

Magistratura
democratica

Associazione per gli studi
giuridici sull'immigrazione

ESPULSIONE

ACCOMPAGNAMENTO ALLA FRONTIERA

E TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO

*La normativa
dopo la Legge
n. 271 del 2004*

Magistratura democratica / Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione

ESPULSIONE,
ACCOMPAGNAMENTO ALLA FRONTIERA
E TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO

LA NORMATIVA DOPO LA LEGGE N. 271 DEL 2004

SOMMARIO

5	1. Introduzione
7	2. Il T.U. n. 286 del 1998 e la giurisdizione
7	1. La legislazione sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero: cenni generali
8	2. Il visto d'ingresso
11	3. Il permesso di soggiorno e la carta di soggiorno
15	4. Il ricongiungimento familiare
19	5. La condizione dei minori stranieri
22	6. Il respingimento
23	7. L'espulsione: cenni generali
27	3. L'espulsione prefettizia
27	1. I casi: l'ingresso irregolare; il soggiorno irregolare; lo straniero <i>pericoloso</i>
29	2. I divieti legali di espulsione
34	3. Altri impedimenti all'espulsione
38	4. La tutela giurisdizionale dello straniero destinatario di un decreto di espulsione
38	1. L'ambito della tutela e la competenza
40	2. La procedura
50	3. La traduzione del decreto di espulsione
54	4. Altri motivi di ricorso

57	5. L'esecuzione dell'espulsione
57	1. I provvedimenti esecutivi dell'espulsione. L'ordine di allontanamento del questore
58	2. L'accompagnamento coattivo alla frontiera
59	3. La convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera
64	4. Il trattenimento nei centri di permanenza temporanea ed assistenza
67	5. La convalida del trattenimento
72	6. I profili penalistici. Le espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria
72	1. I reati collegati all'espulsione
75	2. Espulsione e procedimento penale
77	3. Arresto e giudizio direttissimo
79	4. Le espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria
82	7. L'asilo costituzionale e lo <i>status</i> di rifugiato
82	1. L'asilo costituzionale
83	2. Lo <i>status</i> di rifugiato. La disciplina di cui alla l. n. 39/1990
86	3. Le modifiche apportate dalla legge n. 189/2002
90	4. Altre forme di protezione
92	5. L'espulsione del richiedente asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra a seguito del diniego della sua istanza di riconoscimento dello <i>status</i> di rifugiato, secondo la l. 189/2002



INTRODUZIONE

Pochi settori dell'ordinamento giuridico presentano il grado di instabilità che caratterizza la normativa sull'immigrazione e sulla condizione giuridica dello straniero e, in particolare, quel segmento di tale normativa rappresentato dalla disciplina dell'espulsione e delle relative misure esecutive.

Il convulso susseguirsi degli interventi legislativi si è accompagnato, nel nostro Paese, a molteplici pronunce della Corte costituzionale, sollecitate da ordinanze di rimessione che spesso hanno determinato polemiche del tutto ingiustificate.

Non è possibile, in questa sede, ricostruire se non in estrema sintesi (e citando solo i principali momenti) le tappe della continua ridefinizione del quadro normativo in materia: alla legge Martelli (legge n. 39/1990) sono seguiti i decreti Conso (1993), la sentenza n. 35/1994 della Corte costituzionale (che dichiarò l'illegittimità della principale figura di reato prevista dall'art. 7-*bis* della legge n. 39/1990), i decreti Dini (1995, reiterati numerose volte e mai convertiti in legge), fino alla legge Napolitano – Turco (il Testo unico approvato con dPR n. 286/1998), che introdusse per la prima volta una disciplina organica della materia dell'immigrazione nei suoi diversi profili. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 105/2001 in tema di accompagnamento coattivo alla frontiera, fu emanato il decreto-legge n. 51/2002, convertito, con modificazioni, nella legge n. 106 del 2002; pochi mesi dopo è stata invece varata la legge Bossi – Fini (n. 189/2002), contenente una serie di rilevanti modifiche al testo unico del 1998. Il resto è storia più recente: con le sentenze n. 222 e 223 del 2004, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di norme di centrale importanza nell'ambito del sotto-sistema preordinato all'allontanamento dello straniero irregolare; e, infine, il decreto-legge n. 241/2004, convertito nella legge n. 271/2004, oltre a modificare le norme penali (sostanziali e processuali) e le procedure su ricorsi e convali-

de in materia di espulsione, ha trasferito la competenza su queste ultime dal giudice togato al giudice di pace. Una scelta del legislatore, questa, caratterizzata da rilevanti e complesse implicazioni di varia natura (costituzionale, ordinamentale, processuale) che, in questa sede, non possono essere approfondite.

Scopo di questa pubblicazione, infatti, è offrire agli operatori (*in primis*, ai giudici e agli avvocati) una *guida agile* ai principali aspetti della normativa sull'immigrazione attualmente in vigore. Dopo una breve ricognizione delle linee essenziali della disciplina di cui al testo unico n. 286/1998, vengono esaminati più a fondo i profili fondamentali della normativa sull'espulsione: il provvedimento del prefetto, la tutela giurisdizionale dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, le misure esecutive, quali l'accompagnamento coattivo alla frontiera e il trattenimento nei centri di permanenza temporanea. Gli ultimi due capitoli sono, infine, dedicati, rispettivamente, a norme penali e espulsioni giudiziarie e ad asilo costituzionale e *status* di rifugiato.

Ciascuna delle questioni affrontate meriterebbe approfondimenti ulteriori rispetto a quelli qui offerti: tuttavia, una *guida agile* può costituire, anche grazie ai frequenti richiami giurisprudenziali che accompagnano l'analisi dei diversi istituti, un valido strumento di lavoro per l'interprete, alle prese con una disciplina che stenta a trovare un assetto stabile. In coerenza con questa impostazione, sono state omesse le citazioni di dottrina: è tuttavia opportuno segnalare, per l'ampiezza e l'approfondimento della trattazione, il volume collettaneo a cura di B. Nascimbene, *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

La pubblicazione è una nuova tappa della consolidata collaborazione tra Magistratura democratica e l'Asgi (Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione), una collaborazione dalla quale ha tratto origine, tra l'altro, la rivista *Diritto, immigrazione e cittadinanza* che, nei suoi sei anni di vita, è diventata punto di riferimento per i giuristi e gli operatori impegnati nel settore. Proprio *Diritto, immigrazione e cittadinanza* potrà fornire – questo, almeno, è il nostro auspicio – i necessari ulteriori approfondimenti sui diversi aspetti della normativa sull'immigrazione, accompagnando i giuristi nel quotidiano esercizio del compito fondamentale di assicurare effettività alle garanzie inviolabili delle persone: di tutte le persone.



IL T.U. N. 286 DEL 1998 E LA GIURISDIZIONE

1. LA LEGISLAZIONE SULL'IMMIGRAZIONE E SULLA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO: CENNI GENERALI

Le fonti – Il testo normativo fondamentale in tema di immigrazione e condizione giuridica dello straniero è il **D. L.vo 25 luglio 1998, n. 286** (“**Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero**”: indicato di seguito come T.U.), nel quale sono contenute le norme di cui alla **legge 6 marzo 1998, n. 40** (c.d. legge Napolitano-Turco) e le modifiche introdotte successivamente, tra le quali rivestono particolare importanza la **legge 30 luglio 2002 n. 189** (cd. legge Bossi-Fini) e la recente **legge 12 novembre 2004, n. 271** (pubblicata nella G.U. del 13 novembre 2004), che ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241.

La normativa dettata dal T.U. riguarda **i soli stranieri extracomunitari**, in quanto l’art. 1 prevede che essa si applichi “ai **cittadini di Stati non appartenenti all’Unione Europea** e agli **apolidi**, di seguito indicati come **stranieri**”.

Molte norme importanti sono contenute altresì nel **regolamento di attuazione** (d.P.R. n. 394/1999, recentemente modificato in profondità dal d.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334, pubblicato nella G.U. n. 33 del 10 febbraio 2005 – Suppl. Ordinario n. 17).

Le linee-guida – Le linee-guida della normativa sull’immigrazione delineata dal T.U. sono ispirate ad una **logica binaria** comune a molte legislazioni europee.

Da una parte, la disciplina degli ingressi è incentrata sul **meccanismo delle quote**: l’art. 3, comma 4, T.U. prevede che il presidente del Consiglio dei Ministri con proprio provvedimento (cd. “**decreto flussi**”) definisce annualmente, sulla base di vari criteri, le quote massime di stranieri

da immettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato e per lavoro autonomo; la quantificazione delle quote viene effettuata tenendo conto dei ricongiungimenti familiari e degli altri ingressi regolari. Nei confronti dei migranti regolari, la legge Napolitano-Turco ha previsto una serie di **misure di sostegno finalizzate a favorirne l'integrazione** sociale e lavorativa: vanno ricordati al riguardo la compiuta disciplina del **permesso di soggiorno**, l'introduzione della **carta di soggiorno**, la tutela dei minori e il **ricongiungimento familiare**; l'estensione dell'assistenza sanitaria anche agli stranieri irregolari (art. 35 T.U.); le disposizioni in materia di studio, (art. 38); le disposizioni in materia di alloggio e assistenza sociale (art. 40 e 41); la previsione di strumenti più o meno efficaci ma nuovi e significativi nella lotta alla discriminazione (artt. 42 ss).

D'altra parte, la condizione del **migrante entrato illegalmente in Italia** (cd. **clandestino**) o **entrato legalmente, ma soggiornante in assenza di un valido titolo** (ad es: per scadenza del permesso di soggiorno, non rinnovato: cd. **irregolare**) è imperniata su una serie di **norme** – amministrative e penali – **preordinate all'allontanamento** (respingimento, espulsione), norme di impronta fortemente **repressiva**. Tali norme saranno esaminate nei successivi capitoli.

2. IL VISTO DI INGRESSO

Formalità per l'ingresso – L'ingresso dello straniero extracomunitario in Italia avviene con le modalità e condizioni previste dall'art. 4 T.U: occorrono il passaporto o un documento equipollente e il **visto di ingresso**; l'entrata nel territorio può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti. Il visto di ingresso è rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello Stato di origine o di stabile residenza dello straniero. L'ingresso nel territorio dello Stato può essere consentito con visti per **soggiorni di breve durata** (fino a 90 giorni) e per **soggiorni di lunga durata** che permettono la concessione di un **permesso di soggiorno** in Italia per i motivi menzionati nel visto. Regole speciali valgono per **l'ingresso dei minori stranieri**: al di fuori di fini familiari, turistici, di studio e di cura, e se non sono accompagnati da almeno un genitore o parente entro il quarto grado, l'ingresso è consentito solo quando vi sia anche un vaglio della Commissione per le adozioni internazionali.

Con il visto di ingresso le rappresentanze diplomatiche o consolari italiane rilasciano allo straniero una **comunicazione** scritta che illustra i suoi diritti e doveri in relazione all'ingresso e al soggiorno in Italia (art. 4.2).

L'ingresso è consentito allo straniero che dimostri di essere in possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, nonché la **disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno** e anche per il **ritorno nel Paese di provenienza**.

I criteri di determinazione dei mezzi di sussistenza, in relazione ai vari tipi di visto d'ingresso, sono stabiliti nel Decreto ministeriale 1.3.2000, emanato in attuazione di quanto previsto dall'art. 4, comma 3, del TU.

Nell'originaria formulazione del TU 286 per i soli ingressi dei lavoratori stranieri era prevista un'eccezione alla regola della necessità di dimostrare il possesso anche dei mezzi per il rientro nel Paese di appartenenza; a seguito della riforma attuata dalla legge 189 del 2002 tale eccezione viene meno in quanto all'atto della sottoscrizione del contratto di soggiorno (art. 5 *bis*) il datore di lavoro deve dimostrare (oltre alla disponibilità di un alloggio) l'impegno al pagamento delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore, essendo questa una delle condizioni imprescindibili per il rilascio del permesso di soggiorno.

In generale, la disciplina dei requisiti di ingresso rende notevolmente difficoltoso l'ingresso legale per i migranti, come è facilmente intuibile se si pone mente alla situazione concreta che, nella maggior parte dei casi, sta a fondamento della decisione di migrare.

Diniego del visto – La legge prevede molteplici motivi di esclusione del rilascio del visto, quali la mancanza dei requisiti richiesti per lo specifico tipo di visto, l'essere considerati minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato italiano o di uno dei paesi dell'area Schengen, l'essere stati espulsi (la preclusione vale, ovviamente, prima del decorso del termine di legge o nel caso non sia intervenuta l'autorizzazione ministeriale al rientro, di cui all'art. 13, comma 13, TU 286) o il dovere essere espulsi, l'essere segnalati come inammissibili da uno dei Paesi dell'area Schengen per gravi motivi di ordine pubblico, sicurezza naziona-

le e tutela delle relazioni internazionali. Infine, è preclusiva al rilascio del visto d'ingresso la **condanna penale** (anche a seguito di patteggiamento) per uno dei i reati di per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza ex articolo 380 co. 1 e 2 c.p.p., ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, il reclutamento di persone da destinare alla prostituzione, o di minori per destinare ad attività illecite (art. 4.3). La norma sembrerebbe introdurre un **criterio automatico**, operante per tutti tipi di visto, con esclusione di valutazioni circa la gravità del reato e della condotta del soggetto.

Le disposizioni preclusive collegate alle condanne – introdotte con la riforma del 2002 – riguardano quelle intervenute successivamente alla riforma stessa, in applicazione del principio di non retroattività della legge, ex art. 11 disp. preliminari al codice civile (in questo senso si è espresso anche il Ministero dell'interno nella circolare telegrafica del 9.9.2003).

In ogni caso, l'automatismo difficilmente potrà operare laddove vengano in rilievo diritti fondamentali della persona, quali il diritto all'unità familiare (artt. 29 e 30 Cost.; art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo), il diritto del minore ad essere protetto (art. 28.3 TU; Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratif. con legge 176/91), il diritto alla salute (art. 32 Cost.), il diritto a non subire trattamenti disumani o degradanti (art. 3 Cedu), il diritto ad una protezione umanitaria (art. 19.1 TU) ed il diritto all'asilo politico (art. 10.3 Cost.).

L'art. 4, comma 2 stabilisce che in deroga alla legge n. 241/1990, per motivi di sicurezza o di ordine pubblico il diniego non deve essere motivato, salvo quando riguarda le domande di visto presentate ai sensi degli articoli 22, 24, 26, 27, 28, 29, 36 e 39 T.U.

L'ingresso per motivi di lavoro – L'ingresso nel territorio dello Stato per motivi di **lavoro** è consentito soltanto nell'ambito dei decreti flussi programmati annualmente; nel caso del lavoro dipendente è ammesso solo previo rilascio dell'autorizzazione al lavoro e stipula del contratto di lavoro (condizionato al solo effettivo rilascio dell'autorizzazione al lavoro), mentre nel caso del lavoro autonomo l'ingresso è consentito, sempre nell'ambito delle quote programmate, dimostrando di potere avviare una attività lavorativa autonoma.

Il visto è rilasciato dalle autorità consolari nel paese di provenienza

dello straniero (art. 22.6 e art. 26); successivamente entro otto giorni lavorativi dall'ingresso in Italia lo straniero deve richiedere il permesso di soggiorno, che verrà rilasciato a seguito di stipula del contratto di soggiorno previsto dall'art. 5 bis.

La durata del permesso di soggiorno è pari a quella del contratto di soggiorno e anche in caso di lavoro a tempo indeterminato non potrà comunque mai superare i due anni di validità.

Tutta la procedura relativa al rilascio del permesso di soggiorno ed alla stipula del contratto di soggiorno è attribuita allo **sportello unico dell'immigrazione**, istituito presso la prefettura – ufficio territoriale del Governo (art. 22.1).

Il descritto sistema dei visti per lavoro è stato assai criticato in quanto subordina **l'ingresso legale all'incontro, a distanza, tra domanda ed offerta di lavoro** e dunque all'attivazione della procedura di richiesta di autorizzazione al lavoro.

Il visto di ingresso per motivi di **lavoro autonomo** deve riguardare attività non riservate dalla legge ai cittadini italiani o comunitari. Lo straniero deve dimostrare di **disporre di risorse adeguate per l'esercizio dell'attività** che intende intraprendere in Italia, di idonea sistemazione alloggiativa e di un reddito annuo lecito superiore al minimo previsto per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria (art. 26.3).

Va ricordato che la condanna con provvedimento irrevocabile per alcuni reati relativi al commercio di prodotti contraffatti comporta la revoca del permesso di soggiorno e l'immediata espulsione (art. 26, co. 7 *bis*). Anche in questo caso dovrebbe valere il principio di non retroattività della legge (ex art. 11 preleggi al c.c.) per le condanne o per fatti antecedenti la riforma del 2002.

3. IL PERMESSO DI SOGGIORNO E LA CARTA DI SOGGIORNO

I documenti di soggiorno – Lo straniero entrato regolarmente in Italia può soggiornarvi se munito di **carta di soggiorno** o di **permesso di soggiorno**. Possono soggiornare nel territorio dello Stato anche gli stranieri entrati regolarmente che siano in possesso di permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato dalla competente autorità di uno Stato appartenente all'Unione europea.

Il permesso di soggiorno – Il permesso di soggiorno – la cui disciplina è precisata nel regolamento di attuazione (d.p.r. 394/99) – deve essere **richiesto al questore** della provincia in cui lo straniero si trova **entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso** nel territorio dello Stato ed è rilasciato per le attività previste dal visto d'ingresso o dalle disposizioni vigenti (art. 5.2). I **permessi brevi** (per motivi di turismo, in gruppi o dai paesi in esenzione di visto turistico; per minori partecipanti a progetti di accoglienza a carattere umanitario; per motivi di cura, di attesa di emigrazione in altro Stato e per l'esercizio delle funzioni di ministro di culto) hanno speciali modalità di rilascio disciplinate dal regolamento di attuazione.

Ai minorenni stranieri giunti clandestinamente o dimoranti irregolarmente in Italia, poiché la legge vieta la loro espulsione, il questore rilascia il **permesso di soggiorno per minore età**, se non accompagnati; a questi minori può essere rilasciato poi un permesso per integrazione sociale o anche un **permesso per "affidamento"** qualora siano oggetto di tale provvedimento di protezione; (artt. 31 e 32 TU e artt. 11 e 28 del Reg. di attuazione).

Il permesso di soggiorno rilasciato per **motivi di lavoro** subordinato, **lavoro autonomo**, per **motivi familiari**, per motivi **umanitari** e per **integrazione sociale** può essere utilizzato anche per le altre **attività consentite**.

Il rifiuto, il diniego di rinnovo e la revoca del permesso intervengono qualora manchino o vengano a mancare i requisiti per l'ingresso o il soggiorno (art. 5.6).

Durata e rinnovo del permesso di soggiorno – La durata del permesso di soggiorno non rilasciato per motivi di lavoro coincide con quella **prevista dal visto di ingresso**, mentre la durata del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato è quella **prevista dal contratto di soggiorno** (e comunque non può superare i nove mesi per lavoro stagionale, un anno per lavoro subordinato a tempo determinato, due anni per lavoro subordinato a tempo indeterminato). Anche il permesso di soggiorno per lavoro autonomo non può avere validità superiore ai due anni.

Alla **scadenza del termine** previsto per la validità del permesso di soggiorno, lo straniero deve **chiederne il rinnovo**. La richiesta ha **termini diversi** a seconda del tipo di permesso: almeno 90 giorni prima della scadenza nei casi di lavoro subordinato a tempo indeterminato, 60 gior-

ni prima nei casi di lavoro subordinato a tempo determinato, 30 giorni negli altri casi. Il permesso di soggiorno è rinnovato per una **durata** non superiore a quella stabilita con il rilascio iniziale (art. 5.4). Il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro è subordinato alla sussistenza di un contratto di soggiorno per lavoro e alla sussistenza di un alloggio avente i requisiti di legge.

Il ritardo nella presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno non comporta l'espulsione dello straniero ex art. 13 T.U., che non è automatica ma consegue solo dall'eventuale rigetto della richiesta tardiva di rinnovo, dovendo la pubblica amministrazione valutare la permanenza delle condizioni legittimanti il rinnovo (vedi infra, cap. 3, n.1.2).

Il **rinnovo viene rifiutato** (e il permesso di soggiorno viene revocato se già rilasciato) quando vengono a mancare i requisiti previsti per l'ingresso e il soggiorno (sopra, par. 2). Nel caso del lavoratore straniero, la perdita del lavoro non è comunque motivo sufficiente per il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, in quanto espressamente il legislatore ha previsto che esso venga rinnovato per un periodo di almeno sei mesi, in attesa di reperire una nuova occupazione (art. 5.5 e art. 22.11 TU 286).

In generale, la giurisprudenza ha affermato che il **procedimento di revoca** del permesso di soggiorno deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento (T.A.R. Piemonte, sentenza 23.1.2002, in Dir., imm. e citt., 1/2003, p. 186; T.A.R. Emilia Romagna, sentenza 28.2.2003 n. 170, in Dir., imm. e citt., 2/2003, p. 195); che in caso di **mancato svolgimento di attività lavorativa** deve essere valutata la sufficienza del reddito complessivo del nucleo familiare o comunque di altri redditi leciti (T.A.R. Veneto, sentenza n. 5948 del 27.11.2003, in Dir., imm. e citt., 1/2004, p. 128) e se il mancato svolgimento dipende da motivi di salute (T.A.R. Bolzano, n. 254 del 17.6.2003, in Dir., imm. e citt., 3/2003, p. 185); che l'Autorità amministrativa deve spiegare perché ritiene insufficiente il reddito del richiedente (T.A.R. Piemonte, sentenza n. 841 del 15.5.2004, in Dir., imm. e citt., 2/2004, p. 224).

Va, peraltro, considerato che in sede di rinnovo (o rilascio) del permesso di soggiorno il questore deve valutare se vi siano i presupposti per il rilascio di un titolo di soggiorno **diverso** da quello richiesto (art. 5.9 TU), ovvero se ricorrano "**seri motivi**" di carattere umanitario o deri-

vanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano (art. 5, commi 5 e 6). Vengono, dunque, in rilievo i diritti fondamentali sopra richiamati, per l'esercizio dei quali può essere rilasciato un permesso di soggiorno anche se mancanti i requisiti originari.

Contro i **provvedimenti di cui agli artt. 5 e 6 T.U.** in materia di permesso di soggiorno è ammesso **ricorso al tribunale amministrativo regionale** competente entro 60 giorni dalla notifica del provvedimento. Il provvedimento che nega il rilascio o il rinnovo del titolo di soggiorno contiene l'intimazione a lasciare il territorio nazionale entro 15 gg. (art. 12 regol. att.), decorsi i quali può essere disposta l'espulsione.

La carta di soggiorno – Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato da almeno **sei anni** e titolare di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi, che dimostri di avere un **reddito sufficiente** per il sostentamento proprio e dei familiari, può richiedere al questore il rilascio della **carta di soggiorno**, per sé, per il coniuge e per i figli minori conviventi; la carta abilita al soggiorno **a tempo indeterminato** (art. 9.1), anche se viene assoggettata a vidimazione ogni 10 anni e funge da documento di identificazione solo per 5 anni.

La carta di soggiorno **non può essere rilasciata** allo straniero che sia stato rinviato a giudizio o sia stato condannato (anche con sentenza non definitiva) per uno dei **reati** per i quali è previsto l'arresto obbligatorio o, se si tratta di delitti non colposi, anche quello facoltativo (artt. 380 e 381 c.p.p); se dopo il rilascio della carta di soggiorno lo straniero viene condannato anche con sentenza non definitiva, per i reati di cui sopra, viene disposta la **revoca** (art. 9.3). In tale ultimo caso, se non deve essere disposta l'espulsione, allo straniero verrà rilasciato il permesso di soggiorno.

Contro il **rifiuto** del rilascio della carta di soggiorno e contro la **revoca** della stessa è ammesso **ricorso al tribunale amministrativo regionale** territorialmente competente, entro 60 gg. dalla notifica del provvedimento.

Oltre a quanto previsto per lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, il titolare della carta di soggiorno può fare ingresso nel territorio dello Stato in **esenzione di visto**; **svolgere** nel territorio dello Stato **ogni attività lecita**, salvo quelle che la legge espressamente vieta allo straniero o comunque riserva al cittadino; **accedere ai**

servizi ed alle prestazioni erogate dalla pubblica amministrazione, salvo che sia diversamente disposto; **partecipare alla vita pubblica locale**, esercitando anche l'elettorato quando previsto dall'ordinamento.

Nei confronti del titolare della carta di soggiorno l'**espulsione** amministrativa può essere disposta solo per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale (vale a dire ad opera del Ministro dell'interno, ex art. 13.1 TU).

4. IL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE

Il diritto all'unità familiare – L'art. 28 T.U. riconosce l'unità familiare come **diritto soggettivo perfetto** a favore degli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, rilasciato per motivi di lavoro, studio, asilo, motivi religiosi (art. 28.1 TU) e, secondo la giurisprudenza, anche per motivi di famiglia.

Il diritto all'unità familiare è esercitabile in favore non solo dello straniero già presente che intende **riacquistare l'unità familiare** perduta a seguito dell'immigrazione, ma in favore anche dello straniero che facendo ingresso per la prima volta in Italia intende **mantenere l'unità familiare** e quindi portare con sé i familiari stessi. Il familiare ricongiunto può svolgere attività lavorativa sino dal momento del suo ingresso o studiare o partecipare a corsi di formazione.

