dicembre 2011 (*Achughbabian*) che ha fornito altri, rilevanti criteri interpretativi¹³. La Corte di giustizia è competente, come è noto, a pronunciarsi sul diritto europeo (primario e derivato) in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE, oggetto del suo esame essendo le norme adottate dalle istituzioni dell'Unione, quali le direttive adottate da Consiglio e Parlamento su proposta della Commissione, all'esito di un processo decisionale che vede pienamente associati gli Stati membri nell'ambito del Consiglio. Si tratta quindi di un'interpretazione formulata alla luce dei principi che informano l'ordinamento dell'Unione, anche sulla base di previsioni che esprimono il punto di vista degli Stati (Consiglio), in un contesto, peraltro, particolarmente sensibile quale è quello dell'immigrazione.

Tanto più interessante appare quindi il raffronto con altre prese di posizione a livello internazionale, che esprimono invece preoccupazioni più orientate all'elaborazione di valori assoluti e sono ispirate ovvero determinate, quindi, soprattutto da esigenze di tutela dei diritti fondamentali, rispetto ad altre che sottendono apprensioni legate alla tutela delle prerogative statali.

11. Si vedano tra i molti interventi a livello internazionale le risoluzioni adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 63/184, *Protection of Migrants*, 63rd sess., Marzo 2009, A/RES/63/184, specialmente par. 9, e n. 64/166 *Protection of Migrants*, 64th sess., Marzo 2010, A/RES/64/166. Nel maggio 2011 l'UNHCR e l'OHCHR hanno promosso una *global roundtable* sulle alternative alla detenzione. In proposito cfr. *Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons: Geneva, Switzerland, 11-12 May 2011*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, vol. 23, n. 4, pp. 876-883. Anche l'Agenzia dell'Unione europea sui diritti fondamentali si è occupata di questi profili: cfr. il rapporto predisposto nel settembre 2010 *Detention of third-country nationals in return procedures*, pubblicato su: http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/detention-third-country-nationals-report-092010_en.pdf.
12. *Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in GUUE L 348 del 24.12.2008, p. 98.
13. Per alcuni commenti sulla sentenza si vedano i contributi segnalati alla n. 1 sopra.

V. LA «DIRETTIVA RIMPATRI» E LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EL DRIDI. LE NORME ITALIANE CONTRASTANTI E IL PARZIALE ADEMPIMENTO DA PARTE DEL LEGISLATORE ITALIANO

Nell'ambito della politica di immigrazione dell'Unione europea, le misure di contrasto all'immigrazione irregolare hanno sin dall'avvio della nuova competenza suscitato grande interesse. Gli atti normativi adottati in tale settore (una ventina) sono stati principalmente volti a rafforzare il controllo e la sorveglianza delle frontiere esterne dell'Unione europea, a favorire il rimpatrio dei migranti irregolari, ma anche a definire le sanzioni, amministrative e penali, applicabili nei confronti di quanti (vettori, ma anche datori di lavoro) siano coinvolti nel processo di immigrazione irregolare¹⁴.

Tra queste misure deve essere senz'altro menzionata la «direttiva rimpatri», adottata dopo tre anni di negoziati tra Stati membri e Istituzioni, che ha tuttavia suscitato vivaci reazioni da parte di associazioni, sindacati, ma anche di molti governi dei paesi Latino-americani ed africani, incentrate in particolare sulla compatibilità di molte previsioni con i diritti fondamentali¹⁵. In attuazione del Programma dell'Aia, che aveva sollecitato l'istituzione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio, la direttiva ha introdotto una disciplina uniforme per tutti gli Stati membri, in relazione sia all'espulsione degli immigrati in posizione irregolare, sia al loro trattenimento ai fini dell'allontanamento¹⁶.

Rispetto al tema qui in esame, rileva in particolare l'art. 15 della direttiva, che fissa le modalità per il trattenimento ai fini dell'allontanamento, qualificando pertanto la misura restrittiva della libertà personale come funzionale al rimpatrio. Ai sensi del par.1, infatti, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento. La norma fa salva, però, la possibilità di applicare efficacemente, nel caso concreto, altre misure sufficienti, ma meno coercitive.

Nell'anno trascorso, la Corte di giustizia è intervenuta, come si è detto, due volte pronunciandosi in relazione alla legittimità delle sanzioni penali disposte nei confronti dei migranti irregolari: in un caso da parte delle norme

14. Per un'analisi dettagliata delle misure adottate dall'Unione europea nel settore dell'immigrazione irregolare cfr. MERLINO M., PARKIN J., *Irregular Migration in Europe: EU policies and the Fundamental Rights Gap*, CEPS, 2011.

15. Cfr. in proposito anche la risoluzione adottata dalla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo n° 03/08, del 25 luglio 2008, *Derechos humanos de los migrantes. Estándares internacionales y directiva europea sobre retorno*.

16. Per un commento alla direttiva cfr. MAIANI F., «Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et statu quo en droit des étrangers sous l'influence de la Directive sur le retour», *Annuaire suisse de droit européen 2008/2009*, Zürich, 289 ss.; Baldaccini A., «The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive», *European Journal of Migration and Law*, 2009, Vol. 11, N° 1, pp. 1-17.

italiane; nell'altro caso da parte delle norme francesi, contribuendo a meglio definire i limiti entro i quali i legislatori nazionali possono operare.

La sentenza *El Dridi* ha riguardato, precisamente, la possibile incompatibilità, poi ritenuta tale, di norme italiane: l'art. 14, comma 5-ter del t.u. immigrazione con tale direttiva rimpatri, in particolare con gli artt. 15 e 16 che riguardano, appunto, il trattenimento dello straniero, le modalità e le condizioni del trattenimento stesso.

Le norme prese in considerazione dalla Corte di giustizia, in relazione alla norme dell'Unione, erano state introdotte dal legislatore italiano nell'ambito del pacchetto sicurezza 2009, cui si è già accennato.

