

IL RIMPATRIO DELLO STRANIERO TRA GARANZIE PROCEDURALI E AUTOMATISMO ESPULSIVO

Cecilia Corsi

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico

SOMMARIO: Premessa. 1. La travagliata evoluzione della disciplina dell'espulsione dello straniero. 2. La direttiva «rimpatri» e la sentenza *El Didri*. 3. I presupposti per il rimpatrio dello straniero tra tassatività delle fattispecie e spazi di discrezionalità. 3.1. *Segue*: i limiti al rimpatrio dello straniero. 4. Ancora insufficienti le garanzie nei procedimenti espulsivi. 5. Aspettando un intervento organico del legislatore.

Premessa

Se la maggior parte dei diritti sanciti dalla nostra carta costituzionale tutelano ogni individuo, alcuni diritti fondamentali sono garantiti tuttora al solo cittadino: tra questi la libertà di ingresso e permanenza nel territorio dello Stato. Né nella normativa internazionale¹ né in quella costituzionale vi è, in via generale, garanzia per lo straniero di entrare e permanere nel territorio di uno Stato di cui non è cittadino. Anche la Corte costituzionale² ha ribadito in molte sentenze che è compito ineludibile dello Stato presidiare le proprie frontiere e far rispettare le regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza; ha poi sottolineato che la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno dello straniero è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli. Nella sentenza 8 luglio 2010, n. 250 ha soggiunto che l'assunzione ad oggetto di tutela penale del controllo e della gestione dei flussi migratori non può considerarsi irrazionale ed arbitraria, in quanto si tratta di beni che risultano offendibili dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero.

¹ Vedi da ultimo C. Campiglio, *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, in *Il diritto dell'immigrazione*, a cura di Gasparini Casari, Modena, Mucchi Editore, 2010, pp. 23 ss. e S. Quadri, *Le migrazioni internazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 67 ss.

² Sentt. 26 giugno 1969, n. 104; 23 luglio 1974, n. 244; ord. 10 dicembre 1987, n. 503; sentt. 24 febbraio 1994, n. 62; 21 novembre 1997 n. 353; 26 maggio 2006, n. 206; ord. 31 ottobre 2007, n. 361; sentt. 16 maggio 2008, n. 148; 8 luglio 2010, n. 250.

Solo in considerazione della tutela di alcuni diritti fondamentali (diritto di asilo, riconoscimento dei diritti della famiglia, diritto alla difesa, diritto alla salute, divieto di *refoulement*) e del rispetto del principio di eguaglianza/ragionevolezza possono essere individuati in Costituzione dei limiti alla discrezionalità del legislatore, ma la disciplina concernente la permanenza e l'allontanamento dello straniero resta in massima parte rimessa al legislatore ordinario in conformità alla normativa dell'Unione europea, anche se occorre tener presente che le relative procedure devono svolgersi nel rispetto dei diritti costituzionali ed in particolare, se si viene ad incidere sulla libertà personale del soggetto, occorre che siano assicurate le garanzie dell'art. 13 Cost.³.

1. La travagliata evoluzione della disciplina dell'espulsione dello straniero

La regolamentazione dei presupposti e delle procedure per l'espulsione ha rappresentato una delle questioni più dibattute nell'ambito della normativa sullo straniero: profili giuridici assai delicati si sono intrecciati con fini politici, più attenti a sbandierare politiche securitarie che a dar vita ad una disciplina coerente e rispettosa delle garanzie costituzionali.

Volendo offrire un quadro, sia pur molto sintetico ed essenziale, della evoluzione della disciplina dell'allontanamento dello straniero⁴, ricordo che la l. n. 40 del '98⁵ prevedeva tre tipi di espulsione: una misura di sicurezza ordinata dal giudice nella sentenza di condanna per determinati delitti, una sempre ordinata dal giudice a titolo, però, di sanzione sostitutiva della detenzione ed infine una amministrativa ordinata dall'autorità di pubblica sicurezza (in casi eccezionali dal ministro dell'interno, più comunemente dal prefetto) nei casi in cui lo straniero non fosse in regola con la normativa sull'ingresso e soggiorno o fosse pericoloso per la sicurezza pubblica. Il legislatore del '98 aveva opportunamente eliminato sovrapposizioni tra la possibilità per il giudice di infliggere la misura di sicurezza dell'espulsione e l'obbligo del prefetto di ordinare l'espulsione in seguito alla condanna per determinati reati⁶, riconducendo le ipotesi di espulsione a seguito di condanna nell'ambito della misura di sicurezza. Il campo dell'espulsione giurisdizionale corrispondeva, pertanto, ad una valutazione di pericolosità *post delictum*, mentre l'ambito della espulsione amministrativa era soprattutto quello della pericolosità *ante o praeter delictum*.

³ Vedi Corte cost. sentt. 24 febbraio 1994, n. 62; 10 aprile 2001, n. 105; 15 luglio 2004, 222.

⁴ Nell'ambito di questo lavoro mi limiterò a trattare la questione dell'espulsione senza toccare altre forme di allontanamento dello straniero, come il respingimento che presenta specifiche problematiche. Ricordo solo che l'accertamento dei presupposti per il respingimento differito può lasciare all'amministrazione margini ampi di valutazione rispetto al configurarsi di fattispecie espulsive.

⁵ Per una disamina puntuale della legge n. 40 del 1998, mi permetto di rinviare a C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, pp. 187 ss.

⁶ L'art. 7, primo comma della l. Martelli (d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 convertito, con modificazioni, nella l. 28 febbraio 1990, n. 39) prevedeva che il prefetto dovesse ordinare l'espulsione dello straniero che avesse riportato condanna con sentenza passata in giudicato per determinati delitti.

L'espulsione amministrativa era disposta con decreto motivato contenente l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro 15 giorni. In determinate ipotesi si prevedeva che l'espulsione fosse eseguita con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. La legge del 1998 non disciplinava però un intervento dell'autorità giudiziaria a convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, nonostante si trattasse di misura coercitiva e quindi incidente sulla libertà personale.

Il legislatore del '98 introdusse, poi, un istituto che per il nostro paese rappresentava una novità: la possibilità, nei casi in cui l'espulsione fosse stata disposta con accompagnamento alla frontiera ma non si potesse procedere con immediatezza all'allontanamento dello straniero, di ordinare il trattenimento dello stesso presso un centro di permanenza temporanea ed assistenza. Datone il carattere restrittivo della libertà personale, il legislatore, in questo caso, ne disciplinava la convalida da parte dell'autorità giudiziaria, convalida che comportava la permanenza nel centro per un periodo di complessivi venti giorni, ma su richiesta del questore, il magistrato poteva prorogare il termine sino ad un massimo di ulteriori dieci giorni, qualora fosse imminente l'eliminazione dell'impedimento al rimpatrio.

Il problema, invece, della mancata previsione della convalida dell'ordine di accompagnamento coattivo alla frontiera fu affrontato ben quattro anni più tardi anche a seguito della sentenza n. 105 del 2001 della Corte costituzionale che (sebbene non vertesse sul punto in questione) esplicitava che «l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'articolo 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione». Nella primavera del 2002 il legislatore⁷ decise, anche per evitare future dichiarazioni di illegittimità costituzionale, di intervenire sulla disciplina dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera disponendone la convalida da parte dell'autorità giudiziaria, ma con un procedimento *inaudita altera parte* e senza prevedere la sospensione dell'esecutività del provvedimento espulsivo in attesa dell'esito del procedimento di convalida.

A pochi mesi da questo intervento legislativo, il Parlamento giunse poi ad approvare la tanto discussa l. 30 luglio 2002, n. 189 c.d. Bossi-Fini con la quale si volle modificare il quadro normativo allora vigente, soprattutto sul tema della c.d. «polizia degli stranieri» ed *in primis* dell'espulsione.

⁷ D.l. 4 aprile 2002 n. 51 convertito con l. 7 giugno 2002, n. 106.

Se qualche modifica fu apportata anche in merito all'espulsione giudiziale⁸, le modifiche più incisive furono, però, approvate con riguardo all'espulsione amministrativa. Fu stabilito che l'espulsione fosse disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato. L'espulsione doveva sempre essere eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica; solo nei confronti dello straniero che si era trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno era scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne era stato chiesto il rinnovo, l'espulsione conteneva l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Il questore disponeva, comunque, l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevasse il concreto pericolo che quest'ultimo si sottraesse all'esecuzione del provvedimento.

La riforma del 2002 rese l'accompagnamento alla frontiera la modalità "normale" di esecuzione del provvedimento espulsivo, suscitando non pochi dubbi di costituzionalità in ordine al rispetto del terzo comma dell'art. 13 Cost. che vorrebbe, invece, l'intervento *ex ante* dell'autorità di pubblica sicurezza solo in casi eccezionali di necessità ed urgenza⁹; inoltre la generalizzazione dell'accompagnamento coattivo veniva ad aggravare il problema, già segnalato, della mancata sospensione dell'efficacia del provvedimento espulsivo in attesa della convalida da parte dell'autorità giudiziaria.

La riforma venne poi ad allungare i termini del trattenimento nei centri di permanenza temporanea ed assistenza fino ad un massimo di sessanta giorni ed aggiungeva che nell'ipotesi in cui non fosse stato possibile trattenere lo straniero presso uno di questi centri, ovvero fossero trascorsi i termini di permanenza senza aver eseguito l'espulsione o il respingimento, il questore ordinava allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. Queste ulteriori disposizioni aggiunte all'art. 14 del t.u. (comma 5-*bis*) dimostravano, innanzitutto, l'impossibilità di generalizzare l'immediata esecutività dei provvedimenti espulsivi, ripristinando implicitamente il meccanismo dell'efficacia differita nel caso di impossibilità di trattenere lo straniero presso un centro e presentavano, poi, non pochi elementi di incoerenza, rispetto alla norma che ne proclamava proprio l'immediata esecutività.

⁸ In ordine all'espulsione ordinata dal giudice, oltre a qualche modifica relativa all'espulsione quale misura di sicurezza e quale sanzione sostitutiva della detenzione, fu introdotta l'espulsione alternativa alla detenzione, vedi C. Corsi, *Le nuove disposizioni al testo unico sull'immigrazione: tra inasprimento della disciplina e norme «bandiera»*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2002, pp. 3071 ss.

⁹ P. Bonetti, *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 2, pp. 19 ss.

Se la legge Napolitano-Turco non aveva previsto sanzioni penali in caso di mancato rispetto del provvedimento di allontanamento¹⁰, la novella del 2002 venne a stabilire che lo straniero che senza giustificato motivo si tratteneva nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore di cui all'art. 14, comma 5-*bis* t.u., era punito con l'arresto da sei mesi ad un anno. In tale caso si procedeva a una nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Lo straniero così espulso che veniva nuovamente trovato, in violazione delle norme del testo unico, nel territorio dello Stato era punito con la reclusione da uno a quattro anni¹¹. Per i reati suddetti (sia per la contravvenzione che per il delitto) era obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto e si procedeva con rito direttissimo, ed al fine di assicurare l'esecuzione dell'espulsione il questore poteva disporre il provvedimento di trattenimento presso un centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino.

Si vennero, così, a creare nuove fattispecie criminose date dal trattenersi (senza giustificato motivo¹²) nel territorio italiano dopo un provvedimento espulsivo (*in primis* una contravvenzione e in caso di recidiva un delitto), convogliando nel circuito penale e carcerario moltissimi stranieri anche a seguito di carenze del nostro sistema, ad esempio mancanza di uomini e mezzi per eseguire l'accompagnamento alla frontiera o mancanza di centri di permanenza dove trattenere lo straniero in attesa di poterlo effettivamente allontanare dal territorio dello Stato. Infine anche la severità della pena in caso di recidiva (la reclusione da uno a quattro anni) suscitava dubbi sull'utilizzo della discrezionalità legislativa nel commisurare la gravità della pena al reato. Si dette, così, avvio alla scelta di “puntare” sul diritto penale non solo allo scopo di combattere il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ma anche per sanzionare direttamente lo straniero la cui presenza

¹⁰ Aveva invece previsto il reato di reingresso (contravvenzione punita con l'arresto da due a sei mesi); pena che fu inasprita con la riforma del 2002 che prevede l'arresto da sei mesi a un anno, salvo il caso di espulsione disposta dal giudice che era punita con la reclusione da uno a quattro anni. La stessa pena si applicava allo straniero che già denunciato per il reato di reingresso fosse rientrato nuovamente nel territorio nazionale.

¹¹ Sulle questioni interpretative relative alla fattispecie di cui all'art. 14, comma 5-*quater* e al suo rapporto con il reato di reingresso, vedi A. Caputo, *I reati in materia di immigrazione*, in *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, a cura di A. Caputo e G. Fidelbo, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 184 ss.

¹² Sull'interpretazione della formula «senza giustificato motivo», va ricordata la sentenza 13 gennaio 2004, n. 5 nella quale la Corte costituzionale rilevava che essa ha «riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa». In particolare i motivi che a mente dell'art. 14, t.u. legittimano la pubblica amministrazione a non procedere all'accompagnamento coattivo – necessità di soccorso, difficoltà di ottenimento dei documenti di viaggio, indisponibilità di vettore – non possono non costituire sicuri indici di riconoscimento di situazioni nelle quali può ravvisarsi la sussistenza di «giustificati motivi» per non ottemperare all'ordine del questore. «E ciò in specie (*ad impossibilia nemo tenetur*) quando l'inadempienza dipenda dalla condizione di assoluta impossidenza dello straniero, che non gli consenta di recarsi nel termine alla frontiera (in particolare aerea o marittima) e di acquistare il biglietto di viaggio; ovvero dipenda dal mancato rilascio, da parte della competente autorità diplomatica o consolare, dei documenti necessari, pure sollecitamente e diligentemente richiesti». Pertanto, come rilevava la Corte stessa, non può negarsi che detta formula abbia ridotto notevolmente l'ambito applicativo della norma incriminatrice.

nel territorio nazionale fosse irregolare¹³, con un “asservimento” del diritto penale all’attività amministrativa preordinata all’allontanamento dello straniero¹⁴.

A seguito della generalizzazione della immediata esecutività dei provvedimenti espulsivi, la novella del 2002 modificò conseguentemente anche le modalità di tutela giurisdizionale¹⁵, prevedendo che avverso il decreto di espulsione potesse essere presentato unicamente ricorso al tribunale in composizione monocratica del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione nel termine di sessanta giorni dalla data del provvedimento. Ovviamente, la stragrande maggioranza dei ricorsi poteva essere presentata solo dall'estero.

La questione dell'effettività della tutela giurisdizionale si poneva in tutta la sua gravità: sia l'esito della convalida dell'accompagnamento alla frontiera che del ricorso contro il decreto di espulsione arrivavano quando ormai il soggetto aveva abbandonato il territorio italiano rendendo del tutto vana la difesa dei propri diritti¹⁶.

Con due sentenze del 2004, la Corte costituzionale intervenne su alcune palesi illegittimità della normativa allora vigente: con la sentenza n. 222 dichiarò che contrastava con l'art. 13, terzo comma cost. consentire che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera fosse eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria e che il procedimento di convalida non rispettava il diritto di difesa dello straniero ad essere ascoltato dal giudice con l'assistenza di un difensore; con la sentenza n. 223 dichiarò l'illegittimità dell'arresto obbligatorio nei confronti dello straniero inottemperante all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale, trattandosi di reato meramente contravvenzionale¹⁷.

¹³ F. Viganò, L. Maserà, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e direttiva rimpatri UE. Scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1711.

¹⁴ A. Caputo, *Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2003, n. 1, p. 126.

