

Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative

di Elisa Zambelli

Sommario

1. *L'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso.* – 2. *La sentenza della Corte costituzionale n. 105/2001.* – 3. *L'originaria disciplina della convalida dell'accompagnamento coattivo.* – 3.1. (Segue): *La violazione dell'art. 13, c. 3, Cost. .* – 4. *La sentenza della Corte costituzionale n. 222/2004.* – 5. *L'attuale disciplina dell'accompagnamento coattivo dello straniero espulso.* – 6. *La competenza del giudice di pace.* – 7. *La mancata convalida del decreto di accompagnamento coattivo.* – 8. *I rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.* – 9. *La dubbia legittimità dell'art. 13, c. 3, del d.lgs. n. 286/98.* – 10. *La sentenza della Corte costituzionale n. 223/2004.* – 11. *La tutela del "diritto a restare" in Italia.*

1. *L'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso*

L'istituto dell'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso – ancor prima che dalla legge n. 189 del 2002, che l'ha reso l'ordinaria modalità esecutiva dei provvedimenti di espulsione amministrativa ⁽¹⁾ – era stato compiutamente in-

(1) Ai sensi dell'art. 13, c. 4, del d.lgs. n. 286/98, come modificato dalla legge n. 189/2002, "l'espulsione è sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica", salvo il caso (di cui all'art. 13, c. 5) dell'espulsione dello straniero che si sia trattenuto nel territorio dello Stato con permesso di soggiorno scaduto da più di sessanta giorni, senza provvedere a chiederne il rinnovo. In quest'ipotesi, l'espulsione viene eseguita tramite intimazione a lasciare il

trodotto nel nostro ordinamento già con il d.lgs. n. 286/98. Il legislatore del 1998, mosso dalla convinzione che l'intimazione del questore ad abbandonare il territorio nazionale ⁽²⁾ non garantisse l'effettivo ed immediato allontanamento dal territorio nazionale dello straniero espulso, e intendendo scongiurare il pericolo che quest'ultimo – lungi dall'ottemperare all'intimazione del questore – continuasse a risiedere clandestinamente in Italia, aveva in effetti ritenuto opportuno intensificare il ricorso all'istituto dell'accompagnamento alla frontiera quale strumento di immediata esecuzione dei provvedimenti di espulsione amministrativa ⁽³⁾. Attribuita primaria (se non esclusiva) rilevanza alla esigenza di dotare l'ordinamento di un efficace strumento di contrasto della immigrazione clandestina e irregolare, e individuato nell'accompagnamento coattivo tale strumento, il legislatore aveva tuttavia omissso di prendere in considerazione il fatto che accompagnare coattivamente alla frontiera uno straniero espulso significa non soltanto arginare le dimensioni del fenomeno dell'immigrazione irregolare, ma innanzitutto comprimere la libertà personale di un individuo in forza di un atto amministrativo adottato dall'autorità di pubblica sicurezza. In breve, era stata delineata una disciplina delle espulsioni amministrative che ruotava attorno alla immediata esecutività dei provvedimenti di espulsione ed alla traduzione coattiva alla frontiera dello straniero quale (conseguente) modalità esecutiva delle espulsioni stesse, senza prevedere un proce-

territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni; laddove, tuttavia, il prefetto rilevi il pericolo concreto che lo straniero non ottemperi all'intimazione, il questore ne dispone l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

(2) Che costituiva l'ordinaria modalità esecutiva delle espulsioni amministrative nel vigore della legge n. 39/90 – la quale (art. 7) prevedeva che lo straniero espulso venisse accompagnato coattivamente alla frontiera solo nel caso in cui la sua espulsione fosse stata disposta dal Ministro dell'interno, o nel caso in cui egli, colpito da provvedimento di espulsione, non avesse ottemperato alla intimazione rivoltagli dal questore.

(3) Si veda l'art. 13 del d.lgs. n. 286/98. L'intimazione del questore ad abbandonare il territorio nazionale era in teoria la ordinaria modalità esecutiva dei provvedimenti di espulsione (art. 13, c. 6). In realtà, il ricorso all'accompagnamento coattivo era imposto (art. 13, c. 4) o reso possibile (art. 13, commi 5 e 6) in una serie molto ampia di casi.

dimento di convalida giurisdizionale del provvedimento di accompagnamento coattivo ⁽⁴⁾.

2. La sentenza della Corte costituzionale n. 105/2001

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 4, 5 e 6 del d.lgs. n. 286/98, in riferimento all'art. 13 Cost., commi 2 e 3 ⁽⁵⁾, con la sentenza n. 105/2001 ⁽⁶⁾ la Corte costituzionale chiariva che l'accompagnamento coattivo "inerisce alla materia regolata dall'art. 13 Cost., 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 inci-

(4) Un procedimento di convalida era viceversa delineato dall'art. 14, commi 3 e 4, in relazione alle ipotesi (di cui agli artt. 13, c. 3, e 14, c. 1, d.lgs. n. 286/98) in cui, non essendo l'accompagnamento alla frontiera immediatamente eseguibile, il questore disponeva che lo straniero venisse trattenuto in un centro di permanenza temporanea, per il tempo necessario ad organizzare il suo allontanamento coattivo, o ad eliminare quegli impedimenti che ne avevano ostacolato la immediata realizzazione. In tal caso, il questore, disposto il trattenimento dello straniero, comunicava il relativo provvedimento – entro 48 ore dalla sua adozione – all'autorità giudiziaria, che provvedeva a convalidarlo entro le successive 48 ore.

(5) A sollevare la questione di legittimità furono tre giudici del Tribunale di Milano, nel corso di procedimenti di convalida di provvedimenti di trattenimento. Essi, più precisamente, chiesero alla Corte di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 4, 5 e 6 e dell'art. 14, commi 4 e 5 del d.lgs. n. 286/98, con riferimento all'art. 13 Cost., commi 2 e 3. Le tre ordinanze possono esser lette in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 214 ss.

(6) Sulla quale si vedano, tra gli altri, V. ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2001, p. 67 ss.; G. BASCHERINI, *Accompagnamento coattivo alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1680 ss.; D. PICONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale. I molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, ivi, p. 1697 ss.; R. ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione: la Corte afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2703 ss.

denti solo sulla libertà di circolazione” (7). Preciso che “per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”, la Corte costituzionale lasciava chiaramente intendere che le procedure per l’espulsione degli stranieri non potevano “prendere scorciatoie, nel fare i conti con i principi e le regole della Costituzione sulla protezione della libertà personale” (8).

Il giudice costituzionale “si limitò” tuttavia, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, a valutare la legittimità costituzionale della disciplina dell’accompagnamento coattivo delineata dall’art. 13 del d.lgs. n. 286/98 in riferimento alla sola ipotesi in cui uno straniero espulso, e raggiunto da un provvedimento di accompagnamento coattivo, venisse anche trattenuto in un centro di permanenza temporanea. Circoscritto in questo modo l’oggetto del proprio sindacato, la Corte dichiarò infondata la questione di legittimità, situando all’interno del provvedimento di convalida del provvedimento di trattenimento dello straniero quella convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo che il testo unico non contemplava. Più precisamente, la Corte ritenne che il giudice chiamato dall’art. 14 a convalidare il provvedimento di trattenimento dello straniero nel centro di permanenza temporanea dovesse necessariamente rendere oggetto del proprio sindacato giurisdizionale non il solo provvedimento di trattenimento adottato dal questore nei casi di

(7) La sentenza rinvia alle pronunce n. 2/1956; n. 210/1995, n. 194/1996. Nelle ordinanze di rimessione, i giudici milanesi, qualificato l’accompagnamento coattivo “misura che innegabilmente incide sulla libertà personale, intesa come autonomia e disponibilità della propria persona”, avevano individuato “quale elemento qualificante della restrizione della libertà personale l’assoggettamento all’altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell’*habeas corpus*”, rinviando, per tale definizione, alla sent. n. 68/1964.

