



**LA DIRETTIVA 2008/115/CE
IL DECRETO LEGGE DI ATTUAZIONE n. 89/2011
- PRIME RIFLESSIONI A CALDO -**

di Andrea Natale

SOMMARIO: 1. Le scelte di fondo. – 2. Considerazioni “topografiche ed estetiche”, organizzative e “di valore”. – 3. La partenza volontaria. – 4. Le misure utili a scongiurare il rischio di fuga. – 5. La mancata concessione del termine per la partenza volontaria. – 6. Segue: il rischi di fuga. – 7. Il trattenimento. – 7.1. Il trattenimento; i presupposti negativi: insufficienza di misure coercitive meno afflittive. – 7.2. Impossibilità di eseguire con immediatezza l’espulsione. – 7.3. Il trattenimento; i presupposti positivi. – 7.4. Il trattenimento: la durata e gli aspetti procedurali. La cessazione del trattenimento per scadenza del termine massimo di trattenimento o per insussistenza di una prospettiva ragionevole di allontanamento. – 8. L’impossibilità o l’inefficacia del trattenimento: l’ordine di allontanamento; l’inottemperanza; le conseguenze dell’inottemperanza. – 9. Il divieto di reingresso. – 10. Le fattispecie penali introdotte dal decreto legge n. 89/2011. Cenni. L’art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998. – 11. Conclusioni (inevitabilmente) provvisorie.

1. Le scelte di fondo.

Il Consiglio dei Ministri nella seduta del 16 giugno 2011 ha licenziato un decreto-legge recante: “Disposizioni urgenti per la completa attuazione della Direttiva 2004/38/Ce e per il recepimento della Direttiva 2008/115/CE”. Il decreto legge è stato promulgato dal Capo dello Stato e quindi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 23 giugno 2011 ed entra in vigore a decorrere dal 24 giugno 2011.

Il Ministero dell’Interno ha immediatamente emanato una circolare (circolare n. 17102/04 del 23 giugno 2011), indirizzata a Prefetti ed altre autorità di Pubblica sicurezza¹.

Ci si può arrischiare ad un primo commento, con specifico riguardo all’attuazione della c.d. direttiva rimpatri, limitatamente ai profili più rilevanti, e trascurandosi in questa sede i –pur numerosi- problemi penalistici di diritto intertemporale che l’entrata in vigore del decreto legge n. 89/2011 può suscitare.

Volendo dare una rapida sintesi delle scelte compiute dal legislatore nazionale, si deve –prima di tutto- evidenziare:

- 1) l’esercizio –da parte del legislatore- della facoltà di comprimere (ex art. 2 direttiva 2008/115/CE) l’ambito di applicazione della direttiva, escludendo che

¹ Il testo della circolare non è di particolare interesse, ripercorrendo esso il testo del decreto legge. L’unico aspetto di interesse per l’operatore è forse ravvisabile nelle indicazioni –date a pag. 7 e sg. della circolare- in ordine alla definizione delle procedure di emersione ex lege n. 102/2009, per cui si poneva il problema delle ricadute della recente sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Ad. Plen, 10.5.2011, n. 7 (ord.), ric. Charaf (diniego di sanatoria in conseguenza di condanna ex art. 14, comma 5 ter t.u. d.lgs. n. 286/1998). Il testo della circolare è reperibile sul sito web del Ministero degli Interni.

- la stessa si applichi ad alcune situazioni (cittadini di Paesi terzi respinti alla frontiera; cittadini di Paesi terzi espulsi a titolo di sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale);
- 2) la previsione che il diritto alla concessione di un termine per la *partenza volontaria* operi *solo su richiesta* del cittadino di Paese terzo destinatario di una decisione di rimpatrio (con possibilità di prolungamento di detto termine per “ragioni umanitarie”);
 - 3) la previsione di *misure coercitive* utili a garantire il rispetto –da parte del cittadino di Paese terzo- della decisione di rimpatrio o anche per scongiurare il suo trattenimento in un C.I.E.;
 - 4) la previsione che dette *misure coercitive* vengano *disposte* dal Questore, con provvedimenti *convalidati* dal Giudice di pace, con decreto;
 - 5) la previsione che il diritto alla concessione di un termine per la partenza volontaria non operi in alcune specifiche situazioni (sostanzialmente, quelle di cui all’art. 7 § 4 direttiva 2008/115/CE);
 - 6) la previsione della proroga del periodo massimo di *trattenimento* nei C.I.E. sino ad una durata massima di *18 mesi*;
 - 7) la previsione che –disposto il trattenimento in un CIE ed essendo esso impossibile (per mancanza di posti o per altre ragioni tecniche) o avendo esso perso efficacia (per raggiungimento del termine di durata massima)- il Questore adotti autonomi ordini di allontanamento con invito al cittadino di Paese terzo ad allontanarsi dal territorio nazionale entro il termine di sette giorni;
 - 8) la mancata rinuncia allo strumento della *sanzione penale* (pecuniaria, sostituibile con l’espulsione) per alcune situazioni (ivi compresa la inosservanza dell’ordine di allontanamento di cui al punto che precede), con devoluzione della competenza per materia al Giudice di Pace (con le procedure *acceleratorie* di cui agli artt. 20 bis, 20 ter e 32 bis d.lgs. n. 274/2000).

2. Considerazioni “topografiche ed estetiche”, organizzative e “di valore”.

Prima di procedere alla disamina più specifica di alcune delle questioni che, verosimilmente, si proporranno nell’applicazione del decreto legge, si anticipano subito quattro considerazioni generali.

1. il decreto legge –che per l’ennesima volta riformula il testo del T.U. D.lgs. n. 286/1998- non rinuncia all’impianto originario del testo unico sull’immigrazione. Ogni disposizione conserva l’originaria concezione e collocazione topografica; e, così, scorrendo il testo novellato, ci si imbatte –prima- nella previsione dell’esecuzione immediata dell’espulsione (art. 13, comma 4 e 4 bis, D.lgs. n. 286/1998) e –solo poi- nella previsione del “diritto” alla concessione di un termine per la partenza volontaria (art. 13, comma 5, 5.1. e 5.2, D.lgs. n. 286/1998); e, ancora, ci si imbatte –prima- nella disciplina delle ipotesi di trattenimento in un CIE (art. 14, comma 1, D.lgs. n. 286/1998) e –solo poi- nelle ipotesi che tale trattenimento possono evitare (art. 14, comma 1 bis,

D.lgs. n. 286/1998). Ne scaturisce il solito quadro normativo di difficile e faticosa lettura che, implicitamente, denuncia quale sia l'autentica ispirazione alla quale non si intende in alcun modo rinunciare: *l'espulsione è immediatamente eseguita con accompagnamento alla frontiera* (art. 13, comma 4, D.lgs. n. 286/1998); le altre ipotesi –per come vengono esposte nel testo del d.l.- sembrano risolversi in semplici eccezioni.

Nel prosieguo si tenterà di procedere seguendo le più comprensibili scansioni procedurali dettate dalla direttiva rimpatri, per la semplice ragione che esse dovrebbero rispondere ad un normale *iter* procedimentale che si sviluppa secondo una naturale scansione cronologica (partenza volontaria; misure coercitive; cause ostative alla partenza volontaria; misure coercitive; trattenimento, ecc.).

2. il decreto legge non rinuncia allo strumento della sanzione penale (sanzione penale pecuniaria). Considerati i “grandi numeri” del fenomeno migratorio è agevole prevedere che la mancata rinuncia allo strumento penale inciderà in modo estremamente significativo sull'efficienza degli uffici del Giudice di Pace, ai quali –di fatto- verrà richiesto di *supplire* nell'ambito di procedimenti penali alla scarsa efficacia amministrativa delle procedure espulsive.

Ma v'è di più: è legittimo il sospetto che la sanzione penale venga, in questo contesto (e con la previsione della sanzione sostitutiva dell'espulsione), strumentalizzata al fine di *eludere* le garanzie che –secondo la direttiva rimpatri- dovrebbero spettare al cittadino di Paese terzo.

3. il decreto legge assegna un cruciale rilievo alla disponibilità, da parte del cittadino di Paese terzo, di un passaporto o documento equipollente; senza il passaporto può essere ritenuto –per ciò solo- sussistente il *rischio di fuga*, possono essere applicate misure coercitive, può essere disposto il trattenimento in un C.I.E.; previsione che –se certo ha una sua ragion pratica- rischia di avere una portata in concreto elusiva delle garanzie che la direttiva 2008/115/CE assegna al cittadino di Paese terzo; ciò soprattutto laddove si consideri che nelle disposizioni del decreto legge non si fa cenno alcuno ad un dato che, invece, potrebbe (e dovrebbe) avere un certo rilievo: nulla si dice infatti in ordine alla *incolpevole* incapacità di esibire un passaporto; il che –come si vedrà- suscita più di una perplessità, avuto riguardo al dettato dell'art. 9 §§ 2 e 3 direttiva 2008/115/CE.