Vanno distinti i **soggetti attivi** del diritto all'unità familiare dai **soggetti passivi** della medesima. I primi sono coloro – stranieri ma anche italiani – che, regolarmente presenti in Italia o con titolo ad un ingresso regolare, hanno diritto a mantenere o riacquistare la propria unità familiare con altri familiari di cui chiedono l'ingresso; i secondi sono solo stranieri cui è consentito di fare ingresso in Italia per motivi familiari, al seguito o "attratti" da un soggetto attivo.

I **soggetti attivi** non italiani possono esercitare il loro diritto a **tre condizioni**:

- 1) avere uno **stabile collegamento con lo Stato italiano** (titolarità di una carta di soggiorno, o di un permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, rilasciato per motivi religiosi o di studio o per asilo, oltre che naturalmente per lavoro subordinato e per lavoro autonomo: art. 28.1, o per famiglia);

- 2) avere la **disponibilità di un alloggio** idoneo secondo i parametri di edilizia residenziale pubblica o sotto il profilo igienico sanitario;
- 3) avere la **capacità di mantenere sé e la famiglia**, ossia dimostrando di avere un reddito – **proprio o congiunto a quello dei familiari già conviventi** – che varia a seconda del numero di familiari ai quali si intende ricongiungersi (importo dell’assegno sociale annuo, o il doppio o il triplo);

I **sogetti passivi** del diritto al ricongiungimento (art. 29.1) sono:

- a) **il coniuge non legalmente separato**;
- b) **i figli minori** a condizione che siano **a carico del soggetto attivo**; il T.U. ha allargato il ricongiungimento anche ai figli nati fuori dal matrimonio, o anche solo del coniuge (in questi casi occorre il consenso dell’altro genitore) o ai minori adottati o affidati o sottoposti a tutela; i figli non devono essere coniugati oppure debbono essere legalmente separati.
- c) **i figli maggiorenni** ma solo **se totalmente invalidi e non in grado di provvedere al proprio sostentamento** per ragioni oggettive;
- d) **i genitori a carico**; la legge n. 189/2002 ha ristretto la possibilità di ricongiungimento dei genitori, subordinandola alla condizione che essi “non abbiano altri figli nel paese di origine o di provenienza”, ovvero se ultrasessantacinquenni e gli altri figli non siano in grado di provvedere al loro sostentamento per documentati e gravi motivi di salute.

Seguendo un orientamento formatosi con la legge previgente, la giurisprudenza mette in discussione tale limitazione nel caso in cui i figli presenti nel paese di origine siano minori o inabili o in altri casi simili.

La normativa in materia di diritto all’unità familiare è attualmente oggetto di diverse ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale.

Forme particolari di ricongiungimento – Di grande rilievo è la previsione (art. 29.6) che consente il c.d. “**ricongiungimento a rovescio**”, cioè l’ingresso per ricongiungimento al figlio minore, regolarmente soggiornante, del **genitore naturale** (con possibilità, in deroga alle prescrizioni ordinarie, di dimostrare entro un anno i requisiti alloggiativi e reddituali previsti dalla legge).

È, inoltre, previsto il diritto del **genitore straniero di minore italiano** di soggiornare in Italia e dunque di avere un permesso di soggiorno, senza condizione alcuna (art. 30.1 lett. d) TU).

Altrettanto importante è poi, nella tutela del minore straniero, la disposizione (art. 31.3) secondo la quale **il tribunale per i minorenni può**, per gravi motivi connessi allo **sviluppo psicofisico del minore e tenuto conto dell'età e delle sue condizioni di salute, autorizzare l'ingresso** o il soggiorno **a favore di un familiare del minore**, anche in deroga alle disposizioni ordinarie della legge. L'autorizzazione è rilasciata per periodi di tempo determinati ed è revocabile.

La legge permette il cd. "**ricongiungimento a catena**", ossia la possibilità per lo straniero, ricongiunto al familiare per primo emigrato in Italia, di esercitare a sua volta il diritto di ricongiungimento nei riguardi di altri familiari rimasti nel paese di origine.

Inoltre, è prevista la possibilità per lo straniero che sia stato titolare di un qualsiasi permesso di soggiorno di **convertirlo**, entro un anno dalla scadenza, in titolo di soggiorno per famiglia, nel caso sussistano i requisiti di alloggio e reddito, previsti dalla legge (art. 30.1 lett. c).

Infine, è rilasciato il permesso di soggiorno allo straniero che abbia già soggiornato regolarmente in Italia da almeno un anno e che abbia contratto matrimonio in Italia con un cittadino italiano, comunitario, o con uno straniero regolarmente soggiornante (art. 30.1 lett. b).

Al riguardo va, tuttavia, precisato che comunque il **coniuge straniero di cittadino italiano** ha diritto ad un permesso di soggiorno familiare, in forza del divieto di espulsione previsto dall'art. 19.2 lett. c) TU. Pari diritto ha il **familiare, con grado di parentela entro il 4° grado**, di cittadino italiano (art. 19.2 lett c) TU). Essenziale è, in tutti i casi, la convivenza.

Il superiore interesse del fanciullo – Un **criterio interpretativo di tutela la materia** è previsto dall'art. 28.3 T.U., in forza del quale in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il **superiore interesse del fanciullo**.

Questo principio diventa determinante, in particolare, quando si tratta di individuare i **limiti** all'autorizzazione *ex art. 31.3 T.U.* all'ingresso o alla permanenza del familiare per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico di minori stranieri. Il contrasto interpretativo regi-

stratosi sul punto tra giudici di merito e Corte di cassazione, sembra risolto a favore della tesi che individua come prioritario criterio di valutazione quello del superiore interesse del fanciullo e non quello del preordinato sistema degli ingressi delineato dal T.U. Nella stessa prospettiva, sembra poco compatibile con tali principi costituzionali riconoscere l'autorizzazione *ex* 31 comma 3 solo a favore del minore straniero in condizione di permanenza regolare, negandola ai minori irregolari.

Il **superiore interesse del fanciullo** è, peraltro, criterio applicabile in tutte le situazioni in cui il genitore possa essere oggetto di allontanamento dall'Italia, potendo costituire motivo di non espulsione del genitore stesso. In questi termini si è espressa ampia giurisprudenza.

La procedura – A seguito della modifica apportata alla procedura dalla legge 189/2002 e dal regolamento di attuazione, la **domanda** di nulla osta al ricongiungimento familiare deve essere presentata allo **sportello unico per l'immigrazione** presso la prefettura, competente per il luogo di dimora del richiedente, e deve comprendere anche la **documentazione** attestante i rapporti di parentela, coniugio e la minore età, autenticati dall'autorità consolare italiana. Ciò significa che fino a quando la documentazione proveniente dall'estero non sarà autenticata dalla rappresentanza consolare italiana non comincerà a decorre il **termine di 90 giorni per la definizione del procedimento** e, conseguentemente, non scatterà la possibilità di richiedere l'intervento del giudice in caso di mancato rilascio.

Al riguardo, va ricordata la giurisprudenza secondo cui in caso di **inerzia del Consolato** si ha una lesione del diritto soggettivo all'unità familiare, per cui l'Autorità Giudiziaria può comunque ordinare il rilascio del visto (Tribunale di Padova, ord. 28.7.2003, in *Dir., Imm. e Citt.*, 4/2003, p. 162).

In materia di diritto all'unità familiare la competenza giurisdizionale è attribuita in via esclusiva al **Giudice ordinario (tribunale)**, secondo quanto previsto dall'art. 30.6 TU. L'autorità giudiziaria non si limita ad annullare il provvedimento che nega il permesso di soggiorno o il visto d'ingresso per famiglia ma accerta la sussistenza del diritto e può imporre alla questura o alla rappresentanza consolare italiana il rilascio del permesso di soggiorno, o del nulla osta al ricongiungimento familiare o il rilascio del visto.

Va precisato, peraltro, che anche dopo la riforma attuata con la legge 271/2004, è rimasta al **tribunale** (e non al Giudice di pace) la **competenza nei giudizi di convalida delle espulsioni e dei trattenimenti in CPT** qualora sia pendente un giudizio in materia di diritto all'unità familiare (art. 2-bis legge 271/2004).

5. LA CONDIZIONE DEI MINORI STRANIERI

La disciplina della condizione giuridica del minore straniero è sempre stata particolarmente complessa: necessaria è la distinzione tra i minori giunti regolarmente in Italia, quelli aventi comunque genitori o affidatari regolarmente soggiornanti e i c.d. minori stranieri *non accompagnati*.

Minori con ingresso regolare – I minori stranieri possono fare **regolarmente ingresso** in Italia per fini familiari, turistici, di studio e di cura, al seguito dei genitori secondo le norme ordinarie sull'ingresso, o a seguito di ricongiungimento familiare. Il minore degli anni 14 è iscritto nel **permesso di soggiorno** o nella carta di soggiorno dell'affidatario, quello fra i 14 e i 18 anni ha un permesso di soggiorno per motivi familiari valido fino al **compimento della maggiore età**; in quel momento, può essere rilasciato un permesso di soggiorno per lavoro, studio, famiglia, formazione professionale, ecc. (art. 30 commi 3 e 5 TU).

Minori con famiglia regolare – Il minore straniero, che abbia genitori o affidatari già regolarmente soggiornanti in Italia, e che faccia **ingresso senza il prescritto visto**, essendo soggetto non espellibile ai sensi dell'art. 19.2 lett. a) TU, ha diritto ad essere inserito nel permesso di soggiorno dei genitori o affidatari stranieri se minore degli anni quattordici; o ad avere un permesso di soggiorno proprio, per motivi familiari, se ultraquattordicenne.

Minori stranieri non accompagnati – Per **minore straniero “non accompagnato”** s'intende il minore che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili. La presenza del minore non accompagnato deve essere segnalata ai Servizi Sociali del Comune, al Tribunale per i minorenni ed al **Comitato per i minori stranieri**, ognuno per i provvedimenti di competenza (affidamento, apertura della tutela, verifica delle condizioni per l'eventuale rimpatrio assistito, ecc.).

Il Comitato per i minori stranieri – organo istituito dall’art. 33 del TU e con competenze definite dal d.p.c.m. 535/99 – può disporre, se ritenuto possibile, il rimpatrio nel paese d’origine.

Anche questa categoria di minori non può essere oggetto di espulsione e, pertanto, agli interessati viene rilasciato un **permesso di soggiorno “per minore età”** a seguito di segnalazione al Comitato per i minori stranieri, valido per il periodo necessario all’espletamento delle indagini sui familiari (art. 28 Reg. Att. come modificato); se nel frattempo, come deve ritenersi necessario, sono destinatari di un provvedimento ex legge n. 184/1983 o di tutela, può essere rilasciato anche un permesso **per “affidamento”**; sempre previo parere del Comitato, ai minori ammessi ai progetti di integrazione previsti dall’art. 32 T.U. è rilasciato un permesso di soggiorno **per integrazione sociale e civile**; tali permessi permettono l’accesso ai servizi essenziali, allo studio, alla formazione professionale, ecc. Il permesso di soggiorno per integrazione sociale consente l’esercizio del lavoro subordinato e del lavoro autonomo; secondo la giurisprudenza prevalente anche il permesso per minore età, nonostante il diverso avviso dell’autorità amministrativa, permette anche **l’accesso al mondo del lavoro**, dovendo essere qualificato come un tipo di permesso di soggiorno per motivi familiari e non per motivi di salute. Tale orientamento è stato certamente rafforzato dalla implicita previsione della possibilità di lavorare contenuta nell’art. 32 c. 1 ter (introdotto dalla legge n. 189/2002) e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 198/2003 (in Dir., imm. e citt.,2/2003), che ha affermato la perfetta equiparazione di tutti i minori stranieri.

Al **compimento della maggiore età** l’art. 32 comma 1 consente la concessione del permesso di soggiorno anche ai minori non accompagnati, oggetto di provvedimento di affidamento (anche di fatto o a familiari entro il quarto grado) o di tutela (vedi sentenza n. 198/2003 della Corte Costituzionale).

In presenza dei presupposti indicati dall’art. 32.1 bis (presenza in Italia da almeno tre anni e inserimento in un progetto sociale per almeno un biennio), il permesso di soggiorno è rilasciato anche ai minori in possesso del permesso per integrazione sociale, sempre che al compimento della maggiore età non sia intervenuto un provvedimento del Comitato per i minori stranieri che abbia disposto il **rimpatrio assistito** (vds. *infra*, cap. 3, par. 2).

Al riguardo, la giurisprudenza ritiene che le ipotesi di conversione

previste dal comma 1 e dal comma 1-bis siano alternative tra loro, potendo sussistere le une o le altre (Tar Emilia Romagna sent. 5.11.2003 n. 2334).

La tutela giurisdizionale – Il nostro ordinamento prevede una serie di **interventi a protezione del minore** nel caso in cui entrambi i genitori esercenti la potestà manchino definitivamente o momentaneamente, nel caso che i genitori presenti siano inadeguati o si comportino in modo pregiudizievole ai figli: tali interventi trovano applicazione anche ai minori stranieri.

Tra i provvedimenti di protezione del minore straniero, il più importante è probabilmente la **tutela** ex art. 343 cod. civ.: in questi casi la competenza è del **giudice tutelare**, che nomina il tutore cui il minore viene affidato, individuando una persona la quale dia affidamento di educare e istruire il minore in vece del genitore. **L'apertura della tutela è obbligatoria**, pertanto essa troverà applicazione sia nei confronti dei bambini stranieri che si trovano in Italia senza i genitori, ma affidati a presunti parenti più o meno prossimi; sia nei confronti degli adolescenti stranieri soli, giunti nel nostro paese assieme ad altri adulti ma che non hanno nessuno che si occupi di loro. La figura del **tutore** è fondamentale, in quanto questi rappresenterà gli interessi del minore nell'ambito di tutte le procedure, di assistenza o di sostegno: proprio per questo è prassi che il tutore dei minorenni stranieri venga individuato nella persona che nelle istituzioni rappresenta l'organo di assistenza o nel responsabile delle strutture, anche private o di volontariato, che concretamente si occupano del minore

Gli **interventi sulla potestà genitoriale** sono invece di **competenza del tribunale per i minorenni** ed anche in questo caso è **irrilevante la cittadinanza del minore**: qualora dunque si accerti l'esistenza di una **situazione pregiudizievole per il bambino**, in quanto i genitori tengono un comportamento che arreca danno ad un corretto sviluppo psicofisico del minore, il caso va segnalato al tribunale per i minorenni che, a seconda della gravità del caso, dichiara la decadenza della potestà genitoriale o la affievolisce potendo disporre anche l'**allontanamento** del minore dalla famiglia o l'allontanamento del genitore pregiudizievole (artt. 330-336 cod. civ.).

Se si accerta che il minore straniero è **temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo**, lo Stato ha l'obbligo di disporre gli in-

terventi di sostegno e aiuto (anche economico) al fine di consentire al minore di rimanere nella propria famiglia. Se ciò nonostante l'inidoneità permane, egli è affidato ad una famiglia o a una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno. L'**affidamento** è disposto in via ordinaria dal servizio sociale dell'ente locale e, se non c'è il consenso di chi esercita la potestà, dal tribunale per i minorenni (artt. 1-4 l. 184/1983).

Qualora invece si sospetti che il minore straniero si trovi in **situazione di abbandono morale e materiale**, si applica la procedura italiana in materia di adottabilità: il tribunale per i minorenni informa le autorità del paese di origine e apre una procedura; al termine dell'istruttoria, può ravvisare un abbandono definitivo, e in tal caso procede con l'**adozione** del minore (fatto salvo l'intervento del paese di origine), o emettere uno dei provvedimenti meno gravi prima descritti (artt. 8-21 l. n. 184/1983).

Infine, è possibile agire davanti all'autorità giudiziaria anche avverso i **provvedimenti di rimpatrio** assistito, disposti dal Comitato per i minori stranieri. L'**autorità competente è quella ordinaria** (Corte cost. sent. 295/2003).

6. IL RESPINGIMENTO

L'art. 10 T.U. disciplina il primo istituto preordinato alla repressione dell'immigrazione illegale, ossia il **respingimento**. Ai sensi del primo comma, *“la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato”*; il secondo comma disciplina invece i casi di **respingimento cd. “differito”**: *“il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso”*.

I dubbi sorti inizialmente sulla possibile configurazione del respingimento (attività materiale delle forze di polizia o atto amministrativo) di cui al comma 1 e sulla relativa tutela, sono stati superati dall'art. 3, com-

ma 3 D.P.R. 394/1999, ai sensi del quale “**il provvedimento che dispone il respingimento**, il decreto di espulsione, il provvedimento di revoca o di rifiuto del permesso di soggiorno, quello di rifiuto della conversione del titolo di soggiorno, la revoca od il rifiuto della carta di soggiorno, sono comunicati allo straniero mediante consegna a mani proprie o notificazione del provvedimento scritto e motivato, contenente **l’indicazione delle eventuali modalità di impugnazione**, effettuata con modalità tali da assicurare la riservatezza del contenuto dell’atto”.

In assenza di indicazioni del legislatore (che nulla dice in ordine alla tutelabilità giudiziale), la giurisprudenza si è espressa in maniera difforme circa l’autorità giudiziaria competente. Parte si è espressa nel senso di ritenere impugnabile il provvedimento davanti al giudice amministrativo (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 23 agosto 2002); mentre altri hanno ritenuto competente l’autorità ordinaria (Pretura di Bologna 21.4.1999, in Dir. Imm. Citt. 2/99 p. 141 e ss.).

Altra giurisprudenza, invece, ha ritenuto che il provvedimento di respingimento alla frontiera dev’essere **impugnato davanti al giudice amministrativo**.

Le ipotesi di **respingimento** suscitano molte perplessità, concernenti, in particolare, le previsioni di cui al comma 2 dell’art. 10 T.U., da una parte, per l’**ampia discrezionalità** che è attribuita all’autorità di polizia nell’individuazione dei relativi presupposti e, dall’altra, per il grave *vulnerus* alle garanzie costituzionali dei migranti rappresentato dal rischio dell’assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale: poiché l’esecuzione di tale forma di respingimento implica inevitabilmente una **coercizione della libertà personale dello straniero**, la **disciplina vigente**, che non contempla alcun intervento del giudice, **viola la riserva di giurisdizione prevista dall’art. 13 della Costituzione**, come le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale (la sent. n. 105/2001 e la più recente sent. n. 222/2004) confermano univocamente.

7. L’ESPULSIONE: CENNI GENERALI

Il T.U. prevede molteplici tipologie di provvedimenti di espulsione, adottati dall’**autorità amministrativa** (il **Ministro dell’interno** o il **prefetto**) o dall’**autorità giudiziaria** ed aventi, in questo secondo caso, **natura giurisdizionale** o **amministrativa**. Le espulsioni disposte dall’auto-

rità giudiziaria saranno affrontate nel cap. 6, mentre i casi di espulsione prefettizia saranno esaminati nel successivo cap. 3. In questa sede si evidenzieranno alcuni profili comuni ai diversi tipi di espulsione e saranno dedicati rapidi cenni all'espulsione disposta dal Ministro dell'interno.

Requisiti generali di legittimità del decreto di espulsione – Con le pronunce n. 369/1999 e 226/2004, la Corte costituzionale ha individuato **profili comuni** dell'espulsione disposta dall'autorità amministrativa e delle espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria ed aventi natura amministrativa, ossia l'espulsione come sanzione sostitutiva e l'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione (art. 16 T.U.). In tutte le forme di espulsione, secondo la Corte, “la natura amministrativa comporta che l'istituto sia comunque assistito dalle garanzie che accompagnano l'espulsione disciplinata dall'art. 13 del decreto legislativo n. 286 del 1998” e sussistono alcune “**garanzie comuni**” che devono essere sempre assicurate a tutte le forme di espulsione amministrativa e, dunque, anche a quella adottate dall'autorità giudiziaria (verifica della regolarizzabilità della condizione dello straniero, accertamento dell'esistenza di un divieto di espulsione per motivi umanitari, il contrasto con i diritti fondamentali dell'uomo secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo).

Il **provvedimento di espulsione amministrativa** (del **prefetto**, ma, nei casi indicati, anche del **giudice**):

- deve essere emesso in presenza di una delle **condizioni** che, ai sensi dell'art. 13 commi 2 e 3 T.U., legittimano l'espulsione;
- deve essere conforme alle norme sui divieti di espulsione (art. 19 T.U.);
- deve contenere l'indicazione delle modalità di **impugnazione** (art. 3.3 D.P.R. n. 394/1999);
- deve essere **tradotto**, anche in modo sintetico, allo straniero che “non comprende la lingua italiana” in una “lingua a lui comprensibile o, se ciò non è possibile per indisponibilità di personale idoneo alla traduzione del provvedimento in tale lingua, in una delle lingue inglese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'interessato” (art. 3.3. del d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, come modificato dal d.P.R. 334/2004: vds. *infra* cap. IV, par. 3). Sul punto vi è una ampia e costante giurisprudenza, costituzionale, di legittimità e di merito, dalla quale è possibile individuare i seguenti principi: la traduzione

afferisce all'esercizio del diritto di difesa; va effettuata nella lingua effettivamente conosciuta dall'interessato e solo in via sussidiaria nelle tre lingue internazionali, e in questo ultimo caso solo se siano dimostrate le ragioni che hanno impedito la traduzione nella lingua di appartenenza dello straniero; la mancata traduzione, nei termini sopra indicati, è elemento essenziale dell'atto amministrativo e pertanto ne comporta la nullità, non essendo invocabile la sanatoria per il raggiungimento dello scopo;

- deve essere **motivato** (art. 13.3 T.U.) e ciò in relazione a tutte le determinazioni assunte dalla P.A. L'obbligo di motivazione non può essere assolto da una motivazione solo apparente, ma l'atto deve contenere l'esposizione delle circostanze di fatto che hanno dato luogo all'adozione del provvedimento così da consentire un'adeguata difesa (Cass. Civ. n. 6535/2002; n. 8513/2002).

Effetti dell'espulsione – I diversi tipi di espulsione prevedono comunque **effetti comuni**:

- l'**obbligo** per lo straniero espulso **di lasciare il territorio nazionale**;
- il **divieto di rientro nel territorio dello Stato** dello straniero espulso; il divieto di reingresso opera di regola per dieci anni, ma il decreto di espulsione può prevedere una durata inferiore, comunque non inferiore a cinque anni (art. 13.14). Il termine decorre dalla data di effettiva uscita dello straniero dal territorio nazionale. Il divieto di rientro può venire meno, prima dello scadere del periodo previsto, in forza di una speciale **autorizzazione del Ministro dell'interno**, rilasciata sulla base di una valutazione largamente discrezionale (art. 13.13; sull'autorizzazione al rientro per l'esercizio del diritto di difesa, vds. *infra*, cap. 6);
- il terzo effetto dell'espulsione è disposto dalla Convenzione dell'Accordo di Schengen: è facoltà dell'autorità (di polizia o giudiziaria) effettuare la **segnalazione dei dati dello straniero espulso al SIS** (Sistema di informazione Schengen) al fine di impedire che lo straniero espulso dal territorio italiano possa entrare nel territorio degli altri stati membri dell'Accordo (art. 96 Convenzione, legge n. 388/1993). La "non ammissione" è disposta con decreto motivato.

L'espulsione ministeriale – Ai sensi dell'art. 13.1 T.U., “per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri”.

L'espulsione ministeriale è caratterizzata dall'ampia discrezionalità dell'autorità statale: il **Ministro dell'interno** infatti può (e non deve) disporre l'espulsione dello straniero qualora ritenga sussistenti **motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato**. Una recente pronuncia del TAR Lazio (sez. 1 *ter*, 11 novembre – 10 dicembre 2004) ha ritenuto necessaria, ai fini dell'adozione dell'espulsione in esame, “la sussistenza di un reale rischio per la salvaguardia di quel bene primario che è costituito dalla conservazione del nostro sistema costituzionale”.

L'espulsione ministeriale prevede **l'esecuzione coercitiva ed immediata** ed è applicabile anche agli stranieri in possesso di carta di soggiorno; contro il provvedimento può essere presentato **ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio**.



L'ESPULSIONE PREFETTIZIA

1. I CASI: L'INGRESSO IRREGOLARE; IL SOGGIORNO IRREGOLARE; LO STRANIERO "PERICOLOSO"

L'espulsione prefettizia è prevista dall'articolo 13, comma 2 T.U. in tre casi.

1.1 L'ingresso irregolare – La lettera a) prevede l'espulsione dello straniero **"entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera"** e non sottoposto a respingimento: è l'ipotesi più frequente che riguarda i cosiddetti immigrati *clandestini*. Il decreto di espulsione in questo caso è **un atto dovuto del prefetto** e, quindi, è normalmente privo di una motivazione specifica diversa dalla irregolarità della presenza. Secondo la giurisprudenza l'espulsione amministrativa può essere disposta anche nei confronti dello straniero che abbia fatto ingresso nel territorio italiano provenendo da un paese aderente agli **Accordi di Schengen** con il quale vige la soppressione dei controlli alle frontiere (Cass. civ. n. 16514 del 4.11.2003)

Sono esclusi da tale ipotesi di espulsione gli stranieri entrati nel territorio dello Stato che abbiano presentato **domanda di asilo** o abbiano chiesto il riconoscimento dello **status di rifugiato**; così come sono esclusi coloro che non possono essere comunque respinti o espulsi verso il proprio paese, in cui nello stesso sono oggetto o possono essere oggetto di persecuzioni (vds. infra, cap. 7); in tali circostanze l'eventuale espulsione disposta anteriormente alla domanda deve considerarsi inefficace in pendenza della decisione sulla domanda stessa (vds. infra par.2).

