

LA DIRETTIVA RIMPATRI OVVERO LA MANCATA ARMONIZZAZIONE DELL'ESPULSIONE DEI CITTADINI DI PAESI TERZI

di CHIARA FAVILLI*

SOMMARIO: 1. La direttiva rimpatri nel contesto delle politiche di immigrazione e di asilo dell'Unione europea. 2. L'ambito di applicazione. 3. La gradualità delle modalità di allontanamento: partenza volontaria, esecuzione forzata e trattenimento. 4. Le garanzie procedurali

1. La direttiva rimpatri nel contesto delle politiche di immigrazione e di asilo dell'Unione europea

La direttiva 2008/115/CE 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*, concorre a definire la politica di rimpatrio dell'Unione europea, concepita come parte della politica comune in materia di immigrazione illegale, a sua volta "elemento integrante della politica comunitaria globale di immigrazione e di asilo"¹. Come noto, infatti, l'Unione europea non ha adottato in questa politica una normativa organica ma, al contrario, ha adottato normative settoriali, volte a disciplinare segmenti specifici come i visti, taluni aspetti dell'ingresso, i controlli alle frontiere e altre misure relative alla gestione dell'immigrazione. La stessa materia dell'allontanamento è costituita da diversi atti ed in particolare dalla direttiva 2001/40/CE sul riconoscimento reciproco delle decisioni di espulsione alla quale ha fatto seguito la decisione 2004/191/CE che definisce criteri e modalità pratiche per la compensazione degli squilibri finanziari, dalla direttiva 2003/110/CE sull'assistenza nell'ambito dei provvedimenti di espulsione per via aerea, dalla decisione 2004/573/CE del 29 aprile 2004 sui voli congiunti per l'esecuzione delle espulsioni e dalla decisione 2007/575/CE istitutiva del Fondo europeo per il rimpatrio. Taluni di questi aspetti della politica di rimpatrio erano già disciplinati dalla Convenzione di Schengen: in particolare la direttiva qui in commento incide sugli artt. 23 e 24 di tale Convenzione che risultano così sostituiti². Per conferire coerenza a questo puzzle di norme occorre rifarsi alle comunicazioni non vincolanti pubblicate dalla Commissione europea sulla politica in materia di immigrazione illegale e di rimpatrio, al programma d'azione in materia di rimpatrio del 28 novembre 2008, oltre che alle conclusioni adottate dal Consiglio

* Docente di Diritto dell'Unione europea, Facoltà di Giurisprudenza – LUMSA. Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Facoltà di Giurisprudenza - Università di Firenze.

¹ A. Adinolfi, *Linea comune sul rimpatrio dei clandestini indebolita dall'ampia flessibilità normative*, in *Guida al diritto*, 2008, 28, pp. 6-7; A. Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, pp. 1-17.

² Per la direttiva 2001/40/CE sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di espulsione si era invece previsto che la direttiva non pregiudicasse né l'art. 24 né l'art. 25 della Convenzione di Schengen pur nella pratica andando a sostituire quest'ultimo.

sempre in materia di rimpatrio³. Riferimenti alle caratteristiche essenziali della politica comunitaria di rimpatrio si trovano anche nelle conclusioni del Consiglio europeo nelle riunioni dedicate all'immigrazione nonché nei Programmi di Tampere e dell'Aja che hanno definito lo sviluppo della politica europea in materia di immigrazione e di asilo nei passati dieci anni, sostituiti per i prossimi anni dal Programma di Stoccolma che sarà adottato nel secondo semestre del 2009⁴. Tali comunicazioni sono senz'altro necessarie per contestualizzare ogni singolo atto normativo ed interpretarne i contenuti, tenendo conto tuttavia che le modifiche apportate durante il procedimento di approvazione di ogni singolo atto, all'interno di ogni singola istituzione ma soprattutto in sede di negoziazione tra Parlamento europeo e Consiglio, rischiano di riproporre sui singoli atti rapporti di forza e dinamiche non virtuose che si riflettono nell'adozione di emendamenti e di testi di compromesso che, talvolta, minano la coerenza delle varie misure, essendo più corrispondenti alle esigenze dei singoli Stati, piuttosto che agli obiettivi concordati al momento della definizione delle caratteristiche generali della politica europea in materia di immigrazione e di asilo.

