

A.S.G.I.

SEMINARIO DI STUDI SUL TEMA:

“Trattenimenti, espulsioni e reato di ingresso e soggiorno irregolare – Analisi delle prassi amministrative ed aggiornamenti giurisprudenziali alla luce della recente disciplina delle espulsioni risultante dalla legge 129/2011 di recepimento della direttiva rimpatri e delle vicende legate agli arrivi di cittadini extraUE dal Nord Africa”

Sasso Marconi, 14 settembre 2011

La nuova disciplina delle espulsioni e dei reati connessi risultante dalla legge 129/2011

Guido Savio

1. Delimitazione dell'indagine

La legge 2.8.2011, n. 129 ha convertito in legge, con poche modifiche, il D.L. 23.6.2011, n. 89, recante *“Disposizioni urgenti per il completamento e l’attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi irregolari”*.

Due sono dunque gli obiettivi della L. 129/11:

- la completa attuazione della direttiva del 2004 sulla libera circolazione dei cittadini comunitari, già recepita nel D. Lgs. 30/07, modificato con il D. Lgs.32/08 ed ora nuovamente novellato: ma di questo tema non ci occupiamo,
- la trasposizione nel diritto interno della direttiva rimpatri del 2008, attuazione tardiva poiché il termine massimo di recepimento era già scaduto il 24.12.2010, che costituisce l’oggetto di questo incontro di studio.

Una considerazione iniziale s’impone: mentre tutte le direttive U.E. sono state sempre recepite con lo strumento del decreto legislativo, in questo caso il legislatore ha fatto ricorso al decreto legge, dettato dalla straordinaria necessità ed urgenza di colmare un vuoto normativo determinatosi a seguito della nota sentenza della Corte di giustizia dell’U.E. dello scorso 24 aprile nella causa El Dridi che ha sancito l’illegittimità comunitaria delle norme penali che sanzionavano l’inottemperanza all’ordine questorile di allontanamento (art. 14, co. 5 ter, quater e quinquies).

Va detto che questa necessità il Governo italiano se l’è cercata, l’effetto della sentenza della CGE non era affatto imprevedibile, ma è stato determinato dall’inerzia del legislatore che ha lasciato

colpevolmente scadere i termini massimi per la trasposizione nel diritto interno delle norme sovranazionali. Con la conseguenza, forse anch'essa voluta, che l'adeguamento è stato frettoloso, incompleto e in parte assai carente.

Prenderemo quindi in esame i novellati artt. 13,14, 14 ter e 19, co. 2 bis D. Lgs. 286/98.

2. Le modifiche all'art. 13 D. Lgs. 286/98

2.1 L'obbligo sussistente in capo al prefetto di disporre l'espulsione "caso per caso"

Per le ipotesi di espulsioni prefettizie, il co. 2 dell'art. 13 T.U. prevede ora che il prefetto le disponga "*caso per caso*". Questa novità costituisce adeguamento alla direttiva rimpatri che, in più occasioni, prescrive che le decisioni di rimpatrio siano adottate tenendo nel debito conto le esigenze specifiche di ogni singolo caso¹.

Quale può essere l'impatto di questa modifica sui decreti espulsivi e sui relativi ricorsi in opposizione?

Il rischio è che la disposizione resti una prescrizione di carattere generale, una sorta di norma d'indirizzo programmatico senza efficacia sostanziale. Occorrerà vedere come, nelle singole disposizioni che esamineremo, potrà trovare concreta attuazione.

Deve essere comunque un criterio di valutazione che orienta il giudice nella valutazione della legittimità delle espulsioni.

È una norma che potrebbe essere ampiamente valorizzata ed è idonea ad incrinare il c.d. "automatismo espulsivo", se è vero che il considerando n. 6 della direttiva prevede espressamente che le decisioni di rimpatrio non debbano limitarsi "*a prendere in considerazione il semplice soggiorno irregolare*". È una previsione analoga a quella contenuta nel comma 2 bis dello stesso art. 13 T.U. – ex D. Lgs. 5/2007 - in tema di espulsione dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o del familiare ricongiunto, ove le ragioni dell'allontanamento per ingresso o soggiorno illegale (art. 13, co. 2, lett. a) e b) TU) debbono essere bilanciate con la durata ed effettività dei vincoli familiari, con la durata del soggiorno in Italia e con l'esistenza di legami con il Paese d'origine.

¹ Cfr. Considerando n. 6 (*In conformità dei principi generali del diritto dell'Unione europea, le decisioni si sensi della presente direttiva dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare*); art. 7, §2 (proroga del termine per la partenza volontaria tenendo conto delle esigenze specifiche del caso individuale); art. 9, §2 (rinvio dell'allontanamento tenendo conto delle circostanze specifiche di ciascun caso); art. 11, §2 (la durata del divieto di reingresso è determinata tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso ...); art. 14, §1 (garanzie prima del rimpatrio: mantenimento dell'unità familiare, erogazione di prestazioni sanitarie d'urgenza, accesso al sistema educativo di base per i minori, obbligo di tener conto delle esigenze particolari delle persone vulnerabili).

Pertanto, la nuova previsione di legge impone al prefetto lo svolgimento di adeguata istruttoria il cui contenuto deve risultare da completa motivazione nel testo del decreto di espulsione, il che non significa che la potestà espulsiva non si caratterizzi più come “atto dovuto”, l’atto espulsivo continua ad essere “dovuto” dopo attenta valutazione di ogni circostanza specifica del singolo caso che dovrà risultare nella motivazione dell’atto soggetto al sindacato del giudice, in caso di opposizione all’espulsione o di convalida dell’accompagnamento, del trattenimento o di proroga dello stesso.

2.2 L’attribuzione di forza di legge al permesso di soggiorno per motivi umanitari: una estrinsecazione concreta della “valutazione caso per caso”

La novella in esame prevede ora espressamente – all’art. 5, co. 6 T.U. – che *“il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione”*. L’art. 11, co. 1, lett. c ter) D.P.R. 394/99 già prevedeva il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, nei casi di cui all’art. 5, co. 6 e 19, co. 1 T.U., previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato, ovvero previa acquisizione dall’interessato di documentazione riguardante i motivi della richiesta relativi ad *“oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l’allontanamento dal territorio nazionale”*. La novità consiste in questo: mentre prima della L. 129/11 il permesso di soggiorno per motivi umanitari era previsto solo da una disposizione regolamentare, ora ha forza di legge e costituisce attuazione dell’art. 6, § 4 della direttiva rimpatri che consente agli Stati membri il rilascio – in qualsiasi momento – di un titolo di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura. La norma europea conclude con la previsione che *“qualora sia già stata emessa, la decisione di rimpatrio [id est l’espulsione] è revocata o sospesa per il periodo di validità del titolo di soggiorno”*.

Questa importante previsione impone una valutazione caso per caso di ogni singola situazione e obbliga la P.A. al rilascio del titolo di soggiorno umanitario, ove sussistano i presupposti, ma obbliga anche il giudice, in sede di ricorso avverso l’espulsione o di convalida dell’allontanamento, del trattenimento o della sua proroga, a valutare la reale sussistenza di tali presupposti – evidentemente ove dedotti – e conseguentemente a revocare o sospendere la decisione di rimpatrio. Si pensi ad esempio allo straniero irregolare e non iscritto al SSN nei cui confronti vengano erogate prestazioni o cure essenziali, urgenti, ancorché continuative per malattia o infortunio ai sensi dell’art. 35, co. 3,4 e 5 TU.

Già con la sentenza 252/2001 la Corte costituzionale faceva comunque salva *“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” come appunto l'espulsione o la sua esecuzione coattiva, che dovrà essere revocata o sospesa in presenza di *“oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dal territorio nazionale”*.

2.3 Le modifiche all'art. 13, co. 2 lett. b) D. Lgs. 286/98

Mentre le lettere a) e c) dell'art. 13, co. 2, T.U. restano immutate, la legge 129/11 introduce due novità nelle ipotesi di espulsione per irregolarità del soggiorno di cui alla lett. b) della stessa norma: A) viene espressamente richiamato l'obbligo di disporre l'espulsione *“ se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'art. 1, co. 3, della legge 13.9.2007, n. 68”*², cioè se si trattiene oltre il termine massimo di tre mesi, o in quello eventualmente inferiore indicato nel visto d'ingresso, per i soggiorni di breve durata. Tuttavia, siccome tale previsione è già contenuta nell'art. 3, L. 68/2007 – che espressamente richiama la sanzione dell'espulsione di cui all'art. 13 T.U. – l'inserimento di tale ipotesi nel corpo dell'art. 13 pare ultronea e sicuramente non dettata da esigenze di adeguamento alla direttiva rimpatri;

B) si introduce, tra le fattispecie espulsive, l'ipotesi del permesso di soggiorno “rifiutato”, colmando così una lacuna normativa, che non pochi problemi interpretativi aveva posto in passato.

Sorge tuttavia una questione di estremo rilievo nella prassi: come si coordina questa disposizione con quella contenuta nell'art. 12 D.P.R. 394/99 (regolamento di attuazione del T.U.) che prevede, in caso di rifiuto di permesso di soggiorno, la concessione di un “termine di grazia” non superiore a 15 gg. lavorativi per il volontario esodo dal T.N., con l'avvertenza che, in difetto, si procederà all'adozione dell'espulsione ai sensi dell'art. 13 T.U.?