(8) Così V. ANGIOLINI, *op. cit.*, p. 71.

cui all'art. 13, c. 3, o 14, c. 1, ma anche – preliminarmente – il decreto di espulsione ed il provvedimento con il quale ne era stata disposta l'immediata esecuzione attraverso accompagnamento alla frontiera: soltanto la legittimità di tali atti permetteva la giudice di convalidare, in quanto in sé legittimo, il provvedimento di trattenimento.

3. *L'originaria disciplina della convalida dell'accompagnamento coattivo*

Al fine di mettere l'art. 13 del testo unico al riparo da una possibile declaratoria di illegittimità costituzionale, dopo l'intervento della Corte sopra richiamato il legislatore, ricorrendo alla decretazione d'urgenza⁽⁹⁾, introdusse una nuova disposizione, vale a dire il comma 5 *bis* dell'art. 13 del d.lgs. n. 286/98. Si stabiliva così che anche il provvedimento con il quale il questore disponeva l'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso dovesse essere in ogni caso convalidato dall'autorità giudiziaria (il questore era tenuto a comunicarlo entro 48 ore dalla sua adozione al tribunale in composizione monocratica, il quale “verificata la sussistenza dei requisiti” provvedeva a convalidarlo entro le 48 ore successive). Il provvedimento di accompagnamento, che espressamente era dichiarato “immediatamente esecutivo”, poteva in ogni caso essere portato ad esecuzione anche prima dell'inizio (o in pendenza) del giudizio di convalida.

Il legislatore, attraverso l'introduzione del comma 5 *bis*, aveva inteso “fornire le garanzie previste dall'articolo 13 della Costituzione agli stranieri per i quali sia stato disposto l'accompagnamento alla frontiera”⁽¹⁰⁾, ritenendo di supplire a quella carenza di garanzie della libertà personale dello straniero espulso che la Corte con la sentenza n. 105/2001 aveva chiaramente, ancorché incidentalmente, denunciato. In realtà, il legislatore mostrava di non aver affatto metabolizzato il principio

(9) D.l. n. 51/2002, convertito con modificazioni nella l. n. 106/2002.

(10) Così nella premessa del d.l. n. 51/2002.

che pure era stato espresso dal giudice costituzionale nella sentenza n. 105/2001: quello per il quale “le garanzie della libertà non possono essere sottoposte a bilanciamento o a valutazioni di ragionevolezza: la riserva di giurisdizione non è un principio in grado di convivere problematicamente con altri, è una regola che può essere solo rispettata o violata”⁽¹¹⁾.

Un procedimento di convalida del provvedimento di accompagnamento era stato certamente inserito nelle trame della disciplina delineata dall'art. 13, senza tuttavia che si rinunciassero alla immediata esecutività dei provvedimenti di espulsione: cosicché era del tutto possibile che lo straniero raggiunto da provvedimento di espulsione fosse coattivamente accompagnato alla frontiera *prima* che il giudice ordinario avesse potuto materialmente procedere alla convalida del provvedimento di accompagnamento⁽¹²⁾.

Una disciplina così congegnata impediva, in primo luogo, l'effettivo esercizio del diritto di difesa allo straniero che, se espulso prima del giudizio di convalida, non poteva essere personalmente ascoltato dal giudice chiamato a valutare la legittimità del provvedimento di accompagnamento coattivo. Esclusa la audizione personale dello straniero, il comma 5 *bis* non prevedeva nemmeno la necessaria presenza, nel corso del giudizio di convalida, di un suo difensore. Nulla era previsto, infine, in ordine alla possibilità di impugnare la decisione del giudice della convalida.

(11) Così M. CUNIBERTI, *Il controllo giurisdizionale sulle modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione e le garanzie costituzionali: riserva di giurisdizione, diritto alla difesa, contraddittorio*, in *Stranieri tra i diritti*, cit., p. 57.

(12) Il pericolo che ciò avvenisse era scongiurato soltanto laddove lo straniero espulso fosse trattenuto in un centro di permanenza temporanea: nel qual caso lo straniero, se il trattenimento durava per almeno 96 ore, aveva la possibilità di veder sottoposto alla cognizione di un giudice il provvedimento di accompagnamento coattivo prima di essere materialmente allontanato dall'Italia. Alla luce della sentenza n. 105/2001, del resto, e malgrado il silenzio sul punto della legge, il giudice della convalida del trattenimento era tenuto a valutare anche la legittimità del provvedimento di accompagnamento.

3.1. (Segue): *La violazione dell'art. 13, c. 3, Cost.*

Oltre a ciò, a rendere illegittima la disciplina dettata dal comma 5 bis contribuiva una chiara violazione dell'art. 13, c. 3, Cost., in quanto ove, ad allontanamento *già eseguito*, la convalida fosse stata negata (o non fosse intervenuta nei termini), il provvedimento di accompagnamento coattivo non avrebbe potuto restare “privo di ogni effetto”. In assenza di una chiara indicazione legislativa in tal senso, la mancata convalida del provvedimento di accompagnamento non comportava l'annullamento, né la sospensione dell'efficacia del provvedimento di espulsione. Il provvedimento espulsivo poteva quindi continuare a produrre i propri effetti, primo fra tutti il divieto di reingresso in Italia: effetti che sarebbe stato possibile far venir meno solo sperando vittoriosamente il ricorso avverso il provvedimento di espulsione, *ex art. 13, c. 8* ⁽¹³⁾. Il provvedimento di accompagnamento, quindi, lungi dall'essere “provvisorio”, comportava effetti irreversibili ⁽¹⁴⁾ – cosicché la sua convalida

(13) In dottrina si è ritenuto, viceversa, che la mancata convalida del provvedimento di accompagnamento “e del connesso provvedimento espulsivo [...] comporta la cessazione di ogni effetto giuridico prodotto dal provvedimento espulsivo e cioè la cessazione del divieto di rientro nel territorio nazionale [...]”: così P. BONETTI, *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2002, p. 19. Questa lettura dell'art. 13, che in sé è ragionevole, non pare condivisibile, poiché fa conseguire dalla mancata convalida del provvedimento di accompagnamento la caducazione degli effetti del provvedimento espulsivo. Infatti, in assenza di una previsione legislativa in tal senso, non sembra potersi negare che oggetto della convalida di cui al comma 5 bis fosse esclusivamente la restrizione della libertà personale realizzata con il provvedimento di accompagnamento, la cui mancata convalida non poteva elidere gli effetti del distinto provvedimento espulsivo. Se così fosse stato, il procedimento di convalida avrebbe finito per sostituirsi al ricorso avverso il provvedimento espulsivo di cui all'art. 13, c. 8.

(14) Si consideri il caso di uno straniero espulso con decreto prefettizio illegittimo perché adottato in violazione dell'art. 19, c. 1, del d.lgs. n. 286/98 ed immediatamente rinvio nel paese che egli aveva abbandonato per fondato timore di persecuzione. In che modo egli avrebbe potuto giovare della decisione del giudice che, rinvenendo nel caso di specie la violazione dell'art. 19, c. 1, avesse deciso di non convalidare il provvedimento di accompagnamento? Ormai lontano dall'Italia e privato della possibilità di farvi ritorno, egli avrebbe soltanto potuto, restando nel frattempo nello Stato in cui rischiava la persecuzione, ricorrere avverso il decreto di espulsione *ex art. 13, c. 8* – con tutte le conseguenze in riferimento alla possibilità di effettivo esercizio del

si risolveva in un mero controllo cartolare improduttivo di effetti ed inidoneo a garantire la libertà personale dello straniero dall'errore (o dall'abuso) amministrativo.

