Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MACIEJ SZPUNAR
presentate il 2 febbraio 2016 [1]

Causa C-47/15

Sélina Affum, coniugata Amissah,
contro
Préfet du Pas-de-Calais,
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour de cassation (Francia)]

«Spazio di libertà, sicurezza e giustizia — Direttiva 2008/115/CE — Rimpatrio di un cittadino di un paese terzo residente illegalmente — Ingresso irregolare — Situazione di transito — Pena detentiva — Fermo di polizia»

I – Introduzione

1. Nell'ambito del presente rinvio pregiudiziale della Cour de cassation, la Corte viene nuovamente invitata a pronunciarsi sulla compatibilità con la direttiva 2008/115/CE [2] di una disposizione di diritto nazionale che consente di imporre una pena detentiva nei confronti di un cittadino di un paese terzo esclusivamente in ragione dell'irregolarità della sua situazione.

2. Rispetto alle precedenti cause riguardanti tale questione [3], la presente si distingue per due particolarità. In primo luogo, essa riguarda una cittadina di un paese terzo entrata nel territorio dello Stato membro interessato esclusivamente a fini di transito ed intercettata all'uscita dello Stato membro medesimo. Si pone dunque la questione se si tratti di un soggiorno ai sensi della direttiva 2008/115. In secondo luogo, lo Stato membro in questione non intende adottare una decisione di rimpatrio a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, bensì consegnare la cittadina interessata alle autorità di un altro Stato membro, in base a un accordo concluso prima dell'entrata in vigore della direttiva 2008/115.

3. La causa in esame offrirà alla Corte l'occasione di rammentare che la direttiva 2008/115 è applicabile a qualsiasi cittadino di un paese terzo in situazione irregolare, indipendentemente dal motivo del suo soggiorno irregolare e dal luogo del suo arresto, e che l'irrogazione di una pena detentiva ad un cittadino di un paese terzo è consentita soltanto in situazioni ben precise, non applicabili nel caso di specie.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (GU L 348, pag. 98).

3 — V. sentenze El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268); Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), e Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). V. altresì sentenza Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), avente ad oggetto, inter alia, un obbligo di permanenza domiciliare.

II – Contesto normativo

A – *Diritto dell'Unione*

1. Direttiva 2008/115

4. La finalità della direttiva 2008/115 viene definita, all'articolo 1 di quest'ultima, nei seguenti termini:

«La presente direttiva stabilisce norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo».

5. L'articolo 2 della direttiva 2008/115, intitolato «Ambito di applicazione», così dispone:

«1. La presente direttiva si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare.

2. Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi:

a) sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro;

b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione.

(…)».

6. L'articolo 3 di tale direttiva, intitolato «Definizioni», enuncia quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

(…)

2) "soggiorno irregolare" la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro;

3) "rimpatrio": il processo di ritorno di un cittadino di un paese terzo, sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente:

— nel proprio paese di origine, o

— in un paese di transito in conformità di accordi comunitari o bilaterali di riammissione o di altre intese, o

— in un altro paese terzo, in cui il cittadino del paese terzo in questione decide volontariamente di ritornare e in cui sarà accettato;

4) "decisione di rimpatrio" decisione o atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio;

5) "allontanamento" l'esecuzione dell'obbligo di rimpatrio, vale a dire il trasporto fisico fuori dallo Stato membro;

(…)».

7. L'articolo 4 della direttiva in parola, intitolato «Disposizioni più favorevoli», sancisce quanto segue:

«1. La presente direttiva fa salve le disposizioni più favorevoli vigenti in forza di:

a) accordi bilaterali o multilaterali tra la Comunità, o la Comunità e i suoi Stati membri, e uno o più paesi terzi;

b) accordi bilaterali o multilaterali tra uno o più Stati membri e uno o più paesi terzi.

(…)

4. Per quanto riguarda i cittadini di paesi terzi esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), gli Stati membri:

a) provvedono affinché siano loro riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto disposto all'articolo 8, paragrafi 4 e 5 (limitazione dell'uso di misure coercitive), all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (rinvio dell'allontanamento), all'articolo 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) e agli articoli 16 e 17 (condizioni di trattenimento) e

b) rispettano il principio di non-refoulement».

8. Gli articoli da 6 a 9 della direttiva 2008/115 così recitano:

«Articolo 6

Decisione di rimpatrio

1. Gli Stati membri adottano una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi da 2 a 5.

(…)

3. Gli Stati membri possono astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare qualora il cittadino in questione sia ripreso da un altro Stato membro in virtù di accordi o intese bilaterali vigenti alla data di entrata in vigore della presente direttiva. In tal caso lo Stato membro che riprende il cittadino in questione applica il paragrafo 1.

(…)

Articolo 7

Partenza volontaria

1. La decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi 2 e 4. (…)

(…)

Articolo 8

Allontanamento

1. Gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'articolo 7, paragrafo 4, o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'articolo 7.

(…)».

9. L'articolo 15 della direttiva 2008/115, intitolato «Trattenimento», così dispone:

«1. Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando:

a) sussiste un rischio di fuga o

b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.

(…)».

2. La CAAS e il codice frontiere Schengen

10. La Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativa all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (GU 2000, L 239, pag. 19), firmata a Schengen il 19 giugno 1990 (in prosieguo: la «CAAS»), fa parte dell'acquis di Schengen.

11. Al titolo II della CAAS, il capo 4, intitolato «Condizioni di circolazione degli stranieri», definisce nei suoi articoli 19, paragrafi 1 e 2, 20, paragrafo 1, e 21, paragrafi 1 e 2, le condizioni alle quali gli stranieri titolari di un visto uniforme o di un visto rilasciato da una delle parti contraenti e gli stranieri non soggetti all'obbligo del visto, nonché quelli in possesso di un titolo di soggiorno o di un'autorizzazione provvisoria di soggiorno rilasciati da una di tali parti possono circolare liberamente sul territorio delle parti contraenti. Tali disposizioni si riferiscono in particolare a talune delle condizioni di ingresso stabilite all'articolo 5, paragrafo 1, della CAAS.

