

**LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO
DOPO LE RECENTI RIFORME DELLA
NORMATIVA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE**

Firenze, 18/19 settembre 2009

Seminario ASGI – MD Magistratura Democratica

La disciplina dell'espulsione e del trattenimento nei C.I.E.

Relazione a cura dell'avv. Guido Savio, del Foro di Torino, socio dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione

La legge 94/09 introduce alcune significative modifiche alla disciplina dell'espulsione sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello dell'esecuzione delle espulsioni.

Per quanto concerne l'aspetto sostanziale, registriamo modifiche incidenti sia in modo diretto che indiretto sulla disciplina in esame.

A) Le modifiche che incidono in modo indiretto sulle espulsioni

Definisco come modifiche indirette alle espulsioni quelle concernenti i nuovi impedimenti penali all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri.

Mi limito ad un breve accenno a questo tema perché sarà oggetto di una relazione specifica domani, tuttavia è indubbio che restringendo ulteriormente la possibilità di ingresso e soggiorno aumenteranno le presenze di stranieri irregolari e, quindi, le espulsioni.

Le modifiche all'art. 4, co. 3, T.U. sono duplici:

1 - da un lato, si prevede espressamente che la condanna anche non irrevocabile e anche se resa a seguito di patteggiamento per i reati previsti dall'art. 380 c.p.p. e per gli altri previsti dalla disposizione in esame, sia ostativa all'ingresso e, quindi al soggiorno ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, co. 3 e 5, co. 5, T.U.

Siccome, tuttavia, un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa sul punto era già nel senso di escludere la necessità della definitività della sentenza di condanna (o di patteggiamento) ai fini dell'impedimento all'ingresso, la novella non ha fatto altro che recepire la giurisprudenza più restrittiva , statuendola per legge.

Si normativizza così la discutibile opinione per cui la presunzione costituzionale di non colpevolezza vale solo per l'ambito penale, mentre in tema di ingresso nel territorio nazionale (e, conseguentemente, in tema di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno) si deve pervenire ad un concetto di “condannato” diverso da quello processualpenalistico, in quanto la valutazione di pericolosità, e, quindi della non meritevolezza a soggiornare in Italia, discende *ex lege* dalla sentenza di condanna (anche non irrevocabile) per determinati titoli di reato previsti dalla legge, cioè da un accertamento di responsabilità già compiuto dall'autorità giudiziaria ordinaria (e tuttavia suscettibile di modificazioni), rispetto al quale all'amministrazione non resta che prenderne atto, senza alcuna ulteriore valutazione discrezionale.

Quindi, i condannati con sentenza non irrevocabile – dunque imputati – per i reati di cui al 380 c.p.p. sono tutti potenzialmente espellibili, eccetto i titolari di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo e coloro che hanno effettuato il ricongiungimento familiare, ovvero i familiari ricongiunti, per i quali non vige il c.d. “automatismo espulsivo”.

La previsione desta notevoli perplessità in particolare in pendenza di impugnazioni relative all'affermazione della penale responsabilità o alla qualificazione giuridica del fatto (e non solo in punto pena): l'eventuale accoglimento del gravame renderebbe difficile recuperare il PdS, previa revoca dell'espulsione emessa nelle more.

2 – Prima di esaminare l'altra riforma dell'art. 4, co. 3, T.U., bisogna ricordare che a norma dell'art. 26, co. 7 bis ,d. lg. 286/98, la condanna con provvedimento irrevocabile per taluno dei reati previsti dalla L. 22/4/1941, n. 633, e successive modificazioni (legge a tutela dei diritti d'autore), nonché per la violazione degli artt. 473 e 474 c.p., comporta la revoca del permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro autonomo (perché l'art. 26 disciplina proprio il PdS per lavoro autonomo), e l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Questa disposizione non è stata modificata dalla recente riforma.

Va inoltre ricordato che con L. 23/7/2009, n. 99 (recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia) sono stati riformulati gli artt. 473 (contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni) e 474 cp (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi).

La legge 94/09, invece, introduce all'art. 4, co. 3, d. lg. 286/98, l'ulteriore nuova causa ostativa dell'ingresso degli stranieri in Italia, consistente nella condanna irrevocabile per gli stessi reati indicati proprio dal citato art. 26, co. 7 bis. Pertanto, quella che continua ad essere una causa di revoca del permesso di soggiorno e conseguente espulsione, limitatamente ai titolari di permesso di soggiorno per lavoro autonomo, diventa una causa impeditiva all'ingresso per (quasi) tutti gli stranieri.