¹⁵ La normativa previgente prevedeva che avverso il decreto di espulsione poteva essere presentato unicamente ricorso al tribunale in composizione monocratica entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto o del provvedimento. Il ricorso era presentato al giudice del luogo in cui aveva sede l'autorità che aveva disposto l'espulsione. Il giudice accoglieva o rigettava il ricorso decidendo con un unico provvedimento adottato, in ogni caso entro dieci giorni dalla data di deposito del ricorso, sentito l'interessato, nei modi di cui agli artt. 737 e seguenti c.p.c. Questa procedura con tempi così ristretti era passata anche al vaglio della Corte costituzionale, che con sent. 31 maggio 2000, n. 161 dichiarò non fondate le questioni di legittimità sollevate; cfr. anche sentt. 16 giugno 2000, n. 198 e 22 giugno 2000, n. 227. Il termine era di trenta giorni qualora l'espulsione fosse eseguita con accompagnamento immediato e ovviamente il ricorso poteva essere presentato solo *ex post* dall'estero. Nei casi, invece, di espulsione con accompagnamento immediato allorché fosse disposta la misura del trattenimento in un centro di permanenza provvedeva il giudice competente per la convalida di tale misura.

Invariate sono rimaste le modalità di tutela contro il decreto emanato dal ministro dell'interno, nei confronti del quale è ammesso ricorso al t.a.r. del Lazio, sede di Roma.

¹⁶ Ovviamente la questione della tutela giurisdizionale contro i provvedimenti espulsivi immediatamente esecutivi si poneva negli stessi termini anche sotto il vigore della legge Napolitano-Turco, ma essendo stato generalizzato l'accompagnamento coattivo il problema era divenuto ancora più dirompente. Cfr. A. Casadonte, *Due vicende emblematiche da cui trarre preziosi suggerimenti sull'effettività del controllo giurisdizionale nei casi di espulsione immediatamente esecutiva*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 2, pp. 69 ss.

¹⁷ Come si legge nella motivazione della sentenza: le misure cautelari di custodia preventiva possono infatti essere applicate solo quando si procede per un delitto, per cui nel caso di specie il giudice chiamato a pronunciarsi sulla

A seguito di queste sentenze urgeva un intervento del legislatore, che avvenne con d.l. 14 settembre 2004 convertito in l. 12 dicembre 2004, n. 271, attraverso il quale si consumò, in realtà, uno degli interventi legislativi più “duri” nei confronti degli stranieri. Se finalmente fu prevista la sospensione dell’esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale fino alla decisione sulla convalida e fu riscritto il procedimento di quest’ultima, dall’altro si comminava (art. 14, comma 5-ter) la reclusione da uno a quattro anni per lo straniero che senza giustificato motivo si tratteneva nel territorio dello Stato in violazione dell’ordine impartito dal questore di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni (salvo che l’espulsione fosse stata disposta perché il permesso di soggiorno era scaduto da più di sessanta giorni e non ne era stato richiesto il rinnovo, nel qual caso si comminava l’arresto da sei mesi ad un anno). Lo straniero già espulso ai sensi del comma 5-ter, primo periodo, che veniva trovato, in violazione delle norme del testo unico, nel territorio dello Stato era punito con la reclusione da uno a cinque anni.

In sostanziale dispregio della sentenza della Corte, veniva rafforzato oltre misura l’apparato sanzionatorio per mancato rispetto della misura espulsiva al fine anche di consentire l’applicazione della detenzione cautelare agli immigrati inottemperanti all’ordine di allontanamento; e come rilevato si trattava «di incriminazioni che punendo la *mancata cooperazione* dello straniero alla procedura amministrativa di espulsione, configura[va]no in definitiva un *intervento incidentale* del diritto e del processo penale quale strumento di *enforcement* della procedura amministrativa medesima». In sostanza si pretendeva la collaborazione degli stranieri irregolari all’esecuzione del rimpatrio, minacciando loro il carcere in caso di inottemperanza¹⁸.

Con il decreto legge del 2004 furono poi ulteriormente inasprite le pene per il reato di reingresso nel territorio dello Stato, (prevedendo in ogni caso la reclusione da uno a quattro anni e da uno a cinque nel caso di recidiva)¹⁹ ed in una chiara ottica di indebolimento delle garanzie nei confronti degli stranieri fu devoluto alla competenza del giudice di pace il contenzioso relativo all’allontanamento degli stranieri²⁰.

convalida dell’arresto, doveva comunque disporre l’immediata liberazione dell’imputato. Conseguentemente l’arresto obbligatorio era privo di qualsiasi sbocco processuale non potendosi trasformare in custodia cautelare in carcere, né in qualsiasi altra misura coercitiva. Ove non sia dato riscontrare alcun rapporto di strumentalità tra il provvedimento provvisorio di privazione della libertà personale ed il procedimento penale avente ad oggetto il reato per cui è disposto l’arresto obbligatorio in flagranza, viene meno la giustificazione costituzionale della restrizione della libertà disposta dall’autorità di polizia.

¹⁸ Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 3, p. 29.

¹⁹ Vedi nota n. 10 sulla disciplina dei reati di reingresso nella legge Napolitano-Turco e nella Bossi-Fini.

²⁰ A. Caputo, L. Pepino, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull’immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 3, pp. 13 ss. La Corte costituzionale con ord. 17 marzo 2006, n. 109 respinse, però, le questioni sollevate dal giudice *a quo* affermando che sebbene il provvedimento di accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica, «inerisca alla materia regolata dall’art. 13 Cost., “in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione...” costituisce pur sempre una modalità esecutiva, adottata dall’autorità di pubblica sicurezza,

Forti perplessità suscitava l'utilizzo dello strumento penale come mezzo di controllo dei flussi migratori e non vi era dubbio che il quadro normativo emergente da questa stratificazione di interventi normativi presentasse plurimi profili di contrasto con le garanzie fondamentali stabilite dalla nostra Costituzione e come asseverato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza 2 febbraio 2007, n. 22 il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni succedutesi negli ultimi anni presentava squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa. La Corte proseguiva però rilevando che, nel caso in esame, un suo eventuale intervento di riequilibrio non avrebbe potuto in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore, ma che la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate²¹.

In realtà i successivi interventi del legislatore andranno in senso inverso a quello auspicato e fra le misure adottate nell'ambito del c.d. pacchetto sicurezza²² oltre ad un ulteriore inasprimento delle sanzioni per mancato rispetto dell'ordine di allontanamento²³, spicca l'introduzione di una nuova fattispecie di reato: l'ingresso e soggiorno illegali nel territorio dello Stato (art. 10-*bis* del t.u.

dell'espulsione amministrativa e non può, dunque, per natura e funzione, essere assimilata alle misure pre-cautelari e cautelari penali che, in base alle citate lettere *b*) e *c*) dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 274 del 2000, restano escluse dalla competenza del giudice di pace in materia penale».

²¹ Non si può non rilevare una certa (eccessiva?) cautela da parte della Corte nell'esercitare un controllo sulla discrezionalità legislativa rispetto alla tendenza ad una progressiva delega alla giustizia penale di compiti di controllo dei flussi migratori; cfr. F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione*, cit., p. 14 e pp. 29 ss. che sottolinea i problemi di congruità della scelta del legislatore con i principi costituzionali in materia penale e gli interrogativi sulla stessa effettività dello strumento penale rispetto agli scopi che il legislatore persegue. Cfr. D. Brunelli, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 181 ss.

²² Ricordo che il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125 «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica» aggiunse all'articolo 61 del codice penale una nuova aggravante: «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale». I dubbi di costituzionalità furono subito messi in evidenza, tanto da far parlare di «diritto penale di autore» e la norma, sottoposta, poi, al vaglio della Corte costituzionale, fu dichiarata incostituzionale con sentenza 8 luglio 2010, n. 249.

²³ Fu elevata a delitto l'ipotesi di reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, secondo periodo che in precedenza configurava una mera contravvenzione, e punita con la reclusione da sei mesi ad un anno; si riformulò poi il delitto di cui al comma 5-*quater*, sì da eliminare ogni dubbio sulla sua applicabilità allo straniero già condannato per il reato di cui comma precedente.

Con sentenza 17 dicembre 2010, n. 359 la Corte dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 5-*quater* nella parte in cui non disponeva che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-*ter*, fosse punita nel solo caso che avesse luogo «senza giustificato motivo». Era «manifestamente irragionevole che una situazione ritenuta dalla legge idonea ad escludere la punibilità dell'omissione, in occasione del primo inadempimento, perda validità se permane nel tempo, senza responsabilità del soggetto destinatario dell'ordine di allontanamento, o che il verificarsi di una nuova situazione ostativa, in sé e per sé idonea ad integrare l'ipotesi di un «giustificato motivo», sol perché intervenuta in un secondo momento, non abbia rilevanza ai fini del suo riconoscimento come elemento negativo del fatto di reato».

introdotto con l. 15 luglio 2009, n. 94). Si tratta di una contravvenzione punita con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro che si applica nei confronti dello straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle normative sull'ingresso e soggiorno. La competenza è del giudice penale di pace che opera con una procedura caratterizzata da notevole speditezza e con l'approntamento di una serie di disposizioni che hanno, in sostanza, la funzione di pervenire all'espulsione dell'imputato: la legge prevede, infatti, che il giudice di pace nel pronunciare sentenza di condanna per il suddetto reato possa sostituire la medesima pena con l'espulsione²⁴. Come è stato rilevato, si tratta di una ulteriore versione di un provvedimento espulsivo, questa volta disposto da un giudice onorario che opera in parallelo alla espulsione amministrativa ordinata dal prefetto.

Ricordo infine che sempre la legge n. 94 del 2009 allungava ulteriormente i termini massimi²⁵ per il trattenimento dello straniero in un «centro di identificazione e espulsione»²⁶.

2. La direttiva «rimpatri» e la sentenza El Didri

Se è con il trattato di Maastricht che l'Unione europea acquisisce competenze in materia di immigrazione, sarà con il trattato di Amsterdam che si realizza la c.d. comunitarizzazione delle politiche su visti, immigrazione e asilo; a seguito, infine, del trattato di Lisbona la competenza in tale materia viene tutta collocata nell'ambito del TFUE, consentendo all'Unione di sviluppare una

²⁴ La norma è stata oggetto di ricorso alla Corte, che con sentenza 8 luglio 2010, n. 250 ha respinto la questione di costituzionalità affermando, in estrema sintesi, che la penalizzazione di una condotta è scelta del legislatore non sindacabile da parte della Corte (salvo si tratti di scelta manifestamente illegittima o arbitraria) e che nel caso di specie è evidente che il bene giuridico protetto è l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori e che la fattispecie non penalizza una mera condizione personale o sociale, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti e che la Corte non è legittimata a sindacare la norma sotto il profilo del rapporto costi/benefici o dell'efficacia. Ha poi ribadito che la mancata previsione del «giustificato motivo» non solo non esclude l'applicazione delle esimenti generali, ma con particolare riferimento alla figura dell'illecito trattenimento resta operante il basilare principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie. La Corte sottolinea, tuttavia, che residua pur sempre una diversità di regime rispetto all'ipotesi criminosa di cui all'art. 14, comma 5-ter, connessa alla rilevata maggiore ampiezza delle situazioni riconducibili al paradigma del «giustificato motivo» rispetto alle cause generali di non punibilità applicabili alla fattispecie dell'art. 10 bis, t.u. Per una critica a questo passaggio della sentenza, vedi L. Maserà, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Dir. imm. citt.* 2010, n. 3, pp. 54 ss.

Vedi *infra* in merito alla sentenza della Corte di giustizia adottata su rinvio pregiudiziale e avente ad oggetto l'art. 10 bis, t.u.

²⁵ Trascorso il termine già previsto dalla normativa [sessanta giorni], «in caso di mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice di pace la proroga del trattenimento per un periodo ulteriore di sessanta giorni. Qualora non sia possibile procedere all'espulsione in quanto, nonostante che sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, persistono le condizioni di cui al periodo precedente, il questore può chiedere al giudice un'ulteriore proroga di sessanta giorni. Il periodo massimo complessivo di trattenimento non può essere superiore a centottanta giorni. Il questore, in ogni caso, può eseguire l'espulsione e il respingimento anche prima della scadenza del termine prorogato, dandone comunicazione senza ritardo al giudice di pace».

²⁶ Ricordo che con d.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125 «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica» il nome di questi centri è stato mutato da «centri di permanenza temporanea ed assistenza» in «centri di identificazione ed espulsione» per sottolinearne, nella denominazione stessa, la loro unica strumentalità all'allontanamento dello straniero.

politica comune. E un tassello importante della politica migratoria europea è costituito dalle azioni di contrasto dell'immigrazione irregolare e proprio in tale ambito è stata approvata la direttiva 16 dicembre 2008, n. 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi in posizione irregolare²⁷ che ha tra i suoi punti maggiormente qualificanti quello di prevedere una pluralità di modalità per eseguire l'allontanamento, che vanno dalla partenza volontaria all'accompagnamento coattivo²⁸. L'approvazione della direttiva richiedeva ovviamente una revisione della normativa italiana in tema di rimpatrio dello straniero, ma alla data ultima per il recepimento non era stato adottato alcun atto di adeguamento, pur presentando la normativa vigente, molti punti di contrasto con le previsioni della direttiva²⁹.

Tra questi vi era la disposizione³⁰ che puniva con la reclusione da uno a quattro anni lo straniero che senza giustificato motivo permaneva illegalmente nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore (vedi *supra*), la quale fu oggetto di rinvio pregiudiziale³¹ alla Corte di giustizia. Con sentenza 28 aprile 2011, causa C-611/11 la CGUE ha disposto che «la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo».

La Corte dopo aver ricordato gli snodi fondamentali della direttiva (priorità all'esecuzione volontaria dell'obbligo di rimpatrio, gradualità delle misure da prendere per dare esecuzione alla

²⁷ F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 110 ss.; M. Borraccetti, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 1, pp. 17 ss. L'iter di approvazione di questa direttiva è stato molto complesso ed anche il giudizio sull'esito assai controverso; per certi aspetti può sembrare quasi paradossale che, da noi, sia sovente invocata a difesa dei diritti fondamentali degli immigrati irregolari, cfr. A. Liguori, *La direttiva rimpatri*, in *Rassegna diritto pubblico europeo*, 2011, n. 2, pp. 135 ss.

²⁸ C. Favilli, *Immigrazione (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. del dir. Annali V*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 690 ss.

²⁹ F. Viganò, L. Masera, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 560 ss.; C. Gabrielli, *La mancata attuazione della direttiva rimpatri 2008/115/ CE ed il "governo dei giudici" in attesa dell'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia*, in *Gli stranieri*, 2011, n. 1, pp. 33 ss.; C. Favilli, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 706 ss. che ripercorre tutte le questioni e le incertezze interpretative che si sono poste al momento della scadenza del termine di recepimento della direttiva.

³⁰ Art. 14, comma 5-ter.

³¹ Corte di appello di Trento, ord. 2 febbraio 2011 adottata nell'ambito di un procedimento penale a carico di uno straniero già condannato in primo grado alla pena di un anno di reclusione per il reato di permanenza irregolare sul territorio italiano senza giustificato motivo, in violazione di un ordine di allontanamento emesso dal questore di Udine.

decisione di rimpatrio, necessità che eventuali misure coercitive siano proporzionate e rispettose dei diritti fondamentali, necessità che eventuali privazioni della libertà personale abbiano una durata quanto più breve possibile), è venuta a ribadire che gli Stati membri non possono applicare una disciplina, sia pur di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e che la disposizione in esame rischiava anche di compromettere l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento³². In particolare la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana divergeva da quella prevista dalla direttiva, in quanto: non prevedeva la concessione di un termine per la partenza volontaria; prevedeva invece l'immediata esecutività del provvedimento espulsivo; prevedeva poi l'applicazione di sanzioni che non sono compatibili con gli art. 15 e 16 della direttiva i quali non consentono la configurazione di una sanzione penale detentiva in conseguenza di una mera condotta di mancata cooperazione dello straniero alla procedura di rimpatrio³³.

