CORSO DI FORMAZIONE IN DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE

Respingimenti ed espulsioni

13.5.2019

Guido Savio

Inquadramento generale, le tipologie

Le espulsioni e i respingimenti sono gli strumenti che il nostro ordinamento prevede per allontanare dall'Italia e dall'area Schengen i cittadini di paesi terzi che non hanno - non importa se originariamente o successivamente - titolo a soggiornarvi legalmente. I provvedimenti in esame non si applicano a cittadini dell'UE e ai loro familiari (che possono anche non avere la cittadinanza di uno Stato membro).

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

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

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

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

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

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

a) espulsione a titolo di misura di sicurezza, disposta nei confronti del condannato straniero socialmente pericoloso (art. 15 T.U., codice penale, art. 86 d.P.R. 309/90);

b) espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione riguardante il detenuto straniero in fase di espiazione di una condanna definitiva, negli ultimi due anni di esecuzione della pena (art. 16 T.U.);

- c) espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena riguardante lo straniero in situazione di soggiorno irregolare che deve essere condannato per un reato punito con la pena della reclusione inferiore a due anni (art. 16 T.U.);
- d) espulsione a titolo di sanzione alternativa della pena pecuniaria (art. 16, T.U.) applicabile dal giudice di pace in caso di condanna per i reati d'ingresso e soggiorno illegale (art. 10 bis, T.U.) e d'inottemperanza, anche reiterata, all'ordine di allontanamento del questore (art. 14, co. 5 ter e quater, T.U.).

Le forme

Tutti i provvedimenti di espulsione amministrativa e di respingimento hanno la forma del **decreto e devono essere motivati in fatto e in diritto** (art. 13, co. 3, T.U., art. 3, L. 241/90), sono **immediatamente esecutivi**, anche se sottoposti a gravame o impugnativa. Sono atti **recettizi**, cioè producono i loro effetti dopo la loro notificazione, e, al pari di ogni altro atto concernente l'ingresso o il soggiorno, sono comunicati all'interessato unitamente all'**indicazione delle modalità di impugnazione** e ad una **traduzione** in lingua conosciuta allo straniero ovvero, ove ciò non sia possibile, in lingua inglese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'espellendo (art. 13, co. 7, T.U. ; art. 3, co. 3,4, D.P.R. 394/99).

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

Il respingimento immediato alla frontiera

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

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

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

- a) possesso di passaporto valido o documento equipollente;

- b) possesso di un visto d'ingresso, salvo i casi di esenzione, qualora sia prescritto (art. 4. co. 1, T.U.);
- c) possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno;
- d) disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i titolari di permesso di soggiorno per motivi di lavoro, per il ritorno nel Paese di provenienza;
- e) non essere segnalato nel SIS (Sistema informativo Schengen) ai fini della non ammissione;
- f) non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato ovvero la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri;
- g) non essere destinatario di un provvedimento di espulsione;
- h) non essere destinatario di un divieto di rientro in quanto espulso, salvo avere ottenuto dal Ministero dell'interno l'apposita autorizzazione prevista dall'art. 13 T.U.

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

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

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

Lo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento alla frontiera **non commette il reato di ingresso illegale (art. 10 bis, T.U.) proprio perché non si verifica l'ingresso nel territorio nazionale in quanto allo straniero l'ingresso è impedito**; il reato ex art. 10 bis T.U. ha natura contravvenzionale e, com'è noto, nel nostro sistema penale non si configura il tentativo nelle contravvenzioni.

Il respingimento differito disposto dal questore con accompagnamento alla frontiera

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

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

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

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

Prima della novella di cui al DL 113/18, convertita nella L. 132/18 la disciplina del respingimento differito nel tempo era analoga a quella del respingimento immediato: nessun divieto di reingresso, nessuna segnalazione nel S.I.S (Sistema informatico Schengen ai fini della non ammissione sul territorio degli Stati membri).

L'occasione che ha dato origine alla riforma è conforme alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale in termini di adeguamento delle garanzie sul controllo giurisdizionale dei respingimenti differiti, le conseguenze sono - invece - nettamente peggiorative.