L'unica differenza che residua tra i titolari di permesso di soggiorno per lavoro autonomo e gli stranieri in possesso di permesso di soggiorno ad altro titolo è che, solo per i primi, l'espulsione è conseguente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati in oggetto e alla revoca immediata del titolo di soggiorno (trattasi di un'espulsione "tipica", diversa da quelle indicate all'art. 13, T.U.), mentre per gli altri l'espulsione segue le vie ordinarie e, quindi, sarà comminata solo se, a seguito del diniego, del rifiuto di rinnovo o della revoca del titolo di soggiorno, continueranno a restare in Italia. Sono fatte salve, ovviamente, le disposizioni

previste dagli artt. 4, co. 3 e 5, co. 5, d.lg. 286/98, in favore degli stranieri che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, ovvero degli stranieri ricongiunti, né la disposizione in oggetto si applica automaticamente ai titolari di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (ex carta di soggiorno).

La modifica in esame comporterà, presumibilmente, una drastica diminuzione dell'accesso ai riti alternativi da parte degli stranieri imputati di questi reati che, ovviamente, non avranno alcun interesse ad accelerare il passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Infatti, anche se la legge non menziona espressamente il patteggiamento tra le sentenze che possono determinare gli effetti previsti dalla norma in esame, l'equiparazione delle sentenze rese a seguito di richiesta di applicazione pena a quelle di condanna, sconsiglia vivamente il ricorso a tale forma di definizione del processo penale.

B) Le nuove tipologie di espulsioni introdotte dalla legge 94/09

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

La legge 15/7/2009, n. 94, ha introdotto un nuovo istituto nel Testo unico immigrazione: l'accordo di integrazione, previsto all'art. 4 bis D. Lg. 286/98.

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

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

specifici obiettivi di integrazione, da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno”.

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

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

Orbene, al di là della fumosa previsione normativa, che vedremo come potrà essere chiarita da un regolamento ministeriale di futura emanazione, pare evidente l'istituzione del permesso di soggiorno “a punti”.

La perdita integrale dei crediti comporta la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione.

Volendo soffermare la nostra attenzione sulla natura di questa peculiare espulsione amministrativa, poiché, secondo la legge, questa è preceduta dalla revoca del permesso di soggiorno, parrebbe rientrare nell'ambito dell'art. 13, co. 2, lett. b), d. Lg. 286/98 che espressamente prevede l'obbligo, in capo al prefetto, di disporre l'espulsione dello straniero anche “... *quando il permesso di soggiorno è stato revocato ...”.*

Tuttavia, mentre ordinariamente è la legge che determina le condizioni per la revoca del permesso di soggiorno, in questo caso le condizioni di revoca dipendono dal

mancato raggiungimento degli obiettivi di integrazione (tradotti in crediti in forza di un regolamento interministeriale) il cui contenuto non è affatto determinato per legge, attesa la assoluta genericità ed indeterminatezza del concetto di “integrazione” qual è definito nel primo comma della disposizione in esame.

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

Il che parrebbe in violazione della riserva assoluta di legge stabilita, in relazione alla condizione giuridica dello straniero, dall’art. 10, 2° co., della Costituzione, posto che i presupposti per l’adozione dell’espulsione vengono determinati – nella sostanza - da un decreto interministeriale. Questa peculiarità consente di ritenere l’espulsione in questione diversa da quelle indicate all’art. 13 TU.

L’autonomia dell’espulsione in esame – rispetto a quelle previste nell’art. 13, 2° co., lett. b) cit. – è evidente se si considera che l’art. 4 *bis* t.u. 286/1998 espressamente stabilisce che *“la perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l’espulsione ...”*: ebbene, se l’espulsione in questione fosse sussumibile in quelle delineate nell’art. 13, il legislatore non avrebbe avvertito la necessità di tale esplicita previsione, perchè che la revoca del permesso di soggiorno di per sé determina l’espulsione ai sensi della norma generale – art. 13, co. 2, lett. b) TU -.

Inoltre, l’art. 4 *bis* prevede espressamente che tale nuova ipotesi di espulsione debba essere eseguita dal questore ai sensi dell’art. 13, 4° co., d.lgs. n. 286/1998, quindi il riferimento alla norma generale in materia di espulsioni amministrative è solo in relazione alle modalità esecutive, che devono avvenire con l’accompagnamento immediato alla frontiera e non con l’intimazione di cui al 5° co. della stessa disposizione.