1.2 Il soggiorno irregolare – La lettera b) prevede l'espulsione dello straniero che, pur entrato regolarmente in Italia, sia privo del titolo per rimanervi. Si tratta di ipotesi assai diverse, che riguardano:

- lo **straniero che “si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto”**. L'eventuale possesso del visto di ingresso, ove prescritto, non esime dall'obbligo di richiedere il permesso di soggiorno e il termine della richiesta è in ogni caso di **otto giorni** lavorativi dalla data di ingresso ricavabile dal timbro apposto dalla polizia di frontiera (art. 5.2). L'espulsione peraltro non può essere disposta se il **ritardo nella richiesta sia dipeso da forza maggiore** ovvero ricorrano eventuali cause ostative (Cass. civ., n. 2745 del 25.2.2002)
- lo **straniero il cui permesso di soggiorno sia stato revocato o annullato**. L'espulsione è legittima solo se la revoca o l'annullamento siano stati disposti con un provvedimento scritto del questore regolarmente notificato allo straniero; contro i provvedimenti di revoca o di annullamento è proponibile **ricorso al giudice amministrativo**.
- lo **straniero il cui permesso di soggiorno “è scaduto da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo”**. Risolvendo un contrasto giurisprudenziale, la Corte di Cassazione ha affermato che **il ritardo nella presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno non comporta l'automaticità dell'espulsione** dello straniero “la quale potrà essere disposta solo se la domanda (tardiva, n.d.r.) sia stata respinta per la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti richiesti dalla legge per il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale” (Cass., Ss.Uu. Civ., 20.5.2003 n. 7892, in *Dir. imm. e citt.*, 3/2003, p. 115). Non rileva invece, ai fini dell'espulsione, l'eventuale inosservanza dei termini preventivi per la richiesta di rinnovo di cui all'art. 5, comma 4 T.U., non essendone previsto – né prima, né dopo la modifica del T.U. – il carattere perentorio, stante l'assenza di previsioni sanzionatorie al riguardo (Cass. sez I, n.6374/99).

1.3 Lo straniero “pericoloso” – La lettera c) prevede l'espulsione dello straniero *pericoloso*: si tratta dello straniero, **munito di regolare permesso di soggiorno**, appartenente ad alcune delle **categorie indicate dalla legge**: soggetto **indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa** (ex art. 1 legge n. 575/1965) o soggetto **nei cui confronti sia applicabile una misura di prevenzione** (ex articolo 1 legge n. 1423/1956) in quanto abitualmente dedito a traffici delittuosi, o che vive dei proventi di attività illecite, o dedito a reati che mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

In queste ipotesi l'espulsione è **discrezionale** e la giurisprudenza richiede che il prefetto offra un' **approfondita motivazione del giudizio sulla pericolosità sociale**, nel senso che pur al di fuori del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, sia emesso un giudizio di pericolosità sulla base di indizi tali da portare, in ipotesi, l'autorità giudiziaria ad applicare la misura di prevenzione (ad es. precedenti condanne, abituale compagnia di pregiudicati, tenore di vita incompatibile con i redditi ufficiali). In particolare, la Corte di cassazione (sez. I, 10.4.2003, n. 5661, in *Dir., imm. e citt.*, n. 1/2004. 130), ha ritenuto che “**il controllo giurisdizionale** – le volte in cui lo straniero lo solleciti in sede di opposizione alla adottata 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** (il carattere oggettivo degli elementi fondanti i sospetti e le presunzioni – il requisito della attualità della pericolosità – la necessità di un esame globale della personalità del soggetto). E la verifica al proposito condotta deve essere effettuata *ab extrinseco* e cioè scrutinando la completezza, logicità e non contraddittorietà delle valutazioni fatte dall'amministrazione”.

2. DIVIETI LEGALI DI ESPULSIONE

L'art. 19 T.U. prevede una serie di **divieti di espulsione e di respingimento dello straniero irregolare**, ai quali la giurisprudenza ha aggiunto altri casi basati sulla necessità di evitare che l'espulsione vada in pregiudizio dei diritti fondamentali della persona: si tratta di veri e propri divieti di adottare il provvedimento espulsivo o di eseguirlo se già adottato al sorgere delle relative fattispecie. Altre limitazioni derivano da norme internazionali, come il **divieto di espulsioni collettive** previsto dall'art. 4 del protocollo n. 4 addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (D.P.R. n. 217/1982).

2.1 Divieto di espulsione degli stranieri che possano essere oggetto di persecuzione (art. 19 co. 1) – Ai sensi dell'art. 19, comma 1 “in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio

verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione”. Il divieto si riferisce alla semplice **possibilità** che lo straniero sia perseguitato; agli stranieri inespellibili ai sensi di tale norma viene rilasciato un **permesso di soggiorno** per **motivi umanitari**, previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero acquisizione dall’interessato di idonea documentazione (art. 11, comma 1, lettera c-ter reg. att.).

La giurisprudenza (Trib. Gorizia, ord. 9.11.2000, in *Dir., imm. e citt.*, n. 1/2001, p.117: il caso riguardava l’espulsione di una persona di etnia curda proveniente dalla Turchia) ha affermato che “la difficoltà di reperire prove in senso tecnico delle dichiarazioni del ricorrente nei procedimenti del tipo di quello di specie è nota e risponde alla natura delle fattispecie oggetto di giudizio, in cui sono coinvolti soggetti che si trovano lontano dalla nazione di origine e che sono spesso impossibilitati a procurarsi agevolmente la documentazione necessaria al loro stato. In considerazione di ciò, anche i generici elementi indiziari posti a fondamento del ricorso – quali la documentazione estrapolta dal rapporto di Amnesty International e l’avvenuto inizio del procedimento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato – e la notoria contrapposizione, violenta e duratura, tra gli appartenenti alle due maggiori etnie della Turchia devono considerarsi idonei a costituire valido riscontro della tesi esposta in difesa”. Nello stesso senso, si è affermato che “la ricorrenza dell’ipotesi di divieto di espulsione prevista dal 1° comma dell’art. 19 può essere provata anche attraverso elementi indiziari a causa degli scarsi strumenti istruttori a disposizione del giudice e della celerità che connota tale tipo di processo” (Trib. Firenze, ord. 18.9.20002, in *Dir., imm. e citt.*, n. 2/2003, 113).

È evidente la correlazione tra questa disposizione, da una parte, e il **diritto di asilo** di cui all’art. 10 Cost. e lo **status di rifugiato** ai sensi della Convenzione di Ginevra, dall’altro (vds. *infra* cap. 7). Al riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto che “la richiesta di asilo politico fatta dallo straniero irregolare debba comunque essere presa in considerazione, qualunque sia il momento in cui è avanzata, al fine di valutare la legittimità dell’espulsione amministrativa” (Trib. Trapani, ord. 6.6.2000, in *Dir., imm. e citt.*, n.3/2000, 99).

2.2 Divieto di espulsione degli stranieri minori di anni 18, salvo il diritto a seguire il genitore o l’affidatario espulsi (art. 19.2, lett. a) – Il di-

vieta di espulsione si riferisce sia ai minori stranieri figli di almeno un genitore regolarmente soggiornante in Italia, sia a quelli legalmente affidati a cittadino italiano o straniero regolare, sia ai minori non accompagnati.

Per quanto riguarda i minori figli di stranieri irregolari, la legge prevede espressamente il **diritto del minore a seguire i familiari espulsi**; secondo la giurisprudenza, il divieto di espulsione del minore non può essere interpretato nel senso che il divieto si estenda per insopprimibili esigenze di unità della famiglia anche ai genitori clandestini, che potranno invece portare con sé il figlio per garantire l'unità familiare (Cass. civ. n. 9326 del 14.7.2000). In questi casi invece può operare la **previsione dell'art. 31.3 T.U.**, per il quale il Tribunale per i minorenni può autorizzare, in deroga alle altre disposizioni di legge, la permanenza in Italia dei familiari del minore per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano; al genitore viene rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di salute (art. 11, comma 1 lett. c-quinquies reg. att.). Il permesso di soggiorno così concesso, secondo la giurisprudenza formatasi prima delle modifiche apportate dal d.P.R. n. 334/2004, "consente, tra l'altro, l'iscrizione nelle liste di collocamento nonché lo svolgimento di lavoro subordinato o autonomo" (Trib. Minorenni Firenze, ordinanza 21.1.2003, in *Dir., imm. e citt.*, 1/2004, p. 167).

Per quanto riguarda i minori non accompagnati, va ricordato che è previsto per loro, invece della ordinaria espulsione, il "**rimpatrio assistito**" disposto a cura del Comitato per i minori stranieri, che può essere legittimamente adottato facendo constare la previa valutazione delle condizioni del minore e della effettiva possibilità di proficuo reinserimento nella società di provenienza. Al di là della formula utilizzata, tale istituto permette in realtà un allontanamento dal territorio dello Stato deciso in via meramente amministrativa come nell'espulsione e senza un procedimento nel quale possa essere fatto valere in termini di effettività dal minore e da un suo rappresentante il "prevalente interesse del minore" che secondo la Corte costituzionale è prioritario anche nel rimpatrio assistito. Tuttavia se il minore è ancora in Italia **al raggiungimento della maggiore età**, non gli può essere preclusa, se ne ha i requisiti, la possibilità di presentare la domanda di permesso di soggiorno per uno dei motivi di studio, di lavoro o di cura previsti dall'art. 32 (fra i tanti, T.A.R. Toscana, sentenza n. 1902 del 9.9.2002).

Nel caso in cui comunque debba essere disposta l'**espulsione** di un minorenni straniero, il provvedimento deve essere adottato, su richiesta del questore, **dal Tribunale per i minorenni**, e si ritiene che ciò avvenga anche nel caso di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza.

2.3 – Divieto di espulsione degli stranieri titolari di carta di soggiorno (art. 19.2, lettera b)

Disposizioni particolari regolano l'espulsione dello **straniero munito di carta di soggiorno**. Nei suoi confronti l'espulsione può essere disposta (dal Ministro dell'interno) solo per **gravi motivi di ordine pubblico** o di sicurezza nazionale oppure (dal Prefetto) quando rientri in una delle categorie degli **stranieri "pericolosi"** e sia stata applicata, anche in via cautelare, una delle misure di cui all'art. 14 l. n. 55/1990. Nel caso di **revoca della carta di soggiorno**, non consegue automaticamente l'espulsione potendo, se ricorrono i requisiti previsti dalla legge, essere rilasciato il permesso di soggiorno (art. 9.3).

2.4 – Divieto di espulsione degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana (art. 19.2, lettera c).

Nonostante la formulazione letterale, lo stesso Ministero dell'Interno ha ritenuto che il riferimento alla nazionalità debba comprendere **tutte le ipotesi di cittadinanza italiana, anche acquisita**, poiché tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge.

Il **rapporto di parentela o di coniugio** con il cittadino italiano deve essere dimostrato dallo straniero con elementi certi. Nel caso di matrimonio, deve essere dimostrata la **convivenza attuale**, che non può essere desunta esclusivamente dalla mancanza di separazione legale fra i coniugi, dovendo altresì essere accertato che non risulti intervenuta neppure la separazione di fatto fra gli stessi (Cass. civ. n. 12227 del 20.8.2003). La dimostrazione deve avvenire in giudizio, in quanto l'autorità amministrativa non dispone del potere di ritenere simulato o *tamquam non esset* o comunque disapplicare un matrimonio che ha piena validità agli effetti civili (Trib. Alessandria, ord. 16.3.2002, in *Dir., imm. e citt.*, 1/2003, p. 120). Qualora il divieto consegua ad un rapporto di parentela con un minore italiano, secondo la giurisprudenza, il requisito della convivenza non è indispensabile, potendo il genitore vivere separato dalla madre e dal figlio con cui mantenga però un rapporto stabile,

in quanto “sono in realtà anzitutto i diritti del minore ad essere tutelati, evitando che uno dei genitori sia allontanato dall’Italia” (Trib. Genova, ord. 23.1.2003, in *Dir., imm. e citt.*, 3/2003, p. 141).

Secondo la giurisprudenza, la disposizione dell’art. 19, avendo carattere umanitario, fa eccezione anche alle norme in materia di espulsione e, pertanto, il divieto opera anche nel caso in cui il **matrimonio** sia **successivo** alla emanazione ed anche all’esecuzione del decreto di espulsione (Corte d’Appello di Bologna, ord. 2.3.2001, in *Dir., imm. e citt.*, 2/2001, p. 154).

La Corte costituzionale (ord. 313/2000) ha escluso invece che tale norma possa essere invocata anche dagli stranieri non coniugati ma **conviventi di fatto** con cittadini italiani, ma questo non perché non vi sia l’esigenza di tutelare l’unità della famiglia ma per la necessità di operare in una situazione di certezza di rapporti giuridici, certezza invece assente nella convivenza *more uxorio*. La Corte (ord. 232/2001) altresì ha ritenuto manifestamente infondata la richiesta di estendere il divieto di espulsione allo **straniero coniugato e convivente con altro straniero regolare**; in questo caso infatti è legittima la previsione di legge al fine di bilanciare l’interesse dello straniero alla ricostruzione del nucleo familiare con gli altri valori costituzionali in materia di ingresso degli stranieri.

2.5 – Divieto di espulsione delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono (art. 19.2, lettera d)

Secondo la Corte costituzionale si tratta più che di un divieto assoluto di espulsione, di una “**temporanea sospensione** del relativo potere”, fondata sulla tutela che l’ordinamento appresta alla donna incinta e nel periodo immediatamente successivo alla nascita del figlio. La tutela si pone a **protezione sia della stessa donna che del figlio minore**, nascituro o nato. Proprio per garantire al figlio l’assistenza di un nucleo familiare in grado di accudirlo in modo idoneo, la Corte costituzionale (sent. n. 376/2000, in *Dir., imm. e citt.*, 3/2002, p. 86) ha **esteso il divieto di espulsione al marito straniero convivente della donna**, nel periodo di gravidanza e dopo la nascita, in quanto la protezione della famiglia “non può non ritenersi estesa anche agli stranieri che si trovino a qualunque titolo sul territorio dello Stato”. Si discute se il permesso possa essere concesso anche al marito della donna che debba interrompere la gravi-

danza per gravi patologie (vedi Trib. Napoli, ord. 10.3.2004, in *Dir., imm. e citt.*, 3/2004, p. 116).

Per il rilascio al marito della donna in gravidanza del permesso di soggiorno previsto dalla norma, l'interpretazione originaria era nel senso che i due **requisiti** – coniugio e convivenza – dovessero sussistere entrambi; applicando la giurisprudenza ricordata in relazione al divieto di espulsione del padre di minore italiano, si può affermare invece che la protezione del minore e il suo interesse alla presenza del padre deve essere garantita **anche se i due requisiti non sussistono contemporaneamente**, azionando se non il divieto ex art. 19 quantomeno l'autorizzazione ex art. 31.3.

Alla donna (e al marito) deve essere rilasciato il **permesso di soggiorno** per cure mediche per il tempo previsto dalla legge, e che deve essere attestato mediante idonea certificazione sanitaria. Quando siano venuti meno i presupposti per la sospensione del potere di espulsione, gli stranieri hanno comunque l'obbligo di lasciare il territorio nazionale, ma se sono sopravvenuti i requisiti di idoneità al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi diversi (ad es. per motivi familiari) possono richiedere la conversione del permesso di soggiorno, anche senza dover rientrare previamente nel paese di origine (Trib. Bologna, decreto 6.2.2003, in *Dir., imm. e citt.*, 1/2004, p. 152)

La legge non definisce quali attività siano consentite dal permesso “per cure mediche” (previsto dal regolamento di attuazione). L'interpretazione delle **autorità amministrative** è stata quella di ritenere che il permesso di soggiorno contenga un **divieto di esercitare attività lavorativa**; la giurisprudenza è più volte intervenuta sul punto consolidando un orientamento che, sulla base della ratio della normativa sull'immigrazione ed al fine di rendere effettivo il diritto all'unità familiare (che comprende il dovere di mantenere i propri familiari mediante attività lecite), equipara tale permesso a quello per motivi familiari e perciò ritiene **illegittimo il divieto** e riconosce ai titolari di questi permessi di soggiorno **la facoltà di svolgere attività lavorativa** (Trib. Firenze, ord. 3.8.2001, in *Dir., imm. e citt.*, 4/2001, p. 162; Trib. Firenze, decr. 20.05.2003, *ivi*, 3/2003, p. 156).

3. ALTRI IMPEDIMENTI ALL'ESPULSIONE

Nell'applicazione del testo unico sull'immigrazione sono emerse di-

verse carenze in relazione alla disciplina dell'espulsione, alcune delle quali sono state oggetto di interventi additivi della Corte Costituzionale, altre sono state colmate dalla giurisprudenza in via interpretativa.

Il diritto alla salute dello straniero – Un primo fondamentale aspetto riguarda il diritto alla salute, che costituisce un **diritto fondamentale della persona**. L'ampiezza della tutela della salute dello straniero irregolare è stata delineata da una pronuncia della Corte costituzionale, che (investita della legittimità dell'art. 19.2 nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero extracomunitario irregolare che permanga nel territorio dello Stato al solo scopo di terminare un **trattamento terapeutico che risulti essenziale** in relazione alle sue pregresse condizioni di salute) ha affermato, con la sentenza n. 252/2001 (in Dir., imm. e citt., 3/2001, p. 113), che esiste “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana (...) che deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato”. Nella prospettiva indicata dalla Corte, è compito del medico operare la **valutazione dello stato di salute** del soggetto e della indifferibilità ed urgenza delle cure, caso per caso, secondo il suo prudente apprezzamento, mentre spetterà al giudice provvedere per la non esecuzione dell'espulsione.

Il superiore interesse del fanciullo – Analoghe a questa decisione della Corte Costituzionale sono altre dei giudici di merito che antepongono, rispetto all'interesse dello Stato di espellere lo straniero irregolare, la necessità, per tutelare il superiore interesse del fanciullo, di permettere la **permanenza del genitore straniero di minore italiano** in quanto “il diritto e il dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli e perciò di tenerli con sé e il diritto dei genitori e dei figli ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri (Trib. Bologna, ord. 22.12.2003, in Dir., imm. e citt., 1/2004, p. 157; vedi anche Tribunale Genova, ordinanza 23.1.2003, in Dir., imm. e citt. 3/2003, p. 141); la prevalenza del **diritto del minore a crescere con la propria famiglia** rispetto all'interesse dello Stato a punire con l'espulsione un'irregolarità amministrativa legata al reingresso in Italia (Tribunale di Torino, ordinanza 18.6.2003, in Dir., imm. e citt., 3/2003, p. 142). E alla tutela del diritto alla salute si ispirano tutti i provvedimenti prima

ricordati con i quali, per i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, previsti dall'articolo 31 comma 3, si **autorizza la permanenza del familiare in posizione irregolare**, consentendogli anche di lavorare.

La regolarizzazione – L'art. 2 del decreto-legge n. 195/2002 convertito, con modificazioni, nella l. 222/2002 stabilisce che **fino alla conclusione della procedura di legalizzazione del lavoro subordinato irregolare** prevista dall'art. 1 **non possono essere adottati nei confronti dei lavoratori stranieri che hanno presentato la relativa domanda, provvedimenti di allontanamento dallo Stato**, salvo l'allontanamento perché ritenuti pericoli per la sicurezza dello Stato.

L'applicazione della normativa citata, così come quella concernente la regolarizzazione dei lavoratori addetti all'assistenza domestica (**art. 33 l. n. 189/2002**), ha posto numerose questioni di carattere interpretativo.

Con la sent. n. 7472 del 20 aprile 2004 (in *Dir. imm e citt.*, n. 2/2004, 142), la Corte di cassazione ha affermato **la necessità di una comunicazione scritta per far ritenere concluso il procedimento avviato con la domanda di emersione**, necessità desunta da alcuni dati testuali contenuti nella stessa legge n. 222/2004, dalle previsioni generali della legge sul procedimento amministrativo, nonché dal fatto che il rifiuto di procedere alla legalizzazione del rapporto di lavoro ha “sostanziale natura di atto di diniego del permesso di soggiorno, ossia di atto sottoposto al sindacato del giudice amministrativo *ex art. 6, comma 10 T.U. e, come tale, necessariamente fornito di sintetica motivazione in fatto e in diritto*”. La stessa pronuncia ha offerto altre significative indicazioni:

- il riconoscimento allo straniero della **posizione di parte nel procedimento di regolarizzazione** avviato dal datore di lavoro;
- **l'illegittimità del diniego e dell'immediata esecuzione dell'espulsione in caso di mancata notifica di atto scritto e motivato** (nonché idoneamente tradotto in caso di mancata conoscenza della lingua italiana);
- dalla natura di atto di diniego del permesso di soggiorno che assume il rigetto dell'istanza di regolarizzazione, discende la possibilità di **impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo** e di ottenere **la sospensione dell'efficacia della successiva espulsione** nel giudizio di impugnazione, secondo la giurisprudenza ordinaria di merito maggioritaria.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 78/2005, ha dichiarato l'illegittimità

gittimità costituzionale dell'art. 33, comma 7, lettera c), della legge 30 luglio 2002, n. 189 e dell'art. 1, comma 8, lettera c), del decreto-legge 9 settembre 2002, n. 195, convertito, con modificazioni, nella legge 9 ottobre 2002, n. 222, nella parte in cui fanno derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla presentazione di una denuncia per uno dei reati per i quali gli articoli 380 e 381 c.p.p. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza. Risultano ancora pendenti dinanzi alla Corte le questioni di legittimità costituzionale sollevate da vari Tar sugli automatismi normativi di diniego della regolarizzazione collegato a pregressa espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera, come pure sul diniego di rinnovo del permesso connesso a pregresse condanne penali.

Altri casi – Altra giurisprudenza valorizza il **successivo acquisto** da parte dello straniero **dei requisiti** per ottenere il permesso di soggiorno per bloccare l'efficacia del decreto di espulsione precedentemente emesso (Trib. Brindisi, ord. 23.1.2001, in *Dir., imm. e citt.*, 1/2001, p. 139; Trib. Firenze, ord. 28.5.2001, *ivi*, 3/2001, p. 147; Tribunale di Bari, decreto 27.12.2002, inedito); come pure richiede, prima di procedere all'espulsione, la verifica dell'esistenza dei presupposti per il rinnovo ad altro titolo del permesso di soggiorno regolarmente concesso ma che non possa essere rinnovato per il venir meno successivamente dei requisiti per il rilascio (cfr. T.A.R. Liguria n. 808 del 8.7.2002, in *Dir., imm. e citt.*, 1/2004, p. 193, nel caso di permesso di soggiorno per motivi umanitari che non venga rinnovato per cessazione dello stato di conflittualità; Trib. Vicenza 6.5.2002, *ivi*, 1/2003 nel caso dei venuti meno motivi di salute) o per difetto dei requisiti originari (cfr. T.A.R. Veneto, ord. 1.7.2004 n. 665, in *Dir., imm. e citt.*, 2/2004, p. 170; Trib. Firenze, ord. 18.10.2002, *ivi*, 1/2003, p. 123, nel caso di accertamento della falsità della documentazione presentata per ottenere a suo tempo il rilascio del permesso di soggiorno); infine di grande attualità è tutta la tematica legata alla regolarizzazione degli stranieri, sia in pendenza della procedura sia nei casi di rigetto dell'istanza.

N.

4. LA TUTELA GIURISDIZIONALE DELLO STRANIERO DESTINATARIO DI UN DECRETO DI ESPULSIONE

1. L'AMBITO DELLA TUTELA E LA COMPETENZA

L'ambito della tutela giurisdizionale

La giurisprudenza di legittimità componendo un rilevante contrasto interpretativo, ha delineato l'ambito della tutela giurisdizionale nella materia in esame, stabilendo che sono assoggettati a controllo giurisdizionale del giudice ordinario non solo **i decreti di espulsione adottati dal prefetto ai sensi dell'art. 13, co. 2 T.U.** ma anche quei **provvedimenti dallo stesso adottati sulle istanze di revoca del decreto di espulsione** (Cass., Ss.Uu. civ. 2513/2002, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 1/2002), **ovvero le revocche della revoca del permesso** (Cass. 12428/2004).

Come si vedrà nel successivo cap. 5, la l. n. 189/2002 ha introdotto un nuovo strumento di esecuzione dell'espulsione dello straniero rappresentato dall'**ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni** (art. 14, co. 5-*bis* T.U.): nel silenzio della legge, la prevalente giurisprudenza di merito afferma che la tutela giurisdizionale avverso tale ordine segue la disciplina dell'impugnazione dei provvedimenti di espulsione prefettizia, atteso lo stretto collegamento funzionale tra i due tipi di provvedimento; l'ordine del questore è quindi **impugnabile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria**, cioè il Tribunale e ora il giudice di pace. La giurisprudenza ritiene anzi in casi particolari che l'ordine di allontanamento del questore sia impugnabile **autonomamente** (cfr. Trib. Torino 14.12.2002, est. Scarabello e Trib. Roma 16.12.2002, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 2/2002; in senso contrario cfr. Trib. Torino 24.5.2003, *ivi*, n. 1/2004, secondo cui l'impugnazione deve essere proposta al giudice amministrativo).