12. Il regolamento (CE) n. 562/2006 [4] ha consolidato e sviluppato l'acquis di Schengen.

13. A norma del considerando 27 del codice frontiere Schengen, quest'ultimo «costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen a cui il Regno Unito [di Gran Bretagna e Irlanda del Nord] non partecipa (...). Il Regno Unito non partecipa pertanto alla sua adozione e non è vincolato da esso o tenuto ad applicarlo.

14. Quest'ultimo, a termini del suo articolo 1, «prevede l'assenza di controlli alla frontiera sulle persone che attraversino le frontiere interne tra gli Stati membri dell'Unione europea» e «stabilisce le norme applicabili al controllo di frontiera sulle persone che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea».

15. L'articolo 2, punti 1 e 2, del medesimo codice contiene le seguenti definizioni:

«1) "frontiere interne":

a) le frontiere terrestri comuni, comprese le frontiere fluviali e lacustri, degli Stati membri;

b) gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni;

c) i porti marittimi, fluviali e lacustri degli Stati membri per i collegamenti regolari effettuati da traghetti;

2) "frontiere esterne": le frontiere terrestri degli Stati membri, comprese quelle fluviali e lacustri, le frontiere marittime e gli aeroporti, i porti fluviali, marittimi e lacustri degli Stati membri, che non siano frontiere interne».

16. Al titolo II del codice frontiere Schengen, il capo I, intitolato «Attraversamento delle frontiere esterne e condizioni d'ingresso», così dispone agli articoli 4 e 5:

«Articolo 4

Attraversamento delle frontiere esterne

1. Le frontiere esterne possono essere attraversate soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti. Ai valichi di frontiera che non sono aperti 24 ore al giorno gli orari di apertura devono essere indicati chiaramente.

(…)

3. Fatte salve le eccezioni di cui al paragrafo 2 o i loro obblighi in materia di protezione internazionale, gli Stati membri impongono sanzioni, a norma della legislazione nazionale, in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne al di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti. Tali sanzioni sono efficaci, proporzionate e dissuasive.

4 — Regolamento 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) (GU L 105, pag. 1), come modificato dal regolamento (UE) n. 265/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2010 (GU L 85, pag. 1; in prosieguo: il «codice frontiere Schengen»).

Articolo 5

Condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi

1. Per un soggiorno non superiore a tre mesi nell'arco di sei mesi, le condizioni d'ingresso per i cittadini di paesi terzi sono le seguenti:

a) essere in possesso di uno o più documenti di viaggio validi che consentano di attraversare la frontiera;

b) essere in possesso di un visto valido, se richiesto (...), salvo che si sia in possesso di un permesso di soggiorno valido;

c) giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel paese di origine o per il transito verso un paese terzo nel quale l'ammissione è garantita, ovvero essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi;

d) non essere segnalato ai fini della non ammissione nel [sistema d'informazione Schengen (SIS)];

e) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri (...)

(…)

4. In deroga al paragrafo 1:

a) i cittadini di paesi terzi che non soddisfano tutte le condizioni di cui al paragrafo 1 ma che sono in possesso di un permesso di soggiorno, di un visto per soggiorni di lunga durata o di un visto di ritorno rilasciato da uno degli Stati membri o, se richiesto, di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorni di lunga durata e di un visto di ritorno, sono ammessi ad entrare nei territori degli altri Stati membri ai fini di transito, affinché possano raggiungere il territorio dello Stato membro che ha rilasciato il permesso di soggiorno, il visto per soggiorni di lunga durata o il visto di ritorno (...);

(…)

c) i cittadini di paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni di cui al paragrafo 1 possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. (…)».

17. Il titolo II, capo II, del codice frontiere Schengen, intitolato «Controllo delle frontiere esterne e respingimento», dispone quanto segue all'articolo 7, relativo alle verifiche di frontiera sulle persone:

«*Articolo 7*

Verifiche di frontiera sulle persone

1. L'attraversamento delle frontiere esterne è oggetto di verifiche da parte delle guardie di frontiera. Le verifiche sono effettuate a norma del presente capo.

(…)

3. All'ingresso e all'uscita, i cittadini di paesi terzi sono sottoposti a verifiche approfondite.

a) La verifica approfondita all'ingresso comporta la verifica delle condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5, paragrafo 1, nonché, se del caso, dei documenti che autorizzano il soggiorno e l'esercizio di un'attività professionale. Tale verifica comprende un esame dettagliato articolato nei seguenti elementi:

(…)

b) La verifica approfondita all'uscita comporta:

   i) l'accertamento che il cittadino di paese terzo sia in possesso di un documento valido per l'attraversamento della frontiera;

   ii) la disamina del documento di viaggio per accertare la presenza di indizi di falsificazione o di contraffazione;

   iii) se possibile, l'accertamento che il cittadino di paese terzo non sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri.

c) In aggiunta alle verifiche di cui alla lettera b), la verifica approfondita all'uscita può inoltre comportare:

   i) l'accertamento che la persona sia in possesso di un visto valido, qualora richiesto (...), tranne nel caso in cui sia titolare di un permesso di soggiorno valido; (...)

   ii) l'accertamento che la persona non abbia superato la durata massima di soggiorno autorizzata nel territorio degli Stati membri;

   iii) la consultazione delle segnalazioni di persone od oggetti contenute nel SIS e negli archivi nazionali di ricerca.

(…)».

18. A termini dell'articolo 20 di tale codice, contenuto nel capo I, intitolato «Soppressione del controllo di frontiera alle frontiere interne», del titolo III del codice medesimo, le «frontiere interne possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità».

19. A norma dell'articolo 39, paragrafo 1, del codice frontiere Schengen, facente parte del titolo IV, intitolato «Disposizioni finali», gli articoli da 2 a 8 della CAAS sono stati abrogati a partire dal 13 ottobre 2006. In particolare, le condizioni d'ingresso, che figuravano precedentemente all'articolo 5, paragrafo 1, della CAAS, sono state sostituite da quelle stabilite all'articolo 5 di tale codice.