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

La disposizione in esame prevedibilmente porrà difficoltà anche sul piano operativo. In primo luogo occorrerà attendere il decreto ministeriale che dovrà essere emanato entro sei mesi dall'8/8/2009 – data di entrata in vigore della L. 94/09. Inoltre, la norma prevede che l'espulsione consegua alla revoca del permesso di soggiorno, il che presuppone che le questure siano opportunamente ed adeguatamente attrezzate per monitorare il conseguimento dei crediti derivanti dall'accordo di integrazione e, in caso negativo, provvedano alla revoca del titolo di soggiorno. Orbene, chi ha una benché minima dimestichezza con gli uffici immigrazione delle questure italiane, è ben consapevole delle difficoltà, delle lentezze, delle carenze di organico da cui patologicamente sono afflitte, al punto che – sovente – i tempi di rinnovo dei permessi di soggiorno sono tali che la loro consegna avviene quando già sono scaduti.

E in più si consideri che il comma 3 dell'art. 4 bis prevede espressamente che *“all’attuazione del presente articolo si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”*. È quindi stabilito, per legge, che non si spenderà un euro per dotare le questure delle disponibilità necessarie per far fronte ai nuovi adempimenti relativi all'accordo di integrazione.

È difficile immaginare, in questo contesto, che le questure potranno anche far fronte ad un tempestivo monitoraggio del conseguimento dei crediti di tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti. È ragionevole presumere che tale ulteriore incombenza verrà adempiuto in sede di rinnovo del permesso di soggiorno, con la conseguenza che l'espulsione farà seguito non alla revoca del permesso, ma al suo mancato

rinnovo, e siccome l'art. 13, co. 2, lett. b) non prevede, tra le cause di espulsione, l'ipotesi del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, ecco spiegato il motivo per cui è l'art. 4 bis a prevedere obbligatoriamente l'espulsione in conseguenza della perdita integrale dei crediti. Il che conferma che siamo in presenza di una fattispecie espulsiva autonoma.

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

2. Il fondo rimpatri

La nuova legge introduce l'art. 14 *bis* nel t.u. 286/1998, rubricato "*Fondo rimpatri*".

Si prevede l'istituzione di un fondo, presso il Ministero dell'interno, finalizzato a finanziare le spese per il rimpatrio degli stranieri verso i loro paesi o verso quelli di provenienza.

Non è chiaro se tale fondo serva esclusivamente a finanziare le spese per il rimpatrio in senso stretto, cioè il costo del viaggio per lo straniero e la eventuale scorta, oppure se tra tali spese vadano comprese anche quelle relative ai trattenimenti, alle udienze di convalida (ivi compreso il costo dell'interprete e del difensore d'ufficio), ed all'attività preordinata all'esecuzione del rimpatrio.

Interessante è vedere come si finanzia tale fondo. Infatti, ai sensi del co. 2 della norma, in tale fondo confluiscono, oltre agli eventuali contributi dell'U.E., la metà del gettito del contributo di cui all'art. 5, co. 2 *ter*, d.lgs. n. 286/1998: trattasi del contributo richiesto agli stranieri per il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno, determinato con decreto interministeriale, fra un minimo di 80 ed un

massimo di 200 €. Quindi ogni straniero regolare contribuirà a finanziare un fondo che sarà utilizzato per eseguire la sua espulsione, se e quando la sua precaria condizione di immigrato regolare cesserà.

La tassa sul permesso di soggiorno servirà, nella misura del 50%, a finanziare le espulsioni invece che a finanziare progetti volti alla conservazione ed all'incremento dei crediti previsti dall'accordo di integrazione. Il che svela la filosofia di fondo della riforma.

3. le modifiche all'ordine del questore

La legge 94 modifica parzialmente il contenuto dell'ordine del questore, prevedendo all'art. 4, co. 5 bis T.U. che “ *L'ordine può essere accompagnato dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza*”.

Premesso che si tratta di mera facoltà accordata al questore, pare evidente che la nuova disposizione sia volta a ridurre l'ambito di operatività del giustificato motivo dell'inottemperanza.