A ben vedere, la previsione di cui al comma 5 *bis* dell'art. 13 era illegittima, in riferimento all'art. 13, c. 3, Cost., non tanto per il fatto che essa situava (o permetteva di situare) il controllo giurisdizionale del provvedimento di accompagnamento dopo l'esecuzione del provvedimento stesso: isolato tale aspetto, il comma 5 *bis* era una corretta applicazione dell'art. 13, c. 3, Cost., poiché "ogni convalida giurisdizionale presuppone un provvedimento pienamente esecutivo" ⁽¹⁵⁾. La illegittimità derivava piuttosto dal fatto che il comma 5 *bis*, *inserito nel sistema* delineato dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/98, privava il provvedimento di accompagnamento del carattere della provvisorietà, dotandolo viceversa di quello della irreversibilità. Occorreva dunque, come è stato rilevato, "interrogarsi sulla legittimità stessa del *modello* della convalida giurisdizionale di un provvedimento *esecutorio*" ⁽¹⁶⁾ che non poteva che portare alla violazione dell'art. 13, c. 3, Cost. ed all'illegittima compressione del diritto di difesa dello straniero.

diritto di difesa che l'esperimento di tale ricorso, per come esso è strutturato, comporta. Sottolineo che P. Bonetti, pur alla luce della ricostruzione che si è riassunta nella nota precedente, proprio analizzando casi come quello ora descritto, arrivava comunque alla conclusione della irreversibilità degli effetti del provvedimento di accompagnamento, sottolineando come fosse di fatto spesso concretamente impossibile, per lo straniero allontanato coattivamente, far ritorno in Italia.

(15) Così P. BONETTI, *op. cit.*, p. 18.

(16) Cfr. P. BONETTI, *op. cit.*, p. 19; (rinvio anche a P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. NASCIMBENE, Cedam, Padova 2004, p. 501 ss.). L'autore ha sempre contestato il ricorso a tale modello, rinvenendo nella disciplina dettata in proposito dall'art. 13 del d.lgs. n. 286/98 il mancato rispetto, oltre che della riserva di giurisdizione, anche della riserva di legge e dei requisiti della eccezionalità, necessità ed urgenza previsti dall'art. 13, c. 3, Cost. – cioè di tutti gli elementi richiesti dalla Costituzione per la legittimità dei provvedimenti restrittivi della libertà personale adottati dall'autorità di pubblica sicurezza. Ha conseguentemente proposto il ricorso, per la disciplina dell'accompagnamento coattivo dello straniero espulso, non al comma 3, ma al comma 2 dell'art. 13 Cost.

4. La sentenza della Corte costituzionale n. 222/2004

Lungi dall'interrogarsi sulla legittimità di tale modello, tuttavia, con la legge n. 189/2002 il legislatore provvedeva a confermare e a generalizzare i presupposti sui quali esso si fondeva, vale a dire la immediata esecutività del provvedimento di espulsione e la sua immediata esecuzione coattiva mediante accompagnamento alla frontiera: prevedendo che l'espulsione amministrativa dovesse essere disposta "in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo" ⁽¹⁷⁾, ed eseguita "sempre dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica" ⁽¹⁸⁾. Chiaramente intenzionato a non frapporre alcun intervallo temporale tra l'emanazione del provvedimento di espulsione e la sua esecuzione, salva soltanto la possibilità di un trattenimento dello straniero espulso all'interno di un centro di permanenza temporanea, il legislatore non modificò il comma 5 bis: pur dopo l'intervento della legge n. 189 del 2002, dunque, continuava ad essere possibile che la convalida del provvedimento di accompagnamento intervenisse ad allontanamento già avvenuto.

Un simile modello rispondeva alla volontà di far fronte ad esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale. Si trattava tuttavia, come già nel 2001, di stabilire se tali esigenze certamente sottese alla disciplina delle espulsioni potessero rendere tollerabile e giustificata, in uno ordinamento democratico, la violazione di diritti fondamentali dello straniero espulso. La Corte costituzionale con la sentenza n. 222/2004 ha ribadito che nella disciplina delle espulsioni – sulla quale certamente "si riflettono le ansie e le paure alimentate da processi migratori che il nostro paese stenta a governare" ⁽¹⁹⁾ e che il legislatore è chiamato a strutturare nella maniera che, insindaca-

(17) Così l'art. 13, c. 3, del d.lgs. n. 286/98, come modificato dalla legge n. 189/2002.

(18) Così il già citato art. 13, c. 4, del d.lgs. n. 286/97, come modificato dalla legge n. 189/2002.

(19) Così G. SIRIANNI, *Il diritto alla difesa degli stranieri: il difficile equilibrio tra tutela sostanziale ed esigenze di controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2900.

bilmente, ritiene più opportuna – devono comunque “realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale”. Il comma 5 *bis* dell’art. 13 del d.lgs. n. 286/98 è stato pertanto dichiarato illegittimo, nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida dovesse “svolgersi in contraddittorio prima dell’esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa” – per violazione dell’art. 13, c. 3, Cost., e del “diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile”.

5. *L’attuale disciplina dell’accompagnamento coattivo dello straniero espulso*

Nuovamente obbligato ad intervenire, il legislatore ha fatto ricorso per una volta ancora alla decretazione d’urgenza, rimodellando la disciplina della convalida dell’accompagnamento alla frontiera con il d.l. 14 settembre 2004, n. 241, convertito con modificazioni nella legge 12 novembre 2004, n. 271 ⁽²⁰⁾. Ai sensi del novellato comma 5 *bis* dell’art. 13, il questore, adottato il provvedimento di accompagnamento coattivo, lo comunica, entro 48 ore, all’autorità giudiziaria, la quale deve provvedere a convalidarlo entro le 48 ore successive, in camera di consiglio, “con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito” ed alla presenza dello straniero, “anch’esso tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l’udienza”. L’esecuzione del provvedimento “è sospesa fino alla decisione sulla convalida”. Concessa la convalida, esso “diventa esecutivo”; esso viceversa “perde ogni effetto” nel caso in cui la convalida non sia concessa, o non intervenga nei termini. Contro il decreto di convalida, infine, è proponibile ricorso in Cassazione, il quale tuttavia non sospende l’esecuzione del provvedimento.

(20) Più precisamente, con il d.l. si è provveduto ad adeguare la disciplina delle espulsioni amministrative anche a quanto affermato dalla Corte nella sentenza n. 223/2004, con la quale è stata dichiarata la illegittimità dell’art. 14 comma 5-*quinquies* del d.lgs. n. 286/98.

I profili di illegittimità della precedente disciplina sono stati così formalmente eliminati. Quanto alla compressione del diritto di difesa dello straniero, essa non è più ravvisabile⁽²¹⁾. La previsione della sospensione della esecuzione del provvedimento in pendenza del giudizio di convalida e della perdita di ogni suo effetto in caso di mancata o negata convalida hanno d'altro canto ovviato alla violazione dell'art. 13, c. 3, Cost.

6. *La competenza del giudice di pace*

Non ha mancato tuttavia di suscitare perplessità la decisione di affidare il giudizio di convalida non al tribunale in composizione monocratica, ma al giudice di pace⁽²²⁾.

