



Associazione
per gli Studi Giuridici
sull'Immigrazione

ESPULSIONI E RESPINGIMENTI

LA FASE ESECUTIVA

Scheda pratica a cura dell'avv. Guido Savio

CON IL SOSTEGNO DI *OPEN SOCIETY FOUNDATIONS*

INDICE

1. Il quadro generale
2. La direttiva rimpatri ed il suo recepimento nel diritto interno
 - 2.1 *Le astuzie del legislatore italiano per eludere la direttiva 2008/115/CE*
3. La concessione del termine per la partenza volontaria
 - 3.1 *I casi*
 - 3.2 *Le modalità della richiesta, quelle decisorie e la (dubbia) tutela*
 - 3.3 *Le misure disposte a garanzia dell'adempimento nel termine*
 - 3.4 *L'adempimento/inadempimento nel termine: conseguenze*
4. Le forme di esecuzione dei provvedimenti ablativi con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica
 - 4.1 *L'accompagnamento alla frontiera*
 - 4.1.1 *Profili d'illegittimità costituzionale*
 - 4.2 *Il trattenimento nei Centri d'identificazione ed espulsione: brevi cenni generali*
 - 4.2.1 *La disciplina attuale: i presupposti*
 - 4.2.2 *La durata del trattenimento e la sua proroga*
 - 4.2.3 *La durata del trattenimento per gli ex detenuti in carcere*
 - 4.2.4 *I "modi" del trattenimento e i dubbi di costituzionalità*
 - 4.3 *I poteri del giudice della convalida dell'accompagnamento e del trattenimento*
 - 4.4 *Le misure alternative al trattenimento*
5. L'ordine di allontanamento del questore
6. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale
 - 6.1 *Il trattenimento ex novo*
 - 6.2 *Due diverse nozioni di rischio di fuga*
 - 6.3 *Il richiedente è già al CIE quando presenta la domanda*
 - 6.4 *Gli aspetti procedurali*
 - 6.5 *Durata delle procedura accelerata e riflessi sul trattenimento*
 - 6.6 *La proroga del trattenimento in caso di ricorso giurisdizionale contro la decisione della commissione*
 - 6.7 *Un trattenimento "speciale" per i richiedenti asilo?*

1. Il quadro generale

“L’espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell’interessato”, così prevede l’art. 13, co. 3, T.U.

Il questore territorialmente competente rispetto al luogo in cui si trova lo straniero è deputato all’esecuzione di tutte le espulsioni (sia amministrative che giudiziali) oltre che dei respingimenti (disposti dalla polizia di frontiera - nel caso di respingimento immediato ex art. 10 c. 1, T.U. - o dal questore stesso - per il respingimento differito ex art. 10 co. 2, T.U.)

La previsione dell’immediata esecutività di tutti i provvedimenti espulsivi è stata introdotta con L. 189/2002 (la c.d. “Bossi-Fini”) e costituisce chiaro indice della volontà politica di allontanare velocemente gli stranieri che non hanno (ovvero non hanno più) il diritto di soggiornare legalmente in Italia, anche a discapito del concreto esercizio del diritto di difesa, come si evince chiaramente dalla previsione normativa: l’impugnazione non sospende automaticamente l’espulsione, il che significa che l’eventuale accoglimento del ricorso in opposizione al provvedimento ablativo può avvenire ad esecuzione avvenuta, quando il ricorrente è già fuori dei confini dell’UE e non potrà tornarci, se non previo rilascio di un nuovo visto d’ingresso, al pari di chi faccia ingresso *ex novo* nel territorio nazionale da un Paese terzo.

Una previsione così drastica è rimasta nel nostro ordinamento a lungo e non è mai stata modificata dalle differenti maggioranze governative che si sono succedute nel corso del tempo fino al 2011: i vari temperamenti all’esercizio della facoltà espulsiva previsti a tutela del diritto all’unità familiare o per i soggiornanti di lungo periodo (esaminati dettagliatamente nella scheda relativa ai profili sostanziali delle espulsioni) non hanno inciso su questo aspetto fondamentale, nonostante l’esperienza dimostri che meno della metà delle espulsioni disposte sia effettivamente eseguita, nonostante, cioè, la conclamata inefficacia di un sistema così rigido.

D’altronde, che fosse obiettivamente impossibile provvedere ad eseguire con immediatezza tutte le espulsioni ne era ben consapevole il legislatore del 2002, tant’è vero che a fianco della previsione dell’accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica, ha previsto due soluzioni alternative: il trattenimento presso un Centro d’identificazione ed espulsione per il tempo strettamente necessario a rimuovere gli ostacoli che si frappongono all’esecuzione del provvedimento ablativo e, ove nemmeno sia possibile operare il trattenimento, l’ordine impartito dal questore allo straniero di allontanarsi dal territorio nazionale entro sette giorni dalla notifica dell’espulsione o del respingimento differito. In poche parole, ove l’amministrazione statale non riesce a dare attuazione ai suoi provvedimenti, ordina allo straniero di autoespellersi.

L’occasione per una profonda revisione del sistema si è avuta con il recepimento della Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri) attuata, malamente ed in ritardo, con la Legge 129/2011 che ha introdotto - per la verità in misura a dir poco omeopatica - la possibilità di concedere un termine per la partenza volontaria, cioè di eseguire l’espulsione non immediatamente e comunque non coattivamente. Tuttavia, come vedremo, i casi di concessione del termine per la partenza volontaria sono talmente rari da ritenere che ben poco sia mutato nel sistema italiano di esecuzione delle espulsioni, nonostante gli obblighi comunitari.

Lo schema delle modalità di esecuzione dei provvedimenti ablativi è il seguente:

A) espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4 e 4 bis, T.U.) che può essere attuata alternativamente con:

A.1) accompagnamento immediato e coattivo alla frontiera (art. 13 co. 5 bis);

A.2) trattenimento presso un Centro d'identificazione ed espulsione - CIE- (art. 14, co. 1, T.U.), applicabile anche ai respingimenti differiti;

A3) ordine del questore di abbandonare il territorio dello Stato entro sette giorni dalla notifica del provvedimento stesso (art. 14, co. 5 bis, T.U.) applicabile anche ai respingimenti differiti;

B) concessione di un termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5, 5.1 e 5.2, T.U.), non applicabile ai respingimenti.

2. La direttiva rimpatri ed il suo recepimento nel diritto interno

Non è questa la sede per riprendere l'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si svolse in occasione della scadenza del termine di recepimento della direttiva nel diritto interno (24.12.2010) e del suo tardivo recepimento con la legge 2.8.2011, n. 129. Ci limiteremo pertanto a brevi cenni, ritenendo prioritario un'inquadramento dei rapporti tra la direttiva e il suo concreto recepimento prima di trattare la specifica disciplina del diritto interno.

In sintesi:

1. ai sensi dell'art. 7, §1, la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo della durata da 7 a 30 gg., la partenza volontaria è la misura ordinaria di esecuzione delle espulsioni;
2. per ragioni tecniche quali l'assenza di mezzi di trasporto o difficoltà di identificazione dello straniero gli Stati membri possono rinviare l'allontanamento, in tal caso possono essere disposti obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga come l'obbligo di presentazione periodica all'autorità, una garanzia finanziaria, la consegna di documenti o l'obbligo di dimora (art. 9, § 2 e 3);
3. il ricorso a misure coercitive può essere effettuato "*in ultima istanza*" per allontanare lo straniero (art. 8, § 4);
4. il trattenimento può essere effettuato se nel caso concreto non possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive e, in particolare, quando sussiste il rischio di fuga o lo straniero evita od ostacola la preparazione del rimpatrio (art. 15, § 1);

5. i mezzi di ricorso debbono essere effettivi, compresa la possibilità di sospendere temporaneamente l'esecuzione dell'allontanamento (art. 13, § 1 e 3);
6. in ogni caso il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli, ad istanza dell'interessato o d'ufficio (art. 15, § 3);
7. quando risulta che non esiste più alcuna ragionevole prospettiva di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi il trattenimento non è più giustificato e la persona è immediatamente rilasciata.

Per converso, la normativa interna di recepimento della direttiva prevede che:

1. la concessione del termine per la partenza volontaria costituisce l'eccezione e non la regola "*qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera*" (art. 13, co. 5, TUI), evidente è la definizione in negativo dell'istituto;
2. le ragioni tecniche che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione - indisponibilità del vettore e difficoltà di identificazione - sono causa di trattenimento al CIE (art. 14, co. 1, TUI) e non di mero rinvio dell'esecuzione con possibilità di disporre le misure indicate nella direttiva. Peraltro, nemmeno trovano applicazione, in questi casi, le misure alternative al trattenimento ex art. 14, co. 1 bis, TUI, perché presuppongono il possesso del passaporto o altro documento valido, dunque che lo straniero sia perfettamente identificato;
3. il ricorso alla misura coercitiva del trattenimento non è affatto previsto in via residuale, ma in via ordinaria (salvo che non vi sia disponibilità di posti nei CIE, quindi per cause indipendenti dalla volontà dello straniero);
4. l'immediata esecutività di tutte le espulsioni (art. 13, co. 3, TUI), anche se sottoposte a gravame o impugnativa costituisce l'esatto contrario del "mezzo di ricorso effettivo" indicato dalla direttiva: non è infrequente che l'ordinanza di accoglimento del ricorso sia depositata ad espulsione avvenuta e si riveli parzialmente inutile, perché se è vero che determina la revoca dell'iscrizione del straniero al SIS, ai fini della sua inammissibilità in area Schengen, è altrettanto vero che costui non potrà fare rientro in Italia, se non con visto per lavoro, famiglia ecc. L'annullamento dell'espulsione non abilita al reingresso dello straniero illegittimamente espulso. Nè è disciplinata chiaramente la possibilità di concedere la tutela cautelare agli art. 5 e 18 del D.Lgs. 150/2011.
5. L'istituto del riesame trattenimento ad istanza di parte non è stato recepito nel diritto nazionale, con la conseguenza che molti giudici non lo applicano, anche se la disposizione della direttiva sarebbe direttamente applicabile perché è sufficientemente chiara, non necessita di norme di dettaglio per la sua applicazione ed il termine per il recepimento della stessa è scaduto da anni. Nè può ritenersi che la proroga del trattenimento svolga le veci del riesame, posto che la proroga è richiesta dalla PA ed è volta alla continuazione del trattenimento, mentre, al contrario, il riesame è volto alla sua cessazione ed è chiesto dall'interessato.

6. Nemmeno era prevista dal diritto interno la previsione dell'obbligo di cessazione della misura del trattenimento, al venir meno delle ragionevoli prospettive di allontanamento.

Pare pertanto evidente che il legislatore italiano del 2011 abbia trasposto in modo assai parziale la direttiva rimpatri nel diritto interno, soprattutto eludendo le previsioni di maggior garanzia per i trattenuti.

2.1 Le astuzie del legislatore italiano per eludere la direttiva 2008/115/CE

A) La nozione di rischio di fuga

La chiave di volta che ha consentito la sostanziale elusione di molte disposizioni della direttiva è la nozione di rischio di fuga. Infatti, la direttiva rimpatri consente di non concedere il termine per la partenza volontaria in casi di rischio di fuga, tuttavia lascia agli Stati membri ampia libertà nel determinarne - per legge - il contenuto. Il legislatore italiano, all'art. 13, co. 4 bis TUI, ha delineato un perimetro di rischio di fuga tale da comprendervi la quasi totalità degli espellendi e questo spiega perché i casi di concessione del termine per la partenza volontaria siano nella pratica rarissimi. Tuttavia, il D.Lgs. 142/2015, entrato in vigore lo scorso settembre, di attuazione delle direttive 32 e 33/2013/UE, all'art. 6, co. 2, ha dettato la nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo, abrogando il precedente art. 28, D.Lgs 25/2008. Anche questa nuova disciplina prevede il rischio di fuga quale causa del trattenimento, ma ne offre una casistica più consona a criteri di razionalità e determinatezza, in particolare per quanto concerne il falso identitario. Infatti, mentre la nozione di rischio di fuga per il trattenimento pre-espulsivo sussiste automaticamente ogniqualvolta lo straniero abbia dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità, quella richiesta per il trattenimento finalizzato all'esame prioritario della domanda di asilo sussiste in caso di "*ricorso sistematico alle false generalità per impedire l'adozione o l'esecuzione del rimpatrio*", per cui necessita una reiterazione delle false allegazioni sulla propria identità e la direzione inequivoca di tali condotte all'elusione di provvedimenti ablativi, non essendo sufficiente ogni falsa allegazione, anche remota.

La differenza dei requisiti per ritenere sussistente *ex lege* il rischio di fuga nell'ambito dei decreti legislativi 286/98 e 142/2015, è evidente e significativa. Tale banale considerazione pone però un rilevante quesito in ordine alla sostenibilità logica della coesistenza delle due differenti nozioni, entrambe finalizzate al trattenimento, in assenza, come abbiamo visto, di indicazioni della fonte sovranazionale a riguardo. La definizione normativa del rischio di fuga ai fini del trattenimento amministrativo non pare ragionevolmente possa essere differente in funzione del fatto che lo straniero sia o meno richiedente asilo. Pare pertanto ragionevole addivenire ad una nozione unitaria della definizione normativa del rischio di fuga, al fine di scongiurare profili di ingiustificata disparità di trattamento, tramite un'interpretazione costituzionalmente orientata che espella dalle ipotesi previste all'art. 13, co. 4 *bis*, TUI quelle difformi dalla previsione della disposizione di nuovo conio.