In tale contesto, si segnalano in particolare le disposizioni contenute all'art. 14, comma 5 del Testo unico sull'immigrazione, volte appunto a rendere più severo il quadro giuridico relativo all'esecuzione dell'espulsione. Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, veniva previsto che il questore ordinasse allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, qualora non fosse stato possibile trattenerlo in un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne avesse consentito l'allontanamento dal territorio nazionale (art. 14, comma 5-bis). La norma oggetto di esame, nella sua originaria formulazione, prevedeva che la permanenza ingiustificata nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del suddetto comma 5-bis, fosse punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento erano stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale, ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applicava, invece, la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione fosse stata disposta sulla base di un permesso di soggiorno, scaduto da più di sessanta giorni, di cui non era stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno era stata rifiutata. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovasse in stato di detenzione in carcere, la norma prevedeva che si procedesse all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis¹⁷.

La Corte di giustizia ha censurato non solo la specifica disposizione che punisce con la reclusione l'inottemperanza all'ordine del Questore di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni, ma anche «ogni [altra] disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva»¹⁸. Le norme nazionali considerate sono state infatti ritenute in contrasto con la *ratio* e l'effetto utile della direttiva, perché perseguono una finalità opposta a quella

17. Si veda l'art. 14, comma 5-ter, nella formulazione anteriore alla legge 129/2011.

18. Cfr. la sentenza *El Dridi*, punto 61.

sottesa alla direttiva: in sostanza, la reclusione dello straniero irregolare anziché il suo rimpatrio volontario. Finalità che, ovviamente, deve essere tenuta presente per giudicare la correttezza della trasposizione.

Le norme nazionali sollevano, inoltre, profili di incompatibilità con i diritti fondamentali della persona destinataria del provvedimento di espulsione-rimpatrio, contrastando anche sotto questo profilo con la direttiva, fondata (come i considerando n. 2 e n. 24 della stessa espressamente affermano) sulla tutela dei diritti fondamentali.

La disciplina nazionale in questione non poteva, dunque, che essere dichiarata incompatibile con la direttiva, con conseguente disapplicazione da parte dei giudici e delle autorità nazionali, in considerazione dell'efficacia diretta delle disposizioni rilevanti (artt. 15 e 16), la Corte avendo peraltro già affermato, in una precedente occasione, l'immediata applicabilità dell'art. 15.¹⁹

La Corte ha sottolineato e ricordato al giudice nazionale (non solo a quello italiano, ovviamente, che aveva posto la questione pregiudiziale) che nel fare ciò deve tenere conto del principio della retroattività della legge penale più favorevole (*lex mitior*) nella specie, allo straniero irregolare; che tale principio fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e ha natura di carattere generale nel diritto dell'Unione.²⁰ Il giudice italiano (penale e amministrativo), come si dirà poco oltre, si è correttamente conformato a tale principio.

VI. LA RILEVANZA DELLA SENTENZA EL DRIDI

La sentenza presenta vari profili di interesse, con riguardo sia al diritto UE, sia al diritto nazionale, in particolare alle norme di recepimento più recentemente adottate.

a) In primo luogo essa rappresenta il primo caso di applicazione del procedimento pregiudiziale di urgenza (*ex art. 104-ter* del regolamento di procedura della Corte) nell'ambito di una vicenda relativa a una persona detenuta. Il procedimento si è svolto in tempi assai rapidi (poco più di due mesi), rispondendo pienamente alle esigenze di urgenza.²¹

b) In secondo luogo, la sentenza formula un'ampia disamina della direttiva, chiarendo in particolare quali sono gli obblighi cui debbono attenersi gli Stati nel dare attuazione all'obbligo di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui

19. Cfr. la sentenza del 30 novembre 2009, n. C-375/09 PPU, *Kadzoev*, in *Raccolta*, p. I-11189.

20. In questi termini, fra le altre, Corte di giustizia, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Raccolta*, p. I-3565, spec. punti 67-69; 11.3.2008, n. C-420/06, *Jager*, in *Raccolta*, p. I-1315, spec. punto 59.

21. Su tale procedimento cfr. CONDINANZI, M., MASTROIANNI, R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 437 ss.; A. Tizzano, B. Gencarelli, «La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 923-936.

soggiorno sia irregolare, stabilito all'art. 6, par. 1, e fissa la successione delle diverse fasi di tale procedura. La direttiva, e di ciò gli Stati non possono non tener conto nel dare attuazione alla stessa, «non consente di applicare norme più severe nell'ambito che essa disciplina».²² Priorità va, innanzitutto, accordata all'esecuzione volontaria: di questo obiettivo anche il legislatore italiano avrebbe dovuto tener conto, mentre con la legge n. 129/2011, adottata anche per recepire la direttiva, sembra privilegiata, ancora, l'esecuzione coattiva. Quella volontaria è certamente prevista (e non poteva essere altrimenti), ma viene prospettata come un'alternativa alla coattiva, al contrario, dunque, della *ratio* della direttiva. Soltanto in due casi gli Stati membri possono limitare o privare lo straniero della libertà personale ricorrendo al trattenimento: *a)* quando lo Stato debba procedere all'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento (perché allo straniero, considerato il pericolo di fuga o sussistendo motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sicurezza nazionale, non è stato concesso il termine per l'esecuzione volontaria, ovvero se concesso, non è stato rispettato); *b)* quando l'allontanamento rischia, valutata la situazione caso per caso, di essere compromesso dal comportamento dell'interessato. Ipotesi eccezionali, dunque, da intendere in senso restrittivo. Ma di queste due ipotesi eccezionali, come si dirà, il legislatore italiano non sembra aver tenuto conto.