All'origine c'è la **sentenza n. 275/2017 della Consulta** che, nel dichiarare l'inammissibilità per difetto di rilevanza di una questione di legittimità costituzionale relativa alla norma in questione, tuttavia concluse nei seguenti termini: *“l'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità*

esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.”.

In effetti l'accompagnamento coattivo alla frontiera - nei casi di respingimento differito - non prevedeva la convalida giurisdizionale, a differenza dell'accompagnamento alla frontiera degli espulsi.

Il legislatore, accogliendo il monito della Consulta, ha introdotto il **comma 2 bis nell'art. 10 T.U.I. prevedendo che al provvedimento di respingimento differito di applichino le procedure di convalida di cui all'art. 13, co. 5 bis, 5 ter, 7 e 8, T.U.I. cioè l'identica procedura prevista per le espulsioni amministrative, ivi compresa la convalida dell'accompagnamento e la ricorribilità al giudice di pace.**

Tuttavia il legislatore si è spinto oltre lo stretto necessario e, con l'occasione, ha introdotto:

- a) il **divieto di reingresso** dello straniero destinatario di respingimento differito per un periodo da tre a cinque anni, la cui **trasgressione è punita con la reclusione** da uno a quattro anni cui consegue l'espulsione con accompagnamento immediato;
- b) la reclusione è da uno a cinque anni per lo straniero che reitera il reingresso, dopo essere stato già denunciato ed espulso;
- c) **obbligo di arresto** anche fuori dei casi di flagranza e rito direttissimo.

Si è così riprodotta la stessa disciplina già prevista dall'art. 13, co. 13, 13 bis, 13 ter e 14 T.U.I. che sanziona la violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso.

La conseguenza è che non v'è più alcuna differenza tra espulsione e respingimento differito.

Gli obblighi del vettore

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

I divieti di respingimento

Le disposizioni sui respingimenti **non si applicano ai richiedenti asilo** politico, il riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria (art. 10, co. 6,

T.U.). **In nessun caso può disporsi il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa essere rinvio verso altro Stato in cui non possa essere protetto dalla persecuzione** (art. 19, co. 1, T.U.).

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

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

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

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

Le espulsioni amministrative

Forme e contenuti comuni

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

Incombono sull'autorità emittente tre obblighi:

motivazione,

comunicazione,

sottoscrizione

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

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

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

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

“Nel giudizio ai sensi del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 13, comma 8, e art. 13 - bis, avente ad oggetto la verifica della pretesa espulsiva dello Stato, a fronte della quale può recedere il diritto soggettivo dello straniero extracomunitario a permanere

nello Stato, poiché le ipotesi di violazione che possono giustificare l'espulsione sono rigorosamente descritte dalla vigente normativa, configurandosi il provvedimento espulsivo come atto a contenuto vincolato, la materia d'indagine è costituita dalla sussistenza della specifica ipotesi contestata all'espellendo ed assunta a dichiarato presupposto dell'espulsione; ne consegue che, disposta tale ultima misura per essersi lo straniero sottratto ai controlli di frontiera e verificata, in fatto, l'insussistenza, di una tale circostanza, l'espulsione non può essere confermata dal giudice” (Cass. civ. sez. VI, 14.2.2013, n. 3694).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nel 2012 la **Cassazione ha rivisto l'orientamento fondato sulla sostanziale equivalenza tra la impossibilità di traduzione e la impossibilità di reperire personale idoneo alla traduzione del decreto espulsivo in lingua nota allo straniero**, affermando che *“la moltiplicazione esponenziale delle espulsioni (molte decine di migliaia all'anno), la formazione di flussi stabili di immigrati per nazionalità o etnie, la diffusione delle procedure di informatizzazione di tutte le comunicazioni dell'Amministrazione, la prevalente invariabilità e ricorrenza delle ipotesi espulsive ... inducono a valutare la sostenibilità logica di una risposta dell'Amministrazione quale quella di non avere la disponibilità di un traduttore quando, nella stragrande maggioranza dei casi, nessuna traduzione <personalizzata> è necessaria, dato che i testi erano e sono standard ... Sembra pertanto necessario ripensare una scelta interpretativa (la insindacabilità della attestazione di impossibilità) che oggi, nel contesto sopra indicato, appare dissonante dalle attuali esigenze di dare attuazione ai principi di giusto processo di opposizione all'espulsione. In realtà la clausola della norma (la impossibilità di procedere a traduzione in lingua conosciuta) consente un sindacato di ragionevolezza e plausibilità della sua applicazione ... La chiave di volta per un sindacato ragionevole, ed a tutela del diritto soggettivo della difesa tecnica dell'espellendo, è quella che scaturisce dalla presa d'atto della realtà, e cioè del fatto che oggi, per imponenza di numeri di espulsioni, per ricorrenza di ipotesi*

