

La disciplina dell'espulsione amministrativa e del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione.

I casi di divieto di espulsione - Il reato di ingresso e soggiorno illegale e le altre fattispecie penali legate alla condizione irregolare dello straniero - La condizione giuridica dei detenuti stranieri.



Relazione discussa in occasione del corso di formazione ed aggiornamento sulla normativa in materia di immigrazione organizzato dal Progetto Melting Pot Europa e da Asgi a Padova dal 21 maggio al 25 giugno 2010

Relatore: **Avv. Guido Savio** del Foro di Torino

Delimitazione dell'indagine

Oggetto della presente lezione è la disciplina dell'espulsione amministrativa degli stranieri, secondo l'accezione tecnica di "straniero" fornita dall'art. 1, co. 1, D. Lg. 286/98 (di seguito denominato T.U.) a mente del quale il T.U. si applica ai cittadini di Stati non appartenenti all'U.E. e agli apolidi. Restano esclusi dal nostro campo d'indagine, pertanto, i cittadini comunitari, la cui condizione giuridica è disciplinata dal D. Lg. 30/07.

Le espulsioni amministrative costituiscono uno degli strumenti che il nostro ordinamento prevede per l'allontanamento degli stranieri, sicuramente il più utilizzato, ma non certo l'unico. Gli altri strumenti sono i respingimenti alla frontiera, disciplinati dall'art. 10 T.U. e le espulsioni giudiziali. Queste ultime sono:

1. l'espulsione a titolo di misura di sicurezza, prevista dagli artt. 235 e 312 c.p.; dall'art. 89 D.P.R. 309/90 e dall'art. 15 T.U.;
2. l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione, prevista dall'art. 16, co. 1,2,3,4,9 T.U.;
3. l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva dell'ammenda prevista dagli artt. 10 bis e 16 T.U. nonché dall'art. 62 bis D. Lg. 274/2000 (competenza penale del giudice di pace);
4. l'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione disciplinata all'art. 16, co. 5,6,7,8,9 T.U.

In questa sede non ci occuperemo né dei respingimenti, né delle espulsioni giudiziali che non sono forme di espulsione amministrativa¹.

¹ Per una panoramica generale in materia di espulsioni (amministrative e giudiziali), di respingimento e di allontanamento di cittadini comunitari, si rinvia a *Immigrazione e cittadinanza* UTET 2008, a cura di Paolo Morozzo

Le espulsioni amministrative si suddividono in due categorie:

1. espulsioni ministeriali;
2. espulsioni prefettizie;

che esamineremo separatamente.

Esaminati i profili sostanziali della disciplina delle espulsioni amministrative, passeremo in rassegna la fase della esecuzione delle espulsioni, con esclusiva attenzione alla disciplina del trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione, mentre gli aspetti connessi alla tutela giurisdizionale saranno trattati nel corso di secondo livello che si terrà dopo l'estate.

Le espulsioni ministeriali

1. L'espulsione per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato

Ai sensi dell'art. 13, co. 1, T.U. il Ministro dell'interno, per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato può disporre l'espulsione dello straniero, anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei ministri ed al Ministro degli esteri.

Trattasi di un provvedimento altamente discrezionale, com'è dimostrato dalla estrema genericità dei presupposti: infatti le formule "motivi di ordine pubblico" e "motivi di sicurezza dello Stato" sono notevolmente elastiche potendo comprendere un'ampia gamma di comportamenti.

La natura eccezionale e residuale dell'espulsione ministeriale è desumibile dalla previsione di esecuzione coercitiva ed immediata, dalla sua applicabilità anche ai titolari di permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo (ex carta di soggiorno) e, in generale, nei confronti dei soggetti inespellibili ai sensi dell'art. 19, co. 2, T.U. Inoltre, l'espressa previsione della previa comunicazione dell'adozione del provvedimento alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed al Ministro degli esteri indica che si tratta di un atto appartenente alle decisioni aventi rilievo politico nazionale².

Ai sensi dell'art. 13, co. 11 T.U., contro il decreto di espulsione in questione è ammesso unicamente ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, al pari di tutti i provvedimenti emanati direttamente dall'autorità centrale.

La scarsa giurisprudenza esistente,³ ha avuto cura di precisare che *"trattandosi di atto che è rimesso all'organo di vertice del Ministero dell'interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri, non v'è dubbio che esso sia espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa. Alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza*

della Rocca e all'aggiornamento 2009, cap. VII "Respingimento, espulsione, trattenimento e accompagnamento alla frontiera" di G. Savio.

² P. Bonetti, "Diritto degli stranieri", a cura di B. Nascimbene, CEDAM, 2004, pag.443.

³ Consiglio di Stato – sez. IV, sent. 16/1/2006, n. 88

di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà”.

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti espulsivi per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato è dunque, secondo la giurisprudenza amministrativa di legittimità, ridotto ad un vaglio estrinseco volto solo a verificare l'adeguatezza formale della motivazione, senza sovrapporsi o modificare la valutazione di merito espressa dall'autorità governativa.

2. L'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo

Il D.L. 27/7/2005, n.144/ (c.d. "decreto Pisanu"), emanato sull'onda degli attentati terroristici di Londra e di Sharm el Sheikh del 2005, venne convertito, con rapidità inconsueta, nella legge 31/7/2005, n. 155. L'art. 3 di tale legge emergenziale, conteneva "*nuove norme in materia di espulsione di stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo*": il Ministro dell'interno, o su sua delega il prefetto, potevano disporre l'espulsione dello straniero appartenente ad una delle categorie di cui all'art. 18 della L. 22/5/1975, n. 152 (c.d. "Legge Reale), o nei cui confronti vi fossero fondati motivi per ritenere che la permanenza nel territorio dello Stato potesse, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche internazionali. L'assoluta genericità delle fattispecie destò forti perplessità connesse alla amplissima discrezionalità consentita all'amministrazione, tale da consentire l'espulsione di stranieri sulla base di semplici sospetti o presunzioni.

Ma era sul piano processuale che le perplessità si traducevano in veri e propri dubbi di incostituzionalità:

infatti, l'art. 3 cit. prevedeva l'immediata esecuzione del provvedimento, senza alcuna preventiva convalida, cioè senza alcun controllo giurisdizionale anteriore all'esecuzione del decreto espulsivo, il che era reso ancor più grave, sotto il profilo dell'effettività della tutela dello straniero, dalla previsione normativa del divieto della possibilità di concedere la tutela cautelare e, se in caso di ricorso al T.A.R. competente, l'amministrazione resistente avesse opposto il segreto di Stato o d'indagine, il relativo procedimento sarebbe stato sospeso per due anni. Ovviamente ad esecuzione dell'espulsione avvenuta.

Va detto tali disposizioni procedurali erano a termine: scadevano, infatti, il 31/12/2007.

In prossimità della scadenza di detto termine, il governo emanò il D.L. 29/12/2007, n. 249 che, tra l'altro, introduceva l'obbligo della preventiva convalida dell'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo da parte del tribunale in composizione monocratica, ed abrogava la possibilità di sospendere il processo conseguente al ricorso in opposizione a tale espulsione per due anni, per il caso di apposizione del segreto d'indagine o di Stato. Sennonché, a causa della fine anticipata della legislatura e dello scioglimento delle Camere, il D.L. 249/07 non venne convertito in legge e, pertanto, le modifiche introdotte nel 2007 sono decadute, così come sono decadute le disposizioni processuali "eccezionali" fin dal 31/12/2007.

Quel che resta, oggi, dell'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo è, dunque, la norma sostanziale, cioè la previsione della fattispecie.

Le dieci ipotesi di espulsioni disposte dal prefetto

1. L'espulsione conseguente all'ingresso illegale

Ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. a), T.U., il prefetto dispone l'espulsione dello straniero entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, senza essere stato respinto ai sensi dell'art. 10, T.U. Trattasi di ipotesi di ingresso illegale, cioè in violazione dell'art. 4, co. 1, T.U. secondo il quale l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato può avvenire, salvo i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti.

Conformemente a tale previsione, l'art. 7, co. 1, D.P.R. 394/99 (regolamento di attuazione del T.U.) prescrive che " *l'ingresso nel territorio dello Stato è comunque subordinato alla effettuazione dei controlli di frontiera, compresi quelli in attuazione della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*".

La violazione dell'obbligo di far ingresso in Italia solo attraverso i valichi di frontiera è sanzionata con l'espulsione che si configura come atto dovuto, quindi non discrezionale, in capo all'autorità prefettizia.

Un aspetto problematico dell'espulsione in questione concerne la prova della regolarità dell'ingresso in Italia. Ai sensi dell'art.7, co. 2, D.P.R. 394/99 "è fatto obbligo al personale addetto ai controlli di frontiera di apporre sul passaporto il timbro d'ingresso, con l'indicazione della data".

Pertanto, la prova della regolarità dell'ingresso nel territorio dello Stato è fornita esclusivamente dall'apposizione del timbro datario sul passaporto dello straniero da parte della polizia di frontiera.

In tal senso è orientata la giurisprudenza: " *incombe sullo straniero, colto in Italia senza il permesso di soggiorno, l'onere di provare la data di ingresso sul territorio nazionale, la cui certificazione si ottiene, ai sensi del D.P.R. 31 agosto 1999, art. 7, comma 2, con previsione inderogabile, mediante l'apposizione sul passaporto del timbro d'ingresso, specificativo della data, che il personale addetto ai valichi di frontiera è obbligato ad apporre a richiesta, al fine di consentire, a chi entri legalmente nel territorio dello Stato, l'accertamento pubblico della data di tale ingresso*"⁴.

Tuttavia, poiché ai sensi dell'art. 20, regolamento 2006/562/CE, le frontiere interne dell'Unione europea "possono essere attraversate in qualunque luogo senza che venga effettuato il controllo delle persone", è ovvio che l'obbligo di apposizione del timbro d'ingresso si riferisca al superamento delle frontiere esterne dell'U.E., ma non anche al passaggio di quelle interne, dove i controlli di frontiera sono aboliti.

⁴ Cass. Civ. 23/8/2004, n. 16570

Consegue che non sussiste l'obbligo di sottoporsi ai controlli di frontiera italiani per lo straniero proveniente da altro paese dell'area Schengen, in tal caso la regolarità dell'ingresso sarà documentata dal timbro apposto dal paese dell'area Schengen ove è avvenuto l'ingresso.

2. L'espulsione conseguente all'irregolarità del soggiorno.

Ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. b), T.U., il prefetto dispone l'espulsione dello straniero che si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver presentato la dichiarazione di presenza prevista dalla legge 28/5/2007, n. 68⁵ ovvero senza aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto⁶, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni senza che ne sia stato richiesto il rinnovo.⁷

Trattasi di ipotesi di irregolarità del soggiorno, a fronte delle quali il prefetto è obbligato ad emanare un decreto espulsivo, senza margini di discrezionalità.