Questo si è verificato soprattutto in relazione alle misure che sono intervenute in ambiti già oggetto di disciplina a livello nazionale. È quanto accaduto anche per la direttiva qui in commento; riguardando essa uno degli aspetti essenziali della disciplina del trattamento dello straniero, dato che in tutti gli Stati membri è alto il tasso degli stranieri soggiornanti in posizione irregolare, la procedura per la sua adozione è stata particolarmente lunga e contrastata. Durante la procedura di adozione sono stati sollevate varie obiezioni nonostante che la direttiva sia, tra i tre atti vincolanti tipici, la misura che meno vincola gli Stati membri. Per altre misure, invece, si registra una maggiore facilità tra gli Stati a trovare un accordo: ad esempio in materia di visti o per tutte quelle misure che tendono a facilitare la cooperazione tra le amministrazioni degli Stati preposte alla gestione dell'immigrazione; non a caso molti dei provvedimenti in questione sono stati adottati nella forma di regolamenti o decisioni. Devono essere annoverate tra queste le misure tese ad agevolare il mutuo riconoscimento dei provvedimenti nazionali adottati o a facilitarne l'esecuzione. Ciò è stato particolarmente evidente nel vigore del regime procedurale transitorio nel quale il Parlamento interveniva solo con un parere consultivo e agli Stati era attribuito un potere di iniziativa normativa.

Numerosi sono stati i punti di disaccordo emersi sia in seno al Consiglio dell'Unione europea sia tra Consiglio e Parlamento europeo, quest'ultimo partecipante come

³ Si veda da ultimo la comunicazione COM(2009)263 del 10 giugno 2009 *Justice, freedom and security in Europe since 2005: an Evaluation of the Hague Programme and Action Plan*, e la comunicazione SEC(2009)765 del 10 giugno 2009, *Justice, Freedom and Security in Europe since 2005: an Evaluation of the Hague Programme and Action Plan. Follow up of the implementation of legal instruments in the field of justice, freedom and security at national level. Implementation scoreboard*; per le varie tipologie di atti adottati in questa materia la pagina ufficiale della Commissione europea http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/illegal/doc_immigration_illegal_en.htm purtroppo non sempre tempestivamente aggiornata; più completo e accurato il sito dell'organizzazione non governativa Statewatch, www.statewatch.org/semdoc curato dal Prof. Steve Peers contenente tra l'altro diverse analisi del testo della proposta di direttiva e delle modifiche approvate nel corso della sua approvazione.

⁴ Si veda da ultimo la comunicazione COM(2009)262 del 10 giugno 2009, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*

codecisore ai sensi dell'art. 251 TCE⁵. Anche per questo la direttiva in questione, come molte altre in materia di immigrazione e di asilo, risulta di armonizzazione minima: molte disposizioni sono formulate in termini di opzioni lasciando gli Stati sostanzialmente liberi di adottarle o meno, o di scegliere tra una pluralità di soluzioni alternative. È inoltre lasciata agli Stati la possibilità di mantenere in vigore le disposizioni nazionali se più favorevoli purchè non in contrasto con la direttiva. Questa disposizione suscita alcune perplessità. Al fine di conferire ad essa un effetto utile, deve essere interpretata nel senso che la normativa nazionale è compatibile se più favorevole e se non abbia un contenuto espressamente escluso dalla direttiva. Clausole di questo genere sono spesso contenute nelle direttive, in particolare nelle direttive di prima e minima armonizzazione. Addirittura lo stesso Trattato all' art. 63, par. 5, afferma che le misure adottate in questo settore non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano "disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali". Una norma questa di difficile interpretazione sulla quale si è in parte pronunciata la Corte di giustizia nella causa *Parlamento c. Consiglio* avente ad oggetto l'impugnazione della direttiva sul ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi⁶. La disposizione del Trattato è addirittura più ampia di quella contenuta nella direttiva consentendo di mantenere in vigore qualsiasi disposizione nazionale purché compatibile con il Trattato senza specificare che la normativa nazionale debba essere più favorevole. In entrambi i casi si tratta di clausole diverse da quelle c.d. di non regresso che vietano agli Stati di modificare *in pejus* i diritti dei soggetti interessati attuando la direttiva e che, comunque, non sono idonee a costituire un vincolo permanente in capo al legislatore di modificare la propria normativa *in pejus*; questo è vero anche se una successiva modifica normativa nazionale, peggiorativa, trovi la sua *ratio* ispiratrice nell'ordinamento comunitario e nella direttiva contenente la clausola di non regresso. La clausola contenuta nell'art. 4, par. 3, consente invece agli Stati solo la facoltà di mantenere disposizioni più favorevoli, il che potrebbe essere positivo per quegli Stati che hanno vincoli costituzionali o internazionali di rispetto dei diritti umani e del diritto di asilo in particolare: tali Stati sono autorizzati a mantenere in vigore le proprie norme senza incorre in una violazione del diritto comunitario che invece si verificherebbe se gli Stati ostacolassero l'attuazione del diritto comunitario per ottemperare ad un proprio diritto fondamentale. Occorre infine precisare a questo proposito, che lo scopo delle norme adottate in questo settore non è di elevare il livello dei diritti garantiti ai cittadini di Paesi terzi bensì di prevedere una disciplina "orizzontale", a prescindere dalla circostanza che sia più o meno favorevole rispetto a quella già in vigore negli Stati membri: è dunque possibile che lo standard dei diritti concordato a livello comunitario sia inferiore rispetto a quello garantito dai singoli Stati membri.