prevalentemente tipizzate, e per disponibilità di banche dati informatiche, non occorre più, o non occorre sempre, un traduttore. ... Si formula pertanto il seguente principio di diritto: è da ritenersi ai fini di legge <impossibile> la traduzione del decreto espulsivo nella lingua conosciuta dall'espellendo, e si può procedere all'uso della lingua <veicolare>, le volte in cui sia dall'Amministrazione affermata e dal giudice ritenuta plausibile la indisponibilità di un testo predisposto nella stessa lingua o la inidoneità di tal testo alla comunicazione della decisione in concreto assunta e venga quindi attestato che non sia reperibile nell'immediato un traduttore".(Cass. civ. sez. VI, sent. 8 marzo 2012, n. 3678/12).

La **nullità** del provvedimento espulsivo per mancata traduzione del decreto nella lingua propria del destinatario può essere fatta valere anche in sede di opposizione tardiva (Cass. civ. sez. I, 179/2008), tale pronuncia è particolarmente rilevante perché si pone nel solco della giurisprudenza della Corte costituzionale che, con sentenza n. 198/2000 stabilì che *“ il pieno esercizio del diritto di difesa da parte dello straniero presuppone ... che qualsiasi atto proveniente dalla pubblica amministrazione, diretto ad incidere sulla sua sfera giuridica, sia concretamente conoscibile. L'esigenza primaria di non vanificare il diritto di azione fa sì che, nell'ipotesi di ignoranza senza colpa del provvedimento di espulsione – in particolare per l'inosservanza dell'obbligo di traduzione dell'atto – debba ritenersi non decorso il termine per proporre impugnazione ”.*

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

Gli effetti dei provvedimenti amministrativi di espulsione

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

1. **obbligo di lasciare il territorio nazionale** (immediatamente o entro un determinato termine);
2. **segnalazione, ai fini della non ammissione nell'area Schengen, del nominativo della persona espulsa nel Sistema d'informazione Schengen** (di seguito denominato S.I.S.);

3. **divieto di reingresso nel territorio dell'Italia e degli altri Stati dell'area Schengen, per un periodo di tempo determinato** (indicato nel decreto di espulsione), decorrente dal momento dell'effettivo allontanamento dal territorio nazionale;
4. **l'eventuale procedimento penale pendente a carico dello straniero effettivamente espulso e non detenuto si conclude con una sentenza di improcedibilità per avvenuta espulsione**, se l'esecuzione dell'espulsione sia avvenuta prima della pronuncia del decreto che dispone il giudizio, ma riprende a svolgersi in caso di reingresso irregolare dell'espulso.

L'obbligo di lasciare il territorio nazionale

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

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

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

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

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

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

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

Pertanto, poiché – secondo la legge italiana – ogni provvedimento amministrativo di espulsione deve essere corredato anche di un divieto di reingresso (art. 13, co. 14, T.U.), così come ogni provvedimento di respingimento differito i nominativi degli espulsi sono segnalati nel S.I.S. (a differenza dei nominativi delle persone sottoposte a respingimento immediato che non prevede alcun divieto di reingresso).

