

Ufficio per la formazione decentrata  
dei magistrati di Milano

incontro di studi a Milano in data 03.10.2002

a cura di Maria Laura Maddalena, Luca Villa e Licia Scagliarini

Incontro di studio  
sulla "modifica alla normativa in  
materia di immigrazione e di asilo"

("Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina  
dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero",  
modificato dalla legge 30.7.2002 n. 189  
pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale in data 26.8.2002)

*Milano 3 ottobre 2002*

## 1) Cenni sul procedimento di espulsione amministrativa di cui all'art. 13 del TU sull'immigrazione.

L'espulsione amministrativa dello straniero (cittadino di Stati non appartenenti alla Unione europea e agli apolidi) è disciplinata dall'art. 13 del TU sull'immigrazione.

Ad essa va affiancata la procedura di **respingimento**, disciplinata dall'art. 10 del TU nelle due ipotesi del respingimento alla frontiera e nel caso in cui lo straniero sottraendosi ai controlli di frontiera venga fermato all'ingresso o subito dopo oppure sia temporaneamente ammesso nel territorio dello Stato per ricevere un primo soccorso.

La dottrina ha ritenuto che la misura in questione consista non in un provvedimento amministrativo ma in un mero comportamento della polizia di frontiera, non essendovi obbligo di motivazione ma solo di registrazione<sup>1</sup>.

Sin dalla sua prima formulazione nella legge 40 del 1998 erano previste due forme di espulsione amministrativa una ministeriale, al comma 1, e una prefettizia al comma 2.

### 1.1 - L'espulsione ministeriale

L'espulsione disposta dal **Ministro dell'interno** per ragioni di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato non ha subito modificazioni a seguito dell'entrata in vigore della nuova normativa.

Essa si caratterizza per il suo contenuto ampiamente discrezionale nella valutazione delle ragioni di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato che la giustificano. Unico limite è previsto dall'art. 19 del Tu per le ipotesi di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali.

La discrezionalità inoltre investe anche l'*an* della decisione, essendo nella facoltà del ministro disporre o meno il provvedimento (il ministro "può" e non deve).

Il provvedimento deve essere previamente comunicato alla Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro degli affari esteri.

La giurisdizione in caso di impugnazione appartiene alla magistratura amministrativa e la competenza in primo grado è individuata nel Tar del Lazio.

### 1.2 - L'espulsione prefettizia

Di ben più ampia applicazione è la disciplina della **espulsione prefettizia**, disposta:

- a) Quando lo straniero è entrato in Italia sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto. Si tratta dunque del caso in cui **lo straniero sia privo di alcun titolo legittimo per l'ingresso e la permanenza nello Stato**.
- b) Quando lo straniero si è trattenuto nello Stato senza aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, il permesso si stato revocato o annullato ovvero è scaduto da più di 60 giorni e non è stato chiesto il rinnovo. In tali casi, **lo straniero pur essendo regolarmente entrato nello Stato risulta privo di un valido titolo per la permanenza in Italia**.
- c) Quando lo straniero appartiene a una delle categorie indicate dall'art. 1 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423 (persona abitualmente dedita a traffici delittuosi, che vive

---

<sup>1</sup> G. BASCHERINI, voce: "Immigrazione" in Enciclopedia giuridica Treccani, 2000, p. 7

abituamente, anche in parte, con i proventi dell'attività delittuosa, ovvero dedita alla commissione di un particolare tipo di reati considerati particolarmente gravi) o dall'art. 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (indiziati di appartenere a associazioni di tipo mafioso). In tali casi è del tutto influente che lo straniero sia titolare del permesso di soggiorno.

Alla **espulsione dello straniero titolare della carta di soggiorno** inoltre è espressamente dedicato l'art. 9 comma 5, il quale consente la sola espulsione ministeriale e l'espulsione prefettizia nei casi di cui alla **lettera c)** dell'art. 13, comma 2, **purché sia stata applicata anche in via cautelare una delle misure di cui all'art. 14 della legge 19 marzo 1990, n. 55** (disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione della pericolosità sociale).

A tali ipotesi di espulsione si aggiunge quella prevista dall'art. 5 comma 7 del TU, non modificata dalla legge del 2002. Si tratta di una **ipotesi di espulsione facoltativa**, disposta nei confronti di stranieri muniti di permesso di soggiorno o di titolo equipollente rilasciato da uno Stato appartenente all'Unione Europea, valido per il soggiorno in Italia, che non abbiano dichiarato la loro presenza in Italia al questore entro 60 giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato.

Il provvedimento di espulsione prefettizia, tranne in quest'ultima ipotesi, è, a differenza della espulsione ministeriale, un **atto dovuto**.

Quando ricorrono i presupposti per la sua emanazione, e non sussistono i divieti di espulsione indicati dall'art. 19 del TU, l'autorità amministrativa è tenuta a procedere.

Oltre ai **divieti indicati dall'art. 19** comma 1 del TU, che valgono come si è visto anche per l'espulsione ministeriale, essendo fondati sul diritto di asilo, riconosciuto in Costituzione, **l'espulsione prefettizia incontra anche gli ulteriori limiti di cui al comma 2** dello stesso articolo 19: essa non può essere disposta nei confronti dei minori, dei titolari di carta di soggiorno, salvo il caso di cui alla lettera c), degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana e nei confronti di donne in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio a cui provvedono.

Le ipotesi di espulsione prefettizia sono connotate nelle **ipotesi di cui alle lettere a) e b)** da **vincolatività**, non essendovi alcun margine di apprezzamento discrezionale nella valutazione dei presupposti cui è subordinata: l'assenza di un titolo per l'ingresso nello Stato, la mancata richiesta del permesso di soggiorno nel termine previsto, il rifiuto del rilascio o del suo rinnovo, o il venir meno di tale titolo per scadenza, annullamento o revoca.

**Margini di discrezionalità** si rinvengono invece nella valutazione delle condizioni richieste nel caso di cui alla **lettera c)**. Non è infatti richiesta la previa adozione di alcuna misura di prevenzione da parte dell'autorità giudiziaria, pertanto l'autorità amministrativa dovrà autonomamente valutare la sussistenza dei presupposti indicati dalle norme richiamate.

Sul punto la giurisprudenza ha in più occasioni effettuato un sindacato sulle scelte dell'amministrazione richiedendo che la valutazione amministrativa si poggia su circostanze di fatto determinate e dati concreti, verificabili, sia pure nella loro valenza indiziaria. Il sindacato del giudice civile, all'atto della convalida, dovrà dunque estendersi a valutare tutti i vizi dell'atto, compreso l'eccesso di potere, nelle sue varie forme.

Il **procedimento** per l'adozione del provvedimento di espulsione è **avviato d'ufficio**. Può essere iniziato in caso di rifiuto di rilascio del permesso di soggiorno, di mancato rinnovo del permesso di soggiorno scaduto e di annullamento e revoca del permesso. L'avvio del

procedimento potrà inoltre avvenire a seguito di esposti, denunce e segnalazioni, anche da parte degli organi di pubblica sicurezza, di soggetti illegittimamente presenti nel territorio dello Stato.

Non è previsto l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di espulsione all'interessato né l'applicazione delle norme della legge 241/90 sulla partecipazione.

Infatti secondo la giurisprudenza è legittima la mancata previsione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento e delle altre norme che caratterizzano la partecipazione al procedimento amministrativo secondo la legge 241 del 1990, in ragione della particolare celerità e urgenza che caratterizza tali procedimenti<sup>2</sup>.

Si tratta di una deroga ai principi di partecipazione procedimentale che potrebbe trovare giustificazione anche in relazione all'orientamento giurisprudenziale che esclude l'illegittimità del provvedimento per violazione delle norme sulla partecipazione procedimentale quando si tratti di un provvedimento a contenuto vincolato, tenuto conto del fatto che quando l'espulsione si pone come epilogo del mancato rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno o del suo annullamento o revoca, la partecipazione dell'interessato al procedimento dovrebbe essere stata comunque garantita.

L'atto con il quale l'espulsione deve essere disposta, ovvero l'atto conclusivo del procedimento, è un decreto motivato.

### **1.3 - I divieti di reingresso e le ipotesi di revoca del permesso di soggiorno derivanti da condanna penale (anche non definitiva).**

La novità introdotta dall'art. 4 L. nr. 189/02 che ha modificato il comma 3° dell'art. 4 TU 286/98 è il divieto di ingresso per lo straniero che abbia già riportato in Italia condanna, anche con sentenza ex art. 444 cpp, per i reati indicati dalla norma.

*"Non è ammesso in Italia lo straniero... che risulti condannato, anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380 commi 1 e 2 cpp ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite"*

L'immutato art. 5 comma 5° TU 286/98 richiamando, per il rilascio di permesso di soggiorno, i presupposti necessari per l'ingresso, presupposti il cui venir meno comporta peraltro la revoca del permesso già concesso (*"Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso o il soggiorno nel territorio dello Stato ..."*) rende applicabili i nuovi motivi ostativi anche al rilascio di permesso di soggiorno, così come l'intervenuta condanna per uno dei reati indicati comporta la revoca del permesso

1^ osservazione: l'indicazione dei reati ostativi all'ingresso ed al soggiorno è attuata con riferimento alle ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 cpp) integrate con l'elencazione descrittiva di "altre" fattispecie delittuose. Alcune già rientrano, parzialmente, nella previsione dell'art. 380 cpp: basti il confronto tra *"reati inerenti gli stupefacenti"* e l'art.380 cpp lett. H) che concerne i delitti di cui all'art.73 DPR 309/90, fatti salvi i casi in cui ricorra la circostanza attenuante del 5° comma. L'indicazione ulteriore di "ogni" reato inerente gli stupefacenti ha dunque l'effetto di rendere ostativa all'ingresso ed al soggiorno pure ogni condanna per il V comma art. 73 DPR 309/90, esprimendo il rigore della nuova normativa che intende vietare la presenza nel nostro paese di ogni straniero condannato per fatti di droga

---

<sup>2</sup> V. C. Cost. Sent. 503 del 1987 e c. Cass. 6 luglio 2001 n. 12803 v. anche Cons. Stato, IV, 20 maggio 1999, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1999 n. 3

seppur di lieve entità.

2<sup>^</sup> osservazione: l'indicazione di alcune condotte e non di altre, pur previste alternativamente alle prime nel medesimo titolo di reato e colpite con la stessa pena, porta ad escludere dai reati ostativi le seconde: per esemplificare, non appaiono reati ostativi l'induzione ed il favoreggiamento della prostituzione

3<sup>^</sup> osservazione: l'assenza, nella norma, di ogni indicazione circa l'irrevocabilità della sentenza fa ritenere che anche una condanna non definitiva sia ostativa all'ingresso ed al soggiorno e determini l'espulsione del condannato già titolare di permesso (con dubbi profili di costituzionalità).

#### **1.4 - Nuove specifiche ipotesi di revoca del permesso di soggiorno e di espulsione:**

**1.4.1** - L'art. 21 L.189/02 modificativo dell'art.26 TU 286/98 in materia di "Ingresso e soggiorno per lavoro autonomo" ha introdotto il comma *7bis*: "*La condanna con provvedimento irrevocabile per alcuno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, Capo III, Sezione II della legge 22 aprile 1941 n.633 e successive modificazioni relative alla tutela del diritto di autore, e dagli articoli 473 e 474 del codice penale comporta la revoca del permesso di soggiorno rilasciato allo straniero e l'espulsione del medesimo con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica*"

Trattasi di misura di evidente rigore a tutela del diritto d'autore e dei marchi, che consegue alla condanna definitiva.

**1.4.2** - L'art. 29 L.189/02 ha inserito nell'art. 30 TU 286/98 il comma *1 bis* che prevede, quale espressa disposizione di contrasto ai matrimoni simulati contratti per eludere le norme sull'ingresso e sul soggiorno, la revoca immediata del permesso di soggiorno ottenuto per motivi familiari in conseguenza di matrimonio, qualora sia accertato che al matrimonio non è seguita l'effettiva convivenza (salvo che sia nata prole), norma evidentemente tesa a scoraggiare il fenomeno sempre più frequente di cittadini/e stranieri/e che "comprano le nozze" con persone italiane al fine di conseguire il rilascio di permesso di soggiorno. Quale possibile problema applicativo si segnala il caso della nascita di prole prima del matrimonio.

