

DIRITTO PENALE E IMMIGRAZIONE CLANDESTINA IN FRANCIA:

CUI PRODEST ?

di Mario La Rosa

SOMMARIO: Premessa. – 1. La direttiva “*retour*” e la giurisprudenza amministrativa francese. – 2. L’entrata in vigore della c.d. legge Besson. – 2.1. Note introduttive. – 2.2. *L’obligation de quitter le territoire* (OQT) e *l’interdiction de retour sur le territoire français* (IRTF). 2.3. *La rétention administrative*. – 3. Gli effetti delle sentenze *El Didri* e *Achughbajian* sugli artt. L 621-1, L 622-1, L 624-1 CESEDA. – 4. Conclusioni.

Premessa.

Il controllo e la regolamentazione del fenomeno migratorio sono divenute notoriamente una priorità nell’agenda dei governi d’Europa in quest’ultimo decennio. La direttiva 2008/115/CE¹, altrimenti detta “rimpatri” (*retour*, sposando il lessico francese), è solo uno dei frutti recenti di una produzione normativa destinata a reiterarsi con una certa frequenza² e che, purtroppo, accresce le distanze tra “greci” e “barbari”³.

Essa rappresenta il primo provvedimento in tema di immigrazione adottato secondo la procedura di codecisione. Tale significativa notazione, indice di un *surplus* di democraticità, non deve tuttavia portare a sottovalutare le forti tensioni emerse durante i lavori preparatori. Basti pensare che la Commissione ha presentato una proposta di direttiva nel settembre del 2005 e che, a dispetto dell’approvazione in prima lettura, il Parlamento e il Consiglio europeo hanno raggiunto un accordo dopo intense e concitate trattative⁴.

¹ Sul punto v. i commenti di K. PARROT et M. SANTULLI, *La directive «retour», l’Union Européenne contre les étrangers*, *Revue critique DIP*, 2009, 205 ss.; F. MARTUCCI, *La directive «retour»: la politique européenne d’immigration face à ses paradoxes*, *RTD eur.*, 2009, 47 ss.; C. RODIER, *Europe et migrations: la gestion de l’inquiétude. L’exemple de la directive « retour »*, in O. LE COUR GRANDMAISON, *Douce France: rafler, rétentions, expulsions*, Seuil, 2009, 259 ss.; F. KAUFF-GAZIN, *La directive «retour»: une victoire du réalisme ou du tout répressif ?*, *Europe*, 2009, n° 2, 3 ss.; C. FLAMAND, *La directive retour et la protection des droits fondamentaux*, *Revue du droit des étrangers*, 2008, 177 ss. Da ultimo il volume collettaneo *The returns directive: central themes, problem issues, and implementation in selected member States*, a cura di K. ZWAAN, WLP, 2011, *passim*.

² Cfr. Il Patto Europeo su l’Immigrazione e l’asilo del 16 ottobre 2008. Per un primo bilancio sullo stato di avanzamento dei lavori cfr. Doc. Com. (2010) 214, 6 mai 2010, *Dictionnaire Permanent - Droit des étrangers*, Actualisations, Bulletin n° 190, 1 juin 2010.

³ T. TODOROV, *La peur des barbares*, Paris, 2008, 30 ss.

⁴ C. FLAMAND, op. cit., 177, lo descrive come un “vero e proprio braccio di ferro”.

Inoltre, la maggior parte dei Paesi membri, tra cui anche la Francia, ha lasciato spirare inerte il termine per recepirla. Ciò, seppure consapevole dei rischi cui si andava incontro, probabilmente per manifestare disappunto circa l'ingerenza, invero ormai pervasiva, del diritto dell'Unione anche in un ambito tradizionalmente di spettanza statale.

Tanto premesso, va ora esaminata, innanzitutto, la posizione assunta dalla giurisprudenza amministrativa francese in merito al carattere auto-applicativo di alcune disposizioni della direttiva "retour". Tale questione, su cui, come si vedrà tra breve, si registra un'interessante pronuncia del *Conseil d'État*, ha perso d'importanza una volta adempiuti gli obblighi comunitari con l'entrata in vigore della legge n° 2011-672 del 16 giugno 2011, c.d. legge Besson.

Alla novella su "l'immigrazione, l'integrazione e la nazionalità" sarà dedicata la seconda parte dell'indagine. Ci si soffermerà, in particolare, sulle modifiche apportate alla procedura di espulsione e al rapporto tra contenzioso amministrativo e giudiziario.

Da ultimo, l'attenzione sarà rivolta alla sezione penalistica del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA), interessata solo in minima parte dalla legge di riforma, ma "colpita" da due recenti pronunce della CGUE, meglio conosciute attraverso i nomi delle parti coinvolte, rispettivamente *El Didri* e *Achughbabian*. Esse ridefiniscono certamente i margini applicativi degli artt. L 621-1 (*Entrée et séjour irréguliers*) e L 624-1 (*Méconnaissance des mesures d'éloignement*) CESEDA, ma non precludono agli Stati membri di ricorrere alla sanzione penale per contrastare l'immigrazione irregolare, salvo che la pena (detentiva) non si risolva in un ostacolo al perfezionamento della procedura d'espulsione.

Seguiranno, poi, alcune considerazioni circa il ruolo che il diritto penale concretamente svolge nella lotta all'immigrazione illegale, al fine di valutarne la necessità in un ambito già presidiato da un diritto amministrativo marcatamente punitivo.

1. La direttiva "retour" e la giurisprudenza amministrativa francese.

Fintantoché il legislatore non ha provveduto a recepire la direttiva 2008/115/CE - una volta oltrepassato il limite temporale fissato per la sua adozione -, anche in Francia i giudici amministrativi hanno dovuto misurarsi con gli effetti che la stessa produce sul diritto interno.

Le prime pronunce hanno avuto ad oggetto gli artt. L 553-1 e 553-6 CESEDA concernenti il trattenimento dello straniero nei *centres de rétention administrative* (CRA)⁵. Salvo qualche rara eccezione, la giurisprudenza ha ritenuto la disciplina conforme all'art. 16 della direttiva "rimpatri". Tale norma dispone che la *rétention* abbia luogo in centri diversi dagli istituti penitenziari e che, laddove ciò non sia possibile, gli

⁵ Per un quadro riassuntivo v. S. SLAMA, *L'invocabilité de la directive «retour» fait temporairement dérailler l'engrenage de la reconduite à la frontière*, JCP A, 2011, n° 18, 25.

immigrati vengano comunque distinti dai prigionieri di diritto comune. Essa, inoltre, prevede una serie di garanzie a tutela dei soggetti “vulnerabili”: l’accesso a tali luoghi da parte di organizzazioni nazionali e internazionali o non governative competenti; il diritto degli stranieri ad essere informati in ordine ai loro diritti e doveri, potendo, al riguardo, richiedere di contattare le suddette organizzazioni⁶.

La questione si è riproposta con riferimento alla sezione del CESEDA relativa alle misure di allontanamento (*éloignement*).

Sul punto, pare opportuno precisare come, prima dell’entrata in vigore della c.d. legge Besson, il sistema francese sia strutturato intorno a due procedure: l’*obligation de quitter le territoire* (OQT) e l’*arrêté préfectoral de reconduite à la frontière* (APRF). La prima si accompagna, di norma, al mancato rilascio o rinnovo di un titolo di soggiorno; la seconda, che originariamente identificava una pena accessoria all’ammenda o alla reclusione comminate dal tribunale correzionale nei confronti di stranieri “clandestinamente” entrati o residenti nel territorio dello Stato, designa, invece, il procedimento/provvedimento di espulsione in ipotesi diverse da quelle connesse alla concessione del titolo di soggiorno. La disciplina interna, inoltre, non impone al prefetto di indicare un termine entro cui deve procedersi al rimpatrio.

La direttiva “*retour*”, invece, prevede espressamente che l’atto con cui si dispone l’*éloignement* sia accompagnato da un termine, compreso tra i 7 e i 30 giorni, necessario per la partenza volontaria, che, a sua volta, diviene la modalità di esecuzione dell’obbligo di lasciare il territorio dello Stato. Solo determinate condizioni (pericolo di fuga; domanda di soggiorno regolare respinta perché infondata o fraudolenta; pericolo per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sicurezza nazionale) legittimano l’autorità ad adottare provvedimenti privi di un termine adeguato per l’espulsione in senso lato. Tale difformità segna il punto di frattura tra normativa interna e comunitaria.

Prima di esaminare la posizione assunta al riguardo dal *Conseil d’État* (CE), pare opportuno riferire brevemente circa la “diretta applicabilità delle direttive”.

Il percorso che ha condotto la giurisprudenza amministrativa francese ad attestarsi, di recente, sulle medesime posizioni della CGUE è scandito da tre significative pronunce del *Conseil d’État*. La prima, risalente addirittura al 1968⁷, esclude che, una volta spirato il termine per l’adozione interna, le direttive

⁶ La disciplina in tema di *réretention*, com’è noto, è stata oggetto della prima interpretazione della direttiva 2008/115/CE (art. 15) fornita dalla CGUE (30 novembre 2009, *Saïd Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09, *Europe*, 2010, n° 1, 22, nota di L. IDOT). La pronuncia si sofferma sui seguenti profili: a) l’applicazione del termine massimo di trattenimento previsto dalla direttiva “rimpatri” anche ai procedimenti di espulsione avviati prima dell’entrata in vigore dell’atto comunitario; b) il rapporto tra la *réretention* nell’ambito di una procedura di richiesta d’asilo e la *réretention* disposta in vista dell’espulsione ex art. 15 direttiva; c) l’effetto sospensivo del controllo giurisdizionale relativo alla sussistenza delle condizioni legittimanti la detenzione amministrativa sulla maturazione del termine massimo per la stessa previsto; d) la definizione dei motivi che fondano la “proporzionalità” della misura limitativa della libertà personale rispetto alla prospettiva “ragionevole” di espulsione. Diffusamente sui punti appena indicati, per tutti, J.F. AMEDRO, *La Cour de justice de l’Union européenne et la rétention des étrangers en situation irrégulière dans le cadre de la directive «retour»*, *Rev. trim. dr. h.*, 2010, 893 ss.