4. il decreto legge –nel formale richiamo al rispetto dei principi di dignità della persona in costanza di trattenimento- non fa alcun cenno all'Autorità che –della vigilanza del rispetto della dignità della persona- si dovrà occupare; trattandosi di detenzioni che –pur amministrative- possono protrarsi sino a 18 mesi, la previsione di un intervento della magistratura di sorveglianza –in chiave di garanzia- sarebbe oltremodo auspicabile. Non è necessario esplicitare oltre le ragioni di tale auspicio.

3. La partenza volontaria.

L'art. 13, comma 5, D.lgs. n. 286/1998 prevede che

“lo straniero, destinatario di un provvedimento d'espulsione, qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera di cui al comma 4, può chiedere al prefetto, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione, la **concessione di un periodo per la partenza volontaria**, anche attraverso programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter”².

Il “diritto” alla concessione del termine per la partenza volontaria, dunque, è attribuito –come previsto dalla direttiva rimpatri- solo su richiesta dell'interessato.

A tal fine, l'**art. 13, comma 5.1., D.lgs. n. 286/1998** dispone che

“la questura provvede a dare adeguata informazione allo straniero della facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria, mediante schede informative plurilingue”.

² L'art. 14 ter d.lgs. n. 286/1998 regola i cd. *programmi di rimpatrio assistito*. Rimandando per il resto alla lettura della norma, ci si permette di richiamare il dettato del comma 2: va infatti segnalato che la previsione di determinazione –da parte del Ministro dell'Interno- di linee guida e di criteri di priorità potrebbe determinare situazioni di disparità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi. Questo il testo dell'art. 14 ter D.lgs. n. 286/1998: **Art. 14-ter. Programmi di rimpatrio assistito: comma 1**: 1. Il Ministero dell'interno, nei limiti delle risorse di cui al comma 7, attua, anche in collaborazione con le organizzazioni internazionali o intergovernative esperte nel settore dei rimpatri, con gli enti locali e con associazioni attive nell'assistenza agli immigrati, programmi di rimpatrio volontario ed assistito verso il Paese di origine o di provenienza di cittadini di Paesi terzi, salvo quanto previsto al comma 3. **Comma 2**. Con decreto del Ministro dell'interno sono definite le **linee guida** per la realizzazione dei programmi di rimpatrio volontario ed assistito, fissando **criteri di priorità** che tengano conto innanzitutto delle condizioni di vulnerabilità dello straniero di cui all'articolo 19, comma 2 nonché i criteri per l'individuazione delle organizzazioni, degli enti e delle associazioni di cui al comma 1. **Comma 3**. Nel caso in cui lo straniero irregolarmente presente nel territorio è ammesso ai programmi di rimpatrio di cui al comma 1, la prefettura del luogo ove egli si trova ne dà comunicazione, senza ritardo, alla competente questura, anche in via telematica. Fatto salvo quanto previsto al comma 6, è sospesa l'esecuzione dei provvedimenti emessi ai sensi degli articoli 10, comma 2, 13, comma 2 e 14, comma 5-bis. E' sospesa l'efficacia delle misure eventualmente adottate dal questore ai sensi degli articoli 13, comma 5.2 e 14, comma 1-bis. La questura, dopo avere ricevuto dalla prefettura la comunicazione, anche in via telematica, dell'avvenuto rimpatrio dello straniero, avvisa l'autorità giudiziaria competente per l'accertamento del reato previsto dall'articolo 10-bis, ai fini di cui al comma 5 del medesimo articolo. **Comma 4**. Nei confronti dello straniero che si sottrae al programma di rimpatrio, i provvedimenti di cui al comma 3 sono eseguiti dal questore con l'accompagnamento immediato alla frontiera, ai sensi dell'articolo 13, comma 4, anche con le modalità previste dall'articolo 14. **Comma 5**. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli stranieri che: a) hanno già beneficiato dei programmi di cui al comma 1; b) si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 13, comma 4, lettere a), d) e f) ovvero nelle condizioni di cui all'articolo 13, comma 4-bis, lettere d) ed e); c) siano destinatari di un provvedimento di espulsione come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale. **Comma 6**. Gli stranieri ammessi ai programmi di rimpatrio di cui al comma 1 trattenuti nei Centri di identificazione ed espulsione rimangono nel Centro fino alla partenza, nei limiti della durata massima prevista dall'articolo 14, comma 5. **Comma 7**. Al finanziamento dei programmi di rimpatrio volontario assistito di cui al comma 1 si provvede nei limiti : a) delle risorse disponibili del Fondo rimpatri, di cui all'articolo 14-bis, individuate annualmente con decreto del Ministro dell'interno; b) delle risorse disponibili dei fondi europei destinati a tale scopo, secondo le relative modalità di gestione.».

È del tutto evidente che –allorché si dovrà discutere della mancata concessione del termine- uno degli elementi di necessario accertamento giudiziale dovrà essere quello della adeguatezza di tale informazione.

Nel caso in cui il cittadino di Paese terzo eserciti tale facoltà, entra in gioco la previsione dell'**art. 13, comma 5 secondo periodo, D.lgs. n. 286/1998**:

“Il Prefetto, valutato il singolo caso, con lo stesso provvedimento di espulsione, intima lo straniero a lasciare volontariamente il territorio nazionale, entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni. Tale **termine può essere prorogato**, ove necessario, per un **periodo congruo**, commisurato alle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno nel territorio nazionale, l’esistenza di minori che frequentano la scuola ovvero di altri legami familiari e sociali nonché l’ammissione a programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all’articolo 14-ter”.

Sotto tale profilo, si deve ritenere che il dettato della direttiva sia stato formalmente recepito dal legislatore nazionale (essendo stato rispettato il termine per la partenza volontaria previsto dalla direttiva e riconosciuta la facoltà di prorogare detto termine in presenza di specifiche situazioni).

Merita però di essere evidenziato che il legislatore sembra avere trascurato:

- (1) di indicare sia quali siano i modi con cui il cittadino di Paese terzo può richiedere al Prefetto la proroga del termine per la partenza volontaria;
- (2) di indicare quali specifici rimedi possano essere attivati in presenza di un rigetto – da parte del Prefetto- della richiesta di proroga del termine per la partenza volontaria: in tal caso –in difetto di specifica devoluzione della questione al Giudice di Pace- si può discutere se la mancata concessione della proroga richiesta rappresenti la lesione di un diritto soggettivo (con conseguente giurisdizione del Giudice ordinario), ovvero, come più probabile, di un interesse legittimo (consistente nell’interesse ad ottenere una *precaria autorizzazione* ad allontanarsi oltre il termine ordinario), dovendosi comunque escludere che le situazioni che legittimano il Prefetto a dilazionare il termine integrino mere aspettative prive di tutela giurisdizionale (anche perché, diversamente, la direttiva prima ed il legislatore poi non le avrebbero prese in considerazione).

4. Le misure utili a scongiurare il rischio di fuga.

Il decreto legge prende poi in considerazione l’ipotesi che il cittadino di Paese terzo abbia richiesto –ed il Prefetto riconosciuto- il *diritto alla concessione del termine per la partenza volontaria*. L’**art. 13, comma 5.2, D.lgs. n. 286/1998** dispone così che

“laddove sia concesso un termine per la partenza volontaria, il questore chiede allo straniero di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilità dell’assegno sociale annuo. Il questore dispone, altresì, una o più delle seguenti misure:

- a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza;
- b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato;
- c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente”.

