

Osservazioni sulla nuova disciplina delle espulsioni nella legge 2 agosto 2011 n. 129.

Facendo un percorso a ritroso, visto il tempo concessomi, e lasciando eventualmente le argomentazioni alla lettura della relazione di sintesi che ho inviato, trarrei già delle sommarie conclusioni da condividere:

- a. La materia, se possibile, diviene ancora più complicata e macchinosa;
- b. molte delle modifiche risultano difficilmente comprensibili e di scarsa utilità (per tutti, e per le autorità amministrative che ogni giorno si trovano a dover fronteggiare il fenomeno migratorio e per chi è chiamato ad applicarle in un'aula giudiziaria);
- c. l'invocata effettività, efficienza e razionalità della norma si scontra con le esigenze di una formale conformazione alla norma sovranazionale.

E se giungo a tali conclusioni è perché vedrete anche voi che le novità introdotte lasciano di fatto inalterato l'impianto della Bossi-Fini e il sospirato adeguamento alla direttiva è solo formale, facendo della 'partenza volontaria' una forma del tutto residuale, del 'pericolo di fuga' una costante, della 'sanzione penale' lo strumento quotidiano anche se con effetto deterrente pari a zero, e del 'rimpatrio' una vera e propria chimera atteso che non vi sono disposizioni certe per la sua attuazione.

Visto il tempo a mia disposizione, l'intervento avrà ovviamente carattere sintetico e non pretende di offrire una visione completa della normativa in materia di espulsioni ma bensì di fornire qualche ragguaglio in ordine alle modifiche che il legislatore ha apportato con l'ultima, in ordine cronologico, modifica che cambia il T.U. e che si uniforma, finalmente ma solo formalmente, alle direttive europee in materia di rimpatrio e di libera circolazione dei cittadini.

Il Decreto legge n. 89/2011 convertito nella presente legge 129 del 02.08.2011 reca, infatti, la dicitura *"disposizioni urgenti per il completamento e dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio di cittadini di Paesi terzi irregolari"*.

Non ci occupiamo in tale sede della prima direttiva, quella sui comunitari, ma della seconda che disciplina espressamente le espulsioni dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'U.E. che, secondo le intenzioni del legislatore, dovrebbero costituire l'attuazione della c.d. "Direttiva rimpatri" il cui termine massimo di recepimento era il 24.12.2010.

Gli articoli del T.U. interessati da tale novella sono gli artt. **13, 14, 14 ter e 19 co 2 bis** del D. Lvo 286/98.

"Espulsione amministrativa" art. **13** T.U.

Dobbiamo premettere che l'art. 13, e quindi il sostanziale impianto dell'art. 13 e della Legge Bossi -Fini, non viene stravolto da questa novella; in particolare resta fermo il principio per cui le espulsioni sono di

immediata esecutività, anche se sottoposte a gravame o impugnativa.

Circa la sospensione nulla si cambia e si dice, e quindi dobbiamo lasciare spazio alla elaborazione giurisprudenziale; alcuni uffici dei giudici di pace la accordano altri si attengono espressamente al dettato normativo e quindi non la concedono.

La direttiva 2008/115 al punto 6 dei "considerando" recita: *"è opportuno che gli Stati membri provvedano a porre fine al soggiorno irregolare dei cittadini di paesi terzi secondo una procedura equa e trasparente. In conformità dei principi generali del diritto dell'Unione europea, le decisioni ai sensi della presente direttiva dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare"*.

E proprio tale disposizione è una delle principali novità che la L. 129/2011 ha introdotto nel T.U. individuando ora - al **comma 2 dell'art. 13** - che l'espulsione possa essere disposta *"caso per caso"*.