I divieti di reingresso in Italia dello straniero espulso

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

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

1. **ordinariamente, il divieto di reingresso in Italia (e nell'area Schengen) dello straniero espulso non può essere inferiore a tre anni e superiore a cinque, e nell'esercitare tale scelta discrezionale il prefetto deve tener conto di tutte le circostanze specifiche pertinenti il singolo caso,**
2. **nelle ipotesi di provvedimenti amministrativi di espulsione per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), T.U.), o per motivi di ordine pubblico**

e sicurezza dello Stato dal Ministro dell'interno (art. 13, co. 1, T.U.), ovvero per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3, co. 1, L. 155/2005) può essere previsto un divieto di reingresso superiore a cinque anni – dunque indeterminato nel massimo – la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dopo che sia stato effettivamente eseguito il provvedimento amministrativo di espulsione dello straniero che è sottoposto in Italia a procedimento penale, il **giudice penale, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, acquisita la prova da parte della P.A. dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione,**

pronuncia sentenza di non luogo a procedere in relazione ai reati per i quali è imputato lo straniero ormai effettivamente espulso (art. 13, co. 3 quater, T.U.).

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

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

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

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

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

I presupposti di tale condizione di improcedibilità sono tre:

1. **il perfezionamento del nulla osta all'espulsione** (che presuppone che l'imputato non sia sottoposto alla custodia cautelare in carcere e che manchino inderogabili

esigenze processuali nei confronti di concorrenti nel reato, imputati di reati connessi e nell'interesse della persona offesa);

2. la mancata emissione del decreto che dispone il giudizio nei confronti dello straniero espellendo;
3. la prova dell'avvenuta esecuzione dell'espulsione amministrativa.

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

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

- A) prima dell'ordinanza che ammette il rito abbreviato,
- B) prima dell'emissione della sentenza di patteggiamento,
- C) prima dell'emissione del decreto penale di condanna,
- D) prima dell'emissione del decreto di giudizio immediato.
- E) Invece per il giudizio direttissimo, che di norma si svolge con l'imputato detenuto, difficilmente si può emettere sentenza d'improcedibilità per avvenuta espulsione, salvo che l'espulsione avvenga prima dell'instaurazione del rito, come ad esempio nelle c.d. "direttissime atipiche" con imputato a piede libero.

Le espulsioni disposte dal prefetto

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

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

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

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

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

A seguito dell'abolizione dei controlli alla frontiere interne degli Stati aderenti all'area Schengen e poiché le frontiere interne possono essere attraversate in qualunque luogo senza che sia effettuato il controllo delle persone (art. 20, Reg. 2006/562/CE), la prova della regolarità dell'ingresso è fornita dal **timbro apposto sul passaporto dalla polizia della frontiera esterna del Paese membro attraverso cui è stato effettuato l'ingresso in area Schengen**, ovvero su apposito foglio separato.

Le espulsioni per irregolarità del soggiorno

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

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

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

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

Nell'ipotesi, frequente nella prassi, in cui lo **straniero detenuto**, proprio a causa della detenzione in carcere non abbia potuto presentare tempestivamente la domanda di rilascio (o di rinnovo) del permesso di soggiorno e, pertanto, all'atto della scarcerazione sia espulso proprio per l'omessa richiesta del permesso di soggiorno, la **giurisprudenza esclude che la detenzione possa costituire causa di forza maggiore**,

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

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

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

e) Si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è stato annullato o rifiutato dal questore

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

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

Un'importante **eccezione** a tale previsione riguarda però lo **straniero, regolarmente soggiornante** a qualunque titolo, **in possesso dei requisiti per effettuare il ricongiungimento familiare al quale il titolo di soggiorno originario può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi familiari entro un anno dalla sua scadenza** (art. 30, co. 1, lett. c), T.U.), sicché non si può disporre l'espulsione di chi ha titolo per mantenere il diritto all'unità familiare, se non dopo un anno dalla scadenza del permesso di soggiorno del quale non è stata chiesta la conversione in permesso di soggiorno per motivi familiari.