⁷ CE, ass., 22 décembre 1978, n° 76714, *Conh-Bendit*: Rec. CE 1978, 24.

sufficientemente precise e incondizionate possano produrre effetti diretti. L'art. 189 del Trattato CE del 25 marzo 1957 (oggi art. 288, comma 3, Trattato sull'Unione) è inequivocabile nella parte in cui dispone che esse vincolano gli Stati solo "quanto al risultato".

Giammai il privato, ricorrendo avverso un provvedimento amministrativo individuale, può domandare l'applicazione della direttiva in luogo della legge nazionale vigente, altrimenti, sostituendosi il giudice al legislatore, si violerebbe il principio della separazione dei poteri. Laddove lo Stato sia inadempiente, l'unica via percorribile dall'interessato è richiedere la disapplicazione della legge - base normativa dell'atto adottato - non in linea con il diritto derivato. In altri termini, è ammessa la c.d. "invocabilità d'esclusione", non la c.d. "invocabilità di sostituzione".

E' pacifico, invece, che l'inerzia da parte dello Stato nel conformarsi agli obblighi di matrice sovranazionale consenta di esperire un'azione risarcitoria nei suoi confronti per i danni derivanti dal suo comportamento negligente, c.d. "efficacia verticale ascendente" delle direttive.

I giudici, inoltre, sono tenuti ad applicare la legge interna attuativa del diritto comunitario secondo i canoni ermeneutici della Corte di Giustizia, essendo questa l'interprete primo del diritto dell'Unione.

Il quadro sin qui descritto muta in modo significativo dopo la sentenza *Perreux*⁸, con cui la giurisprudenza amministrativa si riallinea alla CGUE, riconoscendo il carattere auto-applicativo delle direttive non trasposte, sempreché sufficientemente precise e incondizionate.

Il mutamento d'indirizzo da parte del CE coincide con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, nel ridisegnare il sistema delle fonti dell'Unione Europea, elimina gli strumenti normativi afferenti al c.d. terzo pilastro. Viene a cadere la barriera tra ciò che è materia "comunitaria" e ciò che si pone *a latere*, in quanto affidato allo strumento della cooperazione intergovernativa. Tutto diviene diritto comunitario in senso stretto.

Anche ciò che inerisce alla cooperazione in materia di giustizia e di polizia segue l'*iter* legislativo ordinario, che riconosce al Parlamento un ruolo attivo e non meramente consultivo⁹. Il coinvolgimento a pieno titolo dell'organo rappresentativo

⁸ CE, ass., 30 octobre 2009, n° 298348, *Perreux, RFDA*, 2009, 1145 ss., con commento di CASSIA. Nel caso di specie un magistrato propone ricorso avverso l'atto di nomina di un collega alla Scuola nazionale di magistratura, per la quale lo stesso aveva presentato la propria candidatura, richiedendone l'annullamento. A differenza dell'*affaire* Cohn-Bendit, non si contesta la difformità di un atto interno ad una direttiva comunitaria, ma, piuttosto, si invoca la diretta applicazione della direttiva 2000/78/CEE in tema di discriminazione sindacale - non trasposta dal legislatore francese -, nella parte in cui prevede un regime probatorio favorevole al ricorrente. La peculiarità di tale pronuncia, come rilevato dai primi commentatori, sta tutta nella difformità tra quanto enunciato (il carattere auto-applicativo delle direttive precise e incondizionate) e l'esito del giudizio (la direttiva invocata nel caso di specie non soddisfa le suddette condizioni). Per un primo commento v. M. GUYOMAR, *L'abandon de la jurisprudence Cohn-Bendit, RFDA*, 2009, 1125 ss.; e R. KOVAR, *Le Conseil d'État et l'effet direct des directives: la fin d'une longue marche, Europe*, 2010, n° 1, 5 ss.

⁹ Per tutti, da ultimo, nella dottrina penalistica italiana, F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano, Speciali di Dir. pen. proc.*, 2011, 12 s.; e A. BERNARDI, [La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive](#), in *Diritto penale contemporaneo*; in quella francese, V. BARBÉ, *L'influence du droit de*

della volontà popolare nella fase di approvazione conferisce all'atto un carattere ancor più vincolante per i Paesi membri.

Tali cambiamenti hanno probabilmente influito sul giudizio che ha condotto il CE a sostenere la diretta applicabilità delle direttive sufficientemente precise e incondizionate, facendo leva altresì sull'art. 88-1 Cost., norma mediante la quale persino il diritto derivato gode di copertura costituzionale¹⁰.

Temporalmente collocata tra le due appena esaminate, un'ultima pronuncia è degna di nota¹¹, in quanto enuncia un principio ancora valido e non derogabile: lo Stato non può richiamare a suo vantaggio una direttiva comunitaria, a cui lo stesso non abbia dato attuazione. Se così fosse, ci troveremmo dinanzi al paradosso di uno Stato inadempiente che si avvale degli effetti favorevoli di un atto da lui non trasposto nei termini di legge. Si esclude, dunque, che la direttiva possa dispiegare alcun "effetto diretto verticale discendente". Siffatta "singolarità" resiste ed in nulla è scalfita dalla pronuncia *Perreux*¹².

In tale scenario s'inserisce *Conseil d'État*, 21 marzo 2011, n° 345978, MM. Jia e Thirio¹³, che, nello sposare la soluzione accolta una parte dei giudici di primo grado¹⁴, riconosce efficacia diretta agli artt. 7 e 8 della direttiva "retour". Questi presentano i caratteri della precisione e dell'incondizionalità, a prescindere dal fatto che la disciplina comunitaria contenga una previsione con cui si attribuisce al legislatore nazionale la facoltà di subordinare la concessione di un termine per adempiere alla presentazione di una richiesta da parte dello straniero destinatario del provvedimento di espulsione (art. 7 § 1 direttiva).

La decisione del CE richiama un precedente della Corte di Giustizia¹⁵, nel quale si sancisce, appunto, come il margine di discrezionalità nella trasposizione in diritto interno di alcune norme non si rifletta sul carattere incondizionato di altre. Le disposizioni componenti una medesima direttiva proprio in quanto ispirate da differenti finalità possono considerarsi "divisibili" e, pertanto, suscettibili di applicazione separata.

Per lo stesso principio – afferma, ancora, il *Conseil d'État* – deve disconoscersi il carattere dell'incondizionalità all'art. 7 § 4 della direttiva "retour", limitatamente ad una delle eccezioni in cui si ammette che il provvedimento di espulsione possa non

l'Union européenne sur le droit pénal français: de l'ombre à la lumière, *AJ Pénal*, 2011, 438 ss.; e D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, *RSC*, 2011, 575 ss.

¹⁰ M. GUYOMAR, op. cit., 1134 s.

¹¹ CE, ass., 23 juin 1995, n° 149226, *SA Lilly France*: Rec. CE 1995, 257.

¹² Sul punto, per tutti, M. GAUTIER, *O tempora o mores...Le Conseil d'État et les directives communautaires (à propos de l'arrêt CE, ass., 30 octobre 2009, Perreux)*, *Dr. adm.*, 2009, n° 12, 7 ss.

¹³ Pubblicata su *AJDA*, 2011, 588. Per un resoconto nella dottrina penalistica italiana v. A. NATALE, [Consiglio di Stato francese, Seconda e settima sottosezione riunite, dec. n. 345978 del 21 marzo 2011 \(direttiva rimpatri UE e ordinamento francese\)](#), in *Diritto penale contemporaneo*.

¹⁴ Per una completa rassegna giurisprudenziale sul punto si rinvia alla pagina <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/invocabilite-directe-ou-dexclusion-de-la-directive-retour-positions-de-la-jurisdiction-administrative/>, a cura di Slama

¹⁵ CGCE, 19 gennaio 1982, *Ursula Becker*, C-8/81, <http://curia.europa.eu>

essere accompagnato da un termine per l'adempimento. Nel caso di specie - il c.d. "rischio di fuga" -, essendo rimessa al legislatore la determinazione dei criteri oggettivi in forza dei quali valutare la sussistenza di un serio pericolo che lo straniero si sottragga al rimpatrio, e non avendo ancora questi provveduto, non si potrà invocare l'applicazione della direttiva.

Il massimo organo della giustizia amministrativa non si limita a ciò, si spinge oltre e dichiara, invero a sorpresa, come le disposizioni di cui si tratta non rappresentino alcun ostacolo all'adozione di APRF quando ricorra una delle ipotesi contemplate dall'art. L 511-1-II CESEDA, rispettivamente ai numeri 1 (ingresso irregolare), 2 (permanenza illegale), 4 (mancato rinnovo del titolo di soggiorno e trattenimento oltre il mese successivo alla scadenza del titolo medesimo), sempreché siano provviste di un termine superiore a sette giorni. Altrettanto conformi alla normativa comunitaria sarebbero gli APRF, accompagnati dalla fissazione di un termine inferiore, negli altri casi previsti dall'art. L 511-1-II CESEDA, purché giustificati dalla situazione nella quale versa il destinatario dell'ordine di espulsione. La condanna per contraffazione, falsificazione del titolo di soggiorno ovvero il mancato rilascio, rilascio o rinnovo dello stesso per ragioni di ordine pubblico riproducono lo spirito della direttiva nella parte in cui, all'art. 7 § 4, come si è visto, ammette alcune deroghe alla fissazione di un termine adeguato per il rimpatrio.

Il quadro giuridico che si profila è, dunque, molto incerto: per un verso si statuisce il carattere auto-applicativo delle disposizioni che impongono l'indicazione di un termine utile per la partenza volontaria, per altro verso, seppur contrarie a tale vincolo comunitario, le previsioni di cui all'art. 511-1-II CESEDA restano in piedi nella misura in cui sono arricchite da alcuni presupposti che consentono di considerarle compatibili con gli artt. 7 e 8 della direttiva "*retour*"¹⁶.

