

CORSO DI FORMAZIONE IN DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE

ORDINE AVVOCATI TORINO - ASGI

Espulsioni amministrative prefettizie e respingimenti alla frontiera

27 settembre 2021

Guido Savio

1. Qualche cenno sui principi formali dei provvedimenti ablativi: gli obblighi di motivazione, comunicazione e sottoscrizione

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.

Tuttavia, **al giudice ordinario (cui compete la valutazione relativa alla legittimità dei provvedimenti ablativi) è inibita ogni valutazione, neppure**

incidentale, in ordine alla legittimità dell'atto presupposto consistente nel diniego di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno, poiché tale sindacato spetta unicamente al giudice amministrativo, pena l'usurpazione dei poteri da parte del primo rispetto a quelli del secondo. Conseguenza, da un lato, che la pendenza del giudizio innanzi al TAR non consente la sospensione del giudizio avverso l'espulsione in attesa della definizione di quel giudizio, attesa la carenza di pregiudizialità giuridica tra il processo amministrativo e quello civile e, d'altro canto, che il giudice ordinario non possa disapplicare l'atto amministrativo presupposto emesso dal questore inerente il rifiuto di rilascio/rinnovo, la revoca o l'annullamento del permesso di soggiorno (giurisprudenza pacifica: Cass. 12976/2006, 2217/2006, 18788/2020, 176423/21). Il discorso è totalmente differente se **il TAR ha sospeso l'efficacia esecutiva dell'atto presupposto prima o nelle more dell'adozione dell'espulsione**: in tal caso l'espulsione sarebbe del tutto illegittima per carenza dei presupposti.

Però questa giurisprudenza si fonda sul **riparto di giurisdizione** che affligge da sempre la materia dell'immigrazione. Nemmeno la riforma Minniti del 2017, che ha introdotto le sezioni specializzate per l'immigrazione nei tribunali, ha superato del tutto questa asincronia non arrivando a prevedere una giurisdizione unica in capo al giudice dei diritti soggettivi in materia migratoria. Tuttavia, la novella del 2017 ha razionalizzato - nell'ambito della giurisdizione ordinaria - la competenza di alcune tipologie di permesso di soggiorno: quindi, se il presupposto dell'espulsione consiste nel diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari - le cui controversie spettano al giudice ordinario - e siccome la cognizione sulla legittimità delle espulsioni spetta al GdP, è evidente che si tratta sempre di giudici ordinari, dunque siamo al di fuori del rigido riparto di giurisdizione e la citata giurisprudenza, che si fonda sulla mancanza di pregiudizialità tra giudizio amministrativo e ordinario, non ha ragion d'essere. Non solo, siccome a norma dell'art. 3, co. 3, L. 46/2017, le sezioni specializzate sono competenti per le cause e i procedimenti che presentino ragioni di connessione con quelle di cui si occupano le sezioni specializzate, è possibile impugnare il decreto di espulsione avanti la sezione specializzata se - contestualmente o in precedenza - è stato impugnato avanti la stessa sezione il diniego di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari.

Peraltro, l'art. 1 del d.l. n. 241 del 2004, convertito con modificazioni dalla legge n. 271 del 2004, nel prevedere la sostituzione della competenza del tribunale in composizione monocratica con quella del giudice di pace in materia di espulsioni, stabilisce al comma 2 bis che «rimane ferma la competenza del tribunale in

composizione monocratica e del tribunale per i minorenni ai sensi del comma 6 dell'art. 30 e del comma 3 dell'art. 31 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni». L'attribuzione di tale competenza è stata più volte confermata dalla giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass, civ, sez. VI, ord. 16075 pubblicata il 14.6.2019; Cass., sez. VI, 13/07/2018, n. 18622; Cass., sez. I, 18/06/2010, n. 14849). Pertanto, provata la pendenza di un giudizio inerente l'art. 31, co. 3 o in materia di unità familiare, è pacifica la competenza del Tribunale ordinario - e non del GdP - in materia di espulsioni. Non è però pacifica la competenza delle sezioni specializzate, come affermato da [Cass. civ. sez. VI, ord. 5111/2021](#), pubblicata il 25.2.2021, evidenza che l'art. 3, D.L. 13/2017 non ricomprende nell'elenco delle materie di competenza della sezione specializzata le controversie sulle espulsioni di cittadini extraUE, e conseguentemente *“in adesione al criterio di collegamento territoriale con il luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione”* è **competente il Tribunale in cui ha sede la Prefettura che ha disposto l'espulsione, a prescindere dall'esistenza della sezione specializzata.**