Schematicamente nella direttiva si possono individuare le seguenti tipologie di disposizioni: un nucleo di norme obbligatorie per le quali gli Stati possono solo esercitare la discrezionalità tipica della direttiva, vale a dire di stabilire le forme e i mezzi ritenuti più idonei per conseguire l'obiettivo obbligatorio da essa disposto; un altro gruppo di norme che stabiliscono obiettivi che spetta però agli Stati nella fase di

⁵ E. Canetta, *La disciplina comunitaria in materia di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi in posizione irregolare nel territorio degli Stati membri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2007, 3, pp. 34-47

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03.

attuazione decidere se recepire o meno; infine in virtù della clausola di salvaguardia delle norme nazionali più favorevoli, la direttiva consente di mantenere in vigore o di introdurre disposizioni più favorevoli, sostanzialmente individuando una forbice di norme delimitata, verso il basso, dalla direttiva stessa e, verso l'alto, dalla normativa nazionale che garantisca il trattamento più favorevole. Il ventaglio delle disposizioni astrattamente compatibili con la direttiva 2008/115/CE è dunque estremamente vario e tale da rendere scarsa la sua efficacia armonizzatrice. Nonostante questo la Commissione europea ha sempre sostenuto la necessità di adottare comunque normative di questo genere, concepite come una prima fase di legislazione alla quale dovrà succedere una seconda fase di maggiore armonizzazione, possibile grazie anche alla previa introduzione di un primo "corpus orizzontale di norme, applicabile a tutti i cittadini di Paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in uno Stato membro"⁷.

La varietà del contenuto si riscontra anche nelle critiche diametralmente opposte che la direttiva ha suscitato: da una parte le organizzazioni non governative ne hanno criticato la severità e la minaccia alla tutela dei diritti fondamentali in particolare relativamente alla durata del trattenimento ai fini dell'allontanamento⁸. Dall'altra parte il Regno Unito, Stato che gode del beneficio della clausola dell'opt-in, ha deciso di non aderire in quanto ritiene che la direttiva in questione non fornisce un sistema di allontanamento sufficientemente forte ed efficace⁹.

2. L'ambito di applicazione

La scarsa efficacia armonizzatrice si riscontra già a partire dall'art. 2 che definisce l'ambito di applicazione della direttiva. Dopo l'esordio che sancisce l'applicazione generalizzata ai cittadini di Paesi terzi che si trovino in soggiorno irregolare, l'art. 2, par. 2, lett. a), attribuisce la facoltà in capo agli Stati di escluderne l'applicazione ai cittadini di Paesi terzi "sottoposti a respingimento alla frontiera o che comunque siano fermati in occasione dell'attraversamento irregolare e che non abbiano successivamente ottenuto un'autorizzazione al soggiorno". La direttiva può quindi essere applicata alle ipotesi di espulsione in senso stretto, lasciando gli Stati liberi di mantenere la propria normativa e di non modificarla in relazione alle fattispecie di respingimento in caso di ingresso irregolare che, come noto, costituiscono una delle ipotesi più critiche di allontanamento¹⁰. Essa è infatti spesso sprovvista di un'adeguata normativa giustificata dagli Stati dall'affermazione della totale libertà di azione, in virtù del principio di diritto internazionale generale in base al quale lo Stato è libero di ammettere e allontanare lo straniero, il quale non può di regola, precedentemente all'ingresso, vantare alcun diritto, a differenza di quando sia invece tecnicamente avvenuto l'ingresso nel territorio, presupposto per la maturazione del c.d. attacco sociale, di entità direttamente