#### **1.5 - L'esecuzione dell'espulsione**

La l. 289/2002 specifica che **il decreto è immediatamente esecutivo**, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato.

L'esecuzione del provvedimento di espulsione avviene sempre mediante **accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica** (comma 4 art. 13 così come novellato dalla legge 189/2002). In un solo caso l'esecuzione dell'**espulsione avviene mediante intimidazione** a lasciare il territorio dello Stato entro quindici giorni: **quando il permesso di soggiorno sia scaduto** da più di 60 giorni e non ne sia stato chiesto il rinnovo, purché non vi sia il concreto pericolo che lo straniero di sottragga all'esecuzione del provvedimento, giacché in tal caso deve essere ugualmente eseguita mediante accompagnamento alla frontiera (comma 5 art. 13 così come novellato dalla legge 189/2002).

Il caso di mancato rispetto dell'obbligo di lasciare il Paese, non sembra possa configurarsi alcuna ipotesi di reato. Infatti, l'art. 14 comma 5 ter del TU, introdotto con la novella del 2002, punisce unicamente ed esclusivamente lo straniero che non adempie allo specifico ordine di espulsione di cui al comma 5 bis, qualora, dopo 60 giorni di permanenza nel centro, non sia stato possibile identificare lo straniero e procedere all'accompagnamento coattivo. Tale fattispecie di reato non può estendersi ad altre e diverse ipotesi oltre a quella

espressamente prevista (cfr. in tal senso GIP Verona, dott. S.Sernia, decreto di archiviazione del 27.9.02).

Unico effetto dunque del mancato rispetto dell'ordine sembra essere quello di consentire, in seconda battuta, l'accompagnamento coattivo, essendosi concretizzato il pericolo di sottrazione alla esecuzione del provvedimento.

Quando non può essere immediatamente eseguita l'espulsione perché occorre procedere al soccorso dello straniero o ad accertamenti in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero alla acquisizione dei documenti di viaggio, o ancora per l'indisponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone il **trattenimento dello straniero nel centro di permanenza temporanea e assistenza** (art. 14, comma 1).

Il decreto di espulsione, dunque, si accompagna normalmente alla previsione di accompagnamento coattivo immediato, ovvero, quando ciò non sia possibile, ad un provvedimento di trattenimento e di accompagnamento coattivo differito.

Nel caso in cui nonostante sia stato disposto il trattenimento, siano **trascorsi inutilmente i 60 giorni (30 più 30) per procedere alla identificazione dello straniero, ovvero**, ipotesi ben più plausibile, **i centri di assistenza siano saturi, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro 5 giorni**, con provvedimento scritto recante l'indicazione delle conseguenze penali della sua trasgressione. Il trattenimento oltre il termine nel territorio dello Stato è infatti punito dal comma 5 ter dello stesso articolo come reato contravvenzionale.

Si tratta dunque di una seconda ipotesi di **esecuzione mediante intimidazione**.

In tale caso la norma recita: si procede a nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Tuttavia ci si chiede come possa effettuarsi tale adempimento se l'identificazione dello straniero non è stata compiuta o se i centri di trattenimento non sono in grado di accogliere nessuno. Unica soluzione, non offrendo la legge altre indicazioni, sembra essere quella di una nuova intimidazione, confidando nell'effetto deterrente del processo o della sanzione penale irrogata. E' evidente il rischio che tale procedura si ripeta in una sorta di circolo vizioso dal quale non è dato uscire se lo straniero non decide di lasciare effettivamente lo Stato.

Una volta concluso il procedimento di adozione del provvedimento di espulsione, il quale sarà normalmente accompagnato dalla previsione dell'accompagnamento coattivo, essendo questa la modalità normale di esecuzione, si apre la fase della esecuzione del provvedimento.

Detta fase va considerata come un sub-procedimento autonomo, all'interno del quale si ravvisano attività materiali della amministrazione e ulteriori provvedimenti (il provvedimento di trattenimento), nonché il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nella procedura di convalida.

Qualora lo straniero sia sottoposto a procedimento penale, si verifica anche l'intervento dell'autorità giudiziaria procedente ai fini del rilascio del nulla osta all'esecuzione dell'espulsione, di cui si dirà tra breve.

Per meglio comprendere la tematica della esecuzione del provvedimento di espulsione possono forse essere utili alcuni brevi cenni sulle nozioni di esecutività ed esecutorietà nel diritto amministrativo.

La dottrina tradizionalmente definisce l'**efficacia del provvedimento** come attitudine a produrre effetti giuridici. Talvolta la produzione di effetti giuridici coincide con il perseguimento dell'interesse pubblico cui l'atto è preposto<sup>3</sup>. Si tratta di provvedimenti che

---

3 V. G. FALCON, voce: *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1991, p. 142 e ss.

incidono solo sulla realtà giuridica e non sulla realtà materiale e pertanto nei loro confronti non può porsi alcun problema di esecuzione. Si parla a tale proposito di atti autoesecutivi.

Molto più spesso, invece, la relazione tra efficacia giuridica e produzione del risultato perseguito dalla PA è meno immediata, poiché il risultato viene conseguito solo con un'attività di esecuzione. Tale attività di esecuzione può competere alla PA ovvero ad un amministrato, destinatario del provvedimento.

Quando non sussistano limiti legali alla realizzazione di tale attività materiale da parte della p.a. (per esempio la sospensione del provvedimento) né devono intervenire condizioni integrative dell'efficacia può parlarsi di **esecutività del provvedimento**, intesa come facoltà ma anche dovere della PA di realizzare le modificazioni della realtà materiale conseguenti al dettato del provvedimento.

Tuttavia, quando la produzione degli effetti materiali di provvedimento dipende esclusivamente dal comportamento del destinatario del provvedimento, può essere prevista dalla legge l'**esecutorietà dell'atto amministrativo** che consiste nel potere, espressamente conferito dalla legge alla PA, di ottenere l'esecuzione forzata dei propri provvedimenti, in caso di mancato spontaneo adempimento da parte del destinatario, senza ricorrere al giudice, ma in via di autotutela.

In concreto, "il contenuto dell'attività di esecuzione dipende dal risultato che si tratta di raggiungere, posto che in generale, l'esecuzione deve produrre esattamente lo stesso risultato della spontanea ottemperanza"<sup>4</sup>. Oggetto degli obblighi rimasti inadempiti possono essere: obbligo di dare, di fare (aventi ad oggetto prestazioni fungibili o infungibili) o di sopportare.

Quando tuttavia si tratta di obblighi relativi a prestazioni infungibili, secondo la dottrina, la coazione non può andare oltre quel tanto che può condurre alla realizzazione del risultato indipendentemente della volontà dell'obbligato<sup>5</sup> e può consistere al più nel "trasferimento del soggetto obbligato da un luogo ad un altro"<sup>6</sup>. Si pensi allo sgombero coattivo di aree, allo scioglimento di un assembramento pericoloso ecc.

In questi casi si parla di **coercizione diretta**.

Ora non sembra possa porsi in dubbio che il provvedimento di espulsione oltre a essere immediatamente esecutivo, come recita la legge, sia anche caratterizzato dalla esecutorietà quando debba essere eseguito mediante accompagnamento coattivo, potendo essere eseguito coattivamente, anche contro la volontà del destinatario.

Il problema, che è stato ampiamente dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, è quello della legittimità costituzionale di un tale potere in capo alla PA incidente non solo sulla libertà di circolazione del destinatario, ma anche sulla sua **libertà personale**.

La dottrina prevalente ritiene che il provvedimento di espulsione incida solo sulla libertà di circolazione mentre la sua esecuzione mediante accompagnamento coattivo o il provvedimento di trattenimento incidano sulla libertà personale. Tuttavia secondo taluni, l'accompagnamento coattivo dovrebbe ritenersi strettamente connesso al provvedimento di espulsione, essendo indispensabile per renderlo efficace ed effettivo, e quindi anch'esso incidente sulla libertà di circolazione. Secondo altri, invece, occorre sempre distinguere i due momenti della adozione del provvedimento di espulsione e della sua esecuzione. Quando l'esecuzione avviene mediante intimazione, imponendo al destinatario un obbligo di lasciare il territorio dello Stato entro un certo termine, si resterebbe nell'ambito dell'art. 16 Cost., quando invece vengono ad inserirsi elementi di coazione fisica (uso della forza pubblica per l'accompagnamento coattivo) si rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost.<sup>7</sup>.

4 V. G. FALCON, op.cit. p. 148

5 Cfr. A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1964, 819 e ss., spec. 842

6 *Ibidem*, 843

7 Cfr. per un esame della questione R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento*

Naturalmente incide sulla libertà personale anche il provvedimento di trattenimento.

Questa seconda opinione sembra essere quella preferita dalla Corte Costituzionale.

La **Corte costituzionale**, con **sentenza 10 aprile 2001 n. 105** ha infatti affermato che sia la misura del trattenimento che quella dell'accompagnamento coattivo alla frontiera **incidono sulla libertà personale, e non meramente sulla libertà di circolazione, e che pertanto non possono essere adottate al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione.**

La Corte ha inoltre affermato che il giudice, in sede di convalida del provvedimento di trattenimento, deve verificare anche la legittimità del provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera, essendo chiamato a verificare anche la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 13 e 14 del TU<sup>8</sup>.

In conclusione, alla luce di questa pronuncia della Corte, deve ritenersi che tanto l'espulsione con accompagnamento coattivo che il provvedimento di trattenimento, incidendo sulla libertà personale dello straniero, devono essere comunicati entro 48 ore al giudice civile e sottoposti entro 48 ore alla convalida da parte del giudice, nel rispetto dei termini prescritti dall'art. 13 della Costituzione.

Tale sembra essere l'unica interpretazione conforme a Costituzione della disciplina vigente, che invece sembra prevedere il procedimento di convalida solo per il trattenimento, sposando in sostanza la tesi della strettissima interconnessione tra espulsione e accompagnamento coattivo.

La generalizzazione della espulsione mediante accompagnamento coattivo, in luogo di quella per intimazione che era prevista nel disegno originario della legge n. 40 del 1998, determinerebbe, alla luce di tale interpretazione conforme a Costituzione, un sostanziale ampliamento del controllo giurisdizionale sul provvedimento di espulsione mediante il procedimento di convalida, mentre l'intervento del giudice sarebbe rimesso al ricorso dell'interessato solo nei casi di espulsione da eseguirsi mediante intimazione.

### **1.6 - Classificazione del provvedimento di espulsione nell'ambito dei provvedimenti amministrativi.**

L'inquadramento del provvedimento di espulsione con accompagnamento coattivo e del provvedimento di trattenimento nell'ambito dei provvedimenti amministrativi non appare agevole a causa della sua peculiare natura di provvedimenti non meramente obbligatori ma coercitivi e direttamente incidenti sulla libertà personale, carattere che non compete agli altri atti dell'autorità amministrativa.

L'esecuzione dell'obbligo di natura personale avente ad oggetto cioè un *facere* infungibile, derivante dal provvedimento amministrativo, è in genere rimessa alla volontà dell'obbligato, salvo casi eccezionali in cui la legge consente la coercizione diretta dell'obbligo (si pensi ad esempio all'obbligo di leva che è direttamente coercibile mediante il ricorso alla forza pubblica). Di norma in questi casi si ricorre invece alla coercizione indiretta, mediante il ricorso alla minaccia della sanzione penale o amministrativa in caso di inadempimento dell'obbligo.

Taluni hanno ritenuto di poter inquadrare le espulsioni amministrative nell'ambito delle sanzioni amministrative, pur criticando la possibilità che delle sanzioni amministrative possano tradursi in misure restrittive della libertà personale<sup>9</sup>.

Sembra invece più opportuno far rientrare il provvedimento di espulsione nella categoria degli ordini generali (che prescindono cioè dall'esistenza di una particolare relazione tra il privato e la PA di supremazia speciale, come avviene invece ad esempio nell'ambito del

---

*coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e assistenza*, in *Stranieri tra i diritti*, Atti del convegno tenutosi a Ferrara il 26 gennaio 2001, Torino, p. 7 e ss.