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

L'art. 14, co. 5 ter D. Lg. 286/98 nella versione anteriore alla riforma di cui alla L. 15/7/2009, n. 94, prescriveva l'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera, nell'ipotesi dello straniero inottemperante ad ordine questorile. Era un'ipotesi espulsiva atipica perché i suoi presupposti non erano delineati nell'art. 13, co. 2, T.U. ed era dibattuto se detta espulsione dovesse avere come presupposto l'avvenuto accertamento della penale responsabilità in ordine alla violazione dell'art. 14, co. 5 ter.

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

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

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

La medesima condotta – l'inosservanza dell'ordine del questore – anche se non costituente reato, sarebbe stata invece idonea, di per sé, a legittimare l'adozione di una nuova espulsione.

Ora, a seguito della modifica apportata con la L. 94/09, la disposizione, prevede espressamente che, salvo che lo straniero sia detenuto in carcere, *“in ogni caso si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5 bis”*. In tal

modo si tipicizza la nuova espulsione e la si ancora alla violazione dell'ordine questorile perché lo si richiama espressamente. L'intento del legislatore pare ora inequivoco: ogniqualvolta si accerti il fatto materiale del decorso dei 5 gg. senza che lo straniero abbia lasciato l'Italia, l'amministrazione deve provvedere a disporre una nuova espulsione. È ovvio che tale soluzione pare escogitata apposta per eludere la rilevanza della eventuale sussistenza del giustificato motivo, che comporterà l'assoluzione in sede penale, ma che sarà ininfluenza ai fini dell'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione, motivato sulla base della violazione dell'ordine questorile, indipendentemente dall'esito del processo penale.

Quanto poi alla modalità esecutiva di questa nuova espulsione, essa viene attuata o con accompagnamento immediato, o previo trattenimento, ovvero con nuovo ordine del questore.

C) la nuova disciplina del trattenimento

Il nuovo “pacchetto sicurezza”, pur lasciando inalterate le condizioni legittimanti il trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione, modifica significativamente la durata massima della permanenza. Invero, mentre il precedente 5° co. dell'art. 14, d.lgs. n. 286/1998 prevedeva che il trattenimento conseguisse alla convalida per un periodo di trenta giorni, prorogabile di altri trenta, solo in presenza di gravi difficoltà connesse all'accertamento dell'identità e della nazionalità dell'espellendo, oppure all'acquisizione di documenti per il viaggio, dopodiché il trattenuto doveva essere messo in libertà, ora, trascorso un primo periodo di complessivi sessanta giorni, al questore è consentito chiedere altre due proroghe – di sessanta giorni ciascuna – per un periodo massimo complessivo di centottanta giorni, alle condizioni di seguito precisate.

Una seconda proroga del trattenimento (dopo la prima che deve essere richiesta a seguito dell'inutile decorso di trenta giorni successivi alla convalida), può essere richiesta dal questore al giudice di pace “in caso di mancata cooperazione al

rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato, o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi".

Non è affatto chiaro in cosa consista la mancata cooperazione al rimpatrio da parte dello straniero trattenuto e, conseguentemente, quale sia il limite al di sotto del quale la cooperazione è insufficiente (o mancante) e quello al di sopra del quale tale cooperazione è invece sufficiente. In mancanza di criteri valutativi univoci e predeterminati per legge è facilmente intuibile l'instaurazione di prassi diverse sul territorio nazionale, essendo invece certo che la mancata cooperazione cesserà di produrre i suoi effetti solo quando sarà stato possibile eseguire l'accompagnamento in frontiera. Ma, se questo dovesse essere il criterio di valutazione della "cooperazione", cioè il conseguimento del risultato per cui è disposto il trattenimento, è evidente che il riferimento alla cooperazione soggettiva sarebbe del tutto ultroneo, posto che la rimozione degli elementi che si frappongono all'esecuzione dell'espulsione dipende dalla cooperazione delle rappresentanze diplomatiche dei Paesi terzi, nel rilascio della necessaria documentazione. Inoltre, se si considera che il trattenuto non può allontanarsi dal centro in cui è rinchiuso, difficilmente costui potrà "cooperare" alla sua espulsione, magari andando a reperire il suo passaporto chissà dove, né potrà sollecitare il consolato del suo Paese, più di quanto possa fare l'autorità italiana di pubblica sicurezza. Pertanto, poiché *ad impossibilia nemo tenetur*, l'unica ipotesi di mancata cooperazione consiste nel tacere la propria identità e nazionalità, ovvero declinarla falsamente.