È innegabile che pare poco opportuna la scelta di affidare una competenza nuova in materia di immigrazione al giudice di pace, "abituato ad occuparsi di materie molto diverse" e quindi obiettivamente non preparato a "comprendere e decifrare una disciplina tanto complessa e densa di dubbi interpretativi"⁽²³⁾

(21) Desta soltanto perplessità la previsione per la quale il giudice della convalida sente lo straniero "se comparso". È da escludere che il giudice possa anche non sentire lo straniero, decidendo discrezionalmente se tradurlo o meno nel luogo in cui si tiene l'udienza e sentendolo soltanto nel primo caso. Si deve invece ritenere che il giudice debba sempre disporre la traduzione dello straniero nel luogo in cui tiene l'udienza e sentirlo, eccettuato il caso in cui lo straniero comunichi espressamente di voler rinunciare all'audizione personale. In ogni caso, resta la difficoltà di capire appieno i motivi che hanno indotto il legislatore ad inserire tale precisazione.

(22) Il quale è oggi, dopo l'entrata in vigore della legge n. 271/2004, chiamato a: convalidare il provvedimento di accompagnamento coattivo *ex art. 13, comma 5 bis*; convalidare il provvedimento di trattenimento dello straniero nel c.p.t., *ex art. 14, c. 4*; decidere il ricorso avverso il decreto di espulsione *ex art. 13, c. 8*. Sulla attribuzione di questa nuova competenza al giudice di pace, si vedano A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2004, p. 13 ss.; R. DIES, *Immigrati: come è cambiata la convalida della misura di espulsione*, in *Diritto e giustizia*, n. 36/2004, p. 86 ss. Si veda anche il parere sul disegno di legge di conversione del d.l. n. 241/04, deliberato il 21 ottobre 2004 dalla sesta commissione del Consiglio Superiore della Magistratura (in www.csm.it/circolari/041021_6.pdf).

(23) Così R. DIES, *op. cit.*, p. 90. Similmente il citato parere della sesta commissione del CSM sottolinea come i Tribunali, che fino all'entrata in vigore del d.l. n. 241 si sono occupati dei procedimenti relativi all'immigrazione, hanno potuto accumulare una "notevole mole di esperienze organizzative ed attuative della legge", formando

quale il diritto degli stranieri. Ma, a ben vedere, se è vero che la normativa che il giudice di pace è oggi chiamato ad applicare è estranea all'orizzonte sostanziale entro il quale egli si è mosso fino ad ora, non si può non rilevare come totalmente nuova per lui sia la funzione giurisdizionale stessa che gli è stata affidata. Il giudice di pace ha assunto nel nostro ordinamento la fisionomia di "giudice calato nella società", chiamato a dare vita ad un "modello conciliativo di risposta giudiziaria": un modello conciliativo che nulla ha a che vedere con la convalida di provvedimenti di polizia incidenti sulla libertà personale. Il giudice di pace, nell'esercizio delle funzioni attribuitegli dal testo unico sull'immigrazione, "non deve far incontrare, conciliare posizioni diverse, non deve ricomporre un conflitto interindividuale, ma esercitare il controllo sulla legittimità della coercizione personale provvisoria disposta dalla autorità di polizia", intervenendo "nel momento più delicato del conflitto tra autorità e libertà individuale" ⁽²⁴⁾.

Il giudice della libertà personale dello straniero espulso è, del resto, un giudice onorario, al quale (*ex art. 13, comma 5 ter, d.lgs. n. 286/98*) "le questure forniscono [...], nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo". Il giudice di pace, secondo la previsione normativa, dovrà cioè, di norma, convalidare i provvedimenti di accompagnamento coattivo adottati dal questore in un locale mesogli a disposizione dalla questura ⁽²⁵⁾!

"una giurisprudenza che è frutto di una elaborazione più ampia e complessiva sui temi dei diritti della persona": esperienza che, si auspica, possa costituire "un preciso punto di riferimento anche per il futuro".

(24) Così A. CAPUTO, L. PEPINO, *op. cit.*, p. 14 e pp. 18-19.

(25) La previsione del comma 5 *ter* va coordinata con quanto previsto nel comma 5 *bis*, a norma del quale "in attesa della definizione del giudizio di convalida lo straniero espulso è trattenuto in uno dei centri di permanenza temporanea [...] salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di accompagnamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili". In sostanza, è previsto che, adottato il provvedimento di accompagnamento, il questore possa disporre il trattenimento dello straniero in questura, e che in questura venga convocato il giudice di pace per il giudizio di convalida. Per un primo commento su tale previsione, si veda O. FORLENZA, *Per la convalida in questura il rischio della illegittimità*, in *Guida al diritto*, n. 46/2004, p. 30 ss. Anche la sesta commissione del CSM, nel citato parere, aveva sottolineato come suscitasse "viva preoccupazione la

Alla luce di quanto qui accennato, pare fondato il timore che il sistema di tutela della libertà personale dello straniero colpito da provvedimento di espulsione da ultimo delineato dal legislatore possa non garantire un rispetto *sostanziale* dell'art. 13 Cost. Per una volta ancora, non si può non osservare come il legislatore, lungi dal ripensare e dal rimodellare la disciplina delle espulsioni sulla scorta di quanto enunciato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 222/04, abbia solo apparentemente accolto il suo monito, cedendo, nuovamente, alla tentazione di “prendere scorciatoie nel fare i conti con i principi e le regole della Costituzione sulla protezione della libertà personale”⁽²⁶⁾.

È auspicabile che il giudice di pace, supplendo alle carenze del sistema delineato dal legislatore, possa e voglia fare tesoro di una elaborazione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale sul tema iniziata nel 1998, realizzando in sede di convalida del provvedimento di accompagnamento, “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”, rifiutando la convalida “tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione [...] manchi del tutto, tanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge”⁽²⁷⁾. Il nuovo procedimen-

norma di cui al comma 5 *ter* [...]” che attribuiva “impropriamente ad organi dell'amministrazione dell'interno, e non al Ministero della giustizia (art. 110 Cost.), compiti di organizzazione dei servizi della giustizia” ed appariva “idonea a condizionare l'esercizio della giurisdizione, pregiudicandone altresì l'immagine di imparzialità”.

(26) Cfr. nota 8.

(27) Così la Corte nella citata sent. n. 105/2001, in merito alla convalida del provvedimento di trattenimento, ma con parole che paiono valere anche rispetto alla convalida del provvedimento di accompagnamento. Purtroppo di tale insegnamento della Corte non sempre hanno fatto tesoro i Tribunali chiamati, fino all'entrata in vigore del d.l. n. 241, a convalidare i provvedimenti di trattenimento, sì da indurre taluna dottrina ad affermare che, in tale materia, “il principio della riserva di giurisdizione è al suo minimo di effettività”: così D. PICONE, *op. cit.*, p. 1710. Si vedano anche, G. SAVIO, *Effettività del controllo giurisdizionale e del diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea: brevi note*, in *Stranieri tra i diritti cit.*, p. 189 ss.; nonché ID., *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Diritto, immigrazione e*

to di convalida, in altre parole, può rappresentare un reale strumento di garanzia della libertà personale e del diritto di difesa dello straniero espulso soltanto ove il giudice di pace sappia rendere oggetto del proprio sindacato non il mero provvedimento di accompagnamento in quanto tale, ma il provvedimento di accompagnamento in quanto strumento di compressione della libertà personale dello straniero ed in quanto strumento di esecuzione di un provvedimento di espulsione: rifiutando la convalida²⁸ in tutte le ipotesi in cui essa, consentendo la esecuzione immediata e coattiva di un provvedimento di espulsione illegittimo, comporterebbe la indebita lesione della libertà personale dello straniero.