Giudice ordinario e giudice amministrativo – Mentre spetta al giu-

dice ordinario la tutela giurisdizionale rispetto ai **provvedimenti in materia di espulsione, il sindacato sugli atti amministrativi ad essa presupposti** – di regola costituiti da dinieghi (di rilascio di permesso di soggiorno, di rinnovo, di istanze di regolarizzazione etc.) – spetta al **giudice amministrativo**.

Con l'ordinanza n. 414/2001 (in *Dir. imm. e citt.*, n. 1/2002, p. 151), la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale di tale riparto della giurisdizione, questione sollevata sulla ritenuta lesione del diritto di difesa determinata dal sistema di doppia giurisdizione citato: l'ordinanza ha escluso che vi sia pregiudizialità amministrativa nella materia considerata e ha sottolineato che il giudice ordinario adito in sede di impugnazione avverso il decreto di espulsione ha il potere di **esercitare il suo sindacato incidentale sulla legittimità del presupposto atto di rifiuto (del rilascio) o di rinnovo del permesso** e, se del caso **disapplicarlo**, con effetto di annullamento per **illegittimità derivata sul decreto di espulsione**. Il riconoscimento al giudice di tali poteri tiene conto della natura dei provvedimenti di espulsione e dei provvedimenti esecutivi dell'espulsione, destinati ad incidere su diritti fondamentali della persona e, nella quasi totalità dei casi, sulla libertà personale come affermato più volte dalla Corte costituzionale (sentenza n. 105/2001 e ordinanza n. 297/2001).

In una prospettiva di effettività della garanzia del diritto di azione, l'esigenza di armonizzazione del sistema delle impugnazioni lascia aperta la questione della **sospensione del giudizio ordinario sull'espulsione in caso di pendenza di giudizio amministrativo sulla legittimità dell'atto di diniego presupposto**, sospensione ritenuta **non obbligatoria** dall'orientamento espresso nella citata ord. n. 141/2001.

L'applicabilità della norma sulla sospensione del processo di cui all'**art. 295 c.p.c.** è controversa anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (come espressione dei due opposti orientamenti, vds le sentenze della prima sezione civile n. 7867/2000 e 8381/2000, entrambe in *Dir. imm. e citt.*, n. 1/2001, p. 104 ss.; più di recente cfr. Cass., I civ., n. 6370/2004, *ivi*, n. 2/2004, p. 137).

Il tema dei rapporti tra le due giurisdizioni, infine, rimanda a quello del potere del giudice ordinario di sospendere l'efficacia del provvedimento di espulsione affrontato nel successivo paragrafo.

Il giudice di pace – L'art. 13, comma T.U., come modificato dalla no-

vella del 2004, stabilisce che “avverso il decreto di espulsione può essere presentato unicamente il ricorso al giudice di pace del luogo in cui ha sede l’autorità che ha disposto l’espulsione”; la competenza in materia, dunque, è stata trasferita dal tribunale in composizione monocratica, al **giudice di pace**. Secondo alcune opinioni, tale scelta non appare in linea con la fisionomia ordinamentale del giudice di pace e suscita dubbi in relazione alla riserva di giurisdizione in tema di *habeas corpus* prevista dall’art. 13 Cost. Fermo il criterio di individuazione della competenza territoriale, la **competenza del giudice del luogo in cui ha sede l’autorità che ha emesso il provvedimento impugnato**, ha **natura funzionale ed inderogabile** ed in relazione ad essa non opera quindi il disposto dell’art. 33 c.p.c. sul cumulo soggettivo (Cass. 12428/2004). Poiché occorre avere riguardo alla sede dell’autorità prefettizia, la quale coincide con il capoluogo di provincia, deve ritenersi che competente è **solo il giudice di pace appartenente all’Ufficio situato nel capoluogo** e non quello di altri Uffici aventi sede nel circondario.

L’art. 1, comma 2-*bis* della legge n. 271/2004 ha precisato che rimane ferma la competenza rispettivamente, del **tribunale in composizione monocratica** e del **tribunale per i minorenni** ai sensi del **comma 6 dell’art. 30 (ricorsi in materia di ricongiungimento familiare)** e del **comma 3 dell’art. 31 (provvedimenti del Tribunale di minorenni in materia di permesso ai familiari di minori stranieri presenti in Italia)** del T.U. Inoltre, l’art. 1, comma 2-*bis* ha stabilito che “**in pendenza di un giudizio riguardante le materie sopra citate, i provvedimenti di convalida di cui agli articoli 13 e 14 dello stesso decreto legislativo e l’esame dei relativi ricorsi sono di competenza del tribunale in composizione monocratica**” e non del giudice di pace.

2. LA PROCEDURA

Il “**vuote delle procedure**” – Per effetto dell’abrogazione dell’art. 13 comma 9 disposta dalla legge n.189/2002, nel testo vigente dell’art. 13 comma 8 **nulla è previsto in ordine al modello procedimentale** da seguire per la trattazione del giudizio introdotto dal ricorso avverso un provvedimento espulsivo.

Prima della novella del 2002, erano espressamente richiamate le disposizioni del procedimento in camera di consiglio di cui agli artt. 737 e

ss. c.p.c., richiamo che aveva fatto sorgere dubbi di legittimità costituzionale sull'adeguatezza di tale procedura rispetto al modello costituzionale del giusto processo, dubbi tuttavia respinti dall'ord. n. 35/2002 della Corte costituzionale (in *Dir. imm. e citt.*, n. 1/2004, 155), che sarà di seguito esaminata in modo più approfondito.

Il *vuoto delle procedure* è diventato comune, oltre che alla procedura di convalida dell'accompagnamento coattivo (art. 13, comma 5-bis T.U.), anche alla procedura di convalida del trattenimento nei c.p.t. (art. 14, comma 4, T.U.) per l'ulteriore eliminazione del richiamo all'art. 737 c.p.c. operato dal decreto-legge n. 241/2004, conv. nella l. n. 271/2004: la sintetica spiegazione sul punto che si trova nella relazione governativa di accompagnamento al d.d.l. di conversione (cfr. *Guida al Diritto*, n. 38/2004, p. 35 e ss.) consiste nella volontà di non ingenerare equivoci su modalità di svolgimento dell'udienza in camera di consiglio e mezzi di impugnazione tenuto conto del limite di applicabilità per il giudice di pace a norma dell'art. 311 c.p.c. della procedura ex art. 737 e ss. c.p.c.; alla luce delle gravi incertezze che caratterizzano l'applicazione della normativa in esame, lo scopo può dirsi senz'altro non raggiunto.

L'assenza di richiamo ad alcuna norma processuale determinato dalla l. n. 189/2002 ha fatto ipotizzare l'eventuale sottinteso rinvio al **procedimento ordinario** "in quanto si caratterizza per la presenza di elementi tipici di un provvedimento contenzioso in contraddittorio" (così Trib. Torino, 27.06.2003, in *Dir.*, imm. e citt., n. 3/03). In realtà i tempi previsti per la decisione e cioè venti giorni nonché l'espressa previsione di un unico provvedimento decisorio di accoglimento o di rigetto appaiono incompatibili con la scansione del processo di cognizione tratteggiato dagli artt. 180 e ss. c.p.c.; cosicché l'unico riferimento utilizzabile rimane quello della **procedura in camera di consiglio**, per la quale opta la giurisprudenza prevalente (cfr. Trib. Bologna, 14.8.2003, *ivi*, n. 3/2003).

L'art. 13, comma T.U. – L'art. 13 comma 8 T.U. offre innanzi tutto indicazioni su **modalità e tempi di ricorso**: "avverso il decreto di espulsione può essere presentato unicamente il ricorso al giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione. Il termine è di sessanta giorni dalla data del provvedimento di espulsione. (...) Il ricorso di cui al presente comma può essere sottoscritto anche personalmente, ed è presentato anche per il tramite della rappresentanza diplomati-

ca o consolare italiana nel Paese di destinazione. La sottoscrizione del ricorso, da parte della persona interessata, è autenticata dai funzionari delle rappresentanze diplomatiche o consolari che provvedono a certificarne l'autenticità e ne curano l'inoltro all'autorità giudiziaria" eseguendo gli adempimenti previsti dall'art. 18.1 reg. att. come modificato dal D.P.R. 334/2004.

Sebbene la norma non vi faccia riferimento espresso deve, tuttavia, ritenersi che in ragione della **natura recettizia del decreto che dispone l'espulsione**, la decorrenza del termine per la presentazione del ricorso coincida con la comunicazione – nel rispetto delle norme sulla traduzione, esaminate nel successivo paragrafo – del decreto non potendosi ritenere rilevante la sola emissione da parte dell'autorità amministrativa (e di cui lo straniero può non essere a conoscenza). Il ricorso non può essere presentato a mezzo telefax (Cass. civ. 10.4.2003, n. 5649, in Giust. civ. Mass., 2003, f. 4).

Il termine deve ritenersi a pena di **inammissibilità**, salva l'applicazione della disciplina della sospensione feriale dei termini (Cass., I sez. civile, 15.10.2002, n. 14662, in *Dir. imm. e citt.* n. 2/2004, p. 132;) e la possibilità per il giudice di **rimessione in termini per violazione del diritto di difesa a causa del mancato rispetto in fase di comunicazione dell'espulsione delle norme sulla comprensione linguistica** (sul punto, vds. la fondamentale decisione della Corte Costituzionale n. 198/2000 in *Dir. imm. e citt.* n. 3/2000, p. 79). Al termine si applica la proroga della scadenza, se il giorno di scadenza è festivo, al primo giorno seguente non festivo (Cass. Civ., 4.4.2003, n. 5254, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, f. 4).

L'art. 13, comma 8 definisce poi i **tempi della decisione** ("Il giudice di pace accoglie o rigetta il ricorso, decidendo con unico provvedimento adottato, in ogni caso, entro venti giorni dalla data di deposito del ricorso."). Il termine "**non ha**, nel silenzio della norma sul punto, **carattere perentorio**" (Cass. Civ. 3.4.2003, n. 5117, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, f. 4) È interessante rilevare che secondo la giurisprudenza di legittimità è vero che l'inosservanza del termine non preclude al giudice la pronuncia tardiva del provvedimento conclusivo, "ma lo straniero che non ha dato causa al ritardo può ricorrere alla **tutela cautelare per ottenere la sospensione del decreto impugnato**" (Cass. Civ. 3.4.2002, n. 4754, in *Riv. Dir. Int.*, 2002, 460).

L'assistenza difensiva, la nomina dell'interprete e l'audizione dell'in-

interessato. – Infine, l'art. 13, comma 8 disciplina l'**assistenza difensiva del ricorrente e la nomina da parte del giudice di un interprete "ove necessario"**: "Lo straniero è ammesso all'assistenza legale da parte di un patrocinatore legale di fiducia munito di procura speciale rilasciata avanti all'autorità consolare. Lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato, e, qualora sia sprovvisto di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito dei soggetti iscritti nella tabella di cui all'articolo 29 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, nonché, ove necessario, da un interprete".

Proprio dalla disposizione di cui all'**art. 13, comma 8 T.U.**, novellato dalla l. n. 189/2002, la giurisprudenza (Trib. di Milano, 29.7.2004, est. Massenz, in *Dir. imm. e citt.* n. 3/2004) ha tratto il convincimento che **la nomina dell'interprete** sia un "elemento qualificante che induce a ritenere che il legislatore abbia inteso garantire allo straniero **il diritto a partecipare all'udienza, assicurandogli la possibilità di esprimersi e comprendere quanto viene detto dai presenti**". Muovendo da questa premessa, il tribunale di Milano ha sollevato la **questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3 T.U. nella parte in cui prevede che il provvedimento di espulsione sia "immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato"**, anziché disporre che esso sia esecutivo una volta decorso il termine per proporre ricorso o, in caso di proposizione, sino all'udienza fissata per la decisione sul ricorso medesimo, per **violazione dell'art. 24 della Costituzione**.

L'abrogazione del comma 9 dell'art. 13 T.U. ha infatti comportato **l'abolizione dell'esplicito riferimento all'audizione obbligatoria dell'interessato**, dalla quale, con la legge previgente, la giurisprudenza di legittimità faceva discendere l'illegittimità della decisione assunta in difetto sul ricorso (cfr. Cass., I civ., 4.3.2003, n. 3154 in *Dir. imm. e citt.* n. 1/2003, p. 102; per una decisione analoga a proposito della procedura di convalida ex art. 14, comma 4, T.U. cfr. Cass., I civ., 12.2/23.3.2004, n. 5728 *ivi* n. 2/2004, p. 134); e proprio la **mancata previsione dell'audizione dell'interessato con l'assistenza del difensore** è stata alla base della **pronuncia di illegittimità costituzionale della procedura di convalida dell'accompagnamento immediato alla frontiera** (art. 13, comma 5-*bis*, T.U.) per la lesione del **"diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile"** ex **art. 24 Cost.** (cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 222/2004 in *Dir. imm. e citt.* n. 2/2004, p. 119).

L'ordinanza del Trib. di Milano, 29.7.2004 individua il possibile profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3 T.U. non solo in tale norma autonomamente considerata, ma nel suo **collegamento con le misure preordinate all'esecuzione del provvedimento espulsivo** e in particolare, come si vedrà nel successivo capitolo, con la *regola* dell'accompagnamento coattivo alla frontiera. D'altra parte, il dubbio di legittimità costituzionale del giudice milanese è rafforzato dalla considerazione che l'**art. 17 T.U.** ("Diritto di difesa") ha previsto, per lo straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale, l'autorizzazione a rientrare in Italia "per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza", ma **nulla ha previsto per lo straniero che, già espatriato a seguito di decreto di espulsione, abbia presentato ricorso avverso il decreto medesimo.**

Il potere di sospensione del provvedimento impugnato – Il tema si salda con la questione del riconoscimento del **potere del giudice di adottare provvedimenti di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato** e delle **condizioni e forme del suo esercizio.**

Il riconoscimento in capo al giudice di tale potere è stata affermato dalla Corte Costituzionale (**sent. n. 161/2000**, in *Dir. imm. e citt.* n. 2/2000, p. 93) in coerenza con la costruzione di quel **nucleo minimo del diritto di azione e difesa in questa materia** individuato come costituzionalmente necessario. La pronuncia intervenne con riferimento ad un assetto normativo (quello anteriore alla novella del 2002), nel quale i termini di ricorso e decisione (rispettivamente di 5 e 10 giorni) corrispondevano al periodo di scadenza dell'intimazione (15 giorni), che a sua volta rappresentava la *regola* per l'esecuzione dell'espulsione; nonostante questa coincidenza, si verificavano casi in cui il termine decisionale non poteva essere rispettato, rendendo così necessaria una tutela cautelare rispetto agli effetti del provvedimento impugnato: "in questi **casi particolari ed eccezionali**, venendo meno la contiguità temporale fra l'introduzione del giudizio e la sua definizione, la tutela cautelare non sarebbe superflua, per cui **non è inibito al giudice dell'opposizione di individuare lo strumento più idoneo**, nell'ambito dell'ordinamento, **per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato**".

Tale strumento è stato individuato dalla giurisprudenza di merito ricorrendo non solo all'**art. 700 c.p.c.** (che sarebbe inconciliabile con la

procedura applicabile dal giudice di pace), ma anche ad altri istituti, come, in via analogica, quello dell'**art. 22, ult. comma, l. n. 689/1981** in tema di opposizione ad ordinanza – ingiunzione e quello di cui agli artt. **669 sexies e octies c.p.c.** (cfr. ordinanza Tribunale di Bologna 14.8.2003, in *Dir. imm. e citt* n. 3/2003, p. 121). Anche una diversa soluzione, che si basa sul riconoscimento di un diritto soggettivo alla permanenza nel territorio dello Stato (azionabile attraverso un ordinario giudizio civile ma nei soli casi di sopravvenuto divieto di espulsione), ritiene concedibile la tutela cautelare secondo lo schema dell'art. 669 c.p.c. (Trib. Roma, ordinanza 7.1.2003, in *Dir. imm. e citt.*, n. 1/2003).

La radicale modifica del sistema delle esecuzioni introdotta dalla l. Bossi-Fini con la con l'attribuzione all'accompagnamento coattivo del ruolo di *regola* per l'esecuzione dell'espulsione, dilata i “casi particolari ed eccezionali” nei quali, come ha affermato la sent. 161/2000, è necessario riconoscere una tutela cautelare allo straniero espellendo; si pensi al caso di chi allegghi l'esistenza di uno dei divieti all'espulsione a norma dell'art. 19 T.U. (il rischio di persecuzioni razziali, sessuali, religiose etc. nel paese di destinazione, ovvero lo stato di gravidanza non facilmente, rapidamente e attendibilmente accertabile stando l'espulso all'estero). In tali casi, dunque, si deve riconoscere, sulla base di una doverosa interpretazione costituzionalmente orientata, al giudice il **potere di sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato**.

Sul punto, va segnalata l'ordinanza 28.10.2004 (in *www.altalex.com*) con la quale il Giudice di pace di Isernia ha sollevato questione di legittimità costituzionale, sospendendo l'esecutorietà del provvedimento impugnato, dell'art. 13, commi 8 e 3, T.U. “nella parte in cui non prevede l'adozione di provvedimenti cautelari di sospensione fino alla data fissata per la camera di consiglio”. Il remittente non ha trascurato di evidenziare come l'immediata esecutorietà del decreto di espulsione operi anche quando il provvedimento esecutivo dello stesso nella forma della menzionata intimazione a lasciare il territorio entro cinque giorni non sia soggetto a convalida giurisdizionale.

Riconoscibile in via interpretativa o a seguito di una nuova dichiarazione di illegittimità costituzionale, la tutela cautelare nell'ambito della procedura relativa all'impugnazione del decreto prefettizio di espulsione deve far parte di quel **nucleo irriducibile** in cui si sostanzia il **diritto di difesa** individuato dalla Corte Costituzionale.

Il “**nucleo irriducibile del diritto di difesa**” dello straniero – A integrare detto nucleo e a riempire il vuoto di normativa procedurale sopra analizzato concorrono altri principi affermati nella giurisprudenza della Corte costituzionale e tuttora validi.

Essenziali sono quelli enunciati nell’**ordinanza n. 35/2002** (cfr. *Dir. imm. e citt.* n. 1/2002, p. 146) emessa con riguardo alla procedura di convalida del trattenimento ma con una motivazione comune alle procedure di impugnazione dei decreti di espulsione ed ancora attuale, nonostante l’eliminazione del richiamo all’art. 737 c.p.c. ad opera della legge n. 271/2004, perché in generale riferita alla “**procedura camerale**” o “**in camera di consiglio**”, come oggi si esprimono l’art. 13, commi 5 bis e 8, nonché l’art. 14, comma 4.

Secondo l’ord. n. 35/2002, la scelta discrezionale del legislatore di ricorrere per esigenze di speditezza e semplificazione delle forme processuali alla procedura camerale è legittima purché sia fatta “**senza l’imposizione di specifiche limitazioni del contraddittorio**” e dunque senza violare il diritto di difesa. Fatta questa premessa e sottolineata l’**importanza per l’accertamento giurisdizionale dell’audizione dell’interessato** (per le relative problematiche, vds. *supra*) e dell’esame degli atti trasmessi dalla P.A. (non solo il provvedimento oggetto di convalida, ma tutti quelli presupposti necessari a norma dell’art. 14, comma 4, come pure oggi dell’art. 13, comma 5 bis per consentire al giudice di verificare la “sussistenza dei requisiti previsti dall’art. 13” ovvero di esprimersi in via incidentale sulla legittimità dell’espulsione), la Corte si è soffermata sui **poteri istruttori del giudice** negando che lo stesso ne sia privo come sostenuto dal remittente.

L’argomentare dell’ord. n. 35/2002 fa leva sull’art. 738, co. 3, c.p.c., espressamente applicabile per in forza della normativa previgente, ed è ancora oggi compatibile con la procedura di “udienza in camera di consiglio” e con le norme di procedura conciliabili su un piano generale con la giurisdizione affidata ai giudici di pace: tra i poteri previsti dall’art. 738, comma 3, c.p.c. vi è quello di **assumere informazioni**, un potere più ampio rispetto a quello di esibizione di cui all’art. 213 c.p.c. perché non ha esclusivamente come destinatario la Pubblica Amministrazione, ma qualsiasi soggetto pubblico e privato (si pensi in materia di violazioni di diritti umani e a connesse discriminazioni ad O.N.G. come ad esempio *Amnesty International* autrici di *reports* utilizzati anche nella giurisprudenza della Cedu o in altri contesti di giustizia sovranazionale). Anche

chi opta per il rito ordinario ritiene applicabili i relativi mezzi istruttori (in particolare, l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., dalla cui inosservanza discendono le conseguenze di cui all'art. 116 c.p.c.) “pur con connotazioni atipiche e ad impulso officioso” (Trib. Torino, ordinanza 27.6.2003, in *Dir., imm. e citt.*, n. 3/2003). Nulla sembra ostare infine all'assunzione di mezzi istruttori anche ex art. 23 comma 6 l. n. 689/1981, nella misura in cui si ritenesse applicabile il rito relativo all'opposizione all'ordinanza-ingiunzione.

Si tratta di un potere informativo ampio che consente risposte rapide “con qualunque mezzo di informazione”, compresi quelli più moderni e tecnologicamente avanzati di cui l'Autorità giudiziaria, a maggior ragione in procedimenti caratterizzati da speditezza e tuttavia concernenti la libertà personale “deve essere dotata”, secondo la netta affermazione dell'ord. n 35/2002.

Mentre i riferimenti contenuti nell'ordinanza in esame alla celerità valgono prevalentemente per le procedure di convalida, quelli ai **poteri informativi modulabili in modo cronologicamente più ampio** sono estensibili anche alle procedure di impugnazione delle espulsioni, rientrando, qualora le risposte tardino, nello ipotesi in presenza delle quali è consentito l'**esercizio del potere di sospensione**. Va precisato, peraltro, che tale ultimo potere non può essere direttamente esercitato dal giudice della convalida, che invece può disapplicare l'atto presupposto illegittimo e negare la convalida stessa: solo il giudice dell'impugnazione del decreto prefettizio ex art. 13, comma 8 può, in attesa della decisione conclusiva, sospendere l'efficacia dell'atto impugnato.

Ricorso contro il decreto di espulsione e convalida dei provvedimenti esecutivi – La novella del 2004 ha modificato – peraltro, trascurando i problemi connessi alle possibili diverse competenze territoriali – l'art. 14, comma 4, stabilendo che “la convalida può essere disposta anche in occasione della convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, nonché in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione”.

Nessuna modifica è stata invece introdotta dalla novella con riguardo alla situazione inversa, ossia alla possibilità, previa integrazione del contraddittorio a norma del citato art. 13 bis T.U., di trattazione del ricorso sull'espulsione in sede di convalida (in particolare, del trattenimento): tale soluzione è ammessa dall'orientamento, sul punto minori-

tario, accolto dalla decisione del Tribunale di Bologna 14.8.2003 sopra richiamata.

Le parti – L'art. 13 *bis* T.U. attribuisce al **prefetto la legittimazione processuale esclusiva** a contraddire avverso le opposizioni ai decreti di espulsione e tale legittimazione in deroga ai commi 1 e 2 dell'art. 11 del R.D. 1611/1933 permane anche se il prefetto non si sia costituito o difeso avvalendosi dei propri funzionari (Cass. 9078/2000, CED 538955) che secondo il disposto del comma 3 dell'articolo citato devono essere appositamente delegati. La legittimazione permane anche davanti alla Corte di Cassazione (Cass. Civ. 6.2.2003, n. 1748, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, f. 4)

Incombe sul giudice l'**obbligo di verificare che in relazione all'udienza fissata sia avvenuta la tempestiva convocazione di entrambe le parti** e che quindi l'autorità amministrativa sia messa in grado di fornire, così come previsto dall'art. 18 comma 2 del regolamento di attuazione (D.P.R. n. 394/1999), le proprie osservazioni; in difetto di tale verifica sussiste una **violazione del principio del contraddittorio** che travolge la decisione adottata al giudice (Cass. 5266/2003, CED 562572).

Speculare problema di rispetto del contraddittorio si pone **per la parte ricorrente**, in conformità alla tutela costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e al principio del giusto processo di cui al nuovo art. 111 Cost. Sul punto si osserva che non rileva, qualora non sia stata data comunicazione dell'udienza al ricorrente, la presenza del solo difensore (Cass. Civ. 16.7.2002, n. 10303, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 1236).

La tipologia delle decisioni – La decisione del giudice sul ricorso avverso l'espulsione può essere letteralmente di **accoglimento o rigetto**.

Va segnalato che in base alla **sentenza n. 252/2001** della Corte Costituzionale (in *Dir. imm. e citt.* n. 3/2001, p. 113) in materia di tutela del diritto di salute *ex artt. 2 e 32 Cost.*, il giudice può altresì adottare una decisione con la quale a fronte di un decreto di espulsione legittimamente emesso ne dichiara l'**attuale ineseguibilità** per ragioni di cura (non previste in quanto tali come divieto *ex art. 19 T.U.*) e fino al loro esaurimento.

