

ESPULSIONI E RESPINGIMENTI I PROFILI SOSTANZIALI

Scheda pratica a cura dell'avv. Guido Savio¹

CON IL SOSTEGNO DI *OPEN SOCIETY FOUNDATIONS*

aggiornata a giugno 2016

¹ L'autore desidera ringraziare il Prof. Paolo Bonetti cui si deve un significativo e rilevante contributo alla realizzazione delle schede pratiche dell'ASGI nelle precedenti versioni e, in particolare, per quanto concerne la scheda sulle espulsioni del 2012 oggi rivisitata ed aggiornata.

INDICE

1. Il quadro generale

1.1 Le categorie

1.2 Gli effetti

1.3 Le modalità esecutive

1.4 Le fonti

1.5 Le forme

2. I respingimenti

2.1 Il respingimento immediato alla frontiera

2.2 Il respingimento differito disposto dal questore con accompagnamento alla frontiera

2.3 Gli obblighi del vettore

2.4 I divieti di respingimento

2.5 Assistenza e categorie vulnerabili

2.6 La tutela giurisdizionale: giurisdizione e competenza

2.7 La tutela giurisdizionale: alcune considerazioni di merito

2.8 I respingimenti e la Direttiva 2008/115/CE: inapplicabilità

2.9 I profili d'illegittimità costituzionale

3. Le espulsioni amministrative

3.1 Forme e contenuti comuni

3.2 Gli effetti dei provvedimenti amministrativi di espulsione

3.2.1 L'obbligo di lasciare il territorio nazionale

3.2.2 La segnalazione dello straniero espulso al S.I.S. ai fini della non ammissione nel territorio di tutti gli Stati dell'area Schengen

3.2.3 I divieti di reingresso in Italia dello straniero espulso

3.2.4 Il nulla-osta all'esecuzione dell'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale e il non luogo a procedere nel procedimento penale a carico dello straniero espulso

4. Le espulsioni “ministeriali”

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

4.2 L'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo

5. Le espulsioni disposte dal prefetto

5.1 Le espulsioni per irregolarità dell'ingresso (in Italia e nell'area Schengen)

5.2 Le espulsioni per irregolarità del soggiorno

5.3 Le espulsioni per motivi di pericolosità sociale

5.4 Le espulsioni dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento del questore

5.5 L'espulsione in attuazione di una decisione di allontanamento adottata da altro Stato membro dell'Unione europea

6. Particolari cautele nell'adozione delle espulsioni prefettizie

6.1 La tutela del diritto all'unità familiare

6.1.1 La Legge Cirinnà ed il possibile impatto sulla disciplina del ricongiungimento familiare e del diritto all'unità familiare

6.2 L'espulsione delle persone vulnerabili

6.3 Lo straniero identificato in uscita dal territorio nazionale

6.4 Lo straniero soggiornante di lungo periodo

6.5 Lo straniero titolare di permesso di soggiorno rilasciato da altro Stato membro

7. I divieti di espulsione e respingimento

8. Deroghe all'obbligo di esercitare la potestà espulsiva

9. Le espulsioni giudiziali

9.1 Le espulsioni a titolo di misura di sicurezza

9.2 Le espulsioni a titolo di sanzione sostitutiva della pena

9.3 L'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione e la questione dell'identificazione in carcere

1. Il quadro generale

1.1 Le categorie

I provvedimenti con cui lo Stato italiano dispone l'allontanamento dal suo territorio dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi – qualificati come stranieri in senso tecnico, secondo la definizione normativa (art. 1, co. 1, D. Lgs. 286/1998, di seguito T.U.)– che non hanno titolo per soggiornarvi, si suddividono in due grandi categorie: i respingimenti e le espulsioni.

A) I respingimenti (art. 10 T.U.) sono disposti dall'autorità amministrativa di pubblica sicurezza e possono essere di due tipi

A1) respingimento immediato (art. 10 co. 1, T.U.) disposto dalla polizia di frontiera ed immediatamente eseguito

A2) respingimento differito nel tempo (art. 10, co. 2, T.U.) disposto dal questore

B) Le espulsioni, che si distinguono in due grandi categorie a seconda dell'autorità che le emette:

B1) dall'autorità amministrativa di pubblica sicurezza nei confronti di stranieri che siano in posizione di soggiorno irregolare o che siano ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica o per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato (art. 13 T.U.),

B2) dall'autorità giudiziaria, in conseguenza di procedimenti penali, che sono di quattro tipologie:

- a) espulsione a titolo di misura di sicurezza, disposta nei confronti del condannato straniero socialmente pericoloso (art. 15 T.U., codice penale e altre leggi);
- b) espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione riguardante il detenuto straniero in fase di espiazione di una condanna definitiva, negli ultimi due anni di esecuzione della pena (art. 16 T.U.);
- c) espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena riguardante lo straniero in situazione di soggiorno irregolare che deve essere condannato per un reato punito con la pena della reclusione inferiore a due anni (art. 16 T.U.);
- d) espulsione a titolo di sanzione alternativa della pena pecuniaria (art. 16, T.U.) applicabile dal giudice di pace in caso di condanna per i reati d'ingresso e soggiorno illegale (art. 10 bis, T.U.) e d'inottemperanza, anche reiterata, all'ordine di allontanamento del questore (art. 14, co. 5 ter e quater, T.U.).

1.2 Gli effetti

Effetto tipico e scopo comune sia dei respingimenti che delle espulsioni è l'effetto ablativo, cioè l'obbligo dello straniero di lasciare il territorio dello Stato.

Soltanto le espulsioni, oltre ad esigere l'effettivo allontanamento dello straniero espulso dal territorio nazionale, producono ulteriori effetti nelle ipotesi - assolutamente maggioritarie - in cui sono corredate da un divieto di reingresso per un determinato periodo successivo alla loro esecuzione (art. 13, co. 14, T.U.), divieto che riguarda sia l'Italia, sia tutti gli altri Stati membri dell'area Schengen o dell'Unione europea, anche mediante la segnalazione al SIS (Sistema informativo Schengen) ai fini della non ammissione.

Invece i respingimenti non sono accompagnati da divieti di reingresso, né il nominativo dello straniero respinto è oggetto di segnalazione al SIS.

1.3 Le modalità esecutive

Quanto alle modalità di esecuzione, poiché tutte le espulsioni sono immediatamente esecutive, anche se sottoposte a gravame o impugnativa (art. 13, co. 3, T.U.), il questore - cui è devoluta l'esecuzione di tutti i provvedimenti ablativi - procede o all'accompagnamento immediato alla frontiera (previa convalida giurisdizionale), ovvero al trattenimento dell'espulso o del respinto in un CIE (centri di identificazione ed espulsione - art. 14, co. 1, T.U.) fino alla rimozione degli ostacoli che si frappongono all'esecuzione del provvedimento, e comunque entro il termine massimo di novanta giorni, ovvero all'applicazione di misure alternative (art. 14, co. 1 bis, T.U.), oppure - se nemmeno è possibile operare il trattenimento per indisponibilità di posti o per altri motivi - ordina allo straniero di abbandonare il territorio nazionale entro sette giorni dalla notifica del provvedimento (art. 14, co. 5 bis, T.U.). Solo in caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5, T.U.) l'espulsione amministrativa non è immediatamente eseguita coattivamente, sempre che lo straniero adempia all'obbligo di allontanamento entro il termine prescritto.

1.4 Le fonti

Le fonti disciplinanti i sistemi di allontanamento sono sia interne che sovranazionali.

Tra le fonti interne, oltre la Costituzione, la disciplina organica è prevista dal “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” (D. Lgs. 286/98 e successive modifiche) di seguito denominato T.U.(artt.10, 13, 14, 14 ter, 15, 16, 19) ed il capo terzo del suo regolamento di attuazione (D.P.R. 394/99). Altre ipotesi di espulsione sono previste nel codice penale (artt. 235, 312), nel Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti (D.P.R. 309/90, art. 86) e nella L. n. 155/2005 (art. 3) relativa all’espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale.

Tra le fonti comunitarie, oltre alla nota direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio degli stranieri in situazione irregolare (c.d. direttiva rimpatri) recepita con L. 129/2011, vanno menzionate la direttiva 2001/40/CE, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi, recepita con D. Lgs. 12/2005, la direttiva 2003/110/CE, relativa all’assistenza durante il transito nell’ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea, recepita con D. Lgs. 24/2007, il regolamento CE 15.3.2006, n. 562/2006 (codice frontiere Schengen).

Tra le fonti internazionali sono rilevanti gli artt. 3 e 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.) ratificata e resa esecutiva con L. 848/1955, l’art. 4 (divieto di espulsioni collettive di stranieri) del Protocollo IV alla CEDU, firmato a Strasburgo il 16 settembre 1963, ratificato e reso esecutivo con D.P.R. 14 aprile 1982, n. 217, e l’art. 1 del Protocollo VII alla CEDU, ratificato e reso esecutivo con legge 28 agosto 1997, n. 296, che prevede le garanzie procedurali in caso di espulsioni.

1.5 Le forme

Tutti i provvedimenti di espulsione amministrativa e di respingimento hanno la forma del decreto e devono essere motivati in fatto e in diritto (art. 13,co. 3, T.U., art. 3, L. 241/90), sono immediatamente esecutivi, anche se sottoposti a gravame o impugnativa. Sono atti recettizi, cioè producono i loro effetti dopo la loro notificazione, e, al pari di ogni altro atto concernente l’ingresso o il soggiorno, sono comunicati all’interessato unitamente all’indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in lingua conosciuta allo straniero ovvero, ove ciò non sia possibile, in lingua in-

glese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'espellendo (art. 13, co. 7, T.U. ; art. 3, co. 3,4, D.P.R. 394/99).

Invece, le espulsioni emesse dal giudice penale possono avere la forma della sentenza, dell'ordinanza o del decreto, secondo le regole stabilite dal codice di procedura penale.

2. I respingimenti

2.1 Il respingimento immediato alla frontiera

Il respingimento alla frontiera è l'atto con il quale la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera privi dei requisiti richiesti dal T.U. per l'ingresso nel territorio dello Stato (art. 10, co. 1, T.U.).

L'esecuzione di questo tipo di provvedimento di respingimento è immediata, nel senso che il competente ufficio di polizia di frontiera dopo il controllo al valico di frontiera rinvia immediatamente lo straniero respinto nello Stato da cui proviene, così impedendogli l'ingresso nel territorio dello Stato.

Presupposto del respingimento alla frontiera è la mancanza da parte dello straniero di uno dei requisiti per l'ingresso previsti dall'art. 4 T.U., commi 1, 3, 6, e dagli artt. 5 e 13 del Codice frontiere Schengen (Regolamento CE 15 marzo 2006, n. 562/2006), che sono i seguenti:

- a) possesso di passaporto valido o documento equipollente;
- b) possesso di un visto d'ingresso, salvo i casi di esenzione, qualora sia prescritto (art. 4. co. 1, T.U.);
- c) possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno;
- d) disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i titolari di permesso di soggiorno per motivi di lavoro, per il ritorno nel Paese di provenienza;
- e) non essere segnalato nel SIS (Sistema informativo Schengen) ai fini della non ammissione;

- f) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato ovvero la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri;
- g) non essere destinatario di un provvedimento di espulsione;
- h) non essere destinatario di un divieto di rientro in quanto espulso, salvo avere ottenuto dal Ministero dell'interno l'apposita autorizzazione prevista dall'art. 13 T.U.

Il provvedimento di respingimento alla frontiera di per sé non comporta alcuna forma di divieto di reingresso, né comporta la segnalazione – ai fini della non ammissione futura – nel Sistema d'informazione Schengen: pertanto lo straniero respinto alla frontiera per difetto di taluno dei requisiti richiesti per l'ingresso nel territorio nazionale, può in qualsiasi momento successivo fare regolare ingresso, a condizione che sia in possesso dei requisiti in precedenza mancanti.

Il respingimento alla frontiera non è un mero comportamento materiale della polizia di frontiera, ma ha natura provvedimentoale.

L'art. 13, par. 2 del Codice frontiere Schengen prevede che il respingimento possa essere disposto solo con un provvedimento scritto e motivato che ne indichi le ragioni precise e che sia notificato all'interessato.

Nel diritto interno, l'art. 3, comma 3, D.P.R. n. 394/1999 prevede che il provvedimento che dispone il respingimento è comunicato 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; 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.

Lo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento alla frontiera non commette il reato di ingresso illegale (art. 10 bis, T.U.,) proprio perché non si verifica

l'ingresso nel territorio nazionale in quanto allo straniero l'ingresso è impedito; il reato ex art. 10 bis T.U. ha natura contravvenzionale e, com'è noto, nel nostro sistema penale non si configura il tentativo nelle contravvenzioni.

2.2 Il respingimento differito disposto dal questore con accompagnamento alla frontiera

Il respingimento non è immediato, ma differito nel tempo, quando (art. 10, co. 2, T.U.):

- A) lo straniero è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, ed è fermato all'ingresso o subito dopo – in una condizione analoga alla quasi flagranza ;
- B) ovvero quando lo straniero, pur essendo privo dei requisiti per l'ingresso, è stato temporaneamente ammesso nel territorio dello Stato per necessità di pubblico soccorso.

La differenza tra le due tipologie di respingimento è pertanto la seguente:

nel caso di respingimento immediato lo straniero non fa ingresso in Italia, essendo immediatamente respinto alla frontiera; mentre nella seconda ipotesi lo straniero supera la frontiera, entra fisicamente nel territorio nazionale italiano, ma viene intercettato subito dopo l'avvenuto ingresso, oppure è ammesso in Italia per ragioni di soccorso, come nei numerosissimi casi di sbarco sulle coste italiane.

Un punto di estrema criticità è dato dalla possibile sovrapposibilità di questa ipotesi di respingimento con quella dell'espulsione disposta dal prefetto, nei confronti dello straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, senza, appunto, essere stato respinto (art. 13, co. 2, lett. a), T.U.):

in entrambi i casi le condotte sono simili, trattandosi di ingresso illegale, ma, mentre nel caso dell'espulsione l'ingresso irregolare si è perfezionato da tempo, nel respingimento lo straniero è colto in situazione di ingresso irregolare subito dopo l'ingresso, cioè in prossimità della frontiera. Il punto è che non essendo possibile definire uniformemente il concetto temporale e spaziale di quando inizia e quando finisce il “subito dopo” l'avvenuto ingresso dello straniero nel territorio nazionale, consegue che l'autorità di pubblica sicurezza goda di una certa discrezionalità nel disporre l'espul-

sione o il respingimento in casi assolutamente simili tra loro. Al pari del respingimento alla frontiera, anche il respingimento differito non è corredato da un divieto di ingresso, ma tra i due istituti differisce la fase esecutiva: immediata in un caso, con accompagnamento alla frontiera da parte del questore, nel secondo. In tale ultima ipotesi troveranno applicazione gli istituti del trattenimento in un C.I.E. e dell'ordine del questore che esamineremo trattando dell'esecuzione delle espulsioni.

A differenza delle ipotesi di respingimento immediato, lo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento disposto dal Questore risponde della contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10 bis, T.U.).

2.3 Gli obblighi del vettore

Il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti per l'ingresso (art. 4, T.U.) ha l'obbligo di ricondurlo nello Stato di provenienza o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio a sue spese (art. 10, comma 3 T.U.).

2.4 I divieti di respingimento

Le disposizioni sui respingimenti non si applicano ai richiedenti asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria ovvero di misure di protezione per motivi umanitari (art. 10, co. 6, T.U.). In nessun caso può disporsi il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa essere rinvio verso altro Stato in cui non possa essere protetto dalla persecuzione (art. 19, co. 1, T.U.).

Ovviamente, queste garanzie, sostanzialmente previste a tutela dei richiedenti protezione internazionale e fino all'esito della relativa domanda, trovano concreta applicazione a condizione che lo straniero che è nella condizione di essere respinto - cioè tutti coloro che sbarcano sulle coste italiane o sono soccorsi in mare aperto da unità navali e condotti nei centri hotspot - sia messo nelle condizioni di manifestare la volontà di presentare domanda di protezione. L'omessa tempestiva informazione del diritto di chiedere asilo, oppure il tardivo recepimento della predetta volontà vanificano - di fatto - le disposizioni relative ai divieti di respingimento, che corrono il rischio di restare sulla carta.

2.5 Assistenza e categorie vulnerabili

La legge prevede che agli stranieri respinti sia fornita l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera (art. 10, co. 5, T.U.), peraltro senza alcuna ulteriore specificazione: trattasi della minima assistenza materiale rispetto alle esigenze prioritarie ed urgenti.

L'art. 8, co. 2, D.Lgs. 142/2015 prescrive che *“le funzioni di soccorso e prima accoglienza, nonché di identificazione continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del D.L. 451/95, convertito dalla legge 563/95”*: trattasi dei centri denominati CSPA (Centri di primo soccorso e assistenza) destinati alla primissima fase di soccorso, accoglienza e identificazione, cioè gli hotspot - intesi come luoghi di canalizzazione delle persone sbarcate sulle coste italiane. Tuttavia, né l'art. 8 citato, né la legge 563/95 (c.d. “Legge Puglia”) prevedono disposizioni di rango legislativo in ordine alla funzionalità di detti centri, sicché l'assistenza ai valichi di frontiera ed alle categorie vulnerabili parrebbe limitarsi alle attività di soccorso e non essere disciplinata per legge.

Si prevede altresì che il respingimento di persone vulnerabili sia effettuato con modalità compatibili con le specifiche condizioni personali, ove siano debitamente accertate (art. 19, co. 2 bis, T.U.). Anche questa disposizione parrebbe destinata a restare sulla carta, poiché nulla è previsto in merito alle modalità con cui il respingimento debba essere in concreto effettuato nei confronti delle persone vulnerabili, né in ordine ai criteri di accertamento della vulnerabilità. Peraltro, alcuna conseguenza è prevista in caso di violazione di tale principio.

2.6 La tutela giurisdizionale: giurisdizione e competenza

L'individuazione dei mezzi di tutela giurisdizionale esperibili avverso i provvedimenti di respingimento (sia immediati che differiti) era problematica perché il T.U. non li indica espressamente. Peraltro il Codice frontiere Schengen (art. 13, co. 3) prevede che le persone respinte abbiano diritto di presentare ricorso, pur senza efficacia sospensiva automatica, conformemente alla legislazione nazionale.

Poiché dunque la legislazione statale non individuava la giurisdizione competente, dottrina e giurisprudenza erano divise tra un orientamento che propendeva per la giurisdizione amministrativa e un altro per quella ordinaria.

Militava a favore della prima tesi – ricorso al T.A.R. – la constatazione della natura di atto amministrativo del decreto di respingimento, che, stante il principio di tassatività delle impugnazioni, ricadrebbe nel perimetro della giurisdizione amministrativa, in assenza di diverse indicazioni normative derogatorie al principio generale. Viceversa, i fautori della giurisdizione ordinaria ritenevano che il provvedimento di respingimento alla frontiera rappresentasse, per omogeneità contenutistica e funzionale, una *species* rispetto al *genus* provvedimento di espulsione rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario (T.A.R. Sicilia, 6. aprile 2009, n. 668; T.A.R. Calabria 20 aprile 2006, n. 432; T.A.R. Campania 16 maggio 2007, n. 2140).