7. La mancata convalida del decreto di accompagnamento coattivo

In realtà, se decisiva è la responsabilità del giudice di pace ai fini dell'effettivo adeguamento al dettato costituzionale della disciplina dell'accompagnamento alla frontiera, certo va anche rilevato che esso è chiamato a muoversi all'interno di una normativa (già complessa) che è divenuta, a seguito delle affrettate modifiche introdotte con il d.l. n. 241, del tutto oscura e lacunosa.

In primo luogo, il legislatore non si è preoccupato di disciplinare compiutamente la condizione dello straniero espulso con decreto di espulsione immediatamente esecutivo, e raggiunto da provvedimento di accompagnamento non convalidato. Ai sensi del novellato comma 5 *bis*, la negata/mancata convalida fa perdere a tale provvedimento "ogni effetto": ciò certamente significa che lo straniero non può essere coattivamente allontanato. Ma significa pure che egli può (e cioè *ha titolo per*) restare in Italia, almeno per il tempo necessario ad esperire il ri-

cittadinanza, n. 1/2000, p. 63 ss.

(28) Oltre che, chiaramente, nei casi di mancato rispetto dei termini di cui al comma 5 *bis*, o per violazione del già citato art. 13, c. 5.

corso avverso il decreto di espulsione, *ex art. 13, c. 8* ⁽²⁹⁾? O, addirittura, che egli non deve nemmeno agire avverso il provvedimento di espulsione, che deve intendersi implicitamente caducato ⁽³⁰⁾? A ben vedere, si potrebbe ritenere che egli sia tenuto ad allontanarsi spontaneamente dal territorio italiano – poiché, in effetti, in assenza di contrarie indicazioni della legge sul punto, pare innegabile che, pur dopo la mancata/negata convalida del provvedimento di accompagnamento, il provvedimento di espulsione “immediatamente esecutivo” continua a produrre i propri effetti. Ma basta considerare che la mancata convalida del provvedimento di accompagnamento è determinata, per lo più, come si è già sottolineato, dalla illegittimità del relativo provvedimento di espulsione. Sarebbe di fatto irragionevole ritenere, esemplificando, che una donna incinta e tuttavia raggiunta da provvedimento di espulsione, dopo aver sentito un giudice pronunciarsi circa la illegittimità del provvedimento di accompagnamento (illegittimità derivante dalla illegittimità del decreto di espulsione, adottato in violazione del divieto di espulsione di cui all’art. 19 del d.lgs. n. 286), fosse tenuta ad allontanarsi dall’Italia, dando spontaneamente esecuzione ad un provvedimento di espulsione la cui illegittimità è già emersa, seppur incidentalmente, in sede giurisdizionale – restando libera di agire avverso tale provvedimento ai sensi dell’art. 13, c. 8, soltanto dall’estero, ad espulsione già avvenuta e senza poter prendere parte personalmente al giudizio, con grave pregiudizio del proprio diritto di difesa ⁽³¹⁾.

(29) Si veda a tal proposito, e cioè per comprendere la difficoltà di qualificare chiaramente la condizione di uno straniero espulso con decreto immediatamente esecutivo, ma non coattivamente eseguibile, R. DIES (*op. cit.*, p. 86 ss.), il quale pare dare per scontato che alla mancata convalida del provvedimento di accompagnamento debba poter conseguire una qualche forma di trattenimento dello straniero: anche se nessuna disposizione del d.lgs. n. 286 (il quale elenca tassativamente le ipotesi di trattenimento dello straniero) lo prevede.

(30) Rinvio per questa lettura alla tesi di P. BONETTI ricordata alla nota 13.

(31) Per una descrizione del modello di tutela giurisdizionale avverso il decreto di espulsione delineato dal d.lgs. n. 286 come modificato dalla legge n. 189, rinvio a A. CASADONTE, P.L. DI BARI, *L’espulsione, l’accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002, ovvero il massimo rigore apparante senza proporzionalità ed efficienza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n.

Pare allora inevitabile ritenere che lo straniero espulso ma non coattivamente allontanabile debba poter restare in Italia, almeno per il tempo che gli è concesso per esperire il ricorso avverso il provvedimento di espulsione. La legge, tuttavia, non dice nulla in proposito, ed è facile constatare che, all'interno di una disciplina che contempla soltanto l'ipotesi dello straniero espulso ed immediatamente allontanato dal territorio nazionale, la figura dello straniero espulso ma non coattivamente espellibile e quindi legittimato (seppur momentaneamente) a restare in Italia non trova "collocazione". Qual è, cioè, lo status giuridico di quest'ultimo? L'immediata esecutività del provvedimento di espulsione che l'ha colpito deve ritenersi automaticamente sospesa? O, come pare preferibile ritenere, l'esecutività va sospesa con provvedimento dell'autorità giudiziaria ⁽³²⁾? E, venuta meno l'immediata esecutività del provvedimento espulsivo, a quale titolo lo straniero resta in Italia?

8. *I rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa*

Il legislatore non ha dato risposta a tali interrogativi. Certamente ha introdotto l'istituto della convalida del provvedimento di accompagnamento, ma non si è affatto preoccupato di inserirlo sistematicamente all'interno della normativa dedicata alle espulsioni. Cosicché si ha la netta sensazione che tale normativa sia incompiuta, e che la sua incompiutezza finisca per rendere del tutto precaria la condizione dello straniero espulso, ma non coattivamente allontanabile. Sarebbe stato sufficiente con-

3/2002, p. 33 ss.; A. CASADONTE, *Due vicende emblematiche da cui trarre preziosi insegnamenti sull'effettività del controllo giurisdizionale nei casi di espulsione immediatamente esecutiva*, ibidem, n. 2/2002, p. 69 ss.; P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento cit.*, pp. 541-553.

(32) Si veda, a tal proposito, la nota sentenza n. 161/2000, nella quale la Corte costituzionale, pur se nel vigore del d.lgs. n. 286/98 non ancora modificato dalla legge n. 189/2002, ha affermato che in casi eccezionali che lo rendano necessario "non è inibito al giudice dell'opposizione di individuare lo strumento più idoneo, nell'ambito dell'ordinamento, per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato".

figurare, per il caso di negata convalida ⁽³³⁾, un collegamento tra il giudizio di convalida *ex art. 13, comma 5 bis* ed il ricorso avverso il provvedimento di espulsione *ex art. 13, comma 8*, atteso del resto il fatto che, oggi, essi sono entrambi divenuti di competenza del giudice di pace. Si sarebbe così potuto far automaticamente conseguire alla denegata convalida un immediato giudizio avente ad oggetto il provvedimento di espulsione – previa sospensione cautelare dell'immediata esecutività del provvedimento stesso da parte del giudice di pace ⁽³⁴⁾. Nel silenzio della legge, non potranno che essere i questori e i giudici di pace a promuovere (o ad impedire) una simile “lettura” del giudizio di convalida e delle conseguenze del suo esito ⁽³⁵⁾!

Il legislatore, del resto, sollecitato ad intervenire dalle sentenze del luglio del 2004, non ha nemmeno provveduto a colmare lacune, incongruenze e difficoltà applicative della normativa delle espulsioni amministrative emerse ormai da tempo: prima fra tutte quella relativa ai rapporti tra la giurisdizione del giudice ordinario (ora giudice di pace) e quella del giudice amministrativo (nelle ipotesi in cui il giudice ordinario è chia-

(33) Diverso, pare, il caso della convalida non concessa per mancato rispetto dei termini: alla quale il legislatore avrebbe potuto far conseguire l'obbligo, per lo straniero, di abbandonare spontaneamente il territorio italiano entro un termine determinato.