B – *Normativa francese*

1. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (codice sull'ingresso e sul soggiorno degli stranieri e sul diritto d'asilo)

20. L'articolo L. 621-2 del code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, come modificato dalla legge n. 2012-1560, del 31 dicembre 2012, relativa al trattenimento per la verifica del diritto di soggiorno, che modifica il reato di favoreggiamento del soggiorno irregolare al fine di escludervi le azioni umanitarie e disinteressate (JORF del 1º gennaio 2013, pag. 48; in prosieguo: il «Ceseda»), dispone quanto segue:

«È punito con una pena detentiva di un anno e con un'ammenda di EUR 3 750 lo straniero non cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea:

1º che abbia fatto ingresso nel territorio metropolitano senza soddisfare le condizioni di cui ai punti a, b o c del paragrafo 1 dell'articolo 5 del [codice frontiere Schengen] e senza essere stato ammesso sul territorio ai sensi dei punti a e c del paragrafo 4 dell'articolo 5 del suddetto [codice]; lo stesso vale qualora lo straniero sia oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione ai sensi di una decisione esecutiva presa da un altro Stato contraente della [CAAS];

2° ovvero che, arrivando direttamente dal territorio di uno Stato contraente [della CAAS], abbia fatto ingresso nel territorio metropolitano senza attenersi alle disposizioni dei suoi articoli 19, paragrafo 1 o 2, 20, paragrafo l, e 21, paragrafo 1 o 2, ad eccezione delle condizioni di cui all'articolo 5, paragrafo 1, punto e del [codice frontiere Schengen] e al punto d qualora la segnalazione ai fini della non ammissione non risulti da decisione esecutiva presa da un altro Stato contraente della [CAAS];

(…)

Ai fini dell'applicazione del presente articolo, l'azione penale può essere avviata solo quando i fatti siano stati constatati nelle circostanze previste all'articolo 53 del codice di procedura penale».

2. Code de procédure pénale (Codice di procedura penale francese)

21. Nel testo vigente alla data dei fatti oggetto del procedimento principale, il code de procédure pénale disponeva, al suo articolo 53, quanto segue;

«Viene considerato reato flagrante il reato attualmente in fase di commissione o appena commesso. Si configura altresì un reato flagrante qualora, poco tempo dopo l'azione, la persona sospettata venga indicata pubblicamente quale responsabile, oppure venga trovata in possesso di oggetti – o presenti apparenze o indizi – tali da far pensare che abbia partecipato al reato.

In seguito alla constatazione di un reato flagrante, l'indagine svolta sotto la direzione del Procuratore della Repubblica nelle condizioni previste dal presente capo può proseguire senza interruzioni per un periodo di otto giorni

(…)».

22. L'articolo 62-2 del code de procédure pénale dispone quanto segue:

«Il fermo di polizia [garde à vue] è un provvedimento coercitivo deciso da un ufficiale di polizia giudiziaria, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, in forza del quale è mantenuta a disposizione degli inquirenti una persona a carico della quale sussistono una o più ragioni plausibili di sospettare che abbia commesso o tentato di commettere un reato punito con la reclusione.

(…)».

III – Fatti del procedimento principale, procedimento dinanzi alla Corte e questioni pregiudiziali

23. Il 22 marzo 2013, la sig.ra Affum, di nazionalità ghanese, veniva sottoposta a controllo dagli agenti della polizia francese a Coquelles (France), punto di ingresso al tunnel sotto la Manica, mentre si trovava a bordo di un autobus proveniente da Gent (Belgio) e diretto a Londra (Regno Unito).

24. Dopo aver esibito un passaporto belga recante la fotografia e il nome di una terza persona ed essendo sprovvista di qualsiasi altro documento, veniva sottoposta a fermo di polizia per ingresso irregolare nel territorio francese, sulla base dell'articolo L. 621-2, secondo comma, del Ceseda.

25. Il giorno successivo, il procuratore della Repubblica presso il Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (tribunale di primo grado di Boulogne-sur-Mer, Francia) decideva di archiviare senza seguito il procedimento penale avviato nei confronti della sig.ra Affum. Di conseguenza, il provvedimento di fermo di polizia nei suoi confronti cessava lo stesso giorno.

26. Tuttavia, parallelamente al procedimento penale avviato nei confronti della sig.ra Affum, al prefetto di Pas-de-Calais veniva sottoposta la questione riguardante la situazione amministrativa della medesima al fine di deciderne l'eventuale allontanamento dal territorio francese.

27. Con decreto del 23 marzo 2013, questi decideva di consegnare la sig.ra Affum alle autorità belghe ai fini della sua riammissione, in base all'accordo fra il governo della Repubblica francese, da un lato, e i governi del Regno del Belgio, del Granducato di Lussemburgo e del Regno dei Paesi Bassi, dall'altro, relativo alla presa in carico di persone alle frontiere comuni fra la Francia e il territorio degli Stati del Benelux, firmato a Parigi il 16 aprile 1964.

28. Con il medesimo decreto, il prefetto di Pas-de-Calais ordinava il trattenimento amministrativo della sig.ra Affum, in attesa del suo allontanamento, in locali non facenti parte dell'amministrazione penitenziaria per cinque giorni a partire dal termine del fermo di polizia. In esecuzione di tale decreto, la sig.ra Affum veniva dunque posta in stato di trattenimento amministrativo il 23 marzo 2013 per un periodo di cinque giorni, ai fini della sua consegna alle autorità belghe.

29. Il 27 marzo 2013, il prefetto di Pas-de-Calais chiedeva al giudice delle libertà e della detenzione del Tribunal de grande instance de Lille (tribunale di primo grado di Lille, Francia) la proroga del trattenimento in attesa della risposta delle autorità belghe sulla domanda di riammissione.

30. A sua difesa, la sig.ra Affum sosteneva, invocando in particolare la sentenza Achughbabian [5], che la richiesta del prefetto di Pas-de-Calais doveva essere respinta in quanto il suo fermo da parte della polizia sarebbe stato irregolare, irregolarità che, secondo la legislazione nazionale, avrebbe viziato l'intero procedimento e sarebbe stata sanzionata con il diniego della proroga del trattenimento e dalla rimessa in libertà della persona interessata.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

31. Con ordinanza del 28 marzo 2013, il giudice delle libertà e della detenzione del Tribunal de grande instance de Lille riteneva tuttavia che la misura di fermo di polizia adottata nei confronti della sig.ra Affum fosse regolare e che il suo trattenimento amministrativo avesse dunque avuto luogo in seguito a un procedimento regolare. Egli accoglieva conseguentemente la richiesta del prefetto di Pas-de-Calais e ordinava la proroga del trattenimento amministrativo della sig.ra Affum per un periodo massimo di 20 giorni a partire dal giorno stesso.