Era chiaro che un intervento del legislatore fosse a questo punto indispensabile³⁴ e con d.l. 23 giugno 2011, n. 89 convertito con modifiche con l. 2 agosto 2011, n. 129 sono state adottate «disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari». Il decreto legge è venuto a novellare alcuni articoli del testo unico in tema di allontanamento dello straniero, ma come vedremo è ben lungi dall'aver risolto le tante questioni di conformità della nostra legislazione sia al testo costituzionale, sia alla normativa europea.

3. I presupposti per il rimpatrio dello straniero tra tassatività delle fattispecie e spazi di discrezionalità

³² La Corte ha considerato l'intervento del diritto penale come un indebito ostacolo al conseguimento degli obiettivi della direttiva, perché anche nell'esercizio delle proprie competenze esclusive (come la materia penale) gli Stati membri devono aver cura di non violare gli obblighi che derivano dal diritto dell'UE. E la finalità dell'allontanamento dello straniero regolarmente soggiornante prevale su quella della punizione per l'omessa ottemperanza dell'ordine di allontanamento, vedi C. Favilli, *L'attuazione*, cit., p. 712. Cfr. anche sentenza 6 dicembre 2011, *Achughbabian* causa C-329/11.

³³ F. Viganò, L. Masera, *Addio art. 14*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2011, www.penalecontemporaneo.it, rilevano anche che «la corte ha inteso evitare di enfatizzare il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali, *in primis* della libertà personale dello straniero irregolare preferendo censurare il nostro paese per la sua inefficienza nel conseguimento dell'obiettivo imposto dalla direttiva di allontanarlo dal territorio nazionale». Non mancano comunque nella sentenza riferimenti al rispetto dei diritti fondamentali dello straniero e la sottolineatura che il trattenimento è la misura più restrittiva della libertà che la direttiva consente nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo. Vedi anche D. Vitiello, *Sui profili di contrasto tra la direttiva rimpatri e la procedura italiana di espulsione dei migranti irregolari. Considerazioni sul caso El Didri*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 2011, n. 14.

³⁴ Cfr. B. Nascimbene, *La «direttiva rimpatri» e le conseguenze della sentenza della Corte di giustizia (El Didri) nel nostro ordinamento*, in *Gli Stranieri*, 2011, n. 1, pp. 7 ss.

Come è evidente la disciplina attualmente in vigore in tema di rimpatrio dello straniero è il frutto di una stratificazione di interventi normativi e giurisprudenziali che hanno dato vita ad un quadro complesso con non pochi profili problematici che è necessario evidenziare.

Ricordo, innanzitutto, che le espulsioni possono essere disposte dall'autorità giudiziaria penale (espulsioni a titolo di misura di sicurezza, a titolo di sanzione sostitutiva della pena e a titolo di misura alternativa alla detenzione) e dall'autorità amministrativa, ma sarà soprattutto su queste ultime che ci soffermeremo.

Volendo muovere dai presupposti che legittimano un procedimento espulsivo amministrativo, in base all'art. 13 del t.u. «per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri». Veramente ampi sono i margini di valutazione che la norma lascia all'autorità ministeriale, tanto da far dubitare della legittimità costituzionale della norma in relazione al mancato rispetto del principio di legalità e di riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.³⁵. Vi è, infatti, solo un riferimento all'ordine pubblico e alla sicurezza dello Stato, senza che siano individuate neppure latamente le fattispecie che legittimano un intervento del ministro³⁶.

In base poi all'art. 3 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144 convertito in l. 31 luglio 2005, n. 155³⁷, il ministro dell'interno o su sua delega il prefetto, può disporre l'espulsione dello straniero appartenente ad una delle categorie di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152³⁸, o nei cui confronti vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali.

Anche questa fattispecie configura una ipotesi "eccezionale" di allontanamento dello straniero caratterizzata da profili altamente discrezionali.

Ordinariamente l'espulsione è, invece, disposta dal prefetto, caso per caso, quando lo straniero:

³⁵ Si tratta di una misura espulsiva eseguita con accompagnamento alla frontiera e quindi che incide sulla libertà personale del soggetto.

³⁶ Il Consiglio di Stato con sent. sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88 (riformando la decisione di primo grado del Tar Lazio) ha precisato che «trattandosi di atto che è rimesso dall'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 e delle problematiche ad essi inerenti, 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». La ricostruzione offerta dal Consiglio di Stato rischia di affievolire notevolmente anche le possibilità di difesa in sede giurisdizionale verso siffatti provvedimenti.

³⁷ «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale».

³⁸ «Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico».

a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto;
b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-bis³⁹, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato senza aver dichiarato la sua presenza in caso di soggiorno di breve durata⁴⁰;

c) appartiene a taluna delle categorie di persone pericolose per le quali sarebbero applicabili le misure di prevenzione⁴¹.

Alcune delle ipotesi previste prefigurano una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, basti pensare all'accertamento dei presupposti di appartenenza dello straniero a categorie di persone pericolose, sia pur sulla base di una rigorosa verifica dei presupposti di legge⁴² (una volta, però, rilevati tali presupposti il prefetto deve adottare il decreto espulsivo). In altre ipotesi il mero accertamento del verificarsi di determinate condizioni (come la presenza irregolare sul territorio) comporta l'adozione di un provvedimento espulsivo, senza che sia possibile alcuna valutazione complessiva da parte degli organi preposti.

A sua volta le ipotesi di revoca, rifiuto o annullamento del permesso di soggiorno (dalle quali poi consegue un obbligo di lasciare il territorio italiano) possono comportare profili di accertamenti discrezionali (ad esempio che lo straniero non sia una minaccia per l'ordine pubblico), ma anche esercizio di poteri totalmente vincolati⁴³. Ricordo soltanto che in conseguenza della modifica da parte della Bossi-Fini dell'art. 4, t.u. nel senso di non consentire l'ingresso allo straniero che risulti

³⁹ Si tratta della comunicazione prevista 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.

Sono tenuti a rendere dichiarazione di presenza al questore anche gli stranieri muniti di permesso di soggiorno rilasciato da uno Stato appartenente all'Unione europea e qualora la dichiarazione non venga resa entro sessanta giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato può essere disposta l'espulsione amministrativa (art. 5, comma settimo t.u.). Si tratta di un potere discrezionale attribuito al prefetto che dovrà quindi adeguatamente motivare l'eventuale decisione di rimpatrio.

⁴⁰ Vedi art. 1, comma terzo, della l. 28 maggio 2007, n. 68.

⁴¹ Si tratta di: a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) 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. Vedi art. 1, d.lg. 6 settembre 2011, n. 159.

⁴² Vedi Corte Cass. sez. I, 30 agosto 2002, n. 12721: il presupposto dell'appartenenza alle categorie di persone pericolose non può essere oggetto di un giudizio meramente probabilistico, dovendo richiedersi un accertamento rigoroso dei presupposti sulla base dei quali la legge consente di ascrivere un soggetto a dette categorie. Cfr. Cass. sez. VI, 8 settembre 2011, n. 18482.

⁴³ Cfr. artt. 4 e 5 del t.u.

condannato, anche con sentenza non definitiva⁴⁴, per determinati reati, il questore in virtù del quinto comma dell'art. 5 deve, senza che sia possibile alcuna valutazione in concreto della pericolosità del soggetto, rifiutare il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno o, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, deve revocarlo, nel caso lo straniero sia stato condannato per uno di quei reati⁴⁵.

Tutte queste automaticità, che non consentono di valutare in concreto la “gravità” delle fattispecie, hanno condotto alcuni giudici a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Già sotto il vigore della l. Martelli, fu sottoposta all'esame della Corte la disposizione che configurava l'espulsione in caso di violazione delle norme sull'ingresso e soggiorno come un atto dovuto senza discriminare quelle situazioni che riflettono casi umani disperati, negando loro qualsiasi tutela⁴⁶. La Corte⁴⁷, dopo aver ribadito che la necessità di garantire la valutazione della pericolosità sociale riguarda solo l'espulsione misura di sicurezza⁴⁸, respinse la questione perché «le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adequata accoglienza vanno... rispettate, e non eluse, o anche soltanto derogate di volta in volta con valutazioni di carattere sostanzialmente discrezionale, essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali».

Una prima occasione per valutare la legittimità della configurazione, da parte della riforma Turco-Napolitano, di poteri vincolati in capo all'amministrazione, fu offerta dal tribunale di Vicenza che sollevò la questione nei confronti dell'art. 13, comma secondo del t.u. nella parte in cui stabilisce che il prefetto deve disporre automaticamente l'espulsione dello straniero, una volta accertati i presupposti previsti e non gli consente di prendere in considerazione situazioni che ne legittimerebbero la permanenza in Italia (occupazione lavorativa, disponibilità di un alloggio e l'esistenza di carichi familiari), ponendosi in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 della Cost., con il principio di eguaglianza e con il diritto al lavoro ed alla retribuzione di cui all'art. 35 Cost. Il giudice *a quo* coglieva, cioè, nella mancata possibilità di una valutazione discrezionale della situazione complessiva del soggetto una “irragionevolezza” della disciplina nel suo

⁴⁴ Il riferimento esplicito alla non definitività della sentenza è stato aggiunto con l. n. 94/2009.

⁴⁵ Se subito dopo la modifica apportata dalla Bossi-Fini prevalse da parte della giurisprudenza amministrativa l'idea che l'autorità competente dovesse comunque valutare la complessiva situazione di vita dello straniero senza aver riguardo alla sola condanna penale, si è poi affermata l'interpretazione per la quale vi è un'automaticità dell'effetto preclusivo connesso alla sentenza di condanna, cfr. C. Renoldi, *L'impedimento penale al rilascio e al rinnovo del permesso di soggiorno*, in *Immigrazione e cittadinanza*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Torino, Utet, 2008, pp. 117 ss.

⁴⁶ Nel caso di specie si trattava dell'espulsione di un cittadino marocchino il quale pur essendo entrato in Italia munito di valido passaporto ed avervi soggiornato per quattro anni, conseguendo anche una stabile situazione di sostentamento, non aveva in seguito mai provveduto a regolarizzare la propria posizione.

⁴⁷ Corte cost. sent. 21 novembre 1997, n. 353.

⁴⁸ Cfr. Corte cost. sent. 24 febbraio 1995, n. 58; nell'irrogare l'espulsione quale misura di sicurezza il giudice deve sempre accertare la pericolosità sociale dello straniero da espellere.

complesso. La Corte giunse, però, a dichiarare la manifesta infondatezza della questione asserendo che quello che il giudice rimettente chiamava «automatismo espulsivo altro non è che un 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»⁴⁹.

Sempre il Tribunale di Vicenza sollevò qualche anno più tardi questione di legittimità nuovamente sull'art. 13, comma secondo del t.u., ma su un punto specifico: nella parte in cui prevede che l'omessa richiesta, da parte dello straniero, del permesso di soggiorno nel termine di otto giorni lavorativi dall'ingresso in Italia, comporti – anche quando l'ingresso sia avvenuto legittimamente e sussistano le condizioni per l'ottenimento del predetto permesso – l'automatica emissione del decreto di espulsione, senza una preventiva valutazione della sussistenza delle condizioni per il rilascio del titolo di soggiorno. Il giudice rimettente osservava che nel caso di specie, il ricorrente, da un lato, aveva omesso di presentare la richiesta del permesso di soggiorno, ma, dall'altro, si trovava comunque nelle condizioni per ottenerne il rilascio, avendo fatto ingresso nel territorio dello Stato legittimamente. Conseguentemente le norme impugnate si ponevano in contrasto con i doveri di solidarietà cui è riferimento nell'art. 2 Cost., impedendo l'esercizio dei diritti dello straniero nel territorio dello Stato, nel quale egli sia legittimamente entrato e nel quale possa legittimamente restare, essendo in possesso dei prescritti requisiti e si ponevano in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento dell'ipotesi considerata rispetto a quella, da ritenersi omologa, della ritardata presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno. Fattispecie, quest'ultima, nella quale – secondo la giurisprudenza di legittimità⁵⁰ – la legge non consente l'espulsione automatica dello straniero qualora sussistano le

⁴⁹ Corte cost., ord. 3 maggio 2002, n. 146.

⁵⁰ A questo proposito va ricordata la sentenza della Corte di Cassazione (sez.un. 20 maggio 2003, n. 7892) relativa alle domande di rinnovo del permesso di soggiorno presentate oltre il "termine di tolleranza": «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 della situazione in cui versa l'interessato». «Diverso è, invece, il caso in cui lo straniero, essendo incorso in una delle situazioni che precludono il rinnovo del permesso di soggiorno, si trattenga illecitamente sul territorio nazionale e presenti la domanda di rinnovo solo quando sia venuto nuovamente a trovarsi nelle condizioni richieste dalla legge... . In tal caso, infatti, il ritardo nella presentazione spontanea della domanda di rinnovo fino al ripristino delle condizioni di legge per il soggiorno dell'interessato potrà essere valutato agli effetti del diniego del 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».

La Corte di cassazione (cfr. anche Cass. sez. I. n. 13364/2007 e Cass. sez. I. n. 4922/2003) apre degli spazi interessanti di possibilità di valutazione della posizione dello straniero che abbia richiesto con ritardo il rinnovo del permesso di soggiorno, aprendo una possibile breccia nella lettera della legge che consente un ritardo massimo di sessanta giorni. Cfr. da ultimo Cass. sez. I, 4 luglio 2008, n. 18518 in caso di straniero detenuto, per la quale è illegittimo il provvedimento di espulsione emesso quando era ancora pendente il procedimento per il rinnovo del permesso di soggiorno, ancorché la richiesta di rinnovo sia stata presentata tardivamente.

condizioni sostanziali per la sua permanenza nel territorio dello Stato: condizioni che l'autorità amministrativa è tenuta pertanto a verificare, configurandosi il ritardo nella presentazione della domanda come un mero «indice rivelatore» da valutare nell'ambito della complessiva situazione in cui versa l'interessato.

Anche in questo caso la Corte dichiarò la manifesta infondatezza della questione⁵¹, e dopo aver ribadito che il c.d. automatismo espulsivo è un riflesso del principio di legalità, escluse lesioni dell'art. 3 Cost. non potendosi paragonare la situazione di chi al primo ingresso in Italia non richiede il permesso di soggiorno con chi ritarda la presentazione della domanda di rinnovo a cui è concesso dalla legge un termine di tolleranza di sessanta giorni. Ben diverse si appalesano, infatti ad avviso della Corte, le due situazioni, in quanto in caso di richiesta di rinnovo vi è già stato un esame positivo dell'autorità amministrativa circa la condizione personale dello straniero; inoltre in un caso si discute della tardiva presentazione della domanda, nell'altro della totale omissione della richiesta, e se si accettasse il punto di vista del giudice rimettente verrebbe svuotata di significato la previsione dell'obbligo di richiesta del permesso di soggiorno.

Un'ulteriore occasione di pronunciarsi su un'ipotesi di «automatismo legislativo» fu data alla Corte dal d.l. 9 settembre 2002, n. 195 convertito con modificazioni nella l. 9 ottobre 2002, n. 222 che dettava «disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari»⁵² nella parte in cui non consentiva di procedere alla regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari in posizione irregolare che fossero stati destinatari di provvedimenti di espulsione da eseguire mediante accompagnamento alla frontiera. La Corte⁵³ dopo aver ricordato che prima dell'entrata in vigore della riforma del 2002 (la c.d. Bossi-Fini) la misura dell'accompagnamento alla frontiera era comminata in determinate e più gravi ipotesi, rilevava che non era manifestamente irragionevole escludere dalla legalizzazione i cittadini extracomunitari colpiti da provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera, in quanto l'irrogazione della misura coercitiva denotava un maggiore disvalore nel comportamento del soggetto. In particolare la Corte osservava che l'accompagnamento alla frontiera «non era correlato a lievi irregolarità amministrative ma alla situazione di coloro che avessero già dimostrato la pervicace volontà di rimanere in Italia in una

Cfr. art. 6, par. 5 della direttiva rimpatri.

⁵¹ Corte cost., ord. 23 dicembre 2005, n. 463.