Porsi questa domanda significa chiedersi quando inizia il soggiorno irregolare dello straniero che si vede rifiutata la sua domanda – tempestivamente proposta – di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno? La questione è di estrema rilevanza anche per la contravvenzione di cui all'art. 10 bis T.U. con riferimento alla condotta di irregolarità del soggiorno, reato omissivo proprio per il quale la legge non pone un termine per l'adempimento.

Una risposta ragionevole al quesito la si ricava proprio partendo dalla definizione di “soggiorno irregolare” fornita dall'art. 3, n. 2) della direttiva rimpatri: *“si intende per soggiorno irregolare la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un Paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza legale in tale Stato membro”*.

² La legge 68/2007 disciplina i “soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio”. In questi casi, se la durata del soggiorno non è superiore a tre mesi, non è richiesto il permesso di soggiorno, tuttavia lo straniero deve, entro 8 gg. dall'ingresso, effettuare la dichiarazione di presenza alla polizia di frontiera o al questore. In caso di inosservanza dell'obbligo di effettuare la dichiarazione di presenza, salvo i casi di forza maggiore, o in caso di trattenimento (pur avendo effettuato la predetta dichiarazione) oltre i tre mesi o oltre il minor termine previsto dal visto d'ingresso, l'art. 3 L. 68/2007 prevede già che lo straniero sia sanzionato con l'espulsione ai sensi dell'art. 13 D. Lgs. 286/98.

È allora ragionevole sostenere che la condizione di “soggiorno irregolare” si verifica quando, dopo il rifiuto del permesso di soggiorno, è inutilmente decorso il termine di 15 gg. per il volontario esodo previsto dall’art. 12 del regolamento di attuazione del T.U.: solo allora potrà farsi luogo alla decisione di rimpatrio e potrà procedersi alla denuncia per il reato di soggiorno illegale.

2.4 Il divieto di espulsione o della sua esecuzione coattiva dello straniero in uscita dall’Italia, art. 13 co. 2 ter

La novella introduce il comma 2 ter nell’art. 13 T.U. che costituisce una novità. Si prevede, infatti, che *“l’espulsione non è disposta, né eseguita coattivamente qualora il provvedimento sia già stato adottato, nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne”*.

Pare una disposizione di buon senso, espressione di una valutazione “caso per caso”, per cui si ritiene cessato l’interesse dello Stato a disporre l’espulsione, o, se già disposta, ad eseguirla coattivamente, nei confronti di chi stia lasciando il territorio nazionale sia in ottemperanza alla decisione di rimpatrio che all’ordine del questore di allontanamento (anche dopo il termine), oppure spontaneamente.

La norma tuttavia distingue, a mio avviso irragionevolmente, tra chi era già destinatario di un’espulsione, per cui ci si limita a non darne esecuzione coattiva, e chi pur essendo irregolare, non è mai stato attinto da un decreto espulsivo: nel primo caso l’espulsione rimane, nel secondo non la si adotta. Con tutte le conseguenze – anche penali - in tema di violazione del divieto di reingresso in Italia e nell’area Schengen. Una volta venuto meno l’interesse all’espulsione in virtù di un ravvedimento operoso dello straniero, sarebbe stato ragionevole prevedere la revoca in autotutela dell’espulsione già disposta e non limitarsi a non eseguirla coattivamente.

La novità va letta congiuntamente alla nuova formulazione dell’art. 10 bis, co. 2 T.U. ad opera della stessa legge 129. Infatti, la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, non si applica non solo allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento immediato³(ipotesi già prevista in origine dalla stessa norma), ma neppure *“allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale”*. Ragioni evidenti di economia processuale hanno saggiamente dettato tale previsione per cui non si ritiene più attuale l’interesse pubblico a punire lo straniero irregolare in uscita.

Tuttavia, non è sufficiente uno spontaneo allontanamento purchessia, perché il comma 2 ter dell’art. 13 pone le seguenti condizioni per poter beneficiare del regime speciale previsto:

³ Art. 10, co. 1, D. Lgs. 286/98

- essere identificati in uscita dal territorio nazionale
- durante i controlli di polizia alle frontiere esterne

se la prima condizione pare ovvia, sulla seconda è lecito nutrire dubbi se, come pare, per “frontiere esterne” si debbano intendere le frontiere “esterne dell’Unione europea”. Infatti, la semplice uscita dalle frontiere interne, verso altro Paese dell’Unione (magari al fine di raggiungere una frontiera esterna non italiana) non consentirebbe di beneficiare delle disposizioni del comma 2 ter del citato art. 13. Che questa soluzione possa essere conforme allo spirito della direttiva rimpatri, è assai probabile, poiché l’irregolarità del soggiorno – che deve cessare - riguarda il territorio dell’Unione e non solo il singolo Stato membro, ma allora sarebbe stato opportuno precisare che condizione per beneficiare del trattamento in esame, fosse l’identificazione in uscita da parte di qualsiasi polizia di frontiera dell’Unione e, conseguentemente, non limitare il concetto di uscita al solo territorio nazionale, ma estenderlo a qualsiasi paese membro dell’U.E. Invece, la disposizione così costruita pare consentire il trattamento più favorevole solo nei casi di straniero irregolare in uscita attraverso una frontiera esterna italiana, mentre analogo trattamento non è previsto nei confronti di chi lasci l’Italia attraverso una frontiera interna dell’U.E. anche se al fine di raggiungere una frontiera esterna non italiana.

Incidentalmente si osservi che analoga limitazione ai “controlli di polizia alle frontiere esterne” non è prevista per il reato di cui all’art. 10 bis T.U., laddove la causa di non punibilità scatta all’atto dell’identificazione in uscita dal territorio nazionale, senza alcun riferimento alle frontiere esterne, e, quindi, indipendentemente dal diverso tipo di frontiera che lo straniero irregolare si accinge a varcare.

2.5 Le nuove ipotesi di esecuzione dell’espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4)

Va premesso che i commi 3, 3 bis, 3 quater e 3 quinquies dell’art. 13 restano immutati. Ciò significa che, sostanzialmente, l’impianto della Bossi – Fini non viene stravolto dalla legge di nuovo conio. In particolare resta ben salda la previsione dell’immediata esecutività di tutte le espulsioni, anche se sottoposte a gravame o impugnativa, secondo la previsione del vigente terzo comma dell’art. 13.

Nemmeno si è disciplinata la possibilità di disporre la sospensione dell’esecutività dei decreti espulsivi da parte dell’autorità giudiziaria: possibilità che è frutto dell’elaborazione giurisprudenziale, ma che continua a non essere prevista dalla legge. Con tutti i dubbi che la

giurisprudenza dei giudici di pace evidenzia quotidianamente, laddove in parecchi uffici giudiziari la tutela cautelare non viene mai accordata proprio perché il T.U. 286/98 non la prevede espressamente, anzi prescrive l'immediata esecutività delle espulsioni, e con gli ulteriori dubbi posti dal recentissimo D. Lgs. n. 150/2011 sulla semplificazione dei procedimenti civili di cognizione. Infatti, a norma dell'art. 5 D. Lgs. 150/11, la sospensione dell'efficacia esecutiva degli atti impugnati è consentita nei casi in cui è prevista dal D. Lgs. in questione. Ebbene, l'art. 18 del decreto, a mente del quale le controversie in materia di espulsione dei cittadini di Paesi non appartenenti all'U.E. sono regolate dal rito sommario di cognizione, nulla prevede al riguardo.

Tanto premesso, si osservi che ora l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica nei seguenti casi:

- a) nelle ipotesi di espulsioni ministeriali (art. 13, co. 1, T.U. e art. 3, co. 1, L. n. 155/2005) e nei casi di espulsione per pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c) T.U.);
- b) quando sussiste il rischio di fuga di cui al successivo comma 4 bis dell'art. 13, pure di nuovo conio;
- c) quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta;
- d) quando lo straniero, senza un giustificato motivo, non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria prevista dal nuovo comma 5 dell'art. 13;
- e) quando lo straniero abbia violato una delle misure disposte in concomitanza con la concessione del termine per la partenza volontaria (consegna del passaporto o documento equipollente in corso di validità, obbligo di dimora, obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica), oppure una delle stesse misure disposte in alternativa al trattenimento ai sensi dell'art. 14 co. 1 bis;
- f) in tutte le ipotesi di espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria: artt. 15 e 16 T.U. e ove l'espulsione sia sanzione penale o conseguenza di una sanzione penale;
- g) in caso di mancata richiesta del termine per la partenza volontaria (art. 13 co. 5.1)

questo prevede il nuovo comma 4 dell'art. 13, a differenza della previgente disposizione per cui le espulsioni erano sempre eseguite – sulla carta – coattivamente, salvo l'eccezione dell'espulsione conseguente a permesso di soggiorno scaduto da più di 60 gg. di cui non ne fosse stato chiesto il

rinnovo (ipotesi, quest'ultima, non più prevista dall'ordinamento a seguito della modifica del comma 5 dell'art. 13 che esamineremo nel prosieguo).

Si può fin da subito notare come, mentre nell'impianto della direttiva rimpatri la regola sia il rimpatrio volontario, mentre l'allontanamento coattivo rappresenta l'eccezione, nella normativa italiana di trasposizione della direttiva sia l'esatto contrario, sia sotto il profilo sistematico che nel merito.