(34) L'esigenza di un simile collegamento tra il giudizio di convalida ed il ricorso avverso il provvedimento di espulsione, e della sospensione di quest'ultimo nelle more del ricorso, emerge del tutto chiaramente in relazione all'ipotesi di negata convalida dell'accompagnamento per illegittimità del provvedimento di espulsione, adottato in violazione di uno dei divieti di espulsione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 286/98. In tale ipotesi, a ben vedere, il legislatore avrebbe potuto attribuire senz'altro al giudice di pace in sede di giudizio di convalida il potere di annullare il provvedimento di espulsione, con contestuale inoltro della richiesta di permesso di soggiorno per lo straniero, *ex art. 28 d.P.R. n. 394/99* (a norma del quale “quando la legge prevede il divieto di espulsione, il questore rilascia il permesso di soggiorno”).

(35) Sottolineo tuttavia che per il caso in cui lo straniero già colpito da provvedimento di espulsione presenti domanda di asilo, anche in sede di convalida del provvedimento di accompagnamento, il questore *deve* disporre il trattenimento in un c.p.t., onde permettere l'esperimento della procedura semplificata per la definizione dell'istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato: così ai sensi degli artt. 1 *bis*, c. 2, e 1 *ter*, c. 1, della legge n. 39/90, introdotti dalla legge n. 189/2002, ed ormai prossimi ad entrare in vigore a seguito dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 303/2004, recante il Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

mato a valutare – *ex art. 13, c. 8* – la legittimità di un decreto di espulsione emesso sulla base di un presupposto atto amministrativo concernente il permesso o la carta di soggiorno, che può essere impugnato solo davanti al giudice amministrativo⁽³⁶⁾. La dottrina aveva in effetti sottolineato come fosse “lesiva del diritto di difesa [...] oltre che diseconomica” la mancata previsione della possibilità per il giudice ordinario, in sede di esame del ricorso contro l’espulsione, di “congiuntamente valutare un ricorso presentato contro eventuali provvedimenti” concernenti il permesso o la carta di soggiorno⁽³⁷⁾. Il legislatore non ha ritenuto di far tesoro di tale indicazione, cosicché oggi lo straniero raggiunto, ad esempio, da un provvedimento di revoca del permesso di soggiorno e quindi espulso *ex art. 13, c. 2, lett. b)*, deve ricorrere avverso il provvedimento di espulsione entro 60 giorni dal momento in cui viene a conoscenza del provvedimento (davanti al giudice di pace del luogo in cui ha sede il prefetto che lo ha emesso) ed avverso il provvedimento di revoca del permesso di soggiorno, nel medesimo termine di 60 giorni (davanti al TAR del luogo in cui è stato emesso il provvedimento). Il primo giudizio si conclude per espressa previsione legislativa entro i successivi 20 giorni: il secondo, chiaramente, può anche durare oltre tale termine.

Lo straniero colpito da provvedimento di espulsione emesso sulla base di un presupposto atto amministrativo concernente il permesso o la carta di soggiorno può quindi “difendersi” dall’espulsione in ben tre sedi: davanti al giudice di pace, nel corso del giudizio di convalida dell’accompagnamento coattivo *ex art. 13, c. 5 bis*; davanti, nuovamente, al giudice di pace, chiamato a decidere il ricorso avverso il provvedimento di espulsione *ex art. 13, c. 8*; davanti al TAR, competente a valutare la legittimità dell’atto amministrativo presupposto concernente

(36) Il quale continua in effetti ad essere competente, tra l’altro, a conoscere dei ricorsi avverso i provvedimenti di rifiuto del rilascio, rifiuto del rinnovo, revoca e annullamento del permesso di soggiorno (art. 6, c. 10, d.lgs. n. 286/98), e dei ricorsi presentati avverso i provvedimenti di rifiuto di rilascio e di revoca della carta di soggiorno (art. 9, c. 3, d.lgs. n. 286/98).

(37) Faccio riferimento qui a P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., pp. 553-564.

il permesso o la carta di soggiorno *ex art. 6, c. 10 e 9, c. 3*. Data, tuttavia, la totale assenza di collegamenti istituiti dalla legge tra questi tre giudizi, e data la immediata esecutività del provvedimento di espulsione, che la legge (art. 13, c. 3) continua in effetti a definire “*immediatamente esecutivo anche se sottoposto a gravame o impugnativa*”, la possibilità, per lo straniero, di esercitare *effettivamente* il proprio diritto di difesa avverso l’espulsione risulta fortemente compressa.

Basti considerare l’ipotesi in cui lo straniero, vistosi convalidare il provvedimento di accompagnamento e quindi allontanato dall’Italia⁽³⁸⁾, riesca – malgrado la difficoltà insita nella presentazione di tale ricorso dall’estero – a ricorrere *ex art. 13, c. 8*, avverso il provvedimento di espulsione e ad ottenerne l’annullamento. La possibilità, in tal caso, per lo straniero, di tornare in Italia sarebbe pressoché nulla e comunque i danni subiti a seguito dell’espulsione potrebbero ormai essere irreparabili⁽³⁹⁾, con chiara lesione del principio per il quale “il ricorso alla giustizia deve tendere alla realizzazione di un diritto e non può perciò esaurirsi in una pronuncia che si limiti ad accertare la fondatezza di una pretesa”⁽⁴⁰⁾.

Ma potrebbe anche accadere che lo straniero, ormai da tempo allontanato dall’Italia sulla base di un provvedimento di espulsione emesso a seguito di provvedimento amministrativo presupposto (concernente il suo permesso o la sua carta di soggiorno), veda, mesi o anni dopo, accolto dal TAR il ricorso presentato avverso tale provvedimento amministrativo: nuovamente potrebbe essere privato di effettività il suo diritto a non essere espulso dal nostro Paese.

E, ancora, la legge vigente non disciplina in alcun modo la situazione che si verrebbe a creare laddove lo straniero esperisca vittoriosamente il ricorso avverso il provvedimento di e-

(38) Per l’ipotesi della mancata/negata convalida rinvio a quanto detto poco sopra.

(39) Si pensi al caso, già ricordato, dello straniero espulso verso lo Stato che aveva abbandonato per timore di persecuzione. Ma si consideri anche l’ipotesi (sulla quale cfr. A. CASADONTE, *Due vicende emblematiche*, cit.) dello straniero espulso e quindi licenziato, che, tornato in Italia, non riesce più a trovare un’occupazione, non potendo recuperare quella persa.

(40) Così A. CASADONTE, P.L. DI BARI, *L’espulsione*, cit., p. 41.

spulsione emesso sulla base di un atto amministrativo presupposto, il quale tuttavia – data l'impossibilità per il giudice di pace di annullarlo ⁽⁴¹⁾ – continua a produrre i propri effetti: in maniera definitiva laddove non sia stato esperito nei termini il ricorso avverso di esso, o, in caso di esperimento di tale ricorso, fino alla pronuncia con la quale il giudice amministrativo ne dispone l'annullamento. Sulla base di tale provvedimento amministrativo, ormai non più impugnabile o impugnato ma non ancora annullato, malgrado l'annullamento del decreto di espulsione già ottenuto dallo straniero, potrebbero essere emessi da parte dell'autorità prefettizia altri decreti di espulsione? O sarebbe configurabile una sorta di *ne bis in idem* che impedisce questa reiterazione di decreti espulsivi ⁽⁴²⁾? Purtroppo il legislatore non delinea espressamente "alcun impedimento all'adozione del provvedimento amministrativo di espulsione in pendenza del termine di impugnazione dell'atto amministrativo presupposto e prima che su di esso sia intervenuta una pronuncia del giudice amministrativo" ⁽⁴³⁾.