⁷ Considerando n. 5 della direttiva in commento.

⁸ Si veda la campagna europea contro la direttiva <http://fortresseurope.blogspot.com/2006/01/no-alla-direttiva-della-vergogna-firma.html>.

⁹ È quanto risulta dal comunicato stampa n. 20080616IPR31785 del Parlamento europeo emesso all'indomani del raggiungimento dell'accordo tra Parlamento e Consiglio.

¹⁰ Si permetta il rinvio al nostro *I limiti internazionali all'espulsione dello straniero*, Viterbo, 1998.

proporzionale alla durata del soggiorno¹¹. La disposizione consente, ad esempio, in Italia di non applicare la direttiva ai respingimenti via mare, spesso oggetto di particolare attenzione da parte dei media e dell'opinione pubblica, per la drammaticità delle condizioni dei migranti che tentano di arrivare in territorio italiano rischiando e talvolta perdendo la propria vita. In questi casi tuttavia gli Stati sono comunque obbligati ai sensi dell'art. 4, par. 4, a garantire loro un trattamento e un livello di protezione minimo definito dalla stessa direttiva nonché a rispettare il principio di non-refoulement. Tale principio, che costituisce un principio di diritto internazionale generale, vincola tutti gli Stati membri dell'Unione europea sicuramente secondo quanto stabilito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sul diritto di asilo espressamente richiamata sia all'art. 63, par. 1, punto 1, TCE sia nel considerando n. 23 della direttiva qui in commento.

Ancora l'art. 2, comma 2, lett. b), consente di escludere dall'ambito di applicazione "gli stranieri sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale in conformità della legislazione nazionale o sottoposti a procedure di estradizione". Si tratta di una causa di esclusione introdotta durante l'esame della proposta, che può essere giustificata per evitare di interferire con provvedimenti di espulsione disposti dall'autorità giudiziaria, a conclusione di procedimenti penali per i quali l'intervento comunitario dovrebbe essere adottato su una diversa base giuridica, rientrando tecnicamente nelle misure di cooperazione giudiziaria in materia penale disciplinate dal titolo VI del TUE. Tuttavia la norma in questione potrebbe essere interpretata in modo tale da determinare una limitazione considerevole dell'ambito di applicazione della direttiva se la si intendesse riferita anche alla sanzione penale conseguente al reato di ingresso irregolare. Questa fattispecie di reato esiste solo in alcuni Stati membri che reprimono l'ingresso in violazione delle norme sull'immigrazione con una sanzione penale, mentre la maggior parte degli Stati membri lo ritengono una violazione di tipo amministrativo. L'Italia è tra questi ultimi Paesi anche se lo scenario è destinato a cambiare in tempi brevi dato che il Governo in carica, appoggiato dalla sua maggioranza parlamentare, si accinge ad introdurre il reato di *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato* attraverso l'approvazione del disegno di legge recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*¹². È evidente che il ritenere compresa nell'art. 2, par. 2, lett. b) anche la fattispecie del reato di ingresso irregolare rischia di vanificare lo scopo stesso della direttiva. Tale interpretazione è però da escludere sulla base dei principi generali del diritto comunitario che la Corte di giustizia ha avuto frequentemente modo di affermare in relazione agli obblighi degli Stati nell'attuazione degli obblighi comunitari in generale e delle direttive in particolare.

¹¹ B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, VII ed., 2006, p. 207.