L'irregolarità del soggiorno costituisce la motivazione della maggior parte delle espulsioni amministrative, esaminiamo ora i maggiori nodi problematici che la disposizione pone.

2.1. La natura perentoria del termine per richiedere il permesso di soggiorno.

La giurisprudenza è pacifica circa il carattere perentorio del termine di otto giorni lavorativi dall'ingresso per presentare istanza di rilascio del permesso di soggiorno.

⁵ La legge 28 maggio 2007, n. 68, detta la disciplina dei soggiorni di breve durata per gli stranieri per visite, affari, turismo e studio. In questi casi non è richiesto il permesso di soggiorno, qualora la durata del soggiorno stesso non sia superiore a tre mesi. Tuttavia, al momento dell'ingresso o, in casi di provenienza da Paesi dell'area Schengen, entro otto giorni dall'ingresso, lo straniero dichiara la sua presenza, rispettivamente all'autorità di frontiera o al questore della provincia in cui si trova, secondo le modalità stabilite con decreto ministeriale. In caso di inosservanza di tale obbligo, non determinato da forza maggiore, lo straniero è espulso ai sensi dell'art. 13, co. 2, D. Lg. 286/98. La medesima sanzione si applica quando lo straniero, pur avendo effettuato la dichiarazione di presenza, si sia trattenuto nello Stato oltre tre mesi o il minor termine stabilito nel visto d'ingresso.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2, co. 2 del D.M. del 26/7/2007, l'adempimento dell'obbligo delle dichiarazioni di presenza è attestato mediante il rilascio di copia della dichiarazione, che dovrà essere esibita ad ogni richiesta degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza.

La dichiarazione di presenza è il documento che autorizza i soggiornanti di breve periodo a restare in Italia per il periodo massimo di tre mesi dall'ingresso. A seguito dell'entrata in vigore della legge 15/7/2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" che, com'è noto ha modificato, tra l'altro, anche l'art. 116 c.c. nel senso che impone allo straniero che voglia contrarre matrimonio nel territorio della Repubblica anche la presentazione di un documento che attesti la regolare presenza dello stesso sul territorio italiano, è stata diramata dal Ministero dell'Interno - Dipartimento affari interni e territoriali - la circolare 7/8/2009 n. 19 la quale prevede che "per i soggiorni di breve durata la regolarità del nubendo può essere attestata dall'impronta del timbro Schengen apposta sul documento di viaggio dall'autorità di frontiera o dalla copia della dichiarazione di presenza resa al questore entro otto giorni dall'ingresso, ovvero dalla copia della dichiarazione resa ai sensi dell'art. 109 R.D. n. 773/1931 ai gestori di servizi alberghieri o di altre strutture ricettive".

⁶ Ai sensi dell'art. 5, co. 2, D. Lg. 286/98, il termine ordinario per chiedere il permesso di soggiorno è di otto giorni lavorativi dall'ingresso nel territorio dello Stato.

⁷ Ai sensi dell'art. 5, co. 4, D. Lg. 286/98 - come modificato dalla L. 94/09 - il rinnovo del permesso di soggiorno deve essere chiesto dallo straniero al questore della provincia in cui dimora almeno sessanta giorni prima della scadenza. Tuttavia, tale termine ha natura ordinatoria in considerazione dell'assenza di sanzioni o decadenze per il caso della sua inosservanza, a differenza del termine di sessanta giorni, successivi alla scadenza del permesso di soggiorno, la cui violazione determina l'espulsione prefettizia.

" In tema di immigrazione e condizione giuridica dello straniero, la ricorrenza dell'ipotesi di trattenimento illegale nel territorio dello Stato, comporta l'emissione del decreto di espulsione con carattere di automaticità – salvo il caso di tardiva presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno – con esclusione di qualsivoglia potere discrezionale del prefetto al riguardo e senza che assumano alcun rilievo né la circostanza che lo straniero sia entrato regolarmente in Italia, né che vi svolga attività lavorativa ".⁸

In conseguenza del notevole carico di lavoro che grava sugli uffici immigrazione – specie delle questure delle grandi città – è invalsa la prassi per cui lo straniero che deve presentare istanza di rilascio di permesso di soggiorno deve effettuare una "prenotazione", con la conseguenza che la domanda viene presentata ben oltre gli otto giorni previsti dalla legge. Al fine evidente di non far ricadere sull'utenza i problemi organizzativi dell'amministrazione, la giurisprudenza ha precisato che *" il requisito temporale si intende rispettato quando lo straniero abbia presentato istanza alla questura attraverso la prenotazione".⁹* È pertanto sufficiente che la prenotazione sia stata effettuata entro gli otto giorni - mantenendo la necessaria ricevuta - per scongiurare il pericolo di espulsione.

2.2. L'esimente della forza maggiore.

Ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. b) T.U. l'espulsione consegue obbligatoriamente in caso di mancata richiesta del permesso di soggiorno o di omessa effettuazione della dichiarazione di presenza nei termini di legge, salvo che il ritardo sia dovuto a cause di forza maggiore.

Pertanto, la ritardata presentazione della domanda di permesso di soggiorno (che comunque deve essere stata presentata, sia pure oltre i termini di legge) impedisce l'adozione di un decreto espulsivo solo se tale condotta sia sorretta da cause di forza maggiore, la cui esistenza deve essere dedotta e documentata dallo straniero. La causa di forza maggiore ha quindi la valenza della classica scriminante.

Al pari della giurisprudenza generalmente concorde in tema di forza maggiore, anche a proposito dell'espulsione la Cassazione è estremamente rigorosa nel senso che costituisce forza maggiore solo *"un impedimento assoluto, tale da rendere vano ogni sforzo umano, derivante da cause esterne e non imputabile a chi lo invochi".¹⁰*

Un caso assai ricorrente nella prassi è costituito dallo straniero detenuto che, proprio a causa della detenzione non abbia potuto presentare tempestivamente la domanda di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno e, pertanto, all'atto della scarcerazione venga attinto da un decreto espulsivo motivato proprio dall'omessa richiesta del titolo autorizzativo al soggiorno. In tali ipotesi la giurisprudenza esclude che la detenzione possa costituire causa di forza maggiore: l'istanza di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno del detenuto va tempestivamente inoltrata alla questura competente tramite la direzione dell'istituto di pena. Trattasi di una applicazione estensiva dell'art. 10, co. 4, D.P.R. 394/99: *"per i soggiorni da*

⁸ Cass. Civ. sez. I, n. 6670/2006.

⁹ Cass. Sez. I, 9/9/2008, n. 22775.

¹⁰ Cass, sez. I, 5826/2006.

trascorrersi presso convivenze civili o religiose, presso ospedali o altri luoghi di cura, la richiesta di permesso di soggiorno può essere presentata in questura dall'esercente della struttura ricettiva ... il quale provvede anche al ritiro e alla consegna all'interessato della ricevuta ... e del permesso di soggiorno".

Occorre però registrare una mancanza di sintonia tra l'orientamento della giurisprudenza (che esclude che la detenzione costituisca causa di forza maggiore ed obbliga lo straniero detenuto a presentare istanza di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno tramite la direzione del carcere) e la prassi dettata dalle circolari ministeriali. Infatti, una circolare del D.A.P. (Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria) del 15/9/2006 rammentava ai provveditori regionali che *"le richieste di rinnovo di permesso di soggiorno presentate da cittadini extracomunitari in stato di detenzione saranno prese in considerazione dalle competenti questure solo se inoltrati dagli interessati all'atto della scarcerazione"*. In conseguenza di tale direttiva il detenuto straniero veniva privato del diritto - dovere di chiedere il permesso di soggiorno con la conseguenza che, all'atto della scarcerazione, poteva essere espulso anche per aver omesso la richiesta di permesso di soggiorno, non potendo neppure invocare la causa di forza maggiore, preclusa dalla giurisprudenza.

Tuttavia, una nuova disposizione del ministero dell'interno del 9/7/2007, facendo riferimento proprio all'art. 10, co. 4, D.P.R. 394/99 e all'art. 38 del regolamento sull'ordinamento penitenziario (D.P.R. 230/2000) relativo alla possibilità di corrispondenza epistolare, indica l'obbligo di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno alle questure competenti tramite il direttore del carcere, che deve far recapitare il kit relativo unicamente presso l'ufficio postale ubicato in prossimità dell'istituto di pena.

2.3. *L'espulsione in caso di ritardo nella presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno: un temperamento dell'automatismo espulsivo elaborato dalla giurisprudenza*

Il tema dell'automatismo espulsivo è stato uno degli argomenti più dibattuti e controversi all'indomani dell'entrata in vigore del T.U.

Un orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza della L.39/90 (meglio nota come Legge "Martelli") riteneva che *"la mancata richiesta del permesso di soggiorno, ovvero il mancato rinnovo, non legittimano sempre e in ogni caso l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale, dovendo l'autorità di pubblica sicurezza valutare le ragioni di ordine pubblico che consigliano l'eventuale allontanamento dello straniero"*¹¹. La tesi proponeva un bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'inviolabilità delle frontiere e dell'ordinato flusso migratorio e quelle di cui fosse portatore lo straniero che conducesse una vita improntata al rispetto delle regole di civile convivenza, ancorché privo di permesso di soggiorno. Va detto che l'orientamento descritto trova ancora applicazione in alcune decisioni di giudici di merito,

¹¹ C. Stato, sez. IV, sent. 20/5/1999, n. 870. In termini analoghi si veda anche C. Stato 16/10/2000, n. 5497; Cass. 28/5/1999, n. 6374.

specie quando appaia sommamente ingiusto – dal punto di vista sostanziale – espellere uno straniero che, non avendo commesso reati, abbia concrete prospettive di approdare alla agognata regolarità. In molte di queste situazioni, l'unica ancora di salvezza passa, obbligatoriamente, attraverso la negazione di principio (pur sancito dalla giurisprudenza di legittimità) dell'automatismo espulsivo: è il caso di cittadini di Paesi in procinto di far ingresso nell'U.E. (romeni e bulgari ultimamente), ovvero di lavoratori nei cui confronti sia stata avanzata richiesta di chiamata nominativa attraverso il decreto flussi che, come nella gran parte dei casi, siano illegalmente in Italia: per costoro l'espulsione vanificherebbe la prospettiva di un soggiorno regolare, magari dopo anni di presenza e lavoro in Italia.¹²

Della questione fu investita la Corte costituzionale che chiarì il dibattito statuendo che " *quello che il giudice remittente chiama automatismo espulsivo, altro non è che il riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa. Le ragioni umanitarie e solidaristiche che ad avviso del remittente dovrebbero guidare la scelta dell'autorità amministrativa non sono ignote al D. Lg. 286/98: questo nel prevedere all'art.19 svariate ipotesi di divieto di espulsione dello straniero soddisfa l'esigenza che siano tutelate particolari situazioni personali senza però abdicare al principio di legalità, il quale soltanto può assicurare un ordinato flusso migratorio*"¹³.