La giurisprudenza si è posta il quesito se l'automatismo espulsivo, e quindi la natura strettamente vincolata della potestà espulsiva spettante al prefetto, dovesse valere anche per le ipotesi di mero **ritardo nella presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno** (e non anche di primo rilascio), sempre che, ovviamente, il ritardo stesso non fosse giustificato da cause di forza maggiore. La questione fu chiarita dalla Cassazione che, a sezioni unite, stabilì che *“la spontanea presentazione*

della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di sessanta giorni dalla sua scadenza non consente l'espulsione automatica dello straniero, la quale potrà essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti richiesti dalla legge per il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, mentre la sua tardiva presentazione potrà costituirne solo indice rivelatore nel quadro di una valutazione complessiva in cui versa l'interessato" (Cass. Civ., Sez. un., 20 maggio 2003, n. 7892).

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

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

Le espulsioni per motivi di pericolosità sociale

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

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

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

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

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

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

da **valutazioni di pericolosità sociale** che, implicando valutazioni di carattere **discrezionale**, richiedono **approfondita ed adeguata motivazione**.

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

Devono, in particolare, tenersi presenti i criteri::

- a) *Della necessità di un accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni;*
- b) *Del requisito dell’attualità della pericolosità;*
- c) *Della necessità di esaminare globalmente l’intera personalità del soggetto, quale risulta da tutte le manifestazioni della sua vita”. (Cass. civ., sez. I, sent. 30.8.2001, n. 12721, negli stessi termini Cass. sent. n. 11466/2013, n. 24084/2015).*

Le espulsioni dello straniero inottemperante all’ordine di allontanamento del questore

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

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

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

- 1) la **violazione dell'ordine è punita**, salvo che sussista un giustificato motivo (cfr. Corte costituzionale, sent. n. 5/2004), con la multa da 10.000 a 20.000 € se l'ordine è conseguente ad espulsione con accompagnamento coattivo ex art. 13, co. 4, TU oppure a respingimento differito, ovvero a sottrazione ai programmi di rimpatrio assistito; la medesima condotta è, invece, punita con la multa da 6.000 a 15.000 € se l'ordine del questore consegue ad espulsione corredata dalla concessione del termine per la partenza volontaria ex art. 13, co. 5, TU, nell'ipotesi, cioè, in cui l'espulso non abbia adempiuto alla partenza nel termine concesso, sia stata emessa espulsione coattiva che non possa essere eseguita con immediatezza e neppure sia possibile disporre il trattenimento in un CPR, e, quindi, si debba impartire l'ordine in questione (nei confronti, si badi, di uno straniero che già si è reso inottemperante al termine concesso per la partenza volontaria). Questi reati sono attribuiti alla competenza del giudice di pace.
- 2) Valutato il singolo caso, **se lo straniero inottemperante non si trova detenuto in carcere, il prefetto emette un nuovo decreto di espulsione per violazione dell'ordine di allontanamento precedentemente impartito dal questore.** Invece di dare attuazione al pregresso decreto di espulsione o di respingimento - che mantengono intatta la loro efficacia - la legge prescrive l'adozione di un nuovo provvedimento espulsivo (anche se precedentemente fosse stato adottato un mero respingimento) ancorato al fatto oggettivo dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore: una **“seconda espulsione”** di dubbia ragionevolezza, posto che, come s'è detto, un provvedimento ablativo già esiste.
- 3) **Anche il nuovo decreto di espulsione così emanato può essere corredata da nuovo ordine di allontanamento del questore:** è dunque possibile **reiterare l'ordine di allontanamento del questore** e, ad ogni successiva inottemperanza, si procederà a nuova espulsione determinando così un sistema di espulsioni a catena (art. 14, co. 5 ter, T.U.) fino all'avvenuto allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato.

I divieti di espulsione e respingimento

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

A) in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio in altro Stato nel quale sia protetto da tali

discriminazioni (art. 19, co. 1, T.U.). Tale divieto **attuа il principio di *non refoulement* del rifugiato (art. 33, Convenzione di Ginevra), il divieto di sottoposizione a tortura e a pene o trattamenti inumani e degradanti (art. 3, C.E.D.U.), la tutela che la Repubblica riconosce e garantisce ai diritti inviolabili dell'uomo (art. 2, Cost.), il diritto d'asilo garantito dall'art. 10, comma 3 Cost. agli stranieri a cui nel proprio Stato non è garantito l'effettivo esercizio garantito dalle libertà democratiche ed il divieto di estradizione dello straniero per reati politici (art.10, comma 4 Cost.).**