La questione, relevantissima nella prassi, è stata risolta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, con sentenza 17.6.2013, n. 15115 (successivamente ribadita da Cass. SSUU, ord. 10.6.2013, n. 14502), a seguito di proposizione di regolamento di giurisdizione, per quanto concerne i respingimenti differiti.

E' stata affermata la sussistenza della giurisdizione ordinaria, sulla scorta delle seguenti considerazioni: *“il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è infatti correlato all'accertamento positivo di circostanze-preupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge (art. 10, co. 1 e 2, T.U.) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale ... pertanto, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione dell'inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'amministrazione, spetta al giudice ordinario”*. Inoltre, la competenza è del tribunale territorialmente competente *“non potendosi ... applicare analogicamente la speciale competenza del giudice di pace prevista ... per l'impugnazione dei provvedimenti di espulsione e dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art. 9 c.p.c.”* (Cass. SSUU. 17.6.2013 n. 15115).

Per quanto concerne la giurisdizione relativa alle impugnazioni dei respingimenti immediati, il Consiglio di Stato, III sez., con sentenza 13.9.2013 n. 4543, sulla scia della citata sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, ha stabilito la giurisdizione del giudice ordinario anche per questa tipologia di respingimenti. Interessante è la

motivazione del supremo organo di giustizia amministrativa, perché chiarisce molto bene la differenza tra respingimenti ed espulsioni: “ ... il potere di respingimento è lo stesso, e identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario. La differenza tra le due fattispecie considerate dall’art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario e normale è il respingimento in limine, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione ... Tuttavia, nelle ipotesi considerate dal comma 2 (respingimento differito) la norma consente - a titolo eccezionale - che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera. In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del comma 2 si risolvono in una *fictio iuris* per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora in limine e quindi soggetto a quel potere di respingimento che - senza la *fictio iuris* - non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell’ autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero”.

In conclusione la competenza a dirimere le controversie in materia di respingimenti è del tribunale ordinario in composizione monocratica, secondo la procedura del rito sommario di cognizione di cui all’art. 18, D.Lgs. 150/2011.

2.7 La tutela giurisdizionale: alcune considerazioni di merito

Benché la materia dei respingimenti abbia poco spazio nel discorso pubblico - essendo l’attenzione degli addetti ai lavori maggiormente concentrata sulle espulsioni - in realtà il ricorso a questi istituti è tutt’altro che secondario: secondo i dati pubblicati nella I° Relazione della Commissione parlamentare d’inchiesta sul sistema di accoglienza, identificazione e trattenimento dei migranti resa nota nel maggio del corrente anno (pag. 131), nel corso del 2015 sono stati effettuati 8.736 respingimenti alla frontiera e 1.345 respingimenti differiti. Si tratta di numeri significativi.

Tuttavia, il contenzioso giudiziale in materia è stato fino ad ora piuttosto scarso per i seguenti motivi:

- in primo luogo perché la maggior parte dei respingimenti sono stati immediati e, conseguentemente, il destinatario non ha avuto modo di contattare un legale in Italia, di essere compiutamente informato della possibilità di esperire ricorso, né di conferire la necessaria procura ad un avvocato;

- anche la difficoltà a “trovare un giudice competente”, com'è stato evidenziato nel paragrafo precedente, ha influito sulla scarsità del contenzioso;
- infine, occorre rammentare il fatto oggettivo che il respingimento è - tra le misure ablativo - quella meno gravosa. Infatti, a differenza dell'espulsione, il decreto di respingimento nella legge italiana non è corredato da un divieto di reingresso (non ve n'è traccia né nell'art. 10 che li disciplina, né nell'art. 13, co.14, T.U., che disciplina i divieti di reingresso nelle espulsioni) e, conseguentemente, non comporta la segnalazione del respinto nel sistema informatico Schengen ai fini della non ammissione nello spazio omonimo. Conseguente che, di norma, lo straniero respinto non abbia alcun interesse processuale ad impugnare il relativo decreto sostenendo che l'amministrazione avrebbe dovuto espellerlo, invece che respingerlo, essendo piuttosto probabile l'ipotesi inversa: che l'espulso si dolga di non essere stato respinto, come nel caso di seguito esaminato.
- Si pensi alla previsione - dettata dall'art. 6, co. 3, D.Lgs. 142/2015 - secondo cui il richiedente protezione internazionale che si trova trattenuto al CIE in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione all'atto della presentazione della domanda, ivi rimane se vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda sia stata presentata al solo fine di ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento. Le prime prassi applicative di questa disposizione hanno visto alcune questure chiedere la convalida del trattenimento nei confronti di persone trattenute perché destinatarie di un decreto di respingimento differito che proprio dal CIE avevano avanzato domanda di protezione. Tuttavia, siccome la lettera della legge espressamente fa esclusivo riferimento allo straniero espulso (e non anche respinto), la giurisprudenza di merito è orientata a non convalidare il trattenimento del richiedente asilo già trattenuto sol perché respinto, in virtù del principio di stretta legalità dettato dall'art. 13 Cost. in materia di restrizione della libertà personale.

Se ciò è vero, consegue che il trattenuto in attesa di esecuzione di un provvedimento di espulsione, che presenti dal CIE la domanda di protezione internazionale, abbia interesse ad impugnare il decreto di espulsione lamentando di non essere stato oggetto di respingimento differito, potendo in tal modo - in caso di accoglimento del ricorso - ottenere la cessazione del trattenimento. Attesa la delicata linea di confine tra respingimento differito ed espulsione per ingresso illegale - che come s'è detto costituisce una zona grigia dove le due fattispecie si intersecano e sovrappongono - parrebbe possibile argomentare in tal senso.

Oggetto del ricorso avverso un provvedimento di rigetto non può che essere la legittimità del decreto impugnato, per la cui valutazione occorre richiamare il contenuto della citata sentenza della Cassazione a sezioni unite 17.6.2013 n. 15115. Detta pronuncia chiarisce che l'esercizio del potere di respingimento è correlato all'accertamento di due condizioni - una positiva e l'altra negativa: l'accertamento positivo della ricorrenza dei presupposti dettati dall'art. 10, T.U. (ivi compresi i divieti di espulsione e respingimento dettati dall'art. 19, T.U.), e l'accertamento negativo circa la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale.

Il richiamo alla disciplina inerente la protezione internazionale induce a tenere in stretta considerazione anche la giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo (sentenza del 23 febbraio 2012 Hirsi Jamaa ed altri c. Italia (27765/09) - sentenza 1 settembre 2015 Khlaifia c. Italia).

2.8 I respingimenti e la Direttiva 2008/115/CE: inapplicabilità

La direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (c.d. "Direttiva rimpatri"), all'art. 2, rubricato "Ambito di applicazione" prevede - al § 2, lett. a) - che "*gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro*". Con la legge 121/2011, di recepimento nel diritto interno della Direttiva in oggetto, il legislatore si è avvalso della facoltà accordata agli Stati membri dal citato art. 2 e, conseguentemente, le disposizioni dello strumento normativo sovranazionale (che saranno esaminate in seguito), in primo luogo la concessione di un termine per la partenza volontaria, non si applicano ai respingimenti.

L'esecuzione dei respingimenti prevede un'alternativa secca: o l'immediatezza o il differimento, e, in questo secondo caso, il trattenimento ovvero l'ordine di allontanamento del questore entro i consueti sette giorni.

E' per questa ragione che l'istituto del respingimento ben si adatta alle esigenze di speditezza e celerità che sono sottese al c.d. "approccio hotspot" previsto dalla "Roadmap italiana" comunicata dal Ministero dell'interno il 28.9.2015, in cui *"avrà luogo una prima differenziazione tra le persone richiedenti asilo/potenzialmente ricollocabili e quelle in posizione irregolare"* da destinare velocemente alle misure ablativo.

2.9 I profili d'illegittimità costituzionale

Il ruolo affatto secondario dell'istituto del respingimento nel quadro delle politiche volte all'allontanamento rapido dal territorio nazionale degli stranieri che approdano sulle nostre coste, induce a riflettere circa la compatibilità dell'istituto rispetto a taluni parametri costituzionali.

Con riferimento al respingimento disposto dal questore con accompagnamento alla frontiera (art. 10, co. 2, T.U.) si pongono i seguenti dubbi di costituzionalità.

Occorre premettere che, per pacifica giurisprudenza costituzionale (sent. n. 105/2001), l'accompagnamento alla frontiera costituisce limitazione della libertà personale e, pertanto, soggiace alle riserve di legge e di giurisdizione previste dall'art. 13, commi 2 e 3, Cost. Tali disposizioni prevedono che ogni provvedimento restrittivo della libertà personale debba essere adottato dalla sola autorità giudiziaria e che l'autorità di pubblica sicurezza possa privare taluno della libertà solo in casi eccezionali di necessità e urgenza. Nel caso in esame, l'adozione del provvedimento limitativo della libertà è adottato solo e sempre dal questore, e mai dall'autorità giudiziaria. Conseguenza che difetti sempre il requisito dell'eccezionalità. Al proposito occorre precisare che, secondo la giurisprudenza costituzionale (sent. n. 64/1977), l'eccezionalità deve intendersi legata non già alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria, ma non può certo consentire che alla riserva di giurisdizione siano apportate deroghe aventi una portata così ampia ed esaustiva da tradursi, a loro volta, in regola assoluta, collocandosi così agli antipodi di ciò che si intende per eccezionalità.

Parrebbe altresì difettare il requisito della tassatività dei casi di necessità e urgenza previsti dalla legge (art. 13, co. 2, Cost.). La tassatività della previsione normativa è

rispettata quando i suoi elementi (che determinano una limitazione della libertà personale) sono certi ed inequivoci. Ebbene, la previsione secondo cui è respinto dal questore con accompagnamento coattivo alla frontiera lo straniero che fa ingresso in Italia sottraendosi ai controlli di frontiera ed è fermato all'ingresso o "subito dopo", si sovrappone con quella di cui all'art. 13, co. 2, lett. a), T.U., a mente della quale è espulso lo straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera (senza essere stato respinto). Infatti, poiché non è possibile stabilire con sufficiente certezza quando inizia e quando finisce il "subito dopo" l'avvenuto ingresso, può determinarsi un possibile *vulnus* al requisito di tassatività, con la conseguenza che l'autorità di pubblica sicurezza ha mano libera nel decidere discrezionalmente per l'adozione dell'uno o dell'altro provvedimento ablativo, senza alcun controllo giurisdizionale né preventivo né successivo.

Infine, ulteriore profilo di dubbia costituzionalità riguarda la mancata previsione della convalida giurisdizionale prima dell'accompagnamento coattivo alla frontiera nei casi di respingimento differito, a differenza dell'accompagnamento coattivo previsto nei casi di espulsione ove, ai sensi dell'art. 13, co. 5 bis, T.U., è obbligatoriamente prevista la convalida da parte del giudice di pace.

In conclusione, lo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento differito disposto sempre e solo dal questore con accompagnamento coattivo alla frontiera è sottoposto a limitazione della libertà personale senza alcun controllo giurisdizionale. Tale controllo si verifica solo se viene disposto il trattenimento presso un CIE (in tal caso si procede alla convalida del trattenimento ex art. 14, T.U.), ovvero in caso di ricorso avverso il decreto di respingimento, che avviene, di norma, ad allontanamento avvenuto.

Analoghe considerazioni non sembrerebbero riguardare anche i respingimenti immediati, in quanto lo straniero non fa ingresso nel territorio nazionale; sempre che non si versi in ipotesi di trattenimenti differiti mascherati da respingimenti immediati, il che potrebbe accadere in caso di trattenimento di fatto nell'area di transito portuale o aeroportuale (superiore alle 48 ore) in attesa che il vettore adempia all'obbligo di ricondurre il trasportato nel Paese di provenienza.

3. Le espulsioni amministrative

3.1 Forme e contenuti comuni

Tutti i provvedimenti amministrativi di espulsione sono adottati con decreto motivato (art. 13, co. 3, T.U.).

Incombono sull'autorità emittente tre obblighi:

- motivazione,
- comunicazione,
- sottoscrizione

L'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi è previsto dall'art. 3, co. 1, L. 241/1990: *“la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”*. L'obbligo di motivazione è specificamente previsto per le espulsioni all'art. 13, co. 3, TU.

La motivazione del provvedimento espulsivo mira a far conoscere al destinatario i motivi di fatto e di diritto che ne hanno determinato l'adozione, al fine di ben comprendere l'*iter* fattuale e giuridico dell'amministrazione a seguito di adeguata istruttoria, e di consentirgli di disporre degli elementi necessari per esercitare eventualmente il diritto alla tutela giurisdizionale contro il provvedimento, sicché in ogni decreto espulsivo devono essere indicati i termini e l'autorità cui è possibile ricorrere (art. 3, co. 4, L. n. 241/1990; art. 13, co. 7, T.U.).

La violazione dell'obbligo di motivazione, che può verificarsi sia in caso di totale assenza della stessa che di motivazione insufficiente o c.d. “apparente”, cioè di motivazione che si risolve nella mera ripetizione di clausole di stile, comporta una violazione di legge, che consente l'annullamento del provvedimento espulsivo a seguito di ricorso gerarchico o giurisdizionale.

Poiché tra i presupposti dei provvedimenti amministrativi di espulsione vi sono anche l'annullamento, la revoca o il rifiuto del permesso di soggiorno, in tali ipotesi la motivazione del decreto espulsivo deve indicare compiutamente gli estremi dell'atto presupposto, poiché la motivazione *per relationem* è consentita soltanto in

riferimento al contenuto dell'atto di annullamento, rifiuto o revoca del titolo di soggiorno.

Infine, la motivazione deve indicare tutti i motivi adottati dall'amministrazione a sostegno della sua decisione, il che impedisce all'amministrazione una successiva integrazione, sicché se un'espulsione è stata disposta per un motivo erroneo, non conferente al caso di specie, l'amministrazione non può correggerlo, integrando o sostituendo la motivazione in corso di causa, e quel provvedimento è annullabile se il destinatario lo impugna, salvo il potere-dovere della P.A. di adottarne uno nuovo, sorretto da corretta motivazione.

"Nel giudizio ai sensi del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 13, comma 8, e art. 13-bis, avente ad oggetto la verifica della pretesa espulsiva dello Stato, a fronte della quale può recedere il diritto soggettivo dello straniero extracomunitario a permanere nello Stato, poiché le ipotesi di violazione che possono giustificare l'espulsione sono rigorosamente descritte dalla vigente normativa, configurandosi il provvedimento espulsivo come atto a contenuto vincolato, la materia d'indagine è costituita dalla sussistenza della specifica ipotesi contestata all'espellendo ed assunta a dichiarato presupposto dell'espulsione; ne consegue che, disposta tale ultima misura per essersi lo straniero sottratto ai controlli di frontiera e verificata, in fatto, l'insussistenza, di una tale circostanza, l'espulsione non può essere confermata dal giudice" (Cass. civ. sez. VI, 14.2.2013, n. 3694).

"Il giudice del ricorso avverso il decreto di espulsione dello straniero, ove accerti l'insussistenza dell'ipotesi contestata, deve annullare il provvedimento, non potendo convalidarlo sulla base dell'accertata sussistenza di una diversa ragione di espulsione non contestata dal prefetto" (Cass. civ. sez. VI.ord. 2232 - 3.2.2014 che richiama Cass. 24271/2008, 9499/2002).

Al giudice non è consentito estendere il suo sindacato oltre il contenuto dell'atto, così integrandolo.

L'atto espulsivo produce i suoi effetti soltanto dopo che sia stato notificato o comunicato all'interessato dall'amministrazione (art. 13, co. 7, T.U.). Il provvedimento amministrativo di espulsione è dunque un atto recettizio e l'obbligo di motivazione ha ragione di esistere in quanto l'atto è destinato ad essere comunicato allo straniero, il che comporta l'obbligo di comunicazione o notificazione che incombe sull'amministrazione.

La legge impone anche ulteriori obblighi all'amministrazione: l'atto deve essere sottoscritto dal prefetto, deve contenere le indicazioni delle modalità di impugnazione e deve essere tradotto in una lingua conosciuta dal destinatario, ovvero, ove non sia possibile, in lingua inglese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'interessato.

Tra i requisiti formali dei decreti espulsivi vi è la necessità di sottoscrizione dell'atto da parte dell'autorità emanante, salva facoltà di delega ad altro dirigente l'ufficio, delega non necessaria se l'atto è sottoscritto dal viceprefetto vicario, legittimato a sostituire il prefetto in tutte le sue attribuzioni (Cass. Civ. sez. I, 9094/2003). Nella prassi l'atto notificato allo straniero è una copia che deve avere l'attestazione di conformità all'originale, diversamente *“è nullo, per difetto della necessaria forma comunicatoria, il provvedimento prefettizio, nel caso in cui all'espellendo venga consegnata una copia dell'atto via fax, non recante l'attestazione di conformità all'originale”* (Cass. civ. sez. VI, 17569/2010).

Per i ricorsi giurisdizionali avverso le espulsioni prefettizie lo straniero ha diritto di accedere al patrocinio a spese dello Stato (art. 142, D.P.R. 115/2001), indipendentemente dal suo reddito, a condizione, ovviamente, che ne faccia richiesta.

Tra i requisiti formali delle espulsioni amministrative assume primaria importanza l'obbligo di traduzione.

La prassi di alcune prefetture che non traducono gli atti in lingua comprensibile allo straniero, adducendo l'indisponibilità di personale idoneo alla traduzione del provvedimento, e di limitarsi alla traduzione nelle lingue veicolari, ha determinato un notevole contenzioso.

Alcuni orientamenti giurisprudenziali ritenevano sufficiente l'attestazione da parte della P.A. di essere impossibilitata, per ragioni tecnico-organizzative, a tradurre il decreto espulsivo in lingua conosciuta dall'interessato, per scongiurare la nullità dell'atto (Cass.civ., sez. 1, n. 25362/2006; Cass. Civ., sez. VI, n. 24170/2010, *idem* 17572/2010).

Invece vi erano orientamenti giurisprudenziali di segno opposto, che ritenevano affetto da nullità insanabile il decreto espulsivo tradotto in lingua non conosciuta dallo straniero, non essendo invocabile la sanatoria per raggiungimento dello scopo – come attestato dalla tempestiva proposizione del ricorso – non applicandosi al requisito di validità del decreto espulsivo il predetto principio di sanatoria, proprio del diritto processuale civile (Cass. civ. sez. VI, 16962/2011) e non anche degli atti amministrativi.