Tuttavia, atteso il trattamento di maggior favore che la normativa prevede per lo straniero che, già regolarmente soggiornante, abbia ommesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno oltre i sessanta giorni dalla sua fisiologica scadenza – trattamento consistente nell'esecuzione non coattiva dell'espulsione, attuata con le forme dell'intimazione a lasciare il territorio nazionale entro quindici giorni a mente dell'art. 13, co. 5, T.U. - la giurisprudenza si è posta il quesito se l'automatismo espulsivo, e quindi la natura strettamente vincolata della potestà espulsiva sussistente in capo al prefetto, dovesse valere anche per le ipotesi di mero ritardo nella presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno (e non anche di primo rilascio), sempre che, ovviamente, il ritardo stesso non fosse giustificato da cause di forza maggiore. La questione si concluse con l'intervento della Cassazione che, a sezioni unite, stabilì che " *la spontanea presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine ... non consente l'espulsione automatica dello straniero, la quale potrà essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti ... mentre la sua tardiva presentazione potrà costituire solo indice rivelatore nel quadro di una valutazione complessiva in cui versa l'interessato*"¹⁴.

Va ribadito, tuttavia, che la giurisprudenza di legittimità ha elaborato le limitazioni all'automatismo espulsivo in questione solo con riferimento all'ipotesi di spontanea tardiva

¹² Si vedano, tra le tante decisioni, Giudice di Pace di Torino, decreto 30/6/2006; Giudice di Pace di Lecce, decreto 21/9/2006, entrambe in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4/2006, pagg. 134 ss.

¹³ C. cost. ord. 146/02, con richiamo alla sent. n. 353/97.

¹⁴ Cass. Civ. SSUU, 20/5/2003, n. 7892.

presentazione dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, e non anche nei casi di omessa presentazione dell'istanza di primo rilascio del permesso.

2.4. L'espulsione conseguente al diniego di rinnovo del permesso di soggiorno

Nelle numerosissime ipotesi in cui lo straniero abbia tempestivamente richiesto il rinnovo del permesso di soggiorno ma la questura competente l'abbia rigettato, allo straniero è dato avviso – nel provvedimento di rigetto – che la sua presenza in Italia non è più consentita e viene invitato al volontario esodo entro il termine di quindici giorni decorrente dalla notifica del rigetto, con l'avviso che, in difetto, si procederà alla sua espulsione ai sensi dell'art. 13 T.U. Tale procedura, cui l'amministrazione ha l'obbligo di attenersi, è prevista dall'art. 12 D.P.R. 394/99, regolamento recante norme di attuazione del T.U.286/98.

Quindi, lo straniero che si sia visto notificare il rigetto della sua domanda di rinnovo del permesso di soggiorno e che, ciononostante, resti in Italia senza più alcun titolo per soggiornarvi è espulso ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. b) D. lg. 286/98.

Senonché, dalla lettura di detta norma si evince che l'espulsione deve essere disposta verso chi si sia trattenuto nel territorio dello Stato senza aver chiesto il permesso di soggiorno, o senza aver effettuato la dichiarazione di presenza, ovvero quando il permesso è stato revocato o annullato, oppure è scaduto da più di sessanta giorni senza che ne sia stato chiesto il rinnovo: com'è agevole notare, la norma non prevede affatto l'espulsione di chi, pur avendo chiesto nei termini il rinnovo del permesso di soggiorno, si sia visto rigettare la sua istanza. Conseguente che l'espulsione in questione venga adottata in un caso non previsto dalla legge.

Vero è che il citato art. 12 D.P.R. 394/99 impone all'amministrazione di avvisare lo straniero cui sia stato rifiutato il permesso di soggiorno di allontanarsi volontariamente, pena l'espulsione, tuttavia trattasi di una disposizione regolamentare che non può integrare un vuoto normativo – consistente nella mancata previsione dell'espulsione per i casi in esame – atteso che, a mente dell'art. 10, co. 2, Cost. la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge, e non dai regolamenti.

Il carattere vincolato alla legge della potestà espulsiva prefettizia (ampiamente ribadito dalla giurisprudenza), comporta che le fattispecie espulsive siano tassative – in ossequio al principio di stretta legalità – con conseguente divieto di interpretazioni analogiche od estensive.

Ebbene, non vi è dubbio che l'adozione di un decreto espulsivo in casi non espressamente previsti dalla legge sia frutto di un'applicazione analogica per cui si assimila la posizione di chi si è visto rifiutare il permesso di soggiorno a quella di chi non l'ha mai richiesto, ovvero se l'è visto revocare o annullare, in palese violazione del principio di stretta legalità.

Tuttavia, la L. 94/09 ha modificato l'art. 14, co. 5 ter, T.U., prevedendo espressamente come reato – punito con la reclusione da sei mesi ad un anno – la condotta di chi si sia reso inottemperante ad un ordine del questore "se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata": la novella ha sì mutato l'art. 14, co. 5 ter cit., ma ha lasciato intatto il comma 2,

lett. b) dell'art. 13, ragion per cui continua a non essere prevista espressamente – tra le condotte suscettibili di espulsione – quella di chi si sia trattenuto in Italia dopo il rifiuto del permesso di soggiorno tempestivamente richiesto.

Il legislatore del 2009 ha forse perso l'occasione per colmare un evidente vuoto normativo, ma, così stando le cose, a parere di chi scrive le espulsioni in questione debbono ritenersi illegittime perché adottate in casi non previsti dalla legge.

Problematiche connesse al riparto di giurisdizione: il rapporto tra diniego di permesso di soggiorno ed espulsione

Accade spesso, nella prassi, che contestualmente all'adozione del provvedimento di rifiuto del permesso di soggiorno, o del suo rinnovo, venga adottato e notificato un decreto espulsivo.

Prima del 1998, vigente la l. n. 39/1990, tutto il contenzioso in materia di immigrazione era devoluto alla giurisdizione amministrativa.

Con la l. n. 40/1998, successivamente trasfusa nell'attuale Testo Unico, la materia delle espulsioni è stata devoluta alla cognizione del giudice ordinario, ferma restando la giurisdizione amministrativa per le impugnazioni avverso dinieghi e revoche del permesso di soggiorno.

Il riparto di giurisdizione pone però questioni piuttosto complesse: si pensi alle ipotesi – assai frequenti – in cui l'adozione di un decreto espulsivo consegua al diniego di rilascio, di rinnovo ovvero alla revoca del permesso di soggiorno (ricorso al T.A.R. avverso il diniego del titolo autorizzatorio al soggiorno e ricorso al giudice ordinario contro il decreto di espulsione). Ciò rileva specialmente nelle ipotesi, avallate dalla giurisprudenza, in cui diniego di permesso di soggiorno ed espulsione siano notificati contestualmente.

Poiché la definizione del ricorso contro l'espulsione può dipendere dalla definizione di quello contro l'atto presupposto – il diniego di permesso di soggiorno – la giurisprudenza ha esaminato la possibilità di sospendere il giudizio sull'espulsione, nella pendenza di quello amministrativo e fino alla sua definizione, ovvero di consentire al giudice ordinario di disapplicare incidentalmente l'atto presupposto, qualora lo ritenga illegittimo (e ciò indipendentemente dalla pendenza del ricorso amministrativo).

Il tema della pregiudizialità e quello dei poteri del giudice ordinario di sindacare, sia pure incidentalmente, l'atto amministrativo hanno condotto la giurisprudenza di legittimità alle conclusioni di seguito sinteticamente riassunte.

- Richiesta di decidere se violasse il diritto di difesa la mancata previsione normativa della natura pregiudiziale del diniego di permesso di soggiorno rispetto al conseguente decreto espulsivo, la Corte di Cassazione, sez. I civ., con sentenza 20 giugno 2000, negò il rapporto di pregiudizialità tra provvedimenti amministrativi, nonché la violazione del diritto di difesa poiché lo straniero può impugnare i provvedimenti davanti ai giudici rispettivamente competenti e *“chiedere al tribunale ordinario(oggi GdP) la sospensione necessaria del procedimento fino alla definizione di quello instaurato di fronte al giudice amministrativo”*.

- Della questione venne investita pure la Corte Costituzionale che, con ordinanza n. 414/2001, escluse *"una palese irragionevolezza nella scelta discrezionale del legislatore (relativa al riparto di giurisdizione) ... dovendosi escludere l'esistenza di pregiudizialità amministrativa nella materia considerata, il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione avanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto ... e disapplicarlo, con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena"*.

Infine, due sentenze delle Sezioni unite civili della Cassazione nell'arco di un anno hanno affermato l'una il contrario dell'altra.

- In data 18 ottobre 2005, la sentenza n. 20125 ha statuito che *"spetta al giudice ordinario conoscere della controversia avente ad oggetto un provvedimento vincolato qual è il decreto di espulsione, ...ben può il giudice adito, chiamato a pronunciarsi su ricorso avverso un atto amministrativo che investa diritti soggettivi, sindacare in via incidentale l'atto che costituisca il presupposto dell'atto impugnato, senza che ciò comporti il superamento dei limiti della sua giurisdizione"*.

- Tale orientamento, avallato dal Giudice delle leggi, è stato successivamente smentito dalla sentenza n. 22217 del 16 ottobre 2006 delle Sezioni unite della Cassazione che così definisce i poteri del giudice delle espulsioni:

1. il provvedimento di espulsione è provvedimento obbligatorio a carattere vincolato, sicché il giudice ordinario è tenuto unicamente a controllare l'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione, i quali consistono nella mancata richiesta, in assenza di cause di giustificazione, del permesso di soggiorno;
2. non è consentita alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore relativa al permesso di soggiorno, poiché tale sindacato spetta al giudice amministrativo, la cui decisione non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione;
3. consegue che la pendenza del giudizio davanti al T.A.R. non giustifica la sospensione necessaria del processo dinanzi al giudice ordinario, attesa la carenza di pregiudizialità giuridica tra processo amministrativo e civile;
4. il diniego o la revoca del permesso di soggiorno non costituiscono antecedente logico del decreto di espulsione, ma solo un antecedente di fatto;
5. consegue che la disapplicazione incidentale dell'atto amministrativo si tradurrebbe nel suo annullamento, rendendo inoperante l'azione amministrativa, il che comporterebbe una usurpazione di attribuzioni da parte del giudice ordinario nei confronti di quello amministrativo. Con il che si giunge ad una ridefinizione dell'attività giurisdizionale in termini meramente "notarili"¹⁵.

Al riparto di giurisdizione consegue, dunque, un rigido doppio binario.

¹⁵ In argomento: N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 4, 27 ss.

Per una miglior tutela dei diritti dei migranti sarebbe auspicabile la realizzazione di una giurisdizione unica ed esclusiva in capo al giudice ordinario.