32. Adito in appello dalla sig.ra Affum, il primo presidente della cour d'appel di Douai (corte d'appello di Douai, Francia), con ordinanza del 29 marzo 2013 confermava l'ordinanza del giudice della libertà e della detenzione del Tribunal de grande instance de Lille.

33. Adita con ricorso in cassazione proposto dalla sig.ra Affum avverso quest'ultima ordinanza, la Cour de cassation ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 3, [punto] 2, della direttiva 2008/115/CE debba essere interpretato nel senso che un cittadino di uno Stato membro soggiorna in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro e rientra, pertanto, nell'ambito di applicazione di tale direttiva, ai sensi del suo articolo 2, paragrafo 1, qualora lo straniero medesimo si trovi in una situazione di mero transito, in quanto passeggero di un autobus circolante nel territorio di tale Stato membro, proveniente da un altro Stato membro appartenente dello spazio Schengen, e diretto in uno Stato membro diverso.

2) Se l'articolo 6, paragrafo 3, di tale direttiva debba essere interpretato nel senso che quest'ultima non osti ad una normativa nazionale che reprima l'ingresso irregolare di un cittadino di uno Stato terzo con la pena della reclusione, qualora lo straniero in questione possa essere ripreso da un altro Stato membro, ai sensi di un accordo o di un'intesa conclusi con quest'ultimo prima dell'entrata in vigore della [suddetta] direttiva.

3) In funzione della emananda risposta alla precedente questione, se tale direttiva debba essere interpretata nel senso che essa osti ad una normativa nazionale che reprima l'ingresso irregolare di un cittadino di uno Stato terzo con la pena della reclusione, alle stesse condizioni di quelle stabilite dalla [Corte di giustizia] nella sentenza [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)], in materia di soggiorno irregolare, attinenti alla mancata preventiva sottoposizione dello straniero alle misure coercitive di cui all'articolo 8 della [suddetta] direttiva e alla durata del suo trattenimento».

34. La sig.ra Affum ha presentato osservazioni, al pari dei governi francese, ceco, greco, ungherese, svizzero e della Commissione europea. All'udienza del 10 novembre 2015, sono stati ascoltati la sig.ra Affum, i governi francese e greco e la Commissione.

IV – Analisi

35. Con tre questioni che meritano di essere analizzate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se la direttiva 2008/115 osti a una normativa nazionale che reprima l'ingresso irregolare di un cittadino di uno Stato terzo con una pena detentiva qualora la persona stessa sia stata intercettata all'uscita dello spazio Schengen [6] a una frontiera esterna di tale Stato membro, in situazione di transito e proveniente da un altro Stato membro e da esso riprendibile ai sensi dell'accordo concluso con il suddetto prima dell'entrata in vigore della direttiva medesima.

6 — Benché l'espressione «spazio Schengen» non venga impiegata dal codice frontiere Schengen, essa è divenuta di uso corrente per definire gli Stati membri che fanno parte di tale codice. In tale contesto, osservo che la stessa Corte utilizza detta espressione. V., a titolo di esempio, sentenze ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, diversi punti e dispositivo); Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, punto 67), nonché T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punto 52).

36. Al fine di rispondere in maniera utile alle questioni sottoposte, occorre anzitutto illustrare brevemente il sistema instaurato dalla direttiva 2008/115, da un lato, e dal codice frontiere Schengen, dall'altro, analizzando nel contempo la linea di demarcazione fra questi due strumenti, per poi provvedere ad una breve esposizione della giurisprudenza della Corte relativa alla privazione della libertà di una persona in situazioni diverse da quelle previste dalla direttiva 2008/115 e, infine, analizzare la normativa nazionale in questione.

A – *Direttiva 2008/115 e suo ambito di applicazione*

37. La direttiva 2008/115 ha come fine, come affermato nel suo articolo 1, quello di stabilire le norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, conformemente ai diritti fondamentali e al diritto internazionale. Dal suo considerando 4 si evince che tale direttiva intende introdurre norme chiare, trasparenti ed eque al fine di definire una politica di rimpatrio efficace quale elemento necessario per una politica d'immigrazione correttamente gestita. La direttiva 2008/115 è stata adottata in base all'ex articolo 63, primo comma, punto 3, lettera b), CE[7], conformemente alla procedura di codecisione a norma dell'articolo 251 CE[8]. Si tratta in realtà del primo strumento giuridico in materia di immigrazione adottato in base a tale procedura[9].

38. L'ambito di applicazione ratione personae della direttiva 2008/115, quale definito al suo articolo 2, è molto ampio. A norma del paragrafo 1 di tale disposizione, la direttiva 2008/115 si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare. Per soggiorno irregolare s'intende la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro[10].

39. L'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, facendo riferimento unicamente al soggiorno irregolare, non opera distinzioni fra ingresso irregolare e soggiorno irregolare.

40. A norma del paragrafo 2 del medesimo articolo 2, gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tale direttiva in determinate situazioni ben definite. Infatti, a norma dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della medesima direttiva, uno Stato membro può decidere di non applicare la direttiva 2008/115 ai cittadini di paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o intercettati dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro.

41. Ai sensi della richiamata disposizione, l'intercettazione deve aver luogo all'atto dell'attraversamento irregolare della frontiera esterna, il che implica, a mio avviso, uno stretto legame temporale e spaziale con l'attraversamento della frontiera.

42. Di per sé, la direttiva 2008/115 non contiene alcuna definizione delle espressioni «frontiera interna» o «frontiera esterna». Tuttavia, dal momento che il codice frontiere Schengen è ivi menzionato a più riprese, mi sembra chiaro che sia applicabile la definizione offerta da tale codice. Si evince così dall'articolo 2, punti 1, lettera a), e 2, del codice frontiere Schengen, che per «frontiere

7 — Tale articolo è divenuto l'articolo 79, paragrafo 2, lettera c), TFUE, in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

8 — Tale procedura è divenuta applicabile in seguito all'adozione della decisione 2004/927/CE del Consiglio, del 22 dicembre 2004, che assoggetta taluni settori contemplati dal titolo IV, parte terza, del trattato che istituisce la Comunità europea alla procedura di cui all'articolo 251 di detto trattato (GU L 396, pag. 45).