In merito a tali previsioni, è doveroso segnalare alcune perplessità:

(1) il legislatore nazionale ha indicato l’esistenza di una disponibilità economica in capo al cittadino di Paese terzo (determinata dal Decreto legge in misura tutt’altro che trascurabile) quale presupposto per la concessione del termine; al contrario, di tale presupposto, non è fatta menzione nella direttiva rimpatri che –all’art. 7 § 3- prevede unicamente che lo Stato possa imporre al cittadino di Paese terzo la “costituzione di una garanzia finanziaria adeguata”; il punto è di rilievo, posto che –nelle concitate fasi immediatamente successive all’identificazione- è ben remota l’ipotesi che il cittadino di Paese terzo riesca a “dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite”. In altri termini la scelta di *trasformare* il requisito economico - da forma di garanzia che era- in un presupposto per la concessione del termine per la partenza volontaria fa intravedere il rischio di elusione dell’effetto utile della direttiva (che –non bisogna dimenticare- ha come obiettivo l’assicurazione di una efficace politica di rimpatrio, ma –dall’altro lato e con eguale rilievo- di assicurazione di comune tutela dei diritti dei cittadini di Paesi terzi);

(2) la direttiva rimpatri prevede che gli Stati membri *possano imporre obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga* nei confronti dei cittadini di Paesi terzi; il legislatore nazionale ha invece previsto che tali obblighi vengano *sempre* applicati al cittadino di Paese terzo al quale sia stato concesso il termine per la partenza volontaria (anche nel caso che il rischio di fuga non sia nel concreto ravvisato o ravvisabile); anche qui, il rischio è che vi sia l’imposizione di obblighi non richiesti dal legislatore comunitario; trattandosi di imposizione di una o più misure (amministrative) di carattere coercitivo, la previsione di tali obblighi potrà e dovrà essere scrutinata alla luce dei principi costituzionali dettati dagli artt. 23, 13 e 3 della Carta Costituzionale.

Correttamente –secondo la previsione dell’**art. 13, comma 5.2, secondo e terzo periodo, D.lgs. n. 286/1998**- il legislatore prevede che le misure –disposte dall’autorità di pubblica sicurezza, vale a dire dal Questore- siano convalidate, con provvedimento motivato dall’autorità giudiziaria (Giudice di Pace) entro precise scansioni temporali:

“Le misure di cui al secondo periodo sono adottate con provvedimento motivato, che ha effetto dalla notifica all’interessato, disposta ai sensi dell’articolo 3, commi 3 e 4 del regolamento, recante l’avviso che lo stesso ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro 48 ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio. Il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore. Le misure, su istanza dell’interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace”

Al proposito, se risulta del tutto condivisibile l’intervento dell’Autorità giudiziaria nel momento in cui si impongono ad un individuo misure coercitive, suscitano –per contro- alcune perplessità altre significative scelte (omissioni) del legislatore nazionale:

(1) non è previsto che la convalida avvenga previa instaurazione di un effettivo contraddittorio davanti al Giudice tra cittadino di Paese terzo e autorità di Pubblica Sicurezza; il contraddittorio è solo eventuale (lo straniero *ha facoltà* di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie e deduzioni) e la difesa tecnica non è necessaria, ma solo facoltizzata (in effetti, si deve dare conto del fatto che –ai sensi dell’art. 13 §§ 2-4 della direttiva rimpatri- la presenza di un difensore, ai fini di chiedere e ottenere la revisione delle “decisioni connesse al rimpatrio” è qualificata come mera *facoltà* attivabile su richiesta dell’interessato; e, tuttavia -considerato il carattere coercitivo della misura imposta al cittadino di Paese terzo, l’esiguità dei termini a disposizione, la scarsa conoscenza della lingua italiana- la mancata previsione di una *necessaria* presenza del difensore sembra porsi in contrasto con l’esigenza costituzionale di garantire un *effettivo diritto di difesa* all’interessato);

(2) è previsto che il giudice possa –sentito il Questore- revocare o modificare le misure imposte all’interessato; non è detto alcunché circa le facoltà di impugnazione dei provvedimenti genetici e dei provvedimenti modificativi delle misure imposte ai sensi dell’art. 13, comma 5.2, D.lgs. n. 286/1998; né ovviamente, si indica l’organo eventualmente preposto a valutare l’impugnazione; il che, evidentemente, stride con il dettato costituzionale e, segnatamente, con quanto disposto dall’art. 13, comma 2, e 111 comma 7 della Costituzione. In tal caso l’unica interpretazione del sistema costituzionalmente accettabile sembra essere quella che garantisca la possibilità di presentare –in tali casi- ricorso per Cassazione.

5. La mancata concessione del termine per la partenza volontaria.

L’art. 13, comma 4, D.lgs. n. 286/1998 prevede che:

«4. L’espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica:

- a) nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 2, lettera c), ovvero all'art. 3, comma 1 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155;
- b) quando sussiste il rischio di fuga, di cui al comma 4-bis;
- c) quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;
- d) qualora, senza un giustificato motivo, lo straniero non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria, di cui al comma 5;
- e) quando lo straniero abbia violato anche una delle misure di cui al comma 5.2 e di cui all'articolo 14, comma 1-bis;
- f) nelle ipotesi di cui agli articoli 15 e 16 e nelle altre ipotesi in cui sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale;
- g) nell'ipotesi di cui al comma 5.1.»;

La norma in commento –come detto posta come caposaldo del sistema espulsivo previsto dal T.U. D.lgs. n. 286/1998, ancor prima di considerare le ipotesi che, secondo la direttiva, ne costituiscono l'antecedente logico giuridico- delinea le ipotesi in cui l'espulsione deve essere eseguita con accompagnamento alla frontiera.

Rimandando a successivi paragrafi per quanto riguarda le previsioni considerate nelle lettere (b) (rischio di fuga) e (f) (espulsione come misura di sicurezza o come sanzione sostitutiva di sanzione penale o alternativa alla detenzione) si tratta ora di affrontare nello specifico le altre ipotesi.

Esse, per la verità non suscitano particolari problemi interpretativi. L'espulsione è "immediata" in caso di:

- espulsione disposta per *pericolosità dello straniero*, con la precisazione che la mancata concessione del termine per la partenza volontaria –in casi simili- si giustifica nelle sole ipotesi di espulsione esplicitamente motivata sulla base della pericolosità del cittadino di Paese terzo (e quindi non anche nei casi di espulsione disposta ex art. 13, comma 2, lett. b), D.lgs. n. 286/1998 ritenendo –con autonoma e successiva valutazione- lo straniero persona pericolosa, in ragione dei precedenti penali o dei precedenti cd. di polizia);
- mancata richiesta di concessione del termine per la partenza volontaria;
- inosservanza –senza giustificato motivo- del termine già concesso allo straniero per la partenza volontaria; in tal caso, è apprezzabile il riferimento alla sussistenza di un giustificato motivo; elemento negativo della fattispecie che, conseguentemente, dovrà essere oggetto di adeguata valutazione e congrua motivazione da parte del Giudice di Pace;
- inosservanza anche di una sola delle misure coercitive applicate nei confronti del cittadino di Paese terzo (ex art. 13, comma 5.2 e 14, comma

1 bis, D.lgs. n. 286/1998, sulle quali si tornerà); in questo caso la mancata concessione del termine per la partenza volontaria troverebbe giustificazione nella precedente inottemperanza della persona già espulsa, nei confronti della quale, il legislatore *presume* la futura inottemperanza all'autonomo decreto di espulsione; la previsione non è priva di ragionevolezza, sebbene si debba osservare che essa non è contemplata dall'art. 7 § 4 direttiva 2008/115/CE tra le situazioni che giustificano la mancata concessione del termine per la partenza volontaria; suscita perplessità la mancata considerazione del rilievo che possono assumere –a spiegazione della violazione delle misure coercitive- di situazioni qualificabili come *giustificato motivo*;

- presentazione di domanda di permesso di soggiorno che è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta; in questo caso, il decreto legge ripercorre pedissequamente il testo della direttiva, rinunciando ad offrire qualsivoglia criterio sintomatico del carattere di manifesta infondatezza o di manifesto carattere fraudolento della domanda di permesso; ciò che imporrà alla prassi operativa delle autorità di Pubblica sicurezza e alle decisioni giudiziarie di declinare con maggiore precisione i presupposti utili a meglio definire tali concetti;
- espulsione disposta nelle ipotesi di cui agli articoli 15 e 16 e nelle altre ipotesi in cui sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale; in questo caso –fatte salve le precisazioni che si diranno- la norma costituisce attuazione del dettato dell'art. 2 § 2, lett. b), direttiva 2008/115/CE.

6. segue: Il rischio di fuga.

Il termine per la partenza volontaria non viene concesso al cittadino di Paese terzo –e conseguentemente è possibile l'immediata esecuzione dell'espulsione- in caso di sussistenza del **rischio di fuga**. La nozione di **rischio di fuga** è data dall'**art. 13, comma 4 bis D.lgs. n. 286/1998**.