Nella prospettazione della Corte, il trattenimento, in quanto privazione della libertà, è parimenti sottoposto a limiti stringenti. Deve avere durata quanto più breve possibile e protrarsi solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio; va riesaminato a intervalli ragionevoli e deve in ogni caso cessare appena risulti che non esiste più una prospettiva ragionevole di allontanamento. La privazione della libertà personale è, dunque, soltanto strumentale alla finalità perseguita dalla direttiva: ossia il rimpatrio, volontario (non già coatto).

c) In terzo luogo, la sentenza sottolinea la rilevanza (come si è accennato) della tutela dei diritti delle persone e richiama, in proposito, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui il principio di proporzionalità esige che il trattenimento di una persona sottoposta a procedura di espulsione o di estradizione non si protragga oltre un termine ragionevole: vale a dire, non superi il tempo necessario per raggiungere lo scopo perseguito.²³ Anche di tale orientamento, ovviamente, il giudice nazionale deve tener conto e, a maggior ragione, il legislatore nazionale nel dare attuazione alla direttiva: preoccupazione che non sembra essere stata presente al legislatore italiano, in sede di trasposizione (legge n. 129/2011) della direttiva.

22. Cfr. la sentenza *El Dridi*, punto 33.

23. Si veda la sentenza 28.1.2008, *Saadi c. Regno Unito*. Per alcuni rilievi in proposito, sui limiti della privazione della libertà e le condizioni o standard da rispettare, si consenta rinviare al nostro *Il diritto di asilo. Gli standard di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standard internazionali*, in *La protezione dei diritti fondamentali: Carta dei diritti dell'UE e standard internazionali* (XV Convegno annuale SIDI, Bologna, 10-11.6.2010), Napoli, 2011, spec. 32 ss. (riferimenti *ivi*).

VII. LE PRINCIPALI MODIFICHE ALLE NORME ITALIANE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE A SEGUITO DELLA SENTENZA EL DRIDI. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Le conseguenze della sentenza della Corte di giustizia nella causa *El Dridi* sono state, come assai raramente accade in Italia, immediate. Nello spazio di pochi giorni sia la Corte di Cassazione, sia il Consiglio di Stato (giudici diversi dal giudice di merito, Corte d'appello di Trento, che aveva rinviato la questione pregiudiziale alla Corte), ne hanno tenuto conto, disapplicando le norme nazionali contrastanti con il diritto UE. Malgrado una lettura critica e riduttiva proposta da alcuni membri del nostro Governo, la sentenza ha messo in dubbio la *ratio* stessa della criminalizzazione delle norme sull'ingresso e soggiorno dello straniero nel nostro Paese, richiedendo non solo una modifica delle stesse, ma anche un «ripensamento» di carattere generale, che tuttavia non è ancora avvenuto, pur in presenza di perplessità e interrogativi che si pongono a chi deve interpretarle e applicarle.

Come si è detto, l'analisi della Corte di giustizia ha chiarito quale sia la *ratio* della direttiva e la conseguente sequenza nell'applicazione delle misure da essa stabilite. Qualora lo straniero in posizione irregolare non abbia lasciato il territorio nazionale volontariamente, sia perché (in via del tutto eccezionale) non abbia potuto usufruire di tale procedura mancando i presupposti, sia perché non abbia invece rispettato il termine previsto per l'allontanamento, si deve procedere all'allontanamento, adottando tutte le misure necessarie, comprese quelle coercitive. Ma solo ove l'allontanamento immediato non sia possibile, e se altre misure meno coercitive o afflittive non possano trovare applicazione, lo Stato può ricorrere al trattenimento che è strumentale, e rappresenta una *extrema ratio*, servendo solo a preparare il rimpatrio e a effettuarlo, nel rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali della persona.

Lo Stato non può quindi «ovviare all'insuccesso delle misure coercitive» (quale il trattenimento) dallo stesso adottate²⁴. Le disfunzioni dell'apparato non possono, insomma, ricadere sullo straniero, a maggior ragione quando la conseguenza sia la privazione della libertà personale, e sia in gioco il rispetto dei diritti fondamentali.

Le conseguenze che derivano da tale principio sono, nella materia dell'immigrazione, importanti. Una volta cessato il trattenimento, lo straniero, secondo le norme del nostro paese, viene nuovamente espulso, ma gli stessi motivi che non hanno consentito l'espulsione forzata (prima) non consentono (poi) il rimpatrio volontario a seguito del (nuovo) provvedimento di espulsione, così integrando, tale comportamento dello straniero, gli estremi del reato oggetto di censura. La Corte ha, dunque, censurato tale sistema nazionale «perverso», e i giudici nazionali (non solo quello *a quo*, come si è detto), grazie alla nota efficacia *erga omnes* delle pronunce pregiudiziali della Corte, ne hanno preso

24. Cfr. la sentenza *El Dridi*, punto 58.

atto, segnando la sorte di norme del tutto incompatibili con il diritto dell'Unione europea.²⁵

VIII. LE CONSEGUENZE DELLA SENTENZA: L'ADEGUAMENTO DA PARTE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO. PERPLESSITÀ E DUBBI

All'adeguamento normativo ai principi elaborati dalla Corte il governo italiano ha ritenuto di provvedere con la legge 129/2011²⁶, adottata innanzitutto per recepire la direttiva rimpatri. Nella nuova disciplina il diritto penale dell'immigrazione ha subito alcune rilevanti modifiche. In particolare le pene detentive precedentemente previste per l'inottemperanza al decreto di espulsione sono state sostituite da una pena pecuniaria²⁷. In molti si aspettavano che il recepimento della direttiva potesse essere occasione anche per abolire il ricordato reato di cui all'art. 10-*bis*, la cui *ratio* veniva nella sostanza assimilata a quella della fattispecie censurata²⁸, o che almeno si potessero ripensarne gli effetti, tra cui in particolare il divieto di reingresso.