Lasciando per ora da parte le ipotesi di allontanamento coattivo connesse con il rischio di fuga e con la mancata richiesta del termine per la partenza volontaria, focalizzerei l'attenzione sulla causa di esclusione della partenza volontaria consistente nella proposizione di una domanda di permesso di soggiorno (non si distingue tra prima domanda o rinnovo) successivamente respinta perché *“manifestamente infondata o fraudolenta”*. Pare dubbia la correttezza di una simile previsione, posto che lo stesso organo - la questura - che respinge la domanda di permesso di soggiorno deve anche valutarne il grado di fondatezza o l'intento fraudolento, presupposto negativo del rimpatrio volontario, in assenza di parametri normativi per tale valutazione.

2.6 Quando sussiste il rischio di fuga (art. 13, co. 4 bis)

Ai sensi dell'art. 3, n. 7 della direttiva 2008/115/CE per “rischio di fuga” si intende *“la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti per legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga”*, cioè possa sottrarsi alla decisione di rimpatrio⁴.

Il nuovo comma 4 bis dell'art. 13 costituisce pertanto attuazione della citata norma europea, definendo per legge la nozione di “rischio di fuga”, ed occupa una posizione di estremo rilievo nella riscrittura della disciplina espulsiva operata dalla legge 129/11, perché la sua sussistenza determina l'accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica ai sensi del novellato art. 13, co. 4, come si è visto nel precedente paragrafo.

Tuttavia, la direttiva rimpatri lascia liberi gli Stati membri nell'individuazione dei criteri obiettivi da cui desumere il rischio di fuga, limitandosi a pretendere la loro definizione per legge.

Vediamo dunque come l'Italia ha recepito l'obbligo comunitario in questione.

Ai sensi dell'art. 13, co. 4 bis, T.U., si configura il rischio di fuga quando *“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:*

⁴ Ai sensi della direttiva rimpatri, la sussistenza del rischio di fuga consente agli Stati membri di astenersi dalla concessione di un periodo per la partenza volontaria (art. 7,§4), ovvero l'imposizione di obblighi durante lo stesso periodo (art. 7, §3). Inoltre, il rischio di rischio di fuga è una delle condizioni legittimanti il trattenimento (art. 15,§1, lett. a).

- 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 false generalità;
- d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'art. 14;⁵
- e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2”.

pertanto, la legge presume la sussistenza del rischio di fuga, una volta accertata – con riferimento ad ogni singolo caso - la sussistenza di almeno una delle circostanze sopra indicate, che assurgono ad elementi sintomatici del rischio stesso, con la conseguenza che si procede all'esecuzione coattiva dell'espulsione, senza il riconoscimento di un termine per la partenza volontaria.

L'esame dei cinque criteri configuranti la sussistenza *ex lege* del rischio di fuga, induce a considerazioni critiche.

Infatti, se da un lato l'accertata violazione di obblighi imposti dall'autorità di P.S. proprio allo scopo di fronteggiare il rischio che lo straniero si sottragga all'esecuzione volontaria dell'espulsione può ragionevolmente configurare il rischio di fuga, altrettanto non può dirsi per le prime tre circostanze. Comunque, anche con riferimento alle violazioni dei provvedimenti ed obblighi di cui alle lettere d) ed e) la mancata previsione dell'efficacia scriminante di un “giustificato motivo” in ordine a tali violazioni, così come l'omessa individuazione dei criteri e delle modalità del loro accertamento (*quid iuris*, in caso di contestazione delle violazioni in questione?), consentono di osservare l'ampia discrezionalità riconosciuta alle questure e, parallelamente, le pressoché nulle opportunità di difesa a garanzia dello straniero.

Ma sono le prime tre circostanze indicate dall'art. 13 co. 4 bis, che destano le maggiori perplessità.

Va subito detto che l'individuazione di tali circostanze deriva da una lettura “in negativo” degli obblighi che la direttiva rimpatri consente di imporre per fronteggiare il rischio di fuga⁶. Ma così facendo, l'Italia mostra di non aver voluto recepire, se non in misura omeopatica, la direttiva

⁵ Trattasi di violazione di misure imposte dal questore in caso di concessione del periodo per la partenza volontaria (consegna del passaporto, obbligo di dimora, obbligo di presentazione alla forza pubblica) per quanto concerne il comma 5 dell'art. 13; di violazione del divieto di reingresso, per quel che riguarda il co. 13 dello stesso articolo 13; e, infine, degli obblighi imposti dal questore in luogo del trattenimento ex art. 14, co. 1 bis.

⁶ Cfr. in particolare, l'art. 7, § 5 della direttiva 2008/115/CE, che consente agli Stati membri la possibilità di prevedere l'obbligo di presentazione periodica, la costituzione di una garanzia finanziaria, la consegna dei documenti o l'obbligo di dimora in un determinato luogo allo scopo di evitare il rischio di fuga.

rimpatri e gli scopi cui è preordinata⁷. Infatti, mentre nella direttiva la priorità è riconosciuta alla partenza volontaria e, solo ove sussista il rischio di fuga, è possibile l'imposizione di obblighi secondo un criterio di intensità graduale crescente, il legislatore italiano, ribaltando questa previsione di fondo, ravvisa la sussistenza del rischio di fuga ogniqualvolta gli obblighi suggeriti dalla direttiva non potrebbero trovare facile ed immediata applicazione, senza considerare che la possibilità di imporre obblighi a garanzia del rischio di fuga presuppone l'esistenza del rischio ma non ne rappresenta causa ed essenza. Così, quella che nello spirito e nella lettera della direttiva è l'eccezione – l'imposizione di obblighi di intensità graduale crescente – in Italia diventa la regola, infatti, come vedremo, non esiste possibilità di concessione del termine per la partenza volontaria che non sia corredata da imposizione di obblighi. E ove gli obblighi non siano agevolmente applicabili ecco presunto il rischio di fuga. Una presunzione così generalizzata mal si concilia con la valutazione “caso per caso” che pure l'*incipit* del comma in esame suggerisce.

Nello specifico, la mancanza della disponibilità di un passaporto in corso di validità, se vanifica l'imposizione dell'obbligo di consegna dei documenti fino alla partenza, non comporta necessariamente la sussistenza del rischio in questione, ben potendo il passaporto essere scaduto e non rinnovato per cause indipendenti dalla volontà dello straniero, connesse con le rappresentanze diplomatiche del paese di origine.

Il possesso di idonea documentazione comprovante la disponibilità di un alloggio ove poter essere agevolmente rintracciati, se può vanificare l'imposizione dell'obbligo di dimora, non necessariamente è sempre elemento sintomatico di rischio di fuga, anche in considerazione del fatto che, a mente dell'art. 12, co. 5 bis T.U., il dare alloggio o cedere in locazione un immobile ad uno straniero privo del permesso di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto, costituisce reato con previsione di confisca obbligatoria dell'immobile, il che può indurre uno straniero irregolare a non indicare la disponibilità dell'alloggio ove vive. Tale previsione è idonea a colpire e penalizzare le fasce più deboli della popolazione migrante e può indurre la produzione di documentazione “di comodo” atta allo scopo. Trattasi di previsione potenzialmente criminogena.

L'aver attestato o dichiarato false generalità nel passato, anche remoto, non è sempre indice sintomatico di rischio di fuga attuale, specie se tale condotta non risulta accertata con sentenza penale di condanna (meglio se definitiva), ma risulta semplicemente dai rilievi dattiloscopici. L'esperienza insegna come spesso errori di trascrizione o di traslitterazione inducono a ritenere false le generalità declinate salvo poi la vicenda concludersi con l'archiviazione o l'assoluzione, ma

⁷ “Porre fine al soggiorno irregolare dei cittadini di paesi terzi secondo una procedura equa e trasparente”, considerando n. 6.

in questi casi – e sono numerosi – risulta sempre il c.d. “precedente di polizia” nelle banche dati in uso alle forze di polizia che orienterà il comportamento delle questure. Per tacere poi degli accertamenti sulla maggiore o minore età, spesso frettolosamente conclusi con un sommario esame radiologico del polso che, com’è noto, ha una forbice di errore significativa, come i numerosi casi di persone che dopo aver declinato false generalità in epoca remota, si sono successivamente regolarizzate e per anni hanno vissuto regolarmente in Italia. La casistica della falsa identità è talmente ampia che farne discendere una presunzione assoluta di sottrazione alla volontaria esecuzione dell’espulsione è operazione del tutto irrazionale ed iniqua.

Ed allora risulta evidente che questa parte della nuova normativa sia stata predisposta per eludere la direttiva rimpatri. Quale valutazione “caso per caso” potrà mai fare un questore, se non verificare se l’espellendo ha una residenza o un domicilio, se ha un passaporto, se risulta segnalato per false generalità? Questa è l’attività vincolata che la legge gli impone. Ma la valutazione caso per caso del pericolo concreto e attuale di fuga non può risolversi in un mero accertamento burocratico, pena la vanificazione dell’effetto utile della direttiva.

L’esame del testo definitivo di recepimento della direttiva rimpatri conferma l’orientamento già desumibile dalla c.d. “circolare Manganeli” del dicembre scorso: sussumere nel perimetro del “rischio di fuga” la gran parte dei migranti irregolari, sì da rendere la partenza volontaria l’eccezione e l’accompagnamento coattivo la regola, aggirando così la direttiva.