<sup>8</sup> In termini v. anche C. Cost., ord. 24.4.-7.5.2002 n. 170

<sup>9</sup> G. D'AURIA, *Immigrazione ed emigrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, tomo I, parte speciale, Torino, 2000, p. 777

rapporto di pubblico impiego) aventi un contenuto di comando, caratterizzato, quando non deve essere eseguito mediante intimazione, da una specifica modalità di attuazione coattiva che coinvolge la garanzia giurisdizionale.

## 2) Forme di coordinamento tra procedimento penale e procedimento di espulsione

Profili di interferenza tra procedimento penale e procedimento di espulsione possono verificarsi quando lo straniero sia sottoposto ad un procedimento penale sia per un qualsiasi reato sia per gli specifici reati previsti dai commi 5 *ter* e 5 *quater* dell'art. 14 del TU, dal comma 13 e 13 *bis* dell'art. 13 del TU, introdotti dalla legge n.189 del 2002.

Le norme prevedono diverse forme di coordinamento tra il procedimento penale e il procedimento amministrativo di espulsione, finalizzate a rendere più celere e sicura l'espulsione (ove ne sussistano i presupposti) dello straniero coinvolto in un procedimento penale, contemperando con tale esigenza quelle di natura processuale che l'autorità giudiziaria è chiamata a valutare.

Le riflessioni sopra svolte circa la distinzione tra fase di emanazione del provvedimento di espulsione e fase dell'esecuzione coattiva del provvedimento mediante accompagnamento coattivo immediato o previo trattenimento possono essere utili ai fini di meglio inquadrare l'ambito in cui l'autorità giudiziaria penale è chiamata a intervenire nel procedimento amministrativo.

Infatti, mentre non sussistono profili di interferenza nella fase della adozione del provvedimento di espulsione (ad eccezione dei casi in cui sia disposta l'espulsione di cui alla lettera c) dell'art. 13, comma 2, a seguito di risultanze di procedimenti penali), è in relazione alla fase di esecuzione della espulsione che deve intervenire l'autorità giudiziaria procedente ai fini del **rilascio del nulla osta**.

Tuttavia, la legge prevede anche un'altra modalità di interrelazione tra autorità giudiziaria in sede penale e procedimento di espulsione, imponendo agli uffici giudiziari taluni **obblighi di comunicazione**. È interessante notare che viceversa non sono previsti obblighi di comunicazione da parte dell'autorità amministrativa all'autorità giudiziaria procedente per informarla dell'avvenuta espulsione, anche se comunque potrebbero essere stimulate procedure a ciò finalizzate, mediante accordi con gli uffici amministrativi preposti.

### 2.1 - Nulla osta all'esecuzione dell'espulsione

In alcune ipotesi descritte dal TU, il legislatore richiede una effettiva partecipazione dell'autorità giudiziaria al procedimento amministrativo, nella forma del rilascio del nulla osta all'esecuzione dell'espulsione.

Come si diceva sopra, il nulla osta deve intervenire in relazione alla fase di esecuzione della espulsione, integrando una condizione integrativa dell'efficacia che consente la effettiva esecuzione del provvedimento di espulsione.

Si deve ritenere che il **nulla osta** debba essere rilasciato anche in caso di esecuzione mediante intimazione, poiché essa è **volto a garantire le esigenze processuali rispetto alla eventuale espulsione della persona sottoposta a procedimento penale**, esigenze che si ravvisano in relazione a qualunque tipo di espulsione.

Tuttavia tra i vari casi disciplinati dalla legge non è sempre chiaro se il procedimento amministrativo di espulsione sia già iniziato o meno e se il rilascio del nulla osta debba essere previamente sollecitato da apposita istanza del questore o essere effettuato d'ufficio, in vista

di un futuro eventuale procedimento amministrativo ancora da iniziare.  
Ma andiamo per ordine.

### **2.1.a - Nulla osta su richiesta del questore**

L'art. 13, al comma 3, così come modificato dalla legge n.189 del 2002 prevede che "Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova **in stato di custodia cautelare in carcere**, il questore, prima di eseguire l'espulsione, richiede il nulla osta all'**autorità giudiziaria**, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali. Il questore, ottenuto il nulla osta, provvede all'espulsione con le modalità di cui al comma 4. Il nulla osta si intende concesso qualora l'autorità giudiziaria non provveda entro quindici giorni dalla data di ricevimento della richiesta da parte dell'autorità giudiziaria competente. In attesa della decisione sulla richiesta di nulla osta, il questore può adottare la misura del trattenimento presso un centro di permanenza temporanea, ai sensi dell'articolo 14".

In primo luogo occorre osservare che nel caso in cui lo straniero sia sottoposto a più procedimenti penali, dovrà richiedersi il nulla osta per ciascuno di essi alle varie autorità giudiziarie competenti.

In questa ipotesi appare chiaro che il nulla osta debba essere rilasciato solo su richiesta del questore e non d'ufficio.

Spetta infatti al questore richiedere il nulla osta all'autorità giudiziaria prima di eseguire l'espulsione. Il procedimento di espulsione in questo caso, dunque, sembrerebbe doversi essere già concluso con l'emanazione del provvedimento finale; il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria si porrebbe dunque come mera condizione integrativa dell'efficacia rispetto alla esecuzione della espulsione. Ciò è confermato dalla previsione della sospensione dell'esecuzione dell'espulsione e della possibilità di disporre il trattenimento in attesa della pronuncia dell'autorità giudiziaria.

Circa le formalità con cui la richiesta deve essere effettuata sembra potersi ritenere che essa debba pervenire con atto scritto, visto che è dal ricevimento della richiesta che decorre il termine di 15 giorni per il rilascio del nulla osta. La procedura è quella del **silenzio-assenso**: decorso inutilmente il termine il nulla osta si intende rilasciato.

Il silenzio assenso potrà formarsi solo se lo straniero non si trovi in stato di custodia cautelare in carcere, giacché questo è un presupposto della fattispecie. Analogamente potrà ritenersi nel caso in cui il nulla osta venga richiesto nonostante si proceda per reati per cui non è possibile rilasciarlo, anche se in questo caso la norma non pone tale requisito come presupposto per la formazione del silenzio assenso ma piuttosto come divieto al giudice di rilasciarlo.

Tale proceduralizzazione potrebbe allungare i tempi della espulsione che attualmente sono molto più rapidi essendo di norma richiesto per via breve con mezzi telefonici.

Quanto alla individuazione dell'autorità giudiziaria competente a rilasciare il nulla osta, deve rilevarsi che la richiesta di un nulla osta all'autorità giudiziaria in simili casi era già prevista nella legge n. 40 del 1998. L'interpretazione fornita nella prassi, in vigenza della precedente normativa, era nel senso che l'autorità giudiziaria competente fosse da individuare nel PM, quanto meno nella fase delle indagini preliminari, e successivamente il giudice precedente. Infatti, nel caso di arresto in flagranza la norma espressamente menzionava il giudicante come soggetto deputato a tale adempimento. Non vi è ragione di ritenere mutata tale interpretazione anche con la nuova legge.

Appare chiaro, infatti, che se si dovesse ritenere, invece, competente anche nella fase delle indagini preliminari il GIP potrebbero verificarsi problemi nella tempestività della decisione.

La precedente disciplina inoltre non era previsto espressamente che il nulla osta non potesse essere rilasciato per l'imputato in stato di custodia cautelare, tuttavia interpretandosi la norma relativa al nulla osta rilasciato dal giudice (in base alla quale il nulla osta doveva essere rilasciato all'atto della convalida dell'arresto se non venivano disposte misure cautelari) poteva ritenersi che l'esistenza di misura cautelari personali fosse ostativa al rilascio del nulla osta, che di conseguenza poteva essere rilasciato solo per i liberi.

La legge n. 189 del 2002, invece, esclude che ove sia stata disposta la custodia cautelare in carcere possa essere rilasciato il nulla osta; va sottolineato che la norma si riferisce esclusivamente alla misura della custodia cautelare in carcere e non anche alle altre misure cautelari ancorché detentive.

Con la novella del 2002 la fattispecie del nulla osta è stata più compiutamente dettagliata anche con riferimento ai presupposti ai quali il suo rilascio è condizionato e, in particolare, sono state esemplificate le **inderogabili esigenze processuali** in presenza delle quali il nulla osta può essere negato. Si tratta di esigenze connesse all'accertamento della responsabilità di terzi o all'interesse della persona offesa.

Mentre appare evidente l'esigenza processuale connessa all'**accertamento della responsabilità di coimputati o imputati in procedimento connesso**, in relazione alla possibilità di consentire allo straniero di rendere le sue dichiarazioni prima al PM e poi in dibattimento, esigenze che dovranno essere puntualmente espresse in riferimento ad elementi concreti (v. Cass. sez. I, sent. n. 6388/98) meno chiaro appare cosa debba intendersi per "**interesse della persona offesa**".

Un interesse della persona offesa che potrebbe apparire rilevante sembra quello a che non si giunga ad una sentenza di non luogo a procedere ai sensi del comma 3 *quater*. Che così recita: "Nei casi previsti dai commi 3, 3-bis e 3-ter, il giudice, acquisita la prova dell'avvenuta espulsione, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio, pronuncia sentenza di non luogo a procedere". Si può pensare inoltre all'interesse a conseguire il risarcimento del danno.

Ci si chiede, tuttavia, come si debba verificare la sussistenza di un interesse della p.o. nei casi di reato perseguibili d'ufficio e se nei casi di reato procedibile a querela sia sufficiente a manifestare un tale interesse la presentazione di una querela o occorra qualcosa in più, e come si concili questa previsione con la celerità dei termini in cui l'autorità giudiziaria deve effettuare tale valutazione comparata ai ben più ampi termini per la presentazione della querela e per il coinvolgimento della p.o..

E' interessante sottolineare inoltre che tra le inderogabili esigenze processuali ostative al rilascio del nulla osta non è prevista quella della partecipazione al procedimento dell'imputato (magari per verificare il suo stesso alibi).

La norma deve essere interpretata tenendo conto della previsione di cui all'art. 17 del TU, che consente allo straniero sottoposto a procedimento penale di fare rientro in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, previa autorizzazione rilasciata dal questore.

La procedura indicata dall'art. 17, conforme alla giurisprudenza costituzionale secondo la quale il divieto di rientro che consegue alla espulsione cessa con l'autorizzazione della PA a rientrare per difendersi dalla imputazione, autorizzazione che non può essere negata stante la natura fondamentale del diritto di difesa (sent. 104 del 1969), riguarda l'ipotesi dello straniero che per qualunque ragione si trovi già fuori dal territorio dello Stato, o per essersene andato spontaneamente o per essere già stato espulso.

Pertanto, la volontà di partecipare al procedimento espressa dall'imputato non sembra

possa costituire una valida ragione per negare il nulla osta alla espulsione. L'imputato espulso potrà solo far pervenire al giudice la sua dichiarazione di voler partecipare al procedimento chiedendo un rinvio al fine di poter fare rientro in Italia nei modi prescritti dall'art. 17.

Da notarsi che il nulla osta non è richiesto per l'espulsione della persona offesa, nonostante la sua espulsione potrebbe avere ripercussioni processuali, impedendo la raccolta della prova.

Anche per la p.o., dunque, unico modo per consentirne la partecipazione al processo è quello previsto dall'art. 17 sopra citato. Lo straniero parte offesa e lo straniero imputato sono stati assimilati dall'art. 16 L.189/02 che ha modificato l'art. 17 TU 286/98 sul "diritto di difesa", inserendo (parte evidenziata) la persona offesa in norma pensata per l'imputato: "*Lo straniero **parte offesa ovvero** sottoposto a procedimento penale è autorizzato a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza. L'autorizzazione è rilasciata dal questore anche per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare su documentata richiesta **della persona offesa o dell'imputato o del difensore***"

Restano poi salve le ipotesi di cui all'art. 18 del TU che consentono il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale quando, in relazione a procedimenti in materia di prostituzione o ai reati di cui all'art. 380 c.p.p., siano accertate situazioni di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, teste, parte offesa o anche coimputato, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità<sup>10</sup>.

Infine, si rileva come tra le esigenze processuali rilevanti ai fini di negare il nulla osta non vi sia quella, ad esempio, relativa alla necessità di esperire una ricognizione personale dell'imputato.