B) L'obbligo di richiedere il termine per la partenza volontaria

L'art. 7, §1, della direttiva rimpatri consente agli Stati membri di prevedere che il termine per la partenza volontaria possa essere concesso solo su richiesta degli interessati, prevedendo, in tal caso un obbligo di informazione circa tale possibilità. La legge italiana si è avvalsa di tale facoltà prevedendo che se lo straniero non ha chiesto detto termine, automaticamente soggiace all'esecuzione coattiva dell'espulsione attraverso le tre forme dell'accompagnamento, del trattenimento o dell'ordine del questore (art. 13, co. 4, lett. g), T.U.). Al fine di mettere l'espellendo nelle condizioni di potere esercitare una scelta consapevole sulla richiesta del termine in questione, l'art. 13, co. 5.1, TU prescrive che *"la questura provvede a dare adeguata informazione della facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria, mediante schede informative plurilingue"*. La modulistica utilizzata dalle questure si limita a richiedere all'espellendo se intende o meno avvalersi di tale termine, senza minimamente spiegare le conseguenze di tale opzione. Sicché non si informa lo straniero che, in caso di richiesta di detto termine l'espulsione non può essere eseguita coattivamente fino allo spirare del termine concesso e, soprattutto, che - come previsto dall'art. 13, co. 14, T.U. - il divieto di reingresso può essere revocato ove lo straniero dimostri l'avvenuto allontanamento volontario nel termine. Viceversa, l'espulsione è eseguita coattivamente ed il divieto di reingresso (in Italia e in tutta l'area Schengen) opera di diritto per tutto il termine previsto (tre o cinque anni). Rileva, all'evidenza, che l'omessa corretta informazione circa le conseguenze della scelta che lo straniero è chiamato ad operare, determini la rarità assoluta di espulsioni con il termine per il volontario esodo, nonostante il legislatore abbia previsto vantaggi di carattere premiale per chi opta per tale scelta, consistenti, come detto, nella possibilità di revoca del divieto di reingresso e, conseguentemente, di poter tornare legalmente in Italia e nell'area Schengen, ove sussistano gli altri presupposti (come ad esempio, un decreto flussi per motivi di lavoro).

In conclusione, la notevole ampiezza del perimetro della nozione del rischio di fuga e la sistematica disinformazione circa l'obbligo di chiedere il termine per la partenza volontaria (e delle sue conseguenze), costituiscono gli strumenti che consentono la sostanziale disapplicazione della partenza volontaria e la riconducibilità di quasi tutte le espulsioni all'esecuzione coattiva.

3. La concessione del termine per la partenza volontaria

3.1 I casi

Ancorché sia di rara applicazione, per le ragioni sintetizzate al paragrafo che precede, l'ordinamento prevede una possibilità di eseguire le espulsioni amministrative disposte dal prefetto concedendo un termine per la partenza volontaria, cioè in maniera non immediatamente coercitiva.

Chiara è la definizione in negativo dell'istituto: *“Lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione [non di respingimento], quando 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”*, questo l'incipit dell'art. 13, co. 5., va da sé che la mancata richiesta impedisca fin dall'inizio questa modalità attuativa dell'espulsione, anche in presenza degli altri presupposti. Circa i presupposti della richiesta del termine in questione, questi, come s'è detto sono definiti in negativo, quando cioè non ricorrono le condizioni per l'accompagnamento immediato. Si rende pertanto necessario chiarire che si procede all'espulsione con accompagnamento immediato quando (art. 13, co. 4, T.U.):

1. trattasi di espulsione per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), T.U.), ovvero per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1, T.U.), oppure per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale (art. 3. L. 155/2005);
2. quando sussiste il rischio di fuga, e cioè (art. 13, co. 4 bis, T.U.) qualora ricorra almeno una di queste circostanze:
 - 2.1 mancato possesso del passaporto o documento equipollente in corso di validità,
 - 2.2 mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove per essere agevolmente rintracciati,
 - 2.3 avere in precedenza attestato false generalità,
 - 2.4 non avere ottemperato all'obbligo di allontanarsi nel termine concesso per la partenza volontaria (quindi se il termine è concesso ma viene violato, automaticamente scatta la presunzione normativa del rischio di fuga), oppure avere violato il divieto di reingresso (art. 13, co. 13, T.U.) nei casi di espulsione effettivamente eseguita in precedenza, ovvero non avere ottemperato all'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14, co. 5 bis, o ancora avere violato le misure imposte all'atto dell'applicazione delle misure alternative al trattenimento ai sensi dell'art. 14, co. 1 bis, T.U.,
 - 2.5 avere violato le misure imposte a garanzia dell'adempimento nel termine concesso per la partenza volontaria (su cui *infra*).
3. quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta;
4. quando è stato violato, senza giustificato motivo, il termine per la partenza volontaria;
5. quando sono state violate le misure imposte a garanzia dell'adempimento nel termine per la partenza volontaria oppure quelle disposte in alternativa al trattenimento;
6. quando è stata disposta l'espulsione a titolo di sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale;
7. quando lo straniero non chiede espressamente la concessione del termine per la partenza volontaria.

Non v'è chi non veda come il legislatore abbia costruito un meccanismo a scatole cinesi e per esclusione, una sorta di gigantesca trappola dove è praticamente difficilissimo evitare l'esecuzione coattiva dell'espulsione: in tutti i casi sopra elencati non può essere concessa la partenza volontaria e, pertanto, l'espulsione avviene con accompagnamento alla frontiera, cioè coattivamente.

3.2 Le modalità della richiesta, quelle decisorie e la (dubbia) tutela

La legge prevede (art. 13, co. 5, T.U.) che se lo straniero non si trova nelle condizioni di essere espulso con le modalità coattive dell'accompagnamento alla frontiera possa chiedere al prefetto un termine per la partenza volontaria. Il prefetto, valutato il singolo caso, con lo stesso provvedimento di espulsione, se verifica che vi siano i presupposti, intima allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro un termine variabile tre sette e trenta giorni. Tale termine può essere prorogato per un periodo congruo (quindi indeterminato) - su richiesta dello straniero - in presenza di situazioni particolari connesse ad esigenze di carattere familiare o sociale (per esempio l'esistenza di minori che frequentano la scuola).

La decisione sulla concessione del termine per la partenza volontaria spetta al prefetto e deve a lui essere richiesta dallo straniero. Qui si tocca con mano lo sforzo fantasioso del legislatore nella costruzione della disciplina: infatti, chi si trova ad essere fermato in condizione di soggiorno irregolare il prefetto non lo vede proprio, egli è condotto presso l'ufficio immigrazione della questura vicinore da dove uscirà con o senza espulsione, ma dalla questura non si muove fino alla definizione della sua posizione amministrativa. Infatti è il questore che propone al prefetto l'adozione del provvedimento espulsivo, ovvio che in un contesto fattuale di tal genere è fisicamente impossibile alcun contatto tra prefetto e potenziale espellendo: sicché sarà eventualmente il questore a suggerire al prefetto l'adozione di un'espulsione non coattiva, corredata dal termine per la partenza volontaria, ma non certo lo straniero stesso, come vorrebbe astrattamente la legge.

Inoltre, assai difficilmente lo straniero irregolare conosce il dettaglio del marchingegno normativo descritto al paragrafo precedente, cioè tutti i casi per cui è obbligatoria l'espulsione coatta (condizione essenziale per sapere se si è o meno nelle condizioni di chiedere ed eventualmente ottenere l'intimazione per la partenza volontaria), se poi si aggiunge che le schede informative plurilingue offrono un'informazione del tutto inadeguata, si comprende perché l'istituto in esame sia sostanzialmente inattuato (salvo rarissime eccezioni). La scelta di politica legislativa di rendere irta di ostacoli la praticabilità della modalità espulsiva non coattiva non può che avere un significato: ostacolare l'applicazione dell'istituto della partenza volontaria, pure previsto come modalità ordinaria dal diritto comunitario. Formalmente l'istituto è stato recepito dall'ordinamento interno, di fatto è inapplicabile: è la classica truffa delle etichette volta ad eludere gli obblighi comunitari.

La considerazione che sia il prefetto ad eventualmente disporre la modalità espulsiva in esame “con lo stesso decreto di espulsione” induce a domandarsi quale sia la *sedes* in cui dolersi della mancata concessione del termine per la partenza volontaria, sia ben chiaro nell’ipotesi in cui sussistano i presupposti e lo straniero l’abbia miracolosamente richiesta. Siccome sta scritto nel decreto di espulsione se la stessa debba essere eseguita coattivamente o meno, logica vorrebbe che sia in occasione del ricorso avverso il decreto espulsivo che ci si possa dolere della mancata concessione del termine per la partenza volontaria, essendo questa coesistente all’atto ablativo. Di diverso avviso è la rara giurisprudenza di legittimità. Infatti, Cass. sez. VI, ord. 15185 - 11.9.2012 ha ritenuto che *“Non può essere dichiarata l’illegittimità del provvedimento di espulsione amministrativa nei confronti del cittadino straniero fondata su un pregresso rifiuto di stato di soggiorno, solo perché esso non contenga un termine per la partenza volontaria, così come previsto dalla direttiva 115/2008/CE, in quanto tale mancanza può incidere sulla misura coercitiva adottata per eseguire l’espulsione, ma non sulla validità del provvedimento espulsivo (negli stessi termini, ord. 10243/12). “La decisione relativa alla modalità di attuazione della misura coercitiva dell’espulsione non attiene all’esistenza e legittimità di quest’ultima misura amministrativa ma alla sua esecuzione e, conseguentemente, non può essere censurata in sede di opposizione all’espulsione” (Cass. sez. VI, ord. 4423/2014 - 25.2.2014).* Questa giurisprudenza parrebbe escludere la sindacabilità del mancato riconoscimento del termine per la partenza volontaria in sede di ricorso in opposizione all’espulsione, lasciandola quindi al giudice della convalida dell’accompagnamento o del trattenimento (su cui *infra*), tuttavia lascia senza tutela la modalità più frequente di esecuzione delle espulsioni coattive: quella corredata dall’ordine di allontanamento disposto dal questore ai sensi dell’art. 14, co. 5 bis, T.U. In tali frequentissimi casi, invero, non si verifica alcuna coercizione dello straniero e, conseguentemente, non v’è alcuna udienza di convalida ove far valere le ragioni che avrebbero dovuto indurre l’amministrazione prefettizia a riconoscere il termine per la partenza volontaria.

3.3 Le misure disposte a garanzia dell’adempimento nel termine

Una volta che il prefetto ha deciso di concedere il termine per la partenza volontaria, il marchingegno escogitato impone l’adozione di ulteriori obblighi in capo allo straniero per tutta la durata della sua (ormai precaria) permanenza in Italia prima dello spirare del termine concesso, a garanzia dell’adempimento.

L’art. 13, co. 5.2, T.U., impone al questore di *“chiedere allo straniero di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso da una a tre mensilità dell’assegno sociale annuo.”* Francamente sfugge la *ratio* di una simile previsione. Non si capisce davvero a cosa serva la dimostrazione della risorse economiche una volta che il termine per la concessione della partenza volontaria è già stato concesso dal prefetto con il decreto di espulsione. E ciò viepiù se alcuna conseguenza (revoca della concessione o altro) è prevista nel caso in cui lo straniero sia del tutto impossidente.

Inoltre, la stessa disposizione prescrive che il questore, sempre dopo la decisione prefettizia relativa alla modalità volontaria di esecuzione dell'espulsione, disponga una o più delle seguenti misure:

- a) consegna del passaporto, da restituire al momento della partenza,
- b) obbligo di dimora in un luogo individuato ove poter essere agevolmente rintracciato,
- c) obbligo di presentazione, in giorni e orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica.

Tali misure debbono esser disposte per iscritto, notificate all'interessato il quale può far pervenire osservazioni, personalmente o tramite legale, al giudice di pace che dovrà o meno convalidarle nelle successive 48 ore. Trattasi di una convalida de plano, senza udienza. Il contravventore a tali misure commette un delitto punito con la salata multa da 3.000 a 18.000 € , la cui cognizione è devoluta al giudice di pace. In ogni caso il questore esegue l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, se necessario previo trattenimento in un CIE.

Pertanto, se lo straniero espellendo - cui sia stato concesso il termine per la partenza volontaria - viola le misure in oggetto, disposte all'evidenza in funzione di garanzia dell'adempimento nel termine della partenza stessa, commette un reato, oltre che vedersi revocato il termine ed allontanato coattivamente. Resta da comprendere la ragionevolezza di una sanzione pecuniaria resa a seguito di un processo penale, nei confronti di uno straniero che deve (ormai) esser espulso coattivamente, e che presumibilmente sarà insolvente.

3.4 L'adempimento/inadempimento nel termine: conseguenze

Nel caso in cui lo straniero adempia all'obbligo di lasciare il territorio nazionale nel termine concesso per la partenza volontaria, ai sensi dell'art. 13, co. 14, T.U. potrà chiedere la revoca del divieto di reingresso a condizione che dimostri di avere ottemperato nel termine concesso. La legge tace circa la modalità di richiesta della revoca in questione, tuttavia logica suggerisce che questa possa essere inoltrata tramite autorità consolare italiana nel Paese terzo in cui l'espulso si trova e da questa inviata alla questura competente che dovrebbe provvedere in merito, senza che peraltro sia stabilito alcun termine, nemmeno ordinario. Sicché, in caso di silenzio della PA in ordine alla richiesta di revoca in questione dovrebbe attivarsi la procedura del silenzio-inadempimento tramite ricorso al TAR, ovviamente con delega a legale da conferirsi presso il consolato italiano. Insomma un vero e proprio percorso ad ostacoli. La prova dell'adempimento nel termine sarà fornita dal timbro di uscita che è consigliabile farsi apporre sul passaporto dalla polizia di frontiera all'atto di lasciare l'Italia, ovvero da altra idonea documentazione.

Viceversa, se lo straniero non adempie all'obbligo di lasciare l'Italia nel termine concesso per la partenza volontaria rientra nei casi per cui si procede ad allontanamento coattivo per mezzo della forza pubblica ai sensi dell'art. 13, co. 4, lett. d), T.U.

4. Le forme di esecuzione dei provvedimenti ablativi con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica

I casi in cui si procede all'esecuzione dei provvedimenti ablativi con accompagnamento alla frontiera coattivamente sono già stati indicati nel § 3.1 e qui si riportano integralmente per comodità del lettore.