«4-bis. Si configura il rischio di fuga di cui al comma 4, lettera b), qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il Prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione:

- a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità;
- b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato;
- c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità;

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

Va, anzitutto, segnalata la reiterazione di concetti che caratterizza, evidentemente, la tecnica compilativa adottata dal legislatore nazionale, laddove considera come elemento sintomatico di rischio di fuga una serie di elementi già indicati nel precedente comma 4 per descrivere le situazioni legittimanti l'immediata esecuzione dell'espulsione (come il mancato rispetto del termine per la partenza volontaria, la violazione di una delle misure di cui all'art. 13, comma 5.2., D.lgs. n. 286/1998 e l'inottemperanza di uno dei provvedimenti di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286/1998; l'unico elemento di autentica novità è, in questo caso, l'indicazione della inottemperanza al divieto di reingresso).

Detto ciò, si devono evidenziare quattro aspetti.

(1) in primo luogo, si deve evidenziare che la presenza di **anche uno solo** degli elementi sintomatici di rischio di fuga vale –secondo il d.l. 89/2011- ad integrare detta condizione. A prescindere da quanto si dirà in appresso, ci si limita ad osservare che l'art. 3, n. 7, direttiva 2008/115/CE fa riferimento –usando il sostantivo plurale- a **motivi**;

(2) in secondo luogo, il mancato possesso del passaporto (o di altro documento equipollente, in corso di validità) giustifica il giudizio di sussistenza di un rischio di fuga; tale automatismo, per il vero, sembra porsi in contrasto –con possibile effetto elusivo delle garanzie riconosciute dalla direttiva ai cittadini di Paese terzi- con il dettato dell'art. 9, comma 2, lett. b) direttiva 2008/115/CE, laddove si sottolinea che *gli Stati membri possono rinviare l'allontanamento per un congruo periodo, tenendo conto ... delle ragioni tecniche come l'assenza di mezzi di trasporto o il mancato allontanamento a causa della assenza di identificazione*; ora –se è pur vero che tale norma, di per sé, non riconosce in capo al cittadino di Paese terzo un diritto al rinvio dell'allontanamento (come si evince dall'art. 9, secondo il quale *gli Stati possono rinviare...*)- è altrettanto vero che essa porta comunque (e necessariamente) ad escludere che la semplice indisponibilità di documenti possa comportare –per ciò solo- un giudizio di sussistenza di rischio di fuga. In altri termini, l'assenza di documenti –nel sistema della direttiva- giustifica il rinvio dell'allontanamento (ciò che mette gli Stati membri al riparo da contestazioni di inadempimento degli obblighi comunitari) e non invece la compressione (o eliminazione) di garanzie quali la concessione del termine per la partenza volontaria; ciò del resto è coerente con il dettato dell'**art. 9 § 3 direttiva 2008/115/CE** a mente del quale

ove sia disposto il rinvio dell'allontanamento a norma dei paragrafi 1 e 2 [dell'art. 9], al cittadino di Paese terzo interessato possono essere imposti gli obblighi di cui all'art. 7 § 3.

(3) suscita poi perplessità la previsione per cui sussisterebbe il rischio di fuga anche in caso di "mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato".

Una interpretazione rigida della norma potrebbe imporre di richiedere che vi sia documentazione che attesti la disponibilità di un alloggio nella diretta disponibilità del cittadino di Paese terzo (a lui intestato); il che sarebbe chiaramente inconciliabile con la condizione di irregolarità dello straniero extra-comunitario. Una interpretazione più ragionevole potrebbe invece fare riferimento alla disponibilità di un alloggio –anche intestato a parenti o amici capaci di accogliere l'interessato- ove il cittadino di Paese terzo possa essere agevolmente reperito.

(4) Il che, però, sposta l'esame sulla concreta possibilità, per il cittadino di Paese terzo, di riuscire a documentare -nei ristrettissimi termini in cui si gioca la scelta dell'Amministrazione di concedere o non concedere il termine per la partenza volontaria- all'autorità di Pubblica sicurezza la disponibilità di tale alloggio: e, così: è sufficiente la dichiarazione di un parente/amico di essere disponibile ad ospitare il cittadino di Paese terzo "TIZIO" a casa propria? È necessario che il parente/amico produca documentazione relativa all'alloggio? In che termini il cittadino di Paese terzo può documentare quanto sopra?

7. Il trattenimento.

L'art. 14 comma 1 e 1 bis D.lgs. n. 286/1998 prende in considerazione i casi in cui –non essendo stato concesso il termine per la partenza volontaria e non essendo possibile eseguire immediatamente l'espulsione, come vorrebbe l'art. 13, comma 4, D.lgs. n. 286/1998- si deve procedere al **trattenimento del cittadino di Paese terzo** in un Centro di identificazione ed espulsione.

Anche in questo caso, si assiste ad un capovolgimento espositivo: prima si parla della misura residuale (il trattenimento nel CIE) e solo poi –al comma 1 bis- degli strumenti per evitare di ricorrervi (le misure coercitive).

Comma 1. Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Tra le situazioni che legittimano il

trattenimento rientrano, oltre a quelle indicate all'articolo 13, comma 4-bis, anche quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo.

7.1. il trattenimento; i presupposti negativi: insufficienza di misure coercitive meno afflittive.

Partendo dall'esame delle situazioni che possono scongiurare il trattenimento nel CIE (disciplinate dall'**art. 14, comma 1 bis, D.lgs. n. 286/1998**), si deve riferire che esse consistono nelle stesse misure già considerate nell'art. 13, comma 5.2, D.lgs. n. 286/1998.

Comma 1-bis. Nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non è stata disposta ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c) o ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, il questore, in luogo del trattenimento di cui al comma 1, può disporre una o più delle seguenti misure:

- a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza;
- b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato;
- c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

Le misure di cui al primo periodo sono adottate con provvedimento motivato, che ha effetto dalla notifica all'interessato, disposta ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4 del regolamento, recante l'avviso che lo stesso ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro 48 ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio. Il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore. Le misure, su istanza dell'interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace.

Essendo identiche le misure coercitive considerate dal legislatore ed identica la procedura prevista per addivenire alla loro applicazione, ci si limita a richiamare le osservazioni già svolte in commento all'art. 13, comma 5.2, D.lgs. n. 286/1998 (soprattutto sotto il profilo delle carenti garanzie in materia di impugnazioni e di diritto di difesa).

Anzitutto, suscita qualche perplessità la previsione del comma 1 bis dell'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 secondo cui –in casi simili a quelli ivi considerati- il Questore, in luogo del trattenimento, può disporre una o più delle misure sopra elencate. Non sfugge che la formulazione della norma (“il Questore ... può disporre”) diverge profondamente dalla analoga previsione dell'art. 13, comma 5.2., D.lgs. n. 286/1998 (“il Questore ... dispone”); né sfugge che tale divergenza può essere foriera di una serie di equivoci e incomprensioni nella prassi applicativa (laddove –consentendo al Questore di non applicare le misure di cui al comma 1 bis- si ha il risultato di rendere applicabile il comma 1, che disciplina il trattenimento), in merito alle quali sarebbe opportuna la previsione di momenti di sindacato giurisdizionale.

A commento del comma 1 bis dell'art. 14 si devono però aggiungere alcune considerazioni che, ad avviso di chi scrive, sono meritevoli di attenta considerazione. La situazione concreta in cui l'art. 14 comma 1 bis D.lgs. n. 286/1998 viene in considerazione è la seguente: il cittadino di Paese terzo non merita la concessione di un termine per la partenza volontaria e, quindi, l'alternativa è: espulsione immediata, ovvero imposizione di misure coercitive, ovvero trattenimento in un CIE. Per scongiurare il trattenimento, l'art. 14, comma 1 bis, indica due presupposti, in assenza dei quali –stando al testo della norma- il trattenimento in un CIE si presenterebbe inevitabile:

(1) l'aver il cittadino di Paese terzo la disponibilità di un **passaporto** o altro documento equipollente e valido; il che sembra contrastare –per i motivi già chiariti al paragrafo 6, al punto (2)- con il dettato dell'art. 9, § 2 lett. b) direttiva 2008/115/CE, secondo il quale la mancata identificazione giustifica il rinvio dell'allontanamento e non la compressione dei diritti di libertà dell'interessato; ciò del resto è coerente con il dettato dell'**art. 9 § 3 direttiva 2008/115/CE** a mente del quale

ove sia disposto il rinvio dell'allontanamento a norma dei paragrafi 1 e 2 [dell'art. 9], al cittadino di Paese terzo interessato possono essere imposti gli obblighi di cui all'art. 7 § 3.