Secondo quanto prevede il comma 3-sexies, "Il nulla osta all'espulsione non può essere concesso qualora si proceda per **uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nonché dall'articolo 12 del presente decreto**".

Tale previsione evidentemente sta a significare che per i reati che l'ordinamento considera più gravi l'esecuzione della pretesa punitiva resta un valore preminente rispetto a quello della espulsione degli stranieri irregolari.

Pertanto, per riassumere, le condizioni ostative al rilascio del nulla osta sono:

- 1) lo stato di custodia cautelare in carcere dell'imputato (con esclusione quindi delle altre misure cautelari, anche degli arresti domiciliari);
- 2) l'esistenza delle inderogabili esigenze processuali sopra enumerate;
- 3) la natura del reato contestato all'imputato.

Potrebbe dunque verificarsi l'ipotesi di uno straniero, sottoposto a procedimento penale, detenuto agli arresti domiciliari o soggetto a obbligo di presentazione alla p.g., per il quale venga richiesto il nulla osta all'espulsione.

In tali casi la competenza al rilascio nel nulla osta sarebbe del giudice (normalmente il GIP) che potrebbe non essere a conoscenza di esigenze processuali inderogabili, ad esempio connesse all'accertamento della responsabilità di terzi, note invece al PM che sta conducendo le indagini, e che, non trattandosi di reati di cui all'art. 407, comma 2 lettera a) c.p.p. o di cui all'art. 12 del TU sull'immigrazione, ritenga di concedere il nulla osta, con ciò frustrando gli esiti delle indagini in corso.

Per evitare tale effetto appare opportuno che il giudice richieda comunque un **parere al PM**, anche se la norma non lo prevede.

In ogni caso, qualora il giudice rilasciasse ugualmente il nulla osta, ne deriverebbe, come

---

<sup>10</sup> Non si registrano modifiche in tema di art.18 (soggiorno per motivi di protezione sociale) e non si comprende perché tuttora manchi, in tale disposizione, il richiamo all'art. 12 TU 286/98 a favore delle vittime di tali reati.

materiale effetto della esecuzione della espulsione, il venir meno della misura cautelare applicata.

In sostanza il rilascio del nulla osta sarebbe equiparato, quanto agli effetti, ad una revoca della misura in atto, revoca peraltro implicita o addirittura tacita nei casi di silenzio assenso e condizionata alla effettiva esecuzione della espulsione.

La abnormità di tale conseguenza appare di tutta evidenza: vi sarebbe un provvedimento implicito o tacito di un giudice atto a incidere su di una misura cautelare personale, in piena violazione dell'art. 111 della Costituzione che prescrive la motivazione (e quindi l'adozione con atto espresso) di tutti i provvedimenti giurisdizionali.

Si porrebbe inoltre il non lieve problema di come consentire al PM di impugnare tale decisione.

Sicuramente non potrà negarsi il ricorso diretto in Cassazione, con auspicabile eccezione di incostituzionalità della norma.

E' ipotizzabile inoltre l'appello al tribunale del riesame, anche se con qualche forzatura normativa, non essendovi una ordinanza da impugnare.

### **2.1.b - nulla osta all'atto della convalida dell'arresto o del fermo**

Il nulla osta, inoltre, deve essere rilasciato dal giudice anche all'atto della convalida dell'arresto o del fermo. Dispone infatti il comma "3-bis. Nel caso di arresto in flagranza o di fermo, il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 391, comma 5, del codice di procedura penale, o che ricorra una delle ragioni per le quali il nulla osta può essere negato ai sensi del comma 3."

Non è chiaro se anche in questo caso sia necessaria una richiesta del questore, alla quale la norma peraltro non fa cenno, o se il giudice sia tenuto d'ufficio rilasciare il nulla osta.

Appare più consono alla lettera della legge, che non prevede specifica richiesta da parte del questore, **il rilascio d'ufficio del nulla osta**, con evidenti problemi in ordine alla possibilità concreta per il giudice di verificare la sussistenza dei presupposti per il rilascio del nulla osta in ragione dei tempi rapidissimi di decisione.

In tale secondo caso, il nulla osta si configurerebbe come un **adempimento preventivo** e meramente eventuale rispetto alla possibile emanazione di un decreto di espulsione. Non sembra infatti che al giudice spetti alcuna valutazione prognostica circa la possibilità che l'espulsione venga poi effettivamente disposta, spettando all'autorità amministrativa competente la valutazione circa la sussistenza dei presupposti di legge.

La norma sembra solo richiedere che l'arrestato o il fermato sia un cittadino extracomunitario. Il giudice potrebbe quindi dover rilasciare il nulla osta anche in casi in cui l'espulsione non potrebbe comunque essere disposta.

Appare comunque ragionevole ritenere che quantomeno in caso di arresto o fermo per i reati di cui ai commi 13 e 13 *bis* dell'art. 13 e 5 *ter* e 5 *quater* dell'art. 14 che puniscono proprio la violazione del divieto di reingresso in caso di precedente espulsione, il nulla osta debba comunque essere rilasciato anche in assenza di specifica richiesta.

Non sembra ipotizzabile che in tali casi, mancando una espressa richiesta del questore, possa formarsi il silenzio assenso. Tuttavia, questo potrà formarsi successivamente se verrà inoltrata la richiesta e decorreranno inutilmente i termini previsti.

Anche se la norma non lo prevede, appare necessario che di tale nulla osta sia data comunque **comunicazione al questore**.

### **2.1.c - nulla osta all'atto della revoca o dell'estinzione della misura della custodia cautelare in carcere**

L'ultima ipotesi di rilascio di nulla osta è prevista dal comma 3-ter secondo il quale "Le

disposizioni di cui al comma 3 si applicano anche allo straniero sottoposto a procedimento penale, dopo che sia stata revocata o dichiarata estinta per qualsiasi ragione la misura della custodia cautelare in carcere applicata nei suoi confronti. Il giudice, con lo stesso provvedimento con il quale revoca o dichiara l'estinzione della misura, decide sul rilascio del nulla osta all'esecuzione dell'espulsione. Il provvedimento è immediatamente comunicato al questore”.

Anche in questo caso ci si chiede se il nulla osta debba essere rilasciato d'ufficio ovvero solo nel caso in cui vi sia stata in precedenza una specifica richiesta da parte del questore, disattesa ad esempio per lo stato di custodia cautelare dello straniero. Pare tuttavia preferibile, stante la lettera della legge che impone il rilascio del nulla osta con lo stesso provvedimento di revoca o estinzione della misura, la soluzione interpretativa del **rilascio d'ufficio del nulla osta**.

In tutti e due i casi da ultimo esaminati, tuttavia, la possibilità che l'espulsione venga eseguita effettivamente appare in concreto assai rara, tutte le volte in cui l'imputato venga rimesso in libertà prima della concreta eseguibilità del provvedimento di espulsione e di trattenimento nel centro di permanenza. C'è il rischio cioè che un nulla osta, avulso da un procedimento amministrativo di espulsione già conclusosi, si traduca in un mero adempimento formale o al più in uno stimolo all'autorità amministrativa per l'avvio del procedimento di espulsione.

#### **2.1.d - un'interpretazione alternativa del nulla osta del giudice all'espulsione dell'indagato non detenuto in carcere**

L'art 13.3 *bis* è chiaro ed esplicito nell'attribuire al giudice il nulla osta per lo straniero che abbia subito un arresto od un fermo, così come è palese che non vi sia un espresso riferimento ad un atto di impulso della PA ed alla preesistenza di un provvedimento di espulsione. Peraltro una serie di argomenti di tipo sistematico, per dare coerenza al sistema ed evitare effetti paradossali, inducono a non attribuire eccessivo significato a tale silenzio e pertanto a ritenere che neppure in tali casi vi possa essere un nulla osta preventivo.

La norma prevede che il nulla osta sia pronunciato all'atto della convalida (articolato sugli stessi profili di cui al comma 3) a meno che sia disposta la custodia cautelare in carcere. Perché solo per questa misura e non per le altre? Ed in particolare se il giudice applica gli arresti domiciliari e rilascia il nulla osta vuol forse dire che la Questura può andare a prendere lo straniero a casa ed accompagnarlo alla frontiera senza nulla riferire al giudice e/o al PM?

Nei confronti dello straniero che ha commesso un reato grave la misura coercitiva della custodia cautelare in carcere è frequente. Ma in presenza di reati minori (ad esempio un 73 co V DPR 309/90 per hashish) e di soggetti ben identificati non è rara l'applicazione di misura meno gravosa.

Un primo argomento lo si può trarre dall'art 13.3 *ter*; nel quale nelle ipotesi di revoca o sostituzione della misura coercitiva si prevede il rilascio del nulla osta “all'esecuzione dell'espulsione”, il che induce e consente di ritenere che un provvedimento sia già in atti e che il nulla osta si inserisca tra la sua emissione e la sua esecuzione.

In secondo luogo il giudice si trova innanzi uno “straniero”, ma non sempre sa se è titolare o meno di un permesso di soggiorno e quindi non sa nemmeno se potenzialmente possa essere oggetto di un provvedimento di espulsione. Insomma il rischio è che si rilascino, senza che nemmeno sia stato avviato il vero procedimento di espulsione, nulla osta all'espulsione per soggetti che non rientrano nelle categorie per le quali il Prefetto può emettere il decreto.

Inoltre per lo straniero per il quale il giudice abbia applicato ex art 292 cpp gli arresti domiciliari, o altra misura diversa dal carcere, o l'abbia disposta in “sostituzione”, non sarà il giudice a rilasciare il nulla osta, ma il PM ex art 13.3 T.U. (il PM infatti è competente per tutti

i procedimenti nei quali siano irrogate misure meno afflittive del carcere e non è applicabile l'art 13.3 *ter* che prevede la competenza del giudice solo per i provvedimenti di “revoca” o “estinzione” della custodia cautelare in carcere e non la mera sostituzione con misura meno gravosa). Nel caso di applicazione di misura custodiale (carcere o arresti domiciliari) è infatti il giudice a comunicare al questore il provvedimento ex art 15 1 *bis* senza alcun dovere di pronunciarsi sul nulla osta.

In tali casi pertanto titolare del nulla osta nella fase delle indagini preliminari sarà il PM.

Si ritiene che in un quadro siffatto il rilascio di un nulla osta preventivo sarebbe disarmonico rappresentando un'eccezione non giustificata dal carattere d'urgenza del provvedimento di scarcerazione. L'urgenza infatti vi è altresì quando il GIP, dopo l'interrogatorio di garanzia, dispone la sostituzione del carcere con altra misura per la quale, come si è appena visto, non ha alcun onere di rilascio del nulla osta.

Come accennato questa opzione interpretativa ha il vantaggio di rendere omogenei i comportamenti della Questura e di rendere noto all'autorità giudiziaria che vi è effettivamente in corso un procedimento di espulsione. Avendo agli atti il decreto ed il precedente nulla osta avrà un senso chiedere alla PA se quel decreto di espulsione ha poi avuto effettiva esecuzione al fine di pronunciare il non luogo a procedere.

Pertanto per quanto riguarda l'ufficio del Pubblico Ministero, gli istituti del silenzio-assenso nel termine di 15 giorni e del motivato eventuale diniego rendono necessario un adeguamento dell'attuale prassi della richiesta orale di nulla osta al PM di turno. La data di ricevimento della richiesta potrà essere attestata dalla data di deposito della comunicazione di notizia di reato (contenente anche la richiesta di nulla osta all'espulsione) in modo che, alla luce della denuncia e dei suoi effettivi contorni, il pubblico ministero possa o meno ravvisare le inderogabili esigenze processuali di cui sopra e la sussistenza o meno di un reato che impedisca l'espulsione (per esempio, la rapina e l'estorsione semplici non sono ostative al nulla osta, quelle aggravate sì).

Come già sottolineato (§ 2.1.a) l'immediata esecutività dell'espulsione e la mancata previsione di richiesta di nulla osta anche per la parte lesa che sia clandestina, di cui, invece, andrebbe subito valutata e tutelata la necessità di permanenza in Italia, possono creare seri inconvenienti: nulla infatti pare impedire che la parte lesa venga accompagnata alla frontiera prima che la stessa notizia di reato sia inoltrata agli uffici di Procura.