¹² Al momento in cui si scrive il disegno di legge è all'esame della Camera dei deputati in seconda lettura. Sulla proposta di reato di immigrazione clandestina e sui suoi rapporti con la direttiva in commento si veda G. Savio, *Il nuovo reato di immigrazione irregolare e le modifiche al reato di inottemperanza all'ordine del questore: prime analisi e riflessioni*, dattiloscritto distribuito nel seminario dell'Associazione studi giuridici per l'immigrazione tenutosi a Sasso Marconi, Bologna, il 12 giugno 2009 e la relazione orale tenuta da P. Bonetti nel corso del medesimo seminario su *L'espulsione e il prolungamento della detenzione nei CIE - condizioni e limiti di applicazione - conformità con la direttiva rimpatri*, ai quali si devono molti degli spunti critici contenuti in questo commento. Si veda anche il *Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica* del Consiglio Superiore della Magistratura adottato il 10 giugno 2009, in particolare il par. 5.

Come noto infatti la direttiva obbliga gli Stati a conseguire gli obblighi da essa stabiliti lasciandoli liberi di scegliere le forme e i mezzi più adeguati a tale scopo. Tale discrezionalità è comunque vincolata dal rispetto dei principi generali della leale cooperazione e dell'effetto utile. Ha, infatti, affermato la Corte che “23. Occorre ricordare, anzitutto, la giurisprudenza costante della Corte secondo cui, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (V. in particolare, sentenze 17 novembre 1983, causa 292/82, Merck, Racc. pag. 3781, punto 12, e 21 febbraio 1984, causa 337/82, St. Nikolaus Brenneri, Racc. pag. 1051, punto 10). 24. Si deve rilevare poi che, allorché una disposizione di diritto comunitario è suscettibile di svariate interpretazioni delle quali una sola idonea a salvaguardare l'effetto utile della norma, è a questa che occorre dare priorità (v. in questo senso la sentenza 22 settembre 1988, causa 187/87, Land de Sarre e a., Racc. pag. 5013, punto 19)”¹³.

L'interpretazione estensiva dell'art. 2, par. 2, lett. b), violerebbe il principio generale dell'effetto utile, rendendo residuale o addirittura escludendo l'ambito di applicazione della direttiva. Si impone dunque una interpretazione restrittiva della disposizione nel senso di permettere al legislatore nazionale di escludere l'applicazione della direttiva solo a quei casi nei quali essa è conseguenza di fattispecie penali diverse dall'ingresso o dal soggiorno irregolare che invece è la condotta che presuppone l'irregolarità dello straniero e quindi il rimpatrio ai sensi dell'art. 2, par. 1. A rigor di logica infatti l'espulsione è la conseguenza dell'ingresso e del soggiorno irregolare e non del reato o della sanzione penale che è invece a sua volta conseguenza dell'ingresso e del soggiorno irregolare.

Infine si consideri che se addirittura si potesse paventare che lo scopo dell'introduzione di tale fattispecie di reato sia anche la volontà di limitare l'ambito di applicazione della direttiva si potrebbe profilare una violazione dell'obbligo di leale cooperazione e di non adozione, nelle more del termine concesso per l'attuazione delle direttive, di atti contrari al loro scopo, che ne ostacolano l'attuazione nei termini¹⁴. È probabile che sul punto sarà necessario un intervento chiarificatore della Corte di giustizia anche per evitare che l'ambito di applicazione della direttiva sia pregiudicato dalla diversa qualificazione negli Stati membri di fattispecie altrimenti del tutto identiche, inficiando anche quel minimo effetto di armonizzazione che la direttiva si propone.

L'ambito di applicazione della direttiva è ulteriormente sacrificato dalla espressa previsione della non applicazione ai beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione ai sensi dell'art. 2, par. 5, codice frontiere Schengen¹⁵. Inoltre è previsto

¹³ Sentenza Corte di giustizia 14 ottobre 1999, C-223/98, in *Raccolta*, 1999, p. I-7081.

¹⁴ Sentenza Corte di giustizia 18 dicembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, in *Raccolta*, 1997, p. I-7411.