Si procede all'espulsione con accompagnamento immediato quando (art. 13, co. 4, T.U.):

1. trattasi di espulsione per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), T.U.), ovvero per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1, T.U.), oppure per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale (art. 3. L. 155/2005);
2. quando sussiste il rischio di fuga, e cioè (art. 13, co. 4 bis, T.U.) qualora ricorra almeno una di queste circostanze:
 - 2.1 mancato possesso del passaporto o documento equipollente in corso di validità,
 - 2.2 mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove per essere agevolmente rintracciati,
 - 2.3 avere in precedenza attestato false generalità,
 - 2.4 non avere ottemperato all'obbligo di allontanarsi nel termine concesso per la partenza volontaria (quindi se il termine è concesso ma viene violato, automaticamente scatta la presunzione normativa del rischio di fuga), oppure avere violato il divieto di reingresso (art. 13, co. 13, T.U.) nei casi di espulsione effettivamente eseguita in precedenza, ovvero non avere ottemperato all'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14, co. 5 bis, o ancora avere violato le misure imposte all'atto dell'applicazione delle misure alternative al trattenimento ai sensi dell'art. 14, co. 1 bis, T.U.,
 - 2.5 avere violato le misure imposte a garanzia dell'adempimento nel termine concesso per la partenza volontaria.
3. quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta;
4. quando è stato violato, senza giustificato motivo, il termine per la partenza volontaria;
5. quando sono state violate le misure imposte a garanzia dell'adempimento nel termine per la partenza volontaria oppure quelle disposte in alternativa al trattenimento;
6. quando è stata disposta l'espulsione a titolo di sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale;

7. quando lo straniero non chiede espressamente la concessione del termine per la partenza volontaria.

In tutti questi casi il questore deve dare esecuzione all'espulsione disposta dall'autorità amministrativa o giudiziaria con una delle tre seguenti modalità:

- A) accompagnamento alla frontiera (art. 13 co. 5 bis, T.U.);
- B) trattenimento presso un CIE (art. 14, co. 1, T.U.);
- C) ordine di allontanamento del questore entro sette giorni (art. 14, co. 5 bis, T.U.).

4.1 L'accompagnamento alla frontiera

Di norma la scelta tra le tre opzioni che sono nella disponibilità del questore per dare attuazione ai provvedimenti ablativi dipende da fattori di carattere pratico e organizzativo: in *primis* dalla compiuta identificazione dello straniero con passaporto valido e dalla disponibilità immediata di un vettore.

Sicché si provvede all'accompagnamento immediato alla frontiera ogniqualvolta non vi siano intoppi organizzativi. In tal caso (art. 13, co. 5 bis, T.U.) il questore adotta un provvedimento con il quale dispone l'accompagnamento che deve trasmettere immediatamente, o comunque entro 48 ore al giudice di pace competente per la convalida dell'accompagnamento stesso. La convalida si rende necessaria perché la Corte costituzionale, con la fondamentale sentenza n. 105/2001 ha opportunamente precisato che *"l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione."*

Il giudice di pace competente per territorio deve fissare udienza e decidere sulla convalida entro le successive 48 ore, fino a che non interviene il provvedimento giurisdizionale di convalida l'esecuzione dell'espulsione è sospesa e non si può eseguire l'accompagnamento. L'udienza di convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore fiduciario o, se l'interessato ne è privo, d'ufficio, tratto dall'elenco dei difensori d'ufficio previsti dal regolamento di attuazione del codice di procedura penale, che è tenuto presso ciascun ordine forense.

Tuttavia, attesa la natura specialistica del diritto degli stranieri, alcuni ordini degli avvocati hanno formato liste specifiche per le udienze di convalida dell'accompagnamento e del trattenimento cui gli avvocati sono ammessi su base volontaria e previa frequentazione di un corso di formazione apposito. Lo straniero espellendo è anch'esso informato della convalida, condotto nel luogo d'udienza dalla polizia, viene sentito dal giudice ed è ammesso al patrocinio a spese dello Stato purché ne faccia richiesta, indipendentemente dalle sue condizioni reddituali. L'amministrazione che ha emesso il provvedimento può stare in giudizio personalmente o avvalendosi di funzionari a ciò delegati, senza che sia necessaria l'assistenza dell'avvocatura dello Stato.

Il giudice decide sulla convalida come detto entro 48 ore dalla comunicazione del provvedimento di allontanamento in cancelleria da parte dell'amministrazione, se la richiesta di convalida è accolta, si procede all'esecuzione dell'accompagnamento, viceversa il provvedimento del questore perde ogni effetto (tuttavia rimane valido ed efficace il decreto di espulsione che costituisce il presupposto dell'accompagnamento che non costituisce oggetto di convalida ma può essere autonomamente impugnato con ricorso al giudice di pace entro il termine perentorio di trenta giorni dalla sua notifica allo straniero). Il giudice decide sulla convalida verificata l'osservanza dei termini e la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 13, T.U. Le complesse questioni relative ai poteri del giudice della convalida - essendo identiche a quelle della convalida del trattenimento - saranno trattate congiuntamente in sede di esame di tale tipologia di convalida.

In attesa della decisione sulla convalida dell'accompagnamento lo straniero può essere trattenuto in un CIE. Avverso il decreto di convalida è ammesso solo il ricorso per cassazione, senza efficacia sospensiva.

4.1.1 Profili d'illegittimità costituzionale

Quanto al luogo d'udienza il comma 5 ter dell'art. 13, T.U. prevede che *“al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida [sia dell'allontanamento che del trattenimento] le questure forniscono al giudice di pace il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo”*.

Occorre rammentare che ai sensi dell'art. 110 Cost. spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Orbene, la previsione che le questure - organi periferici del Ministero dell'interno - supportino l'attività giudiziaria fino a fornire i locali per la celebrazione delle udienze parrebbe contrastare con il precetto costituzionale citato.

La questione non è di mera forma se solo si ha riguardo al fatto che il questore è parte propositiva nel procedimento di convalida (tanto dell'accompagnamento, quanto del trattenimento): ora che una delle parti in causa fornisca la “cassetta degli attrezzi” al giudice potrebbe offuscare la terzietà che caratterizza la funzione giurisdizionale. Insomma, è come se si giocasse la partita in casa di uno dei contendenti. E, nel caso si specie, di quello che ha il coltello dalla parte del manico, cioè che ha adottato il provvedimento che deve essere esaminato dal giudice e che è idoneo di per sé a restringere la libertà personale: la parità delle parti è pacificamente alterata.

Proprio quest'ultima considerazione induce un'ulteriore e più rilevante osservazione.

Occorre rammentare ancora una volta che, per pacifica giurisprudenza costituzionale (sent. n. 105/2001), l'accompagnamento alla frontiera costituisce limitazione della libertà personale e, pertanto, soggiace alle riserve di legge e di giurisdizione previste dall'art. 13, commi 2 e 3, Cost. Tali disposizioni prevedono che ogni provvedimento restrittivo della libertà personale debba essere adottato dalla sola autorità giudiziaria e che l'autorità di pubblica sicurezza possa privare taluno della libertà solo in casi eccezionali di necessità e urgenza da convalidarsi da parte dell'autorità giudiziaria.

Nel caso in esame, l'adozione del provvedimento limitativo della libertà è adottato solo e sempre dal questore, e mai dall'autorità giudiziaria. Conseguenza che difetta sempre il requisito dell'eccezionalità. Al proposito occorre precisare che, secondo la giurisprudenza costituzionale (sent. n. 64/1977), l'eccezionalità deve intendersi legata non già alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria, ma non può certo consentire che alla riserva di giurisdizione siano apportate deroghe aventi una portata così ampia ed esaustiva da tradursi, a loro volta, in regola assoluta, collocandosi così agli antipodi di ciò che si intende per eccezionalità.

Vero è che, nel caso di specie, è prevista la necessaria convalida giurisdizionale della misura restrittiva della libertà, ma ciò non supera la dirimente questione che sta a monte: mai, in nessun caso, il provvedimento che dispone l'accompagnamento alla frontiera è adottato da un giudice, è sempre e solo l'autorità amministrativa di pubblica sicurezza a disporlo, il che colloca l'istituto in esame al di fuori dei casi eccezionali, perché quel che dovrebbe costituire eccezione è la regola.

4.2 Il trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione: brevi cenni generali

L'istituto del trattenimento è stato introdotto in Italia con la legge n. 40/98, ed aveva la funzione di trattenere gli stranieri destinatari di decreti espulsivi, nelle sole ipotesi di espulsioni da eseguirsi coattivamente, al fine di evitare che, nelle more dell'esecuzione, costoro si dileguassero, facendo perdere le loro tracce, vanificando così l'esecuzione dell'espulsione.

Era una sorta di area di parcheggio ove trattenere forzatamente gli stranieri da espellere, in virtù di un decreto di trattenimento disposto dal questore, fino a che non si rimuovessero le seguenti cause che impedivano l'esecuzione di provvedimenti ablativi: necessità di soccorso, necessità di procedere all'identificazione dello straniero, assenza dei documenti di viaggio, indisponibilità del vettore. I termini massimi di trattenimento erano di 20 gg, prorogabili –una sola volta– di ulteriori 10 gg, dopodiché se l'amministrazione non riusciva a dare esecuzione all'espulsione, lo straniero doveva essere comunque dimesso.

Va evidenziato che, nell'impianto espulsivo delineato nel 1998, le espulsioni coattive costituivano l'eccezione, mentre ordinariamente la loro esecuzione era delegata allo straniero che aveva

l'obbligo di ottemperare alla relativa ingiunzione entro il termine di 15 gg.: quindi, il trattenimento nasce come circoscritto a casi eccezionali e nel tempo breve.

Tuttavia, la previsione di una detenzione senza reato, disposta dall'autorità amministrativa di polizia suscitò un vivace dibattito nella cultura giuridica garantista al punto di richiedere l'intervento della Corte costituzionale, sollecitata da numerose ordinanze di rimessione del Tribunale di Milano. Va subito detto che la sentenza n. 105/2001 della Consulta salvò la costituzionalità degli allora denominati CPTA (Centri di permanenza temporanea ed assistenza), sia pure con una decisione che, tutt'ora unica sull'argomento, offriva all'interprete utili indicazioni ancora adesso valide e troppo spesso ignorate.

E' utile rammentare in questa sede alcuni dei principi espressi nella sentenza citata, ai fini del discorso che qui interessa: il trattenimento è misura incidente sulla libertà personale che non può essere adottata al di fuori delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. (riserva di legge e riserva di giurisdizione); *“per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell’immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di ordine pubblico connessi a flussi immigratori incontrollati, non può essere minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale che, al pari di altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi a una determinata comunità politica, ma in quanto essere umani”*.

Quindi la detenzione amministrativa è legittima, dice la Corte, a condizione che siano rigorosamente rispettate le garanzie previste dall'art. 13 Cost. che, al comma 3, consente che *“in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro 48 ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive 48 ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”*.

Orbene, la limitazione della libertà personale determinata dalla detenzione amministrativa è legittima, secondo la Consulta, in quanto la prevede la legge (art. 14, T.U.), e la Costituzione non specifica affatto che tale previsione debba risultare da una legge “penale”; il meccanismo della convalida ad opera dell'autorità giudiziaria osserva la riserva di giurisdizione, posto che – rammenta la Consulta – l'onere di trasmissione degli atti al giudice *“non può avere altro significato se non quello di rendere possibile un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l'esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia. Il giudice dovrà rifiutare la convalida tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione manchi del tutto, quanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge”*.

Il quadro normativo del 1998 mutò ben presto, infatti con la riforma della Bossi-Fini (L.189/2002) il legislatore introdusse la previsione di immediata esecutività di tutte le espulsioni in forma coattiva. Così la detenzione amministrativa non costituiva più l'eccezione, ma la regola. Regola derogabile solo a causa dell'indisponibilità di posti nei centri di detenzione amministrativa, ovvero in caso di immediato accompagnamento alla frontiera.

Nel corso del tempo l'istituto del trattenimento subì modifiche inerenti esclusivamente la durata del trattenimento: dagli originali 30 giorni, si passò a 60, poi a 12 mesi, a 18 mesi fino agli attuali 90 giorni, ma la detenzione amministrativa in sé, cioè il potere di disporre della libertà personale da parte dell'autorità di polizia senza aver commesso alcun illecito penale, è rimasto vigente fino ai giorni nostri. Salvo il cambio della denominazione: da Centri di permanenza temporanea e di ac-

coglienza - CPTA- agli attuali Centri d'identificazione ed espulsione - CIE- denominazione che meglio si attaglia alla realtà fattuale posto che questi Centri di "accoglienza" ne hanno dispensata ben poca.

4.2.1 La disciplina attuale: i presupposti

Il trattenimento è disposto dal questore con apposito decreto motivato, tradotto in lingua conosciuta dalla straniero ed a lui notificato nei casi in cui *"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 ... tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre a quelle indicate nell'art. 13, co. 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 documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo"* (art. 14, co. 1, T.U.).

Quindi, il trattenimento è disposto sia in attesa dell'esecuzione di tutte le tipologie di espulsione che per l'esecuzione dei respingimenti differiti (art. 10, co. 2, T.U.) e si configura come un vero e proprio incidente di esecuzione nell'effettuazione dell'allontanamento a causa di impedimenti temporanei che lo impediscono. Occorre subito osservare la estrema genericità dei presupposti legittimanti l'adozione della misura: le *"situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento"* possono essere le più varie, mentre il richiamo al rischio di fuga, alle necessità di soccorso, di acquisizione dei documenti o alla indisponibilità di un vettore sono circostanze citate in via esemplificativa. Trattandosi di disposizione che autorizza la restrizione della libertà personale occorrerebbe che i presupposti fossero tipizzati espressamente dalla legge, in omaggio al principio di tassatività delle fattispecie che incidono sul bene fondamentale della libertà. Qui i *"casi previsti dalla legge"* (art.13, co. 1, Cost.) legittimanti il trattenimento sono quanto mai vaghi, e, pertanto, non sono nemmeno conoscibili anticipatamente dal destinatario della misura che, pur con tutta la buona volontà, talvolta non potrebbe evitare di essere trattenuto.