## **2.2 - Riflessioni sulla alternatività tra custodia cautelare in carcere ed espulsione**

Condizione ostativa al rilascio del nulla osta è in tutti i casi esaminati la mancata applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, rispetto alla quale l'espulsione si pone in sostanza come alternativa.

A questo proposito non può non rilevarsi come la scelta circa l'applicazione della custodia cautelare in carcere non possa non essere influenzata da valutazioni connesse alla successiva espulsione dell'imputato o indagato.

Si vuol dire che la valutazione circa il rischio di reiterazione del reato potrebbe mutare, nel senso di ritenere non necessaria la misura cautelare in carcere, se il giudice avesse la garanzia della espulsione dello straniero dal territorio dello Stato.

D'altro canto, la certezza dell'espulsione dello Straniero potrebbe influire sulla valutazione del pericolo di fuga in senso opposto. In tali casi, si avrebbe infatti la quasi certezza della impossibilità di garantire l'esecuzione della pena in territorio italiano, in quanto spesso i Paesi d'origine dei cittadini extracomunitari non hanno stipulato convenzioni internazionali con l'Italia per l'extradizione o per la richiesta di esecuzione della pena all'estero. A parte dunque i reati più gravi di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), del codice

di procedura penale, nonché dall'articolo 12 del TU per i quali il nulla osta non può essere concesso, il giudice nella scelta della misura dovrà anche valutare se la quasi certa sottrazione dell'imputato - indagato alla esecuzione della sanzione derivante dalla espulsione non integri l'esigenza cautelare di cui alla lettera b) dell'art. 274 c.p.p.

Una tale valutazione potrà essere compiuta alla luce della possibilità della espulsione a titolo di sanzione sostituiva qualora la pena da irrogare non superi i due anni, che evidentemente presuppone una scelta del legislatore di rinunciare alla esecuzione della pena se la condanna è contenuta entro tali limiti. Il giudice potrebbe quindi evitare di disporre la custodia cautelare in carcere, rilasciando quindi il nulla osta, solo se riterrà di dover irrogare una sanzione compatibile con il limite dei due anni previsto per la sanzione sostituiva, non potendosi in tali casi ravvisare il pericolo di fuga.

Va poi ricordato che la legge del 2002 ha previsto che l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva non possa essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi non solo uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ma anche i delitti previsti dal presente decreto, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni.

Qualora non sia possibile l'irrogazione della sanzione sostitutiva, il giudice dovrà probabilmente disporre la custodia cautelare in carcere, a meno di non ritenere che il legislatore, nel limitare ai soli reati di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nonché dall'articolo 12 del TU il divieto di espulsione, non abbia inteso consentire per tutti gli altri reati, ancorché gravi, la sottrazione alla esecuzione della pena. Tale ultima soluzione appare tuttavia difficilmente sostenibile.

A tali difficoltà di valutazione si aggiunga il fatto che solo quando il nulla osta è richiesto dal questore, il giudice è posto in condizione di sapere che l'espulsione verrà effettivamente eseguita e potrà quindi tenerne conto ai fini dell'eventuale mantenimento della misura custodiale. Negli altri casi, non sapendo se il procedimento di espulsione sia stato avviato non potrà tenerne conto ai fini dell'applicazione della misura.

In conclusione, l'alternatività tra espulsione e custodia cautelare, introdotta dalla nuova legge, a causa dei problemi di coordinamento tra attività giudiziaria e amministrativa potrebbe avere effetti distorti rispetto alle finalità perseguite dal legislatore.

### **2.3 - Obblighi di comunicazione: comma 1 bis dell'art. 15**

Il primo luogo, la legge 189 del 2002 ha introdotto il comma 1. bis all'articolo 15 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998, dopo il comma 1 che così recita:

"1-bis. Della emissione del provvedimento di custodia cautelare o della definitiva sentenza di condanna ad una pena detentiva 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 della espulsione subito dopo la cessazione del periodo di custodia cautelare o di detenzione".

La comunicazione è dovuta in caso di emissione di un provvedimento di custodia cautelare, sia in carcere che di arresti domiciliari. Si noti, invece, che in materia di nulla osta il legislatore specificamente fa riferimento alla sola custodia cautelare in carcere.

Non è chiaro se la comunicazione debba essere data dall'autorità giudiziaria o dagli uffici giudiziari (la cancelleria del giudice). Appare preferibile la seconda soluzione almeno per quanto attiene alla comunicazione della sentenza definitiva di condanna a pena detentiva, giacché il giudice non è normalmente informato del passaggio in giudicato della sentenza.

Coerentemente con l'introduzione del comma 1 bis, la rubrica dell'articolo 15 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998 è stata sostituita dalla seguente: "Espulsione

a titolo di misura di sicurezza e disposizioni per l'esecuzione dell'espulsione".

L'inserimento del comma 1 bis dopo la previsione della espulsione a titolo di misura di sicurezza nonché la modifica della rubrica potrebbero indurre l'interprete a ritenere che detta comunicazione sia funzionale a garantire un coordinamento tra gli uffici giudiziari e gli organi amministrativi preposti alla esecuzione della espulsione, in modo tale che una volta disposta dal giudice l'espulsione a titolo di misura di sicurezza essa possa essere poi tempestivamente eseguita. In tal senso depone anche la lettera della legge nella parte in cui fa riferimento alla finalità di "consentire l'esecuzione della espulsione".

Tuttavia, tale lettura della norma non è l'unica possibile. Infatti, se la norma fosse effettivamente **finalizzata solo a consentire l'esecuzione della espulsione disposta dal giudice a titolo di misura di sicurezza**, non sarebbe stato necessario il riferimento emissione del provvedimento cautelare, che evidentemente è antecedente alla chiusura del processo con irrogazione della misura di sicurezza e al passaggio in giudicato della sentenza.

Inoltre, anche l'inciso "in presenza dei requisiti di legge", non sarebbe compatibile con la finalità sopra indicata della comunicazione, giacché si deve presumere che una volta disposta l'espulsione a titolo di misura di sicurezza e passata in giudicato la sentenza, l'autorità amministrativa non possa più sindacare la sussistenza dei requisiti di legge per l'adozione della misura, considerato peraltro che l'art. 15, comma 1 fa riferimento, come unico requisito per l'adozione della misura, alla sussistenza della pericolosità sociale e alla condanna per taluno dei delitti previsti dagli artt. 380 e 381 c.p.p..

Peraltro, considerata la natura della misura di sicurezza ad esecuzione istantanea, che non consente forme di controllo e di riesame della persona nei cui confronti la misura è disposta, induce a ritenere, nel silenzio della legge che nulla dispone in proposito, quanto meno dubbia la possibilità della revoca anche da parte dell'autorità giudiziaria ai sensi degli artt. 207 e 208 c.p., pur ritenuta sussistente da certa dottrina<sup>11</sup>.

Tali indicazioni testuali, di contro, sembrano poter giustificare un'altra interpretazione della *ratio* della norma.

Si potrebbe cioè ritenere che la previsione della comunicazione di cui al comma 1 bis sia stata introdotta non solo al fine di garantire l'esecuzione della espulsione misura di sicurezza, ma anche al diverso fine di stabilire **forme di coordinamento tra autorità giudiziaria e amministrativa**, per i casi in cui ci sia stata l'emanazione di un provvedimento restrittivo della libertà personale di un cittadino extracomunitario, **in modo da agevolare l'avvio** in tali casi **del procedimento di espulsione**, ove ne sussistano i requisiti di legge. In tal caso per requisiti di legge dovrebbero intendersi non quelli per l'adozione della misura di sicurezza da parte del giudice o per la sua esecuzione (l'art. 14 infatti prevede comunque una forma di espulsione per intimazione nel caso in cui non si riesca ad identificare compiutamente lo straniero), ma ai requisiti di cui all'art. 13 per l'adozione della misura in via amministrativa, da valutarsi autonomamente da parte dell'autorità amministrativa.

Ove si ritenga preferibile tale interpretazione, che senza dubbio appare più conforme ai principi ispiratori di tutta la legge, se ne dovrebbe dedurre un obbligo di comunicazione che prescindendo dalla irrogazione della misura di sicurezza, o da una valutazione prognostica circa la sua futura applicazione al momento della emanazione del provvedimento di custodia cautelare in carcere.

In tale caso, non sembra che si potrebbe ipotizzare alcun margine di discrezionalità da parte degli uffici giudiziari nella valutazione dei casi in cui occorre tale comunicazione. Spetterebbe, infatti, esclusivamente all'autorità amministrativa verificare la sussistenza dei requisiti di legge per disporre, e poi eseguire, l'espulsione.

---

<sup>11</sup> A CALLAIOLI, in *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione giuridica dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi e il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, di M. CERASE e A. CALLAIOLI, in *legislazione penale*, 1999, p. 278.

Il procedimento di espulsione in questi casi non sarebbe ancora iniziato e la comunicazione da parte degli uffici giudiziari sembra costituire solo un adempimento meramente prodromico all'eventuale inizio d'ufficio del procedimento da parte dell'autorità competente. Non vi sarebbe cioè alcuna partecipazione al procedimento da parte degli uffici giudiziari nemmeno nella forma della richiesta o della proposta.

Naturalmente, nel caso in cui permanga la pendenza del processo penale dopo la cessazione dell'esecuzione della misura cautelare, l'autorità amministrativa prima di eseguire l'espulsione dovrebbe comunque ottenere il nulla osta all'espulsione, nulla osta sul quale – come si è visto – il giudice è chiamato a decidere con il provvedimento con cui revoca o dichiara la cessazione della misura cautelare della custodia in carcere ai sensi dell'art. 13 comma 3 *ter*.

In tali casi, l'autorità giudiziaria dovrebbe prima informare il questore dell'emanazione della misura cautelare e poi rilasciare il nulla osta al momento della revoca o della estinzione della misura.

Viceversa, nel caso in cui il processo si sia svolto senza l'adozione della misura della custodia in carcere, sia perché non sia stata disposta alcuna misura, sia perché siano state applicate misure meno afflittive, l'obbligo di comunicazione sorge solo al momento della emissione della sentenza irrevocabile di condanna a pena detentiva.

A questo punto, se il giudice non ha disposto l'espulsione a titolo di misura di sicurezza, l'espulsione potrebbe essere disposta in via amministrativa.

Una tale interpretazione della norma, tuttavia potrebbe portare nuovamente in auge una questione sorta in vigenza della legge Martelli, su cui la Corte costituzionale si era pronunciata con sent. n. 129 del 1995<sup>12</sup>. La questione riguardava le ipotesi in cui non poteva essere applicata allo straniero la misura di sicurezza dell'espulsione, ad esempio perché aveva definito la sua posizione con sentenza ex art. 444 c.p.p., e l'autorità amministrativa aveva disposto in sostituzione della misura di sicurezza la espulsione amministrativa.

La Corte costituzionale aveva ritenuto, in relazione a tali ipotesi, che dalla inapplicabilità della misura di sicurezza dovesse derivare l'impossibilità per l'Amministrazione di "surrrogarsi" all'autorità giudiziaria, disponendo l'esecuzione amministrativa. Secondo la Corte, la "ripartizione topografica dell'espulsione (...) comporta anche l'invalidità di quel recinto da parte delle diverse autorità preposte all'applicazione delle rispettive misure espulsive".

In tal senso si era allineata anche la giurisprudenza dei TAR, allora competente in materia.

Tuttavia, a ben vedere, la pronuncia della Corte sopra citata si riferiva ad una ipotesi di espulsione amministrativa adottata in sostituzione della misura di sicurezza, fondata dunque su di una sentenza di applicazione della pena, senza la valutazione di pericolosità sociale e in una ipotesi in cui era precluso allo stesso giudice l'adozione di tale misura.

Diverso sembra essere invece il caso cui si riferisce il comma 1 *bis* dell'art. 15 in commento, in cui, a prescindere dalla impossibilità o meno per il giudice di applicare la misura di sicurezza dell'espulsione, l'autorità amministrativa, in mancanza di una tale pronuncia giudiziale, riconosca comunque sussistenti i presupposti per l'adozione della espulsione amministrativa, che manterrebbe quindi i suoi caratteri propri e non si porrebbe quindi in concorrenza con la sfera di competenza del giudice, restando nell'ambito suo proprio.