(2) il non essere stato lo straniero espulso per ragioni di **pericolosità sociale**; il che sembra in contrasto con la natura del trattenimento in un CIE che è chiaramente –ed esclusivamente–finalizzato a garantire l'efficacia della decisione di rimpatrio e non trova giustificazione alcuna in ragioni di contenimento della eventuale pericolosità sociale del cittadino di Paese terzo (come esplicitamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 30 novembre 2009, Kadzoev in causa C-357/09: al punto 70 della sentenza, infatti, la Corte aveva precisato che “la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento nella direttiva 2008/115”).

7.2. il trattenimento; i presupposti negativi: impossibilità di eseguire con immediatezza l'espulsione.

L'art. 14, comma 1, D.lgs. n. 286/1998 dispone che

Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di **situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento**, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto ...
Tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano (...) anche quelle riconducibili alla necessità (...) di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua **identità** o nazionalità ovvero di acquisire i **documenti** per il **viaggio** o la disponibilità di un **mezzo di trasporto idoneo**".

Sul punto ci si limita a ricordare il più volte richiamato art. 9 § 2, lett. b), direttiva 2008/115/CE che, esplicitamente, considera giustificato motivo di rinvio dell'allontanamento l'esistenza di "ragioni tecniche, come l'assenza di mezzi di trasporto o il mancato allontanamento a causa dell'assenza di identificazione".

Come già ricordato più volte, in presenza di un rinvio per allontanamento per le predette ragioni tecniche, la direttiva (art. 9 § 3) prevede non già il trattenimento in un C.I.E., bensì l'imposizione di obblighi quali quelli considerati dall'art. 7 § 3 (consegna documenti, cauzione, obbligo di presentazione all'autorità, obbligo di dimora).

7.3. il trattenimento; i presupposti positivi.

L'art. 15 direttiva 2008/115/CE –dopo avere segnalato il carattere di *extrema ratio* di tale misura- indica quali siano i presupposti positivi che –in alternativa- giustificano il trattenimento:

- (a) sussistenza di un rischio di fuga;
- (b) condotta del cittadino di Paese terzo che evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento.

Significativamente diversa la formulazione dell'**art. 14 comma 1 D.lgs. n. 286/1998**:

Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di **situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento**, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto (...)
Tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, **oltre** a quelle indicate all'articolo 13, comma 4-bis [**rischio di fuga**], **anche** quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero

di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo.

Nessuna questione in merito al presupposto del rischio di fuga quale presupposto giustificante il trattenimento (a patto che sia l'unica misura efficacemente praticabile per garantire l'esecuzione del rimpatrio).

Diverso il discorso con riferimento al secondo –alternativo- presupposto considerato dalla direttiva; mentre l'art. 15 direttiva 2008/115/CE fa riferimento non equivoco ad una **condotta** (di evitamento od ostacolo all'allontanamento) del cittadino di Paese terzo, l'art. 14, comma 1, D.lgs. n. 286/1998 fa riferimento a circostanze storiche, non necessariamente ascrivibili a condotte del cittadino di Paese terzo e, anzi, addirittura estranee alla sua sfera di intervento, come la disponibilità di documenti di viaggio o di un idoneo vettore (situazioni che, del resto, sarebbero più opportunamente riconducibili alle disposizioni dell'art. 9 direttiva 2008/115/CE).

In questo caso, la formulazione normativa adottata dal legislatore nazionale risulta non conforme alle previsioni della direttiva, a meno che –con una interpretazione comunitariamente orientata- non si ritenga che deve **comunque e sempre** sussistere un rischio di fuga per legittimare il trattenimento (lettura, peraltro, consentita dal tenore testuale della norma (*“tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre [al rischio di fuga], anche quelle riconducibili alla necessità di...*)). In altri termini: se non v'è pericolo di fuga, le altre situazioni indicate nel comma 1, non potrebbero –in base al tenore della direttiva- costituire un valido motivo di trattenimento. Sul punto sarà forse opportuno –se la norma diverrà legge- investire la Corte di Giustizia con un rinvio pregiudiziale.

7.4. il trattenimento: la durata e gli aspetti procedurali. La cessazione del trattenimento per scadenza del termine massimo di trattenimento o per insussistenza di una prospettiva ragionevole di allontanamento.

Il trattenimento è disposto dal Questore con il provvedimento di cui all'art. 14, comma 1, D.lgs. n. 286/1998 che –come già avveniva in precedenza- deve essere convalidato dal Giudice di Pace, secondo le scansioni procedurali –e con le garanzie- previste dall'art. 14, commi 3 e 4, D.lgs. n. 286/1998.

Quanto agli aspetti procedurali, va senz'altro condivisa la giurisprudenza di legittimità che ha statuito che “al procedimento giurisdizionale di decisione sulla richiesta di proroga del trattenimento presso un Centro di Permanenza Temporanea dello straniero, già sottoposto a tale misura per il primo segmento temporale previsto dalla legge, devono essere applicate le stesse **garanzie del contraddittorio**, consistenti nella **partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione dell'interessato**, che sono previste esplicitamente, ai sensi dell'art. 14, quarto comma, del d.lgs. n. 286 del 1998, nel procedimento di convalida della prima frazione temporale del trattenimento,

essendo tale applicazione estensiva imposta da un'interpretazione costituzionalmente orientata del successivo comma quinto, relativo all'istituto della proroga, tenuto conto che un'opposta lettura delle norme sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.” (cfr. Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 4544 del 24/02/2010 (Ced Rv. 611905), Est.: Macioce, ric. E. contro Ministero dell'Interno; in senso conforme Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 13767 del 08/06/2010 (Ced Rv. 613688), Est.: Didone A., ric. R. Y. contro Min. Interno ed altro.

Trattandosi di provvedimento che incide sulla libertà personale non si può che ritenere che esso sia impugnabile con ricorso per cassazione (ex art. 13, comma 2 e 11, comma 7, Costituzione).

Quanto alla durata del trattenimento, l'art. 14, comma 5, D.lgs. n. 286/1998, va segnalato che la procedura delineata nel decreto legge prevede –sostanzialmente- due fasi: una prima fase estensibile sino ad un massimo di 180 giorni (suddivisi in periodi di trenta giorni, trenta giorni, sessanta giorni, sessanta giorni) ed una seconda fase prolungabile sino ad un massimo di 12 mesi per effetto di singole proroghe di volta in volta non superiori ciascuna a 60 giorni (il che comunque non esclude che vi possano essere proroghe di durata inferiore a 60 giorni).

La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi **trenta giorni**. Qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità, ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il termine di **ulteriori trenta giorni**. Anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice. Trascorso tale termine, qualora permangano le condizioni indicate al comma 1, il questore può chiedere al giudice di pace la proroga del trattenimento per un periodo **ulteriore di sessanta giorni**. Qualora persistono le condizioni di cui al quarto periodo, il questore può chiedere al giudice **un'ulteriore proroga di sessanta giorni**. Il periodo massimo complessivo di trattenimento non può essere superiore a centottanta giorni. **Qualora non sia stato possibile procedere all'allontanamento**, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice di pace la **proroga del trattenimento, di volta in volta, per periodi non superiori a sessanta giorni, fino ad un termine massimo di ulteriori dodici mesi**. Il questore, in ogni caso, può eseguire l'espulsione e il respingimento anche prima della scadenza del termine prorogato, dandone comunicazione senza ritardo al giudice di pace.»

Il “passaggio” dalla **prima alla seconda fase** richiede un particolare accertamento: infatti, decorsa per intero la prima fase di 180 giorni, l'ulteriore proroga del

trattenimento è ammessa solo “qualora non sia stato possibile procedere all’allontanamento, nonostante sia stato compiuto **ogni ragionevole sforzo, a causa** della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi”.

Sotto tale profilo, il legislatore nazionale recepisce pedissequamente la normativa comunitaria (essendo la norma interna la semplice translitterazione dell’art. 15 § 6 direttiva 2008/115/CE). Al proposito non resta che auspicare che –nella prassi applicativa- il controllo giurisdizionale in merito alla presenza del presupposto legittimante la proroga (l’aver compiuto ogni ragionevole sforzo e il non essere riusciti ad ottenere il risultato –vale a dire l’allontanamento- a causa della mancata cooperazione del cittadino di Paese terzo o per il ritardo nell’ottenimento della documentazione) avvenga con la serietà imposta dalla rilevanza del bene costituzionale compreso (la libertà personale) e dalla durata della compressione (sino a 18 mesi).