2.7 La richiesta di concessione di un periodo per la partenza volontaria (art. 13, co. 5)

Nelle ipotesi, assolutamente residuali, in cui non ricorrano le condizioni per l’accompagnamento immediato alla frontiera di cui all’art. 13, co. 4, lo straniero *“può chiedere al prefetto, ai fini dell’esecuzione dell’espulsione, la concessione di un periodo per la partenza volontaria ...”*.

L’Italia si è avvalsa della facoltà, prevista dall’art. 7, § 1 della direttiva rimpatri, di prevedere nella legislazione nazionale che il periodo per la partenza volontaria possa essere concesso unicamente su richiesta del cittadino del paese terzo interessato. La disposizione europea prevede che, *“in tal caso, gli Stati membri informano i cittadini di paesi terzi interessati della possibilità di inoltrare tale richiesta”*.

La legge nazionale prevede che, ai fini dell’applicazione del comma 5, la *“questura provvede a dare adeguata informazione allo straniero della facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria, mediante schede informative plurilingue”*. Il tema dell’adeguata informazione è pertanto fondamentale per l’accesso alla partenza volontaria che, essendo già difficilmente praticabile per le cause ostative sopra esaminate, lo è ancor di più grazie alla previsione della necessaria richiesta

dell'interessato. Orbene, in assenza di una disposizione regolamentare che disciplini i contenuti delle schede informative, nonché le lingue in cui debbono essere tradotte, è ovvio che sarà ciascuna questura ad inventarsi una modulistica e a decidere in quale lingua tradurre la scheda. L'esperienza pratica della traduzione dei decreti espulsivi, che la legge vuole tradotti in lingua conosciuta allo straniero e che ancora spesse volte vengono invece tradotti in lingue veicolari, non rappresenta un tranquillante precedente.

Una volta che la domanda sia stata inoltrata, *“il prefetto, valutato il singolo caso, con lo stesso provvedimento di espulsione, intima allo straniero a lasciare volontariamente il territorio nazionale entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni. Tale termine può essere prorogato, ove necessario, per un periodo congruo commisurato alle circostanze specifiche del caso 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 ai programmi di rimpatrio volontario e assistito, di cui all'art. 14 ter”*. Siccome tali valutazioni discrezionali le compie il prefetto, mentre l'intervista amministrativa nel corso della quale lo straniero deve chiedere il termine per la partenza volontaria ed allegare le circostanze specifiche del suo caso la compie la questura, è ovvio che la decisione del prefetto si baserà sulla relazione della questura. Questo passaggio burocratico non consente il contatto diretto tra interessato e prefetto, con la prevedibile conseguenza che la determinazione del termine per la partenza volontaria, lungi dall'essere frutto di una valutazione “caso per caso” effettiva, sarà conseguente al singolare carteggio tra diversi uffici dell'amministrazione.

Le disposizioni del comma 5 dell'art. 13, non si applicano al destinatario di un provvedimento di respingimento di cui all'art. 10 T.U.: in tal modo l'Italia si è avvalsa della facoltà riconosciuta dall'art. 2, §2, lett. a) della direttiva rimpatri di non applicare la direttiva nei casi di respingimento alla frontiera, nei cui confronti non si applica il termine per la partenza volontaria.

2.8 Le misure imposte nel caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art.13, co. 5.2)

In caso di concessione del termine per la partenza volontaria, l'art. 13, co. 5.2 di nuovo conio impone all'interessato ulteriori oneri.

In primo luogo *“il questore chiede allo straniero la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compresa tra una e tre*

mensilità dell'assegno sociale annuo". La legge non chiarisce ragioni e finalità di tale richiesta, posto che il termine per la partenza volontaria è già stato concesso dal prefetto con il provvedimento di espulsione adottato e quindi l'indagine sulle disponibilità economiche dell'espellendo non influisce sulla sua determinazione, né si dice quali siano le conseguenze nel caso in cui lo straniero non disponga delle risorse economiche indicate dalla legge. Non resta pertanto che ritenere la richiesta di disponibilità economica finalizzata alla successiva adozione di una o più delle misure che il questore deve adottare nella pendenza del termine per la partenza:

- 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.

Peraltro, la norma nulla dice circa i criteri che il questore deve seguire nell'adozione di una o più delle suddette misure, men che meno in che modo l'indagine reddituale debba incidere in tale scelta e, a ben vedere, nemmeno è indicata la finalità di tali misure. Volendo supporre che tali misure siano finalizzate a garantire il rispetto del termine per la partenza (non certo per scongiurare il rischio di fuga, già escluso a priori con la concessione del termine), l'indagine patrimoniale dovrebbe servire a individuare il grado di affidabilità dello straniero, sul presupposto – del tutto opinabile – che a una maggior disponibilità economica corrisponda un minor rischio di inottemperanza all'obbligo di partire nel termine stabilito.

E tuttavia, l'imposizione obbligatoria delle misure citate in tutti i casi di partenza volontaria, preceduta da un'indagine patrimoniale finalizzata a definirne intensità e numero, altro non può significare che una tutela contro il rischio di fuga, rischio già escluso in precedenza all'atto della concessione del termine da parte del prefetto e nuovamente rivalutato dal questore su base economica. Pare difficile scorgere la razionalità di tale previsione normativa e la sua conformità alla direttiva rimpatri. Vero è che l'art. 7, § 3, della direttiva prevede che *“per la durata del periodo per la partenza volontaria possono essere imposti obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga”*, ma tale cautela è prevista in un contesto – quello delineato dalla normativa europea – in cui la decisione di rimpatrio con la fissazione di un termine per la partenza volontaria è la regola, e non l'eccezione. Di qui la necessità, per il Paese membro, di cautelarsi nel caso in cui lo straniero non rispetti il termine. Tant'è vero che il successivo § 4 della stessa norma dispone che *“se [invece] sussiste il rischio di fuga ... gli Stati membri possono astenersi dal concedere un termine ...”*. Ma il sistema delineato

dal legislatore interno prevede un rigoroso esame della sussistenza del rischio di fuga prima della concessione del termine, in presenza del quale il termine non viene neppure concesso, sicché pare davvero irragionevole l'imposizione di ulteriori cautele, quando il "filtro" è già stato preventivamente attuato.

2.9 Forma e convalida delle misure imposte per il caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5.2)

Il questore adotta con provvedimento scritto e motivato le misure indicate al paragrafo che precede. La norma non prevede la traduzione del provvedimento applicativo, tuttavia l'obbligo di traduzione lo si desume agevolmente dall'art. 13, co. 7, T.U. che non è stato modificato dalla novella.

Le misure hanno effetto – come tutti i provvedimenti recettizi – dal momento della loro notificazione all'interessato e recano l'avviso che costui *"ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro 48 ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio. Il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore."*

Trattandosi di misure coercitive, la legge prevede la loro convalida entro il termine previsto dall'art. 13, co. 3, Cost. e, in caso di mancata convalida, le misure si intendono revocate e restano prive di ogni effetto (questo la legge 129/11 non lo prevede, ma lo si desume dalla norma costituzionale citata).

Il procedimento di convalida in esame non prevede la celebrazione di un'udienza, trattasi di provvedimento *inaudita altera parte*, ove il contraddittorio – meramente cartolare – è solamente eventuale nel caso in cui l'interessato, personalmente o tramite difensore, proponga memorie o deduzioni al giudice di pace. A questo proposito giova osservare che la legge non stabilisce alcun termine per la presentazione degli scritti difensivi, pertanto deve ritenersi che questi debbano essere depositati nella cancelleria del giudice di pace in tempo utile per essere dallo stesso valutati prima della convalida, quindi entro le 48 ore dalla notificazione della misura.

L'adozione dei provvedimenti provvisori limitativi della libertà personale e di circolazione di cui all'art. 13, co. 5.2 T.U. da parte dell'autorità di polizia, in funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligo di lasciare il territorio nazionale nel termine prescritto, non pare rientrare nei casi eccezionali di necessità e urgenza di cui all'art. 13, co. 3, Cost., specie se, come detto, nel caso di specie il vaglio relativo alla sussistenza del rischio di fuga sia stato preventivamente effettuato.

Così come la previsione di una convalida senza audizione dell'interessato, con l'obbligatoria assistenza del difensore e dell'interprete, non pare soddisfare i parametri costituzionali di cui agli artt. 24 e 111, trattandosi di misure restrittive della libertà personale e di circolazione.

La legge prevede inoltre – al fine di temperare l’obiettivo limitazione del diritto di difesa nella convalida delle misure in esame – che *“le misure, su istanza dell’interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace”*. Incidentalmente si osserva come questa previsione rappresenti una novità nelle attribuzioni dei poteri del giudice della convalida. Infatti, né in sede di convalida dell’accompagnamento o del trattenimento, o della proroga di questo, al giudice è consentito intervenire sul relativo decreto, revocandolo o modificandolo.

2.10 Il nuovo delitto di violazione delle misure imposte durante il periodo concesso per la partenza volontaria (art. 13, co. 5.2)

Il complesso meccanismo descritto si conclude con la previsione di sanzioni penali.

Infatti, *“il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro”*, inoltre, la violazione delle misure determina la eseguibilità in via coercitiva dell’espulsione ai sensi del novellato co. 4 dell’art. 13 e, ovviamente, non è richiesto il nulla osta all’autorità giudiziaria competente all’accertamento del reato ai fini dell’espulsione. La competenza a giudicare questo nuovo reato è attribuita al giudice di pace, in forza di una modifica dell’art. 4, co. 2 del D. Lgs. 274/2000.