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

"Nel giudizio ai sensi del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 13, comma 8, e art. 13-bis, avente ad oggetto la verifica della pretesa espulsiva dello Stato, a fronte della quale può recedere il diritto soggettivo dello straniero extracomunitario a permanere nello Stato, poiché le ipotesi di violazione che possono giustificare l'espulsione sono rigorosamente descritte dalla vigente normativa, configurandosi il provvedimento espulsivo come atto a contenuto vincolato, la materia d'indagine è costituita dalla sussistenza della specifica ipotesi contestata all'espellendo ed assunta a dichiarato presupposto dell'espulsione; ne consegue che, disposta tale ultima misura per essersi lo straniero sottratto ai controlli di frontiera e verificata, in fatto, l'insussistenza, di una tale circostanza, l'espulsione non può essere confermata dal giudice” (Cass. civ. sez. VI, 14.2.2013, n. 3694, 9444/2021).

“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). **L'impossibilità di reperire idoneo traduttore nella lingua conosciuta dallo straniero è sindacabile dal giudice.***

Comunque la vasta giurisprudenza di legittimità sul punto (a riprova della ricorrenza della questione "traduzione") è orientata a ritenere che spetta al giudice di merito accertare - con ogni mezzo, anche tramite il c.d. "foglio notizie"o a fronte di chiari indici presuntivi - la conoscenza dell'espellendo della lingua italiana o veicolare e, trattandosi di accertamento di fatto, non è censurabile per cassazione. E' censurabile, invece, il mancato doveroso accertamento da parte del giudice del merito di cui deve dar conto nella motivazione del provvedimento.

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).

2. Gli effetti dei provvedimenti amministrativi di espulsione

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

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

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.).
- c) nelle ipotesi di diniego di rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno: non potendo lo straniero smaterializzarsi immediatamente l'art. 12 d.P.R. 394/99 prevede che il questore, unitamente al rigetto della domanda di permesso di soggiorno, conceda allo straniero un termine di 15 gg. per il volontario esodo dal TN avvisandolo che, in difetto, si provvederà alla sua espulsione.

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.).

3. 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). Dichiarazione che non necessita se la frontiera esterna è italiana, fa fede il timbro d'ingresso.

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 (fatte salve le varie proroghe in ragione dello stato di emergenza dovuto alla pandemia, ad oggi prorogate fino allo scorso luglio).

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

4. I respingimenti

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 immediato 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.

Quale giurisdizione e quale competenza a conoscere delle controversie avverso i respingimenti immediati? In assenza di una norma derogatrice che attribuisca la competenza ai giudici di pace (come per le controversie relative alle espulsioni prefettizie e ai respingimenti differiti) la competenza non può che essere del Tribunale *“dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art.9, c.p.c.”*(Cass. SSUU. 15115/2013).

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.

Tuttavia va registrata una prassi, di dubbia legittimità, applicata presso le **zone di transito degli aeroporti internazionali**, soprattutto a Fiumicino e Malpensa.

Siccome il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti per l'ingresso 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.), può accadere che il primo volo utile per riportare lo straniero respinto alla frontiera al paese di provenienza non sia immediatamente disponibile, ma occorranza dei giorni (3,4, una settimana, a maggior ragione in tempo di pandemia, specie verso Paesi asiatici o del centro-sud America), nelle more lo straniero è trattenuto di fatto nelle zone aeroportuali di transito - definite zone sterili - in condizioni privative della libertà personale, senza accesso al cellulare, senza possibilità di comunicare con l'esterno, senza potere uscire. Trattasi di detenzioni sine titulo, giustificate dalla *fictio iuris* secondo cui pur essendo in territorio italiano è come non lo fosse. Così si verifica spesso che **respingimenti formalmente immediati siano in realtà differiti nel tempo**, senza alcuna possibilità di controllo giurisdizionale e, pertanto, in violazione delle riserve di legge e giurisdizione previste dall'art. 13 Cost.