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

Analogamente per rischio di sottoposizione a tortura art. 19, co. 1 bis e i nuovi permessi di soggiorno per cure mediche previsti dalla riforma Salvini

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

- a) stranieri **minori** di anni diciotto, salvo il diritto di seguire il genitore o l'affidatario espulsi. Il provvedimento di espulsione del minore straniero (nei soli casi di cui all'art. 13, co. 1, cit.) è adottato dal tribunale per i minorenni, su richiesta del questore (art. 31, co. 4, T.U).
- b) **Titolari di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo**, salvo i casi di cui all'art. 9, T.U.
- c) **Stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado, o il coniuge di nazionalità italiana.** Tale divieto tutela il diritto all'unità familiare dei cittadini italiani e dei loro familiari. L'onere della prova dell'effettività della convivenza non è desumibile dalle risultanze anagrafiche, ma grava sui beneficiari ed è soggetto all'ordinario regime di valutazione probatorio. Lo straniero che si trova in tale situazione ha diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari (art.

28. co. 1, lett. b), D.P.R. 394/1999). La legge n. 94/2009 ha ridotto al secondo grado il rapporto di parentela rilevante ai fini dell'inespellibilità, mentre la normativa previgente includeva il rapporto di parentela col cittadino italiano fino al quarto grado, la modifica introdotta dalla L. n. 94/2009 sul punto non ha efficacia retroattiva.

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

Deroghe all'obbligo di esercitare la potestà espulsiva

In taluni casi eccezionali la legge consente di **derogare all'obbligo di esercitare la potestà espulsiva del prefetto, pur in presenza di situazioni che di per sé la imporrebbero, sia per ingresso irregolare, sia per soggiorno irregolare.** Si tratta di situazioni che **non rientrano nella previsione normativa dei divieti di espulsione, ma che si desumono da disposizioni del T.U. 286/98 e dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità,** nelle quali o è consentito il rilascio di un permesso di soggiorno, oppure è prevista una sospensione dell'esercizio della potestà espulsiva.

E' consentito il rilascio di un permesso di soggiorno:

- a) Al **genitore straniero, anche naturale, di minore italiano residente in Italia (a prescindere dalla convivenza effettiva, altrimenti si verserebbe nella situazione d'inespellibilità ex art. 19, co. 2, lett. c), TU)**. In tal caso il **permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato anche a prescindere dal possesso di un valido titolo di soggiorno**, all'unica condizione che il richiedente non sia privato della potestà genitoriale secondo la legge italiana (art. 30, c. 1, lett. d), TU). Si tratta di una **forma di regolarizzazione *in itinere*** perché consente il rilascio di un titolo di soggiorno al genitore anche privo di qualsiasi permesso di soggiorno, che, dunque, si troverebbe in condizione di irregolarità amministrativa, se non fosse genitore di minore italiano quivi residente. La previsione del rilascio del permesso di soggiorno preclude l'adozione dell'espulsione prefettizia.
- b) Allo **straniero che, pur soggiornando sprovvisto di un valido titolo di soggiorno, chiede il permesso di soggiorno per motivi familiari perché già titolare di un permesso di soggiorno scaduto da meno di un anno ed ha i requisiti previsti nell'art. 29 T.U.** per attuare il diritto al mantenimento dell'unità familiare con altro cittadino italiano o dell'Unione europea o straniero extracomunitario regolarmente soggiornanti in Italia. Inoltre, qualora detto cittadino sia un rifugiato, si prescinde dal possesso di un valido permesso di soggiorno da parte del familiare. (art. 30, comma 2 lett. c) T.U.). Anche in questi casi si tratta di forme di regolarizzazione *in itinere* che non consentono l'adozione dell'espulsione per soggiorno irregolare.
- c) Allo straniero che, anche se entrato irregolarmente sul T.N. o comunque irregolarmente soggiornante, abbia presentato **domanda di protezione internazionale, al quale è rilasciato un permesso di soggiorno per attesa asilo**, rinnovabile fino all'esito della domanda e in pendenza dell'eventuale ricorso giurisdizionale di primo grado.
- d) Allo straniero, anche irregolarmente presente in Italia, cui viene rilasciato un **permesso di soggiorno per i nuovi motivi speciali derivanti allo spaccettamento della protezione umanitaria ex L. 132/2018**
- e) Il **Tribunale per i minorenni**, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore straniero che si trova sul territorio italiano, può