L'art. 15, §1, della Direttiva 2008/115/CE consente l'adozione della misura del trattenimento solo nei seguenti casi: ove sussista il rischio di fuga (e già s'è visto come la nozione italiana di rischio di fuga sia talmente ampia da ricomprendere la gran parte degli stranieri irregolari) oppure se il cittadino di Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. La norma europea consente il trattenimento solo in ragione di condotte addebitabili soggettivamente allo straniero: rischio di fuga, occultamento/distruzione del passaporto, dichiarazioni false in ordine alla sua identità ecc. In altri termini, la restrizione della libertà personale è consentita a fronte del riscontro di un principio di responsabilità soggettiva dello straniero che pone in essere consapevolmente e volontariamente strategie volte ad ostacolare il suo allontanamento. Ovvio che la previsione di *"situazioni transitorie"* si collochi al di fuori della condotta concretamente posta in essere dallo straniero che potrebbe trovarsi ristretto in via amministrativa in modo del tutto incolpevole, ben potendo dette *"situazioni transitorie"* essere addebitabili a chiunque, finanche alla PA che non

si attivi tempestivamente presso l'autorità consolare per avere i documenti di viaggio o presso il vettore per l'acquisto dei biglietti.

Ecco che allora i presupposti del trattenimento - così come individuati nell'art. 14, co. 1, T.U. - paiono in palese contrasto sia con l'art. 13, co. 1 (per quanto concerne l'indeterminatezza dei casi che consentono la privazione della libertà), che con l'art. 117 Cost. (che obbliga lo Stato, nell'esercizio della potestà legislativa, al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario).

4.2.2 La durata del trattenimento e la sua proroga

Il provvedimento con cui il questore dispone il trattenimento presso il CIE più vicino in relazione alla disponibilità di posti è comunicato all'interessato unitamente al provvedimento di espulsione o di respingimento. Contestualmente, lo straniero è informato del diritto di essere assistito, nel procedimento di convalida, da un difensore di fiducia o, in difetto, da un legale d'ufficio, unitamente alla possibilità di ammissione al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti. Le comunicazioni di cancelleria relative alla convalida sono effettuate al difensore, sicché se costui non informa il suo assistito questi nulla sa della sua sorte (art. 20, d.P.R. 394/99).

Ai sensi dell'art. 14, co. 3, T.U. il questore del luogo in cui si trova il centro - dopo avere adottato il decreto di trattenimento - trasmette copia degli atti al giudice di pace competente territorialmente per la convalida, senza ritardo e comunque entro 48 ore dall'adozione del provvedimento.

Il giudice di pace (art. 13, co. 4, T.U.) fissa l'udienza di convalida del trattenimento entro le successive 48 ore dal ricevimento degli atti in cancelleria e provvede alla decisione, con decreto motivato ricorribile solo per cassazione, l'udienza si svolge in camera di consiglio con la partecipazione del difensore, dell'interessato e di un interprete, mentre la P.A. può stare in giudizio personalmente o avvalendosi di funzionari a ciò delegati.

Quanto alla garanzia dell'assistenza legale, occorre sottolineare che, ai sensi dell'art. 20, co. 2, d.P.R. 394/99, il decreto di trattenimento comunicato all'interessato reca l'indicazione che lo straniero, in mancanza di un difensore di fiducia, *“sarà assistito da un difensore d'ufficio designato dal giudice”* il cui nominativo, pertanto, non è indicato nel decreto stesso. Sarà solo dopo la trasmissione degli atti alla cancelleria del giudice che costui, in vista dell'udienza di convalida, nominerà un difensore contestualmente all'avviso di fissazione udienza. Ciò comporta che il trattenuto non conosce il nominativo del suo difensore d'ufficio che incontrerà solo in occasione dell'udienza di convalida, senza poter preventivamente contattarlo e colloquiare con lui, d'altro canto il difensore designato sarà informato dell'incarico solo in prossimità dell'udienza (spesso il mattino stesso, poche ore prima). A differenza dell'ambito penale, in cui la polizia giudiziaria ha l'obbligo di comunicare al difensore d'ufficio (individuato tramite “numero verde” del Consiglio dell'ordine degli avvocati) l'avvenuta designazione fin dal momento dell'arresto o del fermo di un indiziato, e, parallelamente, il suo nominativo è comunicato alla persona privata della sua libertà, nel trattenimento am-

ministrativo tutto ciò non avviene - perché non previsto dalla normativa - con evidente grave pregiudizio all'esercizio concreto della difesa tecnica.

Il provvedimento del questore che dispone il trattenimento cessa di avere ogni effetto se non è osservato il termine di 48 ore per la decisione ovvero se il giudice non concede la convalida. Resta però pienamente valido ed efficace il decreto di espulsione o di respingimento che costituisce il presupposto del trattenimento, sino all'esito dell'eventuale ricorso. L'oggetto dell'udienza di convalida ed i connessi poteri del giudice (che costituiscono il punto nevralgico della disciplina del trattenimento) saranno esaminati in un apposito successivo paragrafo.

Il decreto di convalida del giudice di pace costituisce il titolo della detenzione amministrativa nei CIE per un periodo di 30 gg. (art. 13, co. 5, T.U.).

Trascorso tale termine, qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità dello straniero, ovvero l'acquisizione di documenti di viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il trattenimento per ulteriori trenta giorni, ulteriormente prorogabili una o più volte qualora siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione, ovvero sia necessario al fine di organizzare il rimpatrio. In ogni caso il termine massimo del trattenimento nel CIE non può superare i novanta giorni, ed il provvedimento ablativo è eseguito appena possibile, anche prima della scadenza dei termini.

La cadenza è quindi la seguente:

- 1) in forza del decreto di convalida lo straniero sta nel CIE 30 gg.
- 2) prima della scadenza di tale primo periodo di detenzione, se gli accertamenti relativi a due specifici motivi di trattenimento (identificazione e/o acquisizione dei documenti di viaggio, e non altri) presentano un elevato grado di difficoltà, il questore può chiedere al giudice la proroga del trattenimento per altri 30 gg. E' opportuno sottolineare che sia in occasione della convalida che della prima proroga la decisione del giudice è secca: o nulla o 30 gg. è quindi inibito al giudice graduare la durata del trattenimento in relazione alle specifiche esigenze di volta in volta addotte dalla P.A.
- 3) prima del decorso di 60 gg. di trattenimento, se vi siano concreti elementi da cui si desuma che l'allontanamento è imminente (l'identificazione è probabile o è in corso l'organizzazione del rimpatrio) il questore può chiedere al giudice ulteriori proroghe della durata complessiva di altri 30 gg. Il che significa che il giudice può rilasciare proroghe anche inferiori a 30 gg. a differenza dei casi precedenti.

Comunque il termine massimo di detenzione è di 90 gg., decorsi i quali il trattenuto deve essere posto in libertà ed è munito dell'ordine di allontanamento impartito dal questore di allontanarsi con i suoi mezzi dall'Italia entro 7 gg.

Il T.U. 286/98, mentre disciplina l'udienza di convalida del trattenimento, nulla dice a proposito della sua proroga, cioè non disciplina le modalità con cui il questore deve chiedere, ed il giudice eventualmente concedere, la proroga. Trattasi di una grave e reiterata "dimenticanza" del legislatore emblematica della scarsissima considerazione dei diritti fondamentali della persona trattenuata. La tutela dei quali si è avuta grazie alla giurisprudenza della Cassazione. Infatti, ha ritenuto il supremo Collegio che le disposizioni di cui all'art. 14 T.U. volte a disciplinare il trattenimento pre-

vedano le garanzie della difesa e del contraddittorio nei seguenti termini: espressamente, al momento iniziale del trattenimento con la celebrazione dell'udienza di convalida, implicitamente per l'emissione del provvedimento di proroga del trattenimento stesso. Argomentando diversamente, solare sarebbe, secondo la Cassazione, l'incostituzionalità della lettura dell'art. 14, co. 5 T.U. che facesse di essa *“un meccanismo di controllo officioso della richiesta (di proroga) al di fuori delle garanzie della difesa nel regolare contraddittorio e con possibilità di audizione dell'interessato”* in relazione al parametro di cui all'art. 24 Cost.; mentre vi sarebbe evidente violazione del principio di eguaglianza *“ove si riservasse il pieno contraddittorio e l'adeguata difesa alla verifica delle condizioni di accesso alla misura (convalida del trattenimento) e si affidasse al mero colloquio cartaceo tra amministrazione e giudice di pace il controllo della permanenza e dell'aggravamento delle condizioni autorizzanti la protrazione del vincolo”* (decreto di proroga). Infine, a sostegno dell'evidente necessaria omogeneità dei provvedimenti del giudice si osserva che nel nostro ordinamento, tanto civile che penale, *“non esistono provvedimenti decisori e definitivi che siano adottati senza contraddittorio ... non si scorge alcuna plausibilità nell'ipotizzare che il legislatore del 1998, dopo aver rettammente correlato la prima misura restrittiva al procedimento in contraddittorio, disinvoltamente (fantasiosamente) abbia affidato la seconda e le successive ad una pura invenzione giuridica, quella di un decreto de plano di merito e definitivo sconosciuto tanto al processo civile quanto al processo penale”* (Cass. civ. sez. I, sent. 24.2.2010, n. 4544). Questo orientamento, troppo spesso dimenticato dai giudici di pace è ormai pacificamente consolidato, anche con riferimento all'obbligo di partecipazione del trattenuto alle udienze di proroga (cfr. *ex pluribus* Cass. civ. sez. VI, ord. 20.6.2016, n. 12709/16) pure in difetto di richiesta espressa.

Infine, giova rammentare gli effetti dell'eventuale sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di espulsione sui procedimenti di convalida e proroga: *“Non può essere disposta dal GdP la convalida del trattenimento [e nemmeno la proroga] quando l'efficacia del provvedimento espulsivo che ne costituisce il presupposto sia stata, ancorché indebitamente, sospesa, dal momento che il sindacato giurisdizionale, pur non potendo avere ad oggetto la validità dell'espulsione amministrativa, deve però rivolgersi alla verifica dell'esistenza e dell'efficacia della predetta misura coercitiva”* (Cass. civ. sez. VI, ord. 20869 del 10.10.2011) che se è sospesa non è più efficace. Tale principio dovrebbe essere utilizzato dalla stessa PA che non dovrebbe chiedere la proroga se l'efficacia esecutiva dell'espulsione è stata sospesa.

4.2.3 La durata del trattenimento per gli ex detenuti in carcere

Ai sensi dell'art. 14, co. 5, T.U., *“ lo straniero che sia già stato trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di 90 giorni ...può essere trattenuto presso il centro [CIE] per un periodo massimo di 30 giorni”*. Si tratta di una deroga al termine massimo di trattenimento che è di 90 gg. nei confronti di chi è già stato in carcere per almeno un periodo di pari durata.

La *ratio* della disposizione è intuitiva ed è esplicitata nella stessa norma che prevede una stretta cooperazione tra l'amministrazione penitenziaria e quella dell'interno. Nei confronti dello straniero a qualsiasi titolo detenuto, la direzione del carcere chiede al questore le informazioni sulla sua identità, il questore dovrebbe avviare la procedura di identificazione presso le autorità diplomatiche che si suppone siano competenti, e l'A.G. dispone la traduzione dello straniero presso la questura per l'espletamento delle operazioni di identificazione. La norma prevede l'adozione dei necessari strumenti di coordinamento tra i dicasteri dell'interno e della giustizia, che, a quanto è dato di sapere, al momento non esistono.

Si pone però una rilevante questione relativa al momento in cui rileva la pregressa detenzione, infatti, la norma - scritta con notevole approssimazione tecnica - non chiarisce se il disposto, oltre che ad essere applicato nei confronti dei numerosi stranieri che finiscono al CIE direttamente dal carcere, a seguito di scarcerazione a qualsiasi titolo, sia anche applicabile anche nei casi in cui sia intercorso un certo lasso di tempo tra la detenzione in carcere (ovviamente superiore a 90 gg.) e quella amministrativa. La risposta al quesito dovrebbe assumere come criterio ermeneutico dirimente il momento in cui è normativamente sorto l'obbligo di identificazione in carcere degli stranieri. Anche qui però la soluzione non pare univoca. Infatti, l'art. 15, co. 1 bis, T.U. (introdotto dalla L. 189/2002) prescrive che *“della emissione del provvedimento di custodia cautelare in carcere o della definitiva sentenza di condanna nei confronti di uno straniero proveniente da Paesi extracomunitari viene data tempestiva comunicazione al questore ed alla competente autorità consolare al fine di avviare la procedura di identificazione dello straniero e consentire, in presenza dei requisiti di legge, l'esecuzione dell'espulsione dopo la cessazione del periodo di custodia cautelare o di detenzione”*. Questa norma parrebbe di una chiarezza cristallina: è dal 2002 che sussiste l'obbligo di identificazione dei cittadini di Paesi terzi in carcere, siano essi in custodia cautelare o in espiazione pena. Il fatto che questa disposizione non sia quasi mai stata attuata dall'amministrazione, non dovrebbe ritorcersi in danno degli ex detenuti stranieri irregolari. Se si assumesse questo criterio di interpretazione conseguirebbe che qualsiasi straniero che sia stato in carcere per almeno 90 gg. dal 2002 ad oggi, non potrebbe essere trattenuto al CIE per più di 30gg. Alternativamente, si potrebbe prendere in considerazione la data di entrata in vigore della L. 30.10.2014, n. 161 che ha ristretto a 30 gg. il periodo massimo di trattenimento per gli ex detenuti stranieri, e ritenere che sia quello il momento da cui rileva la pregressa detenzione. Oppure ancora, e forse più meditatamente, parrebbe opportuno considerare la data di entrata in vigore del D.L. 23.12.2013 n. 146, recante *“Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria”* convertito nella L. 21.2.2014, n. 10. La novella del 2014 ha introdotto importanti novità volte all'identificazione dello straniero da espellere durante la detenzione, nell'ottica di superare le difficoltà relative all'applicazione dell'istituto dell'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione connesse alla mancata compiuta identificazione, condizione necessaria per poter dare esecuzione all'espulsione. Nell'occasione è stato meglio circostanziato l'obbligo di identificazione, infatti, si prevede, al co. 5 bis dell'art. 16, T.U. , che la direzione del carcere, all'atto dell'ingresso in istituto di un cittadino straniero, richieda al questore del luogo in cui ha sede il carcere, le informazioni sull'identità e nazionalità dello stesso. Il questore deve avviare le procedure di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche e, all'uopo, il Ministero della giustizia e quello dell'interno adottano i necessari strumenti di coordinamento. Se si accede a questa tesi, a far data dal 24.12.2013 (data di entrata in vigore del D.L. 146/13) se lo straniero è stato detenuto in carcere per almeno 90 gg. non può essere trattenuto oltre 30 gg. in attesa della sua espulsione.