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.

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.

Se non questa: la direttiva 2008/115/CE, 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, l’obbligo di valutazione caso per caso, e la diretta applicabilità del riesame del trattenimento**, non trovano applicazione. Ecco quindi che il respingimento differito si rivela uno strumento molto duttile, in mano dell’autorità amministrativa di pubblica sicurezza, che può scegliere a suo piacimento tra espulsione per ingresso illegale e respingimento.

5. I divieti di espulsione e respingimento

La legge prevede divieti assoluti di espulsione e respingimento (art. 19, co.1, 1.1e 1 bis, T.U.) e divieti affievoliti di espulsione (art. 19, co. 2, T.U.), come modificati dal D.L. 130/2020, convertito, con modificazioni, nelle L. 173/2020.

- A) **Art. 19, co. 1** : 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.) a cui la novella del 2020 ha aggiunto i *motivi di orientamento sessuale e identità di genere*. Tale divieto attua il principio di *non refoulement* del rifugiato (art. 33, Convenzione di Ginevra). 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.

B) **Art. 19 co. 1.1:** *non sono ammessi il respingimento, l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi per ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura (previsione introdotta con la L. 110/2017 che ha introdotto in Italia il reato di tortura), o a trattamenti inumani o degradanti (ipotesi introdotta dalla novella del 2020 che richiama l'art. 3 CEDU).* Incidentalmente osserviamo che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU si definisce "inumano" quel trattamento inflitto con premeditazione, che dura per ore, causando lesioni corporali ed intense sofferenze fisiche o mentali; mentre è definito "degradante" quel trattamento che umilia e avvilita la persona, senza rispettare la sua dignità umana, un trattamento che suscita nella persona che lo subisce paura, angoscia, o inferiorità, distruggendo la sua resistenza morale e fisica *o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'art. 5, co. 6, cioè il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali cui è vincolato lo Stato italiano*, ipotesi reintrodotta dalla riforma "Lamorgese".

Come si accerta la ricorrenza di questi 3 motivi? Tenendo conto dell'esistenza - nello Stato di destinazione del migrante - di violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani: è per questo motivo che si richiede l'intervento della Commissione territoriale non solo, com'è ovvio nell'ambito della procedura di protezione, ma pure se la richiesta di permesso per protezione speciale arriva dal questore, in occasione dell'esame di altra richiesta di permesso di soggiorno, è la CT che ha le competenze necessarie per questa valutazione, non certo il questore.

Inoltre, ed è forse la più importante previsione della nuova legge sotto il profilo concreto, il comma 1.1 dell'art. 19 prevede il divieto d'espulsione o respingimento di una persona verso uno Stato *qualora vi siano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine o sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute.* Si tratta dell'attuazione del diritto alla **tutela della vita privata e familiare previsto dall'art. 8 CEDU** che vincola il legislatore italiano a mente dell'art. 117 Cost. e che trova per la prima volta piena attuazione normativa, si tratta di una **previsione importantissima idonea a consentire una sorta di**

regolarizzazione permanente per coloro che hanno radicato i loro interessi e la loro vita in Italia. Come si effettua questa valutazione? La legge prescrive che la valutazione del rischio di compromissione del diritto alla vita privata e familiare debba essere effettuato tenendo conto *“della natura e dell’effettività dei vincoli familiari dell’interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell’esistenza di legami familiari, culturali e sociali con il suo Paese di origine”*.

C) **art. 19, co. 1 bis** i nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di MSNA (a condizione che venga correttamente accertata la minore età).

Art. 19, co. 2: *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).