9 — V. Baldaccini, A., «The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive», *European Journal of Migration and Law*, 2001, pagg. da 1 a 17, in particolare pag. 1.

10 — V. articolo 3, punto 2, della direttiva 2008/115.

interne» s'intendono le frontiere terrestri [11] comuni degli Stati membri e per «frontiere esterne» s'intendono le frontiere terrestri [12] e marittime [13] degli Stati membri, purché non si tratti di frontiere interne. Evidentemente, la definizione di «Stati membri» comprende unicamente gli Stati membri dell'Unione che partecipano all'acquis di Schengen nonché gli Stati terzi anch'essi partecipanti [14].

43. La direttiva 2008/115 si applica esclusivamente agli Stati facenti parte dello spazio Schengen. A termini dell'articolo 21 della direttiva 2008/115, la suddetta sostituisce le disposizioni degli articoli 23 e 24 della CAAS. Per quanto riguarda più specificamente il Regno Unito, il considerando 26 della direttiva 2008/115 precisa che quest'ultimo «non partecipa all'adozione della presente direttiva e di conseguenza non ne è in alcun modo vincolato, né è soggetto alla sua applicazione».

B – *Il codice frontiere Schengen*

44. Il codice frontiere Schengen istituisce un regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

45. Le condizioni di attraversamento delle frontiere esterne e i controlli intesi a verificarne il rispetto sono definiti dal titolo II del codice medesimo [15]. Tali controlli comprendono, da una parte, le verifiche ai valichi di frontiera designati dagli Stati membri e, dall'altra, la sorveglianza tra gli stessi.

46. D'altro canto, la direttiva 2008/115 si applica allorché una persona sia entrata illegalmente nello spazio Schengen e non sia in possesso del diritto di soggiornarvi.

47. Il codice frontiere Schengen fa ora [16] espressamente riferimento alla direttiva 2008/115. Infatti, a termini dell'articolo 12, paragrafo 1, secondo periodo, di tale codice, una persona che abbia attraversato illegalmente una frontiera e non possieda il diritto di soggiornare sul territorio dello Stato membro interessato è fermata e sottoposta a procedure nel rispetto della direttiva 2008/115.

C – *Privazione della libertà ai sensi della direttiva 2008/115*

48. A norma del capo IV della direttiva 2008/115, intitolato «Trattenimento ai fini dell'allontanamento», è possibile ricorrere al trattenimento solo a titolo di ultima ratio, unicamente nella misura in cui sia strettamente necessario e in attesa di allontanamento [17]. Il principio sotteso alle disposizioni sul trattenimento è che solo lo svolgimento delle procedure di rimpatrio e di allontanamento giustifica la privazione della libertà e che, se tali procedure non sono svolte con la dovuta diligenza, il trattenimento cessa di essere giustificato ai sensi di tali disposizioni [18]. Il

11 — Comprese quelle fluviali e lacustri.

12 — Comprese quelle fluviali e lacustri.

13 — Nonché i loro aeroporti e porti fluviali, marittimi e lacustri.

14 — V. considerando da 21 a 28 del codice frontiere Schengen.

15 — Articoli da 4 a 19 bis del codice frontiere Schengen. Tale titolo si articola su cinque capi, vale a dire attraversamento delle frontiere esterne e condizioni d'ingresso (capo I), controllo delle frontiere esterne e respingimento (capo II), personale e risorse per il controllo di frontiera e cooperazione tra gli Stati membri (capo III), norme specifiche relative alle verifiche di frontiera (capo IV) e misure specifiche in caso di carenze gravi nel controllo delle frontiere esterne (capo IV bis).

16 — Occorre segnalare che, alcuni mesi dopo i fatti oggetto del procedimento principale, l'articolo 12, paragrafo 1, del codice frontiere Schengen è stato modificato precisamente per fare chiarezza sul legame con la direttiva 2008/115. V. articolo 1, punto 11, del regolamento (UE) n. 610/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che modifica il regolamento n. 562/2006, la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, i regolamenti (CE) n. 1683/95 e (CE) n. 539/2001 del Consiglio e i regolamenti (CE) n. 767/2008 e (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 182, pag. 1).

17 — Articoli da 15 a 18 della direttiva 2008/115.

18 — V., per ulteriori dettagli, paragrafi da 46 a 55 della mia presa di posizione nella causa Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

trattenimento ai fini dell'allontanamento non ha né natura punitiva né carattere penale e non rappresenta una pena detentiva [19]. Inoltre, l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/115 esige un'interpretazione restrittiva, giacché il trattenimento forzato, quale privazione della libertà, costituisce un'eccezione al diritto fondamentale della libertà individuale [20].

49. Per quanto riguarda il trattenimento o la detenzione al di fuori delle situazioni contemplate dalla direttiva 2008/115, quest'ultima non contiene alcuna disposizione relativa alla possibilità per gli Stati membri di ricorrere al trattenimento o alla detenzione come sanzione penale in relazione un soggiorno irregolare. Il motivo è, a mio parere, evidente: se il fine della direttiva 2008/115 consiste nel consentire un rapido rimpatrio dei cittadini di Stati terzi il cui soggiorno sia irregolare, una sanzione di tal genere non ha motivo di essere. Qualsiasi provvedimento di trattenimento o pena detentiva non inflitta nell'ambito di una procedura di rimpatrio ritarderà, in definitiva, il procedimento stesso.

50. Nella causa sfociata nella sentenza El Dridi [21], è stato chiesto alla Corte di esaminare se la direttiva 2008/115 ostasse a una normativa di uno Stato membro, quale la normativa italiana in discussione nel procedimento principale della causa medesima, che prevedeva l'irrogazione di una pena detentiva al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno fosse irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare tale territorio entro un determinato termine, permanesse nel territorio italiano senza giustificato motivo. La Corte ha dichiarato che la direttiva 2008/115, in particolare gli articoli 15 e 16, ostavano in realtà a una tale normativa [22].