3. L'espulsione per pericolosità sociale

L'art. 13, co. 2, lett. c) T.U. dispone che il prefetto disponga l'espulsione nei confronti di chi appartiene a taluna delle categorie indicate nell'art. 1, L. 1423/1956 come sostituito dall'art. 2 L. 327/88, o nell'art. 1 L. 575/1965, come sostituito dall'art. 13, L. 646/1982.

La legge 1423/56 prevede le misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità e, all'art. 1, indica a quali tipologie di persone vadano applicate tali misure:

" 1) coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi;

2) coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;

3) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica".

Invece, la legge 575/1965, successivamente modificata nel 1982, prevede disposizioni contro la mafia il cui ambito di applicazione è definito all'art. 1 nei seguenti termini: *"la presente legge si applica agli indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni comunque localmente denominate che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di stampo mafioso"*.

Orbene, se un cittadino straniero appartiene a taluna delle categorie sopra indicate, deve essere espulso dal prefetto.

In altri termini, le stesse condizioni personali che sarebbero idonee ad applicare le misure di prevenzione, se riferentesi a persone straniere sono idonee a giustificare l'adozione di un provvedimento espulsivo; con una differenza sostanziale però: infatti mentre l'applicazione delle misure di prevenzione segue un procedimento avanti il tribunale, nel rispetto del contraddittorio e con l'assistenza del difensore, l'espulsione in questione è disposta dall'autorità amministrativa – *inaudita altera parte* – mentre il contraddittorio ed il controllo giurisdizionale sono solo eventuali, in caso di ricorso in opposizione all'espulsione.

Pur ammettendo la natura obbligatoria dell'espulsione – anche per pericolosità sociale – è ovvio che stabilire se una persona straniera sia dedita a traffici delittuosi oppure viva in tutto o in parte col provento di attività illecite implica una valutazione che non può che essere discrezionale. Pertanto, l'adozione dell'espulsione ai sensi dell'art. 13.co. 2, lett. c) T.U., deve essere preceduta da un'accurata istruttoria amministrativa le cui risultanze – se ritenute idonee a sorreggere il decreto espulsivo – debbono essere trasfuse nella motivazione del provvedimento al fine sia di comprendere l'*iter* logico e giuridico seguito dal prefetto, sia di

poter adeguatamente impugnare consentendo all'autorità giudiziaria il pieno controllo sulla legittimità dell'atto.

Il che è particolarmente rilevante se si considera la natura meramente eventuale del sindacato giurisdizionale sulle espulsioni amministrative.

3.1. ***I criteri di valutazione della pericolosità sociale, come elaborati dalla giurisprudenza***

Il giudizio circa l'appartenenza dello straniero alle categorie delineate nella lettera c) del comma II dell'art. 13 cit. deve avere – secondo la giurisprudenza - i caratteri dell'attualità e della concretezza.

"Devono, in particolare, tenersi presenti i criteri:

- a) Della necessità di un accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni;*
- b) Del requisito dell'attualità della pericolosità;*
- c) Della necessità di esaminare globalmente l'intera personalità del soggetto, quale risulta da tutte le manifestazioni della sua vita".¹⁶*

Nello stesso senso va citata altra sentenza della Corte suprema che, dopo aver ribadito come *"il controllo giurisdizionale - le volte in cui lo straniero lo solleciti in sede di opposizione alla misura espulsiva - debba essere condotto alla stregua degli stessi criteri che il giudice applica le volte in cui venga in rilievo una proposta di applicazione di una misura di prevenzione"* così conclude *"venendo al caso sottoposto, appare evidente l'errore commesso da Tribunale ... là dove ha ipotizzato una sorta di attenuazione di parametri di valutazione della pericolosità sociale , in ragione del prevalere dell'interesse espulsivo dello Stato rispetto a qualsiasi esigenza di difesa sociale e quindi alla stregua di un criterio che, da un lato lettera e ratio della norma di rinvio non autorizzano affatto e che, dall'altro lato, seriamente impinge contro i diritti soggettivi che allo straniero espellendo devono essere riconosciuti non meno che al proposto per l'applicazione della misura".¹⁷*

4. L'espulsione dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare.

L'art. 13, co. 2 bis, T.U.,¹⁸ prevede delle limitazioni alla potestà espulsiva del prefetto nel caso in cui lo straniero espellendo abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, ovvero del familiare ricongiunto.

È infatti stabilito che *"nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2 lettere a) e b), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare, ovvero*

¹⁶ Cass. Civ. I sez. sent. 30/8/2002, n. 12721

¹⁷ Cass. Civ. sez. I sent. 10/4/2003, n. 5661.

¹⁸ Il comma 2 bis è stato introdotto, nel corpo dell'art. 13, dal D. Lg. 8/1/2007, n. 5, in attuazione della direttiva comunitaria 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare.

del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29¹⁹, si tiene anche conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese di origine".

Tali previsioni sono tuttavia limitate alle espulsioni di cui alle lettere a) e b) del T.U. 286/98, quindi relativamente alle ipotesi di ingresso irregolare e di irregolarità del soggiorno, con esclusione, quindi, delle espulsioni per pericolosità sociale. In tali casi, il prefetto è obbligato ad effettuare un bilanciamento – non altro potendo significare il "tener conto" - tra le ragioni che impongono l'espulsione, da un lato (quelle d'ingresso o soggiorno irregolare), e gli elementi ulteriori indicati dalla disposizione in esame, dall'altro.

È evidente che anche in queste ipotesi l'automatismo espulsivo vacilla, posto che l'autorità amministrativa non solo deve compiere una serie di accertamenti di fatto, ma deve pure effettuare un bilanciamento dei contrapposti interessi e, qualora ritenga prevalenti le ragioni che imporrebbero l'allontanamento, dovrà darne ragione nella motivazione del decreto espulsivo: qui il margine di discrezionalità è veramente ampio.

5. L'espulsione dello straniero titolare del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

L'art. 9 T.U. disciplinava la carta di soggiorno. L'istituto è stato innovato dal D. Lg. 8/1/2007, n. 3, in attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, e la vecchia carta di soggiorno è stata sostituita con il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

Occorre premettere che l'art. 19, co. 2, lett. b) T.U. annovera tra i soggetti non espellibili (salvo che nei casi delle espulsioni ministeriali di cui all'art. 13, co. 1, T.U.) gli stranieri in possesso della carta di soggiorno (ora denominata permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo).

Infatti, l'art. 9, co. 10, T.U. prevede la possibilità di espulsione di costoro solo per le seguenti ipotesi:

- a) per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (espulsione disposta dal Ministro dell'interno ai sensi dell'art. 13, co. 1 cit);
- b) nei casi di cui all'art. 3, co. 1, D.L. 144/05, convertito, con modificazioni, nella L. 155/05 (espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo)
- c) quando lo straniero appartiene ad una delle categorie indicate all'art. L. 1423/1956, o dell'art. 1 L. 575/1965, sempre che sia stata applicata, anche in via cautelare, una delle misure di cui all'art. 14, L. n. 55/1990.

In ossequio ai vincoli imposti dalla direttiva comunitaria 2003/109/CE, nell'adottare il provvedimento di espulsione si deve tener conto *"anche dell'età dell'interessato, della durata*

¹⁹ L'art. 29 D. Lg. 286/98 disciplina l'istituto del ricongiungimento familiare.

del soggiorno sul territorio nazionale, delle conseguenze per l'interessato e i suoi familiari, dell'esistenza di legami familiari e sociali con il Paese di origine", secondo la previsione dell'art. 9, co. 11, T.U. Anche nel caso di espulsione di soggiornanti di lungo periodo, così come per l'espulsione degli stranieri che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, l'espulsione non è affatto automatica, ma l'amministrazione deve tener conto degli elementi indicati dalla norma citata. Il che significa il compimento di una adeguata istruttoria per la verifica degli stessi cui seguirà il necessario giudizio di bilanciamento – ovviamente connotato da ampia discrezionalità – tra le gravi esigenze di tutela di importanti beni quali l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato ed i criteri inerenti la situazione soggettiva e familiare in cui versa l'interessato. Ovviamente, l'iter seguito dall'amministrazione dovrà risultare nella motivazione del provvedimento espulsivo.

Com'è agevole notare, l'automatismo espulsivo cede pur a fronte non di mere irregolarità formali, quali possono essere l'ingresso illegale in Italia o l'irregolarità del soggiorno, ma addirittura quando vengono minacciati beni fondamentali per la sicurezza dello Stato.

Così come per l'espulsione degli stranieri che abbiano esercitato il ricongiungimento familiare, anche per i soggiornanti di lungo periodo, il diritto comunitario impone al diritto interno la rinuncia all'automatismo espulsivo. Tanto più la posizione dello straniero in un Paese dell'U.E. è radicata, quanto più occorre tener conto, ai fini della sua espulsione, di elementi esterni all'interesse statale, ma direttamente riguardanti la persona straniera ed il suo nucleo familiare.

Infine, ai sensi del comma 13 dell'art. 9, T.U., "*è autorizzata la riammissione sul territorio nazionale dello straniero espulso da altro Stato membro dell'U.E. titolare di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo che non costituisce un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato*". L'Italia può quindi riammettere sul suo territorio un lungosoggiornante espulso da altro Paese U.E. a condizione che non rappresenti un pericolo per lo Stato italiano, in deroga, quindi, ai criteri di inammissibilità delineati in ambito Schengen.²⁰

6. L'espulsione dello straniero titolare di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da altro Stato membro dell'Unione Europea.

Gli stranieri titolari di un permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo possono liberamente circolare e soggiornare in Italia, anche per periodi superiori a tre mesi, alle condizioni indicate nell'art. 9 bis, T.U., previo rilascio di un apposito permesso di soggiorno.

La stessa norma, tuttavia, detta, al comma 7, le condizioni per la loro espulsione, che è strettamente conseguente al rifiuto o alla revoca del permesso stesso, disciplinata al comma 6.

In particolare, sono espulsi gli stranieri appartenenti alla categoria in questione, qualora siano considerati pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, ma l'allontanamento è

²⁰ Cfr. parte I, capitolo 1, paragrafo 2.

effettuato verso lo Stato membro dell'U.E. che ha rilasciato il permesso di soggiorno, invece che verso il Paese d'origine. Se invece sussistono i presupposti per l'espulsione ministeriale o per motivi di prevenzione del terrorismo, l'espulsione è adottata sentito lo Stato membro che ha rilasciato il permesso di soggiorno per lungosoggiornanti e l'allontanamento è effettuato in un Paese esterno all'U.E.

7. L'espulsione dello straniero munito di permesso di soggiorno o altro titolo equipollente rilasciato da altro Paese dell'Unione Europea.