Trattandosi di un procedimento con pluralità di parti la giurisprudenza maggioritaria ritiene vadano ad esso applicate le norme generali

sulla **pronuncia in ordine alle spese**, salvo non in modo infrequente compensarle.

Sulla retribuzione del difensore esiste un **problema di coordinamento** tra le norme del T.U. n. 286/1998 e quella di cui all'**art. 142 del D.P.R. n. 115/2002** (Testo Unico in materia di spese di giustizia). Infatti secondo l'**art. 13, comma 8** del T.U. come modificato dalla l. n. 189/2002, “lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato”; e tale norma ora è richiamata per le convalide ex artt. 13, comma 5 bis e 14, comma 4. Invece la disposizione speciale di cui al Testo Unico sulle spese di giustizia richiama solo il caso dello straniero ricorrente ex art. 13 T.U. n. 286/1998 e lo assimila ad altre situazioni particolari (es. l'imputato dichiarato formalmente irreperibile nel processo penale) in cui, a prescindere da ogni requisito di reddito o di altro genere previsto dalla normativa sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, chi esercita la difesa viene retribuito; il D.P.R. 115/2002 non prevede però una norma analoga per le procedure di convalida ex artt. 14 e 13, comma 5 bis. La norma di cui all'art. 142 D.P.R. n. 115/2002 ha almeno il valore interpretativo di confermare l'esattezza di quelle letture, favorite dalla lettera dell'art. 13, comma 8 (“lo straniero è ammesso”), secondo le quali anche in relazione alle procedure di convalida in ogni caso si tratta di un sistema di ammissione al patrocinio in deroga all'ordinario, di tipo automatico, privo di presupposti di reddito peraltro difficilmente verificabili per gli ostacoli all'identificazione degli interessati (che costituiscono tra l'altro uno dei motivi per i quali si può ricorrere al trattenimento ex art. 14, comma 1).

L'ammissione automatica al patrocinio (compatibile, come è noto, con la scelta di un difensore di fiducia) produce gli effetti di legge anche sull'anticipazione e sul pagamento delle spese processuali, ivi da intendersi ricompresa quella per l'interprete.

Il ricorso per cassazione – Al sensi dell'art. 13 *bis* comma 4, la decisione sul ricorso avverso il decreto prefettizio di espulsione non è reclamabile, ma è **impugnabile per Cassazione**. Il provvedimento di primo grado va notificato al Prefetto, salvo che nella fase di merito il patrocinio non sia stato assunto dall'Avvocatura dello Stato. Pertanto tale notifica è idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione di cui all'art. 326 c.p.c. (Cass. Civ. 27.1.2004, n. 1395, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 1).

3. LA TRADUZIONE DEL DECRETO DI ESPULSIONE

A norma dell'art. 13 co.7 T.U. "il decreto di espulsione e il provvedimento di cui al comma 1 dell'articolo 14, nonché ogni altro atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, sono comunicati all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una **traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola**".

Il principio sancito all'art. 13 co. 7 del T.U. ribadisce quanto già espresso nell'art. 2 T.U. laddove nell'individuazione in via generale dei diritti e dei doveri dello straniero, il legislatore ha stabilito al comma 6 che "ai fini della comunicazione allo straniero dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, gli atti sono tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato".

L'art. 3 del regolamento disciplina poi specificamente le modalità di comunicazione distinguendo a seconda che si tratti dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria ovvero quelli diversi emanati dal Ministro dell'interno, dai prefetti, dai questori o dagli organi di polizia. Significativamente al comma 3 dell'art. 3 cit., così come modificato dal d.P.R. n. 334/2004, nell'ambito della disposizione che riguarda proprio i provvedimenti di respingimento, di espulsione e di revoca o rifiuto del permesso, di rifiuto di conversione del titolo di soggiorno ovvero la revoca o il rifiuto della carta di soggiorno, è previsto che "se lo straniero non comprende la lingua italiana, il provvedimento deve essere accompagnato da una sintesi del suo contenuto, anche mediante appositi formulari sufficientemente dettagliati, nella lingua a lui comprensibile o, se ciò non è possibile per indisponibilità di personale idoneo alla traduzione del provvedimento in tale lingua, in una delle lingue inglese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'interessato".

La recente modifica del reg. att. effettuata con il d.P.R. n. 334/2004 (con l'introduzione dell'inciso "per indisponibilità ...") intenderebbe esonerare la P.A. dall'obbligo di tradurre il provvedimento nella lingua compresa dallo straniero quando si verifichi la "indisponibilità del personale idoneo alla traduzione del provvedimento in tale lingua"; come si vedrà più avanti peraltro la questione sul punto rimane aperta.

Parzialmente diversa è la disciplina nel caso di diniego del visto di in-

gresso, ai sensi dell'art. 6 bis del reg. att. - introdotto sempre con il d.P.R. n. 334/2004 – che contiene una formulazione diversa da quella sub art. 3, co. 3, nel senso che non vi é il riferimento all'indisponibilità dell'interprete, ma il ricorso alle lingue veicolari é preceduto da un ambiguo “o comunque” che sembrerebbe lasciare maggiori spazi alla discrezionalità dell'Amministrazione.

L'inosservanza dell'obbligo di traduzione costituisce motivo di impugnazione del provvedimento di espulsione, deducibile, a seguito della modifica al procedimento di impugnazione di cui alla legge n. 189/2002, entro sessanta giorni dalla data del provvedimento di espulsione. In ordine alla determinazione dei presupposti ed all'estensione di detto obbligo di traduzione, anche con riferimento alla facoltà di ricorrere ad una delle tre lingue internazionalmente più conosciute ove non sia possibile la traduzione nella lingua effettivamente conosciuta, la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione offre molteplici indicazioni.

La **Corte costituzionale** è intervenuta sulla questione a più riprese, ossia con le **sentenze n. 198/2000 e 227/2000** (in *Dir. Imm. e Citt.* n. 3/2000, p. 82) – sulle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13 co. 8 T.U. in relazione al rapporto fra la tempestività del ricorso contro il decreto di espulsione e l'omessa traduzione del decreto stesso in lingua conoscibile allo straniero – e da ultimo con la **sentenza n. 257/2004** (in *Dir. Imm. e Citt.* n. 3/2004), sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 13 co. 7 e 14 co. 5-*bis* T.U., successivamente alle modifiche introdotte dalla legge n.189/2002, in relazione al rapporto fra la omessa traduzione del decreto in una lingua effettivamente conosciuta e le conseguenze penali derivanti dalla violazione dell'ordine di lasciare in territorio impartito dal questore a seguito della mancata esecuzione dell'espulsione. L'orientamento del giudice delle leggi è incentrato, da una parte, sull'affermazione che **la traduzione del decreto di espulsione è preordinata ad assicurare la sua effettiva conoscibilità** e, dall'altra, sul riconoscimento che **la conoscibilità dell'atto è presupposto essenziale per l'esercizio del diritto di difesa (art. 24 Cost) di cui gode anche lo straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale**. Solo in virtù di tale ricostruzione interpretativa, la Corte costituzionale ha ritenuto la legittimità del sistema legislativo vigente.

Muovendo da queste premesse, la Corte ha affermato che **spetta al giudice di merito** – al quale sia sottoposta la relativa eccezione – nel ca-

so concreto ed usando dei suoi **poteri, anche ufficiosi, di accertamento, verificare se l'atto sia stato tradotto in una lingua conosciuta o conoscibile dallo straniero**: infatti, nel caso di **ignoranza senza colpa del provvedimento di espulsione, per inosservanza dell'obbligo di traduzione, non può ritenersi decorso il termine per l'eventuale impugnazione**.

Nell'esercizio di tale compito fondamentale per la garanzia del diritto di difesa il giudice di merito dovrà tenere conto dei **contenuti tecnici degli atti amministrativi da tradurre** (si pensi, ad es., alle indicazioni su modalità e tempi di impugnazione e sulle conseguenze delle trasgressioni).

L'orientamento interpretativo della Consulta deve poi essere integrato con quello – non sempre di facile armonizzazione – espresso dalla Corte di cassazione, orientamento riassumibile nei seguenti termini:

- a) La conoscenza della lingua italiana da parte dello straniero raggiunto da un decreto di espulsione integra un' **eccezione in senso proprio e non è quindi rilevabile d'ufficio**; conseguentemente non è deducibile per la prima volta in Cassazione (Cass. 12350/2001; Cass. Civ. n. 12812/2003, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, f. 9);
- b) L'**autorità amministrativa** deve, a pena di **nullità** del decreto di espulsione, specificamente indicare, fin dall'atto di comunicazione del provvedimento suddetto, **il motivo che rende impossibile rendere effettivamente e compiutamente conoscibile l'atto al destinatario nella sua lingua** (Cass. 13817/2001, CED 559983; 12581/2001, CED 549640);
- c) Le nullità del decreto di espulsione riconducibili alla **violazione dell'obbligo di traduzione ed alla mancata comprensione dello stesso da parte dell'interessato, non possono essere ritenute sanate** dalla proposizione di tempestivo ricorso avverso il decreto stesso (Cass. 13817/2001, CED 559983; 12581/2001, CED 549640; n. 9264/2001, CED 550791);
- d) La nozione di “**impossibilità**” della **traduzione** del decreto di espulsione nella lingua dello straniero è stata oggetto di varie interpretazioni, che spaziano da una **accezione estremamente rigorosa** che riteneva possibile la traduzione in lingua inglese, francese e spagnola **solo nell'ipotesi di mancata identificazione del paese di provenienza dello straniero, ovvero di accertata provenienza da un paese la cui**

lingua, per la sua rarità, non consenta l'agevole reperimento di un traduttore (così Cass. Civ. n. 879/2002, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 129) ad una **accezione più larga** che ravvisa la sufficienza, ai fini del ricorso alle lingue c.d. internazionali (francese, inglese e spagnolo), della **sola allegazione da parte dell'autorità amministrativa**, ad esempio, **del mancato reperimento immediato di un traduttore** (così Cass. civ. 3006/2004, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 2); una volta che l'autorità amministrativa ha assolto l'onere di specificazione in ordine alla ragione della difficoltà tecnico-organizzativa (ad es. il mancato reperimento immediato di un interprete con l'indicazione della relativa difficoltà che si ritiene tuttavia nella giurisprudenza di merito valutabile con rigore maggiore ove la sede dell'ufficio interessato sia tale da assicurare una diffusa presenza sul territorio di persone di varie lingue) che ha impedito la traduzione nella lingua dello straniero, **il giudice non può esercitare alcun sindacato sulla effettività della ragione indicata**, trattandosi di modalità di organizzazione o della esecuzione del servizio degli Uffici territoriali del Governo, sottratte al controllo del giudice ordinario (Cass. 3006/2004). L'orientamento sul punto non può dirsi pertanto consolidato anche se, come sopra ricordato, la modifica all'art. 3 comma 3 reg. att. sembrerebbe fare propria la giurisprudenza più restrittiva della Cassazione consentendo il ricorso alla lingua veicolare "se ciò non è possibile per indisponibilità di personale idoneo alla traduzione del provvedimento in tale lingua" (ossia quella comprensibile allo straniero). Tuttavia, la natura regolamentare della disposizione esclude che essa possa rappresentare un'interpretazione autentica della legge e quindi legittimare interpretazioni non in linea con il diritto alla comprensione da parte dello straniero. Pertanto, deve ritenersi che tuttora la P.A. debba offrire almeno una congrua motivazione dell'impossibilità di trovare un interprete e che sia insufficiente un generico attestato di impossibilità da parte dell'amministrazione onerata della traduzione. In ogni caso, comunque, la questione interpretativa sul punto resta quindi aperta, ed è auspicabile che l'amministrazione appresti le misure necessarie a limitare al minimo il ricorso alle cd. lingue veicolari.

- e) L'obbligo della traduzione del decreto di espulsione non impone all'autorità amministrativa di procedere alla **traduzione integrale**, potendo ritenersi anche una **traduzione sintetica**, idonea a garantire sufficientemente il diritto alla difesa che l'art. 13 co.7 T.U. mira a pre-

sidiare (Cass. 16032/2001, in *Dir., imm. e citt.*, n. 2/2002); va aggiunto che qualora la difformità tra la formula apposta sul decreto e la sua sintesi formulata nell'atto tradotto causi l'indeterminatezza della contestazione espulsiva si determina la nullità del decreto di espulsione (Cass. civ. 9.5.2003 n. 7085, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, f. 5).

- f) L'obbligo di traduzione posto dall'art. 13 co.7 T.U. può essere ritenuto soddisfatto laddove la traduzione avvenga nella **lingua del paese di appartenenza dello straniero**, non potendosi ricavare dal testo normativo in esame l'obbligo di traduzione nel **dialetto** comprensibile allo straniero eventualmente analfabeta (Cass. 6993/2004, CED 561754).

4. ALTRI MOTIVI DI RICORSO

Per l'analisi dei divieti di espulsione, si rinvia al capitolo sull'espulsione prefettizia (cap. 3) e a quello sull'asilo costituzionale e sullo *status* di rifugiato (cap. 7). Altri motivi di ricorso hanno carattere processuale e sostanziale.

Motivi di ricorso di carattere processuale.

- La Corte di cassazione ha precisato che nel giudizio di opposizione al decreto prefettizio di espulsione amministrativa non possono essere dedotte a verbale ragioni di nullità del decreto (nel caso di specie, la mancata sottoscrizione del prefetto) **già sussistenti al momento della presentazione del ricorso**, ed in quello non dedotto, salva l'ipotesi in cui **il vizio prospettabile abbia carattere processuale**, derivando dal processo di opposizione e quindi insorto successivamente al deposito del ricorso (Cass. 5117/2003, CED 561754).
- L'**obbligo di motivazione del decreto prefettizio** è assolto solo se in esso è chiaramente esposta **la specifica situazione di fatto assunta a presupposto dell'espulsione** e tale contestazione in fatto costituisce un elemento del tutto immutabile, salvo emettere da parte dell'autorità amministrativa un nuovo decreto di espulsione. La rilevanza di tale principio è strettamente connessa all'esercizio del diritto di difesa da parte dell'espellendo sul quale tuttavia non si ritiene possa incidere negativamente l'eventuale erronea invocazione delle norme di legge (per esempio l'addebito di essere entrato in Italia senza aver richiesto il titolo di soggiorno sulla base del richiamo normativo dell'art. 13 comma 2 lett. a), evocante un ingresso clandestino, in luogo

dell'art.5 co.2 del T.U.) che non si attagliano all'ipotesi di fatto contestata, e semperché dall'errato richiamo non discenda confusione che possa indurre errore scusabile nell'apprestamento delle difese (Cass. 1828/2003, CED 565535).

- **L'omessa indicazione nel provvedimento impugnato delle indicazioni generali di cui all'art. 3 co.4 l. n. 241/1990** a mente del quale “in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere”, **impedisce la decadenza dal diritto di proporre l'impugnazione** (Cass. 12428/2004).
- Lo straniero nei cui confronti penda in Italia un procedimento penale non può invocare quale motivo di impugnazione del decreto di espulsione **la mancanza del nulla osta**, giacché tale nulla osta è richiesto a salvaguardia delle esigenze della giurisdizione penale mentre l'interesse dell'espulso all'esercizio del diritto di difesa ed alla partecipazione al processo penale è tutelato dall'art. 17 T.U. che disciplina l'autorizzazione al rientro in Italia (Cass. 5949/2003, CED 562577; Cass. 16563/2004;).
- Non è invocabile quale motivo di impugnazione del decreto di espulsione **la mancata comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento di espulsione dello straniero ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/90** – diversamente dall'avvio del procedimento di revoca del permesso – perché tale adempimento appare incompatibile con le finalità di ordine pubblico e di sicurezza dello stato sottese al carattere della celerità e speditezza che la connotano (Cass. 13874/2001, CED, 550123).
- In forza del principio dell'art. 156 c.p.c. (raggiungimento dello scopo) non è nullo il decreto di espulsione, in cui sia erroneamente indicata l'autorità giudiziaria competente a conoscere il ricorso, qualora l'impugnativa sia stata presentata **innanzi al giudice competente** (Cass. 13891/2000, CED 543300).

Motivi di carattere sostanziale

Come già evidenziato al cap. 3, par. 1, le sezioni unite della Cassazione (sent. n. 7892/2003 in *Dir. Imm. e Citt.* n. 3/2003, p. 115) hanno chiarito che **la norma di cui all'art. 13 co. 2, lett. b) T.U. non prevede l'automatismo fra la mancata presentazione dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno** nel termine di tolleranza, dalla stessa fissato, di ses-

santa giorni e **l'espulsione dello straniero**. Infatti si deve distinguere in caso di **spontanea ma tardiva domanda di rinnovo** la situazione dello straniero nei cui confronti sussistevano già al momento della scadenza i requisiti di legge per la protrazione della permanenza e che quindi per forza maggiore non l'abbia tempestivamente proposta da quello che avendo perso i requisiti per il rinnovo abbia atteso di ritornare nelle condizioni previste dalla legge e conseguentemente presentato tardivamente la domanda di rinnovo. In tal caso, infatti, il ritardo nella presentazione spontanea della domanda di rinnovo fino al ripristino delle condizioni per il soggiorno potrà essere valutato agli effetti del diniego del rinnovo, sanzionandosi non già la mera inerzia dell'interessato, bensì il ritardo nella presentazione della domanda che, tempestivamente proposta, non avrebbe trovato accoglimento.

In tema di espulsione per **pericolosità sociale ai sensi dell'art. 13, comma 2 lett. c)**, T.U. in una delle sue più recenti pronunzie la Cassazione (cfr. sez. I, 10.4.2003, sent. n. 5661 in *Dir., Imm. e Citt.* n. 1/2004, p. 130) ha ribadito che il controllo della motivazione del provvedimento amministrativo nel bilanciamento tra esigenze di ordine pubblico e diritti soggettivi deve essere condotto alla luce degli **stessi criteri che l'autorità giudiziaria segue in ordine alle proposte di applicazione delle misure di prevenzione** e dunque deve fondarsi sul **carattere oggettivo degli elementi indicatori di pericolosità**, sull'**attualità** della stessa (anche considerando l'eventuale intervenuto inserimento lavorativo e socio-familiare) e su una **valutazione globale di personalità**.

V. L'ESECUZIONE DELL'ESPULSIONE

1. I PROVVEDIMENTI ESECUTIVI DELL'ESPULSIONE. L'ORDINE DI ALLONTANAMENTO DEL QUESTORE

Nel sistema originariamente delineato dalla legge Napolitano-Turco, l'esecuzione dell'espulsione era affidata, in via generale, all'**intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni** contenuta nello stesso provvedimento di espulsione: nei casi indicati rispettivamente dall'art. 13 e dall'art. 14, l'amministrazione poteva far ricorso alle misure dell'**accompagnamento coattivo alla frontiera** e del **trattenimento nei centri di permanenza temporanea ed assistenza**.

Con la legge Bossi- Fini, l'**accompagnamento coattivo è diventato la "regola" per l'esecuzione dell'espulsione**: ai sensi del comma 4 dell'art. 13, "l'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al comma 5", casi nei quali trova tuttora applicazione l'**intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni**. L'art. 14 disciplina il **trattenimento nei c.p.t.a.**, mentre l'art. 14, comma 5-bis ha introdotto – nella consapevolezza da parte del legislatore dell'impossibilità pratica di gestire gli allontanamenti con le misure dell'accompagnamento e del trattenimento – un nuovo strumento esecutivo dell'espulsione: "quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, ovvero siano trascorsi i termini di permanenza senza aver eseguito l'espulsione o il respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni". L'**ordine di allontanamento del questore** è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze penali della sua trasgressione: sui profili concernenti la tutela giurisdizionale avverso tale provvedimento, si rinvia al precedente cap. 4, par. 1.

2. L'ACCOMPAGNAMENTO COATTIVO ALLA FRONTIERA

La *regola* dell'accompagnamento coattivo alla frontiera sancita dal nuovo art. 13, comma 4 conosce una serie di deroghe.

La prima è disciplinata dall'**art. 13, comma 5 T.U.** ai sensi del quale “nei confronti dello straniero che si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo, l'espulsione contiene l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni”; anche in questa ipotesi, tuttavia, il questore dispone l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento. Sul punto va richiamato il già segnalato orientamento della S.C. secondo cui il **ritardo nella presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno non comporta l'automaticità dell'espulsione** (Cass., Ss.Uu. Civ., 20.5.2003 n. 7892, in *Dir., imm. e citt.*, 3/2003, p. 115).

Ulteriore deroga (non espressamente richiamata dall'art. 13, comma 4 e nella pratica assolutamente rara) è rappresentata dall'**art. 5, comma 7 T.U.** e riguarda il caso di espulsione facoltativa dello straniero che, munito di permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato dall'autorità di uno Stato appartenente all'Unione europea, non abbia dichiarato al questore la sua presenza in Italia nel termine previsto di 60 giorni.

Una terza ipotesi di deroga alla *regola* dell'accompagnamento coattivo alla frontiera è stata individuata dalla giurisprudenza di merito con riferimento agli **stranieri interessati alle istanze di regolarizzazione e destinatari di provvedimenti di diniego**. Tale ricostruzione sistematica ha trovato di recente un importante avallo nella menzionata pronuncia della Corte di cassazione n. 7472/2004 che riconosce al diniego di regolarizzazione “la sostanziale natura di atto di diniego del permesso di soggiorno”: da questa equiparazione tra coloro che ricevono una reiezione di istanza di regolarizzazione a coloro che sono destinatari di un rifiuto di permesso di soggiorno tempestivamente richiesto discende appunto l'applicabilità ai primi della norma di cui all'art. 12 del regolamento di attuazione (D.P.R. n. 394/1999) secondo cui il questore nello stesso provvedimento di rifiuto concede all'interessato un termine di 15 giorni per presentarsi alla frontiera con l'avvertenza che in mancanza si procederà ad espulsione a norma dell'art. 13 T.U. Sono stati perciò accolti, al-

meno nella parte relativa all'illegittimità dell'esecuzione dell'espulsione con accompagnamento immediato spesso contestuale alla comunicazione del rigetto dell'istanza di regolarizzazione, i ricorsi degli interessati per i quali non era stata eseguita la diversa procedura di cui all'art. 12 D.P.R. cit. (per questo orientamento cfr. in specie le pronunzie del Tribunale di Torino pubblicate in *Dir. Imm. e Citt.*, n. 2 e 3/2004 alcune delle quali ritengono che con la presentazione dell'istanza di regolarizzazione si verifichi una vera e propria rimessione in termini per la richiesta di permesso di soggiorno).

3. LA CONVALIDA DELL'ACCOMPAGNAMENTO COATTIVO ALLA FRONTIERA

La disciplina dell'accompagnamento coattivo alla frontiera delineata dalla legge Napolitano-Turco, che **non prevedeva alcuna forma di convalida giurisdizionale** di tale misura, fu oggetto, nel novembre del 2000, di alcune eccezioni di illegittimità costituzionale del tribunale di Milano.

La Corte costituzionale accolse sostanzialmente l'impostazione dei giudici di Milano e affermò – con una sentenza interpretativa di rigetto, la **n. 105/2001** (in *Dir., imm. e citt.* n. 2/2001, p. 109) – **che l'accompagnamento coattivo alla frontiera è una misura restrittiva della libertà personale dello straniero** e, in quanto tale, è soggetta alla **riserva di giurisdizione dettata dall'art. 13 Cost.**, non potendo pertanto essere legittimamente adottata in assenza di una pronuncia giudiziaria. Per ragioni processuali, questo principio fu affermato dalla Corte con esclusivo riferimento al caso in cui alla misura dell'accompagnamento coattivo alla frontiera fosse associato il trattenimento nei centri di permanenza, una caso per il quale la Corte *allargò* in via interpretativa la portata del sindacato giurisdizionale già previsto dalla legge Napolitano-Turco per il trattenimento alla verifica della legittimità del provvedimento di accompagnamento coattivo.

Continuava invece ad essere privo di qualsiasi intervento giurisdizionale il caso dell'accompagnamento alla frontiera disposto indipendentemente dal trattenimento, un caso per il quale non era previsto, né era ricostruibile in via interpretativa alcun meccanismo di convalida, meccanismo che fu allora introdotto dal decreto-legge n. 51/2002, convertito, con modificazioni, nella **l. n. 106 del 2002: il nuovo comma 5-bis del-**

l'art. 13 introdotto dalla novella delineava appunto una procedura di convalida della misura dell'accompagnamento coattivo alla frontiera disposto dall'autorità di polizia, misura che, con la successiva legge Bossi-Fini è diventato, come si è visto, la *regola* per l'allontanamento dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione.

Sull'assetto normativo così sommariamente descritto è intervenuta la **sent. n. 222/2004**, che, sviluppando le affermazioni di principio svolte già nella sent. n. 105/2001, ha dichiarato l'**illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-bis** “nella parte in cui non prevede che **il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa**”.

A seguito della sentenza n. 222/2004, il legislatore è nuovamente intervenuto, delineando la nuova procedura di convalida di cui all'art. 13, comma 5-*bis*, T.U. introdotta con il d.l. n. 241/2004 convertito anche sul punto con modificazioni dalla l. n. 271/2004.