La sentenza, infatti, si rifà ad una precedente ordinanza della Corte<sup>13</sup> in cui si era sottolineata l'esistenza di una alterità tra le due forme di espulsione, come misura di sicurezza e misura di polizia.

In questo quadro, la norma non si porrebbe in contrasto con le citate pronunce della Corte,

---

12 Corte Cost., sent. 14 aprile 1995, n. 129, in *Cons Stato*, 1995, II, 639 e ss.

13 Corte Cost., 3 marzo 1994, n. 72 in *Giust. Cost.* 1994, p. 761 e ss.

perché farebbe salva l'autonomia della amministrazione di disporre l'espulsione, sulla base dei presupposti previsti dalla legge per tale misura, diversi da quelli previsti per l'applicazione della misura di sicurezza, e non sostituendosi quindi alla mancata applicazione della misura di sicurezza da parte dell'autorità giudiziaria.

Da notarsi, in ogni caso, che la comunicazione ex art. 15 comma 1 *bis* non è dovuta solo in caso di esecuzione della misura della custodia cautelare o della pena, alla quale corrisponde l'effettivo stato di detenzione dello straniero, ma sin dal momento della emanazione della misura o della emissione della sentenza di condanna. La norma evidentemente presuppone, con un certo qual ottimismo, che detti provvedimenti avranno certa esecuzione, dal momento che si propone di procedere alla identificazione dello straniero ai fini di procede alla sua espulsione a pena espiata o una volta cessata la misura.

La norma sembrerebbe presumere che l'esecuzione dell'espulsione amministrativa debba avvenire solo una volta cessata la "detenzione", cioè l'esecuzione della pena. Tuttavia, come è noto, se il condannato non si trova in stato di custodia cautelare, l'inizio dell'esecuzione della pena può essere anche di molto successivo al passaggio in giudicato della sentenza.

Durante tale periodo, tuttavia, non sembra che il questore debba richiedere alcun nulla osta per l'esecuzione della espulsione, poiché non c'è più un procedimento penale pendente.

Il condannato potrebbe quindi essere espulso senza interpellare l'autorità giudiziaria e ciò potrebbe avvenire anche per quei reati più gravi per i quali la stessa legge 189/2002 non consente il rilascio del nulla osta, con innegabile e evidente irragionevolezza. Senza contare poi che in tal modo si precluderebbe al condannato la via della espulsione come misura alternativa alla detenzione, che comporta evidenti benefici per il condannato.

Il conclusione, se si ritiene che il comma 1 *bis* dell'art. 15 sia esclusivamente finalizzato alla esecuzione della misura di sicurezza disposta dal giudice, la comunicazione dovrà essere effettuata solo in caso di applicazione della misura, o, al momento dell'emanazione del provvedimento cautelare, previa valutazione prognostica circa la sua applicabilità.

Se invece si ritiene che il comma 1 *bis* abbia anche l'ulteriore finalità di rendere edotta l'amministrazione dello stato di restrizione della libertà personale di un cittadino extracomunitario ai fini di una eventuale adozione di un provvedimento amministrativo di espulsione, tale comunicazione dovrà essere data ogni caso dagli uffici giudiziari.

Come si è cercato di dimostrare, tuttavia, il testo normativo consente entrambe le interpretazioni poiché contiene elementi testuali contrastanti.

### **3) Le espulsioni disposte dal giudice**

#### **3.1 – l'espulsione come misura di sicurezza (art 15 TU)**

L'art 15 comma 1, immutato rispetto al testo previgente, disciplina in generale l'espulsione dello Straniero (extracomunitario e comunitario) integrando pertanto la disciplina generale contenuta nel codice penale.

Come già evidenziato (§ 2.3) l'art 15 contiene un comma, 1 *bis*, che in realtà riguarda in generale gli obblighi di comunicazione da parte dei giudici verso la P.A.

Quanto al primo comma vi è di fatto un ampliamento dei casi di espulsione dello straniero come misura di sicurezza previsti dal codice penale che ora pertanto sono:

- art 235 cp (condanna dello straniero – anche comunitario - a pena superiore ai 10 anni)
- art 312 cp (condanna per delitti contro la personalità dello Stato)
- art 86 l. stup (per tutti i reati purchè si tratti di soggetto socialmente pericoloso, C. Cost. 58/1995)
- delitti previsti dagli art 380 e 381 cpp (sempre che si tratti di soggetto socialmente

pericoloso)

### 3.2 – l'espulsione come sanzione sostitutiva (art 16 co 1 TU)

L'art. 16 disciplina l'espulsione disposta dal giudice di cognizione in sostituzione della pena detentiva.

Il contenuto del primo comma, integralmente sostituito, è in realtà identico al precedente, ma le novità introdotte con la riforma impongono nuove riflessioni.

L'espulsione può essere disposta sia per le sentenze di condanna che per i patteggiamenti. Può essere disposta sia per il soggetto detenuto che per il soggetto libero tant'è che, a differenza del provvedimento del magistrato di sorveglianza, non c'è riferimento all'accompagnamento immediato (l'art 16.7 richiama solo l'art 16.6) ed allo stato di detenzione (v. invece l'art 16.5 per l'espulsione come misura alternativa).

L'espulsione deve essere contestuale alla sentenza (“nel pronunciare sentenza di condanna”) e non si ritiene possa essere pronunciata separatamente perché incide sul dispositivo con un ambito discrezionale che impedisce di utilizzare, ad esempio, la categoria della correzione dell'errore materiale. La non contestualità e la maggiore discrezionalità nel non concedere la sanzione sostitutiva può essere anche spiegata con la volontà del legislatore di disincentivare le impugnazioni perché in tali casi lo straniero ha interesse a diventare definitivo per poter ottenere l'espulsione dal Magistrato di Sorveglianza.

E' prevista solo per “reati non colposi” (e quindi anche per contravvenzioni a struttura dolosa ad es. art 661 cp) che non siano ricompresi tra quelli di cui all'art 407 co 2 lett a cpp o tra i delitti del T.U. Imm. puniti con pene superiori nel massimo a due anni.

La pena deve essere inferiore o uguale ai 2 anni ma non devono ricorrere le condizioni per concedere la sospensione condizionale della pena. In tal caso il giudice si limiterà a comunicare ex art 15.1 *bis* l'intervenuta condanna (il che induce a ritenere che tale obbligo non riguardi i patteggiamenti) e, se ne ricorrono i presupposti, sarà il Prefetto a disporre l'espulsione in via amministrativa.

Può essere applicata solo allo straniero per il quale il Prefetto può disporre l'espulsione (vi è un espresso richiamo all'art 13.2 TU) e quindi tale istituto non è utilizzabile né per gli stranieri muniti di permesso o di carta di soggiorno, né per i cittadini comunitari<sup>14</sup>. Lo straniero così individuato non deve però trovarsi nelle condizioni previste per il collocamento in un centro di trattenimento (problemi di identificazione o di trasporto) di cui all'art 14.1. Quanto all'accertamento dell'effettiva possibilità del “trasporto” all'estero dello straniero si tratta di accertamento preventivo difficilmente compatibile con i compiti del Giudice che non farsi carico della predisposizione dei documenti di viaggio.

Il giudice non è obbligato, ma “può” disporre l'espulsione e può procedere d'ufficio. Qui si innesta un profilo delicato. In generale negli altri provvedimenti (i nulla osta dell'art 13 o l'espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza) la discrezionalità del giudice è nulla o fortemente limitata con dei paletti individuati dal legislatore. Anche in precedenza la norma si esprimeva negli stessi termini ma era agevole argomentare che il potere discrezionale si doveva articolare su quelle “inderogabili esigenze processuali” di cui al previgente art 13 co 3 T.U. che, per la loro ampiezza, consentivano ampi spazi motivazionali (tra i più comuni il pericolo che il soggetto rientrasse in Italia con altre generalità reiterando il reato).

Immutato il primo, con il secondo comma si introduce l'esecutorietà della sanzione prima del suo passaggio in giudicato conferendo al Questore la possibilità di provvedere, senza attendere l'irrevocabilità, con l'accompagnamento immediato alla frontiera (l'art 16.2 richiama il 13.4).

---

14 La giurisprudenza (Cass sez 4 n. 1471 dell'8.2.00 CED 215873) ha già affermato che non vi è disparità di trattamento tra questi stranieri e, ad esempio, gli stranieri “regolari” (per i quali comunque l'intervenuta sentenza di condanna può costituire causa di revoca del permesso di soggiorno ex art 4.3, cfr § 1.3).

Con l'art 16.4 si prevede che se lo straniero rientra la sanzione sostitutiva è revocata dal "giudice competente". Intanto si deve premettere che rientrando lo straniero commette il reato di cui all'art 13.13 *bis* e quindi dovrebbe essere stato arrestato o fermato (sempre che l'aggiornamento degli archivi delle forze dell'ordine siano aggiornati e che sia prontamente identificato lo straniero magari rientrato con generalità e documenti nuovi). La comunicazione della notizia di reato, oltre che al PM competente per la convalida, dovrà essere fatta al giudice che, d'ufficio (non c'è alcun riferimento al ruolo del PM e d'altronde non vedo spazi discrezionali), provvede alla revoca (con una prassi analoga all'evasione dagli arresti domiciliari ed alla disciplina di cui all'art 276 cpp). Se la sentenza non è ancora definitiva, "competente" sarà il giudice procedente (che potrebbe essere diverso, ad esempio se è stato nel frattempo interposto appello), mentre qualche problema può porsi nell'individuare il giudice competente se la sentenza è divenuta definitiva. L'alternativa, ritengo, è tra il giudice dell'esecuzione ed il magistrato di sorveglianza. A favore di quest'ultima ipotesi si potrebbe indicare la competenza proprio del magistrato di sorveglianza per i provvedimenti di revoca delle sanzioni sostitutive (artt 66 co 3 e 72 co 2 L. 689/81), ma è facile osservare che in quei casi la sua cognizione è già introdotta dagli obblighi di comunicazione che il giudice dell'esecuzione ha nei confronti del magistrato di sorveglianza ex art 62 L. 689/81 ed ex art 661 cpp, che qui non c'è. In realtà fuori dai casi espressamente previsti, competente è ex art 665 cpp il giudice dell'esecuzione.

Infine si osserva che è il giudice che fissa la durata dell'espulsione (art 16.1), che il legislatore individua solamente nel minimo pari a 5 anni. Intanto si deve osservare che se lo straniero è stato espulso a seguito di patteggiamento l'interdizione al rientro è – per tutti i reati di cui all'art 4.5 - perpetua. Inoltre, a differenza dell'espulsione come sanzione alternativa (art 16.8 T.U. e cfr *infra* § 3.3), in questo caso non è espressamente disciplinata l'estinzione del reato.

Pertanto il legislatore non solo ha inteso modificare l'anomalia di una sanzione fissata solo nel minimo, ma ha aggiunto al comma 4 un ambiguo richiamo al termine fissato dal Questore nel provvedimento di espulsione ex art 13.4 (che sappiamo poter oscillare da un minimo di 5 anni ad un massimo di 10 anni).

Il divieto di reingresso – e conseguentemente l'estinzione della pena - opererà pertanto per il termine più lungo tra quello fissato dal giudice e quello indicato dal Questore in un provvedimento amministrativo autonomo (con probabili profili di illegittimità costituzionale). Per prudenza - a meno di voler sollevare questioni di legittimità costituzionale - anche il giudice dovrebbe pertanto individuare un termine che non superi i 10 anni.

### **3.3 - l'espulsione come misura alternativa (art 16 co 5 TU)**

Si tratta di una novità introdotta dalla legge destinata, nelle intenzioni del legislatore, ad alleggerire e calmierare il numero dei detenuti con una sorta di indulto permanente.