Perciò la qualificazione di tale pronuncia come "a mezza strada tra interpretazione conforme e invocabilità verticale discendente"¹⁷. In altri termini, il *Conseil d'État* si preoccupa di rispettare il principio dell'effetto utile della direttiva, ma al contempo riconosce allo Stato il potere di avvalersi dell'atto comunitario non recepito nei termini¹⁸. Sebbene si tratti di una *décision* a carattere consultivo - l'amministrazione, infatti, non ha richiesto di beneficiare di disposizioni di diritto derivato non trasposte in norme nazionali - essa rischia di rimettere in discussione un punto, la c.d. "invocabilità verticale discendente", sul quale la convergenza tra giurisprudenza amministrativa e comunitaria è consolidata.

Probabilmente questa soluzione compromissoria è frutto di valutazioni di opportunità politica e di "pragmatismo giuridico", onde evitare una caducazione di tutti gli APRF adottati dopo il 25 dicembre¹⁹.

Per la cronaca, si segnala che due giorni dopo la pubblicazione della sentenza il Ministro incaricato dell'immigrazione decide di "correre ai ripari" e, con una

¹⁶ H. ALCARAZ, nota a CE, 21 mars 2011, cit., *AJDA*, 2011, 1692. V., altresì, R. THIELE, *Effet direct des directives: un miroir aux alouettes ?*, nota a TA Marseille, 24 février 2011, n° 1101063, *Adem A., Dr. adm.*, 2011, n° 5, 40.

¹⁷ Ancora, H. ALCARAZ, op. cit., 1692.

¹⁸ S. SLAMA, *L'invocabilité*, cit., 27 ss.

¹⁹ H. ALCARAZ, op. cit., 1692.

circolare²⁰, invita i prefetti a disporre unicamente *arrêtés de reconduite à la frontière* provvisti di un termine congruo per la partenza volontaria.

Sebbene la legge n° 2011-672 del 16 giugno 2011 abbia risolto alla radice la questione della diretta applicabilità della direttiva “rimpatri” adeguando la disciplina interna alle indicazioni in essa contenute, rimane comunque l’incognita legata agli effetti della pronuncia resa dal CE nel prossimo futuro e a prescindere dall’ambito specifico del *droit des étrangers*.

2. L’entrata in vigore della c.d. legge Besson.

2.1. Note introduttive.

Presentato il 31 marzo 2010 da Eric Besson, il progetto di legge n° 2400²¹ viene approvato in seconda lettura dall’Assemblea Nazionale il 16 giugno 2011. Si procede, così, finalmente all’adozione della direttiva “*retour*”. Nel contempo vengono recepiti altri due atti comunitari, le direttive “*carte bleu européenne*” (2009/50/CE del 25 maggio 2009) e “*sanction*” (2009/52/CE del 18 giugno 2009).

L’entrata in vigore della legge è immediata in alcune sue parti, una volta pubblicata sulla gazzetta ufficiale (il 17.06.2011); per il resto (si pensi, per esempio, alla sezione dedicata all’allontanamento, al trattenimento e all’assegnazione a residenza) è rinviata alla pubblicazione dei decreti attuativi, con un termine massimo fissato comunque al 30 settembre 2011.

Pur continuando ad essere etichettata con il nome del ministro proponente, la legge n° 672-2011 è “passata di mano” ben due volte prima di essere approvata. Soppresso il ministero dell’Immigrazione, Integrazione e Identità nazionale, l’opera è stata portata a compimento dal ministero dell’Interno, dapprima nella persona di *Hortefeux* e successivamente di *Guéant*. Essa, infine, ha ricevuto l’avallo da parte del *Conseil constitutionnel*, adito il 17 maggio 2011 da più di 60 deputati e 60 senatori.

La *décision* n° 2011-631²² del 9 giugno 2011 ha ravvisato una sola nota di incostituzionalità della disciplina, precisamente la disposizione relativa alla durata massima del trattenimento nei confronti di chi sia stato condannato per aver compiuto atti di terrorismo e non possa essere espulso per assenza di collaborazione da parte dello stesso o per ritardo imputabile all’autorità consolare. I primi commentatori²³

²⁰ Circ. Min. Int., 23 mars 2011, *sur les conséquences à tirer de l’avis du Conseil d’État*, <http://www.gisti.org/spip.php?article2278>. V., altresì, da ultimo CE, 9 novembre 2011, n° 348773, GISTI, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000024803153&fastReqId=788664833&fastPos=1>, che respinge il ricorso presentato dal GISTI con cui si domandava l’annullamento della circolare per eccesso di potere.

²¹ Per un’analisi della versione originaria del provvedimento v. *Dictionnaire Permanent - Droit des étrangers*, Actualisations, Bulletin n° 188, 1 avril 2010, 5935 ss.

²² Conseil Constitutionnel, 9 juin 2011, déc. n° 2011-631 DC: *Journal Officiel* 17 juin 2011.

²³ Per tutti, S. SLAMA, *Statut constitutionnel des étrangers: nouvelle illustration de la faiblesse de la protection constitutionnelle des étrangers*, 13 juin 2011, <http://credof.u-paris10.fr/spip.php?article158>; e V. TCHEN, *Étrangers: regards critique sur la réforme du 16 juin 2011*, *Dr. adm.*, 2011, n° 8-9, 25 s.

hanno immediatamente rilevato la superficialità del *Conseil constitutionnel* nella trattazione delle questioni su cui è stato richiesto il suo giudizio.

Scorrendo i 111 articoli che compongono la c.d. legge Besson²⁴, la percezione è di trovarsi dinanzi ad un testo che va ben oltre la trasposizione in diritto interno di fonti comunitarie, tant'è vero che, salvo alcune eccezioni, il CESEDA viene modificato in più punti ed in modo significativo²⁵. La stessa intitolazione della riforma su "l'immigrazione, l'integrazione, la nazionalità", conferma tale assunto. I nuclei tematici sottoposti a revisione possono essere così indentificati: a) ingresso e soggiorno dello straniero sul territorio dello Stato; b) allontanamento/espulsione; c) diritto del lavoro²⁶.

Per ragioni di tempo e di pertinenza al tema trattato non si prenderanno in esame i profili di cui alle lettere a) e c)²⁷, concentrandosi piuttosto sulle novità riguardanti la lettera b).

Pare opportuno sottolineare sin d'ora gli obiettivi perseguiti dal legislatore in materia: migliorare i procedimenti di espulsione in termini di effettività, prediligendo il rimpatrio volontario; coordinare la disciplina che presiede al contenzioso avente ad oggetto il trattenimento dello straniero irregolare.

2.2. *L'obligation de quitter le territoire (OQT) e l'interdiction de retour sur le territoire français (IRTF).*

Sul primo fronte, scompare il binomio *obligation de quitter le territoire (OQT) - arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (APRF)*. L'art. L. 511-1-I CESEDA, infatti, prevede un unico provvedimento, il primo²⁸. Esso può essere accompagnato da un termine massimo di 30 giorni per la partenza volontaria, ovvero privo di indicazioni in tal senso, laddove ricorra una delle situazioni contemplate dall'art. L. 511-1-II, alinéa 2°

²⁴ Per un quadro complessivo della riforma v. *Spécial du Dictionnaire permanent – Droit des étrangers*, Actualisations, Bulletin n° 202-1, juillet 2011; GISTI, *Entrée, séjour, éloignement. Ce que change la loi du 16 juin 2011*, Paris, 2011; H. FULCHIRON, *La nationalité française entre identité et appartenance (réflexions sur la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration, à la nationalité)*, D., 2011, 1915 ss.; V. TCHEN, op. ult. cit., 24 ss.; V. BARBE, *La loi relative à l'immigration, à l'intégration, à la nationalité*, JCP A, 2011, n° 27, 38 ss.; H. LABAYLE, *La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers : le fruit de l'arbre empoisonné*, RFDA, 2011, 934 ss.; D. TURPIN, *La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité : de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales*, Revue critique DIP, 2011, 499 ss.

²⁵ V. TCHEN, *Étrangers*, cit., 24, mette in evidenza come il progetto iniziale prevedesse solo 84 articoli e si attestasse, quanto a dimensioni, al 40% di quelle attuali. Rileva altresì come la trasposizione delle direttive avrebbe potuto esaurirsi, al massimo, in 20 articoli.

²⁶ Si riprende la tripartizione proposta da N. GUIMEZANES, *Création de l'interdiction administrative de retour. À propos de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité du 16 juin 2011*, JCP G, 2011, n° 26, 1243 ss.

²⁷ Per approfondimenti si rinvia, per tutti, a V. TCHEN, *Étrangers*, cit., 26 ss.; V. BARBÉ, op. cit., 39 ss.

²⁸ Per un primo commento v. O. LECUCQ, *L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi 16 juin 2011*, AJDA, 2011, 1936 ss.; P. KLÖTGEN, *Qu'est-ce qu'une obligation de quitter le territoire ?*, D., 2011, 1922 ss.; GISTI, *Les notes pratiques, Que faire après une obligation de quitter le territoire français ou une interdiction d'y revenir*, Paris 2011. Diffusamente V. TCHEN, sub artt. L 511-1 ss., *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, LexisNexis/Litec, 2012, 257 ss.

(a ben vedere, si tratta complessivamente delle ipotesi in cui, vigente la normativa precedente, si procedeva all'APRF). Un'ulteriore novità concerne l'obbligo di motivazione. Ancora, l'OQT deve indicare il paese di destinazione.

Da queste prime battute si evince chiaramente come la disciplina interna si sia uniformata alla direttiva nella parte in cui richiede, salvo casi ben determinati, la previsione di un arco temporale entro cui adempiere al rimpatrio spontaneo. Sono stati, tuttavia, mossi alcuni rilievi.