9. La dubbia legittimità dell'art. 13, c. 3, del d.lgs. n. 286/98

Se questo è il quadro normativo, lo straniero colpito da provvedimento di espulsione dovrebbe in primo luogo, a ben vedere, adire il giudice di pace *in sede di ricorso* avverso il provvedimento di espulsione prima che intervenga la convalida dell'accompagnamento, chiedendo un provvedimento cautelare *ante causam* di sospensione del provvedimento di espulsione, onde "bloccare" contestualmente il giudizio di convalida ed impedire il proprio allontanamento coattivo: "creando", in questo modo, la possibilità di agire avverso il provvedimento di espulsione *prima* di essere espulso. Egli dovrebbe poi, nel caso in cui la sua espulsione consegua immediatamente all'adozione

(41) Il giudice di pace può soltanto, in sede di giudizio avverso il provvedimento di espulsione, conoscere del provvedimento amministrativo presupposto e disapplicarlo.

(42) Ma, in questo caso, cosa ne è del provvedimento amministrativo presupposto?

(43) Così P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 562.

di un atto amministrativo presupposto, impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo, ed ottenere poi dal giudice di pace, adito con ricorso avverso il provvedimento di espulsione, la sospensione del giudizio in pendenza del giudizio dinanzi al TAR ed in attesa della sua definizione ⁽⁴⁴⁾. E, per finire, dovrebbe chiedere al giudice amministrativo adito la sospensione cautelare del provvedimento amministrativo presupposto, onde mettersi al riparo rispetto alla emissione di ulteriori decreti di espulsione.

Tutto questo per poter esercitare *effettivamente* quel diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile che la Corte ha voluto promuovere da ultimo nella sentenza n. 222/2004 e che, tuttavia, oggi stenta chiaramente ad affermarsi quale principio ineludibile, all'interno della disciplina delle espulsioni amministrative. È facile comprendere che per garantire una tutela effettiva allo straniero colpito da provvedimento di espulsione basterebbe concentrare dinanzi ad un solo giudice la tutela giurisdizionale avverso la vicenda espulsiva complessivamente intesa, istituendo un collegamento sistematico tra i vari livelli in cui tale tutela si estrinseca (tutela avverso l'accompagnamento; tutela avverso il provvedimento di espulsione; tutela avverso il provvedimento amministrativo presupposto, lad-

(44) La giurisprudenza non è concorde nel ritenere che ciò sia possibile. Con sentenza n. 6370/04 (pubblicata in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/04, p. 137 ss.), la Corte di Cassazione, sez. I civile, investita della questione, ha ritenuto che "non vi è pregiudizialità, logica e giuridica, del processo amministrativo pendente in ordine alla revoca del permesso di soggiorno, rispetto alla [...] causa relativa la decreto di espulsione". Stabilito che il controllo giurisdizionale avente ad oggetto la legittimità del provvedimento di espulsione deve limitarsi "al riscontro dell'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge" e che, di conseguenza, legittimo è l'atto prefettizio di espulsione "ogni volta che vi sia stata revoca o annullamento del permesso di rimanere in Italia, anche se contro detti atti del questore penda processo dinanzi ai giudici amministrativi, *perché la mera carenza del permesso di soggiorno, anche temporanea, fa venir meno il diritto dell'immigrato di rimanere in Italia*", la Corte di Cassazione ha negato la possibilità di sospendere *ex art. 295 c.p.c.* il giudizio avverso il decreto di espulsione, in pendenza del giudizio, proposto dinanzi al g.a., avverso l'atto amministrativo presupposto. Si vedano, quali esempi dell'orientamento giurisprudenziale opposto a quello ora illustrato, Trib. Torino, ord. 18 settembre 2003 (pubblicata in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2004, p. 136) e ord. 23 marzo 2004 (*ibidem*, n. 2/2004, pp. 154-155).

dove esistente), conferendo al giudice un potere – chiaramente definito nei suoi presupposti e nelle sue modalità di esercizio – di interruzione cautelare di tale vicenda espulsiva e rinunciando una volta per tutte alla *indiscriminata* immediata esecutività del provvedimento di espulsione.

Non va dimenticato, a tal proposito, che a fronte dell'art. 13, comma 3 del d.lgs. n. 286/98 – a norma del quale, come detto, “l'espulsione è disposta in ogni caso con decreto immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato” – può rinvenirsi un consolidato principio opposto a livello internazionale ed europeo, vincolante per il legislatore italiano: quello per il quale lo straniero colpito da provvedimento di espulsione può essere espulso *prima* di aver agito avverso il provvedimento di espulsione *solo* quando la sua espulsione immediata si renda necessaria per motivi di ordine pubblico o sia motivata da ragioni di tutela della sicurezza nazionale ⁽⁴⁵⁾. In ossequio a tale principio, l'allontanamento immediato dello straniero espulso deve essere ipotesei eccezionale, conseguenza ineludibile di esigenze della collettività la cui tutela rende ragionevolmente giustificata la compressione del diritto di difesa dello straniero.

Si può quindi fondatamente dubitare della legittimità della previsione di cui all'art. 13, comma 3 del d.lgs. n. 286/98, considerata nella assolutezza della sua formulazione, e letta altresì alla luce delle modalità esecutive della misura espulsiva sopra descritte. Si attende a tal proposito la pronuncia della Corte costituzionale, chiamata dal Tribunale di Milano a valutare la conformità dell'art. 13, comma 3, d.lgs. n. 286/98 all'art. 24 della Costituzione, nella parte in cui esso non prevede che il provvedimento espulsivo divenga esecutivo “una volta decorso il termine per proporre ricorso o, in caso di proposizione, sino all'udienza fissata per la decisione del ricorso medesimo” ⁽⁴⁶⁾.

(45) Si veda in tal senso l'art. 1 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificato con l. 1990/98. Similmente, già l'art. 13 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, ratificato con l. 1997/881

(46) Trib. Milano, ord. 29 luglio 2004, pubblicata in *Diritto, immigrazione e cittadi-*

Similmente, del resto, il Giudice di Pace di Isernia, con ordinanza del 28 ottobre 2004, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3 ed 8, del d.lgs. n. 286, "entrambi in riferimento all'art. 24 della Costituzione, laddove (art. 13, comma 3) è prevista l'esecutorietà immediata del decreto di espulsione prefettizio ancorché sottoposto a gravame od impugnativa, e quanto al secondo (art. 13, comma 8), nella parte in cui non prevede l'adozione di provvedimenti cautelari di sospensione fino alla data fissata per la camera di consiglio" ⁽⁴⁷⁾.

10. *La sentenza della Corte costituzionale n. 223/2004*

Pur dopo l'intervento del d.l. n. 241 e della successiva legge di conversione, la disciplina delle espulsioni amministrative continua quindi a non possedere una configurazione "democraticamente" accettabile: laddove per democrazia si intende far riferimento alla "capacità di non rinunciare alla promessa di garantire la *sacralità* delle persone, di *tutte* la persone" ⁽⁴⁸⁾.