Trattasi del nuovo delitto di violazione delle misure imposte durante il periodo concesso per la partenza volontaria, è punito a titolo di dolo, e la configurazione della condotta varia secondo la tipologia della misura violata: omissiva nel caso di omessa consegna del passaporto o violazione dell’obbligo di presentazione, commissiva per l’ipotesi di violazione dell’obbligo di dimora. Non è previsto alcun giustificato motivo, quale elemento negativo della fattispecie. Tuttavia, trattandosi di reato di competenza del giudice di pace, può trovare applicazione l’art. 34 D. Lgs. 274/2000 qualora si ravvisi la particolare tenuità del fatto, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale che, con la nota sentenza n. 250/2010, ha espressamente ritenuto applicabile l’istituto dell’esclusione della procedibilità per tenuità del fatto con riferimento al reato di cui all’art. 10 bis T.U. A differenza di quanto previsto per il reato di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato, l’art. 13 co. 5.2 non prevede espressamente che il giudice, acquisita la notizia dell’esecuzione dell’espulsione, pronunci sentenza di non luogo a procedere. Tuttavia, poiché anche in relazione alla fattispecie in esame è ben possibile che l’espulsione dell’indagato avvenga coattivamente prima della celebrazione del giudizio, troveranno applicazione i commi 3 ter e 3 quater dello stesso art. 13.

La ratio di una siffatta previsione delittuosa non è di immediata percezione, né sul piano delle scelte di politica criminale, né con riguardo alla necessità di adeguare l’ordinamento interno alla direttiva rimpatri. Quanto alle prime, difficilmente la sanzione pecuniaria sarà concretamente eseguibile sia per la prevedibile impossidenza dell’imputato che, anche se avesse dimostrato la disponibilità di

risorse economiche per un importo compreso tra una e tre mensilità dell'assegno sociale annuo, questa sarebbe insufficiente a garantire la sua solvibilità, attesa la considerevole entità della sanzione. Né potrebbe trovare concreta applicazione l'art. 55 D.Lgs. 274/2000 in tema di conversione delle pene pecuniarie nei procedimenti penali di competenza del giudice di pace: infatti, difficilmente praticabile è l'imposizione del lavoro sostitutivo nei confronti di un condannato che deve essere allontanato – coattivamente – dal territorio nazionale, così come l'obbligo di permanenza domiciliare non è conciliabile con l'obbligo di procedere all'allontanamento del condannato, e sarebbe a dir poco contraddittorio imporre la permanenza domiciliare a chi si è già reso responsabile di non aver osservato l'obbligo di dimora o di presentazione. Non resta pertanto che concludere che il delitto di nuovo conio vada annoverato tra i reati inutili che il nostro legislatore continua pervicacemente a produrre in materia d'immigrazione, con conseguente ingiustificato aggravio del carico di lavoro degli uffici giudiziari. Ma anche sotto l'aspetto dell'adempimento degli obblighi comunitari la nuova fattispecie non trova copertura. Vero è che la Corte di giustizia, con la nota sentenza El Dridi⁸, al § 60 ha stabilito che non è esclusa *“la facoltà per gli Stati membri di adottare, nel rispetto dei principi della direttiva 2008/115 e del suo obiettivo, disposizioni che disciplinino le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sul loro territorio sia irregolare”*, e quindi anche il ricorso a sanzioni penali non è astrattamente incompatibile con il diritto europeo a condizione che non contrasti con gli scopi della direttiva, tuttavia si ha difficoltà a intravedere quale utilità possa avere la fattispecie in esame nel rafforzare l'obiettivo dell'effettività del rimpatrio indicato dalla direttiva 2008/115/CE. Per adeguare il diritto interno alla direttiva rimpatri sarebbe stato sufficiente prevedere che, in caso di violazione delle misure imposte nel termine per la partenza volontaria, si facesse solo luogo all'accompagnamento immediato, senza la necessità di introdurre nuovi reati.

2.11 La nuova disciplina del divieto di reingresso (art. 13, co. 14)

Prima della L. 129/11 il divieto di reingresso nel T.N. per lo straniero espulso era decennale, salva la facoltà del prefetto di ridurlo a 5 anni, tenuto conto della complessiva condotta tenuta dallo straniero durante la sua permanenza in Italia.

Secondo la direttiva rimpatri – art. 11, § 1 – gli Stati membri debbono corredare la decisione di rimpatrio di un divieto d'ingresso successivo alla sua esecuzione in due casi: se non è stato

⁸ CGE I° sez. 28/4/2011, resa nella causa C – 61/11 PPU

concesso il termine per la partenza volontaria, se non è stato ottemperato l'obbligo di rimpatrio. Negli altri casi gli Stati membri hanno una mera facoltà di imporre un divieto d'ingresso.

Vediamo come l'Italia ha trasposto queste norme nel diritto interno.

Il divieto di reingresso è sempre previsto, quindi l'Italia ha sfruttato fino in fondo le opzioni consentite dalla direttiva, nel senso più restrittivo.

Questi sono i nuovi termini:

- ordinariamente il divieto opera per un periodo da tre a cinque anni, tenendo conto di tutte le circostanze del singolo caso;
- se però l'espulsione è disposta ai sensi dell'art. 13, co. 1 (c.d. espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato) o del comma 2, lett. c) (c.d. espulsione per motivi di pericolosità sociale) può essere disposto un termine superiore a 5 anni, dunque indeterminato nel massimo. Qui si ravvisa un contrasto tra la direttiva – che all'art. 11, § 2, consente di superare il termine massimo quinquennale di divieto d'ingresso solo in caso di grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale – e la previsione italiana di estendere tale possibilità non solo agli espulsi ai sensi dell'art. 13, co. 1 (che per definizione rappresentano grave minaccia ai beni protetti dalla direttiva), ma pure per gli espulsi ai sensi della lett. c) del comma 2, dell'art. 13 T.U.
- nel caso di concessione del termine per la partenza volontaria il divieto di reingresso – da 3 a 5 anni – decorre dalla scadenza del termine assegnato, ma può poi essere revocato, su istanza dell'interessato (evidentemente tramite consolato o suo procuratore in Italia) a condizione che fornisca la prova di avere lasciato il T.N. entro il termine per la partenza volontaria.

Si ravvisa un'ulteriore violazione della direttiva rimpatri con riferimento al divieto di reingresso per un periodo non inferiore a 5 anni, nel caso dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva di cui all'art. 16 T.U. disposta per i reati di cui agli artt. 10 bis e 14, co. 5 ter e quater che hanno come presupposto l'irregolarità del soggiorno. Infatti, la disposizione di cui all'art. 2, § 2, lett. b) della direttiva - che concede la facoltà di non applicazione della stessa in caso di espulsione come sanzione penale o come conseguente a sanzione penale – va interpretata come riferentesi unicamente alle ipotesi di reato diverse da quelle connesse con l'irregolarità del soggiorno, diversamente si violerebbe l'effetto utile della direttiva attraverso la penalizzazione della mera irregolarità.

Ulteriore questione aperta riguarda la possibilità di revocare i divieti di reingresso decennali per le espulsioni disposte dopo l'entrata in vigore della direttiva – 13 gennaio 2009 – essendo tale divieto illegittimo quanto alla sua durata: revoca in autotutela d'ufficio o su istanza di parte? Questione

rilevante anche ai fini delle conseguenze penali in occasione di rientro in Italia prima del decorso del termine decennale e dopo il decorso di quello quinquennale.

3. L'esecuzione coattiva dell'espulsione e del respingimento (art. 14 T.U.)

Preliminarmente, si rammenta che l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, con le modalità che esamineremo nel prosieguo, in tutti i casi indicati all'art. 13, co. 4 T.U.

2.1 Le ipotesi di trattenimento

La nuova formulazione del comma 1 dell'art. 14 modifica sensibilmente, ampliandole, le condizioni in presenza delle quali è disposto il trattenimento. Fermo restando il presupposto del trattenimento, consistente nell'impossibilità di eseguire con immediatezza l'espulsione con accompagnamento alla frontiera o il respingimento, vengono modificate le condizioni che lo legittimano. Infatti, mentre nella versione previgente queste consistevano:

- nella necessità di procedere al soccorso dello straniero
- ovvero di procedere ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità
- ovvero di procedere all'acquisizione dei documenti per il viaggio
- e, infine, nell'indisponibilità del vettore idoneo

ora il trattenimento è disposto dal questore *“a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento”* locuzione sicuramente più ampia e indeterminata della precedente che consente alla questura una maggiore discrezionalità nell'adozione di una misura comportante restrizione della libertà personale⁹. La formula è parzialmente mutuata dalla direttiva rimpatri, ma è agevole apprezzarne la differenza se si rammenta che, ai sensi dell'art. 15, § 1 della direttiva, il trattenimento è disposto: *“salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive ... soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando:*

- a) sussiste il rischio di fuga*
- b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento”.*

⁹ Cfr. Corte cost., sent. 105/2001

Nella direttiva il trattenimento parrebbe legittimato solo in presenza di situazioni di ostacolo al rimpatrio riconducibili alla volontà o al comportamento del singolo (rischio di fuga o condotta soggettiva costituente ostacolo), mentre la legge nazionale consente l'adozione del trattenimento “ a causa di situazioni transitorie “ non meglio specificate e che sicuramente possono essere indipendenti dalla volontà del singolo espellendo. Tant'è vero che il comma in esame così conclude (recuperando le locuzioni previgenti): *“tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre a quelle indicate all'art. 13, comma 4 bis [definizione normativa 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 ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo”*.