¹⁵ Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, *che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, in GUUE L 105 del 13.4.2006, pp. 1–32. L'art. 2, par. 5 recita: 5) “beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione”: a) i cittadini dell'Unione ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del trattato, nonché i cittadini di paesi terzi familiari di un cittadino dell'Unione che esercita il suo diritto alla libera circolazione sul territorio dell'Unione europea, ai quali si applica la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei

che non siano pregiudicate le eventuali disposizioni più favorevoli previste nel c.d. *acquis* in materia di immigrazione e di asilo nonché le norme più favorevoli previste in forza di accordi bilaterali o multilaterali vincolanti sia la Comunità sia gli Stati membri. Questa clausola consente ad esempio di mantenere in vigore gli accordi bilaterali di riammissione conclusi dagli Stati membri al fine di consentire l'effettiva esecuzione dell'allontanamento degli stranieri espulsi.

Da ultimo occorre anche precisare che la direttiva ha una parziale applicazione territoriale: Regno Unito e Irlanda hanno deciso di non aderire a questa misura non avvalendosi dunque della clausola di opt-in prevista dai Protocolli allegati al Trattato di Amsterdam relativamente alla loro posizione rispetto al titolo IV TCE in base al quale è stata adottata anche la direttiva rimpatri. Una posizione analoga caratterizza anche la Danimarca che può dichiarare di vincolarsi agli atti come alla direttiva rimpatri solo se considerati sviluppo dell'*acquis* di Schengen, come nella fattispecie, essendo invece preclusa l'adesione per tutti gli altri atti adottati in base al titolo IV TCE come dispone l'allegato al Trattato di Amsterdam relativo alla posizione della Danimarca. D'altra parte la mancanza di applicazione in tali Stati è "compensata" dall'applicazione anche in Stati non parti dell'Unione europea vale a dire Norvegia, Islanda, Svizzera e Liechtenstein, tutti associati all'Unione europea all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen del quale fa parte anche la direttiva rimpatri.

3. La gradualità delle modalità di allontanamento: partenza volontaria, esecuzione forzata e trattenimento

La direttiva prevede che ciascuno straniero che soggiorni in modo irregolare deve essere soggetto ad una decisione di rimpatrio, a meno che lo straniero possa essere ammesso in un altro Stato membro. Rimane ferma la competenza degli Stati di stabilire le condizioni richieste ai fini della regolarità del soggiorno che non sono disciplinate dalla direttiva né da altri strumenti normativi comunitari. Accertata l'irregolarità del soggiorno del cittadino di Paese terzo alla luce della normativa nazionale, la direttiva regola le modalità del rimpatrio, definito come "il processo di ritorno di un cittadino di un Paese terzo sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente" verso il paese di origine, di transito o qualsiasi altro "Paese terzo verso il quale decide volontariamente di ritornare e in cui sarà accettato". Tale processo di ritorno si caratterizza per essere graduale, andando dalla partenza volontaria al trattenimento con accompagnamento alla frontiera. La prima, consente allo straniero di beneficiare di un termine della durata compresa tra sette e trenta giorni prima della partenza volontaria, prorogabile per esigenze legate alla previa durata del soggiorno e all'esistenza di legami familiari e sociali. Nel caso in cui vi siano rischi di fuga lo straniero può essere obbligato a presentarsi periodicamente alle autorità, a costituire una garanzia finanziaria adeguata, a consegnare i documenti e a dimorare in un determinato luogo. Lo strumento principale di esecuzione dell'allontanamento è quindi il rimpatrio

cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) i cittadini di paesi terzi e i loro familiari, qualunque sia la loro nazionalità, che, in virtù di accordi conclusi tra la Comunità e i suoi Stati membri, da un lato, e tali paesi terzi, dall'altro, beneficiano di diritti in materia di libera circolazione equivalenti a quelli dei cittadini dell'Unione.

volontario eventualmente con l'aggiunta di obblighi che costringano lo straniero a non darsi alla fuga nelle more del periodo ad esso concesso per allontanarsi effettivamente dal territorio. In talune circostanze poi il periodo per la partenza volontaria può essere omesso o ridotto sempre in caso di pericolo di fuga, di respingimento di una domanda di soggiorno regolare in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. In questo caso gli Stati adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio così come anche nell'ipotesi nella quale lo straniero non si sia allontanato entro il periodo stabilito. Lo Stato può anche ricorrere a misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza: tali misure coercitive non sono disciplinate dalla direttiva che solo impone che siano attuate conformemente alla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato.