Ai sensi dell'art. 5, co. 7, T.U., gli stranieri titolari di permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato da altro Paese dell'Unione europea, valido per il soggiorno in Italia, sono tenuti ad effettuare la dichiarazione di presenza al questore della provincia in cui si trovano entro i consueti otto giorni lavorativi dal loro ingresso nel nostro Paese. In difetto, sono passibili della sanzione amministrativa del pagamento di una somma da € 103 ad € 309. Tuttavia, ove la dichiarazione venga omessa entro sessanta giorni dall'ingresso, può essere disposta la loro espulsione in via amministrativa, cioè dal prefetto.

Trattasi di ipotesi espulsiva autonoma rispetto a quelle delineate nell'ambito dell'art. 13 d.lg. 286/98, la sua natura è ampiamente discrezionale, riservando la legge una mera facoltà in capo al prefetto, senza nemmeno indicarne i presupposti ulteriori rispetto al decorso del tempo senza che sia stata effettuata la dichiarazione di presenza. Conseguenza che in questi casi, peraltro assai rari, l'onere motivazionale sia particolarmente cogente.

8. L'espulsione dell'inottemperante all'ordine del questore.

L'art. 14, co. 5 ter T.U. nella versione anteriore alla riforma di cui alla L. 15/7/2009, n. 94, prescriveva l'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera, nell'ipotesi dello straniero inottemperante ad ordine questorile. Era un'ipotesi espulsiva atipica perché i suoi presupposti non erano delineati nell'art. 13, co. 2, T.U. ed era dibattuto se detta espulsione dovesse avere come presupposto l'avvenuto accertamento della penale responsabilità in ordine alla violazione dell'art. 14, co. 5 ter.

Sotto un profilo strettamente sistematico, l'adozione di un nuovo decreto di espulsione – sganciato dall'accertamento della responsabilità penale dell'espellendo – risultava del tutto superflua, dal momento che il decreto di espulsione di cui al citato art. 14, co. 5 ter, presupponeva che nei confronti dello straniero fossero già stati in precedenza adottati un decreto di espulsione ed un ordine del questore la cui efficacia ed esecutività non venivano a cessare, tanto che il questore era legittimato a darvi esecuzione in qualsiasi momento, disponendo l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

L'unica soluzione ragionevole era pertanto quella di ritenere che l'espulsione in parola potesse trovare applicazione solo dopo l'avvenuto accertamento della responsabilità penale in ordine all'inottemperanza all'ordine questorile: in ogni caso in cui lo straniero inottemperante fosse punito, si sarebbe adottata una nuova espulsione.

Argomentando diversamente, qualora si fosse ritenuta la "nuova espulsione" un atto del tutto autonomo dall'accertamento di uno dei reati previsti dall'art. 14, co. 5 *ter*, d.lg. n. 286/1998, si sarebbe giunti alla situazione – paradossale – in cui lo straniero avrebbe potuto essere assolto per essere stata accertata la sussistenza di un motivo idoneo a giustificare il suo trattenimento sul territorio nazionale, ma, al tempo stesso, sarebbe stato comunque espulso in forza di un nuovo decreto motivato in relazione al suo trattenimento in Italia in violazione dell'ordine del questore (per il quale era stato assolto).

La medesima condotta – l'inosservanza dell'ordine del questore – ritenuta non costituente reato sotto il profilo della responsabilità penale, sarebbe stata invece idonea, di per sé, a legittimare l'adozione di una nuova espulsione.

Ora, a seguito della modifica apportata con la L. 94/09, la disposizione, prevede espressamente che *"in ogni caso (cioè indipendentemente dall'esito del processo penale per l'inottemperanza) si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5 bis"*. In tal modo si tipicizza la nuova espulsione e la si ancora alla violazione dell'ordine questorile perché lo si richiama espressamente. L'intento del legislatore pare ora inequivoco: ogniqualvolta si accerti il fatto materiale del decorso dei 5 gg. senza che lo straniero abbia lasciato l'Italia, l'amministrazione deve provvedere a disporre una nuova espulsione. È ovvio che tale soluzione pare escogitata apposta per eludere la rilevanza della eventuale sussistenza del giustificato motivo, che comporterà l'assoluzione in sede penale, ma che sarà ininfluenza ai fini dell'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione, motivato sulla base della violazione dell'ordine questorile.

9. L'espulsione conseguente alla perdita dei crediti derivanti dall'accordo di integrazione.

La legge 15/7/2009, n. 94, ha introdotto un nuovo istituto nel Testo unico immigrazione: l'accordo di integrazione, previsto all'art. 4 bis T.U.

Ai sensi del co. 1 del nuovo art. 4 bis, per "integrazione" si intende un *"processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società"*.

Ai sensi del co. 2 della stessa norma si prevede che *"entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del presente articolo (termine ormai decorso), con regolamento adottato ... su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro dell'interno ... sono stabiliti i criteri e le modalità per la sottoscrizione, da parte dello straniero, contestualmente alla presentazione della domanda di rilascio del permesso di soggiorno ... di un accordo di integrazione, articolato per crediti, con l'impegno a sottoscrivere specifici obiettivi di integrazione, da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno"*.

Dopo aver chiarito che la stipula dell'accordo è condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno, l'art. 4 bis, co. 2, D. Lg. 286/98, prevede che " *la perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, eseguita dal questore secondo le modalità di cui all'art. 13, co. 4*".

È curioso osservare che, nonostante l'accordo sia dichiaratamente finalizzato alla promozione della convivenza tra autoctoni ed alloctoni, sia prevista la sottoscrizione e la stipula solo da parte dei primi, evidentemente dandosi per scontato il rispetto dei valori costituzionali da parte dei cittadini e la loro indubbia vocazione alla partecipazione alla vita economica, sociale e culturale della società. Ma, soprattutto, la legge non stabilisce chi sia, oltre lo stipulante straniero, l'altra parte del rapporto sinallagmatico, cioè con chi lo straniero stipuli l'accordo: più che di accordo sarebbe più opportuno parlare di dichiarazione unilaterale di intenti dello straniero nei confronti dello Stato.

Orbene, al di là della fumosa previsione normativa, che difficilmente potrà essere chiarita da un regolamento ministeriale di futura emanazione, pare evidente l'istituzione del permesso di soggiorno "a punti". La perdita integrale dei crediti comporta la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione.

Volendo soffermare la nostra attenzione sulla natura di questa peculiare espulsione amministrativa, poiché, secondo la legge, questa è preceduta dalla revoca del permesso di soggiorno, parrebbe rientrare nell'ambito dell'art. 13, co. 2, lett. b), T.U. che espressamente prevede l'obbligo, in capo al prefetto, di disporre l'espulsione dello straniero anche "... *quando il permesso di soggiorno è stato revocato ...*".

Tuttavia, mentre ordinariamente è la legge che determina le condizioni per la revoca del permesso di soggiorno, in questo caso le condizioni di revoca dipendono dal mancato raggiungimento degli obiettivi di integrazione (tradotti in crediti in forza di un regolamento ministeriale) il cui contenuto non è affatto determinato per legge, attesa la assoluta genericità ed indeterminazione del concetto di "integrazione" qual è definito nel primo comma della disposizione in esame.

Consegue che l'espulsione che deriverà dalla revoca del permesso di soggiorno sarà anch'essa determinata – indirettamente – dal verificarsi di condizioni non predeterminate per legge, ma dalla violazione del contenuto dell'accordo di integrazione, stipulato secondo criteri e modalità stabilite da un decreto ministeriale.

Il che parrebbe in violazione della riserva assoluta di legge stabilita, in relazione alla condizione giuridica dello straniero, dall'art. 10, 2° co., della Costituzione, posto che i presupposti per l'adozione dell'espulsione vengono determinati – nella sostanza – da un decreto ministeriale.

L'autonomia dell'espulsione in esame – rispetto a quelle previste nell'art. 13, 2° co., lett. b) cit. – è evidente se si considera che l'art. 4 bis T.U. espressamente stabilisce che "*la perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione ...*": ebbene, se l'espulsione in questione fosse sussumibile in quelle delineate nell'art. 13, il legislatore non avrebbe avvertito la necessità di tale esplicita previsione, atteso che la revoca del permesso di

soggiorno di per sé determina l'espulsione ai sensi della norma generale, e si sarebbe limitato ad integrare in tal senso l'art. 13, co. 2, lett. b) cit.

Inoltre, l'art. 4 *bis* prevede espressamente che tale nuova ipotesi di espulsione debba essere eseguita dal questore ai sensi dell'art. 13, 4° co., T.U., quindi il riferimento alla norma generale in materia di espulsioni amministrative è solo in relazione alle modalità esecutive, che devono avvenire con l'accompagnamento immediato alla frontiera e non con l'intimazione di cui al 5° co. della stessa disposizione.

Le considerazioni esposte conducono a ritenere che l'espulsione conseguente alla perdita dei crediti relativi all'accordo di integrazione abbia carattere autonomo rispetto alle espulsioni delineate nell'art. 13, e, pertanto, sia una novità nel panorama legislativo italiano.

La disposizione in esame prevedibilmente porrà difficoltà anche sul piano operativo. In primo luogo occorrerà attendere il decreto ministeriale che dovrà essere emanato entro sei mesi dall'8/8/2009 – data di entrata in vigore della L. 94/09. Inoltre, la norma prevede che l'espulsione consegua alla revoca del permesso di soggiorno, il che presuppone che le questure siano opportunamente ed adeguatamente attrezzate per monitorare il conseguimento dei crediti derivanti dall'accordo di integrazione e, in caso negativo, provvedano alla revoca del titolo di soggiorno. Orbene, chi ha una benché minima dimestichezza con gli uffici immigrazione delle questure italiane, è ben consapevole delle difficoltà, delle lentezze, delle carenze di organico da cui patologicamente sono afflitte, al punto che – sovente – i tempi di rinnovo dei permessi di soggiorno sono tali che la loro consegna avviene quando già sono scaduti. È difficile immaginare, in questo contesto, che le questure potranno anche far fronte ad un tempestivo monitoraggio del conseguimento dei crediti di tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti. È ragionevole presumere che tale ulteriore incombenza verrà adempiuto in sede di rinnovo del permesso di soggiorno, con la conseguenza che l'espulsione farà seguito non alla revoca del permesso, ma al suo mancato rinnovo.

Infine il nuovo art. 4 *bis* detta delle eccezioni alla revoca del permesso di soggiorno (ed alla espulsione) in conseguenza della perdita integrale dei crediti limitatamente ad alcune categorie di soggiornanti: trattasi dei titolari di permesso di soggiorno per asilo, richiesta di asilo, protezione sussidiaria, motivi umanitari e familiari, soggiornanti di lungo periodo, familiari di cittadini dell'U.E. e stranieri che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare. Tuttavia, anche per costoro la stipula degli accordi di integrazione è condizione necessaria per il rilascio dei relativi permessi di soggiorno, la cui inosservanza non sarebbe però sanzionata.