Pertanto, mentre il testo previgente dell'art. 14, co. 1 indicava tassativamente i casi di trattenimento, oggi questa misura può essere disposta in tutte le situazioni in cui la P.A. ritenga sussistere “situazioni transitorie idonee ad ostacolare il rimpatrio”, tra le quali rientrano anche (ma non solo) le originarie cause legittimanti la compressione della libertà personale. In buona sostanza, il legislatore ha colto l'occasione del recepimento della direttiva per ampliare la possibilità di disporre la detenzione amministrativa per casi che vanno ben oltre quelli suggeriti dalla norma sovranazionale, senza più alcuna tassatività di previsione. Un bel passo indietro, non c'è che dire! È tuttavia un passo indietro che pone seri problemi di compatibilità con l'art. 13, co. 3, Cost. Infatti, in tema di libertà personale, la nostra Carta fondamentale ancora la possibilità di adozione di provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza alla condizione che si versi in casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati *tassativamente* dalla legge. Il principio della “tassatività dei casi” integra la riserva assoluta di legge, il venir meno della tassatività la viola.

3.2 Le eccezioni facoltative al trattenimento (art. 14, co. 1 bis)

Le eccezioni al trattenimento introdotte dal nuovo comma 1 bis dell'art. 14 riguardano comunque persone nei cui confronti l'espulsione o il respingimento deve essere attuato coattivamente, diversamente non si verserebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 14.

Tanto premesso, il nuovo comma 1 bis prevede che il questore, in luogo del trattenimento, possa disporre una o più delle seguenti misure:

- a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità;
- b) obbligo di dimora in luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato;

- c) obbligo di presentazione in giorno ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente;

ove ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) essere in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità;
- b) se l'espulsione non è disposta ai sensi dell'art. 13, co. 1 e 2, lett. c) T.U. o ai sensi dell'art. 3, co. 1, L. 155/2005.

Trattasi di una facoltà riconosciuta al questore di applicare misure meno afflittive del trattenimento, nei casi in cui l'accompagnamento coattivo alla frontiera non sia possibile ai sensi dell'art. 14, co. 1. Com'è agevole notare, si tratta delle identiche misure imposte nel caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art.13, co. 5.2).

Qual è allora la differenza tra le ipotesi di cui all'art. 13, co. 5.2 e quelle di cui all'art. 14, co. 1 bis? In entrambi i casi le misure sono identiche, l'elemento differenziale sta nel presupposto applicativo: mentre nel primo caso, difettando il pericolo di fuga, le misure vengono imposte a seguito della richiesta e della concessione del termine per la partenza volontaria in funzione di garanzia dell'adempimento, nel caso in esame le stesse misure vengono applicate al posto del trattenimento, ove lo straniero sia in possesso di passaporto valido e l'espulsione non sia disposta per ragioni di pericolosità sociale, e sono funzionali a garantire che l'espulsione potrà essere eseguita coattivamente non appena cesseranno le "situazioni transitorie" che si frappongono alla sua esecuzione immediata. Tuttavia, mentre nelle more del termine per la partenza volontaria il questore è obbligato a disporre una o più delle predette misure, l'imposizione delle stesse è meramente facoltativa, "in luogo del trattenimento". Risulta pertanto un ampio margine di discrezionalità del questore nelle ipotesi in esame, cui dovrà corrispondere un onere motivazionale adeguato, ove – pur in presenza delle condizioni di cui al comma 1 bis citato - cionondimeno venga disposto il trattenimento. Nella prassi questo strumento troverà applicazione ove non sia possibile operare il trattenimento, ad esempio per carenza di disponibilità nei C.I.E., privilegiando chi è in possesso di passaporto (dunque non necessita di indagini volte alla sua identificazione) e non è persona socialmente pericolosa. Il nuovo istituto pare costituire attuazione del disposto di cui all'art. 15, § 1, della direttiva rimpatri.

Il procedimento applicativo delle misure in esame è identico a quello previsto all'art. 13, co. 5.2, così come identiche sono le sanzioni penali previste per la loro violazione: si rinvia pertanto al commento di cui ai paragrafi 1.8 e 1.9.

3.3 I nuovi termini massimi del trattenimento (art. 14, co. 5)

La procedura di convalida del trattenimento non ha subito variazioni. Sono invece ulteriormente dilatati i termini massimi della detenzione amministrativa.

Ricapitolando schematicamente il testo del nuovo art. 14, co. 5, queste sono le scadenze temporali:

- a) *Il decreto di convalida del trattenimento comporta la permanenza nel centro per 30 gg;*
- b) *Qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione dei documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il termine di ulteriori 30 gg. [qui si osserva un recupero del principio di tassatività che pare invece mancare con riferimento ai primi trenta giorni di trattenimento, a seguito della modifica dell'art. 14, co. 1 (cfr. supra § 3.1)] ;*
- c) *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 di 60 gg. [il richiamo espresso al comma 1 dell'art. 14, ripropone la questione del mancato rispetto del principio di tassatività, così come al punto successivo];*
- d) *Qualora persistano le condizioni di cui al quarto periodo [cioè quelle indicate al punto che precede] il questore può chiedere al giudice un'ulteriore proroga di 60 gg;*

Pur prevedendo espressamente che “*il periodo massimo di trattenimento non può essere superiore a 180 gg.*” il nuovo comma 5 dell'art. 14 prevede che tale termine possa essere ulteriormente prorogato di altri 12 mesi nei casi eccezionali ora indicati.

- e) *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 60 gg., fino ad un termine massimo di ulteriori 12 mesi.*

Il termine massimo di trattenimento è dunque di un anno e mezzo. Con l'aumento dei termini massimi di trattenimento, il legislatore italiano ha terminato il lento e assai parziale cammino di adeguamento alla direttiva rimpatri, già iniziato con la legge 94/2009 che aveva portato a 6 mesi il termine previsto dalla Bossi – Fini.

La legge 129/11 ha inoltre modificato il comma 7 dell'art. 14, prevedendo che, nell'ipotesi di violazione della misura del trattenimento, il questore lo ripristini “*mediante l'adozione di un nuovo provvedimento di trattenimento. Il periodo di trattenimento disposto dal nuovo provvedimento è computato nel termine massimo per il trattenimento indicato dal comma 5*”. Pertanto, a differenza

di quanto prevedeva il D.L. 89/2011, in sede di conversione in legge si è stabilito che i termini di trattenimento non riprendono a decorrere dall'inizio in caso di indebito allontanamento del trattenuto dal C.I.E., ma la pregressa limitazione della libertà personale si somma a quella disposta col nuovo decreto di trattenimento, che – ovviamente – dovrà essere convalidato e soggiacere alle nuove proroghe, secondo la cadenza indicata dal comma 5 dell'art. 14, sia pure nel termine massimo di anni uno e mesi sei.

Alcune osservazioni si impongono sia per quanto concerne l'incompletezza dell'adeguamento al diritto sovranazionale, sia per quel che concerne la compatibilità della nuova normativa con taluni parametri costituzionali già evocati dalla giurisprudenza di legittimità.

A prescindere dalla collocazione sistematica del trattenimento, che nella direttiva è misura residuale, mentre nel diritto interno resta comunque misura di larga attuazione in considerazione della generale immediata esecutività delle espulsioni e della marginalità accordata alla partenza volontaria, altre specifiche osservazioni vanno svolte con riferimento specifico all'istituto delineato all'art. 15 § 3 e 4 della direttiva, non recepito dal legislatore nazionale.

Infatti, il § 3 dell'art. 15 cit. prescrive che *“In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo dell'autorità giudiziaria”*.

Ebbene, l'istituto del riesame del trattenimento su richiesta di parte non è stato recepito nel diritto interno. È una carenza grave, che non può ritenersi superata dalle necessarie proroghe del trattenimento stesso secondo le scadenze temporali sopra indicate. Infatti, altro è la proroga del termine del trattenimento – certamente non richiesta dal cittadino del paese terzo interessato – che è finalizzata a prolungare la detenzione amministrativa, invece che a farla cessare, altro è la possibilità del trattenuto di chiedere il riesame della restrizione della sua libertà personale, che può essere giustificato dall'insorgere di circostanze ignote o inesistenti all'atto della convalida o della proroga e, pertanto, mai sottoposte all'attenzione del giudice. Il che è particolarmente rilevante proprio in relazione al sistema delle proroghe dello stesso decreto di convalida, che regola la materia. Infatti, il giudice convalida e/o proroga il trattenimento per un periodo di tempo rigidamente predeterminato dalla legge, essendogli inibita la possibilità di graduare il termine del trattenimento in relazione alle specifiche circostanze addotte dall'amministrazione nel singolo caso. Questo sistema rigido, che da sempre regola il trattenimento, è fortemente limitativo del controllo giurisdizionale effettivo sulla restrizione della libertà personale, sì da comportare una mortificazione della giurisdizione. La direttiva rimpatri, con la previsione dell'istituto del riesame da effettuarsi *“ in ogni caso ”*, consente di superare questo grave affievolimento delle garanzie in

tema di restrizione della libertà personale dei trattenuti. Ma il legislatore non ha inteso recepire questa opportunità.