In primo luogo si è criticata la scelta di mantenere invariata la formula *obligation de quitter le territoire*, adottata nel 2006 per indicare una delle due procedure di allontanamento, in quanto depositaria di un significato ambiguo.

L'obbligo di abbandonare il territorio francese sussiste già nel momento in cui lo straniero si trova in stato di "clandestinità", a prescindere dall'emissione di un provvedimento di espulsione nei suoi confronti. Di contro l'OQT, come confermato dalla normativa belga - fonte d'ispirazione del legislatore francese, nella quale viene utilizzata un'espressione per nulla equivoca, *ordre de quitter le territoire* -, designa l'ingiunzione ad allontanarsi dal territorio dello Stato in seguito all'emanazione di un ordinanza²⁹. La sua notificazione dovrebbe essere seguita dalla partenza volontaria dell'immigrato entro un termine massimo di trenta giorni, scaduto il quale si può procedere all'espulsione coatta.

OQT (*décision de retour* sposando la terminologia comunitaria) ed espulsione coatta (*exécution de l'obligation de retour*), pur essendo preordinate al medesimo scopo, l'allontanamento (*éloignement*), intervengono in momenti differenti. Inoltre, la seconda, salvo eccezioni, presuppone l'insuccesso del rimpatrio spontaneo da parte dello straniero.

In secondo luogo, si fa presente come il legislatore abbia recepito la direttiva talora in eccesso, nella parte in cui specifica quali situazioni integrano gli estremi del "rischio di fuga"³⁰, talora in difetto, nella parte in cui, facendo eccezione alla regola generale, dispone che l'OQT, quando accompagnata da un rifiuto o da un mancato rinnovo del titolo di soggiorno (art. L 551-1, I, n° 3 e 5, CESEDA), non debba essere motivata³¹.

²⁹ P. KLÖTGEN, op. cit., 1923

³⁰ Sul punto cfr. *Dictionnaire permanent – Droit des étrangers*, cit., Bulletin n° 202-1, p. 18, in cui si rileva come alcune ipotesi contemplate dall'art. L 511-1, 2° *alinéa*, di per sé non sembrano proprio dimostrare o al più far sospettare che sussista un pericolo di fuga dello straniero irregolare (si pensi, per esempio, alla mancata presentazione di una richiesta di soggiorno). Una disciplina così strutturata rischia di risolversi in un'inversione dell'onere della prova a carico del soggetto destinatario dell'OQT priva di termine, con un aggravio ulteriore della posizione in cui versa l'immigrato dinanzi all'autorità. Inoltre, considerati tanto la varietà delle ipotesi indizianti un pericolo di fuga, quanto il potere riconosciuto all'autorità di convertire, in presenza di date condizioni, l'OQT accompagnata dalla fissazione di un termine in un OQT "neutra", si paventa un ribaltamento della prospettiva delineata in modo nitido dalla direttiva "retour". La seconda rischia di divenire la regola, la prima l'eccezione. Per tali, ultime, considerazioni, v. O. LECUCQ, *L'éloignement*, cit., 1939 s.

³¹ Cfr. TA Marseille, 9 juin 2011, n. 1102448, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/07/06/oqtf-de-plus-dun-an-et-obligation-de-motivation-de-larticle-12-de-la-directive-retour/>

Il testo riformato contempla, inoltre, un nuovo istituto, *l'interdiction de retour sur le territoire français* (IRTF)³². Si tratta di una misura di polizia amministrativa che non va confusa con *l'interdiction du territoire français* (ITF) di cui al titolo IV CESEDA.

La sua funzione è consentire l'espulsione forzata dell'immigrato irregolare che, nonostante risulti essere destinatario del suddetto divieto, rientri nel territorio dello Stato o ivi si mantenga. Questi, peraltro, vede precludersi, per un tempo che può variare dai due ai cinque anni, la possibilità di un riesame della sua situazione giuridica in vista della concessione di un permesso di soggiorno³³.

Ai sensi dell'art. L 511-1-III CESEDA, l'IRTF può accompagnarsi all'OQT, così come può subentrare in un momento successivo, quando lo straniero si sia trattenuto sul territorio nazionale oltre la scadenza del termine per il rientro volontario (nel qual caso la durata massima è di 2 anni), ovvero quando un termine non sia previsto, ma questi sia comunque destinatario di un obbligo di lasciare il territorio francese (nel qual caso la durata massima è di 3 anni).

Sebbene suscettibili di essere contenute in uno stesso atto - il quale, come si vedrà nel paragrafo successivo, può anche disporre la *réretention* -, l'OQT, la fissazione o meno di un termine, l'indicazione del paese di destinazione, l'IRTF, rappresentano decisioni autonome avverso le quali è possibile promuovere un ricorso giurisdizionale dinanzi all'autorità amministrativa. Spesso, peraltro, l'OQT, come era già nella sua originaria configurazione, è disposta congiuntamente al rifiuto o al mancato rinnovo del titolo di soggiorno, anch'esso suscettibile di impugnazione a sé stante.

A margine della riforma, occorre notare come il termine "*reconduite à la frontière*" non scompaia del tutto dal nuovo lessico fatto proprio dal legislatore francese. Esso non designa più una procedura specifica di allontanamento, ma l'atto in sé dell'accompagnamento dello straniero al confine, qualora questi, con il suo comportamento, rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico, ovvero abbia violato le disposizioni di cui all'art. 5221-5 del Codice del lavoro (art. L 533-1 CESEDA).

2.3. *La rétention administrative.*

La *réretention* (detenzione amministrativa) vanta una lunga tradizione nell'ordinamento francese e negli anni ha ampliato i suoi margini applicativi, ribaltando la regola originaria che le riconosceva un carattere eccezionale³⁴. Per

³² Invero esiste un precedente. Introdotta nel 1993 una misura analoga venne poi soppressa dalla legge n° 98-349 dell'11 maggio 1998. L'IRTF va distinta da: a) *l'interdiction du territoire français* (ITF), pena che fa la sua prima apparizione in un ambito specifico, la lotta al traffico di stupefacenti, in seguito all'entrata in vigore della legge n° 70-1320 del 3 dicembre 1970. Oggi si è talmente diffusa da accompagnarsi a circa 200 infrazioni, che non attengono unicamente al settore degli stupefacenti. Nel CESEDA essa ricorre anche in qualità di pena complementare laddove siano commessi i delitti di cui agli artt. L. 621-1 ss.; b) l'interdizione a comparire in certi luoghi (sanzione amministrativa); c) l'interdizione di soggiorno (pena complementare ex artt. 131-31, 131-32 c.p.). Per approfondimenti si rinvia a V. TCHEN, *Code*, cit., 385 ss.

³³ O. LECUCQ, *L'éloignement*, cit., 1940 s.

³⁴ Sul punto v. la voce *Rétention*, *Dictionnaire Permanent - Droit des étrangers*, cit.

converso, esclusa la recente direttiva 2008/115/CE, non si rinvencono tracce di tale istituto in ambito comunitario³⁵.

Con l'entrata in vigore della c.d. legge Besson, la disciplina ad essa dedicata (Titolo V CESEDA) si uniforma al principio sancito dalla direttiva "retour", per cui la mancanza di prospettive di allontanamento dello straniero irregolare ne preclude l'accesso ovvero ne determina la caducazione, e la conseguente messa in libertà dell'immigrato.

Inoltre, nello spirito della suddetta direttiva, che invita a prediligere soluzioni meno coercitive (art. 15), si prevede una misura alternativa a carattere custodiale: *l'assignation à residence*. Ciò, tuttavia, difficilmente si tradurrà in un contenimento del ricorso, sino ad ora sistematico, alla *rétention* da parte degli organi di polizia.

Si è rilevato, infatti, come la formulazione delle norme e l'indeterminatezza di alcuni termini lascino presagire che il trattenimento nei CRA continuerà a rappresentare un punto di passaggio obbligato nella procedura di espulsione, con l'aggravio ulteriore dell'estensione del termine massimo di durata (da 32 a 45 giorni). A ben vedere, il legislatore francese non si è spinto, come invece ha fatto quello italiano, sino al limite consentito dalla direttiva (6 mesi, rinnovabili sino a 18 nel d.lgs. n. 286/98), eccezion fatta per l'ipotesi in cui si tratti di straniero condannato alla pena dell'ITF per aver commesso atti di terrorismo o nei cui confronti sia stata disposta l'espulsione per comportamenti connessi ad attività a sfondo terroristico.

Proprio perché limitativo della libertà personale, il provvedimento con cui il prefetto ordina la *rétention* è soggetto a controllo giurisdizionale "nel più breve tempo possibile dall'inizio della sua applicazione"³⁶. Laddove il giudice della libertà e della detenzione (JLD) del tribunale di grande istanza accordi il prolungamento di tale misura, è previsto un riesame a "intervalli ragionevoli"³⁷.

Il contenzioso della *rétention* degli stranieri irregolari coinvolge, pertanto, due ordini giurisdizionali, amministrativo e giudiziario, i quali differiscono quanto a sfere di competenza³⁸. Il primo conosce della legalità del provvedimento adottato dal prefetto e si attiva in seguito alla proposizione di un ricorso per annullamento da parte dell'immigrato; il secondo, invece, valuta la sussistenza dei presupposti legittimanti un prolungamento del trattenimento dello straniero nei CRA ed è adito dall'amministrazione.

Nella prassi, spesso, il giudice giudiziario si pronuncia prima del giudice amministrativo. Così, accade che una misura limitativa della libertà personale, confermata da un ordine giurisdizionale, venga meno in un momento successivo in

³⁵ M. GAUTIER, *La rétention en droit de l'Union Européenne*, in O. LECUCQ, *La rétention administrative des étrangers*, L'Harmattan, 2011, 15 ss.

³⁶ Così recita l'art. 15, § 1, n° 3, della direttiva "rimpatri".

³⁷ Per approfondimenti si rinvia, per tutti, a V. TCHEN, *Code*, cit., 296 ss.