⁵² Il d.l. n. 195 del 2002 (ed anche la l. n. 189 del 2002) era stato oggetto anche di un altro rinvio alla Corte costituzionale nella parte in cui si vietava la legalizzazione della posizione lavorativa degli stranieri che fossero stati denunciati per uno dei reati per i quali gli artt. 380 e 381 c.p.p. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza. La Corte (sent. 18 febbraio 2005, n. 78) dopo aver ribadito che l'esercizio della discrezionalità legislativa deve essere anzitutto conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza, ricorda che nel nostro ordinamento la mera denuncia è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o pericolosità di un soggetto: essa obbliga soltanto gli organi competenti ad accertare se sussistano le condizioni per l'inizio di un procedimento penale. Conseguentemente le norme censurate facevano irragionevolmente derivare dalla denuncia conseguenze molto gravi a carico del lavoratore straniero.

⁵³ Corte cost. sent. 26 maggio 2006, n. 206.

posizione di irregolarità tale da sottrarli ad ogni normale controllo o di coloro che tale volontà lasciassero presumere all'esito di una valutazione dei singoli casi condotta sulla base di specifici elementi»⁵⁴.

Sempre il d.l. n. 195 del 2002⁵⁵ ed anche la l. n. 189 del 2002⁵⁶ furono oggetto di rinvio alla Corte costituzionale nella parte in cui vietavano la legalizzazione della posizione lavorativa degli stranieri che risultassero «segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore in Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato». I giudici rimettenti adducevano che la c.d. segnalazione Schengen poteva essere dovuta a ragioni anche assai diverse, ma che si configurava un automatismo che non lasciava spazi di valutazione dei singoli casi, per cui, in sintesi, le disposizioni erano palesemente irragionevoli. La Corte dichiarò la manifesta inammissibilità della questione⁵⁷ in quanto le ordinanze di rimessione si fondavano sul presupposto in base al quale le disposizioni impugnate avrebbero dovuto essere interpretate nel senso che alla segnalazione dovesse necessariamente far seguito il rifiuto di regolarizzazione, senza tener conto di un diverso orientamento giurisprudenziale e senza valutare la praticabilità di un'interpretazione diversa alla luce anche della Convenzione per l'applicazione dell'accordo di Schengen⁵⁸. In questo caso la Corte respingeva il presupposto interpretativo da cui muoveva il giudice *a quo*, rifiutando una lettura della norma che consentisse di far scattare automaticamente il divieto di legalizzazione a seguito di segnalazione Schengen.

Successivamente il Tar Lombardia sollevò la questione di legittimità in riferimento al combinato disposto dell'art. 4, comma terzo e dell'art. 5, comma quinto del t.u. che dispone il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno (e conseguentemente l'espulsione) in caso che l'istante risulti condannato per reati inerenti gli stupefacenti, senza alcuna valutazione in concreto della pericolosità sociale del condannato⁵⁹. La Corte, dopo aver ribadito che non è manifestamente

⁵⁴ Vedi anche le ordinanze 20 febbraio 2007, n. 44 e 18 giugno 2007, n. 218.

⁵⁵ Art. 1, comma 8, lett. b).

⁵⁶ Art. 33, comma 7, lett. b) della Bossi-Fini.

⁵⁷ Corte cost., ord. 3 marzo 2006, n. 86.

⁵⁸ B. Nascimbene, *Corte di giustizia e corte costituzionale sulla segnalazione Schengen: il divieto di automatismi*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, n. 2, pp. 59 ss. che ricorda anche la coeva sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (31 gennaio 2006, causa C-503/03 *Commissione c. Spagna*) che ribadiva l'obbligo per lo Stato che rifiuta l'ingresso e soggiorno nello spazio Schengen di accertare il motivo della segnalazione per cui il diniego può essere giustificato solo se il soggetto costituisce una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse della collettività. Nel caso di specie si trattava di due cittadini di paese terzo (Algeria) coniugi di cittadini di uno Stato membro (Spagna) cui era stato rifiutato l'ingresso nello spazio Schengen perché segnalati dalla Repubblica federale tedesca.

Si tratta di un orientamento consolidato della Corte di giustizia già esplicitato con riferimento ai cittadini comunitari, cfr. sent. 27 ottobre 1977, causa C-30/77 *Bouchereau*; sent. 19 gennaio 1999, causa C-348/96 *Calfa*; sent. 7 luglio 2007, causa C-50/06 *Commissione c. Paesi Bassi*.

⁵⁹ È utile ricordare che erano già state sollevate questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, terzo comma in combinato disposto con l'art. 5, comma quinto t.u. i quali vietano l'ingresso o comportano la revoca o il rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno in casi in cui lo straniero risulti condannato per determinati reati, senza che sia

irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo, respinse la questione, affermando che «l'inclusione di condanne per qualsiasi reato inerenti gli stupefacenti tra le cause ostative all'ingresso e alla permanenza dello straniero in Italia non appare manifestamente irragionevole qualora si consideri che si tratta di ipotesi delittuose spesso implicanti contatti, a diversi livelli, con appartenenti ad organizzazioni criminali o che, comunque, sono dirette ad alimentare il cosiddetto mercato della droga, il quale rappresenta una delle maggiori fonti di reddito della criminalità organizzata». Inoltre il fatto che la legge includa anche le ipotesi di condanna a seguito di patteggiamento non è indice di irragionevolezza, in quanto la sentenza di applicazione della pena su richiesta è equiparata ad una pronuncia di condanna. Il fatto, poi, che le disposizioni impugnate non prevedano uno specifico giudizio di pericolosità sociale dei singoli soggetti, ma configurino un automatismo espulsivo, non è altro che un riflesso del principio di legalità⁶⁰.

La motivazione apportata dalla Corte non dissipa tutti i dubbi sollevati dal giudice *a quo*, basti pensare che per gli stessi reati il giudice può infliggere la misura di sicurezza dell'espulsione solo dopo un vaglio della concreta pericolosità del soggetto. A questo proposito la Corte osserva «che il rifiuto del rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, previsto dalle disposizioni in oggetto, non costituisce sanzione penale, sicché il legislatore ben può stabilirlo per fatti che, sotto il profilo penale, hanno una diversa gravità, valutandolo misura idonea alla realizzazione dell'interesse pubblico alla sicurezza e tranquillità, anche se ai fini penali i fatti stessi hanno ricevuto una diversa valutazione. Sotto questo aspetto neppure può essere considerata manifestamente irragionevole la scelta legislativa di non aver dato rilievo alla sussistenza delle condizioni per la concessione del beneficio della sospensione della pena, a differenza di quanto avviene per l'espulsione dal territorio nazionale come misura di sicurezza. Invero, il fatto che la prognosi favorevole in merito all'astensione del condannato, nel tempo stabilito dalla legge, dalla commissione di ulteriori reati sia condotta, ai fini della non esecuzione della pena, con criteri diversi da quelli che presiedono al giudizio di indesiderabilità dello straniero nel territorio italiano, non può considerarsi, di per sé, in

prevista la verifica in concreto della pericolosità sociale dello stesso. La Corte ritenne però le questioni sollevate inammissibili per difetto di rilevanza, vedi ord. 14 gennaio 2005, n. 9, 14 dicembre 2006, n. 414 e 27 aprile 2007, n. 143 e quindi non si pronunciò sul merito. Sui profili di legittimità costituzionale che detti articoli del t.u. possono presentare, vedi C. Renoldi, *op. cit.*, pp. 117 ss. che rileva anche che l'ampio ventaglio delle ipotesi ostative, previste dall'art. 380, commi primo e secondo finisce per accomunare fattispecie di reato connotate da una diversa gravità, che pertanto sottendono un grado di pericolosità dei loro autori assai differente. La questione è divenuta ancor più spinosa a seguito delle modifiche apportate all'art. 4, terzo comma ad opera della l. n. 94/2009 che prevede che la condanna ostativa possa risultare anche da sentenza non definitiva compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti; vedi sul punto G. Savio, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, pp. 60 ss.

⁶⁰ Corte cost., sent. 16 maggio 2008, n. 148.

contrasto con il principio di razionalità-equità, attesa la non coincidenza delle due suddette valutazioni».

In realtà questo doppio regime tra sfera amministrativa e sfera penale avrebbe meritato un vaglio più rigoroso sotto il profilo della coerenza del sistema normativo, tanto più che la stessa Corte⁶¹ aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 86 del t.u. in materia di stupefacenti nella parte in cui obbligava il giudice a emettere, contestualmente alla condanna, l'ordine di espulsione dallo Stato, eseguibile a pena espiata, nei confronti dello straniero condannato per uno dei reati previsti dal testo unico stesso. In virtù, infatti, del principio per il quale «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate, previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto, è persona socialmente pericolosa», eventuali ipotesi di presunzione *ex lege* della qualità di persona socialmente pericolosa, dovevano essere sottoposte, sotto il profilo dell'accertamento della legittimità costituzionale, al vaglio di un rigoroso scrutinio. Non pare quindi sufficiente addurre la diversa natura (amministrativa) della sanzione espulsiva prefettizia per fugare ogni dubbio.

Infine è stato recentemente oggetto di scrutinio da parte della Corte⁶² l'art. 1 *ter* del d.l. 1 luglio 2009, n. 78⁶³ introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102 che ha disciplinato alcuni casi di «emersione» della posizione lavorativa dei lavoratori extracomunitari, i quali alla data del 30 giugno 2009 svolgevano attività di assistenza in favore del datore di lavoro e di componenti della famiglia del predetto, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitassero l'autosufficienza, ovvero espletavano attività di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. In particolare è stato oggetto di esame il comma 13, lett. c) ove stabilisce che non possono essere regolarizzati i lavoratori extracomunitari «che risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, (...) per uno dei reati previsti dagli articoli 380 e 381» del codice di procedura penale.

La Corte dopo aver ricordato la sua precedente giurisprudenza nella quale aveva riscontrato che i molti automatismi che caratterizzano taluni profili della disciplina del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno, oppure dell'espulsione o che hanno caratterizzato la legalizzazione del lavoro irregolare, costituiscono «un riflesso del principio di legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione» e rappresentano «anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa», ribadisce che l'esercizio di tale discrezionalità incontra i limiti segnati dai precetti costituzionali e deve essere conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza. La possibilità, infatti, da parte del legislatore di prevedere degli automatismi non sottrae siffatte previsioni al controllo di non manifesta arbitrarietà,

⁶¹ Corte cost., sent. 24 febbraio 1995, n. 58.

⁶² Corte cost., sent. 6 luglio 2012, n. 172.

⁶³ «Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali».

nel senso che «la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento» degli interessi coinvolti dalla disciplina dell'immigrazione⁶⁴.

Nel caso di specie la Corte ha rilevato che «il diniego della regolarizzazione consegue automaticamente alla pronuncia di una sentenza di condanna anche per uno dei reati di cui all'art. 381 cod. proc. pen., nonostante che gli stessi non siano necessariamente sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi. In tal senso è, infatti, significativo che, essendo possibile procedere per detti reati “all’arresto in flagranza soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto” (art. 381, comma 4, cod. proc. pen.), è già l’applicabilità di detta misura ad essere subordinata ad una specifica valutazione di elementi ulteriori rispetto a quelli consistenti nella mera prova della commissione del fatto». Inoltre la manifesta irragionevolezza della disciplina, è confermata dalla circostanza che l’automatismo concerne una fattispecie connotata da profili peculiari tra quelle aventi ad oggetto l’accertamento della sussistenza dei requisiti per la permanenza nel territorio dello Stato. La regolarizzazione riguarda, infatti, attività di assistenza in favore del datore di lavoro o di componenti della famiglia del predetto, ancorché non conviventi, affetti da patologie o disabilità che ne limitano l’autosufficienza, ovvero attività di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. «Sono, queste, infatti, attività che, per il loro contenuto e per la circostanza di essere svolte all’interno di una famiglia, da un canto, agevolano l’accertamento dell’effettiva pericolosità dello straniero. Dall’altro, evidenziano che l’automatismo, nel caso di assistenza in favore di quanti sono affetti da patologie o disabilità che ne limitano l’autosufficienza, rischia di pregiudicare irragionevolmente gli interessi di questi ultimi».

La Corte conclude, quindi, che la specificità della fattispecie rende «manifesta l’irragionevolezza del diniego di regolarizzazione automaticamente correlato alla pronuncia di una sentenza di condanna per uno dei reati di cui all’art. 381 cod. proc. pen., senza che sia permesso alla pubblica amministrazione di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore extracomunitario sia o meno pericoloso per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato».

Questa sentenza riveste un’importanza particolare, perché per la prima volta la Corte ritiene irragionevole un automatismo previsto dal legislatore connesso alla permanenza dello straniero sul territorio nazionale; in tutte le altre precedenti decisioni aveva sempre “compreso” la *ratio* delle disposizioni impugnate e non vi aveva rilevato incoerenze. Dobbiamo pensare ad una svolta della giurisprudenza costituzionale su questo profilo? Ad un primo passo verso l’erosione della previsione di poteri vincolati in tema di soggiorno degli stranieri? In realtà a me pare che la

⁶⁴ Cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 209 ss.

motivazione offerta dalla Corte si inserisca in una traccia consolidata di delineazione di rapporti tra vincolatezza e discrezionalità.

Alla luce, infatti, di tutte queste pronunce (che ribadiscono peraltro anche in tema di presunzioni assolute un orientamento consolidato⁶⁵) emerge chiaramente il ragionamento della Corte in ordine al rapporto tra la configurazione da parte del legislatore di poteri vincolati o discrezionali in capo alle autorità amministrative o giudiziarie. La coerenza e quindi la costituzionalità della scelta da parte del legislatore di automatismi si gioca, ad avviso della Corte, sul principio di ragionevolezza. Se da un lato previsioni tassative di fattispecie possono essere necessarie per assicurare un efficace controllo dei flussi migratori e possono rappresentare una garanzia (rispetto anche a possibili abusi o discriminazioni), assicurando il rispetto del principio di legalità; dall'altro esse devono riguardare ipotesi univocamente coerenti con la *ratio* della norma e devono essere proporzionate all'esigenza di garantire l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato⁶⁶. Ove, invece, la tassatività porta ad una omogeneizzazione di trattamento di casi che possono avere valenze anche assai differenti, la previsione legislativa finisce per essere manifestamente iniqua e la mancanza di spazi di discrezionalità non è più funzionale ad un sistema di accoglienza coerente e non rappresenta neppure più una garanzia per i soggetti, ma diviene una corazza che tiene forzatamente unite ipotesi differenti.

Certamente la Corte è chiamata a svolgere un compito delicato di sottoposizione delle scelte del legislatore ad un serrato controllo di ragionevolezza; siffatto riscontro l'ha condotta alla sua prima declaratoria di incostituzionalità in tema di soggiorno/espulsione dello straniero in relazione alla previsione legislativa di automatismi che non consentono di trattare in modo differenziato situazioni concretamente diverse, e che conseguentemente non sono in asse con la *ratio* della norma.

Mi pare utile, infine, sottolineare, sempre in ordine al rapporto tra previsioni generali di presupposti espulsivi e valutazione della situazione concreta del singolo caso, che potrebbe essere rilevata una certa ambiguità nella direttiva rimpatri la quale, se al sesto considerando invita gli Stati membri a far sì che le misure di rimpatrio siano decise caso per caso, valutando quindi tutte le specificità della situazione concreta e non limitandosi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare, all'art. 6 dispone che gli Stati membri adottano una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare,

⁶⁵ Cfr. Corte cost. sentt. 16 aprile 2010, n. 139; 12 maggio 2011, n. 164; 22 luglio 2011, n. 231, nelle quali si afferma che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, viene posto in rilievo che l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa.