Infine, la legge non chiarisce se il periodo di detenzione in carcere per 90 gg. debba essere continuativo oppure possano essere considerati vari spezzoni di detenzione che, sommati, raggiungano il tempo indicato. Attesa la difficoltà di procedere all'identificazione di uno straniero privo di documenti nel periodo brevissimo, pare ragionevole optare per la continuità della detenzione carceraria per 90 gg. consecutivi, pur dovendo ancora una volta censurare la pessima tecnica legislativa.

4.2.4 I “modi” del trattenimento e i dubbi di costituzionalità

La legge non disciplina i “modi” del trattenimento, fatta eccezione di quanto previsto all'art. 14, co. 2, T.U. *“Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità ... è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno”*. Davvero troppo poco per ritenere soddisfatta la riserva di legge contenuta nell'art. 13, co. 2, Cost. *“Non è ammessa alcuna forma di detenzione ... né qualsiasi altra restrizione della libertà personale se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria nei soli casi e modi previsti dalla legge”*.

Dell'indeterminatezza dei casi si è già detto nei paragrafi che precedono, circa i modi, la genericità della disposizione citata è evidente, essendo piuttosto ovvio che la limitazione della libertà possa avvenire solo con il dovuto rispetto delle dignità umana. Ci mancherebbe! Mentre, invece, sta scritto ben chiaro - al comma 7 dell'art.14, T.U - che il questore si avvale della forza pubblica per adottare adeguate misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal CIE, al verificarsi di tale eventualità, la misura del trattenimento è ripristinata: il che qualifica il trattenimento come misura pienamente restrittiva della libertà personale al pari della detenzione in carcere, con l'unica differenza che se il trattenuto fugge non commette il reato di evasione, non essendo giuridicamente un detenuto.

Norme di massima sono previste, invece, nel regolamento di attuazione del T.U. - d.P.R. 394/99 - in particolare agli artt. 21 e 22 che il Ministero dell'interno ha inteso integrare con l'adozione Regolamento unico recante “Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione previsti dall'art. 14, D.lgs. 286/98 e successive modificazioni”, approvato con Decreto del Ministro dell'interno il 20.10.2014 e reso noto il successivo 25 novembre con circolare del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo. Il Regolamento è stato adottato con l'obiettivo di superare le difficoltà di trattamento in precedenza rilevate e a tutela dei diritti umani ed individuali degli ospiti, nonché al fine di uniformare le condizioni di trattenimento ed i diritti e doveri degli stessi, e, all'uopo, è stata adottata la “Carta dei diritti e dei doveri dello straniero nel Centro di identificazione ed espulsione”.

In via generale, il Regolamento si rivolge sia allo “straniero” che al cittadino comunitario trattenuto ed è volto ad assicurare assistenza e rispetto dei diritti fondamentali anche in relazione a provenienza, religione e stato di salute fisica e psichica, fatto salvo il divieto di allontanamento (art. 1). Grava sull'ente gestore un dovere di informazione (art. 2) che è attuato fin dall'ingresso nel centro tramite consegna della Carta dei diritti e dei doveri, dell'elenco degli avvocati che prestano patrocinio gratuito, dell'opuscolo informativo per i richiedenti protezione internazionale di cui all'art. 10, D.Lgs. 25/2008, il tutto tradotto in lingua comprensibile allo straniero ovvero nelle consuete lin-

gue veicolari. Ai sensi dell'art. 3, prima dell'ingresso lo straniero è sottoposto a visita medica effettuata da medico dell'ASL o dell'azienda ospedaliera, al fine di accertare l'esistenza di patologie "evidenti" che siano incompatibili con l'ingresso e a permanenza nella struttura. Durante la permanenza, il trattenuto è sottoposto a screening medico da parte del responsabile della struttura sanitaria operante nel Centro, sia per la valutazione del suo stato di salute che per l'accertamento della necessità di visite specialistiche e diagnostiche da effettuarsi presso strutture sanitarie pubbliche. In presenza di elementi sopravvenuti che possano pregiudicare la vita in comunità ristretta, nelle more di nuova valutazione dell'ASL, l'ospite è collocato in una stanza di osservazione, cioè isolato dagli altri. È compito del prefetto provvedere al coordinamento con le strutture sanitarie pubbliche per l'erogazione delle prestazioni sanitarie di cui all'art. 35, T.U.I. (assistenza sanitaria per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario) per il tramite di protocolli d'intesa, redatti secondo lo schema allegato al regolamento in questione. La previsione dell'impegno diretto della struttura sanitaria pubblica territoriale, sia pure in concomitanza con quella dell'ente gestore, rappresenta una novità per quanto concerne la valutazione sanitaria al momento dell'ingresso nel C.I.E., così come è significativo il richiamo all'art. 35 T.U.I. La bozza di protocollo d'intesa prevede che la valutazione all'idoneità alla vita in comunità ristretta deve essere volta ad accertare molteplici aspetti -alcuni dei quali fondamentali al fine di accertare talune condizioni d'inespellibilità ex art. 19, co. 2, T.U.I.- tra cui la gravidanza e lo status di minore non accompagnato. Tali visite debbono avvenire fuori dal C.I.E., in una o più strutture messe a disposizione dall'ASL, anche in pronto soccorso, in orari notturni e nei giorni festivi. Tuttavia non si comprende come un medico di pronto soccorso, privo di competenze specialistiche, possa accertare non solo la minore età del potenziale trattenuto, ma altresì il suo status di minore non accompagnato: in assenza di mediatori culturali e interpreti sarà impossibile nel breve volgere di una visita ambulatoriale accertare l'evidente minore età, senza ricorrere all'approccio multidimensionale suggerito dal celebre "Protocollo Ascone", e senza nulla conoscere del percorso migratorio del presunto minore. Evidente è il rischio che, dietro una previsione regolamentare a prima vista volta alla tutela dei minorenni, si giunga a definire frettolosamente - ma definitivamente - l'apparente maggiore età, senza alcuna indicazione dei margini di errore dovuti alla variabilità biologica e sistemica.

L'art. 4 Reg. cit. disciplina minuziosamente i servizi all'interno dei C.I.E. assicurati dall'ente gestore e previsti dal capitolato d'appalto. Il gestore: assicura la custodia degli effetti e risparmi personali, è incaricato della preparazione dei bagagli dell'ospite *"in numero e peso consentiti dal vettore utilizzato per l'esecuzione del rimpatrio"* ed attiva procedure *"per il recupero delle merci spettanti agli stranieri per il lavoro svolto all'interno di un istituto carcerario"*, assicura il servizio mensa, individua i locali adibiti ad alloggio, e, ove possibile riserva uno spazio per i richiedenti asilo, assicura l'unità del nucleo familiare ove entrambi i coniugi siano trattenuti, assicura la corrispondenza epistolare e telefonica, comunica il trattenimento ai familiari, provvede alla fornitura di un buono economico di 5€ ogni due giorni spendibile nel centro, organizza attività ricreative.

Impressionante è il numero di oggetti di uso comune di cui è vietata la detenzione: specchi, rasoi, occhiali da sole, accendini, cinture, bretelle, sciarpe ed affini, pure penne e matite sono vietate, la loro consegna ed il loro uso deve avvenire sotto la stretta sorveglianza dell'ente gestore che provvederà a ritirarle al cessare delle esigenze. In sostituzione di fiammiferi e accendini, i C.I.E. saranno dotati di sistemi di accensione piezoelettrici da muro... Pare arduo preservare i diritti fondamentali se pure per scrivere una cartolina o specchiarsi il trattenuto deve sottostare alla disponibilità del personale di servizio. Il regolamento disegna condizioni di vita totalmente detentive, per certi versi peggiori di quelle carcerarie, dove le cadenze quotidiane e le minime esigenze personali sono scandite da regole attuate da personale privato, dipendente dall'ente gestore, che agisce nel rispetto di un capitolato d'appalto: è la privatizzazione della detenzione, accentuata dal fatto che non è previsto non solo un giudice del trattenimento, ma nemmeno un organismo pubblico cui

rivolgersi per far valere le proprie ragioni o dolersi del mancato rispetto dei diritti garantiti dallo stesso regolamento, posto che tale non è la previsione di cui all'art. 8 secondo cui *“il prefetto istituisce, con modalità condivise non l'ente gestore [appunto!] un servizio di segnalazione da parte degli stranieri, garantendone l'anonimato”*. Il rapporto con la prefettura è totalmente mediato dall'ente privato che ha vinto l'appalto per la gestione del C.I.E., che potrà incorrere nel pagamento di penali per il mancato rispetto del regolamento, ma nulla dovrà allo straniero ormai allontanato. L'art. 6 disciplina l'accesso ai centri, distinguendo tra accessi senza autorizzazione e accessi autorizzati dalla prefettura. Possono accedere senza autorizzazione, ma previo avviso alla prefettura: membri del Governo e del Parlamento nazionale ed europeo, magistrati nell'esercizio delle funzioni, il Delegato in Italia dell'ACNUR ed il Garante nazionale per la tutela dei diritti delle persone detenute.

Necessitano invece dell'autorizzazione della prefettura: rappresentanti di enti, associazioni di volontariato o di cooperative sociali ammessi a svolgere attività di assistenza sulla base di accordi di collaborazione stipulati con il Ministero dell'interno o la prefettura ed i garanti regionali per la tutela dei diritti dei detenuti con riferimento ai centri rientranti nelle loro competenza territoriale.

Oltre all'autorizzazione della prefettura è necessario il previo nulla osta della questura per l'accesso di: giornalisti e foto - cine operatori, ministri di culto su richiesta dello straniero, coniugi, figli e familiari dello straniero, rappresentanti diplomatici e consolari del Paese di origine (su richiesta dello straniero), altri soggetti che ne facciano motivata richiesta.

Non è contemplato espressamente l'accesso degli avvocati, anche se, all'art. 7, si ha cura di precisare che *“ai fini del colloquio con il legale, il personale di vigilanza ha cura di verificare se lo straniero ha conferito apposito mandato ... le condotte non conformi al Codice deontologico poste in essere dai difensori che assistono gli stranieri sono comunicate al Consiglio dell'ordine degli Avvocati”*. Potrebbe obiettarsi che è ovvio che gli avvocati possano accedere ai colloqui con i propri assistiti, senza necessità di previsione ulteriore rispetto a quanto già previsto all'art. 21, co. 1, D.P.R. 394/99, tuttavia il Regolamento unico non prevede chiaramente che gli avvocati non hanno necessità di autorizzazione per accedere ai C.I.E. mentre avrebbe potuto definire giorni ed orari per l'effettuazione dei colloqui, oltre alla possibilità di concordare le visite telefonicamente o tramite posta elettronica (come avviene in numerosi istituti penitenziari) senza dovere attendere tempi eterni, al fine di agevolare l'esercizio della funzione defensionale. Invece nulla di tutto questo, ma l'obbligo di verificare il conferimento dell'incarico ... ma quale incarico? Ben può un trattenuto avere necessità di conferire con uno o più legali per diverse questioni, anche non attinenti al trattenimento: penali, civili, amministrative e dove risulterebbe il conferimento dell'apposito mandato, posto che non è previsto un ufficio matricola, come nelle carceri? Non resta che l'autocertificazione e, ovviamente, la conferma dell'interessato. Inoltre, la specificazione relativa alle condotte deontologicamente devianti lascia trasparire una certa dose di sospetto nei confronti della categoria forense, quasi che, invece di riconoscere e tutelare la funzione essenziale degli avvocati, questi vengano tollerati come sospetti di condotte al limite della legalità.

La previsione che i colloqui tra trattenuti e visitatori debbano essere sottoposti a vigilanza *“discreta”* a tutela della riservatezza e della sicurezza, non pare sufficiente a garantire la tutela del segreto professionale cui sono tenuti i legali, tant'è che non si prevede espressamente che la vigilanza sia solo visiva e non auditiva.

Ai sensi dell'art. 13, la gestione amministrativa dello straniero trattenuto è di competenza esclusiva del personale dell'ufficio immigrazione distaccato presso ogni C.I.E., i cui compiti si differenziano da quelli delle altre forze (Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza, Esercito) cui spetta la vigilanza esterna ed interna sotto la responsabilità di un ufficiale di polizia giudiziaria appartenente alla Polizia di Stato.

Il personale dell'ufficio immigrazione provvede a registrare il provvedimento di trattenimento e ad acquisire e custodire la documentazione inviata dalla questura che ha accompagnato lo straniero al C.I.E. in un apposito fascicolo personale del trattenuto, unitamente a tutte le notizie rilevanti per pervenire all'identificazione dello straniero nel più breve tempo possibile (SDI, AFIS, Stranieri web), fascicolo personale che non è nella disponibilità dell'interessato e del suo difensore. Lo stesso personale ha cura di informare lo straniero dei motivi del trattenimento, la cui durata è connessa alla sua identificazione alla quale può collaborare: si noti che non ha l'obbligo di verificare che i provvedimenti di espulsione/respingimento e trattenimento siano stati correttamente notificati e che il trattenuto ne abbia copia, debitamente tradotta, né che le informazioni in questione vengano fornite alla presenza di un interprete e di un mediatore culturale.

E' compito del personale dell'ufficio immigrazione del C.I.E. interessare tempestivamente le rappresentanze diplomatico/consolari del Paese di appartenenza (vera o presunta) del trattenuto. Onere di grande rilievo, posto che i ritardi nelle procedure di identificazione e nel rilascio della documentazione da parte dei consolati costituiscono motivo di proroga del trattenimento, ma assai poco puntualmente disciplinato, sicché permane il rischio che l'inadempienza dei consolati dipenda dai ritardi dell'ufficio immigrazione del C.I.E.