³⁸ Sul punto v. i contributi di F. JULIEN-LAFERRIERE, *L'étranger entre deux juges*, in M. REYDELLET, *L'étranger entre la loi et les juges*, L'Harmattan, 2008, 153 ss.; e, più di recente, di C. BEROUJON, *Le contentieux de la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière. Compétences et procédure. Les changements à attendre de l'adoption définitive du projet de loi Besson*, RSC, 2011, 69 ss.; e O. LECUCQ, *L'éloignement*, cit., 1946 ss.

forza dell'annullamento dell'atto dispositivo della stessa ovvero, ipotesi più frequente, del provvedimento con cui si ordina l'espulsione³⁹.

Sulla scorta di tale rilievo e di esigenze di buon funzionamento dell'amministrazione, il governo francese nel 2008 ha conferito alla Commissione Mazeaud l'incarico di vagliare l'opportunità di un'unificazione del contenzioso dinanzi ad un'unica giurisdizione. L'esito dell'indagine ha condotto la Commissione a concludere nel senso del mantenimento di procedure distinte dinanzi a giudici differenti per vocazione e attribuzioni⁴⁰.

Pare opportuno, al riguardo, richiamare alcuni dati emersi in sede di lavori della suddetta Commissione, che danno conferma della "banalizzazione" della *réention* e delle sue ricadute sul piano del contenzioso. Nel 2007 sono stati presentati circa 15.000 ricorsi per annullamento da parte di stranieri avverso APRF accompagnati pressoché sempre (92 % dei casi) da provvedimenti di detenzione amministrativa e circa 40000 richieste di prolungamento di tale misura da parte dell'amministrazione procedente (di cui 38.000 relative a APRF). La durata media del trattenimento in *réention* è pressoché costante dal 2005 e si attesta leggermente al di sopra dei dieci giorni⁴¹.

La legge n° 2011-672 del 16 giugno 2011 mantiene, almeno sulla carta, la doppia articolazione del sistema, così come auspicato dalla Commissione Mazeaud, e trova nell'inversione dell'ordine d'intervento degli organi giurisdizionali coinvolti la soluzione ai problemi emersi nella prassi. Il giudice giudiziario dovrà essere chiamato in causa solo dopo che sia decorso il termine di cinque giorni (non più 48 ore) dalla notificazione dell'atto dispositivo del trattenimento. Ciò al fine di consentire al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla legalità del provvedimento – dispositivo dell'OQT e della *réention*⁴² - prima che il collega statuisca sulla ammissibilità del prolungamento della misura limitativa della libertà personale.

Si tratta di una procedura d'urgenza scandita da due momenti: proposizione del ricorso entro 48 ore dalla notificazione del provvedimento e pronuncia da parte del giudice amministrativo entro le 72 ore successive.

Per l'avvenire, la nuova disciplina mira a rendere più efficace l'azione amministrativa e ad impedire che "il JLD prolunghi gli effetti di un provvedimento illegittimo"⁴³.

Dietro questa "nobile" motivazione, che invoca, tra l'altro, anche il rispetto della libertà personale dello straniero, la voce unanime dei commentatori ha piuttosto colto l'intento legislativo di limitare, quando non di escludere, l'intervento del JLD⁴⁴.

³⁹ Nella maggior parte dei casi, infatti, si ricorre dinanzi al giudice amministrativo per richiedere l'annullamento del provvedimento con cui si intima l'OQT e solo in via incidentale si invoca l'annullamento della *décision* con cui si dispone il trattenimento nei CRA.

⁴⁰ Per approfondimenti si rinvia a C. BÉROUJON, op. cit., 75 s.

⁴¹ Riferimenti ulteriori, da ultimo, in *Rapport 2010 sur les centres et locaux de réention administrative*, www.cimade.org.

⁴² Cfr. *supra* par. 2.2. in merito all'autonomia delle *décisions*.

⁴³ Rapport Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, deuxième partie, http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Mazeaud.pdf.

Si dispone il trattenimento dell'immigrato irregolare in vista di una sua espulsione prima che il giudice giudiziario possa intervenire, così che, ad allontanamento avvenuto, nessuno potrà conoscere della regolarità della procedura che ha preceduto l'espulsione.

Altro quindi che maggiori garanzie per il "clandestino"!

L'obiettivo è rendere la procedura di espulsione quanto più efficace possibile, anche a costo di sacrificare la libertà personale e di esporre la normativa a censure di incostituzionalità per violazione dell'art. 66 Cost.⁴⁵.

Può ben dirsi, allora, che "il legislatore ha completamente ripensato i ruoli rispettivi dei giudici amministrativo e giudiziario in materia di *réention administrative*"⁴⁶.

Un'ultima notazione in merito all'altra finalità perseguita, ossia una maggiore efficacia dell'azione amministrativa: la scelta di rinviare l'intervento del giudice giudiziario, indicata come risolutiva dell'interferenza tra procedure, in nulla contribuisce ad una riduzione del contenzioso. Con molta probabilità, infatti, settantadue ore non saranno sufficienti al giudice amministrativo per pronunciarsi sulla legalità della misura adottata. Ne consegue che il numero dei procedimenti piuttosto che decrescere continuerà ad essere lo stesso dinanzi al giudice giudiziario, mentre il carico sarà destinato ad aumentare dinanzi al giudice amministrativo⁴⁷.

Anche su questo fronte, dunque, la riforma pare destinata a produrre un effetto diverso e contrario a quello dichiarato dal governo in occasione della sua presentazione.

3. Gli effetti delle sentenze *El Didri* e *Achughbabian* sugli artt. L 621-1, L 622-1, L 624-1 CESEDA.

Chiamata a pronunciarsi in seguito ad una questione pregiudiziale sollevata dalla Corte d'Appello di Trento, la CGUE ha concluso, come noto, per la non conformità dell'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/98, alla direttiva "rimpatri", nella parte in cui il primo punisce lo straniero con la reclusione da 1 a 4 anni in caso di

⁴⁴ Per tutti, O. LECUCQ, op. cit., 1946. Si noti come nel 1989 il *Conseil constitutionnel* (dec. 28 juillet 1989, n° 89-261, D., 1990, 161) abbia dichiarato contrario a Costituzione l'art. 10 della legge relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno degli stranieri, che introduce nel testo dell'ordinanza n° 45-2658 del 2 novembre 1945 (c.d. decreto *Deladier*) l'art. 22 bis, ai sensi del quale si poteva adire il presidente del tribunale di grande istanza per contestare la legalità dell'APRF. In tale caso viene riconosciuta a chiare lettere la competenza della giurisdizione amministrativa. Nello stesso tempo, però, si dichiara conforme a Costituzione l'art. 35 bis dell'ordinanza suddetta nella parte in cui attribuisce al giudice giudiziario il controllo sulla richiesta di prolungamento della *réention* oltre il termine di legge di 24 ore, esteso poi a 48 dalla legge n° 97-396 del 24 aprile 1997.

⁴⁵ Per tutti V. TCHEN, *Code*, cit., 403. In senso contrario v., tuttavia, la posizione alquanto discutibile assunta dal *Conseil constitutionnel* in occasione del parere reso sulla legge n° 2011-672 del 16 giugno 2011.

⁴⁶ O. LECUCQ, op. cit., 1944.

⁴⁷ C. BEROUJON, op. cit., 69 e 77 ss.

inottemperanza, senza giustificato motivo, all'ordine di espulsione⁴⁸. Il *punctum dolens* della disciplina italiana in tema di immigrazione non è rappresentato dall'opzione penalistica in quanto tale, ma piuttosto dalla contrarietà ai principi di proporzionalità e di efficacia, che, nel caso di specie, avrebbero imposto di ricorrere, dapprima, ad altre misure preordinate all'allontanamento del "clandestino". La reclusione, infatti, ne impedisce il rimpatrio nell'immediato e priva di effetto utile l'atto comunitario, sicché essa può prevedersi solo in quanto "ultima risorsa" a disposizione del legislatore.

Il d.l. 23 giugno 2011, n. 89⁴⁹, nel recepire la direttiva 2008/115/CE, modifica la normativa interna anche alla luce della pronuncia *El Didri*. L'illecito d'inottemperanza all'ordine di espulsione mantiene, tuttavia, la sua natura penale. A mutare è solo il genere della sanzione: la pena detentiva cede il passo a quella pecuniaria.

Una volta considerato, seppur in poche battute, l'impatto della sentenza *El Didri* sulla riforma della fattispecie direttamente interessata dal giudizio, è opportuno interrogarsi sui suoi effetti al di fuori dello Stato italiano, in particolare in Francia⁵⁰.

Qui la questione si pone in termini differenti, tenuto conto che, a dispetto dei profili esaminati nei paragrafi precedenti, la c.d legge Besson, sebbene successiva all'*arrêt* della Corte di Giustizia, mantiene sostanzialmente immutata la pur contenuta sezione penalistica del CESEDA.

Prima di soffermarsi singolarmente sulle fattispecie coinvolte, è bene sottolineare sin d'ora come la disciplina d'oltralpe sia contraddistinta "storicamente" da una criminalizzazione a tutto tondo dello *status* di "clandestinità"⁵¹. Lo straniero è punito sin dal suo ingresso o dalla sua permanenza nel territorio dello Stato, a

⁴⁸ CGUE, 28 aprile 2011, *El Didri*, C-61/11 PPU, <http://curia.europa.eu>. Sul punto v., per tutti, tra i comunitaristi B. NASCIBENE, *Direttiva rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali*, *Guida dir.*, 14 maggio 2011, 9 ss.; e C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 904 ss. Tra i penalisti, i contributi di L. MASERA-F. VIGANO', *Addio art. 14*; M.T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*; T. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione*; A. DI MARTINO-R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*; tutti pubblicati su *Diritto penale contemporaneo*.