Solo nel caso non siano applicabili altre misure sufficienti ma meno coercitive è possibile disporre il trattenimento del cittadino di Paese terzo ai sensi dell'art. 15. È stato questo uno degli aspetti più controversi della proposta di direttiva, in particolare per la sua durata. Nel sistema configurato dalla direttiva il trattenimento non può dunque essere la modalità standard di esecuzione dell'allontanamento, dovendo da un lato verificare che non siano applicabili misure meno coercitive e, dall'altro, che sussistano i presupposti giustificativi, vale a dire il rischio di fuga o che il cittadino di Paese terzo eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Il provvedimento di trattenimento deve essere riesaminato da un'autorità giudiziaria nel caso in cui sia disposto da un'autorità amministrativa e tale riesame può essere obbligatoriamente richiesto dalle stesse autorità che dispongono il trattenimento oppure può essere richiesto dall'interessato nel qual caso dovrà essere informato di tale diritto. In caso di trattenimento prolungato occorre inoltre che vi sia un riesame ad intervalli ragionevoli che può essere disposto su istanza del cittadino di Paese terzo o d'ufficio e deve essere effettuato dall'autorità giurisdizionale.

Quanto alla durata del trattenimento, esso deve avere una durata più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento del rimpatrio. La durata massima del trattenimento è di sei mesi prorogabile di altri dodici, conformemente alla legislazione nazionale nei casi in cui le operazioni di allontanamento necessitino di un periodo più lungo a causa della mancata cooperazione da parte del cittadino di Paese terzo o a causa dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi interessati. Si noti che questa disposizione non consente di disporre il primo trattenimento dello straniero per difficoltà nell'esecuzione delle operazioni di rimpatrio le quali potranno rilevare solo nella fase di eventuale proroga del trattenimento¹⁶. Si tratta di una disposizione che è tale da incidere considerevolmente sulla normativa italiana. Se da una parte l'art. 14 del Testo Unico sulla condizione prevede una durata massima del trattenimento di sessanta giorni, dall'altra il trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione è ormai di fatto la modalità generalizzata di esecuzione dell'allontanamento, contrariamente a quanto prevede la direttiva¹⁷. Inoltre il trattenimento è previsto nella legislazione italiana anche in caso di difficoltà ad eseguire

¹⁶ In questo senso si esprime il Parere del Consiglio Superiore della Magistratura, cit., par. 5.5, punto c1.

¹⁷ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* e successive modificazioni.

l'allontanamento mentre la direttiva annovera tali difficoltà solo come presupposto giustificativo della proroga del trattenimento oltre i dodici mesi. Inoltre, ben prima dell'attuazione della direttiva nel nostro ordinamento, il Governo, seguito dalla sua maggioranza parlamentare, ha introdotto attraverso il disegno di legge recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica* l'aumento della durata del periodo massimo di trattenimento nei CIE, prevista ora per un periodo massimo di centottanta giorni, riformulando alla lettera la disposizione della direttiva rimpatri per quanto riguarda i presupposti della proroga del trattenimento ma discostandosi per quanto riguarda i presupposti del primo trattenimento¹⁸. Inoltre nella normativa nazionale non vi è cenno alcuno alla necessità di riesame periodico del trattenimento. Il legislatore italiano avrà ancora tutto il tempo per conformarsi alla direttiva e per il momento il legislatore non ha violato alcun obbligo. Si nota solo che risulta poco opportuno rifarsi ad un articolo della direttiva e conformarsi ad esso solo in parte, tanto più che comunque entro il 24 dicembre 2010 la direttiva dovrà essere attuata¹⁹.

La decisione di rimpatrio dovrà contenere anche un divieto di ingresso qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria o qualora non sia stato ottemperato all'obbligo di rimpatrio. La durata del divieto di ingresso deve essere valutata tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti per ciascuno caso e non può comunque mai essere inferiore a cinque anni a meno che lo straniero non costituisca una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. Tale divieto è comunque suscettibile di essere revocato se lo straniero dimostri di avere volontariamente ottemperato ad una decisione di rimpatrio. La disposizione è senz'altro positiva dato che consente di rendere allettante per lo straniero la strada della partenza volontaria, potendo in questo modo auspicare di vedersi successivamente revocato il divieto di ingresso. La norma in questione richiederà al legislatore italiano di modificare l'art. 13, comma 14, del T.U. che prevede un divieto generalizzato di reingresso di 10 anni, peraltro senza possibilità di modulare la durata del divieto a seconda delle circostanze del caso specifico²⁰.