Ovviamente si tratta di una prescrizione di carattere generale che dovrebbe poi concretizzarsi nel dettaglio delle norme specifiche, al pari della direttiva che, dopo la previsione generale che abbiamo visto, viene poi declinata nelle singole disposizioni e precisamente, agli artt. 7 §2 (proroga dei termini per la partenza volontaria che deve tener conto delle esigenze specifiche del caso individuale); 9 §2 (rinvio dell'allontanamento per la presenza di circostanze specifiche di ciascun caso); 11 §2 (durata del divieto di reingresso che va commisurata alle circostanze pertinenti di ciascun caso) e 14 § 1 (garanzie prima del rimpatrio: mantenimento dell'unità familiare, erogazione di prestazioni sanitarie d'urgenza, accesso al sistema educativo di base per i minori, obbligo di tener conto delle esigenze particolari delle persone vulnerabili).

Solo un breve accenno alla introduzione della ipotesi di espulsione prevista dal **co 2 lett b)** che prevede una nuova ipotesi nel caso di soggetto straniero che si sia trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'art. 1 co 3 L. 68/2007 (soggiorni di breve durata per i quali non è richiesto il rilascio di un permesso di soggiorno), tale previsione pare superflua in quanto già prevista espressamente come ipotesi di espulsione dall'art. citato e quindi la sua indicazione in tale articolo non era certo necessaria e sicuramente non si ravvisava ragione per inserirla quale norma di adeguamento alla direttiva rimpatri, tant'è che il legislatore la ha comunque indicata ...

Di maggior spessore l'art. **13 co 2 ter** che così recita: *"l'espulsione non può essere disposta, né eseguita coattivamente qualora il provvedimento sia già stato adottato, nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere straniere"*.

La disposizione appare quantomeno di buon senso, oltretutto rispondere a ragioni di economia processuale, è evidente che lo Stato non nutre alcun interesse a mettere in esecuzione una espulsione nei confronti di

quel soggetto che vi stia dando esecuzione spontaneamente (ovvero che stia dando seguito all'ordine di rimpatrio anche se dopo il termine, o che si allontani volontariamente).

Il tutto va coordinato con l'art. 10 bis, anch'esso novellato dalla L. 129/11 che esclude la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio nazionale a carico di quello straniero che sia *"identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale"*.

Ma a ben leggerle le norme non sono del tutto omogenee e la distinzione non appare sorretta da logica.

Mentre nel caso di cui all'art. 13 si stabilisce che l'espulsione non è disposta, nel caso di cui all'art. **10 bis** si dichiara solo che non se ne dà esecuzione ma il legislatore non ha disposto che sia annullata in autotutela, per quanto sia cessato l'interesse pubblico al suo mantenimento.

Consegue che il regime cambia a seconda che l'espulsione sia stata disposta o meno: nel primo caso il provvedimento formalmente resta ma non se ne dà esecuzione, nel secondo caso non lo si adotta neppure.

Le differenze non si limitano a questo, il comma 2 ter dell'art. 13 non richiede il solo allontanamento ma *"l'identificazione in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne"*.

Sulla identificazione non vi sono dubbi interpretativi, ma quando il legislatore parla di "frontiere esterne" cosa dobbiamo intendere? Qualcosa di diverso dai confini interni all'U.E.? Così del resto vorrebbe la direttiva rimpatri che ovviamente non considera l'irregolarità dello straniero all'interno dei singoli Stati ma bensì all'interno del territorio dell'Unione; in questo modo il nostro legislatore ha previsto che possa evitare l'espulsione solo quello straniero che esca attraverso una frontiera esterna italiana, e non anche chi lasci l'Italia attraverso una frontiera interna dell'U.E. ; distinzione questa che non ricorre nell'art. 10 bis che parla solo di *"frontiera, in uscita dal territorio nazionale"* come a dire " a chi fugge ponti d'oro...".

Si tratta di una evidente disparità che non sembra sorretta da logica e che spetterà alla giurisprudenza eventualmente risolvere...

Il successivo **comma 4** viene modificato e prevede che l'espulsione sia eseguita con accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica nei casi espressamente indicati nelle lettere da a) – g).

Prima della riforma, le espulsioni erano sempre eseguite coattivamente, almeno nelle intenzioni, salvo l'eccezione dell'espulsione eseguita in conseguenza del mancato rinnovo del permesso entro i 60 giorni dalla scadenza del precedente.