Nel 2012 la Cassazione ha rivisto l'orientamento fondato sulla sostanziale equivalenza tra la impossibilità di traduzione e la impossibilità di reperire personale idoneo alla traduzione del decreto espulsivo in lingua nota allo straniero, affermando che *“la moltiplicazione esponenziale delle espulsioni (molte decine di migliaia all'anno), la formazione di flussi stabili di immigrati per nazionalità o etnie, la diffusione delle procedure di informatizzazione di tutte le comunicazioni dell'Amministrazione, la prevalente invariabilità e ricorrenza delle ipotesi espulsive ... inducono a valutare la sostenibilità logica di una risposta dell'Amministrazione quale quella di non avere la disponibilità di un traduttore quando, nella stragrande maggioranza dei casi, nessuna traduzione <personalizzata> è necessaria, dato che i testi erano e sono standard ... Sembra pertanto necessario ripensare una scelta interpretativa (la insindacabilità della attestazione di impossibilità) che oggi, nel contesto sopra indicato, appare dissonante dalle attuali esigenze di dare attuazione ai principi di giusto processo di opposizione all'espulsione. In realtà la clausola della norma (la impossibilità di procedere a traduzione in lingua conosciuta) consente un sindacato di ragionevolezza e plausibilità della sua applicazione ... La chiave di volta per un sindacato ragionevole, ed a tutela del diritto soggettivo della difesa tecnica dell'espellendo, è quella che scaturisce dalla presa d'atto della realtà, e cioè del fatto che oggi, per imponente di numeri di espulsioni, per ricorrenza di ipotesi prevalentemente tipizzate, e per disponibilità di banche dati informatiche, non occorre più, o non occorre sempre, un traduttore. ... Si formula pertanto il seguente principio di diritto: è da ritenersi ai fini di legge <impossibile> la traduzione del decreto espulsivo nella lingua conosciuta dall'espellendo, e si può procedere all'uso della lingua <veicolare>, le volte in cui sia dall'Amministrazione affermata e dal giudice ritenuta plausibile la indisponibilità di un testo predisposto nella stessa lingua o la inidoneità di tal testo alla comunicazione della decisione in concreto assunta e venga quindi attestato che non sia reperibile nell'immediato un traduttore”.*(Cass. civ. sez. VI, sent. 8 marzo 2012, n. 3678/12).

La nullità del provvedimento espulsivo per mancata traduzione del decreto nella lingua propria del destinatario può essere fatta valere anche in sede di opposizione tardiva (Cass. civ. sez. I, 179/2008), tale pronuncia è particolarmente rilevante perché si pone nel solco della giurisprudenza della Corte costituzionale che, con sentenza n. 198/2000 stabilì che *“ il pieno esercizio del diritto di difesa da parte dello straniero presuppone ... che qualsiasi atto proveniente dalla pubblica amministrazione, diretto ad incidere sulla sua sfera giuridica, sia concretamente conoscibile. L'esigenza pri-*

maria di non vanificare il diritto di azione fa sì che, nell'ipotesi di ignoranza senza colpa del provvedimento di espulsione – in particolare per l'inosservanza dell'obbligo di traduzione dell'atto – debba ritenersi non decorso il termine per proporre impugnazione”.

Infine, la giurisprudenza è costante nel ritenere non necessaria la comunicazione di avvio del procedimento di espulsione prevista dall'art. 7, L. 241/1990, in relazione sia ai motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato sottesi all'espulsione dello straniero, sia ai caratteri di celerità e speditezza che caratterizzano il procedimento espulsivo (Cass. civ., sez. I, 29 dicembre 2005, n. 28858).

3.2 Gli effetti dei provvedimenti amministrativi di espulsione

Gli effetti delle espulsioni sono identici, sia che si tratti di provvedimenti amministrativi di espulsione, sia che si tratti di una delle espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria:

1. obbligo di lasciare il territorio nazionale (immediatamente o entro un determinato termine);
2. segnalazione, ai fini della non ammissione nell'area Schengen, del nominativo della persona espulsa nel Sistema d'informazione Schengen (di seguito denominato S.I.S.);
3. divieto di reingresso nel territorio dell'Italia e degli altri Stati dell'area Schengen, per un periodo di tempo determinato (indicato nel decreto di espulsione), decorrente dal momento dell'effettivo allontanamento dal territorio nazionale;
4. l'eventuale procedimento penale pendente a carico dello straniero effettivamente espulso e non detenuto si conclude con una sentenza di improcedibilità per avvenuta espulsione, se l'esecuzione dell'espulsione sia avvenuta prima della pronuncia del decreto che dispone il giudizio, ma riprende a svolgersi in caso di reingresso irregolare dell'espulso.

3.2.1 L'obbligo di lasciare il territorio nazionale

Dopo che il provvedimento amministrativo di espulsione sia stato comunicato o notificato si produce anzitutto l'obbligo per lo straniero espulso di lasciare il territorio dello Stato. Tale effetto rappresenta la sua finalità principale e consiste nel “rimpatrio”.

Infatti, il provvedimento amministrativo di espulsione si configura ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2008/115/CE (c.d. "Direttiva rimpatri") come "decisione di rimpatrio", definita come l'atto amministrativo che attesta o dichiara l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e impone o attesta l'obbligo di rimpatrio, e il "rimpatrio" è definito dalla stessa direttiva come il "*processo di ritorno di un cittadino di un paese terzo, sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente, nel proprio paese di origine o in un paese di transito in conformità di accordi comunitari o bilaterali di riammissione o di altre intese o in un altro paese terzo, in cui il cittadino del paese terzo in questione decide volontariamente di ritornare e in cui sarà accettato*".

Il rimpatrio è dunque lasciato alla spontanea ottemperanza da parte dello straniero espulso ovvero è eseguito mediante l'allontanamento, che la stessa Direttiva 2008/115/CE definisce come "*il trasporto fisico fuori dallo Stato membro*" del cittadino di un Paese terzo (art. 3, n. 4, dir. cit.).

Poiché ogni provvedimento amministrativo di espulsione è immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato (art. 13, co. 3, T.U.) l'obbligo di allontanamento dal territorio nazionale sorge contestualmente all'adozione e alla comunicazione del decreto espulsivo.

Peraltro l'obbligo per lo straniero espulso di lasciare il territorio dello Stato non è immediato, né è eseguito con l'allontanamento coattivo nelle seguenti ipotesi :

- a) nelle ipotesi in cui il Prefetto concede allo straniero espulso, su sua richiesta, un termine (da 7 a 30 giorni, ma anche di più) per la partenza volontaria e in tal caso l'obbligo di allontanamento immediato decorre dalla scadenza di tale termine che è indicato nel decreto di espulsione (art. 13, co. 5, 5.1, 5.2, T.U.);
- b) nelle ipotesi in cui lo straniero che deve essere espulso con accompagnamento alla frontiera non può essere trattenuto in un centro di identificazione ed espulsione o comunque non è eseguibile l'allontanamento coercitivo, sicché il provvedimento amministrativo di espulsione è eseguito con le forme dell'ordine scritto del questore allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni (art. 14, co. 5-bis, T.U.).

Tuttavia lo straniero espulso può liberamente lasciare il territorio italiano anche prima della scadenza dei termini indicati, che si configurano come termini massimi per l'adempimento dell'obbligo.

Vi sono poi ipotesi in cui lo straniero espulso si trova in talune situazioni, che si configurano come incidenti di esecuzione delle espulsioni, nelle quali l'esecuzione dell'espulsione è differita nel tempo a causa dell'esigenza di rimuovere ostacoli oggettivi che impediscono l'immediata esecuzione del provvedimento espulsivo mediante l'accompagnamento coercitivo alla frontiera a mezzo delle forze di polizia. In tali ipotesi, l'obbligo di allontanamento da eseguirsi in modo coercitivo persiste, ma è differita la sua esecuzione esclusivamente in ragione di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento (come la necessità di prestare soccorso allo straniero, di effettuare accertamenti sulla sua identità o nazionalità, di acquisire i documenti per il viaggio o per temporanea indisponibilità di idoneo vettore): in tali casi il questore dispone il trattenimento dello straniero in un Centro di identificazione e di espulsione (art. 14, co. 1, T.U.), oppure adotta talune misure coercitive in luogo del trattenimento (art. 14, co. 2 bis T.U.).

La prova dell'avvenuto adempimento dell'obbligo di allontanamento è dimostrata dal timbro di uscita, munito dell'indicazione del valico di frontiera e della data, apposto dalla polizia di frontiera sul passaporto dell'espulso (art. 8, co. 1, D.P.R. 394/99), ovvero da ogni altro documento comprovante l'assenza dello straniero dal territorio dello Stato (art. 19, D.P.R. 394/99).

3.2.2 La segnalazione dello straniero espulso al S.I.S. ai fini della non ammissione nel territorio di tutti gli Stati dell'area Schengen

Ai sensi dell'art. 96 della Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 388/1993, ogni Stato contraente iscrive nel Sistema d'informazione Schengen i dati relativi agli stranieri segnalati ai fini della non ammissione nell'omonima area. Il successivo co. 3 della stessa norma, prescrive che *“le decisioni [circa la non ammissione] possono essere fondate sul fatto che lo straniero è stato oggetto di una misura di allontanamento, di respingimento o di espulsione non revocata né sospesa, che comporti o sia accompagnata da un divieto d'ingresso o eventualmente di soggiorno, fondata sulla non osservanza delle regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri”*.

Pertanto, poiché – secondo la legge italiana – ogni provvedimento amministrativo di espulsione deve essere corredato anche di un divieto di reingresso (art. 13, co. 14, T.U.), i nominativi degli espulsi sono segnalati nel S.I.S. (a differenza dei nominativi

delle persone sottoposte a respingimento – ex art. 10, T.U. – che non prevede alcun divieto di reingresso).

Perciò la segnalazione dell'espulso nel S.I.S. è a tutti gli effetti una conseguenza dell'espulsione e comporta che lo straniero espulso non è ammesso ad entrare nel territorio di tutti i Paesi dell'area Schengen, ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett. c) Reg. CE 15.3.2006, n. 562/2006 (c.d. Codice frontiere Schengen), fino a che la segnalazione non sia stata cancellata dall'Italia o dal diverso Stato contraente che ha effettuato la segnalazione.

3.2.3 I divieti di reingresso in Italia dello straniero espulso

L'art. 11, § 1, della Direttiva rimpatri, prescrive che gli Stati membri debbano corredare le decisioni di rimpatrio di un divieto di ingresso ove non sia stato concesso un termine per la partenza volontaria, ovvero quando entro tale termine lo straniero non abbia ottemperato alla decisione di rimpatrio. In tutti gli altri casi, gli Stati membri hanno una mera facoltà di corredare i provvedimenti di rimpatrio di un divieto di reingresso, ma la durata di tale divieto deve essere determinata, previa valutazione "caso per caso", e non deve superare, di norma, i cinque anni. Tale termine quinquennale può essere superato solo se lo straniero costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale (art. 11 § 2, dir. cit.).

La L. 129/2011 ha tentato di adeguare le disposizioni interne alla citata direttiva, sicché ora l'assetto della disciplina nazionale è il seguente (art. 13, co. 14, T.U.):

1. ordinariamente, il divieto di reingresso in Italia (e nell'area Schengen) dello straniero espulso non può essere inferiore a tre anni e superiore a cinque, e nell'esercitare tale scelta discrezionale il prefetto deve tener conto di tutte le circostanze specifiche pertinenti il singolo caso,
2. nelle ipotesi di provvedimenti amministrativi di espulsione per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), T.U.), o per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato dal Ministro dell'interno (art. 13, co. 1, T.U.), ovvero per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3, co. 1, L. 155/2005) può essere previsto un divieto di reingresso superiore a cinque anni – dunque indeterminato nel massimo – la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso. La facoltà di estendere la durata del divieto di rientro oltre i cinque anni, anche per gli espulsi per motivi di pericolosità sociale – che non costituiscono una minaccia grave all'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicu-

rezza nazionale – sembra contrastare con la direttiva rimpatri che limita tale possibilità alle espulsioni caratterizzate da gravi minacce ai beni sopra richiamati.

Il termine - triennale, quinquennale o ultraquinquennale - di divieto d'ingresso per lo straniero espulso, decorre dalla data di effettivo allontanamento dal territorio nazionale e non da quello in cui è stata adottata l'espulsione: sicché se lo straniero espulso non si allontana (volontariamente o coattivamente dall'Italia) tale termine non inizia mai a decorrere (art. 19. co. 1, D.P.R. 394/99). La prova dell'avvenuto allontanamento è fornita dal timbro datario d'uscita apposto sul passaporto dalla polizia di frontiera, o da ogni altro documento attestante l'assenza dal territorio dello Stato.

Nelle ipotesi in cui sia stato concesso il termine per la partenza volontaria dello straniero espulso (art. 13, co. 5, 5.1, 5.2, T.U.), il divieto di reingresso – da tre a cinque anni – decorre dalla scadenza del termine assegnato per la volontaria partenza (da sette a trenta giorni), ma il divieto può essere subito revocato, su istanza dell'interessato dall'estero (che può validamente delegare all'uopo un legale), a condizione che fornisca la prova di avere lasciato il territorio nazionale entro il termine accordato per la partenza volontaria (art. 13, comma 14 T.U.).

In tutti gli altri casi, qualora lo straniero espulso voglia entrare in Italia prima della scadenza del termine del divieto di reingresso, deve ottenere una speciale autorizzazione dal Ministro dell'interno, presentando personalmente apposita istanza alla rappresentanza diplomatica italiana dello Stato di appartenenza o di stabile residenza che la inoltra al Ministero dell'interno dopo aver verificato l'identità e l'autenticità della firma del richiedente e aver acquisito la documentazione attinente alla motivazione per la quale si chiede il rientro (art. 19-bis, D.P.R. n. 394/1999).

La violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso è sanzionata penalmente con la reclusione da uno a quattro anni, è previsto l'arresto obbligatorio anche fuori della flagranza, si procede con il rito direttissimo e a nuova espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera (art. 13, co. 13, 13 bis, 13 ter, T.U.).

Stante la differente disciplina – conseguente alla successione di leggi nel tempo – del termine di divieto d'ingresso dello straniero espulso, si pone la questione della perdurante validità dei divieti d'ingresso indicati in provvedimenti espulsivi disposti secondo le norme legislative, che prima del 24 giugno 2011, prevedevano per gli stranieri espulsi (con tutti i tipi di provvedimenti di espulsione) un divieto di rientro della durata di dieci anni, allorché tale termine non sia ancora spirato al momento della

scadenza del termine di recepimento della direttiva 2008/115/CE (24.12.2010) e della data di entrata in vigore del D.L. 89/2011 (24.6.2011).

Una soluzione concretamente prospettabile potrebbe comportare:

1. la cancellazione dal S.I.S. di tutti i divieti di reingresso conseguenti a provvedimenti amministrativi di espulsione (salvo che si tratti di quelli disposti per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato, per motivi di prevenzione del terrorismo e per motivi di pericolosità sociale) che prevedano una durata di divieto di rientro superiore a cinque anni, allorché tale termine risulti spirato al 24 dicembre 2010, data di scadenza del termine per la trasposizione della Direttiva 2008/115/CE nel diritto interno (infatti, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E. le disposizioni delle direttive possono trovare applicazione diretta quando è inutilmente decorso il termine per il loro recepimento e si tratti di disposizioni sufficientemente chiare, precise ed incondizionate, quali, appunto, quelle inerenti i termini massimi del divieto di rientro);
2. la riduzione automatica a cinque anni del periodo di divieto di reingresso inserita nel S.I.S. a carico di stranieri espulsi (esclusi i provvedimenti espulsivi indicati nel punto che precede), qualora il relativo provvedimento di espulsione sia stato emanato prima del 24 giugno 2011 (data di entrata in vigore del D.L. n. 89/2011 che ha introdotto la nuova disciplina del divieto di reingresso), anche se sia stato comunicato allo straniero dopo tale data e sempre che prevedesse un divieto decennale.

3.2.4 Il nulla-osta all'esecuzione dell'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale e il non luogo a procedere nel procedimento penale a carico dello straniero espulso

Il T.U. regola i casi in cui lo straniero sottoposto a procedimento penale sia anche destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione (art. 13, co. 3, 3 bis, 3 ter T.U.).

Lo spartiacque è segnato dalla custodia cautelare in carcere dello straniero che dovrebbe essere espulso, in presenza della quale l'espulsione amministrativa non può essere eseguita, finché la custodia cautelare perdura: in tali ipotesi le esigenze cautelari prevalgono su quelle espulsive.

Invece, se lo straniero sottoposto a procedimento penale e destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione non è detenuto in custodia cautelare, il questore, prima di eseguire l'espulsione, chiede il nulla osta all'esecuzione dell'espulsione all'autorità giudiziaria procedente, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità nei confronti di soggetti processuali diversi dall'imputato che deve essere espulso: si tratta dei concorrenti nel reato, di imputati in procedimenti per reati connessi ed in relazione all'interesse della persona offesa. In caso di diniego di nulla osta, l'esecuzione dell'espulsione è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle predette esigenze cautelari. In attesa del rilascio del nulla osta, il questore può disporre il trattenimento dell'espellendo in un C.I.E. Il nulla osta si intende concesso se l'autorità giudiziaria non provvede al suo rilascio – o al suo diniego – entro sette giorni dalla richiesta. In tal caso si configura il silenzio assenso.

Dopo aver ottenuto il nulla-osta all'esecuzione, ovvero dopo che sia invano trascorso il termine di sette giorni dalla richiesta (silenzio assenso), il questore dà esecuzione all'espulsione.

In ogni caso, la norma sul nulla-osta all'esecuzione dell'espulsione è posta a tutela delle esigenze della giurisdizione penale (e non della posizione dello straniero indagato), sicché la mancanza di nulla-osta non può essere fatta valere dallo straniero quale motivo di invalidità dell'espulsione, mentre l'interesse dell'espulso all'esercizio del diritto di difesa e alla partecipazione al processo penale è tutelato dall'autorizzazione al rientro prevista dall'art. 17 T.U. (Cass., sez. I, n. 28869/2005).

Dopo che sia stato effettivamente eseguito il provvedimento amministrativo di espulsione dello straniero che è sottoposto in Italia a procedimento penale, il giudice penale, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, acquisita la prova da parte della P.A. dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione, pronuncia sentenza di non luogo a procedere in relazione ai reati per i quali è imputato lo straniero ormai effettivamente espulso (art. 13, co. 3 quater, T.U.).

Se lo straniero espulso rientra in Italia illegalmente prima del termine di divieto di reingresso stabilito nel decreto espulsivo, ovvero, se di durata superiore, prima del termine di prescrizione del reato più grave per cui si era proceduto, nei suoi confronti si ripropone l'esercizio dell'azione penale per il medesimo reato ai sensi dell'art. 345 c.p.p. (art. 13, co. 3 quinquies, T.U.)

Inoltre, se lo straniero espulso che rientra illegalmente era stato scarcerato per decorrenza dei termini della custodia cautelare, la stessa è ripristinata a seguito del reingresso illegale (art. 13, co. 3 quinquies, T.U.).

Infine, lo straniero espulso che rientra illegalmente commette i reati di reingresso illegale (art. 13, co. 13, 13 bis, 13 ter e 14, T.U.) ed è nuovamente espulso al termine dell'espiazione della pena.

La sentenza di non luogo a procedere per avvenuta esecuzione dell'espulsione amministrativa si configura come una condizione di improcedibilità atipica (tanto che, in caso di illecito reingresso, si ripropone l'esercizio dell'azione penale), che è comunque un beneficio per l'imputato (che perciò non può avere pretese di rimuovere l'improcedibilità per ottenere l'assoluzione nel merito e dunque non può ritenersi menomato nel suo diritto alla difesa previsto dall'art. 24 Cost.) e sembra fondarsi su un diminuito interesse dello Stato alla punizione di persone ormai estromesse dal proprio territorio (Corte cost. ord. n. 146/2006), oltre che nella deflazione del carico di lavoro degli uffici giudiziari.