Con particolare riferimento ai profili di diritto intertemporale si rinvia ai commenti di M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Didri (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*; e L. MASERA, *Le prime pronunce della Cassazione sui profili di diritto intertemporale del riformato art. 14 t.u. imm.*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁴⁹ Per un primo commento, P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 804 ss.; e A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE. Il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁵⁰ V. TCHEN, *Interprétation de la directive «retour» du 16 décembre 2008*, *Dr. adm.*, 2011, n° 6, 48 ss.; S. SLAMA et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *L'arrêt El Didri: la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité*, in *AJ Pénal*, 2011, 362 ss.; G. POISSONNIER, *Un étranger en situation irrégulière n'est pas un délinquant*, in *D.*, 2011, 1884 ss.; F. KAUFF-GAZIN, *La directive «retour» au secours des étrangers?: de quelques ambiguïté de l'affaire El Didri du 28 avril 2011*, in *Europe*, 2011, n° 6, 10 ss.; L. D'AMBROSIO, *I rapporti tra diritto UE e legislazione penale francese in materia di immigrazione irregolare alla luce della sentenza El Didri*, in *Diritto penale contemporaneo*; ID., *Les politiques criminelles en matière d'immigration irrégulière à l'épreuve du droit de l'Union européenne: quelques réflexions sur l'après El Didri au regard des expériences italienne e française*, *AJ Pénal*, 2011, 502 ss.

⁵¹ Sul punto, per tutti, C. BRUSCHI, *L'histoire récente du droit des étrangers*, in *L'étranger entre la loi et les juges*, cit., 19 ss.; e, da ultimo, C. SAAS, *Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers*, *AJ Pénal*, 2011, 492 ss.

prescindere dal fatto che si sia sottratto all'esecuzione di un ordine di espulsione. Ancora, lo stesso aiuto all'immigrato irregolare, persino quello sganciato da finalità lucrative, assurge a fatto penalmente rilevante.

A questi tre momenti, ingresso-soggiorno, mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento, aiuto/sostegno all'immigrazione illegale, corrispondono tre piani d'incriminazione, rispettivamente agli artt. L. 621-1, L. 624-1, L. 622-1 CESEDA.

Al rigore della disciplina si contrappone una bassissima frequenza giurisprudenziale della stessa. Ciò è dovuto a due ordini di ragioni: a) in Francia l'esercizio dell'azione penale è discrezionale; b) sin dalla fine degli anni '30 - periodo al quale risale la legislazione in materia di immigrazione - il procedimento penale è ancillare e strumentale al procedimento amministrativo, tanto che, una volta notificato il provvedimento di allontanamento o sottoposto lo straniero a detenzione, l'azione penale si interrompe. Una conferma si rintraccia nei dati forniti dal ministero: ogni anno su circa 100.000 procedimenti penali avviati per violazioni della normativa in tema di immigrazione solo 4000 si concludono con sentenze di condanna⁵².

Viene spontaneo, allora, interrogarsi circa l'utilità di un'analisi tesa a valutare l'impatto di una pronuncia della CGUE su disposizioni il cui percorso applicativo è sostanzialmente "a binario morto".

Eppure la qualificazione giuridica di un fatto come reato produce i suoi effetti. Essa consente di sottoporre l'indiziato alla misura precautelare della *garde à vue* (fermo di polizia) - per un periodo di ventiquattro ore, rinnovabile al massimo sino a quarantotto -, che si converte immediatamente dopo in *rétenion* in vista dell'espulsione.

L'immigrato, così, è inserito in un processo dalla natura cangiante, penale e amministrativa, che si risolve sempre e comunque in una limitazione della libertà personale.

Ciò posto, ecco dunque i riflessi della sentenza *El Didri* sul *droit pénal des étrangers*.

Problemi particolari non emergono rispetto all'illecito di sottrazione all'adempimento di un precedente ordine di allontanamento che, in quanto speculare al previgente art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/98, non dovrebbe costituire più reato. Nei procedimenti in corso, pertanto, il giudice dovrebbe disapplicare l'art. L. 624-1 CESEDA e assolvere l'immigrato irregolare⁵³. Margini di operatività potrebbero residuare, eventualmente, nell'ipotesi in cui anche il rimpatrio forzato dello straniero non sia stato possibile a causa di comportamenti a quest'ultimo imputabili (distruzione del documento d'identità ovvero opposizione volontaria all'allontanamento)⁵⁴.

Per quanto concerne, invece, i procedimenti relativi all'art. L. 621-1 CESEDA - nel corso di uno dei quali, invero, è emersa la questione circa la conformità della disciplina nazionale alla direttiva "*retour*" - la giurisprudenza è divisa.

⁵² Nel 2009, al cospetto del numero consistente di APRF (29.298), le condanne a pena detentiva risultano insignificanti (297): pari, cioè, all'1% degli APRF.

⁵³ S. SLAMA et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, op. cit., 364.

⁵⁴ Così V. TCHEN, *Interprétation*, cit., 50.

Una parte ritiene illegittima la procedura con cui si è disposta la *garde à vue* e, dunque, rimette in libertà il “clandestino”, essendo venuto meno il presupposto di “indiziato di reato punito con una pena detentiva”⁵⁵. L’irregolare presenza dello straniero sul territorio dello Stato, infatti, non può essere più sanzionata con la reclusione; ne discende la contrarietà della disposizione interna al diritto dell’Unione. D’ora in avanti, pertanto, nessun fermo di polizia dovrebbe essere consentito sulla base del delitto di soggiorno illegale⁵⁶. Tale conclusione, a ben vedere, ridefinisce il rapporto tra procedimento penale e amministrativo, sciogliendo il primo dal vincolo di asservimento al secondo.

Altra parte, invece, adotta una soluzione più articolata che fa salvo il trattenimento in *garde à vue*⁵⁷. Si sostiene, al riguardo, come la pronuncia della Corte di Giustizia dichiara l’incompatibilità della normativa italiana non perché faccia applicazione della pena detentiva in quanto tale, ma solo nella misura in cui questa osti al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva. Dal momento che quest’ultima mira ad uniformare la disciplina degli Stati membri in tema di espulsione e che l’obbligo di rimpatrio implica necessariamente l’emissione di un’ordinanza; considerato che il reato di cui all’art. L 621-1 CESEDA prescinde da tale provvedimento (alla stregua dell’art. 10-bis d. lgs. n. 286/98); se ne deduce che l’eventuale fermo di polizia, disposto in occasione del mero soggiorno irregolare, inerisce ad una fase anteriore all’ingiunzione di partenza volontaria *ex art.* L 551-1 CESEDA, dunque nella piena disponibilità del legislatore nazionale. Alla luce di tali considerazioni, il soggetto sottoposto a *garde à vue* è legittimato ad invocare la disapplicazione della legge interna, e richiedere la cessazione del fermo, solo se e quando risulti essere destinatario di una *obligation de quitter le territoire*.

Sul punto, come noto, si è pronunciata di recente ancora la CGUE⁵⁸, adita in via pregiudiziale dalla Corte di appello di Parigi⁵⁹. L’*arrêt* Achughbabian, tuttavia, non risolve la questione. Alla stregua dell’intervento del *Conseil d’État* del marzo scorso⁶⁰, si pone “a metà del guado” adottando una soluzione compromissoria, in nulla d’ausilio ai giudici nazionali i quali continueranno ad assumere decisioni contrastanti e, quindi, discriminatorie.

⁵⁵ CA Nîmes, 6 mai 2011, ord. n° 11/00186, <http://libertes.blog.lemonde.fr/files/2011/05/appell.1304749632.png>; TGI Meaux, 18 mai 2011, ord. n° 11/00706; TGI Toulouse, 13 mai 2011, ord. n° 11/265; D. 2011, 1489. Dello stesso avviso, in dottrina, V. TCHEN, *Interprétation*, cit., 50; G. POISSONNIER, op. cit., 1883; S. SLAMA et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, op. cit., 366; L. D’AMBROSIO, *I rapporti*, cit., 2.

⁵⁶ Nel 2010 il numero delle persone assoggettate a *garde à vue* in quanto sospettate di essersi trattenute illegalmente nel territorio dello Stato è pari a 74000. Cfr. Cimade, *Espace presse/communiqués*, 6 décembre 2011, www.cimade.org

⁵⁷ CA Aix-en-Provence, 9 mai 2011, ord. n° 11/00128; CA Paris, 7 mai 2011, ord. n° 11/02050, entrambe alla pagina <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/06/09/le-printemps-des-sans-papiers-directive-retour-retention-et-penalisation-les-suites-de-larret-el-dridi-cjue-28-avril-2010>, cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁵⁸ CGUE, 6 dicembre 2011, *Achughbabian*, C-329/11, <http://curia.europa.eu>

⁵⁹ CA Paris, ord. 29 juin 2011, n° 11/02792, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁶⁰ Cfr. supra par. 1.

Viene dichiarata ora la difformità, ora la conformità della disciplina interna al diritto derivato in relazione allo stadio in cui si trova la procedura di *éloignement* (accertamento della regolarità del soggiorno – espulsione da eseguire – rimpatrio fallito). A ragione, pertanto, la sentenza è etichettata come "*una ricetta lussemburghese che taglia in tre parti l'art. L 621-1 CESEDA*"⁶¹.

Si rileva, innanzitutto, la sua perfetta sintonia con il precedente *El Didri*, nella parte in cui in modo netto e deciso riafferma che la competenza penale in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare resiste in capo ai Paesi membri, e ribadisce che, qualora la disciplina interna privi di effetto utile l'atto comunitario, questa non possa trovare applicazione. L'art. L 621-1 CESEDA, punendo il soggiorno irregolare con la reclusione di un anno – oltre all'ammenda di 3.750 euro -, impedisce proprio che l'allontanamento dello straniero irregolare abbia luogo "con la massima celerità", dunque, una volta avviata la procedura d'espulsione, risulta incompatibile con il diritto dell'Unione, in quanto osta al perfezionamento del rimpatrio. Né, come già rilevato in dottrina⁶², a mettere al riparo la legislazione nazionale dalla disapplicazione sono sufficienti circolari governative ovvero rassicurazioni circa la rarità di condanne per tale delitto⁶³.