Ora, invece, il principio generale diventa quello di un allontanamento volontario, così come vuole la direttiva rimpatri che al "considerando" n. 10 recita testualmente: *"si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario al rimpatri forzato e concedere un termine per la partenza volontaria. Si dovrebbe prevedere una*

proroga del periodo per la partenza volontaria allorché lo si ritenga necessario in ragione delle circostanze specifiche del caso individuale”.

Vediamo allora quali i casi di espulsione coattiva:

- a) espulsioni ministeriali e per pericolosità sociale;
- b) rischio di fuga ovvero il rischio, da individuarsi caso per caso che il soggetto possa sottrarsi alla esecuzione volontaria del provvedimento di espulsione e ravvisabile anche in una sola delle circostanze che introduce il successivo art. 13 co 4-bis e che sono elementi sintomatici del rischio stesso.

Qui il legislatore ha attuato a pieno la direttiva europea che all’art. 3 punto 7 definisce il “rischio di fuga” come la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga.

Di questi 5 criteri individuati quali possono dirsi “criteri obiettivi”?

Gli ultimi due possono essere elementi sintomatici, anzi qualcosa in più, atteso che costruiscono evidente violazione all’esecuzione volontaria in quanto lo straniero in questi casi ha violato le misure imposte per il caso di concessione del periodo di partenza volontaria o ha violato il divieto di reingresso oppure ha violato gli obblighi imposti in luogo del trattenimento, mentre le prime tre ipotesi francamente risultano più discutibili.

Perché subordinare il rimpatrio coattivo al solo mancato possesso di passaporto o documento equipollente o alla mancata documentazione della disponibilità di un alloggio dove possa essere rintracciato o l’aver dichiarato o attestato false generalità?

Tale disposizione è indice del fatto che il legislatore italiano, pur ribadendo una previsione di fondo che è quella del rimpatrio volontario, di fatto fa l’opposto e ravvisa il rischio di fuga tutte le volte in cui non siano agevolmente applicabili quegli obblighi che invece la direttiva rimpatri all’art. 7 §3 detta per evitare il rischio di fuga.

Di fatto, con tale disposizione viene elusa la direttiva rimpatri: sussumere nel pericolo di fuga la gran parte dei migranti irregolari (perché privi di un documento, perché senza un alloggio dove reperirli, perché magari in un remoto passato hanno dato false generalità) vuol dire rendere la partenza volontaria l’eccezione e l’accompagnamento coattivo la regola.

- c) domanda di permesso respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta (diverso il caso di ritardo nella richiesta di rinnovo del permesso che comporta l’espulsione ‘volontaria’);
- d) mancato rispetto del termine per la partenza volontaria;

- e) violazione delle misure poste con la concessione di un termine per la partenza volontaria o in alternativa al trattenimento;
- f) espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria come misura di sicurezza o sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione;
- g) in caso di mancata richiesta di termine per la partenza volontaria;

Nelle ipotesi del tutto residuali, come abbiamo visto sopra, in cui non sia disposto l'accompagnamento coattivo, l'art. **13 co 5** prevede che lo straniero possa chiedere al Prefetto (Questore in Provincia) un periodo per la partenza volontaria.

Si tratta di una espressa richiesta che lo straniero deve presentare e di tale facoltà dovrebbe essere debitamente informato attese le implicazioni che comporta.

La decisione va presa caso per caso tenendo conto di numerosi fattori, quali durata del soggiorno nel territorio nazionale (con esclusione pertanto di tale ipotesi nel caso di respingimento alla frontiera), esistenza di minori che frequentano la scuola o di altri legami familiari o sociali, nonché l'ammissione a programmi di rimpatrio volontario ed assistito.

Lo straniero che chieda ed ottenga tale termine dovrà anche sottoporsi a ulteriori oneri, quelli di cui al novellato **co 5.2**) ovvero dimostrare di risorse economiche sufficienti, consegnare il passaporto o documento equipollente, dimorare in luogo reperibile, presentarsi presso un ufficio della forza pubblica.