⁶⁶ Cfr. A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 194 ss.

salvo le deroghe previste dalla direttiva stessa⁶⁷. L'apparente contrasto può essere risolto ritenendo che il criterio di cui al sesto considerando non vada inteso come necessità di valutazione discrezionale di ciascun provvedimento espulsivo tale da non applicare le condizioni generali per il rimpatrio, ma di attenta valutazione del singolo caso alla luce di tutte le garanzie espressamente previste dalla normativa vigente (tra l'altro l'art. 4 della direttiva lascia impregiudicata la possibilità per gli Stati di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli, purché compatibili con le norme in essa stabilite).

3.1. Segue: *i limiti al rimpatrio dello straniero*

A questo proposito è interessante ripercorrere i limiti esplicitamente disciplinati nella legislazione in vigore al fine di attenuare l'automaticità della disciplina generale sui rimpatri e posti a garanzia di situazioni meritevoli di particolari tutele; è interessante rilevare che la dicotomia poteri vincolati/poteri discrezionali si presenta anche in ordine alla configurazione di questi limiti. Le previsioni di cui all'art. 13 t.u. non possono cioè trovare applicazione in determinati casi, perché la possibilità di espellere uno straniero incontra comunque alcune restrizioni, talvolta configurate in modo tassativo, su cui le autorità preposte non hanno margini di valutazione, talaltra con spazi di valutazione da parte delle stesse.

Innanzitutto in base al disposto del primo comma dell'art. 19 del t.u., «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione»⁶⁸.

Non è poi consentita l'espulsione (salvo quella disposta dal ministro dell'interno):

a) degli stranieri minori di anni diciotto⁶⁹, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi;

⁶⁷ C. Favilli, *L'attuazione*, cit., pp. 696-697: «la prima novità sul piano del diritto dell'UE è l'obbligo di allontanare lo straniero non regolarmente soggiornante Ciò costituisce una notevole differenza rispetto a quanto previsto dalle abrogate disposizioni della Convenzione di Schengen. Secondo la Corte di giustizia, infatti, da tali disposizioni non poteva dedursi un obbligo per gli Stati di allontanare la persona in soggiorno irregolare potendo gli Stati optare per sanzioni di tipo diverso rispetto all'allontanamento». Cfr. art. 79 TFUE.

⁶⁸ Cfr. sul piano internazionale il principio di non *refoulement* di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati. Il divieto di cui all'art. 19 t.u. ha, però, un contenuto più ampio e non tutela solo i rifugiati; non consente poi "bilanciamenti" con valutazioni sulla pericolosità del soggetto e riguarda sia le espulsioni amministrative che quelle giudiziali e non può essere derogato dalla possibilità di espellere il rifugiato o lo straniero ammesso alla protezione sussidiaria (art. 20, d.lg. 19 novembre 2007, n. 251). Nei casi in cui è accertato che lo straniero possa essere oggetto di persecuzione è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari (art. 28, d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394).

⁶⁹ L'art. 31, quarto comma t.u. stabilisce che, qualora debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero, il provvedimento è adottato su richiesta del questore dal tribunale per i minorenni; questa disposizione trova applicazione

b) degli stranieri in possesso di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (in realtà in questo caso non si tratta di un limite assoluto, ma dell'applicazione di una diversa e più favorevole disciplina di cui all'art. 9 del t.u. che peraltro prevede significativi spazi di valutazione da parte dell'amministrazione⁷⁰);

c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana;

d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono⁷¹.

È stato poi previsto che «l'espulsione non è disposta, né eseguita coattivamente qualora il provvedimento sia stato già adottato, nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne»⁷².

In queste ipotesi⁷³ (eccetto quella sub b) la tassatività gioca “a favore” del rimpatriando e forse si può parlare di un «automatismo di inespellibilità»⁷⁴.

nel caso in cui sia necessario espellere il minore per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato ad opera del ministro dell'interno.

Vedi anche art. 33, t.u. sul rimpatrio assistito.

⁷⁰ Ai sensi dell'art. 9, comma decimo del t.u. l'espulsione può essere disposta: a) per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato; b) in caso di appartenenza ad una delle categorie di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152, o nel caso in cui la permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali; c) in caso di appartenenza a taluna delle categorie di persone pericolose per le quali sarebbero applicabili le misure di prevenzione, sempre che sia stata applicata talune delle misure di prevenzione patrimoniali di cui all'art. 4, l. n. 55 del 1990.

Il comma successivo specifica che «ai fini dell'adozione del provvedimento di espulsione di cui al comma 10, si tiene conto anche dell'età dell'interessato, della durata del soggiorno sul territorio nazionale, delle conseguenze dell'espulsione per l'interessato e i suoi familiari, dell'esistenza di legami familiari e sociali nel territorio nazionale e dell'assenza di tali vincoli con il Paese di origine».

Una disciplina *ad hoc* è prevista anche per gli stranieri in possesso di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da altro paese membro (art. 9-bis, t.u.).

⁷¹ La Corte costituzionale con sentenza additiva (27 luglio 2000, n. 376) ha esteso il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

⁷² Art. 13, comma secondo *ter*; vedi G. Savio, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 3, p. 35 per una critica al mantenimento in vita del decreto espulsivo, ove già adottato, limitandosi la norma a prevederne la non esecuzione coattiva.

⁷³ Il t.u. disciplina ulteriori ipotesi in cui l'irregolarità del soggiorno può essere sanata e quindi non dar luogo al rimpatrio dello straniero: - il familiare di rifugiato ha diritto ad un permesso di soggiorno per motivi familiari a prescindere dalla regolarità del proprio soggiorno (art. 30, comma secondo lett. c); - il genitore straniero anche naturale di minore italiano residente in Italia ha diritto ad un permesso di soggiorno per motivi familiari a prescindere dalla regolarità del proprio soggiorno (art. 30, comma secondo lett. d); - lo straniero vittima di violenza o grave sfruttamento che sia ammesso alla partecipazione ad un progetto di assistenza o integrazione sociale ha diritto a un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale (in concreto il permesso reca la dicitura «motivi umanitari»); - il familiare del minore straniero autorizzato alla permanenza per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico, tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore ha diritto a un permesso di soggiorno per cure mediche (art. 31, terzo comma t.u.); - lo straniero entrato irregolarmente in Italia che ha presentato domanda di protezione internazionale ha diritto al soggiorno nelle more dell'esame della sua domanda, (d.lg. n. 25 del 2008); - allo straniero che abbia presentato denuncia per sfruttamento lavorativo e cooperi nel procedimento penale nei confronti del datore di lavoro è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari (art. 22, comma 12-*quater*, t.u., aggiunto dal d.lg. 16 luglio 2012, n. 109 «Attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare»).

Ricordo, poi, che ai sensi dell'art. 3, comma terzo, d.l. n. 144 del 2005⁷⁵, il prefetto può altresì omettere, sospendere o revocare il provvedimento di espulsione di cui all'articolo 13, comma secondo, t.u., informando preventivamente il ministro dell'interno, quando sussistono le condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno a fini investigativi, ovvero quando sia necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di attività terroristiche, ovvero per la prosecuzione delle indagini o delle attività informative dirette alla individuazione o alla cattura dei responsabili dei delitti commessi con finalità di terrorismo. Si tratta di un'ipotesi in cui il prefetto è chiamato a valutare la situazione del soggetto passibile di espulsione, a fronte di un interesse dello Stato a tenere la persona sul territorio italiano per finalità di contrasto al terrorismo⁷⁶.

Un limite all'allontanamento dello straniero, che il legislatore è venuto a configurare quale necessità di una valutazione complessiva della posizione del soggetto relativa ai suoi legami familiari, è stato introdotto in sede di recepimento della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare. Con d.lg. 8 gennaio 2007, n. 5 è stato modificato l'art. 13 t.u. a cui è stato aggiunto il comma 2 *bis*, che ha introdotto un'ipotesi in cui l'espellibilità/inespellibilità è soggetta a valutazione e riguarda l'allontanamento dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto: in tal caso occorre tener «anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine»⁷⁷. In tali ipotesi il prefetto deve bilanciare l'interesse dello Stato a rimpatriare lo straniero con l'interesse a veder rispettati i vincoli familiari del soggetto ed il suo attaccamento al nostro paese.

Può essere utile, comunque, ricordare che la questione della valutazione della condizione familiare del rimpatriando si era posta ben prima della modifica legislativa del 2007; alcuni giudici avevano, infatti, sollevato questione di legittimità in quanto la normativa in vigore non prevedeva che l'autorità preposta tenesse conto anche dei legami familiari dello straniero. Ma la Corte sia nel

⁷⁴ Cfr. Corte cass. sez. un., ord. 9 settembre 2009, n. 19393: l'art. 19 «descrivendo in modo puntuale i presupposti per la concessione dei permessi di soggiorno nelle situazioni corrispondenti ai divieti di espulsione e respingimento, esclude un potere discrezionale della PA che deve solo accertare l'esistenza delle circostanze di fatto indicate dalla norma».

⁷⁵ «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale».

⁷⁶ Ricordo che per l'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale che non si trovi in stato di custodia cautelare in carcere, occorre il nulla osta dell'autorità giudiziaria (vedi art. 13, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater* e 3-*quinqies*).

⁷⁷ Vedi art. 5, comma quinto del t.u. in merito al rifiuto, revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno. La giurisprudenza amministrativa (cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. III, sent. 26 ottobre 2011, n. 5727) estende il disposto del quinto comma dell'art. 5 anche allo straniero che pur non avendo esercitato il ricongiungimento familiare, ha uno stato di famiglia identico a quello che risulterebbe da una procedura di ricongiungimento (nel caso di specie i figli erano nati in Italia e da sempre conviventi con la madre).

2001⁷⁸ che nel 2006⁷⁹ era giunta a dichiarare la manifesta infondatezza della questione. In particolare nella ordinanza del 2006⁸⁰ si sottolineava che «il legislatore può legittimamente porre dei limiti all'accesso degli stranieri nel territorio nazionale effettuando “un corretto bilanciamento dei valori in gioco”, esistendo in materia un'ampia discrezionalità legislativa limitata soltanto dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli». Ciò che mi pare si possa dedurre dalla affermazione della Corte è che la mancata previsione da parte del legislatore della necessità di considerare la situazione familiare del soggetto non fosse da ritenere irragionevole, perché rientrava in legittime scelte di politica legislativa. In realtà questa posizione non fu esente da critiche, alla luce anche della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento all'art. 8 della Convenzione che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁸¹ e, poi, comunque superata dalle modifiche legislative successive.

Una ulteriore ipotesi in cui l'automatismo espulsivo trova una deroga (di carattere temporale) attiene alla possibilità di sospendere l'allontanamento dello straniero nei cui confronti sono erogate cure urgenti o comunque essenziali ancorché continuative, limitatamente alla durata di queste terapie. Si tratta di una ipotesi elaborata dalla giurisprudenza soprattutto a seguito della sentenza della Corte 17 luglio 2001, n. 252 la quale dopo aver ribadito 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», chiarisce che «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 - tenuto conto dell'intera disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 286 del 1998 - se del caso ricorrendo ai mezzi istruttori che la legge, pur in un procedimento caratterizzato

⁷⁸ Nel caso dell'ordinanza della Corte 6 luglio 2001, n. 232, il giudice rimettente non censurava la mancata previsione di un potere di valutazione complessiva della situazione familiare dello straniero, ma paventava un contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto l'art. 19 del t.u. non prevede il divieto di espulsione dello straniero coniugato e convivente con altro cittadino straniero in possesso di permesso di soggiorno (a differenza dello straniero coniugato e convivente con un cittadino italiano).

⁷⁹ Il giudice *a quo* aveva sollevato la questione di legittimità dell'art. 19 del t.u. nella parte in cui si limitava a prevedere il divieto di espulsione degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana «senza prendere minimamente in considerazione la tutela degli stranieri *tout court*, anch'essi titolari del diritto all'unità familiare, già conviventi in Italia con il coniuge, in regola con il permesso di soggiorno (ed eventualmente con i figli), con i quali potrebbero essere ricongiunti ai sensi della stessa legge in materia di immigrazione».

⁸⁰ Corte cost., ord. 14 maggio 2006, n. 158.

⁸¹ C. Corsi, *Il rispetto della vita familiare può limitare il potere di espulsione?*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, n. 3, pp. 75 ss.

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»⁸².

Anche in questa ipotesi dovrà essere operato un bilanciamento di valori: tra l'esigenza di allontanare lo straniero non in regola con la normativa sul soggiorno e la situazione concreta del soggetto meritevole di specifica attenzione⁸³.

Ricordo infine la possibilità di permanere sul territorio italiano, nei casi in cui ricorrono seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano: in tal caso il questore rilascia un permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art. 5, comma sesto del t.u.⁸⁴. Si tratta oltre alle ipotesi in cui non sia accolta la domanda di protezione internazionale (o sia stato revocato il relativo *status*) ma si ritengano sussistere gravi motivi di carattere umanitario⁸⁵, delle ipotesi in cui lo straniero produca documentazione relativa ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dal territorio nazionale⁸⁶. Si tratta di ipotesi comprensibilmente non tipizzate dal legislatore per le quali occorre

⁸² Il Tribunale di Genova aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 2, del t.u. nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero che, essendo entrato irregolarmente nel territorio dello Stato, vi permanga al solo scopo di terminare un trattamento terapeutico che risulti essenziale in relazione alle sue pregresse condizioni di salute. La Corte respinge la questione attraverso, però, una sentenza interpretativa.

⁸³ Cfr. anche art. 14, primo comma lett. b) della direttiva rimpatri.

⁸⁴ Sul permesso di soggiorno per motivi umanitari vedi P. Bonetti, *Il diritto di asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, n. 1, pagg. 20 ss.; Id., *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, a cura di C. Favilli, Padova, Cedam, 2011, pagg. 55 ss.

⁸⁵ Vedi art. 32, terzo comma d.lg. n. 25 del 2008: «Nei casi in cui non accolta la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». Analogo permesso può essere rilasciato nelle ipotesi in cui la commissione nazionale per il diritto di asilo decide la revoca o la cessazione dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, ma ritiene che sussistano comunque gravi motivi di carattere umanitario, art. 33, terzo comma d.lg. n. 25 del 2008. Cfr. Corte cass. sez. un., ord. 19 maggio 2009, n. 11535 sul rapporto tra attribuzioni della commissione territoriale e poteri del questore. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato anche nelle ipotesi di cui all'art. 19 del t.u., vedi *supra* nota n. 68 e nelle ipotesi di cui all'art. 22, comma 12-*quater* del t.u., vedi *supra* nota n. 73.

⁸⁶ Art. 11, comma primo c)-*ter*, d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394.

far riferimento al diritto internazionale umanitario⁸⁷, alle disposizioni costituzionali⁸⁸ o a situazioni di particolare vulnerabilità dell'interessato⁸⁹.

Tale possibilità già prevista dalla nostra legislazione si pone in linea con la direttiva rimpatri che stabilisce che «in qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. In tali casi non è emessa la decisione di rimpatrio. Qualora sia già stata emessa, la decisione di rimpatrio è revocata o sospesa per il periodo di validità del titolo di soggiorno o di un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare»⁹⁰.

Mi pare si possa configurare l'art. 5, comma sesto del t.u. come una sorta di norma di chiusura di un sistema di regolazione del soggiorno/espulsione degli stranieri in cui sono spesso previsti degli automatismi legislativi, e nel quale le possibilità di verifica della situazione complessiva del soggetto sono limitate, ma che almeno permette in casi gravi giustificati da motivi umanitari - che pur non consentono l'accesso alla protezione internazionale - di far prevalere la tutela della vulnerabilità del soggetto sul rispetto di ipotesi generali di espulsione.

Come già emerge dal quadro riassuntivo qui offerto, una grande responsabilità ricade sul legislatore⁹¹, che si deve far carico del temperamento di interessi diversi e a volte contrastanti: da un lato ha il compito di far rispettare le regole generali stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza, dall'altro ha necessità di tener conto dei tanti interessi di cui le persone straniere giunte nel nostro territorio sono portatrici. È facile che si profilino tensioni tra ipotesi generali fissate dal legislatore e situazioni concrete cui applicare queste previsioni.