La legittimità costituzionale di tale condizione di improcedibilità resta però molto dubbia, poiché essa si applica a tutti gli stranieri indagati o imputati per qualsiasi tipo di reato (anche i più gravi), sicché alcuni imputati o indagati, in violazione del principio di eguaglianza, sono sottratti alla pretesa punitiva dello Stato a differenza di tutti gli altri, soltanto perché stranieri extracomunitari destinatari di un provvedimento amministrativo di espulsione, il che costituisce una paradossale condizione di maggiore favore rispetto ad altri imputati - italiani o stranieri comunitari o extracomunitari regolarmente soggiornanti - e indebolisce la funzione preventiva della giurisdizione penale. Si tratta di una scelta di politica legislativa per la quale lo Stato rinuncia all'esercizio dell'azione penale a fronte della prova dell'avvenuta esecuzione di un atto amministrativo.

I presupposti di tale condizione di improcedibilità sono tre:

1. il perfezionamento del nulla osta all'espulsione (che presuppone che l'imputato non sia sottoposto alla custodia cautelare in carcere e che manchino inderogabili esigenze processuali nei confronti di concorrenti nel reato, imputati di reati connessi e nell'interesse della persona offesa);
2. la mancata emissione del decreto che dispone il giudizio nei confronti dello straniero espellendo;
3. la prova dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione amministrativa.

In ogni caso, l'improcedibilità è applicabile a tutti i casi in cui l'espulsione è avvenuta prima che si pervenga al giudizio, per evitare che soltanto gli imputati di reati più gravi per cui è disposta l'udienza preliminare possano beneficiare della sentenza di non luogo a procedere, e non anche quelli per cui si procede a citazione diretta (per i quali, non essendo celebrata l'udienza preliminare, non è nemmeno disposto il decreto che dispone il giudizio). Pertanto, la sentenza di non luogo a procedere per avvenuta espulsione deve essere pronunciata sia nei procedimenti a citazione diretta che in quelli per cui è prevista la celebrazione dell'udienza preliminare, a condizione che l'esecuzione dell'espulsione avvenga prima dell'udienza dibattimentale.

Con riferimento a giudizi che si svolgano con uno dei riti speciali, la sentenza di non luogo a procedere dovrà intervenire:

- A) prima dell'ordinanza che ammette il rito abbreviato,
- B) prima dell'emissione della sentenza di patteggiamento,
- C) prima dell'emissione del decreto penale di condanna,
- D) prima dell'emissione del decreto di giudizio immediato,

Invece per il giudizio direttissimo, che di norma si svolge con l'imputato detenuto, difficilmente si può emettere sentenza d'improcedibilità per avvenuta espulsione, salvo che l'espulsione avvenga prima dell'instaurazione del rito, come ad esempio nelle c.d. "direttissime atipiche" con imputato a piede libero.

La sentenza di non luogo a procedere è applicabile per gli stranieri imputati di qualsiasi reato e dunque anche a stranieri imputati di gravi reati, a condizione che l'indagato/imputato non si trovi in custodia cautelare in carcere, ma è poco applicata nella prassi, soprattutto a causa delle oggettive difficoltà di avere conoscenza dell'esecuzione dell'espulsione (spesso eseguita da una questura diversa da quella in cui ha sede l'ufficio giudiziario procedente), o di reperire la prova dell'avvenuta espulsione, che talvolta è eseguita nei confronti di persona che ha declinato generalità differenti da quelle con cui è sottoposta a procedimento penale.

4. Le espulsioni "ministeriali"

La legge prevede due ipotesi di espulsioni disposte per motivi di ordine pubblico, sicurezza dello Stato e per motivi di prevenzione del terrorismo:

- A) l'espulsione disposta dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato, previa notizia al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale (art. 13, co. 1, T.U.);
- B) l'espulsione, disposta dal Ministro dell'interno o, su sua delega, dal prefetto, nei confronti dello straniero appartenente ad una delle categorie di cui all'art. 18, L. 22 maggio 1975, n. 155, e dello straniero nei cui confronti vi siano fondati motivi per ritenere che la permanenza nel territorio dello Stato possa, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche internazionali (art. 3, co. 1, L. 155/2005).

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

Il provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato è caratterizzato da alta discrezionalità, come si desume sia dall'obbligo per il Ministro di comunicarlo preventivamente al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, sia dalla genericità ed ampiezza delle condizioni legittimanti: infatti, le formule "ordine pubblico" e "sicurezza dello Stato" sono così elastiche da poter comprendere un'ampia gamma di condotte, anche perché appare poco precisa la definizione legislativa prevista nell'art. 159, co. 2, d. lgs. n. 112/1998, della nozione di ordine pubblico, inteso come il *"complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché la sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni"*.

Destinatario del provvedimento può essere qualsiasi straniero si trovi sul territorio dello Stato, anche in transito o anche regolarmente soggiornante o appartenente ad una delle categorie di persone per le quali l'art. 19, co. 2, T.U. prevede il divieto di altri tipi di espulsione (minori, titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, stranieri conviventi col coniuge o con parenti entro il secondo grado di nazionalità italiana, donne in gravidanza o nei sei mesi dalla nascita del figlio cui provvedono e mariti con loro conviventi).

Si tratta di un provvedimento che sostanzialmente ha natura eccezionale e residuale: il Ministro dell'interno dispone di una facoltà da esercitarsi in circostanze sostanzialmente eccezionali, qualora sia indispensabile allontanare immediatamente uno

straniero, la cui presenza sul territorio italiano possa costituire un minaccia concreta ed effettiva all'ordine pubblico e alla sicurezza dello Stato.

Infine, l'obbligo della previa comunicazione del provvedimento espulsivo ministeriale al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, indica che si tratta di atto di alta amministrazione, avente rilievo politico nazionale e internazionale.

Poiché si tratta di atto altamente discrezionale, avente ad oggetto la tutela della sicurezza dello Stato, esigenze di segretezza delle fonti riservate, di difesa dello Stato e delle sue relazioni internazionali e altre esigenze di sicurezza possono indurre il Ministro dell'interno ad emettere provvedimenti corredati da motivazione scarna, non particolarmente circostanziata, motivata *per relationem* rispetto ad atti d'indagine coperti da segreto o a segnalazioni generiche, magari provenienti dai servizi di informazione per la sicurezza dello Stato o anche da servizi di sicurezza di altri Stati alleati, e ciò può porre il problema dell'idoneità e della sufficienza della motivazione di questo tipo di atti politici che comunque ledono la libertà personale e altri diritti fondamentali, e della conseguente effettività della tutela giurisdizionale contro il provvedimento ministeriale, su cui è competente il giudice amministrativo secondo le norme del codice del processo amministrativo (art. 13, co. 11, T.U. , come modificato dall'art. 3, comma 7, dell'all. 4 del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), in base alle quali le controversie aventi ad oggetto tali provvedimenti sono devolute alla competenza inderogabile del TAR del Lazio, sede di Roma (art. 135, comma 1, lett. i) dell'all. 1 del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

A questo proposito, la giurisprudenza ha precisato che *“trattandosi di atto che è rimesso all'organo di vertice del Ministero dell'interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri, non v'è dubbio che esso sia espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa. Alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà”* (Cons. Stato, sez. VI, sent. 16.1.2006, n. 88).

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti espulsivi per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato è dunque, secondo la giurisprudenza amministrativa di

legittimità, ridotto ad un vaglio estrinseco volto solo a verificare l'adeguatezza formale della motivazione, senza sovrapporsi o modificare la valutazione di merito espressa dall'autorità governativa.

Tale impostazione lede l'effettività del diritto di difesa dello straniero destinatario del provvedimento ministeriale e indebolisce il controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi previsto dall'art. 113 Cost. e la "fede privilegiata" di cui gode l'atto politico di alta discrezionalità amministrativa è solo parzialmente giustificata dalla delicatezza della materia in questione, perché nei vaghi presupposti dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato potrebbero essere incluse anche condotte non direttamente lesive degli interessi protetti, quali manifestazioni del pensiero o pratiche politiche ritenute non conformi all'ideologia ed alla prassi politica dominante.

A questo proposito, la giurisprudenza (perlato scarna) - dopo avere precisato che *"la necessità di tutelare il bene fondamentale rappresentato dalla conservazione delle basi del sistema che garantisce l'ordinato svolgersi dell'intera vita sociale può legittimamente comportare la compressione di altri valori costituzionali"*, a fronte di un'espulsione ministeriale motivata soltanto su dichiarazioni rese dallo straniero agli organi di stampa ritenute *"semplici manifestazioni del pensiero che, per le modalità chiassose e plateali che le hanno sempre accompagnate, appaiono oggettivamente incompatibili con la volontà di arrecare a chicchessia un reale nocumento"* - ha espresso il principio di diritto per cui *"le facoltà tutelate direttamente dalla Costituzione [come l'espressione del pensiero] possono esser compresse amministrativamente soltanto ove il loro esercizio si sia rivelato idoneo a porre concretamente in pericolo l'ordine costituito"* (TAR Lazio, sede di Roma, sez. I ter, sent. 11.11.2004, n. 15336).

I presupposti dei provvedimenti amministrativi di espulsione per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato consistono dunque nella commissione di condotte – non definite normativamente – idonee concretamente a porre in pericolo la sicurezza dello Stato o l'ordine pubblico; le condizioni affinché l'espulsione in esame sia legittima consistono nella motivazione del decreto circa l'idoneità concreta delle condotte a porre in pericolo il bene giuridico protetto, pur tenendo presente che il sindacato giurisdizionale è circoscritto ad una verifica estrinseca di adeguatezza formale della motivazione stessa, senza che il giudice amministrativo possa modificare la valutazione di merito espressa dal Ministro.

Il provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato:

1) è sempre eseguito dal Questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, comma 4, lett. a) T.U.),

2) comporta la segnalazione al S.I.S. ai fini della non ammissione negli Stati dell'area Schengen,

3) è sempre corredato da un divieto di rientro, la cui durata può essere determinata, tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso, per un periodo superiore a cinque anni (art. 13, co. 14, T.U.).

4.2 L'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo

L'art. 3 D.L. 27 luglio 2005, n. 144, conv. nella legge 31 luglio 2005, n. 155 prevede un provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo: il Ministro dell'interno, o su sua delega il prefetto, possono disporre l'espulsione dello straniero appartenente ad una delle categorie di cui all'art. 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (c.d. "Legge Reale"), o nei cui confronti vi siano fondati motivi per ritenere che la permanenza nel territorio dello Stato possa, in qualsiasi modo, agevolare organizzazioni o attività terroristiche internazionali.

Occorre peraltro ricordare che l'art. 18 della legge n. 152/1975 è stata abrogata dall'art. 120 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione emanato con d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e non è stata sostituito. Tuttavia, le fattispecie che erano previste nella disposizione abrogata sono pressoché integralmente riprodotte nelle lett. d), e), f), g), h), i) dell'art. 4 d. lgs. n. 159/2011:

d) coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale;

e) coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;

f) coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;

g) coloro che, fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d);

h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. E' finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;

i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401.

La genericità dei presupposti destò forti perplessità connesse alla amplissima discrezionalità consentita all'amministrazione, tale da consentire l'espulsione di stranieri sulla base di semplici sospetti o presunzioni.

Gravi dubbi di legittimità costituzionale riguardavano le disposizioni procedurali, la cui applicazione però scadeva il 31 dicembre 2007. In prossimità della scadenza di detto termine il D.L. 29 dicembre 2007, n. 249 introdusse l'obbligo della preventiva convalida dell'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo da parte del tribunale in composizione monocratica ed abrogò la possibilità di sospendere il processo conseguente al ricorso in opposizione a tale espulsione per due anni, per il caso di apposizione del segreto d'indagine o di Stato. Poiché però il D.L. n. 249/2007 non fu convertito in legge le modifiche introdotte nel 2007 persero valore, così come dal 31 dicembre 2007 sono decadute le disposizioni processuali "eccezionali".

Quel che resta, oggi, dell'espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo è, dunque, la norma sostanziale, cioè la previsione di tale provvedimento amministrativo di espulsione, ma la disposizione di cui all'art. 3, L. 155/2005 s'intreccia con la fattispecie del provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato prevista dall'art. 13, co. 1, T.U. Infatti, l'art. 3, co. 1, L. n. 155/2005 così testualmente inizia: "*Oltre a quanto previsto dagli artt. 9, co. 5, e*

13, co. 1, D. Lg. 286/98, il Ministro dell'interno o, su sua delega, il prefetto può disporre l'espulsione ...". L'espresso richiamo all'art. 13, co. 1, T.U. lascerebbe intendere che le disposizioni procedurali già contenute nell'art. 3 L. 155/05 (ma ora decadute) si estendevano anche alle ipotesi di espulsione ministeriale di cui al citato art. 13, co. 1.

La Corte costituzionale con sentenza 10/14 dicembre 2007, n. 432 si occupò della sovrapponibilità dell'espulsione ministeriale prevista dall'art. 3 L. 155/05, con quella – sempre ministeriale – prevista dall'art. 13, co. 1, T.U.I. Merita riportare i passaggi salienti della motivazione della pronuncia della Corte: *“Il giudice rimettente mostra di condividere l'interpretazione dell'amministrazione, nel senso che l'art. 13, co. 1, D. Lg. 286/98 sarebbe stato integrato dalle disposizioni contenute nell'art. 3 ... con l'effetto di estendere a tutti i casi di espulsione (ministeriale, ndr.) il regime processuale di nuova introduzione ... non si pone però il quesito se il citato art. 3 abbia creato invece una situazione a se stante, per la quale soltanto siano applicabili le norme più restrittive previste espressamente per coloro che pongano in essere condotte agevolatrici delle organizzazioni terroristiche ... Solo sovrapponendo l'art. 13 citato e l'art. 3, L. 155/05 si giunge alla configurazione del sistema ... censurato dallo stesso giudice. Diversa potrebbe essere la valutazione se le due norme non si ritenessero sovrapponibili, con la conseguenza della concedibilità della misura cautelare della sospensione dell'efficacia del provvedimento di espulsione, secondo il regime generale non derogato dalla normativa vigente per i provvedimenti adottati in base all'art. 13 D. Lg. 286/98”*.

La Corte, pur non entrando nel merito della questione lasciò intendere che è ben possibile ritenere che le due espulsioni ministeriali non siano affatto sovrapponibili (tale orientamento è stato condiviso dal TAR Lazio, sede di Roma, sez. 1 ter, sent. 14.1.2009, n. 155).

La questione è ancora oggi rilevante perché non sempre è agevole, nella prassi, distinguere la condotta di chi, pur agendo in ambiti nei quali sono presenti persone ed organizzazioni dedite al terrorismo, non compia alcuna attività agevolatrice (costui potrebbe essere espulso ai sensi del comma 1 dell'art. 13 T.U. per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato), rispetto alla condotta di chi, invece, ponga in essere condotte adjuvanti organizzazioni terroristiche internazionali, nei cui confronti sarà applicabile l'espulsione specifica prevista dall'art. 3 L.155/05.

La consapevolezza che si tratta di due tipologie di espulsioni distinte fa ritenere illegittimo un eventuale provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo allorché manchino i presupposti di agevolazione effettiva di organizzazioni terroristiche.

Perciò il provvedimento amministrativo di espulsione per motivi di prevenzione del terrorismo si differenzia da quello disposta dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1, T.U.) perché:

1. può essere disposto anche dal prefetto, sia pure solo previa delega ministeriale,
2. i suoi presupposti applicativi riguardano specifiche condotte che in qualsiasi modo agevolino il terrorismo, anche in ambito internazionale (e non solo interno).

Anche il provvedimento amministrativo di espulsione disposto per motivi di prevenzione del terrorismo è eseguito dal questore con accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, comma 4, lett. a) T.U.), comporta la segnalazione al SIS per la non ammissione nel territorio degli Stati dell'area Schengen e comporta il divieto di reingresso, che può essere stabilito in misura superiore a cinque anni (art. 13, co. 14, T.U.).

5. Le espulsioni disposte dal prefetto

5.1 Le espulsioni per irregolarità dell'ingresso (in Italia e nell'area Schengen)

La potestà espulsiva del prefetto deve essere sempre esercitata, nei casi tassativamente previsti dalla legge, caso per caso, cioè tenendo conto delle situazioni e delle esigenze specifiche di cui è portatore l'espellendo. Questo peculiare onere di valutazione cui è soggetto il prefetto, si riverbera soprattutto nelle modalità di esecuzione dell'espulsione, che saranno esaminate separatamente. Cionondimeno, la potestà espulsiva è rigidamente vincolata alla legge, e la valutazione caso per caso si attua sul piano istruttorio i cui risultati debbono risultare nella motivazione del provvedimento amministrativo.

Il prefetto dispone – previa valutazione caso per caso – l'espulsione dello straniero che è entrato nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera, senza essere stato respinto (art. 13, co.2, lett. a), T.U.).

I presupposti di questo tipo di provvedimento amministrativo di espulsione sono due, uno positivo e l'altro negativo:

- 1) l'ingresso nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera,
- 2) la mancata adozione di un decreto di respingimento.

Occorre sinteticamente rammentare che le condizioni per l'ingresso legale nel territorio italiano da parte degli stranieri cittadini Paesi terzi, sono indicate all'art. 4, T.U., integrato con l'art. 5 del Reg. CE 15.3.2006, n. 562/2006 "*Regolamento del parlamento europeo e del consiglio che istituisce un codice comunitario relativo a regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone*" (c.d. Codice frontiere Schengen).

L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito alle seguenti condizioni:

1. essere in possesso di passaporto valido o di documento equipollente;
2. essere in possesso del visto d'ingresso, fatti salvi i casi di esenzione (l'obbligo di munirsi di visto d'ingresso - relativamente ai soggiorni di breve durata, cioè non superiori a novanta giorni - non riguarda tutti gli stranieri: ai sensi dell'art. 4, co. 5, T.U.I. il Ministro degli affari esteri adotta e aggiorna l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono soggetti all'obbligo di visto);
1. attraversare la frontiera italiana soltanto attraverso i valichi (terrestri, marittimi, aeroportuali) appositamente istituiti, salvi i casi di forza maggiore;
2. giustificare lo scopo del soggiorno e disporre di mezzi di sussistenza sufficienti sia per la durata del soggiorno che per il rientro nel Paese di origine o di provenienza, salvo che per gli ingressi per motivi di lavoro per cui si presume che la disponibilità dei mezzi di sussistenza maturi nel corso del soggiorno, svolgendo l'attività lavorativa;
3. non essere segnalati ai fini della non ammissibilità nel Sistema d'informazione Schengen (S.I.S.), per tutta la durata di validità del divieto stesso;
4. non essere stati espulsi, salvo avere ottenuto la speciale autorizzazione all'ingresso dal Ministro dell'interno ai sensi dell'art. 13, co. 13 T.U.I., ovvero che sia trascorso il periodo di divieto di reingresso nel territorio nazionale, comminato con il provvedimento espulsivo (di norma da tre a cinque anni, decorrenti dal momento dell'effettivo allontanamento - volontario o coattivo). Tale disposizione non si applica allo straniero già espulso per irregolarità dell'ingresso o del soggiorno per

il quale sia stato autorizzato il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29, TU;

5. non essere considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia ha sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere e la libera circolazione delle persone;
6. non essere stati condannati, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di patteggiamento, per uno dei reati per cui è astrattamente previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 c.p.p.), ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione clandestina, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o al suo sfruttamento o di minori da impiegare in attività illecite.