Sono diversi, tuttavia, i profili in ordine ai quali il decreto di recepimento desta perplessità rispetto alla direttiva. Tra questi rilevano in particolare le nuove modalità di trattenimento in vista dell'allontanamento, ma anche il ruolo assegnato al rimpatrio volontario e assistito.

a) Rispetto al testo precedente, allorché non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione con accompagnamento alla frontiera o il respingimento, si applica la misura del trattenimento amministrativo (al posto della detenzione). Tuttavia tale misura solleva diversi dubbi di compatibilità in relazione

-
25. Sull'efficacia *erga omnes* e, in particolare, sugli obblighi dello Stato discendenti da una «pronuncia pregiudiziale da cui risulti l'incompatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario», le autorità nazionali dovendo «adottare i provvedimenti generali o particolari idonei a garantire il rispetto del diritto comunitario sul loro territorio», cfr. Corte di giustizia, 21.6.2007, cause riunite da C-231 a C-233/06, *Jonkman*, in *Raccolta*, p. I-5149, punti 36-41 (con richiamo di precedenti).
 26. Con il DL 23 giugno 2011, 89, convertito con modificazioni, dalla L. 2 agosto 2011, n. 129, il TU immigrazione è stato modificato per recepire la direttiva 2008/115/CE, anche alla luce dei rilievi mossi dalla Corte di giustizia.
 27. Nella formulazione attualmente in vigore, modificata dalla L. 129/2011, l'art. 14-*ter* del TU immigrazione prevede infatti che la violazione dell'ordine di cui al comma 5-*bis* sia punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-*ter*, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, comma 5 TU immigrazione.
 28. Una questione in relazione all'art. 10-*bis*, sollevata dal giudice di Pace di Mestre è stata sottoposta in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, Causa C-144/11, che l'ha tuttavia dichiarata irricevibile a causa dell'inadeguata descrizione delle circostanze in fatto, con ordinanza dell'8 settembre 2011. La Corte è così nuovamente stata investita della questione dal giudice di pace di Lecce, Causa C-522/11, dal Tribunale di Rovigo, sezione di Adria, C-430/11, dal Giudice di Pace di Revere, Cause C-51/12, 52/12, 53/12, 54/12, C-73/12, C-74/12 e C-75/12. Le questioni sono attualmente pendenti.

alla direttiva rimpatri, l'enunciazione teorica del minor ricorso possibile al trattenimento venendo in primo luogo contraddetta dai meccanismi alternativi di esecuzione in concreto configurati.

Rispetto alla previsione contenuta all'art. 15 della direttiva, che subordina la legittimità della detenzione dello straniero alla previa verifica circa la possibilità di ricorrere a misure meno coercitive, ma ugualmente sufficienti (con la sola eccezione del pericolo di fuga e del comportamento non collaborativo dell'espellendo), l'art. 14, comma 1 del Testo unico, invece, considera il trattenimento come la misura da adottare ordinariamente «quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera». Non solo, quindi, rispetto al testo previgente scompare l'elencazione di ipotesi che legittimavano il trattenimento, che si configura pertanto in termini più ampi, ma non è effettuato alcun riferimento al requisito della residualità. Il ricorso a misure sostitutive della detenzione, ora previsto all'art.14, c. 1-*bis*, viene definito infatti come una facoltà spettante al Questore, formulata in termini quasi subordinati rispetto al trattenimento.

Inoltre, rispetto al testo della direttiva, è prevista una serie più ampia di eccezioni, peraltro neanche tassativa, che giustificano il trattenimento: non solo il rischio di fuga, ma anche la necessità di prestare soccorso allo straniero, o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, od ancora, di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo. Un'elencazione che consente di trattenere sempre lo straniero non ammesso al rimpatrio volontario, ogni qual volta non sia praticabile l'immediato allontanamento, e il Questore non abbia ritenuto di ricorrere a misure alternative.

In relazione alla durata del trattenimento, il nuovo art. 14, comma 5, del testo unico prevede che lo straniero possa essere trattenuto sino a diciotto mesi, utilizzando dunque la soglia temporale massima di detenzione consentita dalla direttiva. La direttiva, però, vi connette limiti e condizioni che non sono stati adeguatamente recepiti dal legislatore nazionale.

b) Anche il ruolo riservato al rimpatrio volontario ed al rimpatrio assistito dalla legge 129/2011 suscita perplessità. Ai sensi della direttiva, l'allontanamento coattivo dovrebbe costituire una misura residuale, facendo eccezione alla facoltà di rimpatrio volontario. Ad apparire ordinarie nella legge sono invece le procedure di espulsione coattiva, mentre le ipotesi di rimpatrio volontario su richiesta dell'interessato appaiono di limitato rilievo. Lo straniero espellendo, infatti, entro un termine compreso tra i sette e i trenta giorni, salvo eventuali proroghe, dovrebbe a sue spese lasciare l'Italia senza per questo, però, ricevere particolari benefici (se non la possibilità di richiedere, una volta tornato nel suo Paese, la revoca del divieto di reingresso). Il periodo per la partenza volontaria può peraltro essere concesso unicamente su richiesta del cittadino del paese terzo interessato, essendosi l'Italia avvalsa della facoltà prevista dall'art. 7, § 1 della direttiva.

La direttiva inoltre rimette alla facoltà degli Stati membri l'introduzione di un divieto di reingresso a carico di chi abbia lasciato volontariamente il territorio nazionale, prevedendo che essi possano valutare in tali ipotesi la possibilità di revocare o sospendere tale divieto. L'Italia ha, invece, deciso di mantenere intatto il divieto di reingresso connesso all'ordine di allontanamento oggetto del provvedimento di rimpatrio volontario, apponendovi un termine analogo a quello ordinariamente previsto per gli espulsi.

Le modalità per accedere al rimpatrio volontario sono peraltro piuttosto gravose per lo straniero, dovendo quest'ultimo essere in grado di esibire idonea documentazione comprovante la disponibilità di un alloggio, nonché di risorse economiche sufficienti «derivanti da fonti lecite», per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilità dell'assegno sociale annuo. Tali condizioni di praticabilità, unite ai limitati benefici per lo straniero che adempia spontaneamente all'ordine di allontanamento dopo avere chiesto ed ottenuto il rimpatrio volontario, consentono di affermare che nel sistema l'opzione per il rimpatrio volontario è tutt'altro che favorita.

c) Con la legge 129/2011 sono state introdotte specifiche previsioni in relazione al rimpatrio assistito. In particolare un nuovo art. 14 *ter* del testo unico definisce le modalità operative dell'istituto rivolto agli espulsi ammessi al rimpatrio volontario, ma anche a tutte le altre categorie di stranieri destinatari di un ordine di allontanamento (respingimento; espulsione con trattenimento e accompagnamento; ordine di espatrio con i propri mezzi a seguito di espulsione) e più in generale gli stranieri irregolarmente soggiornanti sul territorio.