Nello specifico non si comprendono le ragioni e le finalità di tali richieste se non quelle di garantire il rispetto del termine di partenza, non certo scongiurare il rischio di fuga che è già stato valutato nel momento in cui è stata esclusa la espulsione coattiva ed è stato concesso il termine...

Tali misure, in quanto coercitive, devono essere adottate con provvedimento motivato, devono essere notificate e convalidate nelle 48 successive alla notifica con provvedimento del Giudice di Pace inaudita altera parte sempre che l'interessato non abbia presentato memorie o deduzioni personalmente o a mezzo di difensore, nel qual caso verrà fissata udienza per integrare il contraddittorio (la mancata convalida le rende prive di ogni effetto).

Peraltro tale norma risulta discutibile in quanto non pare soddisfare i parametri costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost... quasi a voler controbilanciare questo strapotere, al Giudice di Pace si attribuisce il potere di modificare o revocare dette misure, quando tale potere non viene riconosciuto né in sede di convalida dell'accompagnamento o del trattenimento, o di proroga di questo.

Il meccanismo descritto si completa, ovviamente, prevedendo delle sanzioni penali per il caso di mancata ottemperanza, sanzioni che si sommano alla espulsione coattiva, ovviamente.

La ratio di tale previsione delittuosa è piuttosto oscura, si tratta di una sanzione che difficilmente troverà concreta esecuzione trattandosi di somme anche consistenti, e non potrà neppure applicarsi l'art. 55 del medesimo D. Lvo 274/00 in quanto difficilmente potrà convertirsi in lavoro sostitutivo a carico di un soggetto che è coattivamente allontanato...aggiungiamo che tale previsione delittuosa non trova neppure il copertura a livello comunitario in quanto non sembra svolgere un ruolo utile ai fini di rafforzare l'obiettivo dell'effettività del rimpatrio. Sarebbe bastato la sola previsione dell'allontanamento coattivo immediato.

Si tratta di reato punito con pena pecuniaria e a titolo di dolo; la configurazione della condotta varia a seconda della tipologia della misura violata; non è previsto alcun giustificato motivo che ne escluda la punibilità ma, trattandosi di reato a competenza del Giudice di Pace potrà sempre essere invocato l'art. 34 del D. Lvo 274/00 qualora si ravvisi la speciale tenuità.

Quali le ulteriori novità introdotte dalla L 129/11?

Divieto di reingresso art. **13 co 14**.

L'Italia si è avvalsa della facoltà, riconosciuta dall'art. 11 della direttiva, di corredare ogni espulsione con un divieto di reingresso. La direttiva lo prevede come obbligatorio nel caso in cui lo straniero non abbia ottenuto un periodo per la partenza volontaria o non abbia ottemperato all'obbligo di rimpatrio, la legislazione nazionale lo individuata in tutti i casi e per un periodo che varia tra i 3 e i 5 anni (termine che deve essere determinato caso per caso in base alle circostanze del singolo caso). Prima della scadenza di detto termine lo straniero non può far rientro se non dopo aver richiesto l'autorizzazione al Ministero dell'Interno.

Passiamo all'art. **14**.

Se, come abbiamo visto, l'espulsione avviene mediante accompagnamento alla frontiera in tutti i casi di cui all'art. 13 co 4, e sono i casi numericamente più consistenti, di fatto questo avviene molto raramente.

Al di fuori di questa ipotesi, l'art. 14 nei confronti di quei soggetti comunque destinatari di un espulsione coattiva, prevede il trattenimento e la novella ne estende le condizioni in presenza delle quali vi si ricorre.

Prima della riforma erano previsti solo i seguenti casi (ora richiamati a titolo esemplificativo): soccorso dello straniero, accertamenti supplementari sulla identità o nazionalità, acquisizione dei documenti di viaggio, indisponibilità del vettore di viaggio, ora la locuzione è assai più generica e implica maggiore discrezionalità in quanto prevede il trattenimento in presenza di *"situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento"*.