Controllo che, comunque, non potrà trascurare di considerare –sempre e comunque- il disposto dell’art. 15 § 4 direttiva 2008/115/CE che risulta essere norma direttamente applicabile nell’ordinamento interno, secondo la Corte di Giustizia, sentenza Kadzoev, cit. di cui vale la pena riportare alcuni passaggi (punti 60 e sgg. della sentenza):

(...)

60 È giocoforza rilevare che, quando è raggiunta la durata massima di trattenimento prevista all’art. 15, n. 6, della direttiva 2008/115, non si pone la questione se non esista più una «prospettiva ragionevole di allontanamento», a norma del n. 4 dello stesso articolo. In un caso del genere, infatti, la persona interessata deve comunque essere immediatamente rimessa in libertà.

61 Pertanto, l’art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115 può trovare applicazione unicamente nei limiti di cui le durate massime di trattenimento stabilite dall’art. 15, nn. 5 e 6, di tale direttiva non sono state superate.

62 Di conseguenza, occorre risolvere la terza questione, sub c), dichiarando che l’art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115 dev’essere interpretato nel senso che non si applica quando le possibilità di proroga dei periodi di trattenimento previsti dall’art. 15, n. 6, della direttiva 2008/115 sono esaurite al momento del controllo giurisdizionale sul trattenimento della persona interessata.

63 Per quanto concerne la terza questione, sub a) e b), occorre sottolineare che, secondo l’art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi.

64 Come emerge dall’art. 15, nn. 1 e 5, della direttiva 2008/115, il trattenimento ai fini dell’allontanamento è mantenuto solo per il tempo

necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio, purché sia necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito.

65 Inoltre, per poter considerare che esiste una «prospettiva ragionevole di allontanamento» ai sensi dell'art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115, è necessario che, al momento del riesame della legittimità del trattenimento da parte del giudice nazionale, risulti che esiste una concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento, tenuto conto dei termini fissati all'art. 15, nn. 5 e 6, di tale direttiva.

66 Pertanto, non esiste una prospettiva ragionevole di allontanamento quando sembra poco probabile che l'interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto dei detti termini.

67 Si deve pertanto risolvere la terza questione, sub a) e b), dichiarando che l'art. 15, n. 4, della direttiva 2008/115 dev'essere interpretato nel senso che solo una **concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento tenuto conto dei termini stabiliti ai nn. 5 e 6 dello stesso articolo corrisponde ad una prospettiva ragionevole di allontanamento** e che quest'ultima non sussiste quando risulta poco probabile che l'interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto dei detti termini.

(...)

In materia di **durata del trattenimento**, merita di essere segnalata anche una modifica che il decreto legge in esame introduce all'art. 14, comma 7, D.lgs. n. 286/1998.

Laddove la norma ora in vigore prevede che "il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura nel caso questa venga violata", il decreto legge introduce una significativa modifica, prevedendo che:

Il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede, nel caso la misura sia violata, a ripristinare il trattenimento mediante l'adozione di un nuovo provvedimento di trattenimento.

Il riferimento ad un nuovo provvedimento di trattenimento potrebbe indurre a ritenere legittima la tesi per cui –in casi simili- ridecorrono i termini massimi di trattenimento nel C.I.E.; tale tesi, tuttavia, rischierebbe di consentire prassi elusive della disciplina dei termini massimi di trattenimento dettata dall'art. 15 §§ 4-6 direttiva 2008/115/CE, dovendo essere estranea al trattenimento qualsiasi finalità sanzionatoria.

Del resto, il trattenimento nel C.I.E. è finalizzato unicamente alla preparazione del rimpatrio (reperimento dei documenti di identità e organizzazione del viaggio); sicché il precario allontanamento del cittadino di Paese terzo non necessariamente interrompe tali procedure amministrative e consolari. Sicché, una volta ripristinato la condizione di trattenimento dello straniero, la procedura di allontanamento –che nel frattempo

non avrebbe dovuto interrompersi nelle sue fasi preparatorie- può essere comunque riattivata in tempi celeri (che, quindi, non necessitano una ridecorrenza dei termini di trattenimento).

8. L'impossibilità o l'inefficacia del trattenimento: l'ordine di allontanamento; l'inottemperanza; le conseguenze dell'inottemperanza.

L'art. 14, comma 5 bis, D.lgs. n. 286/1998 , come novellato dal decreto legge prevede che -qualora sia impossibile il trattenimento in un C.I.E, ovvero esso sia cessato per raggiungimento del termine massimo di trattenimento- al cittadino di Paese terzo venga impartito un **distinto ed autonomo ordine di allontanamento** dal territorio dello Stato entro **sette giorni**:

«Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, il **questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni**, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione, in caso di violazione, delle conseguenze sanzionatorie. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato, anche su sua richiesta, della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza, compreso il titolo di viaggio.»

Ai sensi dell'art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998 l'inottemperanza all'ordine è penalmente sanzionata (salvo che sussista giustificato motivo) e si prevede che il cittadino di Paese terzo sia colpito da un **nuovo provvedimento di espulsione** che – questa volta- trova il proprio **presupposto** non nella sua situazione di irregolarità sul territorio, ma **nella violazione del pregresso ordine di allontanamento** già adottato dal Questore ai sensi del comma 5 bis.

5-ter. La violazione dell'ordine di cui al comma 5-bis è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4 o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, comma 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione

di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis.
Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.»;

Al riguardo, occorre esplicitare serie perplessità sul versante amministrativo della vicenda: in questo caso, il **nuovo provvedimento di espulsione** –secondo quello che risulta ad una prima lettura della norma- non prevede alcuna concessione del termine per la partenza volontaria, è *immediatamente esecutivo* (come risulta dal richiamo all'art. 13, comma 3) e, addirittura, sembra **consentire una reiterazione dei provvedimenti di trattenimento**, come si evince dal richiamo alle disposizioni di cui all'art. 14, comma 1, D.lgs. n. 286/1998 (*“Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3”*).

E –una volta rimasto ineseguito anche questo **nuovo provvedimento di espulsione**- il decreto legge prevede –all'art. 14, comma 5 quater D.lgs. n. 286/1998- sia l'applicazione di sanzioni penali in caso di inottemperanza senza giustificato motivo all'ordine disposto ai sensi dell'art. 14, comma 5 ter, in relazione al comma 5 bis, sia una teorica possibilità di **ulteriore reiterazione dei periodi di trattenimento nei C.I.E.** (come reso evidente dal richiamo alle disposizioni del comma 5 ter ultimo periodo dell'art. 14).

5-quater. La violazione dell'ordine disposto ai sensi del comma 5-ter, terzo periodo, è punita, salvo giustificato motivo, con la multa da 15.000 a 30.000 euro. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, quarto periodo.»;

La conseguenza è che –a fronte di una serie di provvedimenti di espulsione non eseguiti, seguiti da periodi di trattenimento applicati senza riuscire ad addivenire all'espulsione e di ordini di allontanamento inottemperanti- il cittadino di Paese terzo può trovarsi ad essere colpito da una sequela –teoricamente infinita- di decisioni di trattenimento in un C.I.E.

Il che, ad avviso di chi scrive, porta ad un risultato che si trova in **radicale contrasto** con i principi che sorreggono la direttiva rimpatri e gli obiettivi dalla stessa perseguiti: il trattenimento è funzionale alla sola esecuzione della decisione di rimpatrio e ad esso è estraneo qualsivoglia intento sanzionatorio; i suoi presupposti possono essere solo quelli delineati nell'art. 15 direttiva 2008/115/CE (e quindi il dettato dell'art. 14, comma 5 ter, ultimo periodo, D.lgs. n. 286/1998 –che prevede altri presupposti- si trova in contrasto con la normativa comunitaria); i suoi termini di durata sono indicati nella misura massima tollerata e non sono eludibili, come risulta con chiarezza dalla lettura dell'art. 15 §§ 4-6 direttiva 2008/115/CE.

E, allora, ad avviso di chi scrive, allorché l'autorità di Pubblica sicurezza abbia “consumato” tutto il periodo massimo di privazione della libertà personale consentito

dalla direttiva, non sarebbe consentito in un successivo momento (potenzialmente anche molto ravvicinato) incidere nuovamente sulla libertà personale del cittadino di Paese terzo, formalmente a fini espulsivi (ma in realtà latamente sanzionatori).