51. Nella causa sfociata nella sentenza Achughbabian [23], la Corte è stata nuovamente invitata a stabilire se la direttiva 2008/115 ostasse a una normativa nazionale, come quella francese in discussione nel procedimento principale [24], che prevedeva l'irrogazione della pena della reclusione ad un cittadino di un paese terzo esclusivamente in ragione del suo ingresso o soggiorno irregolare sul territorio francese. La Corte ha nuovamente dichiarato che la direttiva 2008/115 ostava a una tale normativa «laddove detta normativa consente la reclusione di un cittadino di un paese terzo che, pur soggiornando in modo irregolare nel territorio di detto Stato membro e non essendo disposto a lasciare tale territorio volontariamente, non sia stato sottoposto alle misure coercitive di cui all'art. 8 di tale direttiva, e per il quale, nel caso in cui egli sia stato trattenuto al fine di preparare e realizzare il suo allontanamento, la durata massima del trattenimento non sia stata ancora superata» [25]. Nel procedimento principale, la situazione del sig. Achughbabian rientrava in tale definizione.

52. Secondo il ragionamento seguito dalla Corte in tali due cause, la reclusione rischiava di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 2008/115 e avrebbe potuto bloccare l'applicazione dei provvedimenti di cui all'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva medesima e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio [26].

19 — V. paragrafo 47 della mia presa di posizione nella causa Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). V. altresì paragrafo 35 della presa di posizione dell'avvocato generale Mazák nella causa El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205); paragrafo 54 della presa di posizione dell'avvocato generale Wathelet nella causa G. e R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553), nonché paragrafo 91 delle conclusioni dell'avvocato generale Bot nelle cause Bero e Bouzalmate (C-473/13 e C514/13, EU:C:2014:295).

20 — V. paragrafo 47 della mia presa di posizione nella causa Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Con riferimento all'articolo 5, paragrafo 1, lettera f), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia nel medesimo senso (v., in particolare, Corte Eur. D.U. Quinn c. Francia, 22 marzo 1995, serie A, n. 311, § 42, e Corte Eur. D.U. Kaya c. Romania n. 33970/05, § 16, 12 ottobre 2006).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Sentenza El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punto 62 e dispositivo).

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — L'ex articolo 621-1 del Ceseda.

25 — Sentenza Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punto 50 e primo trattino del dispositivo).

26 — V. sentenze El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punto 59) e Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punto 45). Per un'analisi delle conseguenze in materia penale di queste due cause per il legislatore nazionale, v. Mitsilegas, V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, pagg. da 57 a 76.

53. Nondimeno, nella sentenza Achughbabian [27], la Corte ha soggiunto che la direttiva 2008/115 non ostava a una normativa di uno Stato membro che prevedesse sanzioni penali per soggiorno irregolare «laddove essa consente la reclusione di un cittadino di un paese terzo cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio stabilita da[la] direttiva [2008/115] e che soggiorni in modo irregolare in detto territorio senza che sussista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio» [28].

54. In seguito, nella sentenza Sagor [29], la Corte ha affermato che l'obbligo di permanenza domiciliare, imposto ed eseguito nel corso di una procedura di rimpatrio, era «idoneo a ritardare e, quindi, ad ostacolare quelle misure, come l'accompagnamento alla frontiera e il rimpatrio forzato per via aerea, che contribuiscono, invece, alla realizzazione dell'allontanamento». D'altro canto, per quanto riguarda azioni penali che comportino un'ammenda, la Corte ha dichiarato che una siffatta ammenda non era in grado di pregiudicare la procedura di rimpatrio stabilita dalla direttiva 2008/115 [30]. Essa ha soggiunto che «l'applicazione di una pena pecuniaria non impedisce in nessun modo che una decisione di rimpatrio sia adottata ed attuata nella piena osservanza delle condizioni enunciate agli articoli 6-8 della direttiva 2008/115 e non pregiudica neppure le norme comuni in materia di adozione di provvedimenti restrittivi della libertà enunciate agli articoli 15 e 16 di tale direttiva» [31].

55. In ultimo luogo, nella causa che ha dato origine alla sentenza Celaj [32], in cui la Repubblica italiana intendeva imporre sanzioni penali ad un cittadino di un paese terzo in situazione di soggiorno irregolare e nei confronti del quale, per porre fine al suo primo soggiorno irregolare nel territorio di uno Stato membro, erano state applicate le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva 2008/115, cittadino che aveva fatto nuovamente ingresso nel territorio medesimo trasgredendo un divieto d'ingresso, la Corte ha concluso che «le circostanze di cui al procedimento principale si distingu[evano] nettamente da quelle oggetto delle cause conclusesi con le sentenze El Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] (...) e Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]» [33] e che la direttiva 2008/115 «non osta[va] in linea di principio, ad una normativa di uno Stato membro che prevede l'irrogazione di una pena detentiva ad un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare il quale, dopo essere ritornato nel proprio paese d'origine nel quadro di un'anteriore procedura di rimpatrio, rientri irregolarmente nel territorio del suddetto Stato trasgredendo un divieto di ingresso» [34].

56. In sostanza, la giurisprudenza della Corte ha riconosciuto due fattispecie in cui la direttiva 2008/115 non osta all'irrogazione di una pena detentiva ad un cittadino di un paese terzo in ragione del suo soggiorno irregolare, vale a dire qualora sia stata applicata la procedura di rimpatrio prevista dalla direttiva 2008/115 e questi soggiorni in modo irregolare in detto territorio senza che sussista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio (situazione «Achughbabian») e qualora sia stata applicata la procedura di rimpatrio e la persona interessata entri nuovamente nel territorio di tale Stato membro trasgredendo un divieto d'ingresso (situazione «Celaj»).

57. Il caso della sig.ra Affum non è assimilabile né all'una né all'altra fattispecie, non essendole stata applicata alcuna procedura di rimpatrio (situazione «Achughbabian») e non avendo avuto luogo alcun rientro sul territorio francese (situazione «Celaj»).

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Punti 48 e 50 nonché secondo trattino del dispositivo. A mio avviso, sebbene sia contenuto anche nel dispositivo della sentenza, tale passo si configura chiaramente come un obiter dictum, in quanto non presenta alcun collegamento con i fatti di causa in esame e riguarda una situazione ipotetica.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, punto 45.

30 — Punto 36.

31 — Punto 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

33 — Sentenza Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, punto 28).

34 — Punto 33 e dispositivo.