La formula è mutuata dalla direttiva ma se ne è snaturato il senso; mentre l'art. 15 della disposizione comunitaria prevede il trattenimento solo in caso di rischio di fuga o quando lo straniero eviti od ostacoli il

rimpatrio – quindi in presenza di situazioni riconducibili alla volontà o al comportamento del singolo - e salvo che non possano applicarsi misure sufficienti meno coercitive, la legge nazionale parla genericamente di situazioni transitorie che prescindono dal comportamento del singolo espellendo, senza alcuna tassatività di previsione con le conseguenti implicazioni di incostituzionalità per possibile violazione dell'art. 13 co 3 Cost.

In luogo del trattenimento, l'art. **14 co 1 bis** concede al Questore il potere di individuare misure meno restrittive della libertà personale e precisamente, consegna del passaporto, obbligo di dimora, obbligo di presentazione presso la forza pubblica (le stesse previste per chi abbia goduto del termine per la partenza volontaria).

In questo caso le misure sono adottate per quei soggetti identificati e non socialmente pericolosi ai sensi della L. 155/2005 che sono in attesa che si modifichino quelle situazioni transitorie che impediscono l'esecuzione coattiva dell'espulsione e la loro applicazione è meramente facoltativa in luogo del trattenimento.

Ma quanto può durare il trattenimento o le misure di cui abbiamo appena parlato?

Il **co 5 dell'art. 14** dà questi riferimenti temporali: i tempi sono di 30 giorni, più altri 30, più altri 60 e altri 60 e fino ad un termine massimo di 180 giorni ma, e c'è un ma, possono essere concessi di volta in volta proroghe fino ad un massimo di ulteriori 12 mesi; facendo i conti lo straniero potrebbe essere trattenuto presso un centro per un anno e mezzo.

Non si tratta certo di cosa di poco conto tenendo conto che, il trattenimento nel nostro Stato costituisce una misura ampiamente attuata in considerazione della generale immediata esecutività delle espulsioni e della marginalità accordata alla partenza volontaria.

La direttiva prevedeva tale ipotesi in via residuale e ha posto delle garanzie e delle ben certe condizioni: motivazione in fatto e in diritto; riesame giudiziario, riesame a intervalli ragionevoli, su richiesta dello straniero e controllo della autorità giudiziaria; revoca del trattenimento nel caso in cui non esiste più alcuna ragionevole prospettiva di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi (tutte previsioni di cui all'art. 15 della direttiva 2008/115). Tutte queste garanzie non sono state recepite dal legislatore nazionale.

Ma non si tratta di una omissione di poco conto, pensiamo ai numerosi casi concreti: nascita di un figlio di cittadinanza italiana, annullamento giudiziale dell'espulsione o sospensione della sua efficacia esecutiva, o accertamento della minore età, in tutti questi casi sarà solo lo scrupolo dei funzionari che operano nei CIE a poter risolvere la questione...

Art. 14 co 5 bis, ter e quater

Non ottemperando all'ordine di allontanamento lo straniero incorre in conseguenze. Prima della novella le sanzioni erano di natura detentiva, ora sono sanzioni pecuniarie e di competenza del Giudice di Pace.

Guardiamo l'entità delle multe; si passa dai 10.000,00 - 20.000,00 nel caso inottemperanza all'espulsione con accompagnamento alla frontiera o nel caso di sottrazione ai programmi di rimpatrio; alla diversa sanzione pecuniaria di 6.000,00 - 15.000,00 nel caso di mancata osservazione del termine per la partenza volontaria.

A ciò si aggiunga che ne segue una nuova espulsione con le medesime alternative: accompagnamento coattivo o partenza volontaria (che garanzia dà uno straniero che sia espulso perché non ha rispettato il termine di partenza volontaria che in questa seconda occasione rispetterà tale termine?) il tutto da valutarsi caso per caso...