I presupposti sono:

- che si tratti di straniero extracomunitario immigrato clandestinamente o con il permesso di soggiorno revocato o revocabile (la norma non fa riferimento alla preesistenza di un provvedimento dell'autorità amministrativa ma richiama le categorie dell'art 13.2);
- che si tratti di soggetto "identificato": si tratta pertanto di formula simile a quella prevista dall'art 16 co 1 per la sanzione sostitutiva, nel quale peraltro si chiede altresì che il giudice sappia anche di poterlo rimpatriare visto il richiamo ivi operato all'art 14.1, esonerando in questo caso il giudice dal valutare gli aspetti logistici del trasporto;
- che si tratti di "detenuto": e quindi non può essere emesso fino a quando la sentenza non viene eseguita (cfr § 2.3);
- che la pena residua non superi i 2 anni;
- che la condanna non riguardi i reati di cui all'art 407.2 lett a) cpp, né i delitti del TU;

Ciò premesso:

- non sono previsti atti di impulso né da parte del condannato (ed a conferma è prevista l'impugnazione con sospensione del provvedimento), né da parte dell'autorità amministrativa (altrimenti non vi sarebbe stato il richiamo alle categorie di cui all'art 13.2 ma al precedente provvedimento Prefettizio);
- è un atto dovuto privo - a differenza dell'espulsione come sanzione sostitutiva - di ambiti di discrezionalità;
- la pena si estingue se lo straniero non rientra per 10 anni illegittimamente. Se trasgredisce il divieto lo stato di detenzione è ripristinato (art 16.8).

Si pongono ad una prima lettura i seguenti problemi:

1. in base a quali atti il magistrato di sorveglianza può sapere che siamo innanzi ad un immigrato clandestino?
2. è il magistrato di sorveglianza o il Questore all'atto dell'esecuzione che comunica allo straniero il divieto di reingresso per 10 anni?
3. come opera il ripristino e la ripresa dell'esecuzione della pena?

Quanto al primo profilo la legge prevede che il MdS acquisisca le informazioni "senza formalità" e quindi sia presso le carceri, che presso la Procura, che presso l'autorità di P.S. Peraltro rischia di trasformarsi, specie nelle prime fasi di applicazione della legge, in un'opera mastodontica difficilmente gestibile vista l'elevata presenza di stranieri nelle carceri italiane nonché della relativa elevata mobilità (visto che la competenza è legata al luogo di detenzione).

Quanto al secondo profilo ritengo opportuno che sia il giudice nel provvedimento ad indicare la durata del divieto di reingresso.

Relativamente al terzo profilo non è previsto, come nel comma 4 per la sanzione sostitutiva, l'intervento del giudice per la revoca del provvedimento. Non ritengo che si possa equiparare la situazione dello straniero illegalmente rientrato all'evaso che ben può essere immediatamente ricondotto in carcere perché il precedente ordine di esecuzione della sentenza non è mai stato revocato/sostituito. Sembra pertanto doversi ritenere che la PG, individuato dagli archivi l'ordine di espulsione e il Magistrato di sorveglianza che lo ha emesso, comunichi a quest'ultimo il reingresso. A questo punto il magistrato informerà il PM competente perché emetta il nuovo ordine di esecuzione.

Resta fermo che nelle more lo straniero dovrebbe essere detenuto perché rientrando ha commesso il delitto di cui all'art. 13.13bis TU per il quale è consentito anche il fermo e la misura coercitiva.

#### **4) L'espulsione come condizione di non procedibilità (art 13 co 3 quater TU)**

Anche in questo caso siamo in presenza di una novità assoluta.

Si introduce una nuova ipotesi di **sentenza di non luogo a procedere** per lo straniero espulso.

Dovendo inquadrare la fattispecie ritengo si tratti di un'ipotesi in cui l'azione penale non deve essere proseguita (425 co 1 cpp). Il richiamo all'art 345 cpp e la possibilità che l'azione penale sia ripresa in caso di nuovo ingresso fa propendere per l'inquadramento della disposizione nella categoria delle condizioni di procedibilità ma con una preclusione esplicita alla fase nella quale può essere fatta valere.

Non può essere infatti inquadrata tra le cause di estinzione del reato perché l'art 13.3 *quinquies* ancora il termine del divieto di rientro alla prescrizione del reato stesso e quindi è evidente che opera su un piano distinto. Non si forma pertanto mai un vero e proprio giudicato perché il destino finale è, in alternativa, la ripresa (vedremo come) del procedimento o la prescrizione del reato. Sul punto si deve ancora rilevare che non è prevista alcuna causa di sospensione della prescrizione, né si fa menzione all'istituto dell'interruzione. Sul primo profilo non vi sono dubbi interpretativi (proprio l'art 13.3 *quinquies* conferma che non c'è sospensione alcuna) mentre deve ritenersi operante la disciplina dell'interruzione e di norma prima della sentenza di non luogo a procedere è stato compiuto un atto idoneo a produrre tali effetti (la richiesta di rinvio a giudizio o l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare).

Nei lavori preparatori e nelle relazioni che accompagnano il disegno di legge nulla si dice su tale nuovo istituto e sulla *ratio* sottesa.

Cercando di ricostruire lo scopo prefisso dal legislatore ritengo che lo stesso possa essere individuato:

a) nella creazione di un incentivo all'accettazione dell'espulsione da parte degli interessati (i quali dovrebbero essere così indotti ad una maggiore collaborazione durante il trattenimento nei centri ex art 14.1 consentendo la propria identificazione);

b) nella necessità di limitare le richieste di rientro per poter partecipare ai processi (con la sentenza il processo viene estinto e lo straniero non può esercitare il diritto di cui all'art 17 TU);

c) nella necessità di limitare le possibili violazioni del principio di cui all'art 6 co 3 lett c) della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ed in particolare del diritto a partecipare al processo ed a difendersi personalmente, tenuto conto dell'impianto generale della legge che individua come modalità ordinaria di espulsione l'accompagnamento alla frontiera unitamente ad una serie di accorgimenti tesi a velocizzare i processi e quindi con obiettive difficoltà dello straniero a esercitare il diritto di cui all'art 17.

Presupposti per emettere la sentenza di non luogo a procedere sono:

~deve trattarsi di un immigrato clandestino o di un soggetto al quale sia stato revocato il permesso di soggiorno con emissione del decreto di espulsione (vi è infatti un esplicito richiamo ai "casi previsti dai comi 3, 3 *bis* e 3 *ter*");

~il decreto deve essere stato eseguito e deve aversi la "prova dell'avvenuta espulsione";

~posto che a monte vi è un decreto di espulsione, tale sentenza di NLP non opera, ex art 13.3 *sexies* per i reati di cui all'art 407.2 letta) e per i reati di cui all'art 12 TU;

~non deve essere stato ancora emesso il provvedimento che dispone il giudizio.

Come accennato lo straniero non deve rientrare nel termine più lungo tra quello di prescrizione (v. *supra*) e quello indicato dal questore (dai 5 ai 10 anni) ex art 13.14 T.U.

In caso di reingresso vi è un generico richiamo all'art 345 cpp confermando in tal modo la volontà del legislatore di non creare alcun giudicato e di consentire in tal modo la ripresa dell'azione penale quale conseguenza e 'sanzione'.

La disciplina ora accennata crea immediatamente una serie di problemi.

A parte eventuali questioni sulla disparità di trattamento tra cittadini extracomunitari e cittadini dell'Unione Europea<sup>15</sup> si pongono almeno le seguenti ulteriori ipotesi:

---

15 Peralto la già citata cass sez 4 n. 1471 dell'8.2.00 CED 215873 aveva ritenuto per esempio che non vi fosse irragionevole disparità di trattamento tra la posizione dello straniero senza permesso, che poteva beneficiare della sanzione sostitutiva di cui all'art 16 testo previgente, e quello con permesso che era escluso dal beneficio

1. la disparità di trattamento tra lo straniero che è stato tratto a giudizio, magari con direttissima, ha patteggiato, è uscito volontariamente dallo Stato e che ex art 4.3 TU non può più tornare in Italia rispetto a quello che è stato accompagnato alla frontiera, non è stato processato e dopo 5/10 anni può rientrare in Italia anche se ha commesso i reati di cui agli art 380 e 381 cpp;
2. tra lo straniero che, per un'attività della PA a lui estranea (l'accompagnamento alla frontiera) è stato espulso prima del decreto che dispone il giudizio e quello che è stato espulso dopo, con sbarramento a tale tipo di esito processuale;
3. tra lo straniero che ha commesso un reato per il quale è prevista l'udienza preliminare (unica ipotesi in cui si può pronunciare la sentenza di non luogo a procedere ex art 425 cpp) e lo straniero che è stato tratto a giudizio direttissimo o per il quale sia stata disposta la citazione diretta ex art 550 cpp
4. tra lo straniero che dopo aver commesso un reato si è volontariamente recato all'estero rispetto a quello che è rimasto clandestinamente in Italia fino alla sua espulsione.

Vi è poi da domandarsi se lo straniero possa opporsi alla sentenza di non luogo a procedere perché vuole essere assolto nel merito e non dover subire le conseguenze penali comunque collegate all'espulsione (il divieto di reingresso prima che maturi la prescrizione).

Quanto al primo profilo vi è una palese illegittimità dell'art 4.3 laddove non si prevede un limite all'impedimento a rientrare nello stato per lo Straniero che ha patteggiato. Oltre alle già evidenziate evidenti disparità di trattamento con soggetti che hanno tenuto comportamenti processuali ben più onerosi per lo Stato, non si vede perché in questi casi non si debba applicare l'art 445.2 cpp che individua un termine di 5 anni per i delitti, e di 2 anni per le contravvenzioni, per estinguere il reato ed i suoi effetti.

Il secondo ed il terzo profilo sono già stati affrontati in giurisprudenza ed in particolare dalla sentenza n. 41/93 della Corte Costituzionale che ha esaminato la legittimità dell'art 425 cpp che prevedeva la sentenza di non luogo a procedere per il non imputabile.

In tale occasione - nella quale peraltro l'udienza preliminare si modulava su presupposti valutativi diversi e meno pregnanti - la Corte aveva osservato che: *“La norma va dunque dichiarata costituzionalmente illegittima in parte qua, in quanto la persona non imputabile viene ad essere per ciò solo privata del dibattimento e della conseguente possibilità di esercitare appieno il diritto alla prova sul merito della regiudicanda, con correlativa irragionevole compressione del diritto di difesa che non può certo ritenersi bilanciata da contrapposte esigenze di economia processuale”*. Sotto un secondo e terzo profilo - parimenti qui rilevanti - si era osservato che era *“priva di ogni fondamento razionale una previsione normativa che riconnetta un diverso trattamento... alla circostanza, meramente casuale, che la sussistenza dell'incapacità di intendere o di volere per infermità psichica al momento del fatto emerga già nella fase istruttoria, ovvero sia accertata solo nella fase dibattimentale”* (v. sent. n. 233 del 1984), - e nel nostro caso invece l'esecuzione dell'espulsione - *va qui posta in risalto la circostanza che il sistema delineato dall'art. 425 del codice di procedura penale genera una ingiustificata disparità di trattamento tra quanti versano nella identica situazione di non imputabilità, dal momento che per costoro la possibilità di fruire dell'epilogo dibattimentale e delle conseguenti garanzie viene fatta dipendere esclusivamente dal modulo processuale adottato.*

*Mentre, infatti, nei confronti del non imputabile a carico del quale si celebra l'udienza preliminare si determina una preclusione all'esercizio dei propri diritti in dibattimento, essendo il giudice chiamato a pronunciare sentenza di non luogo a procedere con la corrispondente formula, una analoga preclusione non si realizza, invece, in tutte le altre*

---

ritenendo che fosse un caso tipico di esercizio della discrezionalità legislativa davanti a situazioni differenti.

*ipotesi in cui manca, come nel giudizio di rettissimo e nel procedimento davanti al pretore, la fase dell'udienza preliminare, il cui svolgimento, per di più, è condizionato dall'esistenza di una richiesta che si raccorda alle scelte sul rito che l'ordinamento riserva al pubblico ministero.”*

Come si vede i profili sub 2 e 3 sono già stati affrontati, ma un'eventuale questione di legittimità costituzionale non si ritiene che possa portare all'ampliamento della portata della sentenza di non luogo a procedere, estendendo gli effetti alle sentenze di proscioglimento e quindi alla fase dibattimentale, ma ad una sua abrogazione; come peraltro è stato fatto nel 1993. Nel frattempo, innanzi ad un testo ineludibile (per il doppio richiamo alla “sentenza di non luogo a procedere” ed allo sbarramento costituito dal provvedimento che “dispone il giudizio”), non si ritiene che il giudice del dibattimento possa pronunciare una sentenza di proscioglimento ex art 469 cpp invocando la nuova causa di procedibilità.