La misura è tuttavia condizionata alla messa a disposizione di risorse economiche da parte dello Stato per eseguire i rimpatri. E', inoltre, prevista una serie di cause di esclusione, indicate al nuovo art. 14-*ter*, comma 5 del testo unico. Le cause sono l'ordine derivante dall'espulsione di competenza ministeriale; l'inosservanza del termine di rimpatrio volontario precedentemente dato; l'espulsione ricevuta nelle ipotesi di cui agli artt. 15 e 16 del testo unico e le altre ipotesi in cui sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

Anche in questo caso diversi ostacoli di natura giuridica (le cause di esclusione) e pratica (la sussistenza di risorse economiche) si frappongono ad un ampio impiego dello strumento che si configura pertanto come assolutamente marginale nel sistema, suscitando ovvero confermando le perplessità circa la effettiva intenzione di conformarsi al diritto UE.

IX. LA SENTENZA ACHUGHBABIAN: SANZIONI PENALI E PROCEDURA DI RIMPATRIO

I principi espressi nella sentenza *El Dridi* sono stati ribaditi e chiariti nella sentenza *Achughbaban*²⁹. La questione pregiudiziale è stata sollevata da un giu-

29. Corte di giustizia, 6 dicembre 2011, causa C-329/11, in corso di pubblicazione in Raccolta. Per alcuni commenti si vedano Picod, F., «Non-conformité de la loi française par rapport à la directive «retour»», *La Semaine Juridique – édition générale*, 2011, n° 51 p.

dice francese in relazione ad una norma contenuta nel Codice dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto di asilo (CESEDA): l'art. 621-1, 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.

Su questo profilo la Corte di giustizia ha ribadito il proprio orientamento: né la direttiva 2008/115/CE, che ha per oggetto, come si è detto, il rimpatrio degli stranieri in posizione irregolare; né le norme del Trattato escludono in linea di principio la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione e soggiorno irregolare. Pertanto, legittimamente gli Stati possono qualificare come reato, irrogando sanzioni penali, compresa la pena della reclusione, il soggiorno irregolare del cittadino di un paese terzo.

Confermando la sentenza *El Dridi*, la Corte ha tuttavia ricordato agli Stati membri che la normativa penale non può essere applicata in modo da compromettere le finalità e la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla predetta direttiva, privando così quest'ultima del suo effetto utile. E' quindi in relazione a tale parametro che l'esame circa la legittimità della norma va condotta. Se la finalità perseguita dalla direttiva è il rimpatrio del cittadino di un paese terzo, «è evidente che irrogare ed eseguire una pena detentiva nel corso della procedura di rimpatrio prevista dalla direttiva [...] non contribuisce alla realizzazione dell'allontanamento che detta procedura persegue» e dunque «una normativa nazionale come quella oggetto della causa principale è idonea ad ostacolare l'applicazione delle norme e delle procedure comuni stabilite dalla direttiva e a ritardare il rimpatrio»³⁰.

Se è vero che la detenzione di una persona destinataria di una decisione di rimpatrio rientra nell'ambito di applicazione della direttiva e può essere assimilata alle «misure» previste nell'art. 8 della direttiva, vale a dire alle misure coercitive che possono essere adottate dallo Stato per conseguire l'esecuzione della decisione di rimpatrio, è vero però che la pena della reclusione nel corso ovvero durante la procedura di rimpatrio non è una misura coercitiva appropriata. Si tratta, infatti, di misura tale da ostacolare l'applicazione delle norme e delle procedure comuni stabilite dalla direttiva. Questo porta a concludere che la reclusione durante il procedimento di allontanamento ostacola l'esecuzione dell'allontanamento ed è in contrasto con la direttiva.

Gli Stati membri non possono prevedere la pena della reclusione per i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare nei casi in cui tali cittadini (in forza delle norme e delle procedure comuni stabilite da tale direttiva) devono essere allontanati e possono, al massimo, nell'ottica della preparazione e della realizzazione di tale allontanamento, essere sottoposti a trattenimento. La

2527; RAFFAELLI R., Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation, 2012, pubblicato su: <http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/1226-/>

30. Si vedano in particolare i punti 37 e 39.

direttiva non osta, e dunque consente, l'irrogazione di sanzioni penali ai cittadini di paesi terzi cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio e che soggiornino in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro senza che esista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio, ma con il limite di cui si è detto: non applicazione della sanzione nel corso ovvero durante la procedura³¹.

X. LA CRIMINALIZZAZIONE DEL MIGRANTE IRREGOLARE E LA POSIZIONE ESPRESSA DAL COMMISSARIO EUROPEO PER I DIRITTI UMANI DEL CONSIGLIO D'EUROPA E DEL RELATORE SPECIALE PER I DIRITTI DEI MIGRANTI DELLA COMMISSIONE DEI DIRITTI UMANI DELLE NAZIONI UNITE

Rispetto alla posizione espressa dalla Corte di giustizia, in relazione all'interpretazione del diritto dell'Unione europea, diverso appare l'approccio che si è affermato in altri contesti, internazionale ed europeo.

a) La nomina, da parte della Commissione dei diritti umani delle Nazioni Unite, di un Relatore speciale «per i diritti umani dei migranti», con il compito, variamente articolato, di verificare e controllare la condotta degli Stati in materia di tutela dei diritti umani, di inviare comunicazioni ai Governi, effettuare visite, condurre studi tematici³², conferma l'attenzione per il tema dei diritti dello straniero.