58. Nondimeno, le autorità francesi ritengono che sia possibile infliggerle una pena detentiva a causa del suo ingresso irregolare in Francia.

D – *Ingresso irregolare ai sensi della direttiva 2008/115*

1. Normativa francese

59. A seguito della sentenza Achughbabian della Corte [35] e della sentenza Mallah c. Francia della Corte europea dei diritti dell'Uomo [36], il governo francese ha disciplinato, con la legge n. 2012-1560 [37], il proprio regime di allontanamento degli stranieri in situazione irregolare. Esso ha fra l'altro modificato la propria legislazione in modo da abrogare il reato di soggiorno illegale ed istituire la procedura di trattenimento degli stranieri per verificarne il diritto di soggiorno. Tuttavia, le autorità francesi hanno mantenuto il reato di ingresso irregolare in caso di attraversamento irregolare delle frontiere esterne (articolo L. 621-2, 1°, del Ceseda) e in caso di circolazione di un cittadino di un paese terzo in violazione delle condizioni di circolazione degli stranieri previste dalla CAAS (articolo L. 621-2, 2°, del Ceseda).

60. Nella motivazione del progetto di legge, le autorità francesi affermano che «le norme relative all'attraversamento delle frontiere esterne e alla circolazione dei cittadini di paesi terzi fra gli Stati membri non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva [2008/115]» [38].

61. Infatti, secondo le autorità francesi le suddette norme «derivano, per quanto riguarda l'attraversamento delle frontiere esterne, dal (...) codice frontiere Schengen (...) che prevede l'obbligo per gli Stati membri di comminare sanzioni dissuasive in caso di inadempimento constatato alla frontiera, vale a dire in caso di rifiuto di concedere l'ingresso nel territorio o di arresto o intercettazione all'atto dell'attraversamento irregolare della frontiera. Per quanto riguarda l'inadempimento delle norme previste dalla [CAAS], relative alla circolazione fra gli Stati membri, la direttiva [2008/115] prevede esplicitamente la possibilità per gli Stati membri di non ricorrere a un provvedimento di allontanamento, applicando invece i meccanismi di riammissione fra Stati membri, ai quali la direttiva medesima non è applicabile, come ricordato dal giudice dei procedimenti sommari del Conseil d'État (CE, 27 giugno 2011, ministère de l'intérieur c/Lassoued, n. 350207)» [39].

62. Le autorità francesi ne concludono che «[t]ali ipotesi sono infatti al di fuori dell'ambito dell'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea su cui si è fondata la Cour de cassation e l'abolizione del regime sanzionatorio osterebbe alle norme europee» [40].

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — V. Corte Eur. D.U., Mallah c. Francia, n. 29681/08, 10 novembre 2011. In tale causa, un cittadino marocchino, condannato per aver ospitato il genero, compatriota in situazione irregolare, aveva dichiarato che la sua condanna rappresentava, alla luce delle circostanze del caso di specie, un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'articolo 8 della CEDU. È soltanto in ragione del fatto che l'interessato era stato dispensato dalla pena che la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le disposizioni dell'articolo 8 della CEDU non fossero state ignorate. Di conseguenza, il legislatore francese ha ampliato l'ambito delle immunità penali di cui all'articolo L. 622-4 per il reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno irregolari. V. punto 2.2 dello studio di impatto, del 21 settembre 2012, del progetto di legge riguardante la configurazione delle disposizioni legislative relative all'allontanamento degli stranieri in situazione irregolare, disponibile all'indirizzo Internet http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Legge disponibile all'indirizzo Internet http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

38 — Progetto di legge relativo al trattenimento per la verifica del diritto di soggiorno e che modifica il reato di favoreggiamento del soggiorno irregolare al fine di escludervi le azioni umanitarie e disinteressate, protocollato presso la presidenza del Senato il 28 settembre 2012, disponibile all'indirizzo Internet http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (pag. 6).

39 — Ibidem (pag. 6).

40 — Ibidem (pag. 6).

2. Situazione della sig.ra Affum

63. Le autorità francesi invocano, al fine di giustificare la loro normativa, varie disposizioni della direttiva 2008/115 e del codice frontiere Schengen, disposizioni che passerò ad analizzare più avanti, prima di invitare la Corte a confermare l'applicabilità della direttiva 2008/115. Infatti, a mio parere, nessuna delle eccezioni e delle limitazioni previste da questi due strumenti è pertinente nel caso di specie.

a) Sull'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115

64. La Repubblica francese invoca l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115 e suggerisce che un caso come quello del procedimento principale è escluso dall'ambito di applicazione di tale direttiva.

65. In primo luogo, occorre ricordare che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115 si applica soltanto alle frontiere esterne, che la frontiera tra il Belgio e la Francia costituisce una frontiera interna e che la sig.ra Affum è stata intercettata all'uscita dalla Francia, alla frontiera esterna fra la Francia e il Regno Unito.

66. In tale ambito, la Repubblica francese ritiene che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115 si applichi all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna di uno Stato membro, sia al momento dell'ingresso che a quello dell'uscita dallo spazio Schengen.

67. Poiché il punto di vista della Repubblica francese sembra dunque sottintendere che la situazione di una persona entrata in maniera irregolare nel territorio di uno Stato membro attraverso una frontiera interna ma intercettata soltanto all'uscita, alla frontiera esterna dello Stato membro, rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115, non posso condividere tale punto di vista.

68. A mio parere, dalla lettera di detta disposizione si evince chiaramente che viene considerato solo l'ingresso irregolare, perché altrimenti l'ultima parte della frase («che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro») non avrebbe senso [41].

69. Nel caso di specie, la Repubblica francese non può dunque invocare l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115.

b) Sull'articolo 3, punto 2, della direttiva 2008/115: il mero transito inteso come «soggiorno»

70. Il giudice del rinvio sembra nutrire dubbi sulla questione se la presenza sul territorio di uno Stato membro che fa parte dello spazio Schengen di un cittadino di un paese terzo in una situazione di mero transito e diretto verso un altro Stato membro che non fa parte dello spazio Schengen rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/115.