La Corte di Giustizia, di contro, riserva sempre e comunque la facoltà agli Stati membri di ricorrere alla sanzione penale qualora "*le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare*"⁶⁴. Si tratta, a ben vedere, della terza fase in cui l'art. L 621-1 CESEDA può entrare in gioco, ossia quando il rimpatrio (volontario, seguito da quello coattivo) è fallito e non resta che la reclusione come ultima risorsa disponibile.

Insoluta resta, invece, la vera questione emersa nella prassi, ovvero la legittimità del trattenimento in *garde à vue* sulla base della violazione dell'art. 621-1 CESEDA.

I primi comunicati governativi⁶⁵, seguiti da una circolare del Ministero della Giustizia e delle Libertà⁶⁶, valorizzano oltremodo un passaggio della pronuncia, in cui

⁶¹ S. SLAMA, *La Cour de justice consacre l'ubiquité du délit de séjour irrégulier, à la fois conforme et non conforme au droit de l'Union européenne selon la phase de la procédure de retour*, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 7 décembre 2011, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

⁶² F. KAUFF-GAZIN, *La directive « retour »*, cit., 13.

⁶³ In questi termini v. punto n. 40. Nel caso di specie, peraltro, "*il giudice del rinvio e il governo francese non hanno menzionato né un'archiviazione né, più in generale, una decisione che escluda definitivamente qualsiasi possibilità di perseguire il sig. Achughbadian per detto reato*" (punto n. 42).

Qualche giorno dopo la pronuncia *El Didri*, infatti, il Ministro dell'Interno ha invitato le procure ad assoggettare gli immigrati irregolari a fermo di polizia soltanto in presenza di determinate condizioni: "*comportamenti violenti nei confronti di soggetti depositari del potere pubblico ovvero frodi accertate (falsificazione di documenti amministrativi)*" (Circ. Min. Justice, 12 mai 2011, *relative à la portée de l'arrêt de la Cour de justice européenne (CJUE) du 28 avril 2011 portant sur l'interprétation des articles 15 et 16 de la directive 2008/115/CE, dite « directive retour »*, <http://www.gisti.org/spip.php?article394>). La stessa circolare, con riferimento ai procedimenti per violazione dell'art. L 624-1 CESEDA, ne raccomanda l'avvio solo in caso di manifesto ostruzionismo da parte del soggetto sottoposto a *rétenion*, il quale si sia rifiutato di cooperare nelle fase di identificazione ovvero abbia fatto resistenza all'esecuzione del rimpatrio forzato.

⁶⁴ Punto n. 46

⁶⁵ Cfr. http://www.immigration.gouv.fr/spip.php?page=actus&id_rubrique=254&id_article=2619

si ammette il ricorso a misure limitative della libertà personale nella fase di accertamento della regolarità del soggiorno dello straniero sul territorio dello Stato. Nulla osterebbe, dunque, ad un "arresto iniziale" quando questo eviti che una persona, sospettata di aver commesso il reato di cui all'art. L 621-1 CESEDA, possa sottrarsi all'identificazione prima che la stessa abbia avuto luogo. E la *garde à vue* è volta proprio ad accertare se l'immigrato risieda legalmente nel Paese ospitante, in vista - laddove risulti "clandestino" - del suo *éloignement* nel più breve tempo possibile. Si argomenta così la legittimità "comunitaria" di una prassi, purtroppo ormai consolidata, che, in realtà, ha dato luogo al mutamento della funzione della *garde à vue*: da mero strumento investigativo è divenuto un passaggio quasi obbligato nella procedura d'espulsione.

Come è stato bene rilevato⁶⁷, l'ambiguità della pronuncia si presta ad una lettura nei termini di cui sopra e sembra legittimare tale prassi, tanto più discutibile ove si consideri che per verificare la regolarità del soggiorno dell'immigrato possono essere sufficienti le quattro ore previste per la procedura d'identificazione (art. 78-3 *code de procédure pénale*).

Di contrario avviso è il sindacato della magistratura, il quale sottolinea come, così opinando, si finisce per travisare il contenuto della sentenza⁶⁸.

La CGCE non afferma che la disciplina della *garde à vue* è compatibile con il diritto dell'Unione, e non avrebbe potuto, tenuto conto che la questione pregiudiziale ha ad oggetto l'art. 621-1 CESEDA e non l'art. 62-2 *code de procédure pénale*. Essa si pronuncia unicamente sulla conformità/difformità della fattispecie di *séjour irrégulier* nei termini già visti.

Ciò vuol dire che le sorti della *garde à vue*, fintantoché il legislatore non intervenga, resteranno nelle mani dei giudici. E la posizione assunta dal sindacato della magistratura francese è alquanto chiara: la *garde à vue* è priva di fondamento giustificativo nel caso di specie, essendo l'art. 621-1 CESEDA contrario al diritto comunitario. Margini applicativi possono residuare solo nel caso in cui l'immigrato sia sospettato di aver commesso un'altra infrazione diversa dal soggiorno illegale e sempreché la sanzione prevista sia la reclusione⁶⁹.

⁶⁶ Circ., 13 décembre 2011, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/12/13/suite-de-larret-achughbaban-le-garde-des-sceaux-persiste-en-se-reniant/>

⁶⁷ S. SLAMA, op. ult. cit., 2. Nello stesso senso V. TCHEN, *Code*, cit., 430; N. CLÉMENT, *Gloubi-boulga judiciaire, made in France (à propos de l'interprétation d'Achughbaban*, 6 janvier 2012, <http://www.pole-juridique.fr/blog.php#blog06012012>; L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un...sans papier. La Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla "direttiva rimpatri"*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁶⁸ P. HENRIOT, *Garde à vue et séjour irrégulier : les enseignements de l'arrêt « Achughbaban » sont limpides...*, <http://www.syndicat-magistrature.org>

⁶⁹ La loi n° 2011-392 del 14 aprile 2011 ha modificato la disciplina della *garde à vue*. Per un primo commento H. MATSOPOULOU, *Une réforme inachevée. A propos de la loi du 14 avril 2011*, JCP G, 2011, 19, 908 ss.; J. PRADEL, *Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue*, ibidem, 22, 1104 ss.; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La réforme de la garde à vue*, D., 2011, 1570. V., altresì, Cour de Cassation, crim, 31 mai 2011, n° 10-80034, n° 11-81412, n° 10-88293, n° 10-88809, RSC, 2011, 412, obs. G. GIUDICELLI (v., per tutti, H. MATSOPOULOU, *Garde à vue: primauté de la jurisprudence européenne sur les règles constitutionnelles*, D., 2011, 2084 ss.) e, da ultimo, Conseil constitutionnel, 18 novembre 2011, déc. n° 2011-191/194/195/196/197, QPC : *Journal Officiel* 19 novembre 2011.

I dubbi interpretativi, pertanto, sono tutt'altro che sciolti e le prime ordinanze confermano "l'intollerabile alea giudiziaria"⁷⁰ cui sono sottoposti gli stranieri⁷¹.

Non resta che confidare, invero con poche attese, nell'intervento del *Conseil constitutionnel*, dinanzi al quale pende una questione prioritaria di costituzionalità⁷², ovvero, con maggiori aspettative, in quello della *Cour de Cassation*, chiamata a pronunciarsi in merito alla regolarità di alcune procedure di *rétenion* avviate in seguito al previo trattenimento in *garde à vue*, disposto sulla base dell'art. L 621-1 CESEDA.

Salvo smentite clamorose, le pronunce *El Didri* e *Achughbabian* non si tradurranno in maggiori garanzie per gli immigrati irregolari, i quali continueranno ad incorrere in limitazioni sistematiche della loro libertà personale⁷³. Inoltre, la prassi dimostra come oramai da circa vent'anni si assista ad una "banalizzazione della detenzione amministrativa"⁷⁴, destinata a consolidarsi nel prossimo futuro anche alla luce della modifiche apportate dalla c.d. legge Besson, come evidenziato nel paragrafo precedente.

Quanto all'incidenza della sentenza *Achughbabian* nell'ordinamento italiano, in specie sull'operatività dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/98 - relativamente alla condotta del trattenimento -, essa può considerarsi sostanzialmente nulla. La pena prevista è l'ammenda, peraltro sostituibile con la misura dell'espulsione, come tale perfettamente in linea con lo spirito della direttiva "rimpatri"⁷⁵.

Qualche considerazione, da ultimo, in merito all'art. L 622-1 CESEDA. Fattispecie con cui si punisce l'aiuto, diretto o indiretto, ovvero l'agevolazione, anche nella forma tentata, a coloro i quali facciano ingresso, circolino o si trattengano irregolarmente sul territorio dello Stato, il c.d. *delit de solidarité* ha assunto negli anni un ruolo chiave nella lotta all'immigrazione clandestina⁷⁶. Esso ha mutato la sua originaria vocazione, ossia sanzionare coloro che del favoreggiamento dell'immigrazione facevano un *business*, ed ha ampliato il suo raggio d'azione, grazie anche alla estrema

⁷⁰ P. HENRIOT, *Garde à vue et séjour irrégulier*, cit., 2.

⁷¹ CA, Paris, 7 décembre 2011, n° 11/04971; CA, Aix-en-Provence, 8 décembre 2011, n° 11/00383; CA, Paris, 7 décembre 2011, n° 11/04993; e CA, Douai, 8 décembre 2011, n° 750/11; <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/12/08/memes-causes-meme-cacophonie-judiciaire-les-suites-dachughbabian-cjue-6-decembre-2011/>

⁷² Cour de Cassation, civ. 1, 23 novembre 2011, n° 11-40.069, <http://www.legifrance.gouv.fr/>, ha sollevato una questione prioritaria di costituzionalità relativa alla conformità della *garde à vue*, applicata sulla base del delitto di cui art. L 621-1 CESEDA, al principio di necessità della pena sancito dall'art. 8 CEDH.