E' in tale ambito che possono ravvisarsi alcune significative affermazioni in relazione al trattamento del migrante irregolare. In particolare, il rapporto predisposto nel 2010 dal Relatore speciale per i diritti umani dei migranti, Bustamante, è stato specificamente dedicato all'impatto della criminalizzazione dell'immigrazione sulla protezione e il godimento dei diritti fondamentali da parte dei migranti. Il Relatore speciale ha quindi chiaramente affermato che le politiche migratorie che prendono in considerazione solo gli aspetti legati alla sicurezza e al controllo delle frontiere sono assolutamente carenti sotto il profilo umanitario, e hanno un impatto negativo sul godimento dei diritti fondamentali dei migranti, senza peraltro riuscire nell'intento di scoraggiare l'immigrazione irregolare. Sono state ben sottolineate le conseguenze (negative) della criminalizzazione della migrazione in relazione al godimento dei diritti fondamentali e si sono ricordate agli Stati le responsabilità circa l'uso sproporzionato della giustizia penale quale strumento di repressione dei flussi irregolari³³.

Il successore nominato nel 2011 ha chiarito di voler proseguire nella medesima direzione e ha assunto una posizione ancora più netta, affermando, in una dichiarazione effettuata davanti all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite,

31. Punti 46 e 48.

32. La prima nomina è del 1999; il mandato è stato prorogato e rinnovato negli anni successivi e nel giugno 2011, nel corso della 17^a sessione del Consiglio dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite è stato designato il nuovo Relatore speciale, Crépeau, che resterà in carica fino al 2014. Cfr. MORRONE, F. «Le attività del relatore speciale ONU per i diritti dei migranti», *Comunità internazionale*, 2005, p. 755-763.

33. *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Mr. Jorge BUSTAMANTE, del 3 agosto 2010, A/65/222.

nell'ottobre 2011, che «l'immigrazione irregolare non è un reato».³⁴ Egli ha pertanto posto in evidenza anche la necessità che, qualora, siano adottate misure di natura amministrativa, come è spesso il trattenimento in vista dell'espulsione disposto nei confronti del migrante irregolare, trovino applicazione adeguate garanzie procedurali e sia assicurato l'accesso ad un rimedio effettivo.

A conferma del mutamento di prospettiva nell'inquadramento del trattamento dello straniero e dell'evoluzione del tema, vale la pena sottolineare alcune affermazioni rese dal nuovo relatore speciale nella stessa occasione. Egli ha affermato che ai migranti spettano i medesimi diritti del cittadino in base all'*International Bill of Human Rights*. Solo due eccezioni sono consentite: il diritto di elettorato attivo e passivo e il diritto di ingresso e soggiorno in un paese. Tutti gli altri diritti spettano, quindi, a chiunque, senza alcun riguardo per lo *status* giuridico. Eventuali distinzioni basate sulla condizione dello straniero possono essere effettuate, a condizione però che non siano discriminatorie e che siano giustificate alla luce del sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Affermazione importante, questa, che dà il massimo rilievo alla tutela dei diritti della persona, non essendovi più alcun riferimento alla sovranità dello Stato. Ad esso spetta ancora il diritto di regolamentare l'accesso e il soggiorno dello straniero, ma è il quadro dei diritti fondamentali a segnare il limite dell'azione statale in tale ambito.

b) Nel contesto regionale europeo, va segnalata la posizione assunta dal Commissario per i diritti umani, istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa nel 1999. Pur avendo un mandato genericamente attinente alla protezione dei diritti umani, la cui situazione nei Paesi membri deve valutare (potendo svolgere missioni sul campo e pubblicare rapporti *ad hoc*), la protezione dei diritti fondamentali delle varie categorie di stranieri, in particolare dei più vulnerabili tra questi (donne, minori, minoranze), costituisce un essenziale ambito di azione. Il Commissario ha pertanto rivolto crescente attenzione al tema della criminalizzazione dei migranti. Così, in un parere adottato nel 2008, il Commissario ha affermato che la criminalizzazione è una misura sproporzionata che va oltre l'interesse legittimo di uno Stato nel controllo dei suoi confini. L'applicazione di sanzioni penali nei confronti degli immigrati irregolari comporterebbe una loro equiparazione con i vettori o i datori di lavoro che, in molti casi, li hanno fatti oggetto di sfruttamento, così contribuendo alla loro (deprecabile) emarginazione. Chiara è quindi l'affermazione che l'immigrazione irregolare dovrebbe essere considerata esclusivamente un illecito di natura amministrativa³⁵. Altre prese di posizione sono state espresse in epoca recente, confermando l'opinione che la criminalizzazione dell'immigrazione irregolare rappresenta una ris-

34. 1 *Statement by Mr. François Crépeau, Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants to the 66th session of the General Assembly, Third Committee – Item 69 (b), (c)*, 21 October 2011, para. 3, available at: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Display-News.aspx?NewsID=11523&LangID=E>.

35. Commissioner for Human Rights, *It is wrong to criminalize migration*, Viewpoint, 29.9.2008, pubblicato su: <http://www.commissioner.coe.int>, p.8.

posta sbagliata ad un complesso fenomeno sociale³⁶. Tra tutte le sanzioni penali, nell'ambito delle Nazioni Unite si riscontra un'attenzione crescente in relazione alla detenzione dei migranti irregolari, per quanto attiene sia alla sua legittimità, sia ai limiti della stessa.

XI. I LIMITI ALLA DETENZIONE DEI MIGRANTI IRREGOLARI. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

Se, quindi, molti organi incaricati di monitorare ed esaminare il rispetto dei diritti umani hanno, in anni recenti, espresso una posizione di chiara contrarietà all'impiego di sanzioni penali nei confronti dei migranti in posizione irregolare, per il solo fatto della loro irregolarità, particolarmente significativo è il *corpus* di giurisprudenza che si è venuto sviluppando in seno a diversi Giudici internazionali, soprattutto in relazione alla più coercitiva delle sanzioni: la detenzione.