In linea generale, ogni ingresso che avvenga in violazione delle condizioni sopra riportate è da considerarsi illegale, fanno eccezione i casi d'ingresso per richiesta asilo e delle persone inespellibili di cui all'art. 19, T.U.I.

Ovviamente, è da considerarsi illegale anche l'ingresso avvenuto con documentazione falsa, contraffatta o comunque illegalmente ottenuta, cioè ogni ingresso effettuato con una veste di apparente regolarità, ma in realtà in frode alla legge, in tali casi l'intento fraudolento viene sovente scoperto a seguito di indagini nell'ambito di procedimenti penali per favoreggiamento dell'immigrazione illegale (art. 12, co. 1 e 3, TUI) o di altri illeciti penalmente rilevanti.

La prova della regolarità dell'ingresso è fornita dal timbro datario apposto sul passaporto dello straniero dalla polizia di frontiera (art. 7, co.2, D.P.R. 394/99): in tal senso è orientata la giurisprudenza: *“incombe sullo straniero, colto in Italia senza il permesso di soggiorno, l'onere di provare la data di ingresso sul territorio nazionale, la cui certificazione si ottiene, ai sensi del D.P.R. 31 agosto 1999, art. 7, comma 2, con previsione inderogabile, mediante l'apposizione sul passaporto del timbro d'ingresso, specificativo della data, che il personale addetto ai valichi di frontiera è obbligato ad apporre a richiesta, al fine di consentire, a chi entri legalmente nel territorio dello Stato, l'accertamento pubblico della data di tale ingresso”* (Cass. Civ. 23.8.2004, n.16570).

A seguito dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne degli Stati aderenti all'area Schengen e poiché le frontiere interne possono essere attraversate in qualunque luogo senza che sia effettuato il controllo delle persone (art. 20, Reg.

2006/562/CE), la prova della regolarità dell'ingresso è fornita dal timbro apposto sul passaporto dalla polizia della frontiera esterna del Paese membro attraverso cui è stato effettuato l'ingresso in area Schengen, ovvero su apposito foglio separato.

Inoltre, l'avvenuta adozione di un decreto di respingimento per il medesimo ingresso irregolare impedisce l'adozione del provvedimento di espulsione.

Lo straniero che entra illegalmente nel territorio dello Stato, salvo che sia richiedente asilo o si trovi in altra situazione consentita dalla legge, oltre a trovarsi in condizione di soggiorno irregolare che comporta il provvedimento amministrativo di espulsione, commette il reato contravvenzionale di ingresso illegale (art. 10 bis, T.U.), ovvero, qualora sia stato precedentemente già espulso senza essere stato autorizzato al rientro prima della scadenza del divieto di reingresso, lo specifico reato di reingresso illegale di straniero già espulso (art. 13, co. 13, 13 bis, T.U.).

5.2. Le espulsioni per irregolarità del soggiorno

Il prefetto dispone – previa valutazione caso per caso – l'espulsione dello straniero che si trovi in una delle seguenti situazioni (art. 13, co. 2, lett. b), T.U.):

a) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione prevista (art. 27, co. 1 bis, T.U.) in caso di distacco di lavoratore straniero, dipendente da datore di lavoro avente sede all'estero, autorizzato ad entrare in Italia per il compimento di determinate prestazioni oggetto di contratto d'appalto.

b) Si è trattenuto nel territorio dello Stato senza avere chiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto (art. 5, co. 2, T.U.) di otto giorni lavorativi dall'ingresso, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore.

Secondo la giurisprudenza il termine di otto giorni lavorativi dall'ingresso per presentare istanza di rilascio del permesso di soggiorno ha carattere perentorio.

“In tema di immigrazione e condizione giuridica dello straniero, la ricorrenza dell'ipotesi di trattenimento illegale nel territorio dello Stato, comporta l'emissione del decreto di espulsione con carattere di automaticità – salvo il caso di tardiva presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno – con esclusione di qualsivoglia potere discrezionale del prefetto al riguardo e senza che assumano alcun rilievo né la circostanza che lo straniero sia entrato regolarmente in Italia, né che vi svolga attività lavorativa” (Cass. Civ. sez. I, sent. n. 6670/2006).

Ed ancora: *“Il fatto costitutivo del decreto di espulsione è l’essere straniero privo del permesso di soggiorno, mentre è onere dell’interessato che voglia dimostrare il fatto impeditivo di aver fatto richiesta tempestiva del permesso stesso (o di non averla potuta effettuare per cause di forza maggiore) allegare o esibire la relativa documentazione ...”* (Cass. civ. 17.3.2004, n. 5394).

Per il notevole carico di lavoro che grava sugli uffici immigrazione delle Questure spesso nella prassi lo straniero che deve presentare istanza di rilascio di permesso di soggiorno doveva effettuare una “prenotazione”, con la conseguenza che la domanda viene presentata ben oltre gli otto giorni previsti dalla legge. Al fine evidente di non far ricadere sull’utenza i problemi organizzativi dell’amministrazione, la giurisprudenza ha precisato che *“il requisito temporale si intende rispettato quando lo straniero abbia presentato istanza alla questura attraverso la prenotazione”* (Cass. civ. sez. I, 9.9.2008, n. 22775). È pertanto sufficiente che la prenotazione sia stata effettuata entro gli otto giorni - mantenendo la necessaria ricevuta - per evitare l’espulsione.

In base ad una convenzione tra il Ministero dell’interno e Poste italiane s.p.a., le istanze di rilascio della grande maggioranza dei tipi di permessi di soggiorno devono essere materialmente inoltrate presso gli uffici postali abilitati tramite lo “Sportello amico” utilizzando un apposito *kit*, sicché in queste ipotesi, nelle quali la richiesta di permesso di soggiorno non è materialmente effettuata presso la questura, la prova della data in cui è stata effettuata la richiesta è fornita dalla ricevuta rilasciata dall’ufficio postale di inoltro della domanda.

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

Anche a proposito dell’espulsione la Cassazione afferma che costituisce forza maggiore solo *“un impedimento assoluto, tale da rendere vano ogni sforzo umano, derivante da cause esterne e non imputabili a chi lo invochi”* (Cass. civ. sez. I, n. 5826/2006).

Nell’ipotesi, frequente nella prassi, in cui lo straniero detenuto, proprio a causa della detenzione in carcere non abbia potuto presentare tempestivamente la domanda di rilascio (o di rinnovo) del permesso di soggiorno e, pertanto, all’atto della scarcerazione sia espulso proprio per l’omessa richiesta del permesso di soggiorno, la giuri-

sprudenza esclude che la detenzione possa costituire causa di forza maggiore, perché l'istanza di rilascio (o rinnovo) del permesso di soggiorno del detenuto va tempestivamente inoltrata alla questura competente tramite la direzione dell'istituto penitenziario, in applicazione dell'art. 10, co. 4, D.P.R. 394/1999 secondo il quale *“per i soggiorni da trascorrersi presso convivenze civili o religiose, presso ospedali o altri luoghi di cura, la richiesta di permesso di soggiorno può essere presentata in questura dall'esercente della struttura ricettiva ... il quale provvede anche al ritiro e alla consegna all'interessato della ricevuta ... e del permesso di soggiorno”*.

Il Ministero dell'interno con nota n. 1421/12b10/2007 del 9 giugno 2007, riferendosi proprio all'art. 10, co. 4, D.P.R. 394/99 e all'art. 38 del regolamento di attuazione dell'ordinamento penitenziario (D.P.R. 230/2000) relativo alla possibilità di corrispondenza epistolare, indica l'obbligo di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno alle questure competenti tramite il direttore dell'istituto penitenziario, che deve far recapitare il kit relativo unicamente presso l'ufficio postale ubicato in prossimità dell'istituto stesso.

c) Si è trattenuto nel territorio dello Stato senza avere reso alla questura entro 8 giorni dall'ingresso la dichiarazione di presenza prevista per i soggiorni inferiori a 90 giorni per turismo, affari, visita, studio (art. 1, co. 3, L. 68/2007).

d) Si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è stato revocato dal Questore.

Presupposto della revoca del permesso di soggiorno, come per la revoca di qualsiasi altra autorizzazione amministrativa, è che il permesso sia stato legittimamente rilasciato e sia in corso di validità. Un permesso di soggiorno valido può essere revocato qualora vengano meno i requisiti che ne avevano consentito il rilascio e/o siano sopraggiunti elementi nuovi che non ne consentano il mantenimento, ovvero qualora si verificano i presupposti generali per la revoca dei provvedimenti amministrativi previsti dall'art. 21- quinquies della legge n. 241/1990, cioè per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

In linea generale, salvo che sussistano particolari esigenze di celerità, la questura, prima di revocare il permesso di soggiorno, deve dare comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento di revoca ai sensi dell'art. 7, L. n. 241/1990, le cui modalità e contenuti sono stabiliti dal successivo art. 8 L. cit., ma la giurisprudenza afferma che l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento non è più necessario

quando si debba procedere all'adozione del decreto espulsivo, sussistendo, in tali casi, evidenti esigenze di celerità.

Nella prassi, tuttavia, i casi di revoca del titolo di soggiorno, e conseguente espulsione, sono abbastanza rari: è più frequente che il titolo di soggiorno venga rifiutato in sede di rinnovo, quando l'amministrazione verifica la sussistenza dei presupposti e, nell'occasione, scopra l'esistenza di cause ostative (le più frequenti sono l'insufficienza dei redditi derivanti da fonte lecita e le condanne penali).

Tra i motivi che determinano la revoca del permesso di soggiorno e la conseguente espulsione vi sono:

- * il venir meno dei requisiti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, salvo che subentrino nuovi elementi o che si tratti di irregolarità amministrative sanabili (art. 5, comma 5 T.U.);
- * la violazione del divieto di ricongiungimento del coniuge di straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale (artt. 5, comma 5-ter, e 29, comma 1-ter T.U.);
- * la perdita integrale dei crediti derivanti dall'accordo di integrazione (art. 4 bis, co. 2, T.U.);
- * la condanna irrevocabile, a carico di straniero titolare di permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo, per uno dei reati in materia di violazione di diritti d'autore (L. 22.4.1941, n. 633), o commercio di prodotti con marchi contraffatti (art. 473,474, c.p.);
- * la sentenza di condanna, anche non irrevocabile, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta, per i reati indicati nell'art. 380 c.p.p. (ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza), ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento delle migrazioni clandestine, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite (artt. 4, co.3, 5, co.5, T.U.).

e) Si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è stato annullato o rifiutato dal questore (e semprechè lo straniero il cui permesso di soggiorno sia stato rifiutato non abbia volontariamente lasciato il territorio dello Stato entro il termine, non superiore a 15 giorni lavorativi, concesso dal questore ai sensi dell'art. 12, D.P.R. n. 394/1999).

Il T.U. non disciplina i casi di annullamento del permesso di soggiorno, deve pertanto farsi riferimento alla disciplina generale dell'annullamento d'ufficio delle autorizzazioni amministrative. In linea generale le pubbliche amministrazioni provvedono ad annullare – in sede di autotutela – i loro atti quando scoprono che sono stati illegittimamente emessi. Il che potrà avvenire o perché la P.A. è stata indotta in errore dal privato che ha fraudolentemente rappresentato come vere situazioni che tali non erano, oppure per errore endoprocedimentale imputabile alla stessa P.A.

Più in generale, può essere annullato d'ufficio un atto se sussistono ragioni di interesse pubblico e tenuto conto degli interessi del destinatario il provvedimento amministrativo illegittimo, perché adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza (artt. 21-octies e 21-nonies legge n. 241/1990).

In sostanza: la revoca presuppone un atto legittimamente emesso, ma che non ha più ragion d'essere perché sono cessate le condizioni iniziali che ne avevano legittimato il rilascio oppure per cause sopravvenute che non ne consentono il mantenimento; l'annullamento, invece, presuppone la mancanza dei requisiti per il rilascio fin dall'inizio, sicché quell'atto è *ab origine* illegittimo.

Nella prassi, tuttavia, i casi di annullamento d'ufficio del permesso di soggiorno sono assai rari, così come sono rare le espulsioni ad essi conseguenti, salve le conseguenze di procedimenti penali da cui risulti che i documenti prodotti per il rilascio del permesso di soggiorno erano falsi o contraffatti oppure che l'identità della persona sia stata sostituita.

Tra i motivi che determinano l'annullamento o il rifiuto del permesso di soggiorno vi sono la mancanza dei requisiti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, salvo che subentrino nuovi elementi o che si tratti di irregolarità amministrative sanabili (art. 5, comma 5 T.U.) e l'accertamento della violazione del divieto di ricongiungimento del coniuge di straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale (artt. 5, comma 5-ter, e 29, comma 1-ter T.U.);

f) Si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo.

Un'importante eccezione a tale previsione riguarda però lo straniero, regolarmente soggiornante a qualunque titolo, in possesso dei requisiti per effettuare il ricongiungimento familiare al quale il titolo di soggiorno originario può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi familiari entro un anno dalla sua scadenza (art. 30, co.

1, lett. c), T.U.), sicché non si può disporre l'espulsione di chi ha titolo per mantenere il diritto all'unità familiare, se non dopo un anno dalla scadenza del permesso di soggiorno del quale non è stata chiesta la conversione in permesso di soggiorno per motivi familiari.

L'espulsione per la mancata presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno ha consentito alla giurisprudenza di chiarire la questione più generale dell'"automatismo espulsivo", cioè l'obbligo di disporre l'espulsione a fronte della sussistenza delle condizioni previste dalla legge – nella specie la mancata richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno decorsi sessanta giorni dalla sua fisiologica scadenza – senza alcuna discrezionalità dal parte della pubblica amministrazione.

Della questione relativa all'automatismo espulsivo fu investita la Corte costituzionale che chiarì che *“quello che il giudice remittente chiama automatismo espulsivo, altro non è che il riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa. Le ragioni umanitarie e solidaristiche che ad avviso del remittente dovrebbero guidare la scelta dell'autorità amministrativa non sono ignote al D.Lgs. 286/98: questo nel prevedere all'art.19 svariate ipotesi di divieto di espulsione dello straniero soddisfa l'esigenza che siano tutelate particolari situazioni personali senza però abdicare al principio di legalità, il quale soltanto può assicurare un ordinato flusso migratorio”* (Corte cost., ord. 146/2002, con richiamo alla sentenza n. 353/1997).

Successivamente, la giurisprudenza si è posta il quesito se l'automatismo espulsivo, e quindi la natura strettamente vincolata della potestà espulsiva spettante al prefetto, dovesse valere anche per le ipotesi di mero ritardo nella presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno (e non anche di primo rilascio), sempre che, ovviamente, il ritardo stesso non fosse giustificato da cause di forza maggiore. La questione fu chiarita dalla Cassazione che, a sezioni unite, stabilì che il rinnovo del permesso di soggiorno non può essere rifiutato *“per la semplice tardiva proposizione della domanda in mancanza di una espressa sanzione di irricevibilità della domanda presentata fuori del termine, sicché il ritardo non rileva quando, pur dopo il decorso del termine di tolleranza, non siano venute meno le condizioni di legge per il soggiorno dello straniero”*, mentre *“il ritardo nella presentazione spontanea della domanda di rinnovo fino al ripristino delle condizioni per il soggiorno dell'interessa-*

to potrà essere valutato agli effetti del diniego di rinnovo del permesso, sanzionandosi non già la mera inerzia dell'interessato, bensì, il ritardo nella presentazione di una domanda di rinnovo che, tempestivamente presentata, non avrebbe trovato accoglimento”, fermo restando che occorre valutare la sussistenza di una causa di forza maggiore che abbia impedito l'osservanza dei termini e che “la spontanea presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di sessanta giorni dalla sua scadenza non consente l'espulsione automatica dello straniero, la quale potrà essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti richiesti dalla legge per il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, mentre la sua tardiva presentazione potrà costituire solo indice rivelatore nel quadro di una valutazione complessiva in cui versa l'interessato” (Cass. Civ., Sez. un., 20 maggio 2003, n. 7892).

Dunque almeno nelle ipotesi di ritardo nella presentazione spontanea dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, l'espulsione non è automatica, ma presuppone una valutazione complessiva della condotta dello straniero, che ha ampi margini di discrezionalità, il che costituisce un'importante deroga al principio della natura rigidamente vincolata della potestà espulsiva del prefetto. Ciò appare utile quando i decreti espulsivi riguardino persone da molti anni soggiornanti regolarmente in Italia, che hanno semplicemente dimenticato di presentare entro i termini previsti dalla legge la domanda di rinnovo del loro titolo di soggiorno.

Tuttavia la giurisprudenza di legittimità ha elaborato le limitazioni all'automatismo espulsivo in questione solo con riferimento all'ipotesi di tardiva presentazione dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, e non anche nei casi di omessa presentazione dell'istanza di primo rilascio del permesso.

A questo proposito merita ricordare l'ord. n. 463/2005 della Corte costituzionale che dichiarò manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 13, c. 2, e 5, co. 2, T.U. – con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. - nella parte in cui prevedono l'automatica espulsione dello straniero che – essendo legittimamente entrato nel territorio dello Stato – abbia omissa di chiedere il permesso di soggiorno nel termine prescritto, anziché subordinare l'adozione del provvedimento espulsivo alla previa verifica dell'insussistenza delle condizioni del rilascio del permesso. La Corte affermò che “è evidente come le due situazioni che il giudice a quo pone a raffronto – omessa presentazione della richiesta di permesso di soggiorno, da un lato; tardiva presentazione dell'istanza di rinnovo del permesso, dall'altro – siano tra loro etero-

genee e come tali non comparabili al fine di desumere una violazione del principio di eguaglianza. Diversa è la rilevanza dell'obbligo rimasto inadempito: altro essendo l'obbligo di chiedere per la prima volta il permesso di soggiorno, altro quello di chiedere il rinnovo del permesso già ottenuto, posto che nel secondo caso vi è già stato un esame positivo dell'autorità amministrativa circa la posizione personale dello straniero". La Corte poi rileva la differente regolamentazione dei due inadempimenti: *"infatti, mentre alla mancata richiesta del permesso di soggiorno nel termine segue senz'altro l'espulsione, nel caso, invece, della mancata presentazione dell'istanza di rinnovo ... lo stesso art. 13, co. 2, lett. b) prevede, invece, un termine di tolleranza di sessanta giorni da tale scadenza per consentire all'interessato di porre termine alla sua inerzia, prima che venga adottato il provvedimento espulsivo."* Infine, la Corte così conclude: *"l'accoglimento del petitum del giudice a quo finirebbe per svuotare di significato, non solo la fissazione del termine perentorio, ma addirittura – a monte – la stessa previsione dell'obbligo di chiedere il permesso di soggiorno; infatti, ove venisse recepita la soluzione auspicata dal giudice a quo, l'autorità amministrativa, una volta accertata l'omessa presentazione della domanda, dovrebbe in pratica comportarsi come se essa fosse stata presentata, verificando se lo straniero sia comunque in possesso dei requisiti per il rilascio del permesso: il che equivarrebbe a completa vanificazione dell'obbligo".*

g) Si è trattenuto oltre il termine di novanta giorni, ovvero in quello più breve indicato nel visto d'ingresso per i soggiorni per motivi di turismo, studio, visite o affari;

h) Essendo munito di permesso di soggiorno o altro titolo equipollente rilasciato da altro Paese dell'Unione europea non ha reso alla questura la dichiarazione di presenza entro sessanta giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato (art. 5, co. 7, T.U.), in tal caso però l'espulsione è facoltativa.