71. Tali dubbi sono infondati.

41 — Inoltre, se si dovesse seguire il ragionamento della Repubblica francese fino alla sua logica conclusione, la situazione di una persona entrata in maniera irregolare sul territorio Stato membro attraverso una frontiera interna e intercettata dalle autorità di tale Stato membro non a una frontiera esterna ma sul suo territorio rientrerebbe nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/115, in quanto essa non avrebbe attraversato alcuna frontiera esterna. Non mi sembra coerente trattare in maniera diversa una persona nella situazione della sig.ra Affum.

72. A norma dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, questa si applica solo ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro sia irregolare. Ai sensi dell'articolo 3, punto 2, di tale direttiva, s'intende per «soggiorno irregolare» la «presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro».

73. Da tali disposizioni si deduce che un cittadino di un paese terzo che si trovi a bordo di un autobus senza soddisfare le condizioni di ingresso si trova comunque sul territorio dello Stato membro in questione e vi soggiorna in modo irregolare. Che si trovi in stato di transito o meno non è determinante ai fini della constatazione dell'irregolarità del soggiorno.

c) Sull'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115

74. A norma dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115, gli Stati membri possono astenersi dal prendere una decisione di rimpatrio se la persona interessata viene ripresa da un altro Stato membro in virtù «di accordi o intese bilaterali» vigenti alla data di entrata in vigore della presente direttiva.

75. Occorre rilevare – cosa che risulta immediatamente dalla lettera di tale disposizione – che quest'ultima si limita a stabilire la facoltà dello Stato membro di astenersi dal prendere una decisione di rimpatrio, ma non ne definisce affatto, contrariamente all'articolo 2 della direttiva 2008/115, l'ambito di applicazione. L'articolo 6, paragrafo 3, di tale direttiva non può, come appare suggerire il governo francese, avere come effetto quello di rendere l'insieme delle disposizioni della direttiva 2008/115 inapplicabili al procedimento principale. Al contrario, uno Stato membro che si avvale dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115 rimane vincolato dalle altre disposizioni di tale direttiva ed è tenuto a garantirne la piena efficacia. La giurisprudenza della Corte relativa alle disposizioni di detta direttiva, e in particolare alla privazione della libertà delle persone, rimane applicabile.

76. L'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115 dispensa dunque unicamente lo Stato membro interessato dall'obbligo di adottare una decisione di rimpatrio ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, di tale direttiva. Orbene, la decisione di consegna ai sensi dell'accordo rappresenta uno dei provvedimenti previsti dalla suddetta direttiva nonché una fase preparatoria al rimpatrio dal territorio degli Stati membri della direttiva 2008/115.

77. Per quanto riguarda l'interpretazione del termine «bilaterali», propongo alla Corte di optare per un'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115 che comprenda un accordo come quello di cui al caso di specie[42]. Benché sottoscritto da quattro Stati membri, tale accordo considera il territorio del Benelux come un territorio unico ed è dunque assimilabile a un accordo bilaterale.

78. A mio parere, una siffatta interpretazione risulterebbe inoltre conforme al principio sancito dall'articolo 350 TFUE, secondo cui le disposizioni dei trattati non ostano all'esistenza e al perfezionamento delle unioni regionali tra il Regno del Belgio e il Granducato di Lussemburgo, come pure tra il Regno del Belgio, il Granducato di Lussemburgo e il Regno dei Paesi Bassi, nella misura in cui gli obiettivi di tali unioni regionali non siano raggiunti in applicazione dei trattati.

42 — Accordo fra i governi del Regno dei Paesi Bassi, del Regno del Belgio e del Granducato di Lussemburgo, da un lato, e il governo della Repubblica francese, dall'altro, relativo alla presa in carico di persone alle frontiere comuni fra il territorio degli Stati del Benelux e la Francia. Il testo di tale accordo è disponibile all'indirizzo Internet http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

79. Se, per effetto di tale disposizione, il Trattato FUE tiene già conto della specifica situazione del Benelux, la Corte dovrebbe seguire uguale ragionamento nell'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115.

d) Sull'articolo 4, paragrafo 3, del codice frontiere Schengen

80. La Repubblica francese invoca altresì l'articolo 4, paragrafo 3, del codice frontiere Schengen, in virtù del quale gli Stati membri impongono sanzioni in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne al di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti.

81. Tale disposizione non è applicabile nel caso di specie, in quanto la sig.ra Affum non ha affatto tentato di attraversare la frontiera al di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti.

82. Non vedo dunque motivo, come suggerito dalla Repubblica francese, di non interpretare detta disposizione in maniera letterale e di includere anche i valichi di frontiera, visto che l'articolo 4 del codice frontiere Schengen prevede giustamente un trattamento diverso per l'attraversamento della frontiera ai valichi e durante gli orari di apertura stabiliti (paragrafo 1) e al di fuori di tali valichi e orari (paragrafo 2). In altri termini, non vedo motivi di natura teleologica tali da contrastare un'interpretazione letterale e sistemica dell'articolo 4 del codice frontiere Schengen.

83. In tale contesto, desidero ricordare che una persona che abbia attraversato illegalmente una frontiera e non sia in possesso del diritto di soggiornare sul territorio dello Stato membro interessato è dunque soggetta alla direttiva 2008/115 [43].

84. La direttiva 2008/115 è dunque applicabile alla situazione della sig.ra Affum. Come già rilevato supra al paragrafo 57, il suo caso non rientra in nessuna delle situazioni in cui la Corte ha dichiarato che la direttiva 2008/115 non osta all'irrogazione di una pena detentiva a un cittadino di un paese terzo. Di conseguenza, una persona che si trovi nella situazione della sig.ra Affum non può venire imprigionata esclusivamente sulla base del suo ingresso o soggiorno irregolare sul territorio francese.

V – Conclusione

85. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dalla Cour de cassation nei seguenti termini:

La direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi articoli 6, paragrafo 3, 15 e 16, dev'essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale che reprima l'ingresso irregolare di un cittadino di uno Stato terzo con la pena della reclusione qualora tale persona sia stata intercettata all'uscita dello spazio Schengen a una frontiera esterna di tale Stato membro, proveniente da un altro Stato membro e da esso riprendibile ai sensi dell'accordo concluso con il suddetto anteriormente all'entrata in vigore della direttiva medesima.

43 — V. altresì paragrafo 46 delle presenti conclusioni.