autorizzare l'ingresso o la permanenza (nel caso in cui l'ingresso, anche illegale, si sia già verificato) dei familiari stranieri, anche in deroga alle disposizioni sull'immigrazione (art. 31, co. 3, T.U.). L'autorizzazione del tribunale per i minorenni è a tempo determinato e impone alla questura il rilascio di permesso di soggiorno per assistenza minore, che consente l'esercizio di attività lavorativa.

- f) Il Presidente del Consiglio dei ministri stabilisce le **misure di protezione temporanea da adottare, anche in deroga alle disposizioni del T.U. immigrazione, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione europea** (art. 20, T.U; 11, co. 1, lett. c ter), D.P.R. 394/99 e art. 5, co. 6, T.U. Questa norma ha avuto attuazione nel 1999-2000 per l'accoglienza degli sfollati dal Kosovo, e poi - in tempi relativamente recenti - con l'emanazione del D.P.C.M. 5 aprile 2011, contenente misure di protezione temporanea per i cittadini stranieri affluiti dai Paesi nordafricani, rinnovate con D.P.C.M. 6 ottobre 2011, di cui hanno fruito coloro che sono fuggiti dal Nord Africa dal 1° gennaio al 5 aprile 2011.
- g) **i nuovi permessi per "calamità" previsti dalla L. 132/18**

I limiti all'espulsione dello straniero che ha legami familiari in Italia

L'art. 13, co. 2 bis, D.Lgs. 286/98 prescrive che l'amministrazione, nell'adottare un provvedimento di espulsione ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. a) o b), D.Lgs. 286/98, nei confronti dello straniero che ha esercitato il ricongiungimento familiare, ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'art. 29, si tiene anche conto della natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese di origine. In queste ipotesi, nell'esercizio della potestà espulsiva, il Prefetto deve non solo considerare le ragioni legittimanti l'espulsione, ma deve ponderarle, cioè bilanciarle, con gli indici soggettivi e familiari indicati dalla legge, con la conseguenza che, ove ritenga soccombenti le prime, l'espulsione non viene disposta, viceversa, dovrà indicare le ragioni della prevalenza dell'interesse pubblico all'allontanamento dello straniero, nonostante la sussistenza dei vincoli familiari.

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

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

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

E' possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13, co. 2 bis, D.Lgs. 286/98, alla luce dei principi espressi dalla sentenza 202/2013 della Consulta e, pertanto, estendere la protezione rafforzata che è prevista in tema di

rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per chi abbia vincoli familiari “di fatto” meritevoli di tutela al pari di chi ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, anche alle ipotesi di espulsione per irregolarità dell’ingresso o del soggiorno.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 15362 del 22 luglio 2015 (– Art. 13, co 2 bis – Vita privata e familiare) ha stabilito che *“in tema di espulsione del cittadino straniero, l’art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell’effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell’esistenza di legami con il paese d’origine, si applica - con valutazione caso per caso, in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE - anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, in linea con la nozione di diritto all’unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all’art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte cost., senza distinguere tra vita privata e familiare, trattandosi di estrinsecazioni del medesimo diritto fondamentale tutelato dall’art. 8 cit., che non prevede gradazioni o gerarchie. (Nella specie, la S.C. ha cassato il provvedimento impugnato che, nel considerare esclusivamente le condizioni di vita delle ricorrenti straniere in Italia, aveva omissis di prendere in esame il rapporto con il paese d’origine e l’esistenza di un legame familiare e di un nucleo, composto dalle medesime ricorrenti, sorto e radicatosi nel territorio dello Stato). Si veda anche: Cassazione civile, sez. VI, 03/09/2014, n. 18608.*