Altro compito fondamentale che incombe sull'ufficio immigrazione distaccato al C.I.E. consiste nel raccogliere tempestivamente le richieste di protezione internazionale per il successivo inoltro all'ufficio immigrazione della questura. Anche a questo proposito il regolamento è assai carente perché non indica alcun termine, così la tempistica della recezione e dell'inoltro delle domande è lasciata alla discrezione del singolo operatore: tale aspetto è particolarmente rilevante perché influisce sull'individuazione del giudice di pace o del tribunale competente per la convalida (e le successive proroghe) del trattenimento.

Infine, il personale in questione ha l'onere di pianificare ed assicurare gli accompagnamenti dei trattenuti presso gli uffici giudiziari, consolari, le commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e i posti di frontiera per l'esecuzione dell'allontanamento, nonché di presenziare - unitamente allo straniero e al suo difensore - alle udienze di convalida e proroga del trattenimento e alle audizioni della commissione territoriale ove si svolgano presso il C.I.E.

Desta maggiore sconcerto la previsione della partecipazione dell'ufficio immigrazione alle audizioni dei richiedenti asilo, qualora questa avvengano dentro il C.I.E. Previsione gravissima per le ovvie ragioni di segretezza che presiedono all'audizione del richiedente e vietata dalla legge che, anzi, all'art. 13, D.Lgs. 25/2008, prescrive chiaramente che l'audizione non è pubblica, non sono ammessi nemmeno i familiari, ma solo il tutore o l'esercente la potestà genitoriale in caso di minori, e l'avvocato che eventualmente assiste lo straniero.

Tuttavia, questa minuziosa regolamentazione della vita nei CIE è prevista solo ed esclusivamente da norme di rango regolamentare, ma non da norme di legge. E qui sta un'ulteriore profilo di illegittimità costituzionale, perché i "modi" della restrizione non sono disciplinati dalla legge.

4.3 I poteri del giudice della convalida dell'accompagnamento e del trattenimento

Nonostante la lettera della legge (art. 14, co. 4, TUI) prescriva che il giudice è chiamato a verificare sia i requisiti previsti dall'art. 13 TUI (cioè quelli sostanziali dell'espulsione) che quelli dell'art. 14 (le condizioni legittimanti il trattenimento), e nonostante la Consulta abbia chiarito sin dal 2001 (sent. 105/2001) che il sindacato giurisdizionale in materia debba avere i requisiti di «*un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l'esistenza di un provvedimento di espulsione purché sia*», cionondimeno, l'interpretazione fornita dalla Cassazione è stata fino al 2014 costante nel ritenere che «*il sindacato del giudice della convalida del trattenimento è meramente formale, essendo limitato al solo decreto di trattenimento e non comprendendo la legittimità del provvedimento presupposto di espulsione*». Insomma il giudice della convalida dovrebbe solo limitarsi a verificare "esistenza e validità" del decreto espulsivo.

Per effetto di questo orientamento giurisprudenziale - in palese contrasto con la giurisprudenza costituzionale appena citata, e con la lettera della legge - è stata fortemente compromessa l'effettività del diritto di difesa dei migranti trattenuti e allontanati coattivamente, posto che l'espulsione è immediatamente esecutiva, anche se sottoposta a gravame o impugnativa, e il decreto di convalida del trattenimento costituisce "titolo" di detenzione per i successivi trenta giorni, ulteriormente prorogabili, nel corso dei quali l'espulsione è eseguita coattivamente appena possibile. Conseguenze che eventuali profili di illegittimità del decreto espulsivo possono essere fatti valere solo in sede di ricorso, sovente esaminato ad espulsione avvenuta, insomma a cose fatte.

Due recenti ordinanze della Cassazione hanno incrinato parzialmente questa granitica giurisprudenza.

La sesta sezione civile, con ordinanza 5.6.2014 n. 12069 è tornata sul tema dei limiti della cognizione del giudice della convalida del trattenimento (e dell'accompagnamento) in relazione all'art. 5, §1, lett. f) della CEDU. La Corte apre un modesto ma significativo spiraglio nella sua consolidata giurisprudenza secondo cui al giudice della convalida è consentito solo verificare l'esistenza e l'efficacia del decreto espulsivo presupposto, senza operare alcun sindacato di merito al riguardo. Infatti, partendo dalla citata norma convenzionale che consente la privazione della libertà personale «*se si tratta [...] della detenzione regolare di una persona [...] contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione*», l'ordinanza s'interroga sul significato della "regolarità" della detenzione alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e ravvisa una possibile incompatibilità dell'art. 14, TUI (come sinora interpretato restrittivamente dalla stessa Corte di cassazione) con la norma CEDU, che si tradurrebbe in una questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 cit. per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. dacché al giudice della convalida è inibito ogni sindacato sull'illegittimità dell'espulsione, neppure nei casi in cui questa fosse "*manifesta*" e, quindi, la conseguente detenzione fosse pacificamente "*irregolare*". La Cassazione conclude per un'interpretazione "*convenzionalmente*", e quindi costituzionalmente orientata della norma interna nel senso che «*in sede di convalida del decreto del questore di trattenimento [...] il giudice è investito del potere di rilevare incidentalmente [...] la manifesta illegittimità del decreto di espulsione*», avendo cura di precisare che lo stesso principio è applicabile anche alla convalida dell'accompagnamento alla frontiera ex art. 13, co.5 bis, TUI.

Con successiva ordinanza 30.7.2014, n. 17407, la stessa sezione pur senza smentire l'orientamento precedentemente espresso, compie un ulteriore passo avanti nella definizione dei poteri del giudice della convalida del trattenimento (e dell'accompagnamento), dando ampio spazio nella

motivazione alla fondamentale sentenza n. 105/2001 della Corte costituzionale, il che costituisce una importante novità nel panorama giurisprudenziale di legittimità.

Infatti, osserva la Cassazione come *“tali rilevanti affermazioni [contenute nella sentenza della Consulta] sono state poco valorizzate dai successivi orientamenti giurisprudenziali ...”* E' di notevole pregio che la Cassazione riconosca -per la prima volta - che *“la cd. doppia tutela, fondata sulla separatezza ed autonomia dei due giudizi, quello a cognizione piena relativo all'opposizione all'espulsione, e quello esclusivamente limitato al controllo dell'esistenza ed efficacia del provvedimento presupposto (oltre che al riscontro delle condizioni di legge per il trattenimento), può produrre una rilevante lesione del diritto a non essere privati ingiustificatamente della libertà personale, a fronte d'ipotesi di manifesta illegittimità del provvedimento di espulsione. In tali casi il titolo espulsivo, non essendo in concreto ancora sindacabile, costituisce il presupposto illegittimo del trattenimento dello straniero, in attesa che si verifichino le condizioni per l'accompagnamento coattivo.”*

La conclusione è tuttavia in linea con quella precedente: *“non tutte le ragioni d'illegittimità dell'espulsione possono determinare l'annullamento del titolo detentivo, sussistendo ... una differenza tra i casi in cui la violazione della libertà personale è grave e manifesta da quelli nei quali l'irregolarità della detenzione si manifesta solo successivamente ad uno specifico accertamento giudiziale.”*

Riassumendo: quali sono dunque i poteri del giudice della convalida?

Quelli indicati all'art. 14, co. 4, TUI.

- Verifica dei termini: al riguardo la Cassazione ha statuito che *“Il termine di 48 ore dalla comunicazione del provvedimento in cancelleria entro il quale il giudice deve provvedere è rispettato se, entro tale termine, venga fissata ed abbia concreto inizio l'udienza di convalida, semprechè la decisione, ancorché adottata successivamente, sia intervenuta a conclusione dell'udienza senza soluzione di continuità”* (Cass. civ. sez. I, sent. 29.2.2008, n. 5715). È sufficiente che abbia inizio l'udienza di convalida nelle 48 ore, il giudice può ritirarsi in camera di consiglio e successivamente deliberare, non può riservarsi e sciogliere la riserva interrompendo la camera di consiglio.
- Verifica dei presupposti dell'art. 13, limitatamente alla manifesta illegittimità dell'atto presupposto. Manifesta illegittimità vuol dire che l'illegittimità dell'espulsione deve essere sindacata solo quando sia evidente, questo è il significato del termine *“manifesta”* e l'evidenza dipende anche dalle allegazioni difensive.

Pensiamo alle illegittimità formali, quali il decreto espulsivo non sottoscritto dal prefetto o dal vice prefetto vicario, o notificato all'interessato con copia priva dell'attestazione di conformità all'originale, alla mancanza di nulla osta dell'AG: *“Il rilascio del N.O. non opera come condizione di legittimità dell'espulsione, ma incide sulla regolarità della sua esecuzione nelle forme coattive, con la conseguenza che la sua esecuzione coattiva prima dello spirare del termine per il rilascio del nulla osta o in presenza di un diniego vizia l'accompagnamento coattivo alla frontiera o l'ordine del questore di allontanamento”* (Cass. civ. sez. I, sent. 4.2.2010, n. 2612).

Pensiamo soprattutto alle illegittimità sostanziali, prime fra tutte le condizioni d'inespellibilità di cui all'art. 19, ivi compresa la situazione della persone vulnerabili secondo la previsione dell'art. 19 co. 2 bis, TU, ovvero l'esistenza di gravi situazioni di salute che comportano la sospensione della potestà espulsiva (cfr. Sent. Corte Cost. 252/2001), oppure ancora all'esistenza documentata di legami familiari e l'omessa valutazione da parte della PA dei criteri di cui all'art. 13 co. 2 bis (bilanciamento dei contrapposti interessi).

- Verifica della possibilità di accordare il termine per la partenza volontaria e della possibilità di riconoscere le misure alternative al trattenimento (su cui *infra*).

Infine, il giudice della convalida deve valutare la sussistenza dei presupposti dell'art. 14, questione spesso frettolosamente risolta avallando acriticamente la richiesta del questore.

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, la formulazione dell'art. 14, co. 1, TU consente al questore di disporre il trattenimento *«a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento»*, il che dà alla questura ampia discrezionalità nell'adozione di una misura fortemente restrittiva della libertà personale. Occorre dunque ri-

condurre l'indagine del giudice nell'alveo dell'art. 15, § 1 della direttiva rimpatri, secondo cui il trattenimento è disposto «*salvo se nel caso concreto possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive [...] quando: a) sussiste il rischio di fuga, b) il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento*»: la direttiva consente il trattenimento soltanto in presenza di situazioni di ostacolo al rimpatrio riconducibili alla volontà del singolo (oltre al rischio di fuga di cui abbiamo già detto), mentre la legislazione nazionale consente l'adozione della misura "a causa di situazioni transitorie" non meglio specificate, che possono essere indipendenti dalla volontà dell'espellendo.

Inoltre, l'art. 14, comma 1 T.U. include a titolo esemplificativo tra i presupposti del trattenimento dello straniero sia la necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, sia la necessità di acquisire i documenti per il viaggio, sia l'indisponibilità di un mezzo di trasporto idoneo. Tuttavia l'art. 9, § 2, lett. b), della direttiva 2008/115/CE 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", sicché in presenza di un rinvio per allontanamento per le predette ragioni l'art. 9, § 3 della direttiva prevede non già il trattenimento in un C.I.E., bensì l'imposizione di obblighi quali quelli considerati dall'art. 7, § 3 (consegna di documenti, cauzione, obbligo di presentazione all'autorità, obbligo di dimora). Pertanto tali motivi non possono costituire presupposto del trattenimento ma per l'applicazione delle misure non coercitive previste dall'art. 14 co. 1 bis, T.U., pertanto il giudice dovrebbe rifiutare di convalidare il trattenimento disposto per tali motivi disapplicando la legislazione nazionale che viola la norma comunitaria sufficiente determinata ed autoapplicativa.

Occorre dunque che il decreto questorile di trattenimento dia conto delle esigenze specifiche che siano riconducibili a cause dipendenti dalla volontà dell'interessato che ostacola il suo allontanamento, come nei casi di chi non vuole produrre il passaporto ovvero fornisce reiteratamente false generalità al fine di evitare il rimpatrio, ma non certo nei casi in cui manchi il vettore, o difettino i documenti di viaggio, questioni del tutto indipendenti dalla volontà dello straniero.

→ **Esigenze di celerità del giudizio di convalida: un limite legittimo ai poteri del giudice?**

La decisione sulla convalida dell'accompagnamento o del trattenimento può comportare la necessità di accertamenti istruttori da parte del giudice, al fine di verificare la fondatezza delle allegazioni addotte dalle parti, il che può contrastare con le necessità di urgenza dell'accompagnamento.

Il T.U. nulla dice al proposito. Della questione fu interessata la Corte costituzionale che, con ordinanza 35/2002, dichiarò l'infondatezza delle questioni allora sollevate (relative all'inefficienza della procedura camerale ad assicurare la pienezza del contraddittorio) ponendo l'accento sui poteri istruttori derivanti dall'art. 738 co. 3, c.p.c. che *“attribuisce al giudice il potere di assumere informazioni ... che non ha esclusivamente come destinatario una P.A., ma può essere indirizzato nei confronti di qualsiasi soggetto, pubblico o privato, in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione, compresi quelli più moderni e tecnologicamente avanzati, dei quali l'autorità giudiziaria, in procedimenti caratterizzati da speditezza, tuttavia concernenti la libertà personale, deve essere dotata.”*

Le esigenze di celerità del giudizio di convalida - tanto dell'accompagnamento che del trattenimento - non debbono andare a detrimento della corretta tutela del bene della libertà personale.

4.4 Le misure alternative al trattenimento

Il comma 1 bis dell'art. 14, T.U. prevede la possibilità di imporre misure alternative al trattenimento, che non vanno confuse con la concessione del termine per la partenza volontaria.

Come abbiamo visto, il termine per la partenza volontaria è l'unica modalità esecutiva dell'espulsione in forma non coattiva, invece il trattenimento - e ovviamente anche le misure ad esso alternative - hanno come presupposto l'espulsione con accompagnamento alla frontiera.

Nel caso in cui debba essere eseguita un'espulsione coattivamente (e, quindi, non anche un respingimento differito) per motivi di irregolarità dell'ingresso (art. 13, co. 2, lett. a), T.U.), ovvero del soggiorno (art. 13, co. 2, lett. b),T.U.), con esclusione delle espulsioni per motivi di pericolosità sociale, di quelle “ministeriali” e di quelle per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale, nei confronti di uno straniero in possesso di passaporto in corso di validità o di documento equipollente, il questore, invece del trattenimento, può disporre una o più delle seguenti misure: consegna del passaporto, obbligo di dimora, obbligo di presentazione periodica presso un ufficio della forza pubblica.