Allo stesso modo il legislatore nazionale non ha inteso recepire l'importante previsione di cui all'art. 15 § 4 della direttiva, secondo la quale “ *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 §1 [rischio di fuga e/o condotta ostativa alla preparazione del rimpatrio] , il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata*”.

L'istituto del riesame è certamente volto a sottoporre all'attenzione del giudice, prima della scadenza del termine di fase del trattenimento, situazioni o condizioni che non giustificano più il permanere della misura sì da ritenere svanita la prospettiva del rimpatrio sia per ragioni giuridiche (la nascita di un figlio di cittadinanza italiana, o l'annullamento giudiziale dell'espulsione, oppure la sospensione della sua efficacia esecutiva, l'accertamento della minore età, per es.), che per “altri motivi”, quali l'insorgenza di patologie per cui sia necessaria l'erogazione di cure essenziali ed urgenti, ai sensi dell'art. 35, co. 3 T.U. Queste situazioni – assai ricorrenti nella prassi dei C.I.E. – sono oggi “gestite” dalle singole questure che spesso volte dismettono trattenuti portatori di patologie potenzialmente contagiose, ma, senza una normativa chiara e agevolmente attivabile dall'interessato, le singole vicende sono lasciate alla discrezionalità e professionalità del singolo funzionario o dell'ente gestore che ha in appalto il centro e la gestione della sanità al suo interno. Il fatto che con la novella di cui alla legge 129/11 non si sia voluto dare attuazione normativa alle previsioni sopra citate, pur espressamente indicate nella direttiva rimpatri, è – a parere di chi scrive – sintomo di una volontà di escludere il più possibile la giurisdizione dal controllo della gestione dei C.I.E (a differenza del ruolo della magistratura di sorveglianza nelle carceri), preferendo riservarla all'amministrazione in via esclusiva, mantenendo così una gestione separata dei centri di detenzione amministrativa italiani. Tuttavia, la situazione descritta può essere agevolmente superata se solo iniziasse a diffondersi nella prassi e nella giurisprudenza dei giudici di pace – con il fondamentale ausilio degli avvocati - la piena consapevolezza che il giudice nazionale è il primo giudice cui è devoluta l'applicazione del diritto U.E., infatti come rammenta la CGE con la citata sentenza El Dridi del 28.4 scorso (§ 61) al giudice che è “*incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo 286/98 contraria al risultato della direttiva 2008/115*”.

Un'altra grave omissioni deve registrarsi, sul piano del diritto interno, in relazione alla mancata previsione e regolamentazione normativa delle udienze di proroga dei trattenimenti. Quale migliore occasione del recepimento della direttiva rimpatri avrebbe avuto il legislatore per attuare l'insegnamento della Cassazione al riguardo? Come i lettori ricorderanno, con la sentenza n. 4544/2010 la Cassazione è lapidaria ed incisiva quando afferma che *“sarebbe di solare evidenza la incostituzionalità della lettura 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'interessato ...”*. A seguito di questa e successive analoghe pronunzie, si è iniziato, in taluni uffici del giudice di pace, a celebrare le udienze di proroga del trattenimento, mentre altri uffici – con la scusa della mancata previsione normativa e del mancato riconoscimento economico ai giudici per questa attività da parte del Ministero – hanno ignorato questo importante orientamento giurisprudenziale. Il legislatore del 2011, mettendo mano al T.U. immigrazione e mutando i termini dei trattenimenti, ben avrebbe potuto cogliere al volo l'occasione per prevedere e disciplinare la celebrazione delle udienze di proroga. Questa grave omissioni, consistente nel rifiuto di dare attuazione ad un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità (ma troppo spesso ignorato da quella di merito), si inserisce nel solco della sterilizzazione del controllo di legalità in tema di restrizione della libertà personale nei C.I.E.

3.4 Il nuovo ordine di allontanamento del questore (art. 14, co. 5 bis)

Nonostante la Corte di giustizia abbia decretato il *de profundis* del reato d'inottemperanza all'ordine del questore nella formulazione introdotta dalla Bossi – Fini e successivamente modificata con la novella del 2004, proprio in virtù del suo contrasto con la direttiva rimpatri, il legislatore ha mantenuto l'istituto dell'ordine di allontanamento anche con la legge in esame. Ove l'amministrazione non riesca a dare esecuzione ai suoi provvedimenti ablativi, nonostante il notevolissimo aumento dei termini del trattenimento, l'autoespulsione resta pur sempre una via ritenuta praticabile.

La nuova formulazione dell'ordine di allontanamento è nella sostanza identica a quella previgente, salvo due elementi di novità:

- a) Viene chiarito lo scopo cui è preordinato l'ordine, consistente nel *“porre fine al soggiorno illegale dello straniero e adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento”*.
- b) Il termine per l'adempimento è portato da 5 a 7 gg.

In realtà queste modifiche paiono ispirate ad un omaggio solo formale e apparente alla direttiva rimpatri. Infatti, l'ordine di allontanamento del questore non ha nulla a che vedere con lo strumento normativo sovranazionale perché si colloca al termine della procedura volta al rimpatrio, dopo che si è esclusa la possibilità di riconoscimento del termine per la partenza volontaria, dopo che si è constatata l'impossibilità dell'accompagnamento coattivo, del trattenimento e della sua efficacia. In questa prospettiva, sostenere che l'ordine del questore è finalizzato ad “eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di allontanamento” non risponde a verità, posto che l'intimazione dell'ordine presuppone l'impossibilità di esecuzione immediata e coattiva del provvedimento ablativo. Anche il nuovo termine per l'adempimento all'ordine questorile (da 5 a 7 gg.) è del tutto ingiustificato nella prospettiva della direttiva e presuppone una impropria sovrapposizione tra ordine del questore e termine per la partenza volontaria. L'istituto in esame non è conforme alla direttiva solo perché il termine per l'adempimento corrisponde al termine minimo per la partenza volontaria, stante la differenza ontologica tra i due istituti.

3.5 La nuova edizione dei reati di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater

A seguito della nota sentenza El Dridi della Corte di giustizia e in sede di recepimento della direttiva rimpatri il legislatore si è limitato a modificare il reato in esame, escludendo la pena detentiva ed attribuendo la competenza al giudice di pace.

Ora la violazione dell'ordine del questore, salvo il giustificato motivo, è punita:

- Con la multa da 10.000 a 20.000 € in caso di ordine impartito a seguito di respingimento, nei casi di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica di cui all'art. 13, co. 4 e nei casi di sottrazione ai programmi di rimpatrio assistito di cui al nuovo art. 14 bis;
- Con la multa da 6.000 a 15.000 € se l'espulsione è stata disposta in forza dell'art. 13, co. 5 (cioè se lo straniero non ha rispettato il termine - richiesto e concesso - per la partenza volontaria) e, pertanto, l'espulsione deve essere eseguita coattivamente, ma ciò non è stato possibile, né è stato possibile operare il trattenimento, ovvero questo non ha prodotto gli effetti desiderati dal legislatore.

Dopodiché, si procede a nuova espulsione per violazione dell'ordine di accompagnamento già disposto (ma non ottemperato) ai sensi del comma 5 bis, salvo che lo straniero sia detenuto in carcere (per un titolo di reato ovviamente diverso da quello per cui si è proceduto) “*valutato il singolo caso e tenuto conto dell'art. 13, commi 4 e 5*”. Cioè dopo avere valutato se l'espulsione debba essere eseguita coattivamente (art. 13, co. 4), ovvero se possa essere concesso, previa

informativa, richiesta, e sussistendone i presupposti, il termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5). Ovvio che ben difficilmente potrà essere concesso il termine per la partenza volontaria se lo straniero ha già mostrato di non avere ottemperato all'ordine del questore e, a maggior ragione, di non aver rispettato il termine precedentemente concesso: tale opportunità potrebbe però verificarsi ove fosse emersa la sussistenza di un giustificato motivo nel corso del procedimento per la violazione del primo ordine.

In questi casi, *“qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5 bis del presente articolo (trattenimento o secondo ordine del questore), nonché quelle di cui all'art. 13, co. 3 (richiesta di nulla osta all'A.G.)”*

Ai sensi del comma 5 quater, la violazione del secondo ordine è punita, salvo giustificato motivo, con la multa da 15.000 a 30.000 € e *“si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5 ter, quarto periodo”* per quanto concerne le modalità esecutive dell'espulsione (accompagnamento, trattenimento o ennesimo ordine). Pare dunque possibile la reiterabilità, all'infinito, dell'ordine del questore.

Infine, la legge 129/11 ha aggiunto un capoverso all'art. 16, co. 1, T.U. che disciplina l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva alla detenzione, prevedendo che *“ le disposizioni di cui al presente comma si applicano, in caso di sentenza di condanna, ai reati di cui all'art. 14, commi 5 ter e 5 quater”*. È una previsione analoga a quella introdotta con la legge 94/09 per il reato di cui all'art. 10 bis T.U. Pertanto, in caso di condanna, il giudice ha facoltà di sostituire la pena della multa con l'espulsione per un periodo non inferiore a 5 anni.