10. L'espulsione conseguente a condanna irrevocabile per violazione dei diritti d'autore e commercio di prodotti con marchi contraffatti.

L'art. 26, T.U. disciplina l'ingresso e soggiorno per lavoro autonomo. Il comma 7 bis di tale disposizione prevede che la condanna "con provvedimento irrevocabile" per i reati relativi alla tutela del diritto di autore²¹, e per i reati di cui agli artt. 473, 474 c.p., comporta "la revoca del

²¹ Legge 22/4/1941, n. 633 e successive modifiche.

permesso di soggiorno rilasciato allo straniero e l'espulsione del medesimo con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica".

La disposizione, pensata all'evidente scopo di contrastare il fenomeno del commercio di beni con marchi contraffatti da parte dei lavoratori autonomi (esercenti il commercio ambulante), e reprimere le violazioni dei diritti d'autore, ha come presupposto una condanna irrevocabile per i reati ivi indicati.

Le stesse condanne irrevocabili impediscono l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 4, co. 3, T.U., come modificato dalla L. 94/09, e, poiché ai sensi dell'art. 5, co. 5 T.U. *"il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato"*, consegue che una condanna irrevocabile emessa nei confronti di uno straniero per uno dei reati in materia di violazione dei diritti d'autore o di contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali, ovvero di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi, comporti il rifiuto del permesso di soggiorno e l'espulsione per tutti gli stranieri, indipendentemente dal loro titolo di soggiorno (e non soltanto per i titolari di permesso di soggiorno per lavoro autonomo).

I divieti di espulsione

1. I divieti di espulsione e respingimento per motivi di protezione internazionale

I divieti di espulsione sono indicati nell'art. 19 TU , ove vengono individuate delle "categorie protette", cioè delle categorie di persone che, rientrando nelle tipologie descritte dalla norma, sono inespellibili.

Al comma 1 del citato art. 19, è previsto un divieto assoluto di espulsione o respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso altro paese nel quale non sia protetto dalla persecuzione: è il principio di *"non refoulement"* sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra.

Il divieto assoluto di cui all'art. 19, co. 1, T.U., si applica a qualsiasi tipologia di espulsione (*In nessun caso può disporsi l'espulsione ...*) sia giudiziale che amministrativa (ivi comprese le espulsioni ministeriali per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato di cui all'art. 13, co. 1, T.U.; nonché le espulsioni in materia di prevenzione del terrorismo previste dall'art. 3 L. 31/7/2005 n. 155), a differenza delle categorie indicate nel secondo comma dello stesso art. 19, per le quali è consentita l'espulsione ministeriale e quella per motivi di prevenzione del terrorismo.

La norma va letta e interpretata in stretta correlazione con l'art. 3 CEDU, che impedisce di espellere lo straniero verso un paese nel quale potrebbe essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, e tale divieto di espulsione non è bilanciabile con gli interessi di tutela dell'ordine o sicurezza dello Stato che vorrebbe procedere all'espulsione, nemmeno se ciò riguardi persone condannate per terrorismo: in tal senso si è espressa la Corte di Strasburgo in una recente decisione di condanna dell'Italia²², e, al tempo stesso, la norma convenzionale impedisce che le espulsioni vengano eseguite con modalità non conformi alla disposizione stessa: si pensi all'uso di psicofarmaci, tranquillanti, mezzi di contenzione violenti.

Come è stato acutamente osservato, "la norma non avrebbe motivo di esistere se si dovesse applicare solo nei riguardi dei richiedenti asilo (già ad altro titolo inespellibili, almeno fino alla definizione dell'istanza per il riconoscimento dello status di rifugiato o di quello per la protezione sussidiaria)²³" trattandosi di una disposizione che tutela la persona contro le persecuzioni, la norma va applicata anche in assenza di una richiesta formale di riconoscimento dello status di rifugiato o di riconoscimento della protezione sussidiaria²⁴: ogniqualvolta il giudice accerti il concreto rischio di persecuzione che potrebbe derivare allo straniero dall'esecuzione del provvedimento ablativo, con la conseguenza che potrà essere riconosciuta la sussistenza del giustificato motivo per l'inottemperante all'ordine questorile che adduca tale rischio.

2. Il divieto di espulsione del minore.

Ai sensi dell'art. 19, co. 2, lett. a) T.U., "non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'art. 13, co. 1, degli stranieri minori di diciotto anni, salvo il diritto a seguire il genitore". Ai minori è rilasciato un permesso di soggiorno per minore età, salva la possibilità di iscrizione dell'infraquattordicenne sul permesso di soggiorno del genitore o dell'affidatario. È comunque fatta salva la possibilità, per il minore, di seguire il genitore o l'affidatario espulsi: il che costituisce un diritto - dovere del minore di lasciare l'Italia nel caso in cui entrambi i genitori siano irregolarmente presenti sul territorio nazionale. È in ogni caso sottratta all'autorità amministrativa la potestà espulsiva nei confronti dei minori, residuando solo, in capo al questore, un potere propositivo al riguardo; infatti, ai sensi dell'art. 31, co. 4, T.U., "Qualora ai sensi del presente testo unico debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero il provvedimento è adottato, su richiesta del questore, dal tribunale per i minorenni". Ovviamente, solo nei casi previsti dall'art. 13, co. 1, T.U.

3. Il divieto di espulsione degli stranieri in possesso di permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo.

²² Corte europea dei diritti dell'uomo Grande Camera, sent. 28/2/2008 Saadi c. Italia.

²³ P. Morozzo della Rocca, "Immigrazione e cittadinanza", UTET, 2008, pag. 174.

²⁴ Trib. Reggio Emilia, 5/3/2007 in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2007, 2, 144 ss.

Ai sensi dell'art. 19, co. 2, lett. b), T.U. non è consentita l'espulsione, salvo i casi di espulsioni ministeriali, *"degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'art. 9."*

4. Il divieto di espulsione per motivi di convivenza col cittadino italiano.

L'art. 19, co. 2, lett. c), T.U. prescrive l'inespellibilità *"degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana"*.

Lo straniero che si trovi nelle documentate circostanze indicate dalla norma in esame ha diritto di ottenere un permesso di soggiorno – per motivi familiari – ai sensi dell'art. 28, lett. b), D.P.R. 394/99, anche se è entrato in Italia irregolarmente, o se irregolarmente vi ha soggiornato, prima di ricongiungersi con il parente italiano.

Il divieto di espulsione in esame, si configura come estrinsecazione del diritto all'unità familiare per i familiari di cittadini italiani.

Poiché la disposizione in questione fa riferimento allo straniero convivente con parenti di *"nazionalità italiana"* è sorto il quesito relativo all'applicabilità della norma agli stranieri conviventi con cittadini italiani.

Secondo un orientamento giurisprudenziale assolutamente minoritario²⁵, l'art. 19 non troverebbe applicazione per tutti i cittadini italiani, ma soltanto per coloro che siano titolari, altresì, della nazionalità italiana: i cittadini italiani dovrebbero essere distinti in cittadini appartenenti alla nazione italiana e cittadini non appartenenti alla nazione, con la conseguenza che solo la convivenza con i primi – nell'ambito del rapporto di coniugio o parentela previsto – metterebbe lo straniero al riparo dall'espulsione.

La questione è di estremo rilievo nella prassi, perché se si seguisse l'indirizzo esposto non sarebbero inespellibili gli stranieri conviventi con parenti di nazionalità straniera che abbiano acquisito nel tempo la cittadinanza italiana.

La tesi esposta è priva di pregio giuridico. Infatti, non esiste alcuna norma che giustifichi la distinzione tra due differenti nozioni giuridiche di cittadinanza e nazionalità: *"la cittadinanza è unanimemente intesa quale status giuridico riconosciuto dall'ordinamento al cittadino sulla base di criteri determinati dalla stessa legge nazionale. ... La nazionalità è invece nozione metagiuridica che allude al senso di appartenenza ad una nazione (per cultura, tradizione, lingua, storia) ... tale termine non ha alcuna specifica denotazione sul piano del linguaggio giuridico e giuridicamente deve essere ritenuta equivalente alla nozione di cittadinanza"*.²⁶

La complessa questione della necessità della convivenza dello straniero col familiare cittadino dell'U.E. , alla luce delle disposizioni del D. Lg. 30/07, verrà esaminata in occasione dell'incontro relativo ai cittadini comunitari.

Il divieto di espulsione e lo stato di gravidanza.

²⁵ Giudice di pace di Trieste, decreto n. 86/90, inedito.

²⁶ Tribunale di Reggio Emilia, proc. 325/09, 9/4/09, est. Gattuso, inedito.

L'art. 19, co. 2, lett. d), T.U., non consente l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'art. 13, co. 1, *"delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono"*.

Trattasi di disposizione a carattere umanitario il cui scopo è, all'evidenza, la tutela della vita nascente, della maternità e della genitorialità. È proprio nell'ottica di garantire al neonato il diritto di godere delle cure di entrambi i genitori, almeno nei primi mesi di vita, che la Corte costituzionale²⁷ ha dichiarato l'illegittimità della norma in esame nella parte in cui non prevedeva il divieto di espulsione anche del marito convivente della donna in gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

Autorevole dottrina²⁸ evidenzia come *"l'intervento additivo della Consulta era stato dalla stessa motivato non già dall'esigenza di tutelare la famiglia legittima, in quanto fondata sul matrimonio, ma sul diverso presupposto del "diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia", considerato in quella ed in altre occasioni dalla Consulta tra i "diritti fondamentali della persona che perciò spettano, in via di principio, anche agli stranieri"*. La motivazione della sentenza concludeva ribadendo l'essenzialità della presenza del padre – e non del solo marito – *"nel delicato periodo preso in considerazione dal legislatore quando ha stabilito la particolare tutela della madre e del bambino"*.

La Corte costituzionale è stata più volte chiamata ad estendere l'inespellibilità anche al padre convivente *more uxorio*, negandola reiteratamente²⁹.

Cionondimeno, la dottrina citata sottolinea come *"l'argomento principale che ha indotto la Consulta a non estendere la temporanea inespellibilità al convivente more uxorio non riguarda il tema in sé della rilevanza costituzionale della famiglia di fatto, ma quello, assai meno ideologico, del diverso grado di verosimiglianza della qualità di padre in capo al convivente"*³⁰. Infatti, mentre il concepimento in costanza di matrimonio consente la presunzione di paternità, altrettanto non può dirsi per il concepimento fuori dal matrimonio.

Tuttavia, se la tutela non viene estesa al padre convivente *more uxorio* prima della nascita del figlio, non v'è ragione di negarne l'inespellibilità nei sei mesi successivi al parto, a condizione che il padre abbia riconosciuto il figlio naturale.

Decorso il termine semestrale, i genitori ridiventano espellibili, salva la possibilità, ricorrendone i presupposti, di chiedere l'autorizzazione alla permanenza in Italia al Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 31, co. 3, T.U.