Il quadro dei principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale è in grado di offrire rilevanti riferimenti all'interprete. Muovendo dall'affermazione che i provvedimenti di accompagnamento coattivo alla frontiera costituiscono (così come il trattenimento) **limitazioni della libertà personale** (e non semplicemente della libertà di circolazione), soggette alla **riserva di giurisdizione** di cui all'art. 13 Cost., la Corte esclude che la convalida possa essere soltanto “**cartolare**”, priva di contraddittorio: è necessaria dunque **l'audizione dell'interessato**, assistito da un **legale**, nominato eventualmente d'ufficio, che al più tardi in udienza, attraverso il contatto con il suo assistito, possa acquisire ogni elemento utile alla difesa (cfr. Corte Cost. ord. n. 385/2001, in *Dir., imm. e citt.* n. 1/2002, p. 146). Rappresentando la tutela giurisdizionale rispetto ad un provvedimento provvisoriamente restrittivo della libertà personale, la convalida non può essere priva di effetti concreti sull'atto sottoposto controllo con esito negativo, come accadeva con la normativa dichiarata incostituzionale dalla sent. n. 222/2004.

La disciplina delineata dal nuovo comma 5-*bis* dell'art. 13 T.U. stabilisce che il questore comunica **immediatamente** e, comunque, **entro quarantotto ore dalla sua adozione**, al giudice di pace territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamen-

to alla frontiera: poiché la disposizione in esame stabilisce che “in attesa della definizione del procedimento di convalida, lo straniero espulso è trattenuto in uno dei centri di permanenza temporanea ed assistenza, di cui all’articolo 14” (salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili), deve ritenersi che la competenza territoriale del giudice di pace vada individuata sulla scorta dell’art. 14, comma 3, ai sensi del quale “il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, per la convalida, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall’adozione del provvedimento”. Così come per il ricorso avverso il decreto di espulsione, la competenza del giudice di pace ha **natura funzionale ed inderogabile**.

L’udienza per la convalida si svolge in **camera di consiglio**: sul punto si rinvia, all’analisi svolta nel cap. 4; al giudice vanno riconosciuti i poteri istruttori e cautelari già esaminati, così come esige la natura dell’intervento giurisdizionale a tutela della libertà personale.

È prevista la **partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito**: è indispensabile l’attenta verifica che l’avviso dell’udienza al difensore sia effettivamente tempestivo, disponendo, in caso contrario, il differimento dell’udienza finché il termine decisionale lo consente. La convocazione delle parti deve essere fatta dalla cancelleria a entrambe le parti, come già chiarito in materia ricorso avverso il decreto di espulsione: “è errata, infatti (l’interpretazione) ... secondo la quale la legge imporrebbe la sola convocazione dell’opposto, gravando sempre sull’opponente l’onere di informarsi in cancelleria dell’esito del suo ricorso” (Cass. civ. n. 18031 del 26.11.2003, CED 568478).

Come già chiarito sopra, devono ritenersi applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al sesto e al settimo periodo del comma 8 dell’art. 13, il che comporta l’**automatica liquidazione dell’onorario al difensore secondo le norme sul patrocinio a spese dello Stato**. A norma del comma 5 bis dell’art. 20 del regolamento di attuazione (come modificato dal d.P.R. n. 334/2004) spettano anche allo straniero destinatario di un provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera oggetto di convalida gli avvisi concernenti il diritto all’assistenza di un difensore di fiducia o in mancanza d’ufficio, anche per le successive comunicazioni dei provvedimenti giurisdizionali, nonché l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

L'interessato deve essere tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza: l'avviso e la comparizione sono funzionali all'**audizione dell'espellendo** e, pertanto, i relativi adempimenti devono formare oggetto di rigoroso vaglio da parte del giudice che è tenuto, in caso di mancata comparizione di una delle parti, a verificare il buon fine delle comunicazioni da lui disposte (Cass. civ. n. 2139 del 5.2.2004, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 2).

L'audizione dello straniero “se comparso” è **obbligatoria a pena di nullità del provvedimento** del giudice adottato in difetto. L'inciso “se comparso”, che nella disposizione in esame segue l'altro inciso “sentito l'interessato”, deve essere interpretato in modo restrittivo, ossia escludendo la necessità dell'audizione solo nel caso di documentato impedimento assoluto (che non consenta un differimento d'udienza nel termine decisionale di 48 ore) o di rinuncia con modalità tali (in primo luogo l'assistenza di interprete) che diano garanzie sulla piena consapevolezza da parte dell'interessato del diritto di partecipazione processuale.

La funzionalità dell'audizione all'effettivo esercizio del diritto di difesa comporta che il giudice debba assicurare la **presenza di un interprete** che parli una lingua effettivamente conosciuta dallo straniero (art. 13, comma 8, ultimo periodo, richiamato dall'art. 13, comma 5-*bis*).

Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive (che decorrono dal momento della comunicazione del provvedimento alla cancelleria) verificata l'osservanza dei termini e “la sussistenza dei requisiti” previsti dall'art. 13 T.U. Versandosi in materia di *habeas corpus*, **l'osservanza dei termini** – sia per la comunicazione del provvedimento, sia per la decisione del giudice – **deve essere improntata ad estremo rigore** (cfr. Cass. civ. 6.7.2000, n. 9002, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 1501).

L'espressione “verificata la sussistenza dei requisiti previsti dal presente articolo” (diversa dal previgente testo dell'art. 13, comma 5-*bis* che non faceva riferimento a *tutto* il “presente articolo” ma solo al provvedimento di accompagnamento) deve essere interpretata secondo la lettera della disposizione e secondo la *ratio* di tutela effettiva sottesa all'intervento giurisdizionale: **in sede di convalida dell'accompagnamento, il giudice deve dunque verificare la legittimità dell'atto presupposto del provvedimento di accompagnamento, ossia del decreto prefettizio di espulsione**, dovendosi ritenere che con la richiesta di convalida dell'accompagnamento al giudice di pace territorialmente competente il que-

store – analogamente a quanto accade per la convalida del trattenimento – debba trasmettere non solo il provvedimento diretto oggetto della convalida, ma tutti gli atti amministrativi antecedenti (cfr. Corte cost., sent. n. 105/2001 cit.; ribadisce tale orientamento, enunciando principi certo applicabili al caso di specie, anche Corte Cost. n. 44 del 6.3.2002, in *Giur. Cost.*, 2002, 568).

In linea con quanto stabilito dalla sent. n. 222/2004, il nuovo comma 5-bis prevede che **il provvedimento di accompagnamento alla frontiera non possa essere eseguito prima della convalida giurisdizionale** (“l’esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida”): solo con la concessione della convalida il provvedimento di accompagnamento alla frontiera diventa esecutivo.

Se la convalida non è concessa ovvero non è osservato il termine per la decisione, **il provvedimento del questore perde ogni effetto**.

Avverso il decreto di convalida è proponibile **ricorso per cassazione**. Il relativo ricorso **non sospende l’esecuzione dell’allontanamento dal territorio nazionale**. La mancanza di uno strumento che consenta la sospensione dell’esecuzione sembra incidere su quel **nucleo irriducibile** in cui si sostanzia il **diritto di difesa** dello straniero individuato dalla Corte Costituzionale (*supra*, cap. 4.2); è pertanto ipotizzabile la possibilità di proporre istanza di sospensione dell’esecuzione ex art. 373 c.p.c. al giudice che ha emesso il provvedimento; nel caso dell’espulsione sussiste il grave ed irreparabile danno derivante dall’esecuzione richiesto dalla norma.

Ai sensi del **comma 5-ter dell’art. 13 T.U.**, introdotto dalla novella del 2004, “al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida dei provvedimenti di cui ai commi 4 e 5, ed all’articolo 14, comma 1, le questure forniscono al giudice di pace, nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo”. La norma presta il fianco ad un duplice ordine di critiche: per un verso, infatti, **attribuisce impropriamente all’amministrazione degli interni compiti di organizzazione dei servizi della giustizia** che a tale amministrazione sono del tutto estranei; per altro verso, appare potenzialmente idonea ad **offuscare l’immagine di imparzialità del giudice di pace**, compromettendone l’autorevolezza.

4. IL TRATTENIMENTO NEI CENTRI DI PERMANENZA TEMPORANEA ED ASSISTENZA

Il trattenimento dello straniero in un centro di permanenza temporanea e assistenza quale strumento per l'esecuzione dell'espulsione è stato introdotto dal T.U. n. 286/1998: la relativa disciplina è stata poi modificata per aspetti significativi sia dalla L. n. 189/2002, sia dal decreto-legge n. 241/2004, convertito, con modificazioni, nella L. 271/2004.

La Corte costituzionale, come si è visto, ha affermato con chiarezza che “il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione” (sent. 105/2001 cit.). Secondo un'espressione poi comunemente recepita, il trattenimento si concretizza in una vera e propria *detenzione amministrativa*, che ha fatto sorgere in dottrina dubbi di legittimità costituzionale, ora con riferimento a diversi profili della disciplina legislativa ed in relazione a vari parametri costituzionali, ora, più in generale, con riferimento alla *comparazione* della disciplina di cui all'art. 14 T.U. con quella prevista dal codice di procedura penale per l'applicazione di misure cautelari personali.

I casi: l'art. 14, co. 1 T.U.

L'art. 14, co. 1 T.U. prevede il trattenimento dello straniero presso il c.p.t. quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, poiché:

- a) occorre procedere al soccorso dello straniero;
- b) occorre procedere ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità;
- c) ovvero occorre procedere all'acquisizione di documenti per il viaggio;
- d) ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo.

Il provvedimento che dispone il trattenimento, così come quello che ordina l'accompagnamento coattivo alla frontiera, rientra nella **competenza del questore** (e non del prefetto, competente sull'emissione del provvedimento di espulsione).

Intervenuta la convalida, come si vedrà nel successivo paragrafo, il trattenimento può protrarsi per un periodo non superiore a **trenta giorni** e, comunque, “**per il tempo strettamente necessario**”, come recita l’art. 14, co. 1: la Corte costituzionale, infatti, ha precisato che, concorrendone le condizioni, **la misura deve cessare prima dello spirare del termine ultimo** (sent. 105/2001, cit.). E secondo la giurisprudenza di merito il giudice chiamato a convalidare il provvedimento del questore di trattenimento “deve, nel valutare la legittimità del provvedimento emesso, determinare autonomamente anche l’ulteriore tempo di permanenza necessario, in modo da recuperare il principio dell’adeguatezza e della proporzione fra la misura restrittiva e le esigenze statuali di disciplina e controllo dell’immigrazione” (Tribunale di Milano, 27.1.2001, in Giur. merito 2002, p. 472).

Su richiesta del questore, il giudice può prorogare il termine di durata di **ulteriori trenta giorni**, “qualora l’accertamento dell’identità e della nazionalità, ovvero l’acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà”. Traducendosi in una rilevante compressione della libertà personale dello straniero, la proroga del trattenimento riveste **carattere di assoluta eccezionalità**: deve pertanto ritenersi che sia la richiesta del questore sia il provvedimento del giudice debbano essere **congruamente motivati** in ordine alla sussistenza delle condizioni legittimanti la protrazione della *detenzione amministrativa*.

Al riguardo, va segnalato l’orientamento di un giudice di merito che ha respinto una richiesta di proroga del trattenimento presentata con notevole anticipo rispetto alla scadenza del termine ed in assenza di indicazioni circa l’insufficienza del periodo di tempo residuo per il compimento delle attività amministrativa cui sarebbe stata preordinata la proroga (Trib. Milano, ord. 3.1.2000, est. Orsenigo, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 1/2000).

Sempre la considerazione che il trattenimento è misura destinata ad incidere sulla libertà personale dello straniero è alla base di un orientamento della Suprema Corte che ritiene il trattenimento stesso **non suscettibile di reiterazione** da parte dell’autorità amministrativa una volta scaduto il termine massimo previsto dal legislatore (Cass. I. sent. n. 15203 del 29.11.2001, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 2056). Questo orientamento sembra trovare conferma nella norma di cui all’art. 14, co. 5-bis (introdotta dalla L. 189/2002), ai sensi della quale “quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza tem-

poranea, ovvero siano trascorsi i termini di permanenza senza aver eseguito l'espulsione o il respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni": come si vedrà più avanti, la trasgressione di tale ordine "senza giustificato motivo" integra un illecito penale.

Gli altri casi: a) l'art. 13, co. 3; b) l'art. 14, co. 5-quinquies; c) l'art. 13, co. 5 bis.

Oltre che nell'ambito del procedimento per il riconoscimento dello status di rifugiato (art. 1-bis della L. 39/1990, come modificata dalla L. 189/2002), altri casi di trattenimento sono previsti dal T.U. n. 286/1998.

a) Ai sensi dell'art. 13, co. 3, il questore, in attesa della **decisione dell'autorità giudiziaria relativa alla concessione del nulla-osta all'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale**, "può adottare la misura del trattenimento presso un centro di permanenza temporanea, ai sensi dell'articolo 14". Il richiamo all'art. 14 evidenzia la necessità che l'adozione del provvedimento di trattenimento da parte del questore e la successiva convalida giurisdizionale si conformino alle norme previste da tale articolo. L'espressione "può adottare" sembrerebbe alludere al carattere "facoltativo" del provvedimento di trattenimento nel caso in esame: l'assoluta mancanza di parametri legislativi alla stregua dei quali esercitare la discrezionalità amministrativa, tuttavia, induce a ritenere che il richiamo all'art. 14 debba essere inteso come comprensivo anche dei presupposti ivi disciplinati; diversamente, la lacunosità della fattispecie presterebbe il fianco a dubbi di legittimità costituzionale per violazione della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.

Va inoltre segnalata una decisione del Tribunale di Bologna (ord. 8.9.2004 in *Dir. imm. e citt.* n. 3/2004) secondo la quale **deve essere respinta**, in difetto di espressa previsione legale, **la richiesta di proprio del trattenimento basata sul mancato rilascio del nulla osta**.

b) Ai sensi dell'art. 14, co. 5-quinquies, come modificato dalla L. n. 271/2004, per i reati di cui ai commi 5-ter e 5-quater si procede con il rito direttissimo; inoltre "al fine di assicurare l'espulsione, il questore dispone i provvedimenti di cui al comma 1"; la versione della disposizione anteriore alla L. n. 271/2004 stabiliva che il questore

“... può disporre ...” i provvedimenti di cui all’art. 14, comma 1: la modifica sembra dunque nel senso di rendere **obbligatorio** il ricorso al trattenimento.

Poichè, come si vedrà nel capitolo successivo, le fattispecie *ex art. 14, comma 5-ter* sono state trasformate – con un’eccezione – in delitto e in relazione ad esse è stato reintrodotta l’arresto obbligatorio in flagranza, la *detenzione amministrativa* si verrebbe a *sovrapporre* alla misura pre-cautelare penale. D’altra parte, va rilevato che il reato di ingiustificata inosservanza dell’ordine del questore di cui all’art. 14, comma *5-bis* presuppone appunto tale ordine, a sua volta subordinato all’impossibilità di trattenere lo straniero espellendo in un centro di permanenza.

Pertanto, deve ritenersi che la fattispecie di trattenimento di cui al comma *5-quinques* sia vincolata, per un verso, alla **sussistenza dei requisiti di cui al comma 1** e, per altro verso, al **superamento** – evidentemente dopo la celebrazione del giudizio direttissimo (e quindi successivamente all’arresto dello straniero) – **della situazione ostativa al precedente trattenimento dello straniero** (situazione in base alla quale era stato emesso l’ordine del questore di cui al comma *5-bis*): la sussistenza dei requisiti di cui al comma 1 e dell’elemento negativo ora indicato dovrà emergere dalla motivazione del provvedimento del questore e dovrà essere **vagliata in sede di convalida giurisdizionale**. Deve essere comunque sottolineata la **rilevante indeterminatezza della norma** in esame, nonostante l’incidenza della misura ivi prevista sulla libertà personale dello straniero.

- c) Come già esaminato nel precedente paragrafo, il d.l. n. 241/2001, conv. in l. n. 271/2004 nel ridisegnare la disciplina della procedura di convalida dell’accompagnamento immediato alla frontiera ha introdotto una nuova ipotesi di trattenimento in c.p.t. – in attesa di tale convalida – di tipo apparentemente obbligatorio salva la possibilità che il relativo procedimento possa essere definito “nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili”.

5. LA CONVALIDA DEL TRATTENIMENTO

Il provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento

dello straniero in uno dei casi sopra descritti deve essere convalidato nei termini previsti dalla legge secondo le scadenze dettate dall'art. 13, co. 3 Cost.:

- **senza ritardo** e, comunque, **entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento che dispone il trattenimento**, il questore trasmette **copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente**; come ha rilevato anche la Corte costituzionale (sent. n. 105/2001, cit.), l'art. 14, co. 3 dispone che il questore trasmetta al giudice copia degli "atti" e, dunque, non del solo provvedimento di trattenimento, ma di **tutti gli atti del procedimento, incluso evidentemente il provvedimento di allontanamento** (come peraltro previsto dall'art. 20, comma 1 reg. att., ai sensi del quale il provvedimento di trattenimento è comunicato all'interessato "unitamente al provvedimento di espulsione o di respingimento");
- nelle **quarantotto ore successive** alla trasmissione degli atti da parte del questore, il giudice di pace **convalida o meno il provvedimento di trattenimento**; conformemente a quanto previsto dall'ultimo periodo dell'art. 13, comma 5-*bis* per la convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, il termine di quarantotto ore entro il quale il giudice di pace deve provvedere alla convalida decorre dal deposito degli atti presso la cancelleria.

L'inosservanza dei termini indicati determina l'inefficacia del provvedimento di trattenimento (Cass., I, sent. n. 9002 del 7.6.2000, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2000).

La disciplina della procedura della convalida del trattenimento ricalca quella dell'accompagnamento coattivo: si rinvia, pertanto, all'esposizione precedente, segnalando, in questa sede, solo alcuni specifici aspetti dell'istituto *de quo*.

Competente territorialmente alla convalida della *detenzione amministrativa* è il **giudice di pace del luogo ove si trova il centro di permanenza**. Al riguardo, va osservato che nella versione modificata dalla L. 271/2004, l'art. 14, co. 4 esclude dal novero dei requisiti di cui agli artt. 13 e 14 la cui sussistenza deve essere accertata in sede di convalida del trattenimento, quello della "**vicinanza**" **del c.p.t. contemplato dal primo comma** (requisito che è stato invece inserito nella nuova versione dell'art. 20, comma 1 reg. att., come modificato dal d.P.R. n. 334/2004).

L'innovazione è tesa a contrastare l'indirizzo giurisprudenziale che sindacava l'osservanza di tale requisito, escludendo la convalida nei casi in cui la scelta da parte del questore di trattenere lo straniero in un centro diverso da quello "più vicino" non fosse accompagnata da adeguata documentazione circa l'indisponibilità di centri "meno lontani" (cfr. Trib. Agrigento, est. Conti, 18.11.2000, in *Dir. Imm. Citt.*, 1/2001). Nonostante la previsione regolamentare, l'esclusione del sindacato giurisdizionale sulla scelta del centro presso il quale trattenere l'espellendo attribuisce, in buona sostanza, all'amministrazione la **possibilità di "scegliersi il giudice"**, con evidenti ricadute sul piano dell'osservanza del **principio del giudice naturale** ex art. 25, co. 1 Cost.

Con la citata sentenza n. 222/2004 (in *Dir. Imm. Citt.*, n. 2/2004), la Corte costituzionale ha sottolineato la necessità che il controllo giurisdizionale sul provvedimento limitativo della libertà personale (l'accompagnamento coattivo, nel caso di specie) e le garanzie difensive dello straniero siano improntate a criteri di effettività: è dunque necessario che **il sindacato del giudice in sede di convalida del trattenimento circa la sussistenza dei requisiti ex artt. 13 e 14 T.U. sia particolarmente rigoroso** (di "rigoroso controllo del titolo di privazione della libertà personale" ha parlato di recente la Suprema corte (sent. n. 10559 del 3.6.2004, in *Dir. imm. citt.*, 2/2004, p. 145).

Discussa, tuttavia, è la portata di questo controllo e, in particolare, l'estensione o meno dello stesso al provvedimento di espulsione alla cui esecuzione è preordinato il trattenimento. Nella pronuncia citata, la Corte di cassazione ha affermato che è obbligo del giudice del merito di verificare – anche esercitando i suoi poteri officiosi – l'esistenza giuridica oltre che materiale del provvedimento di espulsione e di indicare l'atto allegato, non bastando la sola menzione della sua presenza nel provvedimento che dispone il trattenimento.

In altra decisione (sent. n. 5728/2004, in *Dir. Imm. Citt.*, 2/2004, p. 134) i giudici di legittimità, nel cassare un provvedimento giurisdizionale di convalida di trattenimento adottato senza preventiva audizione dell'interessato, si sono rifatti all'interpretazione della Corte Costituzionale di cui alla basilare sentenza n. 105/2001 e a numerose altre richiamate ordinanze e hanno ritenuto che "il giudizio di convalida del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea investe non solo il trattenimento stesso, ma **anche il provvedimento di espulsio-**

ne amministrativa e la sua specifica modalità di esecuzione consistente nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica".

Questa soluzione al problema in esame appare certamente più conforme dell'altra in precedenza sostenuta dalla Suprema Corte secondo cui il diritto, di cui all'art. 14, comma 6, a ricorrere per cassazione avverso il decreto di convalida dell'ordine del questore di trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea, è limitato solo alle ragioni riguardanti i presupposti, la durata e il procedimento relativi alla misura del trattenimento nonché a quelle poste alla base dell'altra (e successiva) misura dell'accompagnamento dello straniero alla frontiera, a mezzo della forza pubblica: pertanto, non sono deducibili da parte del ricorrente ragioni attinenti il provvedimento di espulsione o concernenti il rilascio del permesso di soggiorno (Cass. I, sent. n. 5918 del 23.4.2002, RV 553961).

Nella prospettiva delineata, **il controllo del giudice in sede di convalida del provvedimento di trattenimento deve estendersi anche al provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera** (come affermato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 105/2001 cit.), **ma non al provvedimento prefettizio di espulsione, la cui esistenza, tuttavia, deve essere accertata – anche d'ufficio – dal giudice, non essendo sufficiente la menzione contenuta nei provvedimenti esecutivi.**

La soluzione più estensiva è preferita anche in dottrina sull'assunto che il sindacato giurisdizionale della legittimità del trattenimento non può non estendersi anche al provvedimento amministrativo di espulsione che del trattenimento costituisce il presupposto: conferente in tal senso è l'ampia formulazione dell'14, co. 4 che impone al giudice l'accertamento della "sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 13 e dal presente articolo", rientrando tra i primi anche gli elementi costitutivi delle singole fattispecie espulsive di cui al primo comma dell'art. 13 T.U.

Resta, come visto sopra, aperta la questione della **possibilità di derogare in sede di convalida del trattenimento alla ordinaria competenza territoriale** in tema di impugnazione dei provvedimenti prefettizi di espulsione per la quale si rinvia all'indirizzo di merito rappresentato dalla già citata ordinanza del Tribunale di Bologna 14.8.2003 (*supra*, cap. 4.2).

Così come resta valido l'autorevole orientamento interpretativo della Corte Costituzionale di cui all'ordinanza n. 35/2002 (in *Dir. Imm. Citt.* n. 1/2002, cit. nel cap. 4).

Sul piano più strettamente processuale, la Suprema Corte (con numerose sentenze, citate da Cass. I, sent. n. 11696 del 30.7.2003, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 4/2003) ha ritenuto che il ricorso per cassazione avverso il decreto del tribunale di convalida della misura del trattenimento presso un c.p.t. disposta dal questore **non può essere proposto nei confronti del questore stesso** – privo, a differenza del prefetto, di alcuna legittimazione processuale, attiva o passiva – ma **deve essere proposto nei confronti del Ministro, cui il ricorso va notificato presso l'avvocatura generale dello Stato**. In caso di erronea proposizione del ricorso nei confronti del questore, con notifica presso l'avvocatura, la stessa notifica deve ritenersi non inesistente o inammissibile, ma nulla e deve essere rinnovata.

Si ricorda infine che la dottrina, in linea con una giurisprudenza di merito (Trib. Roma, decr. 8.1.2000, est. Rizzo, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 1/2000), ha ritenuto che **l'omissione dell'avviso allo straniero della facoltà di nominare un difensore di fiducia, così come l'omessa traduzione dell'avviso stesso, comportano la non convalida del trattenimento**.



I PROFILI PENALISTICI. LE ESPULSIONI DISPOSTE DALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

1. I REATI COLLEGATI ALL'ESPULSIONE

La legge n. 271 del 2004 (conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 241 del 2004) ha innovato profondamente la normativa concernente i reati collegati all'espulsione.

L'art. 13 T.U. – L'art. 13, co. 13 T.U. (che nella versione anteriore alla novella del 2004 contemplava una contravvenzione punita con l'arresto da sei mesi ad un anno) punisce con la **reclusione da uno a quattro anni lo straniero espulso che rientri nel territorio dello Stato trasgredendo il divieto di reingresso** in assenza della speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. A norma del co. 14, il divieto di reingresso opera per un periodo di dieci anni, ma nel decreto di espulsione può essere previsto un periodo più breve, comunque non inferiore a cinque anni.