Non può, però, non essere rilevato che soprattutto a seguito degli interventi legislativi dell'ultimo decennio siano state previste tante ipotesi che conducono all'allontanamento dello straniero, senza che sia possibile alcun concreto esame della situazione di vita del soggetto,

⁸⁷ Vedi ad esempio art. 3 CEDU («nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»). Ricordo che la tutela garantita dall'art. 3 è, per certi versi, più ampia di quella offerta dall'art. 19 t.u., in quanto non implica un intento persecutorio, ma solo delle caratteristiche del trattamento o della pena.

⁸⁸ Vedi ad esempio art. 10, commi terzo e quarto Cost.

⁸⁹ Cfr. Corte cass. sez. un., ord. 9 settembre 2009, n. 19393 che rileva che alla pubblica amministrazione spetta il mero accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria nell'ambito dell'esercizio di una discrezionalità tecnica, in quanto la situazione giuridica dello straniero che richiede il rilascio di permesso per ragioni umanitarie ha consistenza di diritto soggettivo.

⁹⁰ Art. 6, par. 4 della direttiva rimpatri.

⁹¹ Come accennato in premessa, ad oggi il diritto d'incolato pertiene propriamente al cittadino e conseguentemente la disciplina del soggiorno dello straniero è rimessa (sia pur con alcune garanzie specifiche) al legislatore ordinario nel rispetto della cornice normativa fissata dal diritto dell'Unione europea. Sul dibattito relativo alle questioni connesse a questa stretta correlazione tra territorio e comunità di cittadini, mi permetto di rinviare a C. Corsi, *Straniero (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali VI*, Milano, Giuffrè, in corso di pubblicazione.

accomunando ad esempio condanne per reati di assai diversa gravità e senza attendere il passaggio in giudicato delle relative sentenze.

Come abbiamo visto, la Corte ha, comunque, confermato la possibilità di prevedere, da parte del legislatore, degli automatismi nella disciplina del soggiorno dello straniero, ed anzi nella impossibilità per le autorità preposte, almeno in molti casi, di valutare in concreto e nel suo complesso la posizione del soggetto, coglie una garanzia per la collettività e per i singoli (a scongiurare possibili arbitri da parte delle amministrazioni) ed una conferma del principio di legalità⁹². Ove, però, l'automatismo legislativo riveli una incoerenza, una illogicità, una parificazione di situazioni, in realtà, diverse e quindi una irragionevolezza, si viene a configurare una illegittimità della disciplina. È probabile quindi che la Corte sia nuovamente chiamata a valutare la congruità dei tanti poteri vincolati previsti dalla vigente disciplina che non sempre paiono corrispondere a quei requisiti di coerenza (ad esempio che siano chiaro indice di pericolosità del soggetto) e di proporzionalità che sono invece essenziali affinché una disciplina sia conforme a Costituzione. Potrebbe poi essere chiamata ad esaminare quelle ipotesi "opposte" in cui il legislatore lascia spazi di amplissima discrezionalità all'autorità amministrativa (basti pensare all'espulsione ministeriale) in cui è evidente il mancato rispetto del principio di legalità.

Inoltre, per questo profilo della disciplina dell'immigrazione, manca un parametro costituzionale (salvo siano coinvolti diritti fondamentali che pertengono a ciascun individuo) cui devono essere ancorate le scelte del legislatore e quindi tutto si gioca solo sul principio di ragionevolezza. Mi pare pertanto di poter osservare che nel bilanciamento di valori, fra l'interesse, da un lato, ad assicurare una ordinata permanenza nel territorio dello Stato, rispettosa delle regole generali sul soggiorno, e l'apprezzamento, dall'altro, della situazione in concreto dello straniero, si configuri un equilibrio difficile in cui tutti gli attori (legislatore, Corte costituzionale, autorità giudiziaria, amministrazione) sono chiamati a valutazioni complesse ed a ricercare sempre nuovi equilibri. Anche se non si può non rilevare quanto, ad oggi, siano maggiormente tutelate le esigenze

⁹² In più occasioni la Corte ha affermato «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione.... Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa», così da ultimo sentenza 7 aprile 2011, n. 115. Come emerge dalla stessa sentenza n. 115/2011 il rispetto del principio di legalità non comporta ovviamente la necessaria previsione di poteri vincolati, ove pertanto il legislatore detti una disciplina che non lascia margini di valutazione all'amministrazione deve dettare una disciplina univocamente coerente con la *ratio* della norma.

della statualità⁹³ e quanto, invece, sia fragile la posizione dello straniero in ordine alla permanenza sul territorio nazionale.

4. Ancora insufficienti le garanzie nei procedimenti espulsivi

Se nel paragrafo precedente ci siamo soffermati su alcune delle principali questioni che attengono ai presupposti di un atto di rimpatrio, molte e assai delicate sono le problematiche legate al procedimento espulsivo, alle sue modalità di attuazione ed alle relative garanzie.

Come già accennato, la direttiva rimpatri prevede una pluralità di modalità di allontanamento dello straniero ed una gradualità nel ricorso a misure coercitive, privilegiando in prima battuta la partenza volontaria: «se non vi è motivo di ritenere che ciò possa compromettere la finalità della procedura di rimpatrio, si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario al rimpatrio forzato e concedere un termine per la partenza volontaria» (decimo considerando).

È evidente che la nostra legislazione era completamente distonica rispetto agli obiettivi della direttiva, ma vedremo che anche la novella del 2011 non ha certo risolto tutti i problemi.

Innanzitutto non è stata modificata la struttura normativa che riflette un sistema in cui si voleva l'accompagnamento alla frontiera come modalità normale di esecuzione dell'espulsione. Ad esempio è stato lasciato invariato il disposto del terzo comma dell'art. 13: «l'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo», comma così modificato nel 2002 con la Bossi-Fini che aveva generalizzato l'accompagnamento alla frontiera, ma adesso non più in linea con il recepimento della direttiva.

Al quarto comma dell'art. 13 sono elencate le tante ipotesi in cui l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica e solo al quinto comma (e quindi in una sequenza non coerente col nuovo disegno del rimpatrio) si prevede che lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera, può chiedere al prefetto la concessione di un periodo per la partenza volontaria.

I casi di ricorso alle misure cautelari alternative al trattenimento in un CIE che dovrebbero rappresentare l'ipotesi principale (vedi art. 15 della direttiva «salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere...»), in realtà sono nell'ordine dei commi dell'art. 14 t.u. posposte alla disciplina del trattenimento.

⁹³ Per un'ampia ricostruzione dei poteri amministrativi in tema di ingresso e permanenza dello straniero nel territorio nazionale, vedi M. Savino, *Le libertà degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012.

È poi mantenuta, sia pur modificata, la previsione introdotta dalla Bossi-Fini, per la quale nel caso in cui vi sia una espulsione con accompagnamento alla frontiera ma non sia stato possibile trattenere lo straniero in un CIE ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni. E nonostante la sentenza *El Didri*, il legislatore non ha saputo astenersi dal comminare sanzioni penali (sia pur adesso pecuniarie) per il mancato rispetto di suddetto ordine.

Se delle incoerenze appaiono già dalla struttura del testo legislativo, ulteriori questioni si pongono, come vedremo, analizzando i singoli profili.

Ovviamente, come tutti i provvedimenti amministrativi, i decreti espulsivi devono essere motivati e questo obbligo è venuto ad assumere anche un rilievo maggiore dopo il recepimento della direttiva che vuole che le misure di rimpatrio siano decise caso per caso, valutando quindi tutte le specificità della situazione concreta e non limitandosi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare (vedi il sesto considerando). È importante infatti che la locuzione «caso per caso» aggiunta in più punti alla normativa vigente non diventi una formula di rito, ma comporti una valutazione attenta, con adeguata istruttoria dei singoli casi.

Inoltre il decreto di espulsione (con l'eventuale provvedimento di trattenimento) è comunicato all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e deve essere tradotto in una lingua conosciuta dall'interessato ovvero, se non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola (art. 13, comma settimo del t.u.). Dopo alcune prime pronunce della Corte di cassazione che autorizzavano il giudice del merito al sindacato di verosimiglianza e plausibilità dell'attestazione da parte dell'amministrazione della impossibilità di accesso alla traduzione in lingua nota⁹⁴, la giurisprudenza di legittimità si esprime nel senso che, ove lo straniero non comprenda l'italiano, la presenza di una attestazione di impossibilità di traduzione costituiva *condizione necessaria e sufficiente* per il passaggio alla traduzione in lingua "veicolare"⁹⁵.

⁹⁴ Cass. sez. I, 7 luglio 2001, n. 9264 e Cass. sez. I, 25 gennaio 2002, n. 879: «...la mancata traduzione del provvedimento nella lingua del paese d'origine dell'interessato comporta una lesione del suo diritto di difesa (Corte cost. 16 giugno 2000, nn. 198 e 227), né tale lesione è sanata dalla comunicazione del provvedimento con una traduzione in francese, inglese o spagnolo senza la preventiva giustificazione dell'impossibilità di rendere compiutamente noto il provvedimento al suo destinatario. Va considerato, infatti, al riguardo che, se al giudice non è consentito sindacare le modalità di organizzazione dei servizi della pubblica amministrazione, egli è pur sempre tenuto ad annullare il provvedimento di espulsione che non sia conforme alla legge, la quale consente la traduzione in una delle tre lingue suindicate solo "ove non sia possibile" quella in una lingua nota all'interessato: tale impossibilità è ravvisabile solo nel caso di mancata identificazione del paese di provenienza dello straniero privo di documenti ovvero nel caso di provenienza da un paese la cui lingua, per la sua rarità nell'ambito delle lingue conosciute, non consenta l'agevole reperibilità di un traduttore».

⁹⁵ Cass. sez. I, 16 aprile 2002, n. 5465: «se l'indicata attestazione e specificazione di "impossibilità" è condizione necessaria perché il decreto di espulsione sia immune dal vizio di nullità sotto il versante del suo requisito di esternazione, essa è anche condizione sufficiente per la sua validità, null'altro essendo richiesto alla Amministrazione

Parallelamente il Governo novellando il regolamento di attuazione del t.u. immigrazione⁹⁶ venne a includere tra le ipotesi di impossibilità di traduzione in una lingua conosciuta dall'interessato l'indisponibilità di personale idoneo.

Con una recente sentenza (sez. VI, 8 marzo 2012, n. 3678) la Corte è tornata a rivedere il suo precedente orientamento, affermando la possibilità di sottoporre a sindacato di ragionevolezza l'addotta impossibilità di procedere a traduzione in lingua conosciuta. La moltiplicazione esponenziale delle espulsioni, la formazione di flussi stabili di immigrati per nazionalità od etnie, la diffusione delle procedure di informatizzazione di tutte le comunicazioni dell'amministrazione, la prevalente invariabilità e ricorrenza delle ipotesi espulsive hanno indotto la Corte 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 ipotesi *standard*. Conseguentemente, per la Corte non può ritenersi un'ipotesi di impossibilità di traduzione nella lingua conosciuta dallo straniero, l'indisponibilità di personale idoneo quando trattasi di provvedimento dal contenuto standardizzato in una lingua comune a molti immigrati; pertanto «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».

Venendo ad esaminare in specifico le diverse modalità espulsive⁹⁷ ed *in primis* la partenza volontaria, essa è possibile solo qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento alla frontiera (vedi *infra*); occorre però sottolineare che la concessione di un periodo per la partenza volontaria deve essere chiesta al prefetto dallo straniero stesso e che il prefetto, valutato il singolo caso, con lo stesso provvedimento di espulsione, intima lo straniero a lasciare volontariamente il territorio nazionale, entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni⁹⁸. Tale termine può essere prorogato, ove necessario, per un periodo congruo, commisurato alle circostanze specifiche del caso

dal richiamato art. 13 comma 7 (che, sintomaticamente, non specifica affatto i casi di impossibilità od i parametri generali alla quale essa va ragguagliata) men che meno essendo ipotizzabile che il Giudice del merito svolga, al proposito un sindacato sulle possibilità concrete di effettuare immediate traduzioni e quindi sulle scelte organizzative della P.A.». Vedi anche Cass. sez. I, 29 novembre 2006, n. 25362.

⁹⁶ Art. 3, d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394 come modificato con d.p.r. 18 ottobre 2004, n. 334.

⁹⁷ L'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate (art. 19, 2-*bis*, t.u.).

⁹⁸ La questura, acquisita la prova dell'avvenuto rimpatrio dello straniero, avvisa l'autorità giudiziaria competente per l'accertamento del reato previsto dall'articolo 10-*bis*, ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere per intervenuta espulsione.

individuale, quali la durata del soggiorno nel territorio nazionale, l'esistenza di minori che frequentano la scuola ovvero di altri legami familiari e sociali, nonché l'ammissione a programmi di rimpatrio volontario ed assistito⁹⁹.

Come specifica la direttiva¹⁰⁰, gli Stati membri devono informare della possibilità di inoltrare tale richiesta; fornire, infatti, un'adeguata informazione è fondamentale per garantire un'effettiva tutela dei diritti del rimpatriando, anche perché in caso di mancata richiesta del termine, l'espulsione viene eseguita con accompagnamento alla frontiera e quindi con modalità incidenti sulla libertà personale. Il nostro legislatore ha previsto che sia la questura a dare adeguata informazione della facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria mediante schede informative plurilingue. In realtà appare incoerente la scelta di attribuire tale compito informativo alla questura le cui competenze riguardano se mai l'esecuzione del decreto di allontanamento e quindi uno stadio successivo rispetto al decreto espulsivo prefettizio nel quale, invece, si deve decidere sulla concessione del termine. Ai sensi, infatti, del quinto comma dell'art. 13 la commisurazione del termine per la partenza e la sua eventuale proroga devono tener conto della condizione specifica dell'interessato ed è verosimile ritenere che il prefetto nel decidere detto termine si basi sulle informazioni ricevute dalla questura, la quale al momento del rintraccio dello straniero deve accertarne la situazione complessiva e fornirgli le dovute informazioni. In tal modo non si consente, però, un contatto diretto tra interessato e prefetto, e diviene necessario un passaggio burocratico che sarebbe stato più opportuno evitare¹⁰¹.

Nei casi in cui viene concesso dal prefetto un termine, gravano comunque determinati oneri sullo straniero; innanzitutto il questore chiede di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilità dell'assegno sociale annuo. In realtà la *ratio* di tale previsione non è affatto chiara perché il termine è già stato concesso e non è prevista alcuna conseguenza nel caso lo straniero non abbia detta disponibilità.

Il questore dispone, altresì, una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Anche in questo caso si possono rilevare delle incongruenze, perché

⁹⁹ Cfr. art. 14 della direttiva rimpatri.

¹⁰⁰ Il nostro legislatore si è avvalso della possibilità prevista dall'art. 7 della direttiva in base alla quale la legislazione nazionale può prevedere che tale periodo sia concesso unicamente su richiesta dell'interessato. In tal caso gli Stati membri devono informare della possibilità di inoltrare tale richiesta.

¹⁰¹ Cfr. G. Savio, *La nuova disciplina delle espulsioni risultante dalla legge 129/2011*, in www.meltingpot.it.

nel momento in cui viene concessa la partenza volontaria significa che l'autorità ha escluso il rischio di fuga, e queste limitazioni appaiono come un appesantimento ultroneo. E come è stato rilevato, «vero è che la direttiva rimpatri consente, durante il periodo per la partenza volontaria l'imposizione di obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga, ma il sistema delineato dal legislatore italiano prevede un rigoroso esame in ordine alla sussistenza di tale rischio prima della concessione del termine per la partenza volontaria... così pare irragionevole l'imposizione di ulteriori cautele, quando il “filtro” è stato preventivamente attuato»¹⁰².