Per quanto legittimo, il ricorso alla detenzione o al trattenimento dello straniero deve avvenire entro precisi limiti e nel rispetto di specifiche cautele, stabilite in termini generali nella maggior parte dei trattati sulla tutela dei diritti umani, a carattere universale e regionale (si vedano in particolare l'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 6 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, l'art. 7 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo e l'art. 14 della Carta araba per i diritti dell'uomo), e più specificamente desumibili dalla giurisprudenza e dalla prassi internazionale elaborate in riferimento ad essi. Su questa base sembra, infatti, possibile delineare alcuni principi di generale applicazione riconducibili alle seguenti linee applicative: la detenzione dei richiedenti asilo o dei migranti irregolari, a seguito dell'ingresso nel Paese o in attesa di espulsione, non deve essere arbitraria e deve essere effettuata in virtù di un'espressa base giuridica. L'applicazione della misura è inoltre soggetta al rispetto di garanzie procedurali e dei principi di ragionevolezza, necessità e di proporzionalità. Specifiche cautele si applicano in relazione alla durata e alle condizioni della detenzione.

Solo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo detta una norma specificamente rivolta a definire i contorni di legittimità dell'arresto e della detenzione dello straniero irregolare, nell'ambito di una previsione di carattere generale in cui si stabilisce che ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza e che nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi e nei modi espressa-

36. *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Issue Paper commissioned and published by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2010, CommDH/IssuePaper(2010)1, pubblicato su: <https://www.wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679>. Si veda nel passato l'opinione del Working Group on Arbitrary Detention (WGAD), che già nel 1998 notava che «criminalizing irregular entry into a country exceeds the legitimate interest of a State to control and regulate irregular immigration, and can lead to unnecessary detention». Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/1999/63 of 18 December 1998

mente delineati dalla Convenzione stessa e previsti dalla legge. Un principio, questo, definito come di primaria importanza in una società democratica e che pertanto tollera solo le restrizioni espressamente introdotte. Con specifico riferimento allo straniero, ne è consentito l'arresto o la detenzione per impedirgli di entrare illegalmente nel territorio, oppure allorché sia in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione (art. 5, c. 1, lett. f, CEDU). Negli anni questa norma ha dato origine ad una giurisprudenza che ne ha meglio definito i contorni, ritenendo sostanzialmente legittimi l'arresto e la detenzione dello straniero irregolare entro i limiti fissati dalla Convenzione, ove tali misure abbiano una chiara base giuridica e non siano sproporzionate, non necessarie ed arbitrarie³⁷, senza dover esperire altri accertamenti, in merito ad esempio al pericolo di fuga o di commissione di reati³⁸.

Proprio questo profilo non è stato esente da critiche. Esse hanno evidenziato come nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la Corte abbia privilegiato un orientamento che attribuisce una «preferenza sproporzionata all'interesse statale»³⁹. Una giurisprudenza consolidata che, tuttavia, in alcune pronunce più recenti sembrerebbe meno rigida. La Corte pare distaccarsi da un approccio «esteriore», che si arresta di fronte alla compatibilità con il dato formale, per addentrarsi in un'analisi del caso concreto, avendo riguardo alle circostanze personali del migrante in relazione alla detenzione, e giungendo a ritenere illegittima la misura comminata in virtù dell'art. 5, c. 1, lett. f), perché le autorità dello Stato in questione non avevano considerato una "misura meno grave" ("une mesure moins grave") in grado di salvaguardare l'interesse pubblico. In questo modo si è fatto venir meno il legame funzionale tra la detenzione del ricorrente e l'obiettivo perseguito (l'allontanamento dal territorio)⁴⁰, perché in contrasto con il diritto all'unità familiare sancito all'art. 8⁴¹, ma affer-

37. *Chahal c. Regno Unito*, sentenza 15 novembre 1996, ric. n. 22414/93, *Saadi c. Regno Unito*, sentenza 29 gennaio 2008, ric. n. 13229/03.

38. *Conka c. Belgio*, sentenza 5 febbraio 2002, ric. 51564/99. Su questi aspetti si vedano, fra gli altri, OCELLO, E, «La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito», *Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 87 ss.

39. BRYAN I., LANGFORD P., «The Unlawful Detention of Unauthorised Aliens Under the European System for the Protection of Human Rights», *Nordic Journal of International Law*, 2011, pp. 193-218.

40. *Yoh-Ekale Mwanje C. Belgio*, sentenza 20 dicembre 2011, ric. n. 10486/10. Il caso riguarda una donna camerunense sieropositiva – irregolarmente residente in Belgio a seguito del rigetto della richiesta di ricongiungimento familiare con il suo partner olandese residente in Belgio – e trattenuta per quasi quattro mesi in un centro di transito chiuso, al fine dell'esecuzione dell'espulsione. La Corte ha ricordato che l'art. 5 § 1 f) autorizza generalmente l'arresto o la detenzione di una persona nei cui confronti è in corso un procedimento d'espulsione. La Corte ha tuttavia sottolineato il fatto che le autorità conoscevano la sua esatta identità, che abitava ad un indirizzo fisso ad esse noto, che si è sempre presentata quando è stata convocata dall'Ufficio degli stranieri, e che aveva fatto diversi tentativi di regolarizzare la sua condizione. Inoltre il suo stato di salute era peggiorato durante la detenzione e aveva bisogno di assistenza medica di emergenza.

41. *Popov c. Francia*, sentenza 19 gennaio 2012, ricorsi 39472/07 e 39474/07. Questo caso riguardava una famiglia kazaka, con figli minori, posta in detenzione in vista dell'espul-

mando anche che la detenzione di un migrante in attesa dell'espulsione può essere giustificata solo se vengono adottate misure concrete per organizzare l'esecuzione della misura⁴².

Si tratta di un approccio al tema che, se confermato, prosiegua sarebbe in linea con i principi che stanno emergendo nel più ampio contesto internazionale, secondo i quali, nel controllo dell'immigrazione, la detenzione e il trattenimento dovrebbero essere l'eccezione piuttosto che la regola, ossia una misura estrema, da applicare solo quando altre alternative, meno restrittive, non appaiano utilizzabili.