Il co. 13 *bis*, introdotto dalla L. 189/2002 ed anch'esso modificato dalla L. 271/2004, contempla due nuove fattispecie delittuose. Con la prima, è punita con la reclusione da uno a quattro anni la trasgressione del divieto di reingresso nel caso di **espulsione disposta dal giudice**. Con la seconda, è incriminato lo straniero che, "**denunciato**" per il reato di cui all'art. 13 co. 13 ed **espulso**, abbia fatto **reingresso sul territorio nazionale**: per questa fattispecie la novella del 2004 ha inasprito il trattamento sanzionatorio, prevedendo la **reclusione da uno a cinque anni**. Il riferimento alla mera denuncia suscita dubbi di legittimità costituzionale in relazione alla presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, cpv. Cost.*, in quanto la reiterazione della condotta di reingresso non è valutata sulla base di una sentenza definitiva di condanna per il reato *ex art. 13, co. 13*.

La giurisprudenza formatasi con riferimento alla previgente disposizione, attribuiva alla fattispecie di reingresso illegale **natura di reato per-**

manente. Tuttavia, dopo le modifiche introdotte dalla novella del 2002, una parte della giurisprudenza di merito ed alcuni autori avevano attribuito ai reati in esame **natura istantanea**, osservando che la condotta tipica consiste nel superamento dei confini territoriali, mentre la successiva permanenza rappresenta un effetto del reato già perfezionatosi. Inoltre, a sostegno della tesi della natura istantanea dei reati di violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso veniva richiamata la disciplina di cui all'art. 13 comma 13-ter che prevedeva per i reati di cui ai commi precedenti l'arresto facoltativo in flagranza e, solo per i delitti, il fermo di p.g., previsione quest'ultima superflua se i reati in esame avessero avuto carattere permanente.

Nella versione modificata dalla L. n. 271/2004, l'art. 13, comma 13-ter recita: "per i reati di cui ai commi 13 e 13-bis è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto anche fuori dei casi di flagranza e si procede con rito direttissimo". In forza di tale norma a) è stata **abolita la previsione del fermo** per le fattispecie di cui al comma 13-bis, b) l'arresto **da facoltativo diviene obbligatorio** e c) viene previsto "**anche fuori dei casi di flagranza**". Proprio la previsione dell'arresto anche fuori dei casi di flagranza sembra offrire una nuova conferma alla tesi della **natura istantanea** – sia pure **con effetti permanenti** – delle fattispecie di cui all'art. 13, commi 13 e 13-bis.

L'art. 14 T.U. – Il legislatore del 2002 ha introdotto, nell'art. 14, co. 5 bis, un nuovo strumento esecutivo del provvedimento di espulsione, ossia l'ordine rivolto dal questore all'espellendo di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni (vds. *supra* par. 5.1): lo straniero che "senza giustificato motivo" si trattiene nel territorio dello Stato in violazione di tale ordine era punito, ai sensi del co. 5 ter, con l'arresto da sei mesi ad un anno. La formulazione dell'art. 14 delineata dal legislatore del 2002 si articola, inoltre, nelle seguenti previsioni: si stabilisce, in presenza della fattispecie incriminatrice dell'**ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento**, l'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera (co. 5-ter seconda parte); l'incriminazione del reingresso a seguito di quest'ultima, specifica forma di espulsione (co. 5-quater); l'introduzione, al fine di assicurare l'esecuzione dell'espulsione successiva al perfezionamento delle nuove fattispecie di reato, di una ulteriore ipotesi di trattenimento (co. 5-quinquies seconda parte).

Con la legge n. 271 del 2004, l'art. 14 co. 5-ter è stato modificato nel

senso che lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore *ex comma 5-bis* è punito: a titolo di **delitto** con la **reclusione da uno a quattro anni** se l'espulsione è stata disposta per ingresso illegale sul territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere *a)* e *c)* ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato); a titolo di **contravvenzione** con l'**arresto da sei mesi ad un anno** se l'espulsione è stata disposta per essere il permesso di soggiorno scaduto da più di sessanta giorni ed in assenza di richiesta di rinnovo.

Il tribunale di Genova (ord. 10 dicembre 2004, est. Ivaldi), richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale sul limite della ragionevolezza nell'esercizio della discrezionalità propria del legislatore in materia penale e quella sul principio di proporzionalità della comminatoria edittale come espressione della finalità rieducativa della pena, ha sollevato **questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5 ter prima parte T.U.** (come sostituito dall'art. 1 comma 5 *bis* l. 12.11.2004 n. 271) nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a quattro anni per lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5 *bis*, in riferimento agli **artt. 3 e 27 comma 3 della Costituzione**. In particolare, l'ordinanza ha ritenuto irragionevole e lesivo del principio del principio di proporzionalità il trattamento sanzionatorio introdotto dalla novella del 2004, individuando in tale prospettiva quali *tertia comparationis* le fattispecie di cui all'art. 650 c.p. ed all'art. 2 della legge n. 1423/1956.

Il reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore prevede, quale elemento negativo, l'**assenza di un "giustificato motivo"**. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 5 del 2004 (in *Dir., imm. e citt.*, n. 4/2003), ha ritenuto la formula legislativa conforme al principio di tassatività/determinatezza, offrendone un'interpretazione che la riferisce a "situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa". Il rilievo che, nell'"architettura complessiva della nuova disciplina dell'espulsione", l'ordine del questore *ex art. 14 co. 5-bis* "viene emesso in surroga dell'accompagnamento, proprio nei casi in cui il destinatario versa in una situazione di rilevante difficoltà di adempierlo", suggerisce

poi alla Corte la considerazione che la “formula ‘senza giustificato motivo’ riduce notevolmente, in fatto, l’ambito applicativo della norma incriminatrice”.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, il reato di ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento ha **natura permanente**.

L’art. 14 co. 5-*quater*, nella versione modificata dalla l. n. 271/2004, punisce: con la **reclusione da uno a cinque anni**, lo straniero “già espulso ai sensi del comma 5-*ter*, primo periodo, che viene trovato, in violazione delle norme del presente testo unico, nel territorio dello Stato”; con la **reclusione da uno a quattro anni**, il reingresso dello straniero in precedenza espulso ai sensi del comma 5-*ter*, secondo periodo. Il termine “espulso” – ulteriormente specificato dopo la novella del 2004 con l’avverbio “già” – usato nella disposizione sta ad indicare l’**avvenuta, effettiva espulsione dello straniero**: con i delitti in esame, pertanto, sono incriminati i casi di reingresso dello straniero “espulso” ai sensi del comma 5-*ter* – ed effettivamente allontanato – che “viene trovato”, in condizione di irregolarità, nel territorio dello Stato (in tal senso, vds. Cass. sez. I, 30 ottobre 2003, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2004, 168).

2. ESPULSIONE E PROCEDIMENTO PENALE

Il nulla osta dell’autorità giudiziaria – La disciplina dei rapporti tra espulsione e procedimento penale è incentrata, innanzi tutto, sul **nulla osta dell’autorità giudiziaria** all’espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale (**art. 13, co. 3 e ss. T.U.**). Il nulla osta può essere negato nei seguenti casi:

- a) qualora sussistano inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all’accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all’interesse della persona offesa;
- b) qualora sia applicata allo straniero la misura della custodia in carcere (co. 3 *bis*);
- c) qualora si proceda per i reati indicati al co. 3 *sexies*.

Con riferimento alla previsione *sub a*), si è osservato che restano escluse dal novero delle situazioni idonee a giustificare il rigetto della richiesta di nulla osta quelle connesse sia all’esercizio del diritto di difesa

dello straniero, sia alla garanzia del contraddittorio nella formazione della prova: questi (ed altri) profili della nuova disciplina del nulla osta dell'autorità giudiziaria sono stati oggetto di molteplici **eccezioni di illegittimità costituzionale** dell'art. 13 T.U. (alcune ordinanze sono pubblicate in *Dir., imm. e citt.*, 2/2003).

L'**autorità giudiziaria competente** al rilascio della nulla osta deve essere individuata in quella precedente nelle diverse fasi (p.m., g.u.p., giudice di primo grado, etc.); tuttavia, anche nella fase delle indagini preliminari, se lo straniero è sottoposto a misura cautelare (diversa dalla custodia in carcere, ostativa al perfezionamento del nulla osta), la competenza al rilascio del nulla osta dovrebbe essere assegnata al g.i.p., *dominus* della vicenda cautelare, coinvolgendo il p.m. in sede di richiesta di revoca della misura in atto ovvero di parere sulla stessa richiesta.

La L. 189/2002 ha introdotto un meccanismo di **silenzio-assenso** per il perfezionamento del nulla osta. Il riferimento alla "data di ricevimento della richiesta" contenuto nel nuovo comma 3 induce ad **escludere che l'autorità giudiziaria possa attivarsi d'ufficio**.

Permesso di soggiorno per motivi di giustizia – Ai sensi dell'art. 11, comma 1, lettera *c-bis* del regolamento di attuazione (come modificato dal d.P.R. n. 334/2004), il permesso di soggiorno è rilasciato "per **motivi di giustizia**, su **richiesta dell'Autorità giudiziaria**, per la durata massima di tre mesi prorogabili per lo stesso periodo, nei casi in cui la presenza dello straniero sul territorio nazionale sia indispensabile in relazione a **procedimenti penali in corso** per uno dei reati di cui all'**articolo 380 del codice di procedura penale**, nonché per taluno dei delitti di cui all'**articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75**".

La sentenza di non luogo a procedere – La legge n. 189/2002 ha introdotto, nel comma 3 *quater* dell'art. 13 T.U., una **sentenza di non luogo a procedere**, emessa dal giudice in presenza di **tre presupposti**: l'acquisizione della prova dell'avvenuta espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale; il previo perfezionamento del nulla osta ai sensi dei commi 3 e ss.; la mancata emissione del provvedimento che dispone il giudizio (per le prime, non univoche applicazioni del nuovo istituto, vds. *Dir., imm. e citt.*, 4/2003).

La dottrina ha attribuito alla sentenza di non luogo a procedere natura di **sentenza processuale**, riconducendo la relativa fattispecie nel novero delle **condizioni di improcedibilità "atipiche"**.

Il nuovo istituto ha suscitato molteplici **dubbi di legittimità costitu-**

zionale con riferimento, soprattutto, alla sua conformità al principio d'eguaglianza: lo straniero regolarmente soggiornante in Italia non potrà giovare della sentenza di non luogo a procedere; nella stessa situazione viene a trovarsi lo straniero che si sia allontanato *sua sponte* o che sia stato espulso in relazione a reati che non consentono la pronuncia o che sono stati scoperti dopo l'espulsione; la creazione dei presupposti per la pronuncia di non luogo a procedere è rimessa in via esclusiva all'operato dell'autorità amministrativa, incontrollabile da parte dello straniero e della stessa autorità giudiziaria.

L'autorizzazione al rientro – Ai sensi dell'**art. 17 T.U.**, lo straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale è **autorizzato a rientrare in Italia** per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza: l'autorizzazione rappresenta un **atto dovuto**.

La norma assicura allo straniero le garanzie processuali connesse alla sua piena partecipazione al procedimento solo con riferimento alla fase del giudizio; con riferimento alle fasi delle indagini e dell'udienza preliminare, l'art. 17 limita il diritto dello straniero indagato/imputato a rientrare in Italia al compimento degli atti per i quali è "necessaria" la sua presenza. Per tutti gli altri *momenti* della vicenda procedimentale – dagli atti rispetto al cui compimento la presenza dello straniero, pur non essendo processualmente necessaria, si ricollega ad un suo diritto a prendervi parte a quelli che, comunque, potrebbero assumere rilievo ai fini della sua difesa – la partecipazione dello straniero resta affidata all'autorizzazione – non dovuta, ma discrezionale – di cui all'art. 13 comma 13 t.u.

Questo assetto dei rapporti tra espulsione e procedimento penale ha fatto sorgere molteplici **dubbi di legittimità costituzionale** in relazione al diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost., nonché con riferimento al principio del "giusto processo" affermato dal nuovo art. 111 Cost. (vds., le ordinanze pubblicate in *Dir., imm. e citt.*, 2/2003).

3. ARRESTO E GIUDIZIO DIRETTISSIMO

Nella versione modificata dalla L. 189/2002, il T.U. prevedeva, oltre all'arresto obbligatorio per i delitti di favoreggiamento delle migrazioni il-

legali (art. 12, co. 1 e 3), la seguente disciplina delle misure pre-cautelari:

- a) l'arresto facoltativo per la contravvenzione e per il delitto di violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso (art. 13, co. 13 e 13 *ter*); per la fattispecie delittuosa era previsto altresì il fermo (nonostante il livello della comminatoria edittale fosse largamente inferiore a quello di cui all'art. 384 c.p.p.);
- b) l'arresto obbligatorio per la contravvenzione e per il delitto previsti rispettivamente dai co. 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 14 T.U.

Con la **sentenza n. 223/2004** (in *Dir., imm. e citt.*, n. 2/2004), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 5-*quinquies* del T.U., nella parte in cui prevedeva l'arresto obbligatorio per la contravvenzione di cui al co. 5-*ter*. Alla luce delle argomentazioni svolte dalla Corte, doveva ritenersi l'**illegittimità costituzionale anche dell'art. 13, co. 13-*ter***, nella parte in cui prevedeva l'arresto – sia pure facoltativo – per la contravvenzione di cui al precedente co. 13.

Con la legge n. 271 del 2004, la disciplina delle misure pre-cautelari – anzi, dell'arresto, essendo stata abolita l'unica ipotesi di fermo prevista dalla precedente normativa – è stata nuovamente modificata nei seguenti termini:

- a) ai sensi del nuovo art. 13, comma 13-*ter*, per i **reati di cui ai commi 13 e 13-bis è obbligatorio l'arresto** dell'autore del fatto **anche fuori dei casi di flagranza**;
- b) ai sensi del nuovo art. 14, comma 5-*quinquies*, per le **fattispecie delittuose di cui al comma 5-*ter*, primo periodo, ed al comma 5-*quater* è obbligatorio l'arresto** dell'autore del fatto; è esclusa l'adottabilità di misure precautelari in relazione alla contravvenzione di cui al comma 5-*ter*, secondo periodo.

Nel testo introdotto dalla legge n. 289/2002 ed anteriore alla novella del 2004, l'art. 13, co. 13-*ter* stabiliva che nei confronti dell'autore dei reati di cui ai precedenti due commi si procedeva “in ogni caso” con rito direttissimo; l'art. 14, co. 5-*quinquies*, invece, prevedeva, per i reati di cui ai due commi precedenti, l'arresto obbligatorio (ma sua questa norma è intervenuta, come si è visto, la sent. 223/2004 della Corte costituzionale), stabilendo altresì che “si procede con rito direttissimo”.

Nonostante il diverso tenore letterale delle due disposizioni (la se-

conda non contiene l'inciso "in ogni caso"), le due norme erano state interpretate dalla dottrina nel senso della **obbligatorietà del giudizio direttissimo** per i reati in esame. A differenza del giudizio direttissimo previsto in relazione ai delitti di cui all'art. 12 T.U. (che non si discosta dal modello "atipico", risultando subordinato l'esercizio dell'azione penale nelle forme del giudizio direttissimo alla condizione della "non necessità di speciali indagini"), nei casi in esame, invece, il pubblico ministero era obbligato ad esercitare sempre l'azione penale nelle forme previste per il giudizio direttissimo: l'adozione di tale rito, infatti, risulta svincolata non solo risultando infatti del tutto svincolata non solo dalla condizione della "non necessità di speciali indagini", ma anche dall'arresto (e dalla successiva, eventuale convalida) dello straniero ovvero alle altre situazioni di "evidenza probatoria qualificata" che connotano il modello "ordinario".

La novella del 2004 ha riscritto gli artt. 13, co. 13-ter e 14, co. 5-*quinqies*, stabilendo che per i reati previsti dai due commi precedenti "si procede con rito direttissimo".

Pertanto, anche nei confronti dello straniero in stato di libertà, l'azione penale deve essere esercitata attraverso l'instaurazione del giudizio direttissimo con imputato a piede libero (art. 450, comma 2 c.p.p.). Escludendo qualsiasi valutazione del p.m. – titolare dell'azione penale ex art. 112 Cost. – sulla scelta del *modus procedendi*, la normativa descritta aveva fatto sorgere **dubbi di legittimità costituzionale**, dubbi che si ripropongono in termini analoghi con riferimento alla disciplina introdotta dalla L. 271/2004.

4. LE ESPULSIONI DISPOSTE DALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

Le espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria sono di tre tipi: *a*) a titolo di **misura di sicurezza**; *b*) a titolo di **sanzione sostitutiva**; *c*) a titolo di **sanzione alternativa alla detenzione**. La prima ha **natura giurisdizionale**, mentre le altre due hanno **natura amministrativa**, come ha affermato la Corte costituzionale, rispettivamente, con le **ordinanze n. 369/1999 e 226/2004** (entrambe in *Dir., Imm. e Citt.*, n. 3/1999 e n. 3/2004).

Espulsione a titolo di misura di sicurezza – Ai sensi dell'art. 235 c.p.,

l'espulsione a titolo di misura di sicurezza è ordinata dal giudice quando lo straniero sia condannato alla reclusione per un tempo non inferiore a dieci anni; l'**art. 312 c.p.**, inoltre, prevede l'espulsione dello straniero condannato ad una pena detentiva per uno dei delitti contemplati dal Titolo I del codice penale; fuori dei casi previsti dal codice penale, l'**art. 15 T.U.** stabilisce che il giudice può ordinare l'espulsione dello straniero che sia condannato per taluno dei delitti previsti dagli articoli 380 e 381 del codice di procedura penale, sempre che risulti socialmente pericoloso.

Conformemente ai principi generali, l'applicazione dell'espulsione quale misura di sicurezza deve essere preceduta **dall'accertamento in concreto della pericolosità sociale dello straniero.**

È pacifico nella giurisprudenza della Corte di cassazione l'orientamento che riconoscendo all'espulsione natura di **misura di sicurezza personale**, ne esclude l'applicabilità in caso di sentenza di patteggiamento (Cass., I, sent. 35626 del 23.10.2002). Dopo le modifiche alla disciplina del patteggiamento introdotte dalla l. n. 134/2003, tale orientamento deve essere confermato con riferimento ai casi di irrogazione di pena non superiore ai due anni; la misura di sicurezza dell'espulsione può invece essere applicata con la sentenza di patteggiamento "allargato", fermo restando il necessario "accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale dello straniero" cui sia stata applicata una pena superiore ai due anni (Cass., IV, sent. n. 42317/04).

Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva – Presupposti per l'adozione dell'espulsione quale misura sostitutiva della detenzione (art. 16 T.U.) sono *a*) la **condanna** o l'**applicazione della pena** ex art. 444 c.p.p. in relazione ad un **reato non colposo**, *b*) l'irrogazione di una pena detentiva entro **il limite dei due anni**, *c*) la sussistenza di una delle **situazioni legittimanti l'espulsione amministrativa** ex art. 13, comma 2 T.U. e *d*) l'**insussistenza delle condizioni per la sospensione condizionale** della pena. La legge n. 189/2002 ha introdotto due nuove condizioni ostative all'adozione dell'espulsione quale misura sostitutiva della detenzione, rappresentate dai **titoli di reato indicati nel comma 3** e dal richiamo all'**art. 19 T.U.** operato dal comma 9. È stata inoltre disciplinato il rientro illegale dell'espulso (comma 4).

Espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione – Il **magistrato di sorveglianza** dispone, con **decreto motivato**, l'espulsione dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni in-

dicate nell'articolo 13, comma 2 e che deve scontare una **pena detentiva**, anche residua, **non superiore a due anni**. L'espulsione a titolo di sanzione alternativa non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguarda uno o più delitti previsti dall'articolo 407, co. 2, lett. a), c.p.p. ovvero i delitti previsti dal T.U. Contro il decreto può essere proposta **opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza**, che decide nel termine di venti giorni: l'esecuzione dell'espulsione è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione del tribunale di sorveglianza.

L'ord. n. 226/2004 ha rilevato che sono comuni agli artt. 13 e 16 T.U., tra l'altro, “il divieto (...) di procedere all'espulsione dello straniero che si trovi nelle **condizioni elencate nell'art. 19**; l'**impugnabilità del provvedimento di espulsione**, rispettivamente prevista nel comma 8 dell'art. 13 e, con **effetto sospensivo**, nei commi 6 e 7 dell'art. 16; la garanzia del **decreto motivato**, rispettivamente richiamata nel comma 3 dell'art. 13 e nel comma 6 dell'art. 16”.

La Corte ha osservato inoltre, per un verso, che “la garanzia dell'opposizione al tribunale di sorveglianza, con effetto sospensivo, svolge anche la funzione di assicurare, sia pure in un momento successivo alla pronuncia del decreto di espulsione, **il contraddittorio tra le parti e l'esercizio del diritto di difesa**” e, per altro verso, che “l'obbligo di comunicare allo straniero il decreto di espulsione **tradotto in una lingua da lui conosciuta**, ovvero, ove non sia possibile, in francese, inglese o spagnolo, unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione, può desumersi invece in via sistematica dalla prescrizione contenuta nel comma 7 dell'art. 13, anche alla stregua del rinvio di carattere generale operato dall'art. 16, comma 5, allo straniero che si trova nelle situazioni di cui al comma 2 del medesimo art. 13”.

Infine, l'ord. 226/2004 ha osservato che “nulla impedisce al magistrato di sorveglianza, prima di emettere il decreto di espulsione, di acquisire dagli organi di polizia non solo (...) le informazioni sull'identità e sulla nazionalità dello straniero, ma **qualsiasi tipo di informazione necessaria o utile al fine di accertare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni che legittimano l'espulsione**, posto che nel disporre l'analogica misura amministrativa di cui all'art. 13, comma 3, il questore può evidentemente avvalersi di informazioni a tutto campo sullo straniero nei cui confronti deve essere disposta l'espulsione”.



L'ASILO COSTITUZIONALE E LO *STATUS* DI RIFUGIATO

1. L'ASILO COSTITUZIONALE

Secondo l'**art. 10, terzo comma, Cost.**, “lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'**effettivo esercizio** delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha **diritto di asilo** nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge”. Trattasi, a tutta evidenza, di una definizione di ampio respiro che però non è stata regolata da una legge specifica e pertanto è rimasta norma inapplicata sino alla decisiva pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 1997 (Cass. SS.UU. 4674/97, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 845). Con questa storica sentenza, la Corte di cassazione ha riconosciuto **la piena operatività del diritto soggettivo di asilo costituzionalmente previsto**: secondo la Corte “l'art. 10, terzo comma Cost., attribuisce **direttamente** allo straniero il quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio **diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo**, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento”. Nella medesima pronuncia si ribadisce altresì che trattandosi di diritto soggettivo, le controversie che riguardano il riconoscimento di tale diritto rientrano nella **giurisdizione della autorità giudiziaria ordinaria**.

Dopo la prima concreta applicazione avvenuta con la sentenza del Tribunale di Roma nel caso Ocalan (Trib. di Roma 1.10.99 in *Dir. Imm. Citt.* 3/99 p. 101) sono intervenute altre sentenze di merito da parte di diversi Tribunali, (v. ad es. Trib.Torino 15.10.2003 in *Dir. Imm. Citt.* 2/04 p.114) anche se in numero piuttosto ridotto, proprio per la necessità da parte del richiedente, che intenda far valere il proprio diritto all'asilo costituzionale, di iniziare una causa avanti il Tribunale secondo la normale **procedura del contenzioso civile**. Al Tribunale compete pertanto l'accertamento dell'esistenza dei presupposti dell'art. 10, terzo

comma, Cost. ed in caso di accoglimento, allo straniero dovrà essere riconosciuto un diritto di soggiorno derivante direttamente da tale norma e conseguentemente, non potrà essere allontanato dal territorio dello Stato.

2. LO STATUS DI RIFUGIATO. LA DISCIPLINA DI CUI ALLA LEGGE N. 39/1990

A livello internazionale è stata adottata, nell'ambito delle Nazioni Unite, la **Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951**, la cui ratifica è stata autorizzata in Italia con la **legge 24 luglio 1954, n. 722**. La stessa Convenzione è stata attuata nel nostro ordinamento con l'**art. 1 della legge 39/1990**, c.d. legge Martelli, tutt'ora vigente, e con il relativo regolamento di attuazione (**d.P.R. 5 maggio 1990, n. 136**) contenente la procedura per l'esame delle istanze.

L'art. 1 della legge 39/1990 è stato recentemente modificato dagli **artt. 31 e 32 della legge 189/2002**, che, in forza dell'art. 34, co. 3 della stessa legge, si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento previsto dalla stessa novella. Il *regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato* è stato introdotto con il **d.P.R. 16 settembre 2004, n. 303**, pubblicato nella **G.U. n. 299 del 22 dicembre 2004**: il regolamento entrerà in vigore a partire **dal centovesimo giorno dalla pubblicazione** (ossia **dal 21 aprile 2005**) e, dunque, solo da quella data troverà applicazione il nuovo sistema delineato dalla l. 189/2002; fino ad allora, continuano ad applicarsi le norme di cui alla l. 39/1990 nella versione anteriore alla novella del 2002.

Occorre evidenziare che né l'art.1 della L.39/90, né le modifiche introdotte dalla L.189/2002 riguardano la definizione del termine "rifugiato", per il cui contenuto si rimanda direttamente alla dizione della Convenzione di Ginevra. Secondo tale norma è rifugiato colui che fugge dal proprio Paese o che non vuole rientrarvi in quanto teme "**a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, cittadinanza, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche**". Occorre pertanto un timore fondato di subire una persecuzione e non è necessario che la persecuzione sia già avvenuta.