Sfugge inoltre la ragione di prevederne l'obbligatoria applicazione, che potrebbe prefigurare anche dubbi di compatibilità con gli artt. 3 e 13 Cost.¹⁰³

Dette misure sono adottate con provvedimento motivato ed hanno effetto dal momento della notifica all'interessato e devono poi essere convalidate dal giudice di pace (su istanza dell'interessato e sentito il questore, possono essere anche modificate o revocate dal giudice di pace), ma la procedura giurisdizionale così come configurata dal comma 5.2 dell'art. 13, t.u. presenta profili di incostituzionalità, perché non è prevista l'instaurazione di un contraddittorio attraverso un'udienza di convalida e la difesa tecnica non è necessaria, ma solo facoltativa: si prevede soltanto che l'interessato possa presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con una multa.

Lo straniero che non rispetta, senza un giustificato motivo, il termine per la partenza volontaria sarà destinatario di un ordine del questore di accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, comma 4) e nel caso non sia possibile procedere immediatamente all'allontanamento, né disporre il trattenimento in un CIE, il questore dovrà impartire l'ordine di allontanamento entro 7 giorni ai sensi dell'art. 14, comma 5-bis (vedi *infra*)¹⁰⁴.

Il quarto comma dell'art. 13 elenca le molte ipotesi in cui l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera¹⁰⁵, e soprattutto l'ampia configurazione del rischio di fuga¹⁰⁶

¹⁰² G. Savio, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, cit., p. 39.

Il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro e l'espulsione diviene eseguibile immediatamente dal questore. In tale ipotesi, ai fini dell'espulsione dello straniero, non è richiesto il rilascio del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Il questore esegue l'espulsione con accompagnamento alla frontiera, anche mediante le modalità previste all'articolo 14 del t.u.

¹⁰³ È stata anche prefigurata la possibilità di interpretare il comma 5.2 dell'art. 13 nel senso di una mera facoltatività di applicazione di dette misure in forza della possibilità del giudice di pace, in sede di convalida, di revocare (oltre che di modificare) le misure imposte dal questore; vedi A. Caputo, *I reati in materia di immigrazione*, cit., p. 25: «se in sede di verifica giurisdizionale le circostanze del caso concreto possono condurre alla revoca delle misure di cui al comma 5.2, già in sede di apprezzamento da parte dell'autorità amministrativa tali circostanze potrebbero essere ritenute idonee ad escludere la loro – provvisoria – applicazione».

¹⁰⁴ Se lo straniero non ottempera all'ordine ex art. 14, comma 5 bis è punito con una multa. Sulle incoerenze della disciplina relativa al mancato rispetto del termine per la partenza volontaria, vedi G. Savio, *op. ult. cit.*, pp. 44-45.

¹⁰⁵ Ai sensi dell'art. 13, quarto comma l'espulsione è eseguita tramite accompagnamento:

fa sì che ancora adesso la maggior parte delle espulsioni si attui in modo coercitivo, cosicché anche il recente decreto legge non ha risolto quel profilo di dubbia costituzionalità, che è stato già *supra* evidenziato, relativo al ricorso a misure limitative della libertà personale al di là di ipotesi eccezionali di necessità ed urgenza che legittimano, ex art. 13 terzo comma Cost., un provvedimento dell'autorità di pubblica sicurezza. Inoltre le circostanze individuate dal nostro legislatore da cui indurre il rischio di fuga «vengono apparentemente addebitate in chiave latamente sanzionatoria allo straniero ... anche quando il loro verificarsi non gli sia in alcun modo rimproverabile»¹⁰⁷. E soprattutto le previsioni ex lett. a) e b) allargano a dismisura le ipotesi di rischio di fuga, e preoccupa la rilevanza attribuita alla mancanza (anche incolpevole) del passaporto, mancanza che comporta anche ex art. 14, primo comma *bis* la non concessione di misure alternative alla detenzione, in contrasto con l'art. 9, par. 2 lett. b) e par. 3 della direttiva che dall'assenza di identificazione fa invece discendere il rinvio dell'allontanamento e la possibilità di imporre obblighi volti a scongiurare il rischio di fuga¹⁰⁸. Inoltre l'individuazione delle circostanze che comprovano il rischio di fuga deriva da una lettura in negativo degli obblighi che la direttiva consente di imporre per fronteggiare tale rischio (art. 7, par. 3): il legislatore italiano «presume il rischio di fuga ogniqualvolta gli obblighi suggeriti dalla direttiva rimpatri non sarebbero di facile e

a) nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 2, lettera c) del presente articolo, ovvero all'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155;

b) quando sussiste il rischio di fuga, di cui al comma 4-*bis*;

c) quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;

d) qualora, senza un giustificato motivo, lo straniero non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria, di cui al comma 5;

e) quando lo straniero abbia violato anche una delle misure di cui al comma 5.2 e di cui all'articolo 14, comma 1-*bis*;

f) nelle ipotesi di cui agli articoli 15 e 16 e nelle altre ipotesi in cui sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale;

g) nell'ipotesi di cui al comma 5.1.

¹⁰⁶ Estremamente ampia è la configurazione del rischio di fuga ai sensi del comma 4-*bis* dell'art. 13: esso si profila qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione:

a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità;

b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato;

c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità;

d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14;

e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2.

¹⁰⁷ Corte di cassazione, Documenti, *Novità legislative: D.l. 23 giugno 2011, n. 89*. Rel. n. III/08/2011.

¹⁰⁸ A. Liguori, *L'attuazione della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 3, pp. 22-23 e p. 28: «per il legislatore comunitario la mancanza di identificazione non esclude assolutamente la possibilità di rimpatrio volontario, ma fa semplicemente sorgere l'esigenza di predisporre delle misure *ad hoc* (quale presentarsi periodicamente alle autorità, fornire una garanzia finanziaria etc.)».

immediata applicazione giungendo così a confondere gli strumenti idonei a fronteggiare il rischio con la sua essenza»¹⁰⁹.

L'art. 13, comma 5-*bis* ne disciplina la convalida¹¹⁰ e stabilisce che in attesa della definizione del relativo procedimento lo straniero sia trattenuto in un centro di identificazione ed espulsione, salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili. Quando la convalida è concessa il provvedimento di accompagnamento alla frontiera diventa esecutivo, altrimenti perde ogni effetto, ferma restando la validità del decreto espulsivo¹¹¹. Avverso il decreto di convalida è proponibile ricorso per cassazione, ma la presentazione del ricorso non ha effetti sospensivi.

In ordine poi alla tutela giurisdizionale contro il decreto espulsivo, l'art. 13, comma ottavo, t.u. stabilisce che dette controversie sono regolate secondo il rito sommario di cognizione ai sensi dell'art. 18 del d.lg. n. 150/2011 e sono di competenza del giudice di pace. Resta, invece, la competenza del tribunale amministrativo regionale per i provvedimenti espulsivi adottati dal ministro dell'interno¹¹².

Un altro snodo complesso riguarda una fase eventuale del procedimento espulsivo con accompagnamento alla frontiera che concerne le ipotesi nelle quali non è possibile eseguire con immediatezza il rimpatrio a causa di situazioni transitorie che ne ostacolano la preparazione o l'effettuazione. E come specifica l'art. 14 tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre al configurarsi del rischio di fuga, anche quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità

¹⁰⁹ G. Savio, *op. ult. cit.*, p. 37.

¹¹⁰ Nei casi di esecuzione dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera «il questore comunica immediatamente e, comunque, entro quarantotto ore dalla sua adozione, al giudice di pace territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. L'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida. L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito. L'interessato è anch'esso tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza. Lo straniero è ammesso all'assistenza legale da parte di un difensore di fiducia munito di procura speciale. Lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato e, qualora sia sprovvisto di difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito dei soggetti iscritti nella tabella di cui all'articolo 29 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, nonché, ove necessario, da un interprete. L'autorità che ha adottato il provvedimento può stare in giudizio personalmente anche avvalendosi di funzionari appositamente delegati. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dal presente articolo e sentito l'interessato, se comparso».

¹¹¹ A seguito dell'approvazione del d.l. n. 144/2005 i provvedimenti espulsivi di competenza del ministro (sia quelli ex art. 13, primo comma t.u., sia quelli ex art. 3, d.l. n. 144/2005) erano eseguiti (fino al 31 dicembre 2007) immediatamente anche in deroga alle disposizioni del comma 5-*bis* dell'art. 13 t.u. e quindi anche prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Evidenti erano i profili di illegittimità della norma per mancato rispetto della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. Vedi art. 3, commi secondo e sesto, d.l. n. 144/2005.

¹¹² Sui profili di legittimità costituzionale della disciplina della tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti espulsivi adottati ai sensi dell'art. 13, primo comma t.u. e dell'art. 3, d.l. n. 144/2005, cfr. Corte cost. sent. 14 dicembre 2007, n. 432.

ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo. In tal caso il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il CIE più vicino.

Anche in questo caso i presupposti per il trattenimento sono disegnati in materia assai lata, con poco rispetto della riserva assoluta di legge dell'art. 13 Cost. e della direttiva rimpatri che all'art. 15 dispone che possa essere disposto il trattenimento solo se nel caso concreto non possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive e soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino di paese terzo evita o ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Il provvedimento di trattenimento è soggetto alla convalida del giudice di pace ed il questore del luogo in cui si trova il CIE trasmette copia degli atti al giudice territorialmente competente senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. Il giudice provvede alla convalida con decreto motivato entro le quarantotto ore successive¹¹³. A questo proposito vale la pena ricordare l'importante sentenza della Corte costituzionale 10 aprile 2001, n. 105 nella quale si precisa che in sede di convalida del trattenimento si deve svolgere «un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l'esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia. Il giudice dovrà rifiutare la convalida tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione manchi del tutto, quanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge»¹¹⁴. Va, però, anche rilevato che la giurisprudenza di legittimità ha un diverso orientamento prevalente¹¹⁵, in base al quale al giudice della convalida spetta soltanto verificare l'esistenza e l'efficacia dell'espulsione e le condizioni legittimanti la misura coercitiva temporanea¹¹⁶.

¹¹³ Il giudice deve verificare l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 13 e dall'articolo 14, escluso il requisito della vicinanza del centro di identificazione e di espulsione, e sentire l'interessato, se comparso. Il provvedimento cessa di avere ogni effetto qualora non sia osservato il termine per la decisione. La convalida può essere disposta anche in occasione della convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, nonché in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione.

¹¹⁴ Tale giudizio ha chiaramente natura incidentale, dovendo poi l'interessato adire il giudice di pace per l'impugnativa e l'annullamento dell'atto di espulsione.

¹¹⁵ Sul limite della scelta della Corte di adottare una sentenza interpretativa che lascia «la soluzione del problema alla sensibilità ed alla buona volontà del singolo giudice», vedi G. Bascherini, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 1691 ss.

¹¹⁶ Cfr. Corte cassazione sez. VI, 27 luglio 2010, n. 17575 per la quale eventuali vizi del provvedimento espulsivo devono essere dedotti in sede di ricorso avverso l'espulsione stessa, spettando al giudice della convalida del trattenimento solo un controllo limitato alla esistenza ed efficacia del decreto espulsivo e non esteso alle ragioni che avrebbero potuto portare al suo annullamento ove rappresentate in sede propria. Vedi anche sez. VI, 29 novembre 2010, n. 24166.

Quanto al termine massimo, si prevede che attraverso proroghe, esso possa giungere fino a diciotto mesi¹¹⁷: il nostro legislatore ha, infatti, accolto la possibilità prevista dalla direttiva di prolungare la detenzione amministrativa fino ad un anno e mezzo (possibilità che ha fatto parlare di «direttiva della vergogna»), proseguendo nel cammino di allungamento dei termini del trattenimento, i quali dal 1998 ad oggi sono passati da un massimo di trenta giorni a ben diciotto mesi. Siffatta evoluzione non può non interrogarci sulla opportunità di un ripensamento da parte anche della stessa Corte in ordine alla costituzionalità del vigente “sistema del trattenimento” e delle relative tutele giurisdizionali: se in alcune decisioni risalenti ad una decina di anni fa non erano state rilevate violazioni delle garanzie di cui all’art. 13 Cost.¹¹⁸, occorre anche ricordare che allora era previsto un trattenimento massimo di venti giorni prorogabili per ulteriori dieci¹¹⁹.

Spiace poi rilevare che il nostro legislatore continui a non disciplinare l’udienza di convalida dei provvedimenti di proroga. È vero che una recente sentenza della Corte di cassazione ha asseverato che sarebbe di solare evidenza la incostituzionalità della norma sulla proroga che facesse di essa un meccanismo di controllo officioso della richiesta al di fuori delle garanzie della difesa nel regolare contraddittorio e con possibilità di audizione dell’interessato¹²⁰, ma un intervento legislativo sarebbe stato opportuno, tenuto anche conto che nella prassi degli uffici dei giudici di pace non sempre le udienze di proroga vengono celebrate.

Deve essere poi stigmatizzato che il nostro legislatore non ha riprodotto né l’ultimo capoverso dell’art. 15, par. 1 della direttiva secondo il quale «il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio», né l’art. 15, par. 3 che prevede la possibilità di riesame del trattenimento, né l’art. 15

¹¹⁷ La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni. Qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il termine di ulteriori trenta giorni. Anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice. Trascorso tale termine, qualora permangano le condizioni indicate al comma 1, il questore può chiedere al giudice di pace la proroga del trattenimento per un periodo ulteriore di sessanta giorni. Qualora persistono le condizioni di cui al quarto periodo, il questore può chiedere al giudice un'ulteriore proroga di sessanta giorni. Il periodo massimo complessivo di trattenimento non può essere superiore a centottanta giorni. Qualora non sia stato possibile procedere all'allontanamento, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice di pace la proroga del trattenimento, di volta in volta, per periodi non superiori a sessanta giorni, fino ad un termine massimo di ulteriori dodici mesi. Il questore, in ogni caso, può eseguire l'espulsione e il respingimento anche prima della scadenza del termine prorogato, dandone comunicazione senza ritardo al giudice di pace.

¹¹⁸ Corte cost., sent. 10 aprile 2001, n. 105; ord. 6 dicembre 2001, n. 385; ord. 26 febbraio 2002, n. 35.

¹¹⁹ Cfr. A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, (Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009), Napoli, Jovene, 2010, pp. 364 ss.

¹²⁰ Cfr. Cass. sez. I, sent. 24 febbraio 2010, n. 4544, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 2, pp. 169 ss. Per la Cassazione la strada non è però quella di una rimessione della questione alla Corte costituzionale, essendo possibile una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni del t.u. che porta ad estendere alla proroga le garanzie fissate per la convalida del trattenimento dall’art. 14, comma quarto t.u.

par. 4 che prevede che «quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata»¹²¹. Si deve comunque ritenere che in base al principio per il quale occorre interpretare la legislazione nazionale in senso conforme alla normativa europea ed al principio che vuole che le norme sufficientemente dettagliate di una direttiva siano direttamente applicabili, le disposizioni di cui all'art. 15 costituiscono parametri di cui il giudice di pace deve tener conto. Resta, comunque, il problema della mancata disciplina di una procedura di riesame; «né pare possibile ritenere la proroga del trattenimento istituito equipollente al riesame non fosse altro perché la proroga è richiesta dal questore ed è volta al mantenimento della privazione della libertà e non certo alla sua cessazione»¹²².

Novità introdotta con la novella del 2011 è la previsione per la quale (eccetto nei casi di espulsione per motivi di ordine pubblico o prevenzione di terrorismo), in luogo del trattenimento, possono essere imposte una o più delle misure cautelari amministrative già menzionate trattando dell'istituto della partenza volontaria; la loro applicazione è rimessa, in questo caso, alla valutazione discrezionale del questore. In realtà la direttiva vorrebbe che l'applicazione di misure alternative fosse la regola, perché solo ove nel caso concreto non possano essere efficacemente applicate dette misure, si dovrebbe disporre la detenzione amministrativa. Il nostro legislatore ha invece previsto il trattenimento come strumento ordinario e lasciato un'ampia discrezionalità al questore in ordine alla concessione delle stesse. Ovviamente il provvedimento che dispone dette misure deve essere convalidato dal giudice di pace¹²³.