I ripetuti interventi della Corte costituzionale, certamente tesi a promuovere la garanzia di tale "sacralità", sono stati solo formalmente "assecondati" – attraverso modifiche legislative che, a ben vedere, hanno di volta in volta confermato che "esistono, entro i nostri ordinamenti, cittadinanze differenziate: cittadinanze piene, cittadinanze dimezzate, subcittadinanze, non-cittadinanze, a seconda dei diversi gradi di precarietà a esse associati dalle leggi" ⁽⁴⁹⁾.

Esemplare in tal senso la vicenda dell'art. 14, comma 5 *quinquies* d.lgs. n. 286. Esso imponeva l'arresto obbligatorio dello straniero che si fosse trattenuto nel territorio italiano senza giustificato motivo, in violazione dell'ordine impartitogli dal

nanza, n. 3/2004, p. 125 ss.

(47) Il testo dell'ordinanza può essere letto in www.altalex.com.

(48) Rinvio per queste parole a Magistratura democratica, *Sul disegno di legge n. 3107/S di conversione del decreto-legge n. 241/2004*. Tale documento è reperibile nel sito www.magistraturademocratica.it/md.php/9/609.

(49) Così L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?*, in *Quale libertà*, a cura di M. BOVERO, Laterza, Roma 2004, p. 181.

questore di abbandonare il territorio nazionale entro 5 giorni⁽⁵⁰⁾. La Corte costituzionale, con la sent. n. 223/04, ne ha dichiarato la illegittimità costituzionale, poiché esso prevedeva l'arresto dello straniero in relazione ad un reato contravvenzionale (tale era il reato di cui al citato comma 5 *ter*) per il quale era prevista la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno: laddove l'ordinamento processuale italiano (art. 280 c.p.p.) prevede l'applicabilità di misure coercitive solo in relazione a fattispecie di delitti sanzionati con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo ad almeno tre anni⁽⁵¹⁾.

Ebbene, il legislatore, con il d.l. n. 241/04 e con la successiva legge di conversione, intervenuto per "adeguare" la normativa alla sent. n. 223/04, ne ha in sostanza eluso il contenuto, trasformando letteralmente il reato contravvenzionale di cui al comma 5 *ter* in delitto punito con la reclusione da uno a quattro anni⁽⁵²⁾: il massimo edittale originario è divenuto il minimo edittale odierno!

L'art. 14, comma *quinquies*, prevede quindi, a seguito delle modifiche "indotte" dalla sentenza n. 223/04 della Corte costituzionale, l'arresto obbligatorio dello straniero per il *delitto* di cui all'art. 14, comma 5 *ter* prima parte. Proprio in forza delle modifiche da ultimo introdotte, tuttavia, la normativa sul punto (segnatamente, l'art. 14, comma 5 *ter*) continua a presentare profili di dubbia legittimità, sui quali la Corte costituzionale, subito dopo l'entrata in vigore della legge 271/04, è stata chiamata a pronunciarsi. Il Tribunale di Genova, sezione I penale, con ordinanza n. 544 del 10 dicembre 2004 ha in effetti sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5

(50) Cfr. art. 14, commi 5 *bis* e 5 *ter*, nella formulazione in vigore prima dell'intervento del d.l. 241 e successiva legge di conversione.

(51) La Corte ha inoltre sottolineato come l'arresto obbligatorio di cui al comma 5 *quinquies* dell'art. 14 fosse "privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale", non potendo mai preludere all'adozione successiva di una ulteriore misura coercitiva ai sensi dell'art. 391, comma 5 c.p.p., riferendosi quest'ultimo, nuovamente, alle sole fattispecie di delitti.

(52) L'art. 14, comma 5 *ter* contempla ancora la fattispecie contravvenzionale originaria, ma per il solo caso di espulsione disposta "perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo".

ter prima parte, in riferimento agli articoli 3 e 27, comma 3 della Costituzione, denunciando la palese irragionevolezza dell'inasprimento sanzionatorio, la sua sproporzionalità rispetto alla fattispecie di reato di cui all'art. 14, comma 5 *ter* e rispetto alla sanzione prevista per fattispecie analoghe a quest'ultima, la sua conseguente idoneità a vanificare il fine rieducativo della pena ⁽⁵³⁾.

11. La tutela del "diritto a restare" in Italia

La disciplina delle espulsioni amministrative, verosimilmente, dovrà essere per una volta ancora "ripensata". A ben vedere, del resto, l'espulsione amministrativa dello straniero è l'atto conclusivo di una vicenda che comporta per lo straniero la perdita (o il mancato riconoscimento *tout court*) del diritto di restare in Italia: sicché è dalle norme che disciplinano la perdita di tale "diritto a restare" che può talora originarsi quella lesione di fondamentali diritti dello straniero che poi si "cristallizza" con l'esecuzione del provvedimento espulsivo.

Non si può non citare qui, a tal proposito, la recente sentenza n. 78/2005, con la quale la Corte costituzionale ha sancito la illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 7, lett. c), della legge n. 189/2002, il quale prevedeva che non fosse possibile procedere alla legalizzazione di quei lavoratori extracomunitari irregolari che fossero stati *denunciati* per uno dei reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. ⁽⁵⁴⁾. La Corte, ribadito che "è indubitabile che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire i requisiti che i lavoratori extracomunitari devono avere per ottenere le autorizzazioni che consentano loro di trattenerli e lavorare nel territorio della Repubblica", ha tuttavia precisato che l'esercizio di tale potere discrezionale "*deve essere rispettoso dei limiti segnati dai precetti costituzionali*". Sicché il Supremo

(53) Il testo dell'ordinanza può essere letto in www.altalex.com.

(54) La Corte ha dichiarato la illegittimità anche dell'art. 1, comma 8, lett. c) del d.l. n. 195/2002, di analogo contenuto.

Collegio ha ritenuto che fosse del tutto irragionevole ⁽⁵⁵⁾ che la denuncia – la quale nel nostro ordinamento “è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce” – potesse legittimare il rigetto dell’istanza di regolarizzazione presentata dallo straniero denunciato: atteso del resto che tale rigetto – impedendo allo straniero di acquisire un valido titolo di soggiorno – rendeva legittima la sua espulsione. Una conseguenza, questa, ha aggiunto la Corte, tanto più grave “*qualora si ipotizzino denunce non veritiere per il perseguimento di finalità egoistiche del denunciante e si abbia riguardo allo stato di indebita soggezione in cui, nella vigenza delle norme stesse, vengono a trovarsi i lavoratori extracomunitari*”.

Questa sentenza mostra chiaramente che non è sufficiente tutelare lo straniero nella sola fase del suo materiale allontanamento dal territorio nazionale: poiché, per una reale ed effettiva tutela dei fondamentali diritti dello straniero, è necessario garantire democraticamente, più in generale, il suo “diritto a restare”, attraverso una normativa rispettosa dei limiti segnati dai precetti costituzionali.

È necessario, cioè, abbandonare la opzione di fondo che pare aver mosso, sino ad oggi, le scelte compiute in materia dal legislatore: quella di ritenere che il diritto degli stranieri possa *legittimamente* essere un diritto *speciale*. Un diritto, cioè, nel quale principi quali l’inviolabilità dei diritti fondamentali, la tutela del diritto di difesa, la inviolabilità della libertà personale, l’uguaglianza formale e sostanziale dinanzi alla legge possano – e, anzi, *debbano* – assumere un contenuto diverso da quello che la nostra tradizione democratica ci ha saldamente consegnato.

(55) La Corte ha in effetti sancito la illegittimità della disposizione indicata ai sensi dell’art. 3 Cost. Le ordinanze di rimessione ne avevano giustamente denunciato la illegittimità anche rispetto ad altri parametri costituzionali: gli artt. 2, 4, 24, 27, 35, 41, 97.