Senza poter trascurare il fatto che –se non si è riusciti ad eseguire l’espulsione dopo un trattenimento esauritosi (per decorso del termine o impossibilità di eseguire l’allontanamento)- a questo punto, l’esecuzione dell’allontanamento non può che risultare “**poco probabile**” (ciò che –a mente dei sopra richiamati punti 66-67 della sentenza Kadzoev, cit.- non può che determinare la immediata liberazione del cittadino di Paese terzo trattenuto in un C.I.E.).

9. Il divieto di reingresso.

L’art. 11 § direttiva 2008/115/CE impone agli Stati membri di corredare la decisione di rimpatrio con un divieto di ingresso in due casi: (a) decisione di rimpatrio senza concessione del termine per la partenza volontaria; (b) inottemperanza all’obbligo di rimpatrio. Negli *altri casi* è facoltà degli Stati membri (“possono prevedere”) prevedere che la decisione di rimpatrio sia corredata da un divieto di ingresso.

Il decreto legge in esame si avvale di tale facoltà derogatoria e, al novellato art. 13, comma 14, prevede che:

14. Il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso. Nei casi di espulsione disposta ai sensi dei commi 1 e 2, lettera c) ovvero ai sensi dell’articolo 3, comma 1, del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, può essere previsto un termine superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso. Per i provvedimenti di espulsione di cui al comma 5, il divieto previsto al comma 13 decorre dalla scadenza del termine assegnato e può essere revocato, su istanza dell’interessato, a condizione che fornisca la prova di avere lasciato il territorio nazionale entro il termine di cui al comma 5.»;

In sostanza, il divieto di reingresso opera:

- per una durata compresa tra tre e cinque anni; tale divieto è **revocabile** unicamente nei casi di decisione di rimpatrio con concessione del termine per la partenza volontaria e solo se il termine per la partenza volontaria sia stato effettivamente rispettato;
- per una durata superiore a cinque anni nei casi in cui l’espulsione sia stata determinata dalla **pericolosità del cittadino di Paese terzo**.

Ci si limita solo a segnalare –in un’ottica di *promozione di comportamenti virtuosi*- che sarebbe forse utile una diversa scelta legislativa: al fine di promuovere il volontario adempimento dell’obbligo di rimpatrio sarebbe stato utile prevedere che –in caso di volontaria osservanza della decisione di rimpatrio- al cittadino di Paese terzo non venisse impartito un divieto di reingresso (con il risultato che il cittadino di Paese terzo –nella speranza di ottenere un futuro permesso in tempi ragionevoli- sarebbe incentivato ad allontanarsi nel rispetto della decisione di rimpatrio che lo vede interessato).

Si trascura volutamente –per ragioni di economia espositiva- il tema delle interferenze tra la disciplina del divieto di re-ingresso regolato dalla direttiva 2008/115/CE e –oggi dal decreto legge n. 89/2011- e la fattispecie incriminatrice di cui all’art. 13, comma 13, D.lgs. n. 286/1998. Per un compiuto esame del tema, ci si limita a segnalare che alcune decisioni dei giudici di merito –in applicazione del principio di retroattività della disciplina più favorevole e dei principi espressi nella sentenza Corte di giustizia, seconda sezione, sentenza del 29 aprile 1999 - Ciola, Causa C-224/97- hanno ritenuto che tali interferenze (e la divergenza tra “vecchia” disciplina del divieto di reingresso e quella attuale) comportino il venir meno di un presupposto del reato, con conseguente assoluzione *perché il fatto non sussiste*³.

10. Le fattispecie penali introdotte dal decreto legge n. 89/2011. Cenni. L’art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998.

Il decreto legge introduce diverse fattispecie incriminatrici. Se ne contano almeno quattro:

- la violazione delle misure coercitive impartite ai sensi dell’art. 13, comma 5.2., D.lgs. n. 286/1998, punita con la pena della multa da 3.000 a 18.000 euro (art. 13, comma 5.2., D.lgs. n. 286/1998);

- la violazione delle misure coercitive impartite ai sensi dell’art. 14, comma 1 bis, D.lgs. n. 286/1998, punita con la pena della multa da 3.000 a 18.000 euro (art. 14, comma 1 bis, D.lgs. n. 286/1998);

- la violazione –senza giustificato motivo- dell’ordine di allontanamento emesso dal Questore ai sensi dell’art. 14 comma 5 bis, punibile –a seconda dei casi- con la multa da 6.000 a 15.000 euro (espulsione disposta ex art. 13, comma 5, D.lgs. n. 286/1998) o da 10.000 a 20.000 euro (negli altri casi) (art. 14, comma 5 ter, D.lgs. n. 286/1998);

³ Così il Tribunale di Roma, sentenza del 9.5.2011, Giud. Di Nicola e il Tribunale di Napoli, sentenza del 18.02.2011, Giud. Buono, con provvedimenti pubblicati su www.penalecontemporaneo.it.

- la violazione –senza giustificato motivo- dell’ordine di allontanamento emesso dal Questore ai sensi dell’art. 14 comma 5 ter terzo periodo, punibile con la multa da 15.000 a 30.000 euro (art. 14, comma 5 quater D.lgs. n. 286/1998).

Il decreto legge introduce poi una disposizione (art. 14 comma 5 quater.1 D.lgs. n. 286/1998) secondo la quale –si presume ai fini del trattamento sanzionatorio o, anche, ai fini degli artt. 34-35 d.lgs. n. 274/2000-

“nella valutazione della condotta tenuta dallo straniero destinatario dell’ordine del questore, di cui ai commi 5-ter e 5-quater, il giudice accerta anche l’eventuale consegna all’interessato della documentazione di cui al comma 5-bis, la cooperazione resa dallo stesso ai fini dell’esecuzione del provvedimento di allontanamento, in particolare attraverso l’esibizione d’idonea documentazione”

La **competenza per materia** in relazione a tali reati è demandata al Giudice di Pace (cfr. art. 4 d.l. 89/2011 che modifica l’art. 4, comma 2, d.lgs. n. 274/2000, introducendo la lettera s-ter).

Per i reati previsti dall’art. 14, comma 5 ter e comma 5 quater, D.lgs. n. 286/1998 è previsto il ricorso –in funzione di accelerazione- alle **procedure** regolate dagli artt. 20 bis (presentazione immediata dell’imputato), 20 ter (citazione contestuale dell’imputato), 32 bis (svolgimento del giudizio a presentazione immediata) del d.lgs. n. 274/2000.

È altresì previsto che –in relazione a tali reati- non sia richiesto il rilascio del nulla osta per il caso si renda possibile –nelle more del procedimento- l’esecuzione dell’allontanamento. In caso di esecuzione dell’espulsione è prevista l’emissione di sentenza di non luogo a procedere, revocabile –ex art. 345 c.p.p.- in caso di re-ingresso dello straniero sul territorio nazionale .

Trascurando –per ragioni di economia espositiva- i profili di diritto intertemporale nella successione tra norme penali, l’aspetto più problematico delle disposizioni penali che il decreto legge introduce nel corpo del TU D.lgs. n. 286/1998 è relativo alla possibilità che la condanna per taluno dei fatti contemplati dall’art. 14 commi 5 ter e 5 quater D.lgs. n. 286/1998 (come già ora avviene per l’art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998 nella sua formulazione oggi vigente) comporti –con l’applicazione della sanzione sostitutiva dell’espulsione di cui all’art. 16- la sostanziale elusione delle garanzie previste dall’art. 7 direttiva 2008/115/CE.

Come noto, l’art. 2, § 2, lett. b), direttiva 2008/115/CE consente agli Stati membri di prevedere che la direttiva rimpatri non si applichi ai cittadini di Paesi terzi (...) *“sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale”*.

Ora. Il decreto legge in esame prevede che l'art. 16, comma 1, D.lgs. n. 286/1998 venga modificato, prevedendo così che:

Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano, in caso di sentenza di condanna, ai reati di cui all'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater.

Considerato poi che il successivo comma 2 dell'art. 16 D.lgs. n. 286/1998 prevede che l'espulsione di cui al comma 1 è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4 (esecuzione dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica), ne deriva che è oltremodo concreto il rischio che:

-qualunque situazione di irregolarità (tra quelle comprese dall'art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998)

-qualunque mancanza di collaborazione del cittadino di Paese terzo alla procedura di rimpatrio (tra quelle riconducibili all'art. 14 comma 5 ter e 5 quater D.lgs. n. 286/1998)

vengano a comprimere le garanzie previste dalla direttiva rimpatri in favore del cittadino di Paese terzo (forse anche delle garanzie previste dalla direttiva per la cd. tutela umanitaria).