d bis) *Il permesso di soggiorno per cure mediche* è diverso da quello disciplinato all'art. 36. La novella riguarda la situazione di stranieri irregolari che versano in “**gravi situazioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie**” (precedentemente la dizione era “ in condizioni di salute di particolare gravità”), ovviamente **accertate mediante idonea documentazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica** o da un medico convenzionato con il SSN, **tali da determinare rilevante pregiudizio alla salute degli stessi in caso di rientro nel Paese di origine o provenienza.** In questi casi il **questore rilascia un permesso di soggiorno per cure mediche**, per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque **non superiore ad un anno**, rinnovabile finché persistono le condizioni di salute legittimanti il rilascio e convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, compatibilmente con le condizioni di salute, (secondo la modifica di cui alla l. 173/2020), sussistendone i presupposti. In questi casi il permesso di soggiorno per cure mediche è inserito tra le condizioni di inespellibilità previste dall'art. 19, c. 2, t.u.i. con l'aggiunta della nuova lettera “d-bis”. Trattasi quindi di una sospensione temporanea della potestà espulsiva fino all'esito dell'evento morboso. La **rinnovabilità di questo titolo di soggiorno dovrebbe risolvere i casi dei malati cronici**, finché si dimostri che nel Paese di destinazione non possono godere del trattamento sanitario salvavita garantito in Italia. La nuova disposizione dovrebbe però esser letta congiuntamente alla previsione di cui all'art. **35 c. 3, t.u.i.**, ove è **prescritto che agli stranieri irregolarmente soggiornanti**

sono assicurate, nei presidi pubblici, le *“cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti, comunque essenziali, ancorché continuative”*. Per la definizione di tali concetti dovrà farsi riferimento alla **circolare del Ministro della sanità 24 marzo 2000, n. 5**: *“per cure urgenti si intendono le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona; per cure essenziali si intendono le prestazioni sanitarie, diagnostiche o terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti). È stato altresì affermato dalla legge il principio della continuità delle cure urgenti ed essenziali, nel senso di assicurare all'infermo il ciclo terapeutico e riabilitativo completo riguardo alla possibile risoluzione dell'evento morboso”*. Ogni interpretazione restrittiva delle condizioni di salute di particolare gravità sarebbe in contrasto con la previsione costituzionale di cui all'**art. 32 Cost., secondo cui la salute è un diritto che la Repubblica italiana “riconosce”** all'individuo in quanto tale e non “concede” in relazione a condizioni determinate. Occorre sempre rammentare che la Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto (sent. 252/2001), dichiarò che *“il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto. Questo nucleo irriducibile di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso”*. Tuttavia, **come si accerta il concreto pregiudizio per la salute dello straniero infermo in caso di rientro nel Paese di origine?** La norma non lo prevede, e di solito le questure investite da simili richieste chiedono **informazioni circa le possibilità di cura alle rappresentanze diplomatiche italiane nel Paese di origine** dello straniero. Così, in data 10.1.2020, l'Ambasciata italiana di Dakar rispondeva ad una questura che chiedeva informazioni sulla possibilità di curare le infezioni HIV in Senegal: *“In risposta alla richiesta di informazioni in oggetto si informa che si è contattato il medico di fiducia di questa ambasciata il quale ha riferito che esistono a Dakar moderni centri ospedalieri in grado di trattare tutte le patologie mediche”*. Quindi, stante la sostanziale impossibilità pratica di accedere a questa tipologia di permesso di soggiorno, l'unica soluzione è presentare domanda di protezione internazionale cercando di ottenere direttamente

dalla Commissione territoriale, o dal tribunale in sede di ricorso, il riconoscimento della protezione speciale, che è assai più vantaggioso in termini di durata.

Tutte le previsioni che ora abbiamo esaminato e che rientrano nell'art. 19 TU sono **applicabili indipendentemente dalla presentazione della domanda di protezione internazionale ed obbligano questure e giudici, sempre.**

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 spacchettamento 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 ed è convertibile in motivi di lavoro.
- 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 permessi per "calamità" previsti dall'art.20bis**

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 ommesso di prendere in esame il rapporto con il paese d'origine e l'esistenza di un legame familiare e di un nucleo,*

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

Va tuttavia ricordato che secondo [Cass. civ. sez. I, ord. n. 10414/2021](#), pubblicata il 20.4.2021, tale bilanciamento non deve essere effettuato nella diversa ipotesi in cui l'espulsione venga disposta - ai sensi dell'art. 14, co. 5 ter, d.lgs. 286/98 - in conseguenza della pregressa inottemperanza, senza giustificato motivo, all'ordine di allontanamento disposto dal questore ai sensi dell'art. 14, co. 5 bis, d.lgs. cit., in occasione di una precedente espulsione, posto che tale bilanciamento non è previsto dall'art. 14, a differenza da quanto preveduto dall'art. 13.