Quanto al ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione dal Paese di destinazione dell'espellendo, trattasi di circostanza oggettiva che necessita di accurato accertamento. Infatti, se si considera che il ritardo nell'ottenimento della documentazione necessaria all'esecuzione dell'espulsione, pur essendo circostanza indipendente dalla volontà dello straniero, è tuttavia idonea a restringere la sua libertà personale per ulteriori sessanta giorni, si converrà che l'amministrazione potrà invocarla solo se sarà in grado di dimostrare l'effettiva necessità della documentazione ai fini di dare esecuzione all'espulsione, e, soprattutto, che tale

documentazione sia stata tempestivamente e correttamente richiesta e sollecitata, dandone atto nella motivazione della richiesta di proroga. L'inerzia del consolato estero non deve essere confusa con l'inerzia della questura.

Una terza richiesta di proroga del trattenimento, della durata di ulteriori sessanta giorni, è consentita al questore qualora “non sia possibile procedere all'espulsione in quanto, nonostante ogni ragionevole sforzo, persistono le condizioni di cui al periodo precedente”: cioè persiste la mancata cooperazione dello straniero alla sua espulsione, ovvero persiste il ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte della rappresentanza diplomatica del Paese di destinazione.

Al proposito, si osserva come sia ben difficile immaginare quale “ragionevole sforzo”, ulteriore rispetto alla perdurante restrizione della libertà personale, possa essere compiuto dalla questura o dall'ente gestore del C.I.E. per convincere e persuadere il trattenuto a cooperare alla sua espulsione: trattasi, pertanto, di previsione impossibile e irragionevole. Quanto poi all'ipotesi del persistente ritardo nel rilascio della documentazione da parte del Paese terzo di destinazione, è intuitivo che se non sono stati sufficienti centoventi giorni, difficilmente ne serviranno altri sessanta. Conseguisce che il “ragionevole sforzo” sia circostanza pleonastica e indeterminabile, con la grave conseguenza di far gravare ingiustificatamente sul trattenuto le inefficienze delle rappresentanze consolari e dell'amministrazione.

Il che è ancor più grave se si considera che la nuova disciplina si applica ai trattenimenti in corso e che il trattenimento è reiterabile

Effettività della tutela e profili costituzionali

Come si è detto, il nuovo art. 14, 5° co., d.lgs. n. 286/1998, triplica i termini massimi del trattenimento nei C.I.E. portandoli da due a sei mesi. È un aumento straordinario che non pare suffragato da studi e analisi statistiche idonei a dimostrare che, triplicando i termini massimi del trattenimento, si risolverebbero le difficoltà a dare esecuzione alle espulsioni ed ai respingimenti differiti, e, pertanto, questa riforma

snatura il trattenimento dalla sua funzione originaria – temporaneamente circoscritta nel breve periodo e finalizzata a dare esecuzione all’allontanamento – per ridurlo ad una dimensione sanzionatoria e punitiva. Sanzione – consistente nella pesante restrizione della libertà personale – comminata dall’autorità amministrativa, conseguente alla convalida e prorogabile senza contraddittorio.

Infatti, il sistema delle proroghe del trattenimento è rimasto inalterato: il questore la richiede ed il giudice di pace la concede o meno, *inaudita altera parte*. Non solo la proroga viene concessa o negata senza contraddittorio tra le parti, ma al giudice non è neppure concesso di modulare la durata del trattenimento prorogato in base alle effettive necessità documentate dalla questura: la seconda e la terza proroga, infatti, sono di sessanta giorni: prendere o lasciare.

Ed allora, pare evidente il contrasto con due parametri costituzionali: il diritto di difesa e la riserva di giurisdizione in materia di libertà personale, che già erano prospettabili quando il trattenimento era consentito nel limite di trenta giorni, prorogabili di altri trenta, ma che ora emergono con forza in ragione della triplicazione della durata della permanenza nei C.I.E. e della genericità dei presupposti legittimanti le proroghe.

Infatti, da un lato l’assenza di contraddittorio impedisce di contrastare le ragioni addotte dal questore a sostegno della sua richiesta, e ciò è ancor più grave ove si consideri che criteri quali la “mancata cooperazione” dello straniero trattenuto, ovvero l’aver esperito “ogni ragionevole sforzo” sono assolutamente generici e si risolvono in valutazioni discrezionali ed opinabili, in assenza di specifiche indicazioni normative predeterminate. Il che impedisce l’esercizio del diritto di difesa nel momento in cui viene decisa la proroga della restrizione della libertà personale.