Nel caso di ennesima violazione la sanzione è ancora più elevata (15.000,00 - 30.000,00 Euro) e segue l'ennesima espulsione..

Tirando le fila del discorso possiamo concludere che tale previsione delittuosa sarà scarsamente utile e ciò perché in caso di condanna ben difficilmente si potrà chiedere la sostituzione della multa con l'espulsione sussistendo le cause ostative all'accompagnamento immediato; in caso di condanna e di impossibilità di disporre la sanzione sostitutiva la pena sarà meramente pecuniaria, detta pena non potrà essere convertita né in lavoro sostitutivo (in quanto il soggetto è irregolare, deve essere allontanato e non può lavorare legalmente) né nell'obbligo di permanenza domiciliare in quanto non ha né un titolo né un alloggio e avrà efficacia deterrente pari a zero nei confronti di chi non ha comunque nulla!!!

Vediamo l'ultima novità relativa a questo articolo. Apparentemente sembra rispondere alla direttiva rimpatri in quanto favorirebbe il rimpatrio volontario, invero, se la leggiamo in modo più attento, ci rendiamo conto che pone degli oneri ulteriori a carico dello straniero e che tali oneri potranno poi essere valutati dal Giudice penale ai fini della condotta delittuosa.

Così facendo il legislatore ha notevolmente sfumato il valore della "valvola di sfogo" del "*giustificato motivo*" che spesso veniva invocato ai fini di un pronunciamento di assoluzione; ora, invece, potrà essere oggetto della decisione del giudice che "*ai fini della valutazione della condotta tenuta dallo straniero destinatario dell'ordine del questore ... accerta anche l'eventuale consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo paese e per rientrare nello Stato di appartenenza..*"

Ecco quindi che quello straniero non potrà limitarsi a dichiarare di non aver potuto lasciare lo Stato per

ragioni di indigenza ma dovrà anche dimostrare di aver tentato tale via contattando le proprie autorità e di non esservi riuscito...

Art 14 bis e ter

Potenzialmente di segno positivo sono le previsioni che introducono un “fondo rimpatri” per finanziare le spese di rimpatrio degli stranieri, e soprattutto i “programmi di rimpatrio assistito” che dovrebbero essere la diretta applicazione del “considerando” n. 10 secondo cui *“gli Stati membri dovrebbero prevedere maggiore assistenza e consulenza al rimpatrio e sfruttare al meglio le relative possibilità di finanziamento offerte dal Fondo europeo per i rimpatri”*.

Ma, atteso che il Ministero dell’Interno dovrebbe attuare detti programmi con decreto che ne definisca le linee guida e che non vi sono disposizioni in ordine ai tempi di emanazione, la loro applicazione è cosa quanto mai incerta.

Unica cosa certa è che non potranno beneficiarne tutti e in particolare ne saranno esclusi:

1. coloro che ne abbiano già beneficiato;
2. il destinatario di ordine di espulsione per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato o pericolosità sociale; colui che non abbia rispettato il termine di partenza volontaria; chi versi nella condizione “rischio di fuga”;
3. chi abbia ricevuto l’espulsione come sanzione penale o conseguenza di una sanzione penale.

A seguito della ammissione a detto programma la Questura sospenderà il provvedimento di respingimento, l’espulsione e l’ordine del Questore e, una volta avuta prova del rimpatrio, verrà meno anche il reato di cui all’art. 10 bis con la pronuncia di non luogo a procedere.

Ultimo accenno all’art. **19 co 2 bis**, anch’esso di nuova formulazione.

La norma citata risponde alle numerose indicazioni della direttiva di cui agli articoli 5, 9, 10, 14, 16 e 17.

Ma la norma in questo caso si limita a individuare le categorie c.d. protette, ma non anche i contenuti delle modalità di attuazione delle espulsioni e dei respingimenti e non è neppure previsto che tali modalità trovino compiuta identificazione in un emanando decreto ministeriale... anche in questo caso è lasciato tutto in mano dei funzionari amministrativi.