5.3 Le espulsioni per motivi di pericolosità sociale

Ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. c), T.U. il prefetto dispone l'espulsione, previa valutazione caso per caso che deve essere trasfusa nella motivazione del relativo decreto, quando lo straniero appartiene a taluna delle categorie indicate nell'art. 1, L. 1423/1956 e successive modifiche. L'art. 1 della legge del 1956 è oggi riproposto negli stessi termini nell'art. 1 D. Lgs. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione).

Trattasi delle ipotesi in presenza delle quali è consentita l'applicazione delle misure di prevenzione, tale norma indica a quali tipologie di persone vadano applicate:

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

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

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

In questi casi, mentre nei confronti di un cittadino si applicano le misure di prevenzione secondo la specifica procedura davanti al tribunale, con tutte le garanzie del contraddittorio, se ad appartenere ad una di queste categorie è uno straniero, in luogo delle misure di prevenzione il prefetto dispone l'espulsione. L'espulsione è quindi disposta direttamente dall'autorità amministrativa, *inaudita altera parte*, ed il controllo giurisdizionale è solo eventuale, ove l'interessato proponga ricorso avverso il relativo decreto. Sono quindi tipologie espulsive profondamente connotate da valutazioni di pericolosità sociale che, implicando valutazioni di carattere discrezionale, richiedono approfondita ed adeguata motivazione.

A questo proposito la giurisprudenza ha ancorato la potestà espulsiva alla attenta verifica dei seguenti parametri : *“ Quando la norma indica il presupposto dell'espulsione dello straniero nella sua appartenenza alla categoria delle persone pericolose di cui alla legge 1423 del 1956, non può ammettersi che tale appartenenza possa essere oggetto di un giudizio meramente probabilistico, dovendo invece richiedersi un accertamento rigoroso dei presupposti sulla base dei quali la legge 1423 consente di ascrivere un soggetto ad una delle categorie di persone pericolose dalla legge stessa indicate. Il controllo giurisdizionale conseguente ad impugnazione dei provvedimenti espulsivi adottati sulla base dell'art. 13, co. 2, lett. c), deve avere ad oggetto il riscontro della sussistenza dei presupposti dell'inclusione dello straniero in una delle categorie indicate nell'art. 1, L. 1423/56 e, pertanto, deve essere condotto utilizzando i criteri che emergono dagli orientamenti giurisprudenziali elaborati con riferimento a tale disciplina.*

Devono, in particolare, tenersi presenti i criteri.:

- a) Della necessità di un accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni;*

- b) *Del requisito dell'attualità della pericolosità;*
- c) *Della necessità di esaminare globalmente l'intera personalità del soggetto, quale risulta da tutte le manifestazioni della sua vita".* (Cass. civ., sez. I, sent. 30.8.2001, n. 12721, negli stessi termini Cass. sent. n. 11466/2013, n. 24084/2015).

5.4 Le espulsioni dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento del questore

Una delle modalità di esecuzione dei provvedimenti di respingimento ed espulsione è costituita dall'ordine impartito dal questore allo straniero di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni dalla notifica del provvedimento (art. 14, c. 5 bis, T.U.). Stante la difficoltà - per motivi tecnici ed organizzativi - di procedere all'accompagnamento immediato e coatto alla frontiera, o di procedere al trattenimento presso un centro d'identificazione ed espulsione - per carenza di posti disponibili, o per inidoneità delle condizioni personali dello straniero (es. problemi di salute) - la modalità esecutiva in esame è di gran lunga quella più utilizzata nella prassi.

Che succede, nelle ipotesi frequentissime, in cui lo straniero destinatario dell'ordine questorile non ottempera nel termine prescritto?

La legge (art. 14, co. 5 ter, TU) prevede due conseguenze:

- 1) la violazione dell'ordine è punita, salvo che sussista un giustificato motivo (cfr. Corte costituzionale, sent. n. 5/2004), con la multa da 10.000 a 20.000 € se l'ordine è conseguente ad espulsione con accompagnamento coattivo ex art. 13, co. 4, TU oppure a respingimento differito, ovvero a sottrazione ai programmi di rimpatrio assistito; la medesima condotta è, invece, punita con la multa da 6.000 a 15.000 € se l'ordine del questore consegue ad espulsione corredata dalla concessione del termine per la partenza volontaria ex art. 13, co. 5, TU, nell'ipotesi, cioè, in cui l'espulso non abbia adempiuto alla partenza nel termine concesso, sia stata emessa espulsione coattiva che non possa essere eseguita con immediatezza e neppure sia possibile disporre il trattenimento in un CIE, e, quindi, si debba impartire l'ordine in questione (nei confronti, si badi, di uno straniero che già si è reso inottemperante al termine concesso per la partenza volontaria). Questi reati sono attribuiti alla competenza del giudice di pace.

2) Valutato il singolo caso, se lo straniero inottemperante non si trova detenuto in carcere, il prefetto emette un nuovo decreto di espulsione per violazione dell'ordine di allontanamento precedentemente impartito dal questore. Invece di dare attuazione al pregresso decreto di espulsione o di respingimento - che mantengono intatta la loro efficacia - la legge prescrive l'adozione di un nuovo provvedimento espulsivo (anche se precedentemente fosse stato adottato un mero respingimento) ancorato al fatto oggettivo dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore: una "seconda espulsione" di dubbia ragionevolezza, posto che, come s'è detto, un provvedimento ablativo già esiste. E' da sottolineare che, mentre l'inottemperanza all'ordine del questore è sanzionata penalmente a condizione che la stessa non sia sorretta da un giustificato motivo (secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza 5/2004: *"i motivi che a mente dell'art. 14, co. 1, legittimano la P.A. a non procedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera non possono non costituire sicuri indici di riconoscimento di situazioni nelle quali può ravvisarsi, per lo straniero, la sussistenza di giustificati per non ottemperare all'ordine del questore. E ciò in specie (ad impossibilia nemo tenetur) quando l'inadempimento dipenda dalla assoluta impossibilità dello straniero che non gli consenta di recarsi nel termine alla frontiera"*), analoga previsione non si applica per la "seconda espulsione" che il prefetto è tenuto ad adottare, indipendentemente dai motivi ostativi all'adempimento nel termine dell'ordine di allontanamento. Si ravvisa qui un'ulteriore incongruenza della normativa introdotta a seguito del recepimento della "direttiva rimpatri"

Il nuovo decreto di espulsione ha dunque come presupposto la violazione di un precedente ordine di allontanamento.

Anche il nuovo decreto di espulsione così emanato può essere corredato da nuovo ordine di allontanamento del questore: è dunque possibile reiterare l'ordine di allontanamento del questore e, ad ogni successiva inottemperanza, si procederà a nuova espulsione determinando così un sistema di espulsioni a catena (art. 14, co. 5 ter, T.U.) fino all'avvenuto allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato.

Per quanto concerne l'adozione di "secondhe espulsioni" a seguito d'inottemperanza di ordini questorili di allontanamento emessi anteriormente alla scadenza del termine di recepimento della Direttiva rimpatri (24.12.2010) la giurisprudenza è orientata a ritenere che *"Con la applicazione – immediata e puntuale – della c.d. "direttiva rim-*

patri”, la norma autorizzante l’intimazione di allontanamento entro cinque giorni, originariamente valida, è divenuta inapplicabile, tanto nei suoi effetti cogenti sullo straniero quanto per quelli autorizzatori di misura consequenziale, perché in contrasto con le previsioni della direttiva stessa (art.7 c.1) ed è pertanto dal giudice nazionale immediatamente disapplicabile. Di conseguenza, se viene meno per effetto della disapplicazione l’intimazione espulsiva, viene a cadere l’unico titolo legittimante la espulsione che sia stata adottata con riguardo al testo dell’art. 14, co. 5 ter” (Cass. civ. sez. VI, 20.4.2012, ord. n. 6312). Si pone così un limite alla possibilità di reiterare decreti espulsivi per inottemperanza all’ordine di allontanamento del questore, con riferimento agli ordini emessi anteriormente al 24.12.2010, data in cui è inutilmente decorso il termine di recepimento della Direttiva 2008/115/CE nel diritto interno.

5.5 L’espulsione in attuazione di una decisione di allontanamento adottata da altro Stato membro dell’Unione europea

Il prefetto è altresì competente ad adottare il provvedimento di espulsione in esecuzione di una decisione di allontanamento adottata da un altro Stato membro dell’Unione europea, all’esecuzione dell’espulsione provvede il questore (art. 2, D. Lgs. 12/2005, di attuazione della Direttiva 2001/40/CE, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi)

5.6. Espulsione adottata alla scadenza del termine per impugnare le decisioni di rigetto, di estinzione e di inammissibilità della domanda di protezione internazionale

Il richiedente protezione internazionale può essere espulso se si sia trattenuto in Italia dopo che la sua domanda sia stata rigettata, estinta, dichiarata inammissibile dalla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale e sia inutilmente decorso il termine per impugnare, ovvero in caso di rigetto del ricorso (art. 35, D. Lgs. 25/2008).

6. Particolari cautele nell'adozione delle espulsioni prefettizie

La legge prevede alcune particolari cautele e limiti nell'adozione di decreti espulsivi prefettizi da adottarsi nei confronti di determinate categorie di persone.

6.1 La tutela del diritto all'unità familiare

Nell'adottare un provvedimento di espulsione – limitatamente alle ipotesi di ingresso irregolare e di irregolarità del soggiorno (art. 13, co. 2, lett. A) e B), T.U.) - nei confronti dello straniero che ha esercitato ai sensi dell'art. 29 T.U. il diritto all'unità familiare, ovvero del familiare ricongiunto il prefetto deve tenere conto della natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno, nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese di origine. L'autorità amministrativa deve dunque operare un bilanciamento tra le ragioni di interesse pubblico che impongono l'espulsione dello straniero e il diritto al mantenimento dell'unità familiare tra lo straniero ricongiunto o che ha effettuato il ricongiungimento familiare e il suo nucleo familiare (art. 13, co. 2 bis, T.U.).

In tema di ingresso e soggiorno di cittadini stranieri, l'art. 5, co. 5, D.Lgs. 286/98, prevede una disposizione analoga a quella di cui all'art. 13, co. 2 bis, citata. Si legge infatti che: *“Nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29, si tiene conto anche della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese di origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”*.

Come noto, la sentenza n. 202/2013 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 5, co. 5, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto all'unità familiare o al familiare ricongiunto, e non anche allo straniero che *“abbia legami familiari nel territorio dello Stato”*, coronando così un indirizzo giurisprudenziale già orientato a valorizzare i legami familiari esistenti in Italia, indipendentemente dal fatto che si fosse fatto ricorso all'istituto del ricongiungimento familiare ex art. 29, D.Lgs. 286/98.

E' importante richiamare i passaggi più importanti della motivazione della sentenza 202/2013 della Consulta. Si legge che *“la tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta ed attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati. Nell’ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari”*. Inoltre la Corte rammenta che l’art. 8 CEDU esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale.

Occorre ora verificare se sia possibile un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 13, co. 2 bis, D.Lgs. 286/98, alla luce dei principi espressi dalla sentenza 202/2013 della Consulta e, pertanto, estendere la protezione rafforzata che è prevista in tema di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per chi abbia vincoli familiari “di fatto” meritevoli di tutela al pari di chi ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, anche alle ipotesi di espulsione per irregolarità dell’ingresso o del soggiorno.

Va detto che, ancor prima dell’intervento del Giudice delle leggi, si era sviluppato un orientamento giurisprudenziale, in materia di espulsione amministrativa, volto ad estendere la protezione rafforzata di cui all’art. 13, co. 2 bis cit. anche alla tutela delle situazioni familiari di fatto, indipendentemente dall’aver seguito la procedura di ricongiungimento familiare. Così, il Tribunale di Torino (ordinanza 27.3.2013 - est. Vitro) ha stabilito che *“...l’espulsione non è più una decisione strettamente vincolata, in caso di sussistenza dei legami familiari ...con conseguente necessità di bilanciamento delle contrapposte esigenze di ordine pubblico, da un lato, e di rispetto dei legami familiari, dall’altro ... che la posizione della ricorrente appare poter essere parificata a quella dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ... che il Prefetto, nel provvedimento impugnato, non ha tenuto conto dei lega-*

mi familiari della ricorrente ...". Negli stessi termini si veda altresì, Tribunale di Torino, decreto 9.10.2008 - est. Vitro.

Tale orientamento si è, ovviamente, rafforzato a seguito la citata sentenza della Consulta.

Così, sempre il Tribunale di Torino, con ordinanza ex artt. 702 ter c.p.c. del 3.7.2014 - est. Ciccarelli, resa nella causa civile iscritta al n.r.g. 21774/2013 ha ritenuto che *"I principi espressi dalla Corte costituzionale per fondare la dichiarazione di illegittimità dell'art. 5, co. 5, T.U. 286/98 sono di tale chiarezza e portata da richiedere una interpretazione costituzionalmente orientata anche dell'art. 13, co. 2 bis. Questa norma infatti non fa che imporre alla amministrazione procedente in fase di espulsione i medesimi obblighi di valutazione e motivazione ch'essa ha in fase di esame della domanda di permesso di soggiorno. Deve quindi ritenersi illegittimo per omessa motivazione il provvedimento di espulsione nei confronti dello straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato (anche se non abbia esercitato il diritto al ricongiungimento) quando non prenda in considerazione gli elementi previsti dall'art. 13, co. 2 bis citato"*.

Questo orientamento giurisprudenziale di merito è stato recentemente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità. Infatti, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 15362 del 22 luglio 2015 ha stabilito che *"in tema di espulsione del cittadino straniero, l'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell'esistenza di legami con il paese d'origine, si applica - con valutazione caso per caso, in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE - anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte cost., senza distinguere tra vita privata e familiare, trattandosi di estrinsecazioni del medesimo diritto fondamentale tutelato dall'art. 8 cit., che non prevede gradazioni o gerarchie. (Nella specie, la S.C. ha cassato il provvedimento impugnato che, nel considerare esclusivamente le condizioni di vita delle ricorrenti straniere in Italia, aveva ommesso di prendere in esame il rapporto con il paese d'origine e l'esistenza di un legame familiare e di un nucleo, composto dalle medesime ricorrenti,*

sorto e radicatosi nel territorio dello Stato). Si veda anche: Cassazione civile, sez. VI, 03/09/2014, n. 18608.

E' quindi pacifico che l'amministrazione, prima di procedere all'espulsione di uno straniero per motivi connessi all'ingresso o al soggiorno illegale debba valutare i rapporti familiari esistenti in Italia, anche se attuati al di fuori della specifica procedura del ricongiungimento familiare (come nel caso del matrimonio celebrato in Italia), dandone atto nella motivazione del provvedimento.

6.1.1 La Legge Cirinnà ed il possibile impatto sulla disciplina del ricongiungimento familiare e del diritto all'unità familiare.

In seguito all'adozione della legge n. 76/2016 recante la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" (meglio nota come "legge Cirinnà"), approvata dal Parlamento l'11 maggio 2016 (in *Gazz. Uff.*, 20 maggio 2016 n. 118), è possibile tracciare alcune prime riflessioni sull'impatto di tale fondamentale novità legislativa sulle norme del T.U.I. che regolano il diritto al ricongiungimento familiare del cittadino straniero, ovvero il diritto all'unità familiare, così incidendo inevitabilmente sui principali temperamenti imposti alla potestà espulsiva della P.A., in caso di irregolarità del soggiorno dello straniero.

Con l'approvazione della c.d. legge Cirinnà il nostro Paese si è finalmente adeguato alla scelta, compiuta già da tempo da molti Stati europei, di garantire una specifica tutela giuridica da un lato alle coppie omosessuali, che, come tali, non possono accedere al matrimonio, dall'altro a quelle non sposate. Le prime infatti potranno, a partire dalla entrata in vigore della legge, costituire una unione civile, assumendo con ciò diritti e doveri reciproci, per lo più equiparabili a quelli che discendono dal legame coniugale (art. 1, commi 1 e 11); alle seconde invece è data la possibilità di stabilire, a prescindere dal sesso dei loro componenti e da qualunque legame di parentela, accordi di convivenza, suscettibili di produrre alcune più circoscritte conseguenze giuridiche (art. 1, comma 36 ss.). Le differenze tra le due fattispecie introdotte nel nostro ordinamento con la legge n. 76/2016, che si giustificano alla luce della possibilità, per le coppie eterosessuali, di accedere al matrimonio, sono significative e riguardano anzitutto la natura giuridica della relazione che ne è l'oggetto. Mentre le unioni civili, che si costituiscono tramite dichiarazione resa di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni (art. 1, comma 2), sono idonee a fare sorgere in capo ai soggetti che le compongono uno *status* personale nuovo, debitamente certificato nei pubblici registri, gli accordi di convivenza hanno carattere meramente obbligatorio,

essendo suscettibili di generare diritti e doveri in capo alle parti, senza però, conferire loro un particolare statuto giuridico.

Se tale distinzione è corretta, può sin d'ora osservarsi come l'impatto della nuova legge sulle unioni civili non incide in maniera rivoluzionaria sulla disciplina contenuta nella direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e sulla direttiva 2003/86/CE, riguardante il diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro. Entrambi questi atti prevedevano già, rispettivamente all'art. 3, par. 2, lett. b) e all'art. 4, par. 3 che, nel concetto di "familiare", ai fini del godimento dei diritti in esse previsti possano essere inclusi anche i partner, che, seppure non legati al cittadino dell'UE o al soggetto regolarmente soggiornante in uno Stato membro, da una relazione coniugale, abbiano tuttavia costituito con questi una unione affettiva stabile e duratura. Mentre la direttiva 2004/38 richiede che l'esistenza di tale relazione debba essere debitamente provata, senza null'altro specificare, criteri decisamente più rigorosi sono previsti dalla 2003/86, secondo cui la richiesta di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare deve essere supportata da documenti attestanti la registrazione della *partnership* o, nei casi in cui questa non sia possibile, da ogni altro documento rilevante ai fini della prova della stabilità del legame affettivo. In entrambi i casi è comunque concessa allo Stato di destinazione un'ampia discrezionalità per quanto riguarda la scelta di equiparare i componenti delle famiglie "non tradizionali" ai coniugi, ai fini del godimento dei diritti connessi alla libera circolazione (a questo riguardo va ricordato che la direttiva 2004/38, cit. prevede espressamente, all'art. 2 par. 2 lett. b, l'inclusione del partner registrato nel concetto di familiare, qualora nel Paese ospitante sia prevista la possibilità di costituire una unione civile, con effetti equiparabili a quelli discendenti dal matrimonio).