È infine possibile che uno Stato conceda il diritto di ingresso e di soggiorno ad uno straniero che sia colpito da un divieto di ingresso disposto da un altro Stato membro: in questo caso dovrà essere consultato lo Stato membro in questione tenendo conto dei suoi interessi come già disposto dall'art. 25 della Convenzione di Schengen.

4. Le garanzie procedurali

Assai scarse sono le garanzie procedurali previste per l'adozione delle decisioni di rimpatrio e, laddove emesse con atti separati, della decisione di allontanamento nonché del divieto di ingresso. L'art. 12 della direttiva si limita a richiedere la forma scritta e la

¹⁸ Si v. *supra* nota 12. Sulle problematiche sollevate dall'introduzione della detenzione amministrativa dei cittadini di Paesi terzi in attesa di espulsione si v. tra tutti A. Caputo, *Diseguali, illegali, criminali (Una guida alla lettura)*, in *Questione giustizia*, 2009, 1, pp. 83-100.

¹⁹ Sulle criticità del sistema di attuazione degli obblighi comunitari in materia di circolazione delle persone si veda A. Adinolfi, *Tecniche legislative e rispetto degli obblighi comunitari nei recenti interventi normativi in materia di immigrazione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2008.

²⁰ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit..

traduzione in una lingua comprensibile o “che si può ragionevolmente supporre tale”. È poi prevista la facoltà in capo agli Stati di “decidere di non applicare tale norma ai cittadini di paesi terzi che siano entrati in modo irregolare e non abbiamo ottenuto un’autorizzazione al soggiorno, per i quali “le decisioni connesse al rimpatrio [...] sono adottate per mezzo di un modello uniforme previsto dalla legislazione nazionale” salvo l’obbligo di rendere disponibili schede informative in almeno cinque lingue sugli elementi principali del modello uniforme. Questa disposizione rischia di standardizzare le decisioni di rimpatrio che invece dovrebbero costituire decisioni individuali adottate in base alle circostanze dei singoli casi di specie.

Quanto ai mezzi di ricorso il cittadino di Paese terzo deve poter usufruire di mezzi di ricorso effettivo di fronte ad autorità giudiziaria, amministrativa o ad un altro organo competente a condizione che sia composto da membri imparziali che offrano garanzie di indipendenza. Tali organi, che hanno la facoltà di riesaminare le decisioni di rimpatrio, possono anche sospendere l’esecuzione, che potrebbe già essere applicabile ai sensi del diritto interno. Il cittadino di Paese terzo ha la facoltà di farsi assistere da un legale e ove necessario di avvalersi di un’assistenza linguistica. Gli Stati devono quindi provvedere a che sia garantita la necessaria assistenza legale gratuita che può essere soggetta alle condizioni di cui all’art. 15, par. 3-6 della direttiva 2005/85/CE recante *norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*. I paragrafi richiamati concernono la possibilità per gli Stati membri di prevedere nella legislazione nazionale il riconoscimento dell’assistenza o della rappresentanza legale gratuite. Si noti che ai sensi della direttiva rimpatri ed a differenza della direttiva procedure gli Stati sono obbligati a riconoscere l’assistenza legale gratuita essendo formulata in termini di opzione solo la scelta delle modalità con le quali garantirla. La difficoltà per alcuni Stati membri ad attuare nei termini questa parte della direttiva ha determinato la fissazione del termine di attuazione di questa parte al 24 dicembre 2011 e cioè un anno dopo il termine previsto per l’attuazione di tutta la direttiva; mentre la rilevanza di questo aspetto ha indotto a richiedere che la prima relazione che la Commissione europea dovrà redigere entro il 24 dicembre 2013 relativamente allo stato di attuazione della direttiva faccia particolare riferimento, tra l’altro proprio all’attuazione di questa parte²¹.

²¹ Le altre norme che la Commissione dovrà tenere in particolare attenzione sono gli art. 11 (divieto di ingresso) e 15 (trattenimento).