⁷³ L. D'AMBROSIO, *I rapporti*, cit., 4, rileva come "se in nome dell'efficacia, il diritto dell'Unione europea ha consentito di limitare l'abuso del ricorso da parte di alcuni Stati membri alla pena detentiva...in nome di quella stessa efficacia, esso rischia...di trasformarsi in un fattore di accelerazione della previsione...di misure amministrative a carattere afflittivo, che attestano per gli stranieri in situazione irregolare un netto arretramento delle garanzie sostanziali e procedurali sancite, in materia di libertà personale, dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

⁷⁴ S. SLAMA et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, op. cit., 366.

⁷⁵ Sul punto v., tuttavia, gli interessanti rilievi di L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno*, cit., 11 ss.

⁷⁶ M. REYDELLET, *Tu aideras ton prochain...mais cela peut te conduire en prison (réflexions sur le délit d'aide à l'étranger en situation irrégulière)*, D. 2009, p. 1029 ss. ; e, da ultimo, K. PARROT, *L'actualité du droit des étrangers en France, le délit de solidarité*, in M. BENLOLO-CARABOT et K. PARROT, *L'actualité du droit des étrangers*, Bruylant, 2011, 129 ss.; S. SLAMA, *Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un «délit d'humanité»*, AJ Pénal, 2011, 496 ss.

indeterminatezza della norma di riferimento. Il delitto di *aide à l'entrée et au séjour irréguliers* è divenuto uno strumento nelle mani degli organi di polizia per incriminare quanti, associazioni, organizzazioni non governative, comuni cittadini vogliono aiutare l'immigrato irregolare, mossi da mero spirito di solidarietà. A dispetto dei dati governativi⁷⁷, che fanno leva sulla disciplina di favore prevista all'art. L 622-4 CESEDA - modificata peraltro non in modo significativo dalla c.d. legge Besson - per ridicolizzare la portata di questa fattispecie, si registrano procedimenti per violazione dell'art. L 622-1 CESEDA conclusi con sentenze di condanna, anche nei confronti di chi abbia agevolato l'ingresso, il transito o il soggiorno di uno straniero senza alcun ritorno di natura economica⁷⁸. L'obiettivo è evidente: fare "terra bruciata" attorno al "clandestino"⁷⁹. L'estremo rigore della risposta sanzionatoria, cinque anni di reclusione e 30.000 euro di ammenda, cui vanno ad aggiungersi le pene complementari di cui all'art. L 622-2 CESEDA, ne dà conferma.

Le ricadute delle pronunce della Corte di Giustizia appena esaminate sulla fattispecie di aiuto all'ingresso o al soggiorno irregolare - ancillare ai delitti contemplati agli artt. L 621-1 e 624-1 CESEDA, ma autonoma - non paiono di alcun rilievo. La prima, infatti, traduce in diritto interno obblighi comunitari assunti dalla Francia il 28 novembre 2002, in occasione dell'adozione della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI sul contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione illegale. Come tale, essa è destinata a sopravvivere ai *decisa* della CGUE⁸⁰.

⁷⁷ V. l'intervista resa da Eric Besson su France Inter. Ne dà conto C. MATHIOT, *Délit de solidarité à Rodez, Eric Besson cumule les fautes*, su *Liberation* del 30 juin 2009.

⁷⁸ Cfr. Commission national consultative des droits de l'homme (CNCDH), *Note sur le cas d'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers*, 6 janvier 2011, reperibile su http://www.cncdh.fr/article.php3?id_article=824. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. S. SLAMA, *Délit*, cit., 499 s. Si segnala, inoltre, una recente pronuncia della CEDH, 10 novembre 2011, *Mullah c/France*, n° 29681, *AJ Pénal*, 2011, 500, circa la relazione tra *délit* di cui all'art. L 622-1 CESEDA e tutela dell'integrità della famiglia. La CEDH riconosce come taluni legami di parentela non siano contemplati dall'art. L 622-4 CESEDA, tuttavia, poiché il giudice nazionale nel caso di specie (ospitalità resa al genero in situazione irregolare) ha adottato una soluzione equilibrata (dichiarazione di colpevolezza accompagnata da una dispensa dalla pena ex art. 132-59 c.p.) tra gli interessi in gioco (tutela dell'ordine pubblico *versus* rispetto dell'unità familiare), ritiene non sussista alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU. Per un primo commento L D'AMBROSIO, *La Corte EDU salva il 'délit de solidarité': la condanna con dispensa dalla pena per favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno irregolare non costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8)*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁷⁹ Al riguardo v. il rapporto del Commissario ai diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, *La criminalization des migration en Europe: quelles incidences sur les droits de l'homme*, 4 febbraio 2010, reperibile alla pagina http://europeecologie.eu/IMG/pdf/Rapport-criminalisation_des_migrations_en_Europe.pdf

⁸⁰ G. POISSONNIER, op. cit., 1882 s. Dello stesso avviso L. D'AMBROSIO, op. ult. cit., 3, il quale ravvisa piuttosto una contrarietà, almeno parziale, dell'art. L 622-1 CESEDA al diritto derivato nella parte in cui si punisce anche l'aiuto all'ingresso, al transito, al soggiorno di stranieri in situazione irregolare a mero scopo umanitario; e, da ultimo, S. SLAMA, *Délit*, cit., 498 s., - cui si rinvia per ulteriori approfondimenti -, che rileva come il legislatore nazionale si sia limitato ad una ricezione "a minima" della direttiva, nella misura in cui limita l'ambito di operatività delle esimenti di cui all'art. L 622-4 CESEDA alla sola condotta di *aide au séjour*. Stando alla lettera della legge, pertanto, la "clausola umanitaria" non troverebbe applicazione nei casi di ingresso e transito.

4. Conclusioni.

E' tempo di tirare le fila del discorso sin qui sviluppato nella prospettiva indicata in apertura e riassunta nell'intitolazione del presente contributo.

L'ordinamento francese costituisce un punto di osservazione privilegiato, come si è visto, per la consolidata tradizione penalistica nell'ambito del *droit des étrangers*. Dalla fine degli anni ottanta si registra un fermento legislativo (30 riforme in 30 anni, di cui 4 di grande portata dal 2003⁸¹), che ha condotto di recente all'adozione della c.d. legge Besson. Questo processo si è sviluppato intorno a due assi: l'amministrativizzazione della procedura e la penalizzazione dell'immigrato irregolare senza soluzione di continuità⁸². Addirittura, il diritto penale amplia il suo raggio d'azione e penetra sin dentro la sfera intima dello straniero al fine di controllarne l'identità (si pensi, per tutti alla legge sul velo)⁸³.

Volendo limitarsi, tuttavia, alle novità introdotte dalla legge n° 2011-672 del 16 giugno 2011, si prende atto di come la sezione penalistica rimanga sostanzialmente tale e quale alla sua previgente configurazione. Si investe piuttosto in misure amministrative in senso stretto dal forte impatto dissuasivo/punitivo, il riferimento è soprattutto alla *interdiction de retour sur le territoire français*, destinata anch'essa alla "banalizzazione", come è accaduto in questi anni per la *rétention administrative*.

Il ricorso a tali strumenti, che si traducono in sempre maggiori limitazioni della libertà personale⁸⁴, e che rispondono alla logica penale con cui ovunque in Europa si è deciso di fronteggiare l'immigrazione "clandestina"⁸⁵, dovrebbe, a maggior ragione, condurre ad un "ritiro in buon ordine del diritto penale"⁸⁶. La situazione, invece, non muta. In Francia, lo si è ribadito più volte nel corso dell'esposizione, è acclarato da decenni di esperienza che il "penale" funge solo da supporto alla procedura amministrativa di espulsione. Il numero di condanne è veramente irrisorio. Ritorna, dunque, la domanda di sempre: *cui prodest?*

E' noto come in Italia uno degli obiettivi perseguiti con l'introduzione del reato di clandestinità sia accrescere l'efficacia delle espulsioni. Una recente indagine⁸⁷ dimostra esattamente il contrario. Rispetto al numero elevato di denunce le espulsioni risultano inconsistenti e in flessione. Si conferma così l'irrazionalità della scelta di affiancare il procedimento penale al naturale percorso amministrativo.

⁸¹ V. TCHEN, *Les sources du droit des étrangers à l'heure de la codification : réflexions sur une frontière oubliée*, in *Mélanges F. Julien-Laferrrière*, Bruylant, 2011, 515 s. Parla di "frenesia securitaria" S. SLAMA, *Politique d'immigration: un laboratoire de la frénésie sécuritaire*, in L. MUCHELLI, *La frénésie sécuritaire. Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La découverte, 2008, 64 ss.

⁸² C. SAAS, op. cit., 492.

⁸³ Ancora C. SAAS, op. cit., 492 ss., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

⁸⁴ L. D'AMBROSIO, *Les politiques*, cit., 502. Conferme in tal senso nel *Rapport 2010 sur les centres et locaux de rétention administrative*, cit., 52 ss.

⁸⁵ N. FISCHER et M. DARLEY, *Le traitement de l'immigration, entre logique administrative et logique pénale*, *Champ pénal/Penal field*, 2010, Vol. VII, 1 ss.

⁸⁶ Da ultimo, S. PORTELLI, *Une singulière justice des étrangers*, in O. LE COUR GRANDMAISON, *Douce France*, cit., 213 ss.

⁸⁷ A. COLOMBO, *Fuori controllo ? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Il Mulino, 2012.

Non resta che seguire le voci⁸⁸ che invocano con insistenza il ritorno al canone della sussidiarietà, negli ultimi decenni “messo in cantina” da un legislatore malaccorto, che rimane sempre un, *rectius* il, punto di riferimento insostituibile quando si intenda elevare un fatto a reato.

⁸⁸ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 127 ss.; F. VIGANO', *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, *ibidem*, 2010, 13 ss.; M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, Relazione tenuta al Convegno “*Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*”, Roma, 19 novembre 2010; P. PISA, *Nuove norme penali*, cit., 809. Tra i non penalisti, per tutti, L. FERRAJOLI, *L'abuso del diritto penale nella società della paura*, Relazione tenuta al Convegno “*Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*”, cit.