Se tale novità legislativa nulla aggiunge rispetto alla disciplina europea, è tuttavia di rilevanza dirimente per l'applicazione della stessa in Italia. Infatti, poiché l'equiparazione, seppure non piena, dei membri delle unioni civili ai coniugi è ora espressamente prevista dalla legge Cirinnà, in via generale, fatte salve le differenze ivi espressamente stabilite (art. 1, comma 20), ciò dovrebbe tradursi in una maggiore apertura verso la concessione del ricongiungimento familiare a partner dello stesso sesso, con il conseguente definitivo superamento dell'atteggiamento di chiusura espresso finora dalla Cassazione (Cass., 17 marzo 2009, n. 6441, secondo cui: «*In tema di diritto del-*

lo straniero al ricongiungimento familiare, il cittadino extracomunitario legato ad un cittadino italiano ivi dimorante da un'unione di fatto debitamente attestata nel paese d'origine del richiedente, non può essere qualificato come "familiare" ...»). Va peraltro ricordato che tale indirizzo restrittivo è stato già ampiamente criticato da una parte della giurisprudenza di merito, che ha invece ritenuto di dovere interpretare le direttive in senso conforme all'art. 8 CEDU e alla sua più recente lettura evolutiva (Trib. Pescara, 15 gennaio 2013; Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012), riconoscendo quindi anche ai partner del medesimo sesso, legati da una stabile relazione affettiva, il diritto ad ottenere il ricongiungimento familiare.

6.2 L'espulsione delle persone vulnerabili

In applicazione del principio generale per cui l'espulsione deve essere disposta previa valutazione caso per caso della situazione personale in cui versa l'espellendo, l'esecuzione dell'espulsione (così come del respingimento) nei confronti di persone vulnerabili (disabili, anziani, minori, componenti di famiglie monoparentali con figli minori, vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali) è effettuata con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate (art. 19, co. 2 bis, T.U.).

6.3 Lo straniero identificato in uscita dal territorio nazionale

Nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne, l'espulsione non è disposta, né eseguita coattivamente se già adottata (art. 13, co. 2 ter, T.U.). Anche questa previsione pare ispirata al principio della valutazione caso per caso, per cui si ritiene cessato o affievolito l'interesse pubblico all'adozione del decreto espulsivo, o alla sua esecuzione coatta, nei confronti di chi si accinge a lasciare l'Italia.

L'espressa previsione che l'identificazione debba avvenire durante i controlli di polizia "alle frontiere esterne", induce a ritenere che possa beneficiare del trattamento favorevole in esame solo lo straniero che dall'Italia si accinge ad abbandonare il territorio dell'Unione europea, e non anche quello che lascia l'Italia per altro Paese membro. Sarebbe ragionevole che tale previsione si estendesse anche all'ipotesi dello straniero che lascia l'Italia alla volta di altro Stato membro di mero transito, essendo già in possesso dei documenti di viaggio necessari a lasciare il territorio dell'Unione europea, appunto dal Paese di transito.

6.4 Lo straniero soggiornante di lungo periodo

Lo straniero titolare di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 9, T.U.), può essere espulso soltanto: a) per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1, T.U.), b) per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3, co. 1, L. 155/2005), c) per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), T.U.). Ai fini dell'adozione del decreto espulsivo si tiene conto dell'età dell'interessato, della durata del suo soggiorno sul territorio nazionale, delle conseguenze dell'espulsione per l'interessato e i suoi familiari, dell'esigenza di legami familiari e sociali nel territorio nazionale e dell'assenza di tali vincoli nel Paese di origine (art. 9, co. 10,11, T.U.). Al di fuori di queste ipotesi lo straniero titolare di un permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo non può essere espulso (art. 19, co. 2, lett. b), T.U.

6.5 Lo straniero titolare di permesso di soggiorno rilasciato da altro Stato membro

Lo straniero titolare di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da altro Stato membro dell'Unione europea può essere espulso soltanto nei seguenti casi: a) con provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal Prefetto per irregolarità del soggiorno (artt. 9 bis, co. 7, 13, co. 2, lett. b), T.U.) qualora il permesso di soggiorno rilasciato dall'Italia (art. 9 bis, co. 1,2, T.U.) è rifiutato o revocato perché ritenuto pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale e in tali ipotesi l'allontanamento avviene verso l'altro Stato membro dell'Unione europea che aveva rilasciato il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo; b) con provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal Ministro dell'Interno nel caso in cui sussistano i presupposti per l'espulsione ministeriale (art. 13, co. 1, T.U.; art. 3, co. 1, L. 155/2005; si veda sopra par. 3.1.1), ma in tali ipotesi l'espulsione è adottata dopo aver sentito l'altro Stato membro dell'Unione che aveva rilasciato il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo e l'accompagnamento è effettuato fuori dell'Unione europea.

7. I divieti di espulsione e respingimento

La legge prevede divieti assoluti di espulsione e respingimento (art. 19, co.1, T.U.) e divieti affievoliti di espulsione (art. 19, co. 2, T.U.).

A) 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, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio in altro Stato nel quale sia protetto da tali discriminazioni (art. 19, co. 1, T.U.). Tale divieto attua il principio di *non refoulement* del rifugiato (art. 33, Convenzione di Ginevra), il divieto di sottoposizione a tortura e a pene o trattamenti inumani e degradanti (art. 3, C.E.D.U.), la tutela che la Repubblica riconosce e garantisce ai diritti inviolabili dell'uomo (art. 2, Cost.), il diritto d'asilo garantito dall'art. 10, comma 3 Cost. agli stranieri a cui nel proprio Stato non è garantito l'effettivo esercizio garantito dalle libertà democratiche ed il divieto di estradizione dello straniero per reati politici (art.10, comma 4 Cost.).

Si tratta di un divieto assoluto di espulsione e di respingimento che non è bilanciabile con gli interessi di tutela dell'ordine o della sicurezza dello Stato che vorrebbe procedere all'allontanamento dello straniero. Il divieto opera in modo automatico e perciò d'ufficio e a prescindere da ogni altro tipo di atto, anche indipendentemente dalla richiesta dell'interessato o dalla proposizione della domanda di protezione internazionale. Pertanto, trattandosi di norma che tutela la persona contro le persecuzioni, va applicata ogniqualvolta l'amministrazione o il giudice accerti il rischio concreto di persecuzione che potrebbe derivare allo straniero dall'adozione ed esecuzione di un provvedimento ablativo di qualsiasi natura.

Lo straniero che si trova nelle condizioni indicate nell'art. 19, comma 1 T.U. ha diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, salvo che possa essere allontanato verso uno Stato che gli accordi una protezione analoga contro le persecuzioni o il rischio di essere rinvio verso uno Stato in cui possa essere perseguitato (art. 28, co. 1, lett. d), D.P.R. 394/99).

B) Salvo che nelle ipotesi di espulsioni ministeriali per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1, T.U.), non è consentita l'espulsione nei confronti degli stranieri che si trovino in una delle seguenti condizioni (art. 19, co. 2, T.U.):

- a) stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto di seguire il genitore o l'affidatario espulsi. Il provvedimento di espulsione del minore straniero (nei soli casi di cui all'art. 13, co. 1, cit.) è adottato dal tribunale per i minorenni, su richiesta del questore (art. 31, co. 4, T.U). Al minore privo di permesso di soggiorno per motivi familiari, in virtù del divieto di espulsione in esame, è rilasciato un permesso di soggiorno per minore età (art. 28, co. 1, lett. a), D.P.R. 394/1999). *“L'applicabilità anche ai minorenni dell'espulsione ex articolo 3 della legge 155 del 2005 appare controversa e potrebbe ritenersi consentita soltanto presumendo che - nonostante il tenore letterale della norma - l'articolo in questione abbia inteso introdurre, in realtà, una specifica previsione di espulsione per prevenzione di terrorismo che sarebbe tuttavia riconducibile alla categoria più ampia dei “ motivi di ordine pubblico o di sicurezza “ già previsti dal citato art. 13, primo comma D. L.vo 286 e quindi ricompresa nell'ipotesi eccezionale di deroga al generale divieto di espulsione dello straniero minorenne”* (T.M. Sassari, decr. 6.1.2016) .
- b) Titolari di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, salvo i casi di cui all'art. 9, T.U.
- c) Stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado, o il coniuge di nazionalità italiana. Tale divieto tutela il diritto all'unità familiare dei cittadini italiani e dei loro familiari. L'onere della prova dell'effettività della convivenza non è desumibile dalle risultanze anagrafiche, ma grava sui beneficiari ed è soggetto all'ordinario regime di valutazione probatorio. Lo straniero che si trova in tale situazione ha diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 28. co. 1, lett. b), D.P.R. 394/1999). La legge n. 94/2009 ha ridotto al secondo grado il rapporto di parentela rilevante ai fini dell'inespellibilità, mentre la normativa precedente includeva il rapporto di parentela col cittadino italiano fino al quarto grado. La circolare del Ministero dell'Interno 31 agosto 2009, n. 5377 ha chiarito che la definizione delle istanze di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, presentate da stranieri conviventi con parenti entro il terzo o quarto grado anteriormente alla modifica legislativa, debbono esser definite secondo la norma vigente alla data della presentazione. Analogamente, devono essere definite secondo il medesimo orientamento le istanze di rinnovo avanzate dopo l'entrata in

vigore della legge n. 94/2009 da stranieri già conviventi con parenti italiani entro il quarto grado: in buona sostanza la modifica introdotta dalla L. n. 94/2009 sul punto non ha efficacia retroattiva.

- d) Donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono, nonché il marito convivente con essa. Infatti, Corte cost. sent. n. 376/2000 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa disposizione nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Corte cost. sent. 444/2006 ha invece rigettato analoghe questioni inerenti il convivente *more uxorio* della donna in stato di gravidanza, perché nell'ordinamento giuridico italiano la paternità naturale non si presume durante la gravidanza, ma si ha col riconoscimento del figlio dopo la nascita. Peraltro sulla base di tali argomentazioni si dovrebbe ritenere che se la tutela non può estendersi al sedicente padre convivente *more uxorio* prima della nascita del figlio, difettando la presunzione di paternità, si dovrebbe riconoscerla dopo la nascita del figlio che sia stato riconosciuto come tale dal padre naturale e, in tal caso, la tutela dovrebbe essere limitata temporalmente fino al compimento del sesto mese del figlio naturale. L'inespellibilità accordata nei casi in esame non ha natura permanente e si configura come sospensione della potestà espulsiva in ragione della tutela che l'ordinamento riconosce alle donne in gravidanza e nel periodo immediatamente successivo alla nascita del figlio. In queste situazioni, debitamente accertate tramite certificazione sanitaria, la donna e il marito convivente hanno diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per cure mediche che non consente l'esercizio di attività lavorativa (art. 28, co. 1, lett. c), D.P.R. 394/1999).

8. Deroghe all'obbligo di esercitare la potestà espulsiva

In taluni casi eccezionali la legge consente di derogare all'obbligo di esercitare la potestà espulsiva del prefetto, pur in presenza di situazioni che di per sé la imporrebbero, sia per ingresso irregolare, sia per soggiorno irregolare. Si tratta di situazioni che non rientrano nella previsione normativa dei divieti di espulsione, ma che si desumono da disposizioni del T.U. 286/98 e dalla giurisprudenza costituzionale e di legitti-

mità, nelle quali o è consentito il rilascio di un permesso di soggiorno, oppure è prevista una sospensione dell'esercizio della potestà espulsiva.

E' consentito il rilascio di un permesso di soggiorno:

- a)* Al genitore straniero, anche naturale, di minore italiano residente in Italia (a prescindere dalla convivenza effettiva, altrimenti si verserebbe nella situazione d'inespellibilità ex art. 19, co. 2, lett. c), TU). In tal caso il permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato anche a prescindere dal possesso di un valido titolo di soggiorno, all'unica condizione che il richiedente non sia privato della potestà genitoriale secondo la legge italiana (art. 30, c. 1, lett. d), TU). Si tratta di una forma di regolarizzazione *in itinere* perché consente il rilascio di un titolo di soggiorno al genitore anche privo di qualsiasi permesso di soggiorno, che, dunque, si troverebbe in condizione di irregolarità amministrativa, se non fosse genitore di minore italiano qui residente. La previsione del rilascio del permesso di soggiorno preclude l'adozione dell'espulsione prefettizia.
- b)* Allo straniero che, pur soggiornando sprovvisto di un valido titolo di soggiorno, chiede il permesso di soggiorno per motivi familiari perché già titolare di un permesso di soggiorno scaduto da meno di un anno ed ha i requisiti previsti nell'art. 29 T.U. per attuare il diritto al mantenimento dell'unità familiare con altro cittadino italiano o dell'Unione europea o straniero extracomunitario regolarmente soggiornanti in Italia. Inoltre, qualora detto cittadino sia un rifugiato, si prescinde dal possesso di un valido permesso di soggiorno da parte del familiare. (art. 30, comma 2 lett. c) T.U.). Anche in questi casi si tratta di forme di regolarizzazione *in itinere* che non consentono l'adozione dell'espulsione per soggiorno irregolare.
- c)* Allo straniero che, anche se entrato irregolarmente sul T.N. o comunque irregolarmente soggiornante, abbia presentato domanda di protezione internazionale, sempre che non sia sottoposto a trattenimento presso un C.I.E. ai sensi dell'art. 6. D.Lgs. 142/2015, al quale è rilasciato un permesso di soggiorno per attesa asilo, rinnovabile fino all'esito della domanda e in pendenza dell'eventuale ricorso giurisdizionale di primo grado.

- d) Allo straniero, anche irregolarmente presente in Italia, cui viene rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari (ex art. 5, co.6 o 19, co. 1, TU), previo parere favorevole da parte della Commissione per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ovvero previa acquisizione di documentazione attestante la sussistenza di oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dal T.N. (art. 11, co. 1, lett. c *ter*), DPR 394/99). Anche in questo caso si tratta di regolarizzazione *in itinere* perché il permesso umanitario consente sia il suo rinnovo che la sua conversione ad altro titolo. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari, previsto espressamente dall'art. 5, co. 6, T.U., in conseguenza della normativa di trasposizione della Direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dello straniero che si trova in situazione irregolare, comporta una deroga o una sospensione della potestà espulsiva in presenza di oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dal territorio nazionale, e costituisce attuazione dell'art. 6, § 4 della direttiva rimpatri che consente agli Stati membri il rilascio – in qualsiasi momento – di un titolo di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura e che prevede che “*qualora sia già stata emessa, la decisione di rimpatrio [cioè l'espulsione] è revocata o sospesa per il periodo di validità del titolo di soggiorno*”.
- e) Allo straniero vittima di violenza o grave sfruttamento che in ragione del pericolo attuale per la propria incolumità sia ammesso a partecipare ad un progetto di assistenza e integrazione sociale previsto dall'art. 18 T.U. e abbia ottenuto un permesso di soggiorno per motivi umanitari. Identica è la situazione dello straniero vittima di violenza domestica cui viene rilasciato un permesso di soggiorno ex art. 18 bis, T.U. In entrambi i casi trattasi di regolarizzazione *in itinere* perché il relativo permesso prescinde dalla regolarità della presenza e consente sia il suo rinnovo che la sua conversione ad altro titolo.
- f) Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore straniero che si trova sul territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza (nel caso in cui l'ingresso, anche illegale, si sia già verificato) dei familiari stranieri, anche in de-

roga alle disposizioni sull'immigrazione (art. 31, co. 3, T.U.). L'autorizzazione del tribunale per i minorenni è a tempo determinato e impone alla questura il rilascio di permesso di soggiorno per assistenza minore, che consente l'esercizio di attività lavorativa.

- g) Il Presidente del Consiglio dei ministri stabilisce le misure di protezione temporanea da adottare, anche in deroga alle disposizioni del T.U. immigrazione, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione europea (art. 20, T.U; 11, co. 1, lett. c ter), D.P.R. 394/99 e art. 5, co. 6, T.U. Questa norma ha avuto attuazione nel 1999-2000 per l'accoglienza degli sfollati dal Kosovo, e poi - in tempi relativamente recenti - con l'emanazione del D.P.C.M. 5 aprile 2011, contenente misure di protezione temporanea per i cittadini stranieri affluiti dai Paesi nordafricani, rinnovate con D.P.C.M. 6 ottobre 2011, di cui hanno fruito coloro che sono fuggiti dal Nord Africa dal 1° gennaio al 5 aprile 2011.

Si verifica, invece, una sospensione della potestà espulsiva nei confronti dello straniero nei cui confronti siano erogate cure urgenti, essenziali ancorché continuative, limitatamente alla durata delle terapie essenziali

In presenza di gravi ed accertate condizioni di salute dello straniero che sia sottoposto a terapie in Italia, la giurisprudenza ha elaborato da tempo una specifica causa di sospensione della potestà espulsiva dell'amministrazione fino alla risoluzione, o attenuazione, dell'evento morboso. Tale importante orientamento giurisprudenziale è ora rafforzato dall'obbligo, sussistente in capo al prefetto, di esercitare la potestà espulsiva "caso per caso" (art. 13, co. 2, T.U.).

In base all'art. 32 Cost. la salute è un diritto che la Repubblica italiana "riconosce" all'individuo in quanto tale e non "concede" in relazione a condizioni determinate. Nella stessa linea della norma costituzionale si orienta l'art. 35 T.U. che, al co. 3, prevede che *"ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative per malattia e infortunio ..."*. La stessa norma, al comma 5, precisa che *"L'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con*

le norme sul soggiorno non può comportare alcuna segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano". Perciò tra l'interesse dello Stato all'allontanamento degli stranieri irregolari e quello della tutela della salute, nell'interesse dei singoli e della collettività, prevale il secondo, sia pure con le limitazioni enucleate dalla giurisprudenza.

Secondo la circolare del Ministro della sanità 24/3/2000 n. 5 *“per cure urgenti si intendono le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona; per cure essenziali si intendono le prestazioni sanitarie, diagnostiche o terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti). E' stato altresì affermato dalla legge il principio della continuità delle cure urgenti ed essenziali, nel senso di assicurare all'infermo il ciclo terapeutico e riabilitativo completo riguardo alla possibile risoluzione dell'evento morboso”.*

Inoltre l'art. 43 del regolamento di attuazione del T.U. (D.P.R. 394/99) si occupa del diritto alla salute degli stranieri non regolarmente soggiornanti prescrivendo che:

- *“ La prescrizione e la registrazione delle prestazioni nei confronti degli stranieri privi di permesso di soggiorno vengono effettuate ... utilizzando un codice regionale a sigla STP (straniero temporaneamente presente) ... riconosciuto su tutto il territorio nazionale ... identifica l'assistito per tutte le prestazioni ... tale codice deve essere usato anche per la rendicontazione delle prestazioni effettuate*
....

- *“In caso di prestazioni sanitarie lasciate insolite dal cittadino straniero, l'azienda ospedaliera ne chiede il pagamento ... se si tratta di prestazioni urgenti o comunque essenziali al Ministero dell'interno”.*

- *“la comunicazione al Ministero dell'interno ... è effettuata in forma anonima, mediante il codice regionale STP , con l'indicazione della diagnosi, del tipo di prestazione erogata e della somma di cui si chiede il rimborso”.* La garanzia dell'anonimato per lo straniero irregolare che si rivolga alle strutture pubbliche e accreditate per l'erogazione di prestazioni sanitarie urgenti, essenziali, ancorché continuative è volta a rafforzare la tutela del diritto alla salute che prevale – in linea di principio – sull'interesse pubblico alla tutela delle frontiere e dell'ordinato flusso migratorio.