²⁷ C. Cost. sent. n. 376/2000.

²⁸ P. Morozzo della Rocca, *"Immigrazione e cittadinanza"*, UTET, 2008, pag. 189 .

²⁹ V. da ultimo C. cost. sent. n. 444/2006.

³⁰ Ibidem

La fase esecutiva dell'espulsione: la disciplina del trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione

L'istituto del trattenimento

Istituito nel 1998, il trattenimento degli stranieri nei C.I.E. è finalizzato a dare esecuzione alle espulsioni, come si evince dalla rubrica dell'art. 14 T.U. che lo disciplina.

Il trattenimento è disposto dal questore – cui spetta dare esecuzione a tutti i provvedimenti espulsivi- quando non sia possibile dare immediata esecuzione ai provvedimenti ablativi per uno o più dei seguenti motivi indicati tassativamente all'art. 14, co. 1, T.U.:

- 1- perché occorre procedere al soccorso dello straniero;
- 2- perché occorre procedere ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità e nazionalità;
- 3- perché occorre procedere all'acquisizione di documenti per il viaggio;
- 4- per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo.

Nessun trattenimento può essere disposto per motivi diversi da quelli previsti dalla legge.

L'art. 20 D.P.R. 394/99 prescrive che :

- 1- il decreto di trattenimento sia comunicato all'interessato a mani proprie e sia adottato in forma scritta e motivata, con traduzione in lingua conosciuta;
- 2- il trattenuto deve essere informato del diritto di essere assistito da un difensore di fiducia o, in difetto, d'ufficio, e che le comunicazioni saranno effettuate presso il difensore;
- 3- il trattenimento non può essere protratto oltre il tempo strettamente necessario alla rimozione degli ostacoli che si frappongono all'esecuzione dell'espulsione (tassativamente previsti dall'art. 14 T.U.);
- 4- il trattenuto non ha lo *status* di detenuto, tant'è che se scappa non commette il reato di evasione, tuttavia è impedito l'esercizio della sua libertà personale, e, se si allontana dal centro la forza pubblica ha il dovere di ripristinare la misura restrittiva.

A seguito della fondamentale sentenza 105/2001 della Corte costituzionale è principio pacifico che il trattenimento è misura che incide sulla libertà personale (e non solo di circolazione), sicchè soggiace alla disciplina dettata dall'art. 13 co. 2 e 3 Cost. che prevede il rispetto di due principi fondamentali: la riserva di legge e la riserva di giurisdizione.

È per questo motivo che la legge prevede, all'art. 14, commi 3,4,e 5 T.U. la celebrazione dell'udienza di convalida del trattenimento, in difetto della quale il trattenuto deve essere rilasciato.

L'udienza di convalida

Il comma 3 dell'art. 14 T.U. prescrive che il questore del luogo in cui si trova il centro, dopo aver disposto ed eseguito il trattenimento, trasmette al giudice di pace copia degli atti senza ritardo e comunque entro 48 ore. Il giudice di pace fissa udienza per la convalida del trattenimento con la partecipazione necessaria del difensore (di fiducia o d'ufficio) dandone avviso anche al trattenuto che deve essere condotto in udienza. Il giudice deve decidere sulla convalida o non convalida entro le successive 48 ore dal ricevimento degli atti.

I poteri del giudice della convalida

Secondo il comma 4 dell'art. 14 T.U. il giudice deve:

- verificare l'osservanza dei termini;
- verificare la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 13 T.U.;
- verificare la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 14 t.U.;
- sentire l'interessato se compare;
- decidere con decreto ricorribile per cassazione.

Se la decisione giunge dopo il termine, il trattenimento cessa di avere effetti.

L'udienza di convalida deve avere ad oggetto anche un sindacato di legittimità del decreto espulsivo che sta a monte. Questo non solo lo prevede la legge, ma l'ha pure esplicitato la Corte Costituzionale sempre con la sentenza 105/01.

Infatti, la Corte, dopo aver precisato che il questore trasmette al giudice copia degli "atti" e, quindi, non solo del provvedimento che dispone il trattenimento, ma di tutti gli atti del procedimento, ivi compreso il decreto di espulsione, aggiunge che *"un simile onere di trasmissione, entro il termine perentorio di 48h., non può avere altro significato se non quello di rendere possibile un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l'esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia . Il giudice dovrà rifiutare la convalida tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione manchi del tutto, quanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge"*.

Quindi, l'udienza di convalida è la sede nella quale va verificata la legittimità del decreto espulsivo.

E qui entra in gioco tutta la vasta casistica, elaborata dalla giurisprudenza, in materia di espulsioni.

Infine, il giudice della convalida deve verificare i presupposti di cui all'art. 14, cioè quelli propri del trattenimento.

E' questa una verifica che deve essere particolarmente pregnante: perché il trattenimento viene disposto dalla PA, per esigenze della PA che non riesce a dare attuazione ai suoi provvedimenti che dovrebbero essere immediatamente eseguiti.

Quindi, è onere della PA dimostrare la sussistenza degli impedimenti che si frappongono all'immediato accompagnamento alla frontiera e che sono quelli indicati dall'art. 14 TU.

La PA assolve a questo onere con la motivazione del provvedimento e la motivazione del decreto del questore che dispone il trattenimento non deve risolversi nella mera ripetizione del dettato normativo, perché quella non sarebbe una motivazione.

Quindi, non basta mettere la crocetta sulla voce "non è immediatamente disponibile un idoneo vettore", ma occorre che nel testo del provvedimento si dia atto di quali vettori sono stati sentiti ecc.

I poteri istruttori del giudice della convalida

Prima della Bossi-Fini, si dubitò dell'idoneità della procedura di volontaria giurisdizione ad assicurare la pienezza del contraddittorio e la piena esplicazione delle difese, attesi i limitati poteri conferiti al giudice dagli artt. 737 ss. c.p.c. La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 35/2002, dichiarò l'infondatezza delle questioni sollevate con una decisione che si è rivelata molto utile nella prassi: dopo aver premesso che la procedura camerale *"quando sia prevista senza specifiche limitazioni del contraddittorio, non viola di per sé il diritto di difesa"*, con il che, implicitamente, si sancisce la necessità e la pienezza del contraddittorio, la Corte pone l'accento sui poteri istruttori del giudice – derivanti dall'art. 738, 3° co., c.p.c. – che *"attribuisce al giudice il potere di assumere informazioni che è assai più ampio di quello attribuito dall'art. 213 c.p.c., poiché non ha esclusivamente come destinatario una P.A., ma può essere indirizzato nei confronti di qualsiasi soggetto, pubblico o privato, in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione, compresi quelli più moderni e tecnologicamente avanzati, dei quali l'autorità giudiziaria, in procedimenti caratterizzati da speditezza tuttavia concernenti la libertà personale, deve essere dotata"*.

Gli effetti della convalida

Se, indubbiamente, i casi del trattenimento sono tassativamente indicati dalla legge il rispetto della riserva di giurisdizione è garantito solo dalla convalida dell'atto amministrativo che dispone il trattenimento. Tuttavia, la convalida in questione presenta caratteri di peculiarità rispetto alla convalida dell'arresto in flagranza o del fermo di polizia giudiziaria che possono essere utilizzati come termine di paragone. Infatti, mentre nelle ipotesi di convalida del fermo o dell'arresto il giudice convalida (o non convalida) la restrizione della libertà personale operata dall'autorità di polizia e, sussistendone i presupposti, provvede con autonomo provvedimento circa il prosieguo della restrizione della libertà (ordinanza applicativa di misura cautelare), nel caso della convalida del trattenimento, l'ordinanza di convalida serve sia a sanare la limitazione della libertà compiuta in precedenza dall'autorità di p.s. che, al tempo stesso, a determinare la permanenza del trattenimento per il successivo periodo determinato dalla legge: il quinto comma dell'art. 14 cit. prescrive, infatti, che *"la convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni ..."*.

Ne consegue che il provvedimento giurisdizionale di convalida valga sia per le precedenti 96 ore che per i successivi trenta giorni: senza un autonomo titolo di detenzione (*rectius* trattenimento), e, conseguentemente, senza che al giudice sia riconosciuto il potere – imposto

dall'art. 13, 2° co., Cost. – di verificare la permanenza delle condizioni – determinate tassativamente dall'art. 14, 1° co., d.lg. n. 286/1998 – che avevano consentito l'adozione del trattenimento, che risulta pertanto sottratta al controllo di legittimità, con conseguente affievolimento della riserva di giurisdizione in materia di libertà personale.

Il meccanismo delle proroghe del trattenimento

Questo *vulnus* di costituzionalità è ancor più palpabile dopo che sono stati triplicati i termini massimi di trattenimento ad opera della legge 94/09 che ha modificato il comma 5 dell'art. 14 T.U.

Decorsi i primi 30 giorni, la prima proroga – di ulteriori 30 giorni - può essere richiesta al giudice di pace per gravi difficoltà nell'acquisizione di documenti di viaggio o per l'accertamento dell'identità dello straniero.

La novella prevede ora che, trascorso tale termine (di 60 gg.), il questore possa chiedere una seconda proroga di 60 gg. in attesa di poter eseguire l'espulsione o il respingimento:

- in caso di *mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino di Paese terzo*,
- in caso di *ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi*.

Non è chiaro in cosa consista la "mancata cooperazione al rimpatrio" e, conseguentemente, quale sia la soglia della sufficienza/insufficienza della condotta adiuvante la propria espulsione. Se si considera che il trattenuto è posto in una situazione di coercizione della libertà personale e di circolazione, non potrà certo andare a reperire il proprio passaporto in giro per l'Italia: consegue che l'unica forma di "mancata cooperazione" consiste nel tacere la propria identità o nel declinarla falsamente. Evidente, dunque, il carattere anche sanzionatorio del trattenimento per chi decide di "difendersi tacendo" ovvero declina false generalità. Sanzione amministrativa, privativa della libertà personale, nell'attesa del procedimento per violazione dell'art. 495 c.p. (che si concluderà con sentenza d'improcedibilità per avvenuta espulsione ai sensi dell'art. 13, co. 3 quater T.U.), comminata senza processo e senza difesa. Quanto al ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione dal Paese terzo, è circostanza indipendente dalla volontà del trattenuto, cionondimeno idonea a restringere la sua libertà per ulteriori due mesi: consegue che incomba sulla P.A. un onere di allegazione sia in ordine alla assoluta necessità della documentazione che si assume carente al fine di dare esecuzione all'espulsione o al respingimento, sia in ordine alla tempestiva e corretta richiesta di tale documentazione alla rappresentanza diplomatica del Paese terzo, dandone atto nella richiesta di proroga. L'inerzia del consolato estero non va confusa con l'inerzia della questura.