D’altro canto, il fatto che sia inibito al giudice determinare la durata del trattenimento, in relazione alle esigenze poste a fondamento della richiesta di proroga, sottrae la proroga del trattenimento all’effettività del controllo giurisdizionale, risolvendosi, in caso di concessione della stessa, nell’avallo fideistico dell’assunto questorile secondo cui serviranno proprio sessanta giorni – non uno di

meno - per ottenere la cooperazione del trattenuto o del consolato. Pare evidente la violazione della riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13, 2° co., Cost.

Ma, a ben vedere, la novella rimette in discussione la legittimità del trattenimento disposto dall'autorità di P.S. e l'inidoneità dello strumento della convalida quale titolo giurisdizionale idoneo a restringere la libertà personale.

Invero, fin dall'entrata in vigore della l. n. 189/2002, che introdusse l'immediata esecutività delle espulsioni prefettizie, fu chiaro che il trattenimento non era più l'eccezione, ma la regola, cioè il modo ordinario di dare esecuzione ai decreti espulsivi (salvo l'indisponibilità di posti nei centri di detenzione amministrativa) : di qui la paventata violazione della disposizione di cui al 3° co. dell'art. 13 Cost. secondo cui l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale in casi "*eccezionali*". Ora, con la possibilità di prorogare il trattenimento fino a sei mesi, il contrasto con il citato parametro costituzionale si accentua fortemente.

Così come si evidenzia maggiormente l'inidoneità del decreto di convalida a costituire "titolo" del trattenimento.

La nuova disciplina del trattenimento e la direttiva rimpatri

La modifica della durata dei termini massimi di trattenimento potrebbe apparire giustificata dalle disposizioni contenute nella direttiva 2008/115/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Infatti, è opportuno rammentare che, ai sensi dell'art. 15, 5° e 6° co., dello strumento comunitario, il trattenimento può durare fino ad un periodo massimo di un anno e sei mesi. Si potrebbe così sostenere che l'Italia, nel limitare a sei mesi tale termine, si sia tenuta ben al di sotto di quanto consentito a livello comunitario. In realtà non è così per le ragioni di seguito sinteticamente esposte.

In primo luogo, va osservato che a mente del combinato disposto degli artt. 6, 7 e 8 della direttiva, la decisione di rimpatrio va ordinariamente eseguita privilegiando la “partenza volontaria” (art. 7) consentendo un termine congruo – tra sette e trenta giorni – prorogabile, tenendo conto delle esigenze specifiche del caso individuale (come l’esistenza di bambini che frequentano la scuola e di altri legami familiari e sociali – art. 7, 2° co.), e in tale periodo il rischio di fuga può essere fronteggiato con l’obbligo di presentazione periodica all’autorità o con l’obbligo di dimora. Inoltre, a norma dell’art. 8, 4° co., della direttiva, il ricorso a misure coercitive avviene “in ultima istanza”. Com’è agevole notare, quello comunitario è un quadro ben diverso da quello nazionale: il trattenimento si configura come *extrema ratio* a differenza del diritto interno, che nulla prevede a proposito del rimpatrio volontario, e ove il trattenimento è la regola.

E che il diritto interno non intenda conformarsi a quello comunitario, a proposito dell’esecuzione delle espulsioni e del ricorso a strumenti coercitivi, è confermato dall’introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale in Italia di cui all’art. 10 *bis*, d.lgs. n. 286/1998. Infatti, a mente dell’art. 2, 2° co., lett. b) della direttiva 2008/115/CE, “*gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi ...sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale ...*”: poiché il processo penale avanti il giudice di pace per violazione della contravvenzione di cui all’art. 10 *bis*, d.lgs. n. 286/1998 – per il caso in cui nelle more del procedimento non sia stata eseguita l’espulsione amministrativa – è destinato a concludersi con l’espulsione a titolo da sanzione sostitutiva ai sensi dell’art. 16, d.lgs. n. 286/1998, è evidente che l’Italia possa sottrarsi all’applicazione della direttiva comunitaria, proprio in conseguenza della nuova fattispecie penale di ingresso e soggiorno illegale.

Consegue che nessuna giustificazione derivante dal diritto comunitario può essere addotta per la modifica dei termini massimi del trattenimento degli espellendi nei C.I.E.