Non si può, infine, non stigmatizzare che le misure irrogate a fini cautelari nel caso di partenza volontaria sono le stesse di quelle previste in sostituzione del trattenimento, pur essendo diversi i presupposti applicativi. Anche in questo caso occorre rilevare una incongruenza nel dettato legislativo che parifica nel trattamento due situazioni ben diverse.

Come già accennato, il d.l. n. 89 del 2011 ha mantenuto, pur modificandola, la disposizione introdotta dalla Bossi-Fini (art. 14, comma 5-*bis*) per la quale (in caso s'intende di espulsione che può essere eseguita con accompagnamento coattivo alla frontiera) qualora non sia stato possibile eseguire l'accompagnamento, né trattenere lo straniero in un CIE ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento, il questore ordina allo straniero di lasciare il

¹²¹ A. Liguori, *L'attuazione*, cit., p. 24.

¹²² G. Savio, *op. cit.*, p. 42.

¹²³ La procedura di convalida è analoga a quella prevista per le misure cautelari nelle ipotesi di partenza volontaria. Lo straniero che violi anche una sola delle misure cautelari commette un reato punito con la multa e deve essere immediatamente allontanato dal territorio dello Stato, ove ciò non sia possibile il questore provvede al trattenimento in un CIE o impartisce l'ordine di allontanamento entro sette giorni ex art. 14, quinto comma *bis*.

territorio dello Stato entro il termine di sette giorni¹²⁴. Il legislatore ha giustificato la permanenza di questo istituto «allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione...»¹²⁵; in realtà tale affermazione è priva di senso, in quanto detto ordine del questore si basa sull'impossibilità di eseguire immediatamente il rimpatrio e sull'impossibilità di trattenere lo straniero in un centro di permanenza¹²⁶.

Questa modalità espulsiva che parrebbe ad una lettura del testo normativo ipotesi residuale, costituisce, invece, nella prassi la modalità più frequente e rivela anche tutta la contraddittorietà del disegno degli attuali meccanismi di rimpatrio. Nonostante infatti la novella del 2011, le ipotesi di partenza volontaria sono state configurate in modo assolutamente restrittivo quando invece essa dovrebbe essere la modalità da privilegiare; pertanto la maggior parte delle espulsioni prevede l'accompagnamento alla frontiera ma nell'impossibilità di eseguirlo effettivamente o di trattenere lo straniero in un CIE, si finisce per “tornare” ad un ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato. Ordine la cui violazione già punita con la reclusione a uno a quattro anni, è oggi sanzionata, salvo che sussista il giustificato motivo, con una multa e comporta l'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento, e qualora per l'esecuzione di questo secondo provvedimento non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera si procede o al trattenimento dello straniero in un CIE o si adotta un nuovo ordine di lasciare il territorio dello Stato sempre ai sensi del comma 5-*bis* dell'art. 14. L'eventuale violazione anche dell'ordine di allontanamento disposto ai sensi dell'art. 14 comma 5-*ter* è punita sempre con una multa, ma di importo più consistente, e qualora per l'esecuzione di questo secondo provvedimento non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera si procede o al trattenimento dello straniero in un CIE o si adotta un nuovo ordine di lasciare il territorio dello Stato (vedi art. 14, comma 5-*quater*).

Ciò che appare evidente è l'impossibilità di attuare la stragrande maggioranza dei rimpatri in modo coercitivo (anche solo per mancanza di uomini e mezzi) e che si finisce (salvo l'ipotesi di trattenimento in un CIE) per tornare, come in una sorta di «gioco dell'oca», ad un ordine di allontanamento la cui inottemperanza viene sanzionata penalmente. Inoltre, come è stato rilevato,

¹²⁴ In base alla riforma del 2002 il termine per lasciare il territorio dello Stato era di cinque giorni, con le modifiche del 2011 è stato portato a sette (termine minimo previsto dalla direttiva rimpatri per la partenza volontaria), ma il termine dei sette giorni previsto dalla normativa europea si riferisce ad ipotesi del tutto diversa da quella disciplinata dall'art. 14 comma 5-*bis*, si è trattato pertanto di una parvenza di adeguamento alla direttiva.

¹²⁵ Così l'*incipit* del comma 5-*bis* dell'art. 14, t.u.

¹²⁶ Come ebbi modo di rilevare già in sede di commento alla legge Bossi-Fini (C. Corsi, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 3080), questa disposizione presenta non pochi profili di illogicità. Il trattenimento presso un centro è ordinato quando non è possibile procedere all'allontanamento dello straniero colpito da un provvedimento espulsivo immediatamente esecutivo, e se non c'è stata la possibilità di effettuare l'allontanamento immediatamente è probabile che dopo pochi giorni non siano venuti meno gli ostacoli che hanno impedito tale allontanamento.

non si può che restare perplessi di fronte alla previsione di una sanzione penale (la multa) «che - da un punto di vista generalpreventivo - non rivestirà alcuna efficacia deterrente e che - da un punto di vista organizzativo - costituirà ulteriore fattore di ingolfamento dei già oberati uffici giudiziari»¹²⁷. Nonostante la sentenza *El Didri*, il nostro legislatore non ha saputo astenersi dal far, ancora, ricorso a sanzioni penali inutili e che contribuiscono solo a rendere più farraginoso il quadro normativo.

Farragine incrementata dalla modifica dell'art. 16 del t.u. che ha previsto la possibilità per il giudice di comminare l'espulsione con accompagnamento in sostituzione della multa per mancato rispetto di un ordine di allontanamento: «un'altra espulsione, dunque, stavolta disposta dal giudice che si somma e si affianca a quella disposta dal prefetto», in contrasto alla direttiva rimpatri che esclude la reiterazione del provvedimento di espulsione, in quanto esso continua a produrre i propri effetti nei confronti della persona che non si è allontanata¹²⁸.

Ugualmente si affianca all'espulsione amministrativa l'espulsione giudiziale a titolo di sanzione sostitutiva in relazione al reato di ingresso e soggiorno illegali nel territorio dello Stato (art. 10-bis t.u.)¹²⁹, in quanto il giudice può sostituire l'ammenda con un provvedimento espulsivo immediatamente esecutivo, salvo non ricorrano le cause ostative di cui all'art. 14, primo comma t.u.¹³⁰.

¹²⁷ A. Natale, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Didri*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 2, p. 34.

¹²⁸ C. Favilli, *L'attuazione*, cit., pp. 720-721 ss.

¹²⁹ Come già accennato, la Corte (sent. 8 luglio 2010, n. 250) ha rigettato la questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 10-bis t.u. (vedi *supra* nota n. 24), ma non tutti i dubbi sono stati dissipati. Se infatti la Corte riconosce che «il legislatore mostra di considerare l'applicazione della sanzione penale come un esito "subordinato" rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente», come è confermato anche dall'esclusione del nulla osta e dalle discipline della sentenza di non luogo a procedere per avvenuto allontanamento e dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva. Tale assetto normativo, ad avviso della Corte, non comporterebbe tuttavia «che il procedimento penale per il reato in esame sia destinato, a priori, a rappresentare un mero "duplicato" del procedimento amministrativo di espulsione», in quanto in un largo numero di casi non è possibile per la pubblica amministrazione dare corso all'esecuzione dei provvedimenti espulsivi.

Per una critica a questo passaggio della sentenza vedi A. Caputo, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 1202 ss. che sottolinea che anche nei casi in cui non è possibile dare corso all'esecuzione dei provvedimenti espulsivi, il sistema delineato dal testo unico non è *disarmato* potendosi ricorrere al trattenimento o all'ordine di allontanamento, ordine peraltro tutelato penalmente. Conseguentemente, sebbene la sentenza abbia escluso violazioni del principio di ragionevolezza, non tutti i dubbi sono stati dissipati in quanto la sfera applicativa della norma incriminatrice coincide con quella dell'espulsione amministrativa ed il fine dell'allontanamento dello straniero sarebbe già conseguibile in via amministrativa. Tanto che si può dire che l'art. 10-bis priva la sanzione penale di un'autonoma funzione rendendola eventuale e subordinata rispetto all'allontanamento amministrativo dello straniero, disvelando l'intrinseca irragionevolezza della norma incriminatrice e la sua incompatibilità con il principio della *extrema ratio*. Cfr. anche L. Masera, *Costituzionale il reato di clandestinità*, cit., pp. 52-53 e F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione*, cit., p. 26 che mette in luce l'inidoneità dello strumento penale ed il difetto di qualsiasi effettività del meccanismo predisposto dal legislatore con l'art. 10-bis del t.u.

¹³⁰ Art. 16, primo comma t.u.: «Il giudice... nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni». È probabile che l'espulsione disposta dal giudice vada ad aggiungersi a quella già disposta dal prefetto.

Anche per l'art. 10-*bis* si è prospettata una violazione del “sistema rimpatri” delineato dalla normativa europea¹³¹, ed il Tribunale di Rovigo sollevò nel luglio 2011 un rinvio pregiudiziale nel quale, in estrema sintesi, chiedeva: se fosse compatibile con la direttiva rimpatri, qualora ricorressero le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, t.u., la sanzione dell'ammenda nell'ipotesi in cui lo straniero non fosse solvibile e non richiedesse la conversione in lavoro sostitutivo, in quanto in tale ipotesi (in concreto la più frequente) la pena pecuniaria si converte nell'obbligo di permanenza domiciliare pari a 45 giorni e quindi con una limitazione della libertà personale dello straniero, senza che tale privazione sia collegata alla concreta possibilità di preparare l'allontanamento¹³². Il giudice chiedeva, inoltre, se fosse compatibile con la direttiva rimpatri che si procedesse alla sostituzione della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera senza il rispetto delle garanzie procedurali previste dalla direttiva stessa (in quanto si finiva per adottare un provvedimento di allontanamento di tipo coercitivo, espulsione giudiziale, in contraddizione con le garanzie della direttiva).

Con sentenza 6 dicembre 2012, causa C-430/11 *Sagor* la CGUE ha dichiarato che la direttiva 2008/115/CE non osta alla normativa di uno Stato membro che sanziona il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con una pena pecuniaria sostituibile con la pena dell'espulsione, e che, invece, osta alla normativa di uno Stato membro che consente di reprimere il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con un obbligo di permanenza domiciliare, senza garantire che l'esecuzione di tale pena debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile il trasferimento fisico dell'interessato fuori di tale Stato membro¹³³.

Anche se la Corte non ha rilevato una incompatibilità della sanzione sostitutiva espulsiva, a fronte del rilievo mosso dal Tribunale di Rovigo per il quale il meccanismo dell'art. 10-*bis* finisce per impedire la procedura della partenza volontaria, osserva che il par. 4 dell'art. 7 della direttiva consente agli Stati membri di astenersi dal concordare un periodo per la partenza volontaria in

¹³¹ Il profilo della violazione da parte dell'art. 10-*bis* dell'art. 117 Cost. in ragione del possibile contrasto con la direttiva rimpatri fu respinto e non affrontato dalla Corte nella sentenza n. 250/2010, in quanto il termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva non era ancora scaduto.

¹³² Cfr. L. D'Ambrosio, *Se una notte d'inverno un... sans papiers. La Corte di giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla “direttiva rimpatri”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, www.penalecontemporaneo.it: anche ove ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, t.u. e quindi non si proceda alla sostituzione della pena con la misura dell'espulsione, ma all'irrogazione della sanzione pecuniaria, «tale pena si rivelerebbe anch'essa idonea ad ostacolare l'applicazione delle norme e delle procedure comuni stabilite dalla “direttiva rimpatri” alla luce di quanto statuito nella sentenza *Achugabian*». L'art. 10-*bis* avrebbe infatti l'effetto di precludere che all'accertamento dell'irregolarità del soggiorno faccia seguito l'applicazione in via prioritaria della procedura di rimpatrio; esso consentirebbe di anteporre all'esecuzione della decisione di rimpatrio un procedimento penale che ha comunque l'effetto di ritardare l'allontanamento dello straniero irregolare.

Vedi anche E. Lanza, *Riflessioni sulla compatibilità del reato di immigrazione illegale con la Direttiva rimpatri*, in *Gli stranieri*, 2011, n. 3, pp. 167 ss.

¹³³ La Corte rileva che irrogare ed eseguire una pena di permanenza domiciliare nel corso della procedura di rimpatrio non contribuisce alla realizzazione dell'allontanamento, anzi l'obbligo di permanenza domiciliare è idoneo a ritardare e quindi ad ostacolare quelle misure che contribuiscono alla realizzazione dell'allontanamento.

particolare qualora esista il rischio che l'interessato fugga per sottrarsi alla procedura di rimpatrio e che qualsiasi valutazione al riguardo deve fondarsi su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato. Tale affermazione deve essere interpretata nel senso che la sanzione sostitutiva dell'espulsione giudiziale può essere adottata solo ove sussista un rischio di fuga.

Non è questa la sede per approfondire tutti i risvolti della sentenza *Sagor*, ma sebbene la Corte di giustizia non abbia dichiarato la totale incompatibilità della disposizione contenuta nell'art. 10-*bis* con la normativa europea, si può senz'altro affermare che le incongruenze e le difficoltà di armonizzazione di quel che resta dell'art. 10-*bis* con le altre disposizioni che disciplinano il rimpatrio dello straniero sono manifeste.

5. *Aspettando un intervento organico del legislatore*

Mi pare che emerga con evidenza, dal sia pur sintetico quadro ricostruttivo qui offerto, che le modalità espulsive disciplinate dalla vigente legislazione siano gravemente carenti sul piano delle garanzie costituzionali (e soprattutto del rispetto della libertà personale dello straniero, la cui limitazione nell'ambito delle procedure espulsive è divenuta la regola e non l'eccezione) e sul piano di un reale rispetto della normativa europea.

L'intervento legislativo del 2011 è stato un intervento tampone che ha novellato in alcuni suoi articoli il t.u., quando invece sarebbe stato necessario un ripensamento complessivo della disciplina delle espulsioni ed un adeguamento alla *ratio* della direttiva rimpatri. Ma tutt'altro era l'intento del nostro legislatore; basti pensare che uno dei motivi dell'introduzione del reato d'ingresso e soggiorno illegali nel territorio dello Stato (art. 10-*bis* t.u.) era stato quello di evitare l'attuazione della direttiva rimpatri fondandosi sull'art. 2, par. 2 lett. b) della direttiva che consente di non applicare le disposizioni della direttiva stessa ai cittadini di paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale e come conseguenza di una sanzione penale. In realtà tale interpretazione non sarà ritenuta sostenibile¹³⁴, ma ci dice molto sulla politica legislativa italiana in tema di immigrazione.

La progressiva criminalizzazione di comportamenti non rispettosi della disciplina sul soggiorno e con sanzioni evidentemente sproporzionate alla gravità dei fatti ha risposto più a logiche di retorica politica che alla messa punto di un sistema, al contempo, efficace e rispettoso dei diritti fondamentali degli individui¹³⁵. Infine anche il legislatore del 2011 ha perseverato nella previsione di sanzioni penali, sia pur pecuniarie, difficilmente esigibili e di scarsa efficacia general-preventiva, le quali hanno reso talvolta inestricabile il quadro normativo, dato l'affiancarsi alla

¹³⁴ C. Favilli, *L'attuazione*, cit., pp. 701-702; F. Viganò, L. Maserà, *Illegittimità comunitaria*, cit., pp. 584 ss.

¹³⁵ Cfr. M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, pp. 114-115 che parla di politica dell'esclusione penalmente armata; vedi anche p. 130 ove si stigmatizza la richiesta «al “penale” di svolgere funzioni irrazionali apotropache: non di sussidiarietà, ma di *prima ratio*, secondo i percorsi dell'*horror vacui* punitivo e di tutela».

espulsione amministrativa dell'espulsione giudiziale quale sanzione sostitutiva della condanna per uno di questi reati.