La procedura applicativa è identica a quella prevista per le misure imposte in occasione della concessione del termine per la partenza volontaria (esaminate al § 3.3):

- debbono essere applicate con provvedimento scritto, motivato e tradotto in lingua conosciuta, emesso dal questore, con l'avvertimento che lo straniero può far pervenire personalmente o tramite difensore osservazioni scritte al giudice della convalida;
- gli atti debbono essere trasmessi al giudice di pace entro 48 ore che provvede *de plano* alla convalida, senza udienza;
- La durata di dette misure cessa con l'esecuzione dell'allontanamento dall'Italia.

Il contravventore è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro ed è espulso con accompagnamento immediato, ovvero previo trattenimento, oppure con l'ordine del questore di allontanamento entro sette giorni.

La *ratio* di queste misure consiste nell'evitare il trattenimento nei confronti degli espellendi titolari di passaporto valido - quindi perfettamente identificati - che non presentano profili di pericolosità alcuna. Nella prassi l'istituto è sostanzialmente ignorato e disapplicato.

5. L'ordine di allontanamento del questore

Ai sensi dell'art. 14, co. 5 bis, T.U. il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni nei seguenti casi:

- non sia possibile trattenere lo straniero in un CIE, in genere per indisponibilità di posti, ovvero per riscontrata inidoneità (es. per motivi di salute);
- quando, nonostante la permanenza, non sia stato possibile effettuare l'allontanamento, come nel caso dell'inutile decorso del termine massimo di trattenimento;
- quando non esista più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere effettuato e che lo straniero possa essere riaccolto nello Stato di origine o di provenienza.

In buona sostanza, quando l'amministrazione non riesce ad eseguire l'espulsione o il respingimento differito, la stessa ordina allo straniero di auto-espellersi, sotto minaccia delle elevate sanzioni penali pecuniarie previste dai commi successivi.

L'ordine di allontanamento costituisce sempre una modalità esecutiva di provvedimenti ablativi che dovrebbero essere eseguiti con accompagnamento coatto alla frontiera, che si applica quando, per limiti oggettivi, ciò non sia possibile.

Il fatto che sia previsto un termine per allontanarsi dal territorio nazionale - sette giorni - analogo al termine minimo previsto dall'art. 13, co. 5, T.U. per la partenza volontaria non deve trarre in inganno: sempre di modalità esecutiva coatta si tratta, anche se lo Stato abdica - per così dire - al ricorso all'uso della forza pubblica perché impossibilitato oggettivamente. La previsione dell'applicazione di questa misura anche nei casi in cui non esista più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento è anch'essa sintomatica della "resa" della pubblica amministrazione: in presenza di situazioni riconducibili alla c.d. "inespellibilità di fatto", invece di riconoscere un titolo di soggiorno sanante che consenta comunque un inserimento sociale, anche solo temporaneo, lo Stato solo formalmente non si arrende continuando ad impartite ordini, anche reiterati all'infinito.

Attesa la nota difficoltà ad eseguire davvero le espulsioni ed i respingimenti differiti, la modalità esecutiva dell'ordine questorile è in assoluto quella di gran lunga più utilizzata nella prassi. L'ordine in esame è impartito dal questore con atto scritto, tradotto in lingua conosciuta, deve recare l'indicazione della conseguenze sanzionatorie in caso d'inottemperanza e deve essere notificato all'interessato. Trattandosi di atto meramente esecutivo di provvedimenti ablativi non è autonomamente impugnabile al pari del decreto di trattenimento e di accompagnamento. La revoca o l'annullamento dell'espulsione o del respingimento presupposti determina, in via derivata, la caducazione dell'ordine.

6. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale

L'art. 6, D.Lgs. 142/2015 disciplina i casi in cui un richiedente protezione internazionale è trattenuto in un CIE, in realtà sarebbe meglio dire "può" essere trattenuto, perché la possibilità di effettuare trattenimenti è condizionata fortemente dalla scarsa disponibilità di posti nei sei CIE italiani (di cui solo quello di Roma con una sezione femminile), sicché è il caso - o meglio la discrezionalità insindacabile dell'amministrazione - a stabilire chi può materialmente essere trattenuto, nell'ambito delle nuove previsioni normative che abrogano la disciplina previgente di cui all'art. 21, D.Lgs. 25/2008.

Restano ferme le due discipline di trattenimento: quella finalizzata all'esecuzione dell'espulsione o del respingimento differito - disciplinata dall'art. 14 TUI - cui si affianca quella finalizzata all'esple-

tamento della procedura accelerata ex art. 28 bis D.Lgs. 25/2008, a sua volta riformulato dalla novella del 2015.

L'*incipit* dell'art. 6, co. 1, enuncia il principio generale per cui *"il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda"*, vedremo ben presto come questo principio generale subisca notevoli deroghe, fino a ridurne fortemente la sua portata.

La stessa norma distingue tra le diverse ipotesi in cui il trattenimento opera *ex novo*, cioè al verificarsi di condizioni precise al momento della presentazione della domanda, da quella in cui la domanda di protezione è effettuata dallo straniero che è già trattenuto al CIE in attesa di essere espulso.

6.1 Il trattenimento *ex novo*

L'art. 6, co. 2, individua i casi in cui il richiedente è trattenuto nei seguenti termini:

- a) la prima ipotesi è identica alla previsione dell'abrogato art. 21, lett. a), d.lgs. 25/2008: è trattenuta la persona che si trova nelle condizioni previste dall'art. 1, § F, della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato del 1951, ossia è sospettata di avere commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o contro l'umanità, ovvero un crimine grave di diritto comune prima di essere ammessa come rifugiata. In questa situazione può trovarsi sia un richiedente che non sia mai stato destinatario di un provvedimento ablativo, che, viceversa, un espulso o un respinto alla frontiera;
- b) è trattenuto il richiedente che si trova nelle condizioni per cui è prevista l'espulsione per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1, TUI), ovvero per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), TUI), oppure per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale (art. 3, co. 1, l. 155/2005);
- c) è trattenuto il richiedente che costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. La norma specifica parzialmente i criteri che debbono orientare l'interprete nella valutazione della pericolosità: si tiene conto di eventuali condanne penali, anche se non definitive o rese a seguito di patteggiamento, per gli stessi reati che sono ostativi all'ingresso e al soggiorno di stranieri in forza del combinato disposto di cui agli artt. 4, co. 3 e 5, co. 5, TUI.

Qui si nota una profonda differenza rispetto alla previsione previgente (art. 21, lett. b), D.Lgs. 25/2008): cade ogni automatismo condanna/trattenimento con la dizione *"si tiene conto di eventuali condanne"*. Attenzione, però, che la formulazione è ambivalente: infatti tale locuzione consente di formulare il giudizio di pericolosità tanto nel caso in cui vi siano condanne, tanto in quello in cui le *"eventuali condanne"* non vi siano, potendosi desumere la pericolosità *aliunde*.

Proprio perché la pericolosità sociale costituisce motivo del trattenimento, dunque di restrizione della libertà personale disposta direttamente dall'autorità amministrativa di pubblica sicurezza, è quanto mai necessario che i criteri di valutazione siano stabiliti dalla legge (specie se si prescinde

dalle condanne penali), pena il rischio di discrezionalità assoluta. Soccorre, a tal proposito, proprio la disposizione poc'anzi esaminata alla lett. b) che consente il trattenimento nei casi i cui il richiedente versa nelle condizioni per cui dovrebbe essere espulso per motivi di pericolosità sociale ai sensi dell'art. 13, co. 2, lett. c), TUI.

Si registra, pertanto, una parziale sovrapposizione delle ipotesi di cui alle lett. b) e c) dell'art. 6, co. 2, d.lgs. 142/2015, che condurrebbe ad individuare il criterio ermeneutico della valutazione circa la sussistenza della pericolosità sociale del richiedente asilo con riferimento sia a condanne per i consueti titoli di reato ostativi all'ingresso e al soggiorno, che all'appartenenza a taluna delle categorie indicate negli artt. 2, 4 e 16, d.lgs. 6.9.2011, n. 159. Al di fuori di queste coordinate non v'è spazio per sostenere la pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblica, pena la discrezionalità totale.

d) Infine, il richiedente deve essere trattenuto se sussiste - previa valutazione caso per caso - il rischio di fuga, che si verifica quando:

d1) ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità, al solo fine di evitare un provvedimento di espulsione;

d2) non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui:

- all'art. 13 co. 5 e 5.2 TUI: si tratta delle misure imposte dal prefetto nei casi di concessione del termine per la partenza volontaria in funzione di garanzia dell'adempimento nel termine, Siccome il termine per la partenza volontaria non è concedibile ai respinti, in questa situazione può versare solo un espulso;

- all'art. 13 co. 13 TUI: violazione del divieto di reingresso - triennale o quinquennale - comminato unitamente al decreto di espulsione prefettizio, (siccome il divieto di reingresso non si applica ai respinti, costoro non possono versare in tale situazione);

- all'art. 14 TUI: inottemperanza, anche reiterata, senza giustificato motivo, all'ordine di allontanamento del questore, l'ordine del questore è modalità esecutiva tanto delle espulsioni quanto dei respingimenti differiti, sicché la disposizione può riguardare entrambi;

- all'art. 14, co. 1 *bis*, TUI relativo alle misure disposte facoltativamente dal questore in alternativa al trattenimento. Stante il tenore letterale della norma, l'istituto non si applica in caso di respingimento.

6.2 Due diverse nozioni di rischio di fuga

Il legislatore italiano, col decreto legislativo in esame, ha adottato una nozione di rischio di fuga strettamente connessa a due elementi:

- il ricorso sistematico alle false generalità per impedire l'adozione o l'esecuzione del rimpatrio, per cui necessita una reiterazione delle false allegazioni sulla propria identità e la direzione inequivoca di tali condotte all'elusione di provvedimenti ablativi;
- ovvero, la violazione di determinati obblighi e misure disposti a garanzia di misure alternative, oppure in casi di violazione del divieto di reingresso.

Si tratta di condotte commissive od omissive che effettivamente costituiscono elementi sintomatici del rischio di fuga, a differenza di alcune di quelle delineate all'art. 13, co. 4 *bis* TUI.

In particolare, sono espunte da quell'elenco la mancanza di passaporto valido (condizione obbligatoria per un richiedente asilo a cui il passaporto viene ritirato al momento della richiesta di protezione internazionale) e la carenza di idonea documentazione relativa alla disponibilità di un alloggio ove potere essere agevolmente rintracciato.

Il falso identitario trova nel decreto legislativo in esame una più corretta (e più ristretta) definizione: infatti, non ogni falsa allegazione - anche remota - rileva quale indice presuntivo di rischio di fuga, ma solo se reiterata e teleologicamente connessa all'elusione di provvedimenti ablativi.

La differenza dei requisiti per ritenere sussistente *ex lege* il rischio di fuga nell'ambito dei decreti legislativi 286/98 e 142/2015, è evidente e significativa e si richiamano, al proposito, le considerazioni svolte al § 2.1.

6.3 Il richiedente è già al CIE quando presenta la domanda

Il co. 4 dell'art. 6 prescrive che ogni trattenuto riceve le informazioni sulla possibilità di chiedere protezione da parte del questore e dev'essere consegnato l'opuscolo informativo di cui all'art. 10, D.Lgs. 25/2008. E' pacifico che ogni trattenuto ha diritto di presentare domanda di protezione. Ai sensi dell'art. 6, co. 3, il richiedente che si trova al CIE in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione ai sensi degli artt. 13 e 14 TUI, vi rimane solo se vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione.

Due sono pertanto i requisiti che impongono la continuazione del trattenimento del richiedente: essere destinatari di un decreto di espulsione amministrativa, e la strumentalità della domanda.

Il primo requisito esclude tassativamente che il trattenimento possa continuare se il trattenuto è destinatario di un provvedimento di respingimento differito ai sensi dell'art. 10, co. 2, TUI, in aderenza alla previsione della stessa norma che, al co. 4, prescrive che le disposizioni di cui all'art. 10 cit. non si applicano nei casi previsti dalle norme vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari.

Il secondo requisito che consente la continuazione del trattenimento è la strumentalità della domanda di protezione che deve essere teleologicamente orientata ad ostacolare l'esecuzione dell'espulsione. L'intrinseca difficoltà di individuare criteri oggettivi e soggettivi per definire una richiesta d'asilo come strumentale è aggravata dal fatto che detta valutazione dev'essere effettuata prima che il trattenuto abbia avuto modo di esporre le ragioni che ritiene di porre a base della domanda. Infatti, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 142/2015, s'intende per richiedente la protezione internazionale anche chi ha semplicemente manifestato la volontà di chiedere tale protezione, pertanto prima ancora di avere formalizzato la domanda con la compilazione dell'apposito mo-

dulo - denominato "C3"- e, a maggior ragione, prima dell'audizione presso la Commissione territorialmente competente.

Il questore è l'autorità cui è devoluta la valutazione in questione, il quale deve disporre per iscritto il trattenimento finalizzato all'espletamento della procedura di asilo - successivamente sottoposto alla convalida del Tribunale monocratico - indicando i fondati motivi su cui basa la sua valutazione di pretestuosità della richiesta.

Trattasi, all'evidenza, di un giudizio aprioristico, che richiede estrema cautela, per cui è possibile individuare dei criteri molto generali, come il momento della presentazione della richiesta rispetto alla data dell'ingresso in Italia, le informazioni sul Paese di provenienza (più o meno sicuro), l'acquisizione dei documenti d'identificazione o di quelli di viaggio: circostanza che può far presumere imminente l'allontanamento, o la reiterazione della domanda. Si tratta di indici rivelatori di un possibile uso strumentale della richiesta di protezione, la cui natura effettivamente volta a ritardare l'allontanamento potrà solo essere valutata - con cognizione di causa - almeno dopo l'audizione in Commissione. Pare utile ribadire l'arresto della Corte di giustizia UE secondo cui la preesistenza di un provvedimento espulsivo «*non permette di presumere, senza una valutazione caso per caso di tutte le circostanze pertinenti, che il richiedente abbia presentato tale domanda al solo scopo di ritardare o compromettere l'esecuzione della decisione di allontanamento, e che sia oggettivamente necessario e proporzionato mantenere il provvedimento di trattenimento*», e tali circostanze non possono essere note *a priori*. La sede in cui contestare la presunta pretestuosità è l'udienza di convalida.