Dunque la legge riconosce la tutela del diritto alla salute per gli stranieri irregolari, ma l'art. 19, T.U. non annovera espressamente tali soggetti tra le categorie degli stranieri inespellibili.

Non è perciò chiaro il trattamento dello straniero che, pur beneficiando dell'erogazione di cure urgenti, essenziali ancorché continuative, debba essere espulso perché irregolarmente soggiornante.

La Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto (Sent. 252/2001), dichiarò che *“ il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto. Questo nucleo irriducibile di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso ”*.

In conclusione secondo la Corte *“la valutazione dello stato di salute del soggetto e della indifferibilità ed urgenza delle cure deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico; di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione si dovrà, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare tale profilo, se del caso ricorrendo ai mezzi istruttori che la legge, pur in un procedimento caratterizzato da concentrazione e da esigenze di rapidità, certamente consente di utilizzare. Qualora risultino fondate le ragioni addotte dal ricorrente in ordine alla tutela del suo diritto costituzionale alla salute, si dovrà provvedere di conseguenza, non potendosi eseguire l'espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio a tale diritto ”*.

L'invito, formulato dalla Corte costituzionale, a *“provvedere di conseguenza”* esige uno strumento normativo che consenta il riconoscimento del diritto a soggiornare legalmente in Italia per lo straniero che si trovi in tale situazione, che si può individuare nel permesso di soggiorno per *“motivi umanitari”* qualora sussistano *“gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale”* (art. 5, co. 6, T.U.)

La Corte di Cassazione ha poi affermato che “ *una corretta lettura della norma di cui all’art. 35, co. 3, del T.U., configura indubbiamente una situazione che non incide sulla validità dell’espulsione, ... bensì impedisce, temporalmente, l’esecuzione della misura. La previsione del diritto a fruire delle prestazioni ambulatoriali ed ospedaliere indifferibili o essenziali, ancorché continuative, induce a ritenere che il legislatore abbia inteso estendere la garanzia che la Repubblica offre agli stranieri irregolari per la cura delle loro patologie ben al di là dell’area del “pronto soccorso” e della medicina d’urgenza, ricomprendendo ...quelle prestazioni essenziali per la vita dello straniero che i presidi sanitari pubblici debbono completare nell’arco di tempo necessario e sufficiente secondo scienza medica e possibilità concrete...”*. (Cass. Civ. I sez, 22 settembre 2006, n. 20561 – est. Macioce).

La Corte, pur riconoscendo che la necessità di salvaguardia del diritto alla salute non incide sulla validità dei presupposti dell’espulsione in quanto tale, non si è limitata a sospenderne l’efficacia esecutiva sino all’esito dell’evento morboso, ma ha annullato il decreto espulsivo.

Perciò si tratta non tanto di sospensione dell’efficacia esecutiva dell’espulsione, quanto piuttosto di una sospensione del potere di espellere, che potrà essere esercitato *ex novo* qualora vengano meno le ragioni che avevano imposto la sua limitazione temporale.

9. Le espulsioni giudiziali

9.1 Le espulsioni a titolo di misura di sicurezza

In linea generale nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza personale se non nei casi espressamente stabiliti dalla legge (art. 25, co. 3, Cost.; art. 199, c. p.) e soltanto se si tratta di persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato (art. 202, c. p.).

Agli effetti della legge penale, una persona è socialmente pericolosa quando il giudice ritenga probabile che possa commettere nuovi fatti previsti dalla legge come reato, secondo i parametri indicati dal codice penale (artt. 133, 203, c.p.).

L’accertamento della pericolosità deve essere effettuato dal giudice penale in concreto, secondo i criteri definiti dalla legge, non prevedendosi ipotesi di pericolosità sociale presunta. Le misure di sicurezza sono ordinate dal giudice penale con la senten-

za di condanna o di proscioglimento, e possono essere revocate dal magistrato di sorveglianza se le persone ad esse sottoposte hanno cessato di essere socialmente pericolose (art. 207 c.p.; Corte cost. sent. n. 110/1974).

La legge prevede alcune espulsioni a titolo di misura di sicurezza personali che possono essere applicate agli stranieri, nel rispetto dei principi generali che disciplinano l'applicazione di tali misure: l'applicazione della misura di sicurezza è disposta con sentenza dal giudice penale che ritenga lo straniero persona socialmente pericolosa e comporta l'allontanamento coattivo dal territorio dello Stato, indipendentemente dalla sua posizione amministrativa in ordine alla regolarità del suo ingresso e soggiorno sul territorio dello Stato.

Alcune di queste misure sono previste dal codice penale e altre da leggi speciali, alcune sono obbligatorie e altre facoltative pur in presenza della pericolosità sociale del condannato straniero.

a) Il giudice ordina l'espulsione dello straniero pericoloso socialmente in caso di condanna alla pena della reclusione per un tempo superiore a due anni (art. 235, co. 1, c.p.);

b) Analoga misura è adottata, nei confronti dello straniero pericoloso socialmente in caso di condanna ad una pena restrittiva della libertà personale per taluno dei delitti contro la personalità dello Stato (art. 312, co. 1, c.p.).

In entrambi i casi sub a) e b) il trasgressore dell'ordine di espulsione pronunciato dal giudice è punito con la reclusione da uno a quattro anni con previsione di arresto obbligatorio, anche fuori flagranza, e si procede con rito direttissimo (artt. 235, co. 2; 312, co. 2, c.p.).

In ogni caso di applicazione delle espulsioni a titolo di misura di sicurezza previste dal codice penale presuppone sempre l'accertamento della pericolosità sociale del reo da parte del giudice: l'espulsione non è mai conseguenza automatica della sentenza di condanna irrevocabile (Corte cost. sent. n. 58/1995).

c) il giudice, fuori dei casi previsti dal codice penale può ordinare l'espulsione dello straniero che sia condannato per taluno dei delitti previsti dagli artt. 380, 381, c.p. (si

tratta dei delitti per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto in flagranza), sempre che risulti socialmente pericoloso (art. 15, T.U.) (espulsione facoltativa).

d) il Testo unico delle leggi sugli stupefacenti prevede ipotesi di espulsione giudiziali (art. 86, D.P.R. 309/1990) in caso di sentenza di condanna dello straniero per i delitti ivi previsti. La Corte cost. sent. n. 58/1995 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale disposizione, nella parte in cui obbligava il giudice ad emettere l'ordine di espulsione da eseguirsi a pena espiata, contestualmente alla condanna per uno dei reati previsti dagli artt. 73,74,79 e 82 del Testo unico sugli stupefacenti, senza l'accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale dello straniero. Perciò anche tale espulsione in esame si configura quale espulsione a titolo di misura di sicurezza.

Tutte le espulsioni a titolo di misura di sicurezza devono essere eseguite dal questore al termine dell'esecuzione della pena detentiva con accompagnamento alla frontiera eventualmente preceduto dal trattenimento in un C.I.E., se non può disporsi l'accompagnamento immediato. Le espulsioni a titolo di misura di sicurezza sono di gran lunga quelle che offrono maggiori garanzie procedurali rispetto a tutte le altre espulsioni, sia perché prevedono un duplice accertamento della pericolosità sociale: da parte del giudice di merito in prima battuta e dal magistrato di sorveglianza primavera loro esecuzione, sia perché si applicano solo a seguito di sentenza penale di condanna divenuta irrevocabile.

9.2 Le espulsioni a titolo di sanzione sostitutiva della pena

L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione (art. 16, co. 1,2,3,4, T.U.) è facoltativa e può essere disposta dal giudice nei confronti dello straniero che non rientri tra le persone inespellibili previste nell'art. 19 T.U. in due ipotesi distinte.

A) L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena detentiva non superiore a 2 anni dello straniero recidivo, identificato e irregolarmente soggiornante che dovrebbe perciò essere di per sé espulso con provvedimento amministrativo. In

tale ipotesi l'espulsione può essere disposta dal giudice in presenza dei seguenti presupposti:

- B) la pronuncia di una sentenza penale di condanna per un reato non colposo, oppure di applicazione della pena su richiesta delle parti – c.d. “patteggiamento” – (artt. 444, ss. c.p.p.),
- C) la pena irrogata in tale sentenza deve essere la pena della reclusione entro il limite di due anni e non devono sussistere le condizioni per disporre la sospensione condizionale (art. 163, c.p.),
- D) lo straniero che dovrebbe essere condannato si trova in una delle condizioni in presenza delle quali il Prefetto può disporre il provvedimento amministrativo di espulsione, cioè in caso di ingresso illegale o di soggiorno irregolare o di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. a), b) e c), T.U.), sicché tale tipo di espulsione non si applica nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti,
- E) non devono sussistere impedimenti materiali all'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero espulso (art. 14, co. 1, T.U.), cioè deve trattarsi di imputato straniero identificato, in possesso di passaporto o documento equipollente in corso di validità, devono essere disponibili i documenti per il viaggio e un idoneo vettore.

Ove sussistano tutte le condizioni sopra elencate, il giudice può sostituire la pena detentiva non superiore a due anni con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni, quindi indeterminato nel massimo. Si tratta di un'espulsione facoltativa.

L'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4, T.U.) anche se la sentenza non è irrevocabile (perché è stata proposta impugnazione o non è inutilmente decorso il termine per impugnare).

Il periodo di divieto di reingresso stabilito nella sentenza decorre dall'avvenuta esecuzione dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera, ma, se lo straniero condannato a pena sostituita rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima della scadenza di tale termine, la sanzione sostitutiva della detenzione è revocata dal giudice e riprende vigore la sanzione detentiva, la cui esecutività dipende dalla irrevocabilità della sentenza. Invece se lo straniero espulso non rientra nel territorio dello Stato pri-

ma della scadenza del periodo di divieto di rientro la pena sarà considerata interamente scontata.

B) L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena pecuniaria si applica nei procedimenti penali avanti al giudice di pace per due tipi di reati:

a) ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10 bis, T.U., art. 62 bis, D. Lgs. n. 274/2000)

b) inosservanza, anche reiterata, – senza giustificato motivo - dell'ordine del questore (art. 14, co. 5 ter e quater, T.U.).

L'espulsione è a titolo di sanzione sostitutiva della pena pecuniaria, perché sostituisce l'ammenda prevista per il reato di ingresso o soggiorno irregolare (art. 10 bis, T.U.) o la multa per il reato di inosservanza del questore dell'ordine di allontanamento (art. 14, co. 5 ter e quater, T.U.), sicché in tali ipotesi non si applicano i limiti edittali previsti per le ipotesi di sanzione sostitutiva della reclusione, né il limite della non concedibilità della sospensione condizionale della pena perché l'istituto non si applica alle pene irrogate dal giudice di pace (art. 60, D. Lgs. 274/2000, recante disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace).

In sostanza, in entrambe le ipotesi l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena si configura quale ipotesi speciale di sospensione condizionata della pena, nel senso che l'esecuzione della pena resta sospesa a condizione che lo straniero condannato anche non in via definitiva, non rientri nel territorio dello Stato italiano prima del termine del divieto di rientro, non inferiore a cinque anni, indicato nella sentenza.

Inoltre, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale (ord. n. 369/1999), l'espulsione prevista dall'art. 16 T.U., pur se applicata da un giudice penale a seguito di un processo penale, non si può configurare come sanzione criminale classica, ma è a tutti gli effetti una sanzione amministrativa, sia perché i suoi effetti sono solo indirettamente afflittivi (risolvendosi nell'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato), sia perché è eseguita dal questore (autorità amministrativa) e non dalla procura della repubblica (competente per l'esecuzione delle pene).

9.3 L'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione e la questione dell'identificazione in carcere

L'istituto è stato in parte riformato dal D.L. 146/2013, recante "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria", convertito in L. 21.2.2014, n. 10, ed è disciplinato all'art. 16, co. 5, 5bis, 5 ter, 6, 7, 8 e 9, T.U. Questi i presupposti:

- straniero detenuto, identificato, in espiazione di una pena detentiva, anche se parte residua di maggior pena, non superiore a due anni;
- condannato che si trova in una delle condizioni previste dall'art. 13, co. 2, T.U.I. (cioè in situazione di irregolarità dell'ingresso, del soggiorno ovvero ritenuto pericoloso socialmente), indipendentemente dal fatto che nei suoi confronti sia già stata adottato un decreto di espulsione;
- ostano all'applicazione dell'espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione le condanne per i delitti previsti dal T.U. 286/98 per i quali è astrattamente prevista la pena della reclusione superiore nel massimo a due anni (indipendentemente dall'entità della pena concretamente irrogata), e cioè le condanne per i reati di falso documentale (art. 5, co. 8 bis, T.U.I.), per tutti i reati di favoreggiamento previsti dall'art. 12, T.U.I., per i reati di illecito reingresso ex art. 13, co. 13, 13 bis, T.U.I. e per il reato di occupazione illegale di manodopera ex art. 22, co. 12 e 12 bis, T.U.I.;
- ostano altresì le condanne per i reati previsti dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p., ad eccezione di quelle per i reati tentati o consumati di cui agli artt. 628, co. 3, c.p. (rapina aggravata) e 629, co. 2, c.p. (estorsione aggravata);
- in caso di concorso di reati ostativi e non ostativi, ovvero di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione in esame è disposta dopo che sia stata espiata la frazione di pena comminata per i reati che non la consentono. In tal modo è possibile scindere il cumulo di pene inflitte per reati concorrenti, nel caso siano in esecuzione sentenze irrogate per reati ostativi alla misura e reati non ostativi; questa novità è stata introdotta con la L. 10/2014 e risolve l'orientamento giurisprudenziale contrastante formatosi durante le previgenti normative.
- Insussistenza dei divieti di espulsione di cui all'art. 19, T.U.I.

La novella del 2014 ha introdotto importanti novità volte all'identificazione dello straniero da espellere durante la detenzione, nell'ottica di superare le difficoltà relati-

ve all'applicazione dell'istituto in esame connesse alla mancata compiuta identificazione, condizione necessaria per poter dare esecuzione all'espulsione. Si prevede, infatti, al co. 5 bis della norma in esame che la direzione del carcere, all'atto dell'ingresso in istituto di un cittadino straniero, richieda al questore del luogo in cui ha sede il carcere, le informazioni sull'identità e nazionalità dello stesso. Il questore deve avviare le procedure di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche e, all'uopo, il Ministero della giustizia e quello dell'interno adottano i necessari strumenti di coordinamento. Soltanto una reale ed efficiente sinergia tra i due dicasteri consente di dare piena attuazione all'istituto che si può ottenere solo con la piena collaborazione delle autorità diplomatiche dei Paesi di appartenenza dei detenuti stranieri.

Ai sensi del comma 5 ter le informazioni sulla identità e nazionalità del detenuto straniero raccolte dal questore sono inserite nella cartella personale dello stesso prevista dall'art. 26, D.P.R. 30.6.2000, n. 230 (regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà). Questa previsione, se effettivamente attuata, può avere importanti risvolti a prescindere dall'applicazione dell'espulsione a titolo di misura alternativa, potendo rivelarsi di grande utilità anche per le altre tipologie espulsive. Infatti, una delle più frequenti cause ostative alla immediata esecuzione delle espulsioni (anche amministrative) è determinata proprio dalla mancata identificazione dell'espellendo, tant'è che costituisce la più frequente causa dei trattenimenti nei C.I.E. Orbene, è evidente che se l'identificazione dello straniero espellendo avviene durante la detenzione, ed i relativi dati si custodiscono nella sua cartella personale, non vi sarà più motivo di procedere al trattenimento nel C.I.E. all'atto della sua scarcerazione, con conseguente diminuzione dei casi di trattenimento. Pertanto l'obbligo di cooperazione tra direzione dell'istituto penitenziario e questura ha portata generale, a prescindere dall'applicazione della misura in esame.

Salvo che la questura comunichi l'impossibilità di addivenire alla piena identificazione del detenuto straniero, i risultati di questa sono immediatamente trasmessi dalla direzione dell'istituto di pena al magistrato di sorveglianza per l'adozione dell'espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione.

In presenza di tutti questi presupposti, il magistrato di sorveglianza dispone l'espulsione del condannato con decreto motivato, senza formalità (quindi senza udienza né contraddittorio).

Il decreto che dispone l'espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione è comunicato al condannato che, entro il termine perentorio di 10 gg. , può proporre

opposizione motivata (pena l'inammissibilità) al tribunale di sorveglianza, trattandosi di un'impugnazione a tutti gli effetti. Non v'è ragione per escludere che debba trovare applicazione, anche per questa tipologia espulsiva, l'obbligo generale di traduzione del decreto espulsivo in lingua conosciuta dallo straniero previsto dall'art. 13, co. 7, T.U. e ciò a maggior ragione se si considera il breve termine per proporre opposizione da parte dello straniero condannato.

In caso di opposizione, il tribunale di sorveglianza decide a seguito di procedimento camerale nel termine ordinatorio di 20 gg.

Nelle more del termine per proporre opposizione e fino alla decisione del tribunale di sorveglianza l'esecuzione del decreto di espulsione è sospesa, lo stato di detenzione permane fino a quando non sono stati acquisiti i documenti per il viaggio, cioè finché l'espulsione non è concretamente eseguibile dal questore con le modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4, lett. f), T.U.).

Se, alla scadenza del termine di 10 anni dall'esecuzione dell'espulsione, lo straniero non rientra illegalmente nel territorio dello Stato, la pena per cui vi era stata condanna è estinta; viceversa lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena residua, dedotto il presofferto.

L'istituto ha un'evidente finalità deflativa della popolazione carceraria ed è definito come una sospensione condizionata della pena, nel senso che l'esecuzione della pena è sospesa a condizione che il condannato straniero non rientri in Italia prima dei 10 anni successivi all'esecuzione della misura. Il procedimento applicativo è giurisdizionale ma semplificato: infatti, il contraddittorio è meramente eventuale e si instaura solo a seguito di opposizione. A proposito di questo istituto furono sollevate questioni di legittimità costituzionale, essenzialmente per asserito contrasto con l'art. 27 Cost., non avendo l'espulsione alcuna finalità rieducativa. La Corte costituzionale, con ordinanza 226/2004, dichiarò la manifesta infondatezza delle questioni muovendo dagli stessi presupposti dell'ordinanza 369/1999 in tema di espulsione a titolo di misura sostitutiva: trattandosi di misura avente natura amministrativa, l'espulsione non ha natura di pena e, pertanto, non è valutabile rispetto ai parametri che l'art. 27 Cost. riserva alla pena.

L'espulsione in esame è disposta dal magistrato di sorveglianza obbligatoriamente in presenza dei requisiti previsti dall'art. 16, co. 5, 5 bis e ter T.U.I., tuttavia, nulla vieta che il condannato solleciti lui stesso – tramite il suo difensore – l'applicazione della misura al magistrato di sorveglianza, segnalando di essere nelle condizioni per poterne beneficiare e producendo il passaporto in corso di validità e quanto altro utile ai

fini della sua identificazione. Talvolta la misura può essere appetibile per lo stesso straniero che, a fine pena, non abbia alternative all'espulsione amministrativa, in quanto gli consente di evitare di scontare tutta la pena e di scongiurare il rischio di essere poi trattenuto presso un C.I.E, dopo la scarcerazione.