Di grande rilievo è la posizione della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, che nell'ultimo decennio si è contraddistinta per un filone giurisprudenziale particolarmente attento alla tutela dei diritti del migrante, a prescindere dallo *status*. A parere della Corte, un nucleo minimo di diritti deve essere in ogni caso riconosciuto allo straniero, indipendentemente dal suo *status* giuridico, e tali diritti non possono subire una compressione per finalità di politica migratoria. Con una sentenza pronunciata alla fine del 2010, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha confermato il proprio orientamento, riconoscendo che la detenzione per violazione delle norme sull'immigrazione non debba mai perseguire finalità punitive⁴³. In una società democratica, si afferma, il potere punitivo dello Stato deve essere esercitato solo nella misura in cui sia strettamente necessario per proteggere i diritti fondamentali da eventuali gravi attacchi. Pertanto, una misura privativa della libertà dovrebbe essere applicata solo quando nel caso specifico è necessaria e proporzionata a tali finalità e solo per il più breve periodo di tempo possibile, facendo onere allo Stato di prevedere nella propria legislazione una serie di misure alternative. In tale contesto, le politiche migratorie incentrate sulla detenzione dei migranti irregolari, in base alle quali tale misura è applicata automaticamente senza prevedere l'obbligo per le autorità competenti di verificare caso per caso e per mezzo di una valutazione indivi-

sione a seguito del rigetto della domanda di asilo. La Corte ha ritenuto la detenzione dei minori in violazione degli artt. 3 e 5 § 1 CEDU. Analoga violazione dell'art. 5 § 1 non è stata riscontrata nei confronti dei genitori, alla luce della propria giurisprudenza (*Chahal contro Regno Unito*, 1996, cit.). In uno specifico paragrafo (IV) la Corte si sofferma sulle misure alternative alla detenzione. Proprio questo aspetto assume un rilievo cruciale nell'analisi della Corte, in relazione all'art. 8 della CEDU, portandola a concludere che la detenzione della famiglia ha violato l'art. 8, soprattutto perché "non è chiaro dalle informazioni fornite dal governo che erano state considerate misure alternative alla detenzione" («il ne ressort pas des éléments communiqués par le Gouvernement qu'une alternative à la détention ait été envisagée»). Si vedano i par. 116-148.

42. *M.S. c. Belgio*, sentenza del 31 gennaio 2012, ric. 50012/08. Si veda anche, in precedenza, *A. e altri c. Regno Unito*, sentenza del 19 febbraio 2009 (GC), ric. 3455/05.

43. *Vélez Loor c. Panama*, del 23 novembre 2010, IACtHR (2010), Serie C, n. 218. Principi similari erano già stati espressi dal Relatore Speciale per i diritti dei migranti nel proprio rapporto, «Specific Groups and Individuals: Migrant Workers. Human Rights of Migrants» E/CN.4/2003/85, 30 dicembre 2002, par. 73, dove veniva chiaramente affermato che le violazioni alle norme in materia di immigrazione non dovrebbero essere previste come reato dalla legislazione nazionale.

duale la possibilità di ricorso a misure meno restrittive, sono espressamente ritenute arbitrarie e pertanto contrarie al dettato della Convenzione.

Anche il Comitato per i diritti umani, organismo incaricato di monitorare l'applicazione del Patto internazionale per i diritti civili e politici, ha espresso principi simili, ritenendo che nell'applicare la detenzione allo straniero che abbia fatto ingresso nel territorio nazionale in violazione delle norme sull'immigrazione, lo Stato debba dimostrare la persistenza delle ragioni che giustificano tali misure e che non fossero disponibili strumenti meno invasivi per il conseguimento delle medesime finalità di politica migratoria⁴⁴. Principi che richiamano i dieci punti elaborati dal Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria delle Nazioni Unite⁴⁵, ove si afferma che i presupposti e la durata della detenzione degli immigrati e dei richiedenti asilo devono in ogni caso essere definiti in maniera chiara ed esaustiva dalla legge, prevedendo l'accertamento giudiziale della legittimità della misura, nonché la possibilità di una sua revisione nel tempo.

XII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Le pronunce della Corte di giustizia qui esaminate rappresentano affermazioni di rilievo su un tema oggi cruciale, quale il controllo dell'immigrazione irregolare. A fronte delle numerose critiche che avevano accompagnato l'adozione della direttiva rimpatri, la Corte ha voluto delineare in termini chiari le modalità per provvedere all'allontanamento dello straniero irregolare, definendo il ricorso alla privazione della libertà personale, in cui si realizza la detenzione, come una misura di *extrema ratio*. Il richiamo ai diritti fondamentali e alla giurisprudenza elaborata su questi temi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è stato effettuato con modalità altrettanto chiare. Affermazioni che, peraltro, hanno già avuto un impatto significativo sulla più recente giurisprudenza proprio della Corte di Strasburgo.

Un'analisi comparata, seppur limitata, delle principali posizioni adottate a livello internazionale su questi temi sembra confermare una tendenza che mette fortemente in discussione il ricorso a sanzioni penali e che, pur laddove le consideri legittime, tenta di limitarne quanto più possibile la portata. Peraltro se solo la Corte Interamericana dei diritti dell'uomo l'ha affermato in termini netti, le modalità con cui viene delineata la detenzione nella giurisprudenza dei Giudici internazionali portano ad escludere una finalità punitiva, configurandola come meramente funzionale all'esecuzione dell'espulsione.

Il crescente interesse ed attenzione verso misure alternative alla detenzione sembra proprio rappresentare un tentativo di sintesi tra visioni contrapposte, tra chi vuole reprimere l'irregolarità e chi cerca di salvaguardare i diritti delle persone, in relazione alla più afflittiva delle misure.

44. Comitato per i diritti umani, *C. v. Australia*, Comunicazione n. 900/1999, del 13 novembre, 2002, par. 8.2.

45. E/CN.4/2000/4, 28 Dicembre 1999.