Il questore può richiedere una terza proroga del trattenimento, di ulteriori 60 gg., al fine di dare esecuzione alla sola espulsione (e non più al respingimento) ove persistano i presupposti legittimanti la seconda "*nonostante che sia compiuto ogni ragionevole sforzo*".

Non è dato comprendere quale ulteriore "ragionevole sforzo" possa essere attuato nei confronti del trattenuto, oltre al perdurare della restrizione della sua libertà, per indurlo a collaborare

alla propria espulsione: la terza proroga è dunque un raddoppio della sanzione, comminata a titolo di recidiva, nei confronti di chi si ostina a tacere o mentire sulla propria identità.

Quanto al persistente ritardo nell'acquisizione della "necessaria documentazione" dai Paesi terzi, è facile osservare che, se non sono stati sufficienti quattro mesi per ottenere soddisfazioni burocratiche, difficilmente saranno utili altri due.

La procedura delineata e i (non)poteri del giudice

Secondo il dettato normativo il giudice di pace autorizza la prosecuzione della detenzione amministrativa senza udienza, senza contraddittorio, *inaudita altera parte*, mentre il controllo giurisdizionale sulla privazione della libertà si risolve in un rapporto meramente cartolare tra questura e ufficio del giudice di pace.

Risulta così compromesso non solo l'esercizio del diritto di difesa per contrastare le ragioni addotte dal questore con le richieste di proroga quando questa viene decisa, ma anche il controllo giurisdizionale risulta evanescente se si considera che il giudice di pace può solo accordare o negare la proroga per 60 giorni, in una sorta di "prendere o lasciare" che mortifica la giurisdizione. Infatti, al giudice è inibito il potere di determinare la durata del trattenimento in relazione alle specifiche esigenze poste a sostegno della richiesta di proroga da parte dell'autorità amministrativa.

Il che è ancor più grave se si considera che le situazioni legittimanti i trattenimenti prorogati possono essere differenti da quelle iniziali, attesa la non totale coincidenza tra i motivi che determinano l'inizio del trattenimento (art. 14, co. 1 T.U.) e quelli che comportano le ulteriori proroghe (art. 14, co. 5, T.U.).

Può quindi accadere che un trattenimento iniziato perché era necessario acquisire i documenti di viaggio venga prorogato perché, "al di là di ogni ragionevole sforzo", lo straniero non ha cooperato al suo rimpatrio.

Non sono determinati i poteri istruttori del giudice di pace in relazione alla richiesta di proroga, potendo invece essere utile una richiesta di integrazione documentale circa le ragioni della proroga richiesta dal questore. Nemmeno è determinato quale sia il questore legittimato a richiedere la proroga: se quello che ha disposto il trattenimento iniziale o quello della provincia ove ha sede il C.I.E., nel caso, assai frequente, in cui i due luoghi non coincidano.

Per il caso di ricorso avverso il decreto espulsivo – in pendenza di trattenimento – nulla è previsto nelle ipotesi in cui venga accordata la tutela cautelare, la prassi è quella di continuare il trattenimento fino all'esito del ricorso, senza tuttavia eseguire l'espulsione.

La sentenza Cass. I[^] sez. civ. n. 4544 del 24/2/2010: la previsione dell'udienza di proroga

La Corte di cassazione, con la sentenza indicata ha cassato un decreto di proroga del trattenimento nel C.I.E. di Roma , emesso *inaudita altera parte* dal Tribunale capitolino in

composizione monocratica il 18/2/2009 (quindi anteriormente alle modifiche apportate con la legge 94/09).

Ritiene il Collegio che le disposizioni di cui all'art. 14 T.U. volte a disciplinare il trattenimento prevedano le garanzie della difesa e del contraddittorio nei seguenti termini: espressamente, al momento iniziale del trattenimento con la celebrazione dell'udienza di convalida, implicitamente per l'emissione del provvedimento di proroga del trattenimento stesso.

Argomentando diversamente, solare sarebbe, secondo la cassazione, l'incostituzionalità della lettura dell'art. 14, co. 5 T.U. che facesse di essa *"un meccanismo di controllo officioso della richiesta (di proroga) al di fuori delle garanzie della difesa nel regolare contraddittorio e con possibilità di audizione dell'interessato"* in relazione al parametro di cui all'art. 24 Cost.; mentre vi sarebbe evidente violazione del principio di eguaglianza *"ove si riservasse il pieno contraddittorio e l'adeguata difesa alla verifica delle condizioni di accesso alla misura (convalida del trattenimento) e si affidasse al mero colloquio cartaceo tra amministrazione e giudice di pace il controllo della permanenza e dell'aggravamento delle condizioni autorizzanti la protrazione del vincolo"* (decreto di proroga).

Infine, a sostegno dell'evidente necessaria omogeneità dei provvedimenti chiesti al gdp, si osserva che nel nostro ordinamento, tanto civile che penale, *"non esistono provvedimenti decisori e definitivi che siano adottati senza contraddittorio ... non si scorge alcuna plausibilità nell'ipotizzare che il legislatore del 1998, dopo aver rettammente correlato la prima misura restrittiva al procedimento in contraddittorio, disinvoltamente (fantasiosamente) abbia affidato la seconda e le successive ad una pura invenzione giuridica, quella di un decreto de plano di merito e definitivo sconosciuto tanto al processo civile quanto al processo penale"*.

Quanto alle scadenze procedurali la cassazione è stata costretta ad inventarle (*rectius* desumerle dalla norma di sistema), prevedendo che:

1. il termine di inoltro della richiesta di convalida (48 h. dalla adozione del trattenimento) non può, ovviamente, essere esteso alla richiesta di proroga, posto che il trattenimento è già in atto; tale termine dovendosi individuare in relazione al termine di scadenza del trattenimento che si intende prorogare, e nel rispetto del successivo termine di 48 h. per la decisione;
2. consegue che la richiesta di proroga e gli atti che la corredano (precisazione, questa, relevantissima) debbono pervenire al giudice in tempo utile affinché:
 - 2.1. vengano convocati l'originario (o sostituito) difensore (precisazione importante per quel che si dirà nel prosieguo) e l'interessato,
 - 2.2. venga tenuta l'udienza camerale,
 - 2.3. il giudice depositi il decreto entro 48 h. dalla ricezione della richiesta e, comunque, prima del termine di scadenza del trattenimento, già noto dalla convalida o dalla precedente proroga.Questa, in sintesi, la decisione.

Le conseguenze della sentenza

1. Pare evidente che per le proroghe della permanenza nei centri di detenzione amministrativa, tanto quelle finalizzate all'espulsione, quanto quelle (di soli 30 gg. e concedibili una sola volta) finalizzate all'espletamento della procedura semplificata dei richiedenti protezione umanitaria, debbano essere precedute dalla celebrazione di un'udienza davanti al giudice di pace, le prime, e davanti al tribunale in composizione monocratica, le seconde, con la presenza obbligatoria del difensore e dell'interessato, se intende presenziare.
2. Dalla interpretazione costituzionalmente orientata della cassazione emerge chiaramente la sostanziale illegittimità di tutte le proroghe effettuate sino ad ora *de plano*, anche se non mi pare possibile farle decadere, non essendo i relativi decreti di proroga stati impugnati.
3. Conseguenza che l'interpretazione dell'art. 14 T.U. effettuata dalla cassazione valga a partire dalla data del deposito della sentenza - 24.2.2010 - e, dunque, occorre attrezzarsi per il rispetto dei principi delineati dalla giurisprudenza di legittimità in questione.

Il che, in concreto, vuol dire che:

1. deve essere dato avviso al difensore del trattenuto della fissazione dell'udienza di proroga. Quale difensore? Credo che debba essere contrastato qualsiasi tentativo fantasioso di prendere al volo il primo avvocato che capita, ipotesi certamente suggestiva per i gdp e le cancellerie, ma sicuramente illegittima. Infatti, ogni trattenuto deve avere un difensore, di fiducia o di ufficio, nominato per la convalida del trattenimento e quello è il difensore per tutta la durata del trattenimento, quindi anche per le udienze di proroga (salva la facoltà del trattenuto di nominarne un altro). Argomentando diversamente, si avrebbe un avvocato d'ufficio per la convalida ed uno diverso per ognuna delle tre proroghe possibili, che, verosimilmente nulla sa del caso specifico e si limiterebbe a scaldare la sedia.
2. anche il trattenuto deve essere posto nelle condizioni di partecipare all'udienza. Non solo perché lo dice la cassazione, ma anche perché la seconda e la terza proroga, di 60 gg. ciascuna, sono possibili se lo straniero non coopera al suo rimpatrio (nonostante ogni ragionevole sforzo). Se non vogliamo che questa sia una mera formula di stile, occorre che il trattenuto venga a dire in udienza se gli è stato chiesto di collaborare, come, e se ha prestato la sua disponibilità. Diversamente, si darebbe per scontata la mancata cooperazione per il solo fatto che non sono riusciti ad espellerlo.

A proposito della presenza del trattenuto, che non è certo libero di andare in udienza per i fatti suoi - essendo legittimamente impedito dalla misura detentiva in atto - o l'udienza si celebra nel C.I.E., ovvero se si tiene presso la sede del gdp, lo straniero deve essere ivi condotto. E qui è facilmente immaginabile che vengano adottati problemi pratici relativi a chi lo deve "tradurre": il questore deve disporre il trasferimento a mezzo della forza pubblica ai sensi dell'art. 21, co. 5 D.P.R. 394/99.

Siccome è intuibile tale evenienza non sarebbe gradita, occorre vigilare a che non vengano trasmesse dichiarazioni di rinuncia a comparire espresse da persone che non hanno nemmeno capito di cosa si tratta, ma si sono limitate a sottoscrivere una dichiarazione in lingua italiana.

Occorre che la comunicazione di fissazione udienza venga debitamente tradotta, così come occorre che all'udienza ci sia un interprete. Si ripropongono i consueti problemi relativi all'assistenza linguistica, in una fase decisiva per la prosecuzione della limitazione della libertà personale.

3. non a caso la cassazione, a pag. 14, dice espressamente che la p.a. trasmette al gdp *la richiesta di proroga e gli atti che la corredano*, ciò significa che è onere della p.a. dimostrare di aver fatto tutto il possibile per eseguire l'espulsione nel termine precedentemente concesso, e la prova di ciò deve risultare degli atti posti a sostegno della richiesta di proroga, diversamente la proroga non deve esser concessa. E gli atti devono esser nella disponibilità del difensore prima dell'udienza.

Occorre che gli avvocati vigilino per evitare che la sentenza 4544 resti sulla carta, e si addivenga ad una gestione burocratica e cartolare dell'udienza, rispettosa solo formalmente dei diritti costituzionali ivi ribaditi, ma di fatto sostanzialmente inutile.

Sarebbe una beffa, in danno non solo dei trattenuti – ora che i termini sono così significativamente dilatati – ma pure del lavoro e dell'impegno che, come avvocati, spendiamo quotidianamente .