È già stato sostenuto –con qualche fondatezza– che anche il meccanismo previsto in origine dall'art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998 (e ora esteso anche alle ipotesi di cui agli artt. 14, comma 5 ter e 5 quater D.lgs. n. 286/1998) ponga alcuni seri problemi di compatibilità con il diritto comunitario. il discorso è, ovviamente, di maggior pregnanza in relazione alla previsione incriminatrice di cui all'art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998 (considerato che nelle ipotesi di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286/1998 si verte comunque in casi di mancata concessione del termine per la partenza volontaria).

Quanto all'art. 10 bis, dunque, si deve, da un lato, osservare che la previsione della **sanzione sostitutiva** dell'espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera si pone in contraddizione con le precise garanzie delineate nella direttiva rimpatri all'art.

7 § 1 (diritto al termine per la partenza volontaria). E, in effetti, già nel corso dei lavori parlamentari si evidenziò che tale previsione era proprio formulata in chiave di aggiramento al meccanismo previsto dalla direttiva rimpatri, confidando nel fatto che tale previsione avrebbe “sottratto” all’ambito di applicazione della direttiva le espulsioni disposte come sanzione sostitutiva per la violazione dell’art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998; ciò in virtù della clausola di riserva inserita nell’art. 2, comma 2, lett.b), direttiva 2008/115/CE secondo il quale “gli stati membri possono decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio **come sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale**”. Meccanismo di aggiramento che, però, sovrapponendo il piano amministrativo con quello penale, sembra porsi in contrasto, con un effetto elusivo, con i principi informativi della direttiva rimpatri. E, in tal senso, si è infatti espressa avvertita dottrina⁴.

Dall’altro lato, come chiaramente evidenziato dalla sentenza della Corte di Giustizia, prima sezione, sentenza del 28.04.2011, caso El Dridi, proc. C-61/11PPU, se è vero che gli stati membri sono liberi di adottare misure anche penali atte segnatamente a dissuadere i cittadini di paesi terzi dal soggiornare illegalmente sul territorio (punto 52 della sentenza), è altrettanto vero che gli Stati membri devono fare in modo che la propria legislazione rispetti il diritto dell’Unione essendo precluso agli stati “di applicare una normativa tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest’ultima del suo effetto utile” (punti 54 e 55 della sentenza).

Ciò vuol dire che anche il combinato disposto degli artt. 10 bis e 16 D.lgs. n. 286/1998 – quantomeno nella parte in cui prevede la possibilità di procedere all’espulsione (immediata) a titolo di sanzione sostitutiva- si pone in contrasto con una norma dotata di effetto diretto (art. 7 § 1 direttiva 2008/115/CE). **Come tale, la previsione relativa alla sanzione sostitutiva dovrà essere disapplicata.**

In alternativa, è sempre percorribile la strada del *ricorso pregiudiziale* alla Corte di Giustizia⁵.

11. Conclusioni (inevitabilmente) provvisorie.

⁴ G. Savio, *La direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) e le sue ricadute sull’attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei C.I.E. Relazione al seminario di studi organizzato da ASGI e M.D., tenutosi a Verona il 15.01.2011, reperibile sul sito www.asgi.it; cfr. C. Favilli *La direttiva rimpatri, ovvero la mancata armonizzazione dell’espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, fascicolo 2/2009, secondo cui “l’interpretazione estensiva dell’art. 2, par. 2, lett. b), violerebbe il principio generale dell’effetto utile, rendendo residuale o addirittura escludendo l’ambito di applicazione della direttiva. Si impone dunque una interpretazione restrittiva della disposizione nel senso di permettere al legislatore nazionale di escludere l’applicazione della direttiva solo a quei casi nei quali essa è conseguenza di fattispecie penali diverse dall’ingresso o dal soggiorno irregolare che invece è la condotta che presuppone l’irregolarità dello straniero e quindi il rimpatrio ai sensi dell’art. 2, par. 1. A rigor di logica infatti l’espulsione è la conseguenza dell’ingresso e del soggiorno irregolare e non del reato o della sanzione penale che è invece a sua volta conseguenza dell’ingresso e del soggiorno irregolare”.*

⁵ Già intrapresa dal Giudice di Pace di Mestre, ordinanza 16 marzo 2011, est. Trucillo, pubblicata su www.penalecontemporaneo.it

Nel sistema espulsivo previsto dal T.U. D.lgs. n. 286/1998 sono –ad oggi- previste numerose norme di cui è più che dubbia la compatibilità con le garanzie declinate nella direttiva 2008/115/CE e con alcune precise garanzie costituzionali.

1. Il combinato disposto degli art. 10 bis e 16 D.lgs. n. 286/1998 si presta ad applicazioni elusive dei contenuti di garanzia predisposti dalla direttiva 2008/115/CE. Secondo la ricostruzione sopra proposta, è ipotizzabile la disapplicazione dell’art. 16 d.lgs. n. 286/1998 (nella parte in cui consente l’esecuzione immediata dell’espulsione per mere situazioni di irregolarità amministrativa quali quelle considerate dall’art. 10 bis d.lgs. n. 286/1998).

2. Molte delle previsioni degli artt. 13 e 14 D.lgs. n. 286/1998 –così come novellato dal decreto legge- enfatizzando il dato documentale (il possesso di passaporto o documenti equipollenti), di fatto svuotano le garanzie previste dalla direttiva 2008/115/CE.

Si richiamano –con rinvio al testo- le disposizioni dell’art. 13, comma 4 bis; dell’art. 13, comma 5.2; dell’art. 14 comma 1; dell’art. 14, comma 1 bis.

Per essere più espliciti: la mera mancanza del passaporto -a prescindere, a tacer d’altro, del carattere volontario o incolpevole della mancata disponibilità di detto documento- potrebbe giustificare, nell’ordine: la valutazione di sussistenza del pericolo di fuga; la mancata applicazione di misure coercitive di cui all’art. 14 comma 1 bis D.lgs. n. 286/1998; il provvedimento di trattenimento in un CIE.

Tutte disposizioni –queste appena citate- che sembrano portare ad un solo risultato: consentire che lo Stato possa astenersi dal comprimere i diritti di libertà del cittadino di Paese terzo soltanto nel caso in cui costui disponga del passaporto; il che risulta in contrasto con quanto previsto dall’art. 9 § 2-3 lett. b) direttiva 2008/115/CE. E, allora, non appare forzata l’ipotesi di remissione di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per sollecitarla a chiarire la portata delle due disposizioni dell’art. 9 direttiva 2008/115/CE appena citate (quantomeno al fine di chiarire se la incolpevole mancanza di documenti legittimi –per ciò solo- un giudizio di sussistenza di *rischio di fuga* ovvero di *mancata cooperazione alla procedura di rimpatrio*).

3. Non è previsto esplicitamente alcun rimedio (impugnazione) avverso i provvedimenti di convalida che –emessi dal Giudice di Pace- confermano le misure coercitive disposte dal Prefetto; l’unica interpretazione sistematica costituzionalmente accettabile è quella che prevede che tali provvedimenti siano soggetti a ricorso per Cassazione (art. 111 Cost.).

4. I presupposti di trattenimento nel C.I.E. (tanto i presupposti negativi quanto quelli positivi) potrebbero consentire –non adottando interpretazioni comunitariamente orientate dell’art. 14, comma 1, D.lgs. n. 286/1998- la privazione della libertà del cittadino di Paese terzo anche per fatti disancorati a sue condotte di mancata collaborazione alla decisione di rimpatrio, in violazione dell’art. 15 § 1, lett. b) direttiva 2008/115/CE.

5. La disciplina del trattenimento nel C.I.E. –laddove sembra consentire una reiterazione dei provvedimenti di trattenimento (art. 14, comma 5 ter, ultimo periodo, D.lgs. n. 286/1998) o una nuova decorrenza del termine di trattenimento (art. 14, comma 7, D.lgs. n. 286/1998), risulta in contrasto con le disposizioni –dotate di effetto diretto- dettate dalla direttiva rimpatri all’art. 15 §§ 4-6. Sono pertanto necessarie interpretazioni comunitariamente orientate che scongiurino il rischio di superamento dei termini massimi di trattenimento previsti dalla direttiva rimpatri.

6. Non è previsto nessun controllo giudiziario (ad opera cioè di un organo terzo all’Amministrazione, quale potrebbe essere la magistratura di sorveglianza) sulle concrete condizioni di detenzione amministrativa dei cittadini di Paesi terzi.