Tuttavia, come già nelle ipotesi di condanna per il reato di cui all'art. 10 bis, la sostituzione può essere disposta *“qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, co. 1 del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica”*. Siccome la denuncia per uno dei reati di cui all'art. 14 non impedisce l'esecuzione coattiva dell'espulsione, anzi non è nemmeno necessario il rilascio del nulla osta da parte dell'A.G. precedente che deve emettere sentenza d'improcedibilità in caso di comunicazione del questore di avvenuta esecuzione dell'espulsione, è ovvio che – sul piano logico – se si giunge a celebrare il processo l'espulsione non è stata eseguita e, pertanto, sussistono le cause ostative di cui al comma 1 dell'art. 14. Conseguente che, in linea torica, la conversione della multa in sanzione espulsiva sostitutiva non potrebbe mai avvenire, sussistendo sempre almeno una causa ostativa riconducibile nell'ambito del novellato (e ampliato) art. 14 co. 1.

In conclusione, dalla disamina dei nuovi reati dell'art. 14 emerge che:

- Il processo non si celebra se nelle more è stata eseguita l'espulsione,

- In caso di condanna è possibile la sostituzione della multa con l'espulsione, che tuttavia difficilmente potrà essere disposta sussistendo cause ostative all'accompagnamento immediato,
- In caso di condanna e di impossibilità di disporre la sanzione sostitutiva, la pena è meramente pecuniaria,
- In caso di inadempimento del condannato non pare possibile convertire la pena pecuniaria né in lavoro sostitutivo (trattandosi di condannato straniero irregolarmente presente sul territorio che deve essere allontanato e non può lavorare legalmente), né nell'obbligo di permanenza domiciliare difettando sia un titolo di soggiorno che un domicilio.
- Pertanto la sanzione è destinata a restare ineseguita e l'efficacia deterrente delle fattispecie è pressoché nulla.

Chiunque è in grado di apprezzare l'utilità della previsione di simili delitti che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero produrre un'espulsione che andrebbe ad affiancarsi a quella amministrativa già esistente, con le uniche differenze che l'espulsione giudiziale comporta un divieto di reingresso non inferiore a 5 anni ed è eseguita coattivamente.

3.6 Il tentativo di riduzione dell'ambito di applicazione del "giustificato motivo"(art. 14, co. 5 quater.1.)

Il nuovo comma 5 quater.1 prescrive al giudice cui è sottoposta la cognizione dei reati di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater, un nuovo onere. Infatti, *"nella valutazione della condotta tenuta dallo straniero destinatario dell'ordine del questore ... il giudice accerta anche l'eventuale consegna all'interessato della documentazione di cui al comma 5 bis , la cooperazione resa dallo stesso ai fini dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, in particolare attraverso l'esibizione di idonea documentazione"*. Questa norma va letta unitamente ad una apparentemente minima modifica al comma 5 bis, cui ancora non si è fatto cenno: *"l'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato, anche su sua richiesta, della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nel suo Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza, compreso il titolo di viaggio"*.

Queste previsioni, già parzialmente attuate con le modifiche all'art. 14, co. 5 bis operate dalla L. 94/09, tendono, a parere di chi scrive, ad attenuare il riconoscimento del giustificato motivo, quale elemento negativo delle fattispecie penali di cui all'art. 14, co. 5 ter e quater.

Infatti, la previsione che l'ordine del questore possa essere corredato dalla consegna, anche su richiesta dello straniero, non solo della documentazione utile per raggiungere il consolato del suo paese (al fine, evidentemente, di munirsi di passaporto o documento equipollente utile al rientro in patria), ma addirittura del titolo di viaggio, è finalizzata a rendere più difficoltosa l'allegazione del giustificato motivo in ordine alla impossibilità di fornirsi dei documenti necessari al rimpatrio nel breve volgere di 7 gg. da parte del destinatario dell'ordine questorile. Questa sorte di ausilio all'ottemperanza che l'amministrazione può fornire allo straniero, ma che lo stesso può addirittura sollecitare (a riprova della sua buona volontà di lasciare l'Italia), deve poi essere valutata dal giudice nel corso del procedimento per i reati in questione, sotto il profilo della condotta dell'imputato e della sua cooperazione al rimpatrio. Questa regola di giudizio che il nuovo comma 5 quater. 1 dell'art. 14 impone al giudice è evidentemente tesa a rendere più difficoltoso il riconoscimento del giustificato motivo, e tende ad indirizzare in tal senso il libero convincimento del giudice. Con la scusa del recepimento della direttiva rimpatri, si è colta l'occasione per restringere l'ambito di applicazione della "valvola di sfogo" che, in passato, ha consentito molte assoluzioni per i reati d'inottemperanza all'ordine del questore, senza che – ovviamente – vi sia alcun nesso tra il giustificato motivo e la direttiva 115/2008.

3.7 Le norme procedurali per i reati di cui all'art. 14 (art. 14, co. 5 quinquies, 5 sexies, 5 septies)

La legge 129/11 ha riscritto la procedura per i reati dell'art. 14, che ora è identica a quella prevista per l'art. 10 bis T.U (reato di ingresso e soggiorno illegale sul territorio dello Stato): si applicano gli artt. 20 bis, 20 ter e 32 bis D. Lgs. 274/2000, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione del denunciato per questi reati non è richiesto il nulla osta dell'A.G. competente al loro accertamento, il questore comunica l'avvenuta espulsione all'A.G. ed il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere, in caso di rientro illegale prima del termine di cui all'art. 13, co. 4, riprende l'esercizio dell'azione penale ai sensi dell'art. 345 c.p.p.

4. I programmi di rimpatrio assistito (art. 14 ter)

La previsione di "Programmi di rimpatrio assistito" rappresentano una novità, potenzialmente di segno positivo, introdotta dalla legge 129/11 e parrebbe conforme al "considerando n. 10 " della direttiva rimpatri che, nell'ottica di privilegiare il rimpatrio volontario, invita gli Stati membri a prevedere *"maggiore assistenza e consulenza al rimpatrio e sfruttare al meglio le relative possibilità di finanziamento offerte dal Fondo europeo per i rimpatri"*.

Si prevede infatti che il Ministero dell'interno, nei limiti delle risorse disponibili del Fondo rimpatri di cui all'art. 14 bis, anche in collaborazione con organizzazioni internazionali, intergovernative, enti locali e privato sociale, attui programmi di rimpatrio volontario e assistito mediante un decreto del Ministro dell'interno che ne definisca le linee guida. Circa i tempi di emanazione del decreto attuativo, la legge nulla dice, sicché trattasi di istituto la cui applicazione è futura ed incerta.

Il comma 5 della nuova disposizione è tuttavia chiaro nello stabilire chi non potrà beneficiare di questa opportunità:

- a) Chi ne ha già beneficiato,
- b) Il destinatario di espulsione che deve essere eseguita con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4) limitatamente ai casi in cui l'espulsione è disposta per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato o per pericolosità sociale, se non ha osservato il termine per la partenza volontaria, né se trattasi di straniero a rischio di fuga (art. 13, co. 4 bis), limitatamente ai casi di inottemperanza ai provvedimenti emessi nel termine concesso per la partenza volontaria
- c) Chi sia destinatario di un provvedimento di espulsione come sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale.

L'ammissione dello straniero irregolare ai programmi di rimpatrio comporterà la sospensione, da parte della questura, dell'esecuzione dei provvedimenti di respingimento differito, dell'espulsione di cui all'art. 13, co. 2 e dell'ordine del questore, nonché la sospensione dell'efficacia delle misure eventualmente adottate dal questore. La comunicazione dell'avvenuto rimpatrio comporterà l'emissione della sentenza di non luogo a procedere per il reato di cui all'art. 10 bis. In caso di sottrazione al programma di rimpatrio l'espulsione è eseguita coattivamente, anche ricorrendo al trattenimento (ma non all'ordine questorile, così si risparmia la spirale dei reati dell'art. 14).

Circa il contenuto di questi programmi ed i criteri di individuazione dei beneficiari, la legge si limita a rinviare al decreto ministeriale, ragion per cui occorrerà attenderne l'emanazione per esprimere un giudizio compiuto sull'istituto di nuovo conio.

5. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili (art. 19, co. 2 bis)

Dopo il comma 2 dell'art. 19, viene introdotto il nuovo comma 2 bis per prevedere che *“il respingimento o 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”*.

Questa disposizione costituisce attuazione della direttiva rimpatri (artt. 5, 9, 10, 14 , 16 e 17).

È tuttavia un'attuazione assolutamente insoddisfacente perché si limita ad individuare le categorie di persone vulnerabili, senza minimamente definire i contenuti delle modalità di attuazione delle espulsioni e dei respingimenti, a differenza della direttiva che dedica a queste categorie di persone un articolato molto più ampio. Infatti, la legge italiana si limita a stabilire che debbono essere “debitamente accertate” le appartenenze a queste categorie, ma, circa garanzie e modalità di attuazione dei provvedimenti ablativi di costoro non rinvia nemmeno ad un decreto ministeriale di futura emanazione, lasciando così alle contingenze del momento l'individuazione delle modalità applicative.

6. Conclusioni

La trasposizione della direttiva rimpatri nel diritto interno è stata tardiva e minimale.

Così come la tardività è stata superata dalla giurisprudenza di merito, europea e di legittimità, sarà ancora la giurisprudenza a colmare le lacune dovute ad un recepimento “omeopatico”, esattamente come è accaduto dopo il 24 dicembre scorso. Gli strumenti sono quelli consueti: interpretazione comunitariamente – e dunque costituzionalmente - conforme, rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di giustizia, eccezione d'illegittimità costituzionale.