6.4 Gli aspetti procedurali

Gli aspetti procedurali sono disciplinati all'art. 6, commi da 5 a 10 e si applicano sia ai casi di trattenimento *ex novo* che a quelli di domanda presentata in pendenza di trattenimento.

Sia il trattenimento che la richiesta di proroga sono adottati con atto scritto, motivato e tradotto dal questore e recano l'indicazione che l'interessato può presentare memorie o deduzioni al tribunale competente per la convalida o la proroga, evidentemente prima della relativa udienza.

Il questore può adottare misure alternative al trattenimento ai sensi dell'art. 14 co. 1 bis TUI.

Detta norma presuppone la sussistenza di due condizioni: il possesso del passaporto valido e non essere destinatari di un'espulsione ex art. 13, co. 1, 13, co. 2, lett. c) e art. 3, L. 155/2005. Ora, il primo requisito non si applica necessariamente al richiedente asilo, che può benissimo essere privo di passaporto, mentre il richiedente non deve versare nelle condizioni di essere espulso per motivi di ordine pubblico o pericolosità sociale, quindi solo se è ritenuto a rischio di fuga. Così come per il trattenimento pre-espulsivo, la sede in cui far valere l'omessa applicazione delle misure alternative al trattenimento è l'udienza di convalida dello stesso, perché trattasi di atto del questore meramente esecutivo del provvedimento ablativo e, pertanto, non sindacabile in sede di ricorso.

Se il trattenimento è già in corso al momento della domanda di protezione, si sospende il trattenimento pre-espulsivo e si apre la parentesi del trattenimento finalizzato all'espletamento della procedura accelerata. Il questore trasmette gli atti al tribunale per la successiva convalida di 60 gg., ulteriormente prorogabile fino a 12 mesi. Si verifica così un'interversione del titolo di trattenimento che non è più il decreto di convalida del giudice di pace, ma diventa quello del tribunale.

6.5 Durata delle procedura accelerata e riflessi sul trattenimento

Ai sensi dell'art. 6, co. 6, il trattenimento o la sua proroga non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda ai sensi dell'art. 28 bis, co. 1 e 3, D.lgs. 25/2008 - salvo che sussistano ulteriori motivi di trattenimento ex art. 14 TUI - i ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga.

Ma è proprio la possibile durata della procedura che influisce in modo relevantissimo sul la durata del trattenimento. Infatti, mentre ordinariamente è previsto che la questura trasmetta alla commissione la documentazione relativa alla domanda di protezione immediatamente e che la commissione fissi l'audizione entro 7 gg e decida nei due gg. successivi, sono previste talmente tante deroghe - indipendenti dalla volontà del richiedente - che di fatto si vanifica il principio generale del "tempo strettamente necessario all'esame della domanda".

Questi termini sono raddoppiati nei seguenti casi:

- se la domanda è manifestamente infondata perché le questioni su cui il ricorrente la fonda non hanno alcuna attinenza con la protezione internazionale;
- se la domanda è reiterata senza addurre elementi nuovi e, pertanto, deve essere dichiarata inammissibile ai sensi dell'art. 29, d.lgs. 25/2008;
- se la domanda è presentata dopo che il richiedente è stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera (ingresso illegale), oppure dopo che il richiedente è stato fermato in condizioni di soggiorno illegale, sempre che, in entrambi i casi, la domanda sia stata presentata al solo scopo di ritardare l'adozione, o impedire l'esecuzione, di un decreto espulsivo.

Questi termini, previsti per portare a conclusione l'esame prioritario della richiesta di protezione, possono essere ulteriormente superati se necessario per assicurare un esame adeguato e completo della domanda stessa. La legge, però, prevede dei termini massimi entro cui la domanda deve essere esaminata e decisa che, per i richiedenti trattenuti al CIE, sono così stabiliti:

- 2 mesi, in caso di sopravvenuta esigenza di acquisire elementi nuovi necessari per assumere la decisione;
- 5 mesi, se l'esame della domanda richiede la valutazione di questioni complesse, in fatto o in diritto, ovvero in presenza di un elevato numero di domande presentate simultaneamente, oppure se il richiedente non ottempera all'obbligo di collaborazione previsto dall'art. 11, d.lgs. 25/2008;
- 6 mesi, in casi eccezionali debitamente motivati.

In conclusione, il termine entro cui le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale debbono terminare l'esame delle domande con la procedura accelerata prevista per i richiedenti asilo trattenuti, varia da un minimo di 9 giorni ad un massimo di 6 mesi.

Questi termini per la conclusione della procedura non sono affatto perentori, tant'è vero che in caso di mancato rispetto non si configura il silenzio accoglimento, ergo sono termini ordinatori in funzione sollecitatoria. E nemmeno cessa il trattenimento, perché il questore ne chiederà la pro-

roga. Conseguenza che l'unica conseguenza pratica del mancato rispetto dei termini per la conclusione della procedura accelerata consiste nell'obbligo - incombente sul questore - di allegare le ragioni del ritardo nella richiesta di proroga del trattenimento secondo le scadenze previste e, in difetto, il giudice non dovrebbe concedere la proroga.

Il che presuppone che la Commissione territoriale comunichi tempestivamente al questore che occorre acquisire elementi nuovi necessari (indicando quali), che vi sono complesse questioni da dirimere in fatto o in diritto ecc. La sussistenza di un simile onere di allegazione in capo al questore all'atto della richiesta di proroga del trattenimento, si desume dalla considerazione che, diversamente, sarebbe del tutto vanificata la previsione normativa per cui il trattenimento o la sua proroga non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda «*ai sensi dell'art. 28 bis*» e che «*i ritardi nelle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento*». Con la conseguenza che il giudice non deve concedere la proroga ove non risultino documentati i motivi per cui la decisione sulla richiesta non è avvenuta nel termine ordinario di 9 giorni, o in quelli derogatori dettati proprio dall'art. 28 bis. cit. Trattandosi di termini che incidono sulla privazione della libertà personale, deve ritenersi obbligatoria la loro osservanza, nel rispetto del principio di stretta legalità prescritto all'art. 13 Cost.

Peraltro, i termini dettati dall'art. 28 bis, d.lgs. 25/2008, dipendono esclusivamente da valutazioni e decisioni insindacabili delle Commissioni territoriali, che, com'è noto, sono organi amministrativi e non giurisdizionali, e, pertanto, sono sottratti alla libera disponibilità del giudice.

Si tratta, come abbiamo visto, di decisioni volte ad incidere sulla durata della restrizione della libertà personale del richiedente, ma sono sottratte alla riserva assoluta di legge e di giurisdizione in palese violazione dell'art. 13 Cost.

6.6 La proroga del trattenimento in caso di ricorso giurisdizionale contro la decisione della commissione

In caso di decisione negativa sulla domanda di protezione, se il richiedente non intende proporre ricorso giurisdizionale al Tribunale in composizione monocratica nel termine di 15 gg. dalla notifica del provvedimento, si chiude la fase del trattenimento finalizzato all'espletamento della procedura accelerata e inizia (se si trattava di trattenimento *ex novo*), ovvero riprende vigore (se il richiedente era già trattenuto all'atto della proposizione della domanda), quella finalizzata all'esecuzione dell'espulsione. Nel secondo caso si detrae il tempo di reclusione già sofferto prima della presentazione della richiesta di asilo, ed i termini del trattenimento pre-espulsivo riprendono a decorrere fino al termine massimo di 90 giorni.

Diversamente, se il richiedente denegato intende proporre ricorso in Tribunale rimane nel CIE - ai sensi dell'art. 6, co. 7, d.lgs. 142/2015 - fino all'adozione del provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del diniego, ovvero fino alla decisione del Tribunale, poiché la proposizione del ricorso non ha efficacia automaticamente sospensiva, «*nonché per tutto il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto*». Quest'ultima sibillina precisazione ha effetti devastanti sul trattenimento dei richiedenti, perché ne impedisce la cessazione automatica anche nell'ipotesi in cui il Tribunale decidesse di accordare la

tutela cautelare. Tant'è vero che il successivo co. 8 della norma in esame, obbliga il questore a chiedere la proroga del trattenimento per ulteriori periodi non superiori a 60 giorni ciascuno (quindi, anche per periodi inferiori), di volta in volta prorogabili da parte del Tribunale «*finché permangono le condizioni di cui al co. 7*», cioè per tutto il tempo in cui il ricorrente è autorizzato a rimanere in Italia, in conseguenza del ricorso. In ogni caso, il termine massimo di trattenimento dei richiedenti protezione non può superare i dodici mesi.

6.7 Un trattenimento “speciale” per i richiedenti asilo?

Il sistema descritto consente di apprezzare notevoli differenze tra le due prospettive di trattenimento che il nostro ordinamento conosce, al punto che ben può dirsi che il trattenimento dei richiedenti asilo sia caratterizzato da elementi decisamente peggiorativi, rispetto a quello riservato agli espellendi, specialmente sotto il profilo procedurale, che, come sempre, costituisce la cartina di tornasole dell'effettività delle tutele giurisdizionali.

L'assoluto arbitrio di cui gode la Commissione territoriale nel determinare la durata della procedura d'asilo, la sottrazione al giudice della protezione internazionale di determinare la durata e la cessazione del trattenimento, ed il termine massimo di un anno per questa forma peculiare di detenzione amministrativa, costituiscono gli aspetti che caratterizzano in senso speciale il trattenimento del richiedente asilo rispetto a quello ordinario.

La Commissione territoriale può determinare i tempi di decisione della procedura accelerata, sostanzialmente a suo piacimento, posto che concetti quali:

- la sopravvenuta esigenza di acquisire elementi nuovi necessari per assumere la decisione;
- la complessità delle questioni da dirimere, in fatto o in diritto, per la valutazione della domanda;
- la presenza di un elevato numero di domande presentate simultaneamente (chi stabilisce il “tetto” oltre il quale il numero è elevato?);

Sono tutte categorie giuridicamente impalpabili, suscettibili di essere interpretate con ampia discrezionalità amministrativa.

Inoltre, a differenza del trattenuto ordinario, che tenta di resistere all'esercizio della pretesa espulsiva dello Stato, il richiedente asilo esercita un diritto costituzionalmente tutelato, ma, per ciò solo, gode di un trattamento deteriore.

Ulteriore elemento che consente di ritenere gravemente peggiore la tutela del richiedente trattenuto consegue alla sostanziale inefficacia della tutela cautelare eventualmente accordata dal giudice adito ex art. 35, d.lgs. 25/2008, ai fini della continuazione della restrizione della libertà personale. Mentre se il Giudice di pace adito ex art. 13, co. 8, TUI e 18, d.lgs. 150/2011 accoglie la domanda di sospensione del decreto espulsivo - nelle more della decisione di merito - il ricorrente trattenuto viene immediatamente dimesso dal CIE, analogo effetto non consegue alla tutela cautelare accordata al richiedente trattenuto che abbia impugnato la decisione negativa della Commissione terri-

toriale, perché costui rimane ristretto *«per tutto il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto»*.

Poiché in molte sedi giudiziarie le udienze di proroga vengono celebrate in assenza del richiedente trattenuto, ben si può dire che - di fatto - la proroga del trattenimento sia affare burocratico gestito cartolarmente tra questura e giudice, con l'assistenza di un simulacro di difesa tecnica.

Ed è in questo contesto che si inserisce la complessa e annosa questione dei poteri del giudice della convalida e della proroga del trattenimento. Voi ricorderete che, a proposito del trattenimento pre-espulsivo, la giurisprudenza di legittimità è granitica nel ritenere che il potere del giudice del trattenimento sia circoscritto alla valutazione dell'esistenza e dell'efficacia dell'atto presupposto: i profili di illegittimità del decreto espulsivo debbono restare fuori dal CIE. Solo in tempi recenti la Corte di cassazione ha parzialmente rivisitato tale orientamento, limitatamente ai rari casi di manifesta illegittimità del decreto di espulsione (cfr. § 4.3).

Ma qui il quadro è completamente diverso, difetta (almeno nei trattenimenti disposti *ex novo*) un decreto di espulsione, e se esiste (nei casi di domanda di protezione inoltrata a trattenimento in corso) la sua legittimità esula dall'oggetto della convalida e della proroga che si fonda sui presupposti delineati all'art. 6, co. 3, d.lgs. 142/2015: la sussistenza di fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione sia stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione. È l'intento fraudolento della richiesta che determina l'interversione del titolo di trattenimento. Stabilito il quale (tendenzialmente una volta per tutte, essendo difficile che tale valutazione possa mutare nel breve volgere di un bimestre) *«il questore chiede la proroga finché permangono le condizioni di cui al co. 7»*, e cioè *«per tutto il tempo in cui il richiedente è autorizzato a rimanere sul territorio nazionale in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto»*.

Se è così, quali poteri ha il giudice della proroga? E' un sistema chiuso, senza vie d'uscita, sicché questa tipologia di trattenimento parrebbe avere un'unica funzione: una misura cautelare a tutti gli effetti finalizzata alla garanzia dell'allontanamento; indipendentemente dalla fondatezza della richiesta di protezione, per tutta (o gran parte) della durata della procedura di asilo il richiedente è trattenuto sul presupposto, normativamente tipizzato, che sia pericoloso, a rischio di fuga o millanti rischi inesistenti al solo scopo di farla franca.

L'intento cautelare è reso ulteriormente evidente dal termine veramente smisurato di durata massima del trattenimento: 12 mesi rispetto ai 90 giorni previsti in via ordinaria, che pare privo di giustificazione ragionevole, posto che è volto a disincentivare il ricorso alla giurisdizione a tutela di un diritto soggettivo, ledendo così - in un sol colpo - due diritti costituzionalmente protetti: quello d'asilo e quello di difesa.