Sulla base di tale presupposto si comprende la differenza del predetto istituto nei confronti dell'asilo costituzionale: trattasi di due diritti soggettivi perfetti ma che non coincidono, in quanto la categoria dei rifugiati politici ai sensi della Convenzione di Ginevra è meno ampia di quella degli aventi diritto di asilo ai sensi dell'art.10 Cost. proprio perché basato sul concetto di persecuzione e, qualora venga riconosciuto, il soggetto viene a godere di uno *status* giuridico di particolare favore.

La Corte di Cassazione nella sentenza del 1997 sopra richiamata, ha infatti espressamente affermato che **la l. 39/1990 non può essere considerata legge di attuazione dell'art. 10, terzo comma, Cost.:** nel caso del diritto di asilo, infatti, è sufficiente accertare che il soggetto richiedente non goda nel proprio Paese dell'effettivo esercizio delle **libertà democratiche garantite dalla Costituzione**, indipendentemente dal motivo della limitazione; ai sensi della Convenzione di Ginevra dovrà essere accertata invece **la persecuzione o il timore della persecuzione** per uno dei motivi ivi indicati. Si rileva che spesso i due termini sono usati indifferentemente; d'altra parte, non solo la terminologia della giurisprudenza e normativa europea, ma la stessa L.189/2002 parla specificamente di "Disposizioni in materia di asilo" con riferimento ai "richiedenti asilo", laddove tali disposizioni riguardano unicamente la fattispecie che ha come presupposto la Convenzione di Ginevra sul riconoscimento dello *status* di rifugiato: nella sostanza, occorre però tenere presente la fondamentale distinzione dei due regimi giuridici che sottendono al diritto di asilo costituzionale e al riconoscimento dello *status* di rifugiato (così, tra le altre, Cons. St., IV, 10.3.1998, n. 405, in *Il Cons. St.*, 1998, p. 345).

La disciplina di cui alla legge n. 39/1990 – Ai diversi regimi giuridici corrisponde una **diversa procedura**, rappresentata, come si è visto, dall'ordinario procedimento contenzioso avanti il Tribunale civile, per il riconoscimento dell'asilo costituzionale. Per il riconoscimento, invece, dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, la procedura è quella delineata dall'**art. 1 l. 39/1990**. In base a tale legge che, come si è detto, trova applicazione fino all'entrata in vigore delle norme introdotte dalla l. n. 189/2002, l'istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato deve essere presentata all'Ufficio di polizia di frontiera, al momento dell'arrivo al confine o alla Questura, della provincia in cui il richiedente si trova. Tale domanda dovrebbe essere inoltrata entro otto giorni dall'ingresso nel territorio italiano ma, per giustificati motivi, la si può presentare anche oltre tale termine: le ragioni di una domanda tardiva rispetto

all'ingresso possono essere varie inclusa anche l'ipotesi che il timore di persecuzione sia sorto successivamente all'ingresso. Al richiedente asilo viene rilasciato un permesso di soggiorno di durata limitata a tre mesi ma rinnovabile sino alla decisione finale sulla domanda da parte della Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, istituita con il D.P.R. 15 maggio 1990, n. 136, in attuazione dell'articolo 1 della l. 39/1990. La Commissione valuta, anche mediante audizione personale del richiedente asilo, se sussistono i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra.

Nella decisiva sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 1999 (Cass. S.U. 8.10.1999 n.7224 in *Dir. Imm. Citt.*1/2000 p.98), la Corte ha affermato che anche in relazione al rifugio politico ai sensi della Convenzione di Ginevra si verte in tema di diritti soggettivi, e pertanto le relative controversie che ne riguardano il riconoscimento rientrano nella **giurisdizione dell'autorità ordinaria**. In conseguenza di tale principio **la decisione di rigetto della Commissione centrale può essere impugnata con ricorso di fronte al tribunale ordinario civile secondo la ordinaria procedura di contenzioso**, anche se sussiste una giurisprudenza minoritaria che ammette la domanda di accertamento del diritto allo *status* di rifugiato con procedimento di volontaria giurisdizione (v. Trib di Firenze 28.3.2003 e Trib di Perugia 6.11.2003, in *Dir. Imm. citt.* 1/04 p. 118)

È opportuno specificare che **la l. 217/2004 non ha attribuito alcuna competenza in materia al giudice di pace restando questo settore di esclusiva competenza del giudice togato**.

Secondo l'art.1 della L.39/90 “non è consentito l'ingresso del territorio dello Stato dello straniero che intende chiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato quando da riscontri obbiettivi da parte della Polizia di frontiera risulti che il richiedente” sia già stato riconosciuto come rifugiato in un altro Paese; sia proveniente da Paese diverso da quello di appartenenza che abbia aderito alla Convenzione di Ginevra nel quale abbia trascorso un congruo periodo di tempo senza presentare analoga domanda; che abbia commesso un crimine contro l'umanità, di guerra e contro la pace, un crimine grave di diritto comune al di fuori del Paese di accoglimento o azioni contrarie alle finalità delle Nazioni Unite; od ancora che sia stato condannato in Italia per uno dei delitti previsti dall'art. 380, commi 1 e 2, c.p.p., ovvero risulti pericoloso per la sicurezza dello Stato, appartenente a organizzazioni mafiose o dedite al traffico di stupefacenti o terroristiche. In base a quanto detto *supra*, l'i-

nammissibilità della istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato non preclude il ricorso al Tribunale ai fini dell'accertamento del diritto di asilo costituzionale *ex art. 10, terzo comma, Cost.*

Occorre sottolineare che la determinazione della competenza da parte delle autorità italiane è effettuata anche in base al regolamento 343/2003/CE del 18 febbraio 2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata da parte di un cittadino di un paese terzo in uno degli Stati membri.

3. LE MODIFICHE APPORTATE DALLA LEGGE N. 189/2002

Con il nuovo regime, che dovrà essere applicato dal ventuno aprile 2005, molteplici sono le norme che risultano modificate, anche se occorre porre in rilievo che tali modifiche attengono alla procedura e dunque **non riguardano la definizione di rifugiato**, che viene sempre basata sulla dizione della Convenzione di Ginevra.

Presentazione dell'istanza – L'istanza motivata deve essere obbligatoriamente presentata alla **polizia di frontiera** al momento dell'ingresso o successivamente presso gli uffici della Questura se lo straniero è entrato da un luogo privo di posto di frontiera. Apparentemente la norma sembra restringere la possibilità di presentare una domanda tardiva anche se concretamente sarà difficile stabilire il luogo e il tempo dell'ingresso. Se invece lo straniero è entrato legalmente, verosimilmente presenterà domanda tardiva solo se i rischi di persecuzione siano insorti tardivamente. Inoltre la stessa legge, disciplinando il trattenimento del richiedente asilo, ammette che possa essere presentata domanda di rifugio quando è stato già adottato un provvedimento di allontanamento.

I casi di trattenimento. Il trattenimento del richiedente asilo costituisce una delle novità più rilevanti e discusse introdotte dalla nuova normativa. Sebbene sia affermato in via generale che **il richiedente asilo non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la domanda di asilo presentata**, la legge 189/2002 individua **diverse fattispecie nelle quali il trattenimento è invece consentito ed altre in cui è obbligatorio**, finendo per comprendere pressoché tutte le ipotesi che si possono prefigurare (**art. 1-bis della l. 39/1990, come modificato dalla l. 189/2002**).

I casi di **trattenimento non obbligatorio** sono disciplinati dall'art. 1-

bis cit., comma 1: *a*) per verificare o determinare la sua nazionalità o identità, qualora egli non sia in possesso dei documenti di viaggio o d'identità, oppure abbia, al suo arrivo nello Stato, presentato documenti risultati falsi; *b*) per verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo, qualora tali elementi non siano immediatamente disponibili; *c*) in dipendenza del procedimento concernente il riconoscimento del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 1-*bis*, **il trattenimento è obbligatorio**: *a*) a seguito della presentazione di una domanda di asilo presentata dallo straniero fermato per avere eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo, o, comunque, in condizioni di soggiorno irregolare; *b*) a seguito della presentazione di una domanda di asilo da parte di uno straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento.

Per il trattenimento di cui al comma 2, lettera b), si osservano le norme di cui all'articolo 14 T.U.: il trattenimento sarà dunque effettuato nei **centri di permanenza temporanea e assistenza** di cui al medesimo articolo. Negli altri casi il trattenimento avverrà nei **centri di identificazione** istituiti e disciplinati dagli articoli da 5 a 10 del D.P.R. 303/2004.

Per il trattenimento nei c.p.t.a. di cui al comma 2, lettera b), il rinvio all'art. 14 T.U. comporta l'applicazione della **disciplina del trattenimento e della relativa procedura di convalida del trattenimento** dettata da tale disposizione. Problematica è invece l'individuazione del giudice competente: a favore dell'attribuzione della competenza sulla convalida al giudice di pace potrebbe argomentarsi sulla base del rinvio indicato, così che la modifica portata dalla legge 217/2004 vedrebbe estesi i suoi effetti anche alle procedure in esame. In senso contrario, tuttavia, sembra deporre il tenore letterale dell'art. 1-*ter*, comma 3, della l. 39/1990, come modificata dalla l. 189/2002, ai sensi del quale "appena ricevuta la richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato di cui all'articolo 1-*bis*, comma 2, lettera b), il questore competente per il luogo in cui la richiesta è stata presentata dispone il trattenimento dello straniero interessato in uno dei centri di permanenza temporanea di cui all'articolo 14 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286; ove già sia in corso il trattenimento, il questore chiede al **tribunale in composizione monocratica** la proroga del periodo di trattenimento per ulteriori trenta giorni per consentire l'espletamento della procedura di cui al presente articolo": l'espressa individuazione del "tribunale in composizio-

ne monocratica” quale giudice competente sulla richiesta del questore contenuta nella disposizione trascritta – disposizione non modificata dalla l. 217/2004 – in uno con la considerazione della generale competenza del tribunale ordinario nelle materie in esame (competenza di seguito meglio precisata), sembra conferente nel senso della **perdurante competenza del tribunale in composizione monocratica** nella procedura *de qua*.

Nei casi di trattenimento nei nuovi **centri di identificazione**, la legge non contempla alcun analogo rinvio, né disciplina una procedura di convalida. Si prospetta pertanto una situazione di estrema delicatezza e potenziale violazione della norma costituzionale. Infatti, la ragione di tale scelta sembra dover essere individuata nel diverso regime che caratterizza il trattenimento in tali centri rispetto al trattenimento nei c.p.t.a. e dunque nel primo caso, la permanenza dello straniero nel centro di identificazione sarebbe priva di connotati coattivi; d’altro canto, pur non prevedendo l’intervento della polizia in caso di allontanamento, nondimeno si ricollegano ad esso conseguenze giuridiche decisive poichè “l’allontanamento non autorizzato dai centri di cui all’articolo 1-*bis*, comma 3, equivale a rinuncia alla domanda” (art. 1-*ter*, comma 4). Inoltre il Regolamento di attuazione ha disciplinato le modalità di trattenimento, indicando in venti giorni il termine massimo di permanenza per i richiedenti asilo relativamente alle ipotesi di trattenimento facoltativo, ed ha previsto la possibilità di allontanamento dal Centro dalle ore otto alle ore venti (per coloro che non versino nelle ipotesi di cui all’art.1-*bis* comma 1 lett.a) e comma 2 lett.a) D.L. 30.12.89 n.416), con possibilità di ottenere permessi temporanei per tempi superiori ma in casi limitati (art. 9 D.P.R. 303/2004). Sostenere pertanto che non vi sia incidenza sulla libertà personale dello straniero desta gravi perplessità e l’assenza di meccanismi di convalida giurisdizionale rende quanto mai discutibile questo istituto, che rischia di trasformarsi di fatto in una ulteriore forma di “detenzione amministrativa”.

Le procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato – Ai richiedenti asilo sottoposti a trattenimento obbligatorio si applica la **procedura semplificata** di cui all’art. 1-*ter* della l. 39/1990, come modificata dalla l. 189/2002. Tale procedura deve esaurirsi nel termine di venti giorni: l’organo competente è la *Commissione territoriale per il riconoscimento dello status di rifugiato* (istituita ai sensi dell’art. 12 D.P.R. 303/2004 presso le Prefetture – Uffici territoriali del Governo di Gori-

zia, Milano, Roma, Foggia, Siracusa, Trapani) che deve sentire l'interessato e quindi adottare la decisione di accoglimento o di rigetto della domanda.

La **procedura ordinaria** prevede tempi leggermente più lunghi: la Commissione territoriale deve infatti ascoltare l'interessato entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza ed occorre sottolineare che in base al regolamento **il richiedente asilo può farsi assistere, in tale fase, da un difensore**. La Commissione adotta la decisione nei tre giorni successivi: in questo caso viene rilasciato un permesso di soggiorno valido fino al termine della procedura mentre in quella semplificata il permesso della durata di tre mesi viene rilasciato solo in caso di superamento del termine dei venti giorni senza che la Commissione abbia adottato una decisione (art. 3 d.P.R. 303/2004).

Il richiedente asilo in caso di **rigetto dell'istanza** può ricorrere entro cinque giorni alla stessa Commissione territoriale chiedendo il riesame della propria domanda (art. 1-ter, comma 6, l. 39/1990). Unica differenza è che, in questa fase, alla Commissione è affiancato un membro della "nuova" *Commissione nazionale per il diritto d'asilo* (art. 1-quinquies l. 39/1990). Si noti che la facoltà di richiesta di riesame è riconosciuta solo al richiedente trattenuto nei centri di identificazione.

Lo straniero può comunque sempre proporre ricorso al **tribunale in composizione monocratica territorialmente competente**, sia contro la prima decisione sia contro la decisione riesaminata, entro quindici giorni dalla comunicazione. Il ricorso, che può essere presentato anche dall'estero tramite le rappresentanze diplomatiche, non è sospensivo dell'eventuale provvedimento di allontanamento adottato, salvo che così disponga, su istanza dello straniero, il Prefetto (art. 1-ter, comma 6, l. 39/1990; si v. *infra*, par. 5). Tale autorizzazione è però limitata dal regolamento di attuazione in relazione a fatti sopravvenuti dopo la decisione della Commissione che comportino gravi e comprovati rischi per l'incolumità o la libertà personale ed a gravi motivi personali o di salute (art. 17 D.P.R. 303/2004). Nei casi di accoglimento il Prefetto può disporre il trattenimento dello straniero in un centro di identificazione o di accoglienza e, comunque, rilasciare un permesso di soggiorno di durata massima di sessanta giorni e rinnovabile.

La Commissione territoriale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ha tre alternative: **accogliere la domanda** riconoscendo lo *status*; **rigettare la domanda**; rigettare la domanda richiedendo al Questore il **ri-**

lascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari *ex art. 5, comma 6, d.lgs. 286/98*, qualora sussistano valide ragioni per non procedere al rimpatrio. Uno degli impedimenti può essere rappresentato dal rischio di trattamenti disumani o degradanti *ex art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani (v. infra par. 4)*.

4. ALTRE FORME DI PROTEZIONE

Un tema ampiamente dibattuto è quello della insufficienza della nozione di rifugiato a comprendere una serie di ipotesi che pure meriterebbero protezione. Sebbene gli Stati non abbiano accolto interpretazioni estensive della nozione di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, che viene generalmente ritenuta sussistente in relazione a persecuzioni di tipo personale, recentemente sono state elaborate forme particolari e sussidiarie di protezione richiamate, in parte, dall'art. 1-*quater*, comma 4, l. 39/1990.

Le norme a tutela degli sfollati. Oltre all'art. 19 (esaminato al cap. 3), l'**art. 20 T.U.** stabilisce che con decreto del Presidente del Consiglio possono essere adottate misure di protezione temporanea per rilevanti ragioni umanitarie in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione europea.

Analogamente dispone il **decreto legislativo 7 aprile 2003, n. 85**, di attuazione della direttiva 2001/55/CE sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati. L'ammissione ad una misura di protezione temporanea non preclude la presentazione dell'istanza per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra. **I beneficiari di un regime di protezione temporanea non possono essere espulsi**; tuttavia può essere adottata una decisione di esclusione dalla protezione temporanea in base al comportamento personale dell'interessato e nel rispetto del principio di proporzionalità per i motivi indicati dall'art. 5, d.lgs. 85/2003. Lo stesso art. 5, comma 4, prevede che gli sfollati esclusi dalle misure di protezione siano "allontanati dal territorio nazionale ai sensi dell'art. 13 del testo unico", ossia siano espulsi sebbene, data la *ratio* del regime di protezione, dovrebbero essere seguite le modalità di rimpatrio volontario e/o forzoso individuate dalla stessa decisione che avvia la protezione temporanea (art. 11 d.lgs. 85/2003).

La C.E.D.U. – L'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani (C.E.D.U.) sancisce il diritto a non subire torture o maltrattamenti disumani o degradanti. Si tratta di un diritto che deve essere garantito dagli Stati membri attraverso tutti i propri organi e, in particolare, attraverso la giurisdizione. L'articolo 3 è stato ampiamente interpretato dalla Corte europea dei diritti umani come **limite all'espulsione degli stranieri** ogni qual volta l'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato ospite possa esporlo al **rischio grave di subire un tale trattamento o tortura** (*Cruz Varas and Others*, 20 marzo 1991, ricorso n. 15576/89). Si tratta quindi di una fattispecie diversa da quella contemplata dalla Convenzione di Ginevra o dalla Costituzione, volta a comprendere ipotesi non rientranti né nell'una né nell'altra e tuttavia tale da impedire, come vedremo, l'allontanamento di uno straniero che incorra in un tale rischio. Si consideri che **la violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione può essere fatta valere di fronte alla Corte europea dei diritti umani da qualsiasi persona, anche straniero**, purché si trovi nell'ambito della giurisdizione di uno Stato membro. Numerosi sono i casi di provvedimenti di espulsione impugnati di fronte alla Corte europea e da questa giudicati in contrasto con l'art. 3 della Convenzione europea. Poiché il provvedimento di allontanamento adottato in caso di rigetto dell'istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato è, secondo la nuova normativa, immediatamente esecutivo, il ricorrente potrà, qualora ritenga di correre un rischio di subire torture o trattamenti disumani e degradanti, adire immediatamente la Corte europea. La Corte può, se ricorrono i presupposti dell'urgenza e del pregiudizio del danno grave e irreparabile, adottare una **misura cautelare d'urgenza per impedire l'esecuzione dell'espulsione** (art. 39 del Regolamento di procedura). Tali misure, che vengono adottate nell'arco di poche ore dal ricevimento del ricorso, sono state qualificate come obbligatorie dalla stessa Corte europea (*Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, 6 febbraio 2003, ricorsi n. 46827/99 e 46951/99). Le autorità statali devono ad esse conformarsi a meno di non incorrere in responsabilità aggravata per violazione della Convenzione europea dei diritti umani.

I limiti all'espulsione del rifugiato o del titolare del diritto di asilo – Gli Stati contraenti non possono espellere un rifugiato che si trovi regolarmente nel loro territorio se non per ragioni di sicurezza nazionale o di ordine pubblico (art. 32 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati). La tutela della vita del rifugiato, infatti, preclude il suo allontana-

mento o rinvio verso le frontiere dei territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbe minacciata a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un certo gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. **Tale limite vale anche per il respingimento** avendo il rifugiato diritto di ingresso almeno al fine di presentare domanda di rifugio.

Onde garantire effettivamente il diritto di richiedere rifugio ai sensi della Convenzione, **il rifugiato non può essere perseguitato penalmente a motivo del proprio ingresso e/o soggiorno irregolare** (art. 31 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati), salvo che abbia commesso reati particolarmente gravi o comunque rappresenti un pericolo per la sicurezza del Paese in cui si trova. Egli dovrà, però, salvo inderogabili ragioni di sicurezza nazionale, essere ammesso a fornire delle prove che possano discolparlo, presentare un ricorso e farsi rappresentare a questo scopo davanti a un'autorità competente o davanti a una o più persone designate appositamente da tale autorità. Inoltre gli Stati devono accordargli un lasso di tempo ragionevole per permettergli di cercare di farsi ammettere regolarmente in un altro Paese.

Analogo divieto di allontanamento vale per il soggetto che ha ottenuto l'asilo ai sensi dell'art. 10, terzo comma, Cost. o per **il beneficiario di altre forme di protezione**, temporanea o a tempo indefinito.

Il divieto così sancito preclude l'adozione di un provvedimento di espulsione nei confronti del soggetto "tutelato" e determina **l'annullamento del provvedimento di espulsione** adottato dopo il riconoscimento del diritto di asilo, al di fuori dei casi tassativi indicati dagli artt. 31-33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati.

5. L'ESPULSIONE DEL RICHIEDENTE ASILO AI SENSI DELLA CONVENZIONE DI GINEVRA A SEGUITO DEL DINIEGO DELLA SUA ISTANZA DI RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO, SECONDO LA L. 189/2002

In caso di **rigetto della domanda di asilo (rifugio) ai sensi della Convenzione di Ginevra** da parte della Commissione territoriale **lo straniero è tenuto a lasciare il territorio dello Stato.**

L'art. 1-ter, comma 6, della legge 39/1990, come modificato dalla legge 189/2002, in tema di **procedura semplificata**, stabilisce che "l'eventuale ricorso avverso la decisione della commissione territoriale è

presentato al **tribunale in composizione monocratica territorialmente competente** entro quindici giorni, anche dall'estero tramite le rappresentanze diplomatiche. **Il ricorso non sospende il provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale**; il richiedente asilo può tuttavia chiedere al prefetto competente di essere autorizzato a rimanere sul territorio nazionale fino all'esito del ricorso. La decisione di rigetto del ricorso è immediatamente esecutiva"; a sua volta l'art. 1-*quater*, comma 5 (relativo alla **procedura ordinaria**) stabilisce che "avverso le decisioni delle commissioni territoriali è ammesso **ricorso al tribunale ordinario territorialmente competente** che decide ai sensi dell'articolo 1-*ter*, comma 6".

La mancata modifica delle disposizioni citate ad opera della l. 271/2004 conferma l'attribuzione al **giudice togato** della competenza sui ricorsi in esame.

Come si è visto, la legge esclude effetti sospensivi del ricorso. Il sistema così configurato, che tende ad **eseguire immediatamente l'espulsione pur in presenza di un ricorso giurisdizionale** avverso la decisione di rigetto della Commissione territoriale, **appare in palese contrasto con gli artt. 31 e 32 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 nonché dell'art. 10, terzo comma, Cost.**). Considerando la *ratio* delle disposizioni e il bene che vengono a tutelare, vale a dire l'incolumità fisica della persona, il sistema di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera non è idoneo a soddisfare le garanzie previste dall'art. 32 della Convenzione di Ginevra. Si ritiene pertanto che tali garanzie debbano essere estese anche al richiedente asilo fino a quando non abbia esperito tutti gli strumenti esistenti, compresi i ricorsi giurisdizionali, volti proprio ad accertare l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento dello *status*.

La procedura così delineata presenta **significative analogie con quella già prevista per la convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 222/04**: giova ricordare, al riguardo, che la Corte, oltre a rilevare la violazione della libertà personale dello straniero, ha ritenuto "violato il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile. La disposizione censurata non prevede, infatti, che questi debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore (...) non può, quindi, essere eliminato l'effettivo controllo sul provvedimento *de libertate*, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva".

È bene precisare infine che **il rigetto della domanda di rifugio non preclude la presentazione di un'istanza al Tribunale ordinario per il riconoscimento dell'asilo costituzionale**. Deve ritenersi che, in presenza di una tale domanda, come anche in caso di pendenza di procedimento avanti il tribunale ordinario instaurato a seguito di rigetto della domanda di asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra da parte della Commissione, **l'espulsione debba essere annullata o quantomeno sospesa**: al riguardo, va segnalato l'orientamento della giurisprudenza di merito secondo cui **il provvedimento di espulsione va annullato dal giudice in quanto incompatibile con la domanda di asilo presentata** (Tribunale di Gorizia, 20.1.2000, in *Dir. imm. e citt.*, 2000, 2, p. 73).

Proprio perché il diritto di asilo costituisce un diritto soggettivo perfetto la giurisprudenza ha affermato che “nel nostro ordinamento la regola è quella della libertà di forme e di tempi nell'esercizio dei diritti, costituendo i limiti temporali allo stesso – fra i quali, per esempio, le decadenze e le prescrizioni – eccezioni che devono essere espressamente previste dalla legge. Ora, **in mancanza di espresse previsioni di decadenza o prescrizione per l'esercizio dei diritti all'asilo e/o al rifugio**, appare francamente incomprensibile la ragione per la quale in diverse sedi si pretenda di attribuire una qualche importanza all'asserito – e nel caso di specie non provato – ritardo nell'esercizio di quei diritti [...] Alla stregua di tutto ciò, **appare del tutto ragionevole che chi ha diritto all'asilo faccia valere tale suo diritto solo quando assolutamente necessario a sottrarlo a un'espulsione in ipotesi illegittima**” (Trib, Catania, prima sez. civ., sent. n. 4010/04 del 15.12.2004, in www.diritto.it).