Peraltro riesce difficile individuare la *ratio* di tale sbarramento visto che vi è per tutta la fase del dibattimento di primo grado un vuoto normativo, venendo nuovamente disciplinato il rapporto tra procedimento penale ed espulsione solo in occasione dell'emissione della sentenza di condanna quando, ex art 16.1 T.U., si può disporre l'espulsione quale sanzione sostitutiva

Come si è visto non è contenuto alcun riferimento alla possibilità per il PM, ottenuta la prova dell'espulsione, di chiedere l'archiviazione ex art 411 cpp che prevede tra le varie ipotesi, la mancanza di una causa di procedibilità.

In realtà si ritiene che, se nel frattempo la norma non viene dichiarata incostituzionale, possa essere chiesta l'archiviazione, evitando in tal modo l'evidente disparità evidenziata sub 3. Né a tale norma ostano le nuove ipotesi di direttissimo obbligatorio (art 13.13 *ter* e 14.5 *quinquies* TU) perché tale rito presuppone comunque la decisione di promuovere l'azione penale che con la richiesta di archiviazione viene invece negata.

Strettamente correlata a tale conclusione è la questione, in realtà non affrontata dal legislatore, su come debba riprendere il procedimento se lo straniero si introduce nuovamente in Italia.

Paradossalmente per il provvedimento meno “pregnante” come l'archiviazione si dovrà passare ex art 414 cpp attraverso la riapertura delle indagini da richiedere al GIP, mentre per la sentenza di non luogo a procedere non si richiede alcun provvedimento giudiziario posto che la revoca è prevista ex art 434 cpp per le pronunce di merito (uniche per le quali può aver senso il presupposto della sopravvenienza di “nuove fonti di prova”). In questo secondo caso il PM si limiterà a iscrivere la nuova notizia di reato e non potrà opporsi la precedente sentenza sostenendo la violazione del principio del *ne bis in idem* (sviluppo peraltro non nuovo perché in tal senso opera già il raccordo tra l'art 345 cpp e l'art 434 cpp per le altre cause di procedibilità).

Quali corollari si pongono ulteriori questioni come la legittimità di una norma che fa dipendere la durata del divieto di rientro non ad un dato certo (il termine riportato nel provvedimento del giudice o del Prefetto), ma ad un dato giuridico, il maturare della prescrizione, di non sempre agevole soluzione e magari neppure conoscibile da parte dell'interessato. Si pensi ad un'espulsione disposta nell'immediatezza dopo una denuncia per violazione dell'art 474 cp (la classica vendita di borse “griffate”) con prescrizione che matura in 5 anni, ed un PM che successivamente iscrive altresì per ricettazione con prescrizione che matura in 10 anni.

Ulteriore problema può concernere l'esito che avranno i procedimenti diversi pendenti a

carico dello stesso imputato che risulti essere stato espulso.

D'istinto, proprio per evitare una ulteriore censura di incostituzionalità per irragionevolezza della norma, ed ancorandosi alla ratio del beneficio, la risposta è affermativa. Tra l'altro per gli uffici del PM si potrebbe procedere a massive richieste di archiviazione con sfolgimento dell'arretrato. Purtroppo la soluzione non è così immediata perché nell'art 13.3 *quater* vi è un espresso richiamo ai "casi previsti dai commi 3, 3 *bis* e 3 *ter*", nel quale vi è strettissimo legame tra la richiesta di nulla osta in quello specifico procedimento, il procedimento di espulsione e la sentenza di non luogo a procedere.

Teoricamente, in un sistema burocratico perfetto, si potrebbe ipotizzare che in ogni fascicolo a carico di stranieri extracomunitari ci sia il relativo nulla osta, ma sappiamo che non è così, e sicuramente non è così per i fascicoli attualmente pendenti. L'unica soluzione praticabile è forse la formulazione, da parte della Procura, di un nulla osta all'espulsione da trasmettere alla Questura anche con riferimento ai diversi procedimenti in modo tale che l'autorità amministrativa sia a conoscenza che in ipotesi di nuovo rintraccio possono già procedere con nuova l'espulsione o, meglio ancora viste le perplessità sollevabili sulla prassi dei nulla osta preventivi e d'ufficio, chiedere alla Questura di formulare comunque una esplicita richiesta di nulla osta per estendere gli effetti della espulsione già eseguita ai diversi procedimenti pendenti.

## **5) Nuove ipotesi di arresto in flagranza, fermo e giudizio direttissimo**

Per dotare di maggiore forza di persuasione i provvedimenti di espulsione, il legislatore ha introdotto a tutela sia delle intimazioni, che delle espulsioni con accompagnamento, che dei provvedimenti del giudice, un nuovo sistema sanzionatorio con uno specifico regime processuale.

Il legislatore ha evidentemente ritenuto inefficace la sanzione prevista dal previgente art 13.13 T.U. che puniva con l'arresto da 2 a 6 mesi lo straniero espulso (quale che fosse il tipo di espulsione) che avesse fatto "ingresso" nel territorio dello Stato. Trattandosi di contravvenzione non vi era possibilità di arresto in flagranza e la condotta sanzionata (l'ingresso) comportava per l'organo della accusa la possibilità di configurare tale reato solo quando vi era un'espulsione con accompagnamento (statisticamente assai minoritarie), o quando lo straniero intimato veniva sorpreso all'atto dell'ingresso (negli altri casi era facile per le difese sostenere che l'imputato si era semplicemente "trattenuto" non ottemperando all'intimazione).

L'insieme delle disposizioni lascia perplessi per l'approssimazione tecnica, cui si deve ovviare spesso con buon senso perfino eludendo l'intenzione del legislatore per l'impossibilità giuridica di rispettare la *voluntas legis*.

### **5.1 – il reingresso dopo l'espulsione con accompagnamento (art 13.13 T.U.)**

A tutela delle espulsioni disposte ed eseguite mediante accompagnamento alla frontiera in via amministrativa si prevede con l'art 13.13 T.U. l'arresto da 6 mesi ad un anno per lo straniero che "rientri" senza autorizzazione. Si tratta di una contravvenzione (come se fosse possibile il reingresso colposo, a meno che con tale scelta si sia voluto coprire e sanzionare, esonerando il giudice dall'onere della prova, la condotta dello straniero che sostiene di essere rientrato sulla erronea e colpevole convinzione che il divieto di reingresso fosse scaduto) ed il legislatore ha deciso di consentire "l'arresto in flagranza", imponendo "in ogni caso il giudizio direttissimo".

Si deve intanto premettere che non è un caso di "arresto fuori dai casi di flagranza" e che la condotta sanzionata è l'ingresso e non la mera presenza sul territorio. Si tratta pertanto di

un reato istantaneo.

L'arresto sarà così consentito quando lo straniero viene colto nell'atto dell'introduzione nello Stato o nelle fasi immediatamente successive, non essendo sufficiente la mera presenza.

Che si tratti di due ipotesi distinte emerge dalla comparazione con la diversa contravvenzione di cui all'art 14.5ter (che punisce anche chi si "trattiene") e dalla seconda parte dell'art 13.13 *ter* che per il delitto di "ingresso" di cui all'art 13.13 *bis* consente il fermo. Con tale previsione il legislatore ha dimostrato di aver ben compreso che la condotta sanzionata era di tipo istantaneo posto che in caso contrario l'arresto per il delitto sarebbe possibile alla luce dei limiti edittali.

Ciò premesso il PM si trova innanzi ad un arresto per il quale comunque non può chiedere la misura coercitiva non sussistendo i limiti edittali (e non trattandosi di arresto fuori dai casi di flagranza non si può invocare la deroga ai limiti reintrodotta all'art 391.5 con la l. 128/2001, il c.d. pacchetto sicurezza). Ben potrà, e si ritiene dovrà, il PM disporre la liberazione immediata ex art 121 disp att cpp trattandosi di un caso nel quale non può chiedere misura coercitiva. In alternativa porterà lo straniero in giudizio con rito direttissimo, il giudice deciderà sulla convalida, ma dovrà scarcerarlo pronunciando se richiesto il nulla osta all'espulsione ex art 13.3 *bis*, e la Questura provvederà all'accompagnamento immediato alla frontiera (sempre che sia possibile) ex art 13.13 cpp.

La prima opzione, una volta raccordati l'ufficio del PM con quello dell'autorità di PS, comporterà che durante le ore che trascorrono tra l'arresto e il provvedimento di liberazione immediata disposta dal PM, si predisporrà il provvedimento di espulsione e si chiederà il nulla osta, con il vantaggio che se l'espulsione viene effettivamente eseguita, non avendo introdotto il rito direttissimo, si potrà chiedere l'archiviazione per difetto della condizione di procedibilità. La scelta del rito direttissimo ha peraltro il vantaggio di esonerare il GIP dalla convalida ex art 121 disp att cpp e dell'esaurimento della fase delle indagini con la presentazione dello straniero innanzi al giudice per il direttissimo.

## **5.2 - il 2° reingresso dopo l'espulsione con accompagnamento, ed il reingresso dopo l'espulsione disposta dal giudice (13.13 *bis* T.U.).**

Più semplice l'ipotesi di cui all'art 13.13 *bis* T.U. Si tratta di due ipotesi delittuose distinte punite entrambe con la reclusione da 1 a 4 anni.

Con la prima si sanziona l'ingresso effettuato trasgredendo il provvedimento di espulsione disposto dal giudice.

Con la seconda si sanziona il secondo ingresso operato dallo straniero espulso a seguito della commissione del reato di cui all'art 13.13 appena esaminato.

Quanto alla prima ipotesi si dovranno tenere distinte le varie ipotesi di espulsione del giudice. Mentre è pacifico che l'espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza non può che avere avuto esecuzione mediante accompagnamento (art 16.7 T.U.), nell'ipotesi di espulsione come sanzione sostitutiva o come misura di sicurezza, nelle quali è possibile che si sia proceduto a piede libero, si dovrà dimostrare che effettivamente lo straniero sia uscito ed abbia fatto "ingresso". Non è infatti sanzionato il mancato rispetto dell'obbligo di lasciare il territorio riportato in sentenza. Si tratta pertanto di prova difficile salvo risulti che dopo la sentenza la polizia ha accompagnato alla frontiera lo straniero a seguito di un rintraccio.

In questo caso è consentito, in deroga ai limiti edittali di cui all'art 384.6 cpp, il fermo ed è imposto il rito direttissimo. Si tratta di ipotesi nuova di direttissimo a seguito di fermo sulla quale non si intravedono particolari problemi se non relativamente alla competenza a convalidare il fermo, ed in particolare se spetti al giudice delle direttissime o al GIP.

Probabilmente la volontà del legislatore era quella di "fare in fretta" e quindi si potrebbe rispondere d'istinto che anche la convalida del fermo spetti al giudice delle direttissime. Peraltro l'ordinamento prevede e disciplina la possibilità che un soggetto portato davanti al

GIP per la convalida (dell'arresto o anche del fermo) poi sia giudicato con rito direttissimo (art. 449 co 4 e 5 cpp), e per converso l'art 449 cpp, che disciplina la fase della convalida nel giudizio direttissimo, contiene un esplicito e - ritengo - insuperabile collegamento funzionale con l'arresto in flagranza. Posto che il legislatore avrebbe potuto e dovuto dire che si derogava – vista l'eccezionalità e la novità della norma - anche a tale articolo, e che l'interpretazione alternativa è assolutamente sostenibile e già prevista dal sistema, si ritiene più corretta l'interpretazione che attribuisce al GIP la convalida di tale fermo.

### **5.3 – il mancato rispetto dell'espulsione disposta con intimazione a lasciare lo Stato entro 5 giorni (14.5 *ter*)**

Con l'art 14.5 *ter* si sanziona lo straniero che non rispettando l'ordine di intimazione ad uscire dallo Stato entro 5 giorni. Contenendo la norma un espresso richiamo all'ordine di cui all'art 14.5 *bis* non si può operare un'applicazione analogica per l'intimazione ad abbandonare il territorio nei 15 giorni prevista dall'art 13.5 per i mancati rinnovi, che rimane pertanto priva di sanzione penale fino a quando il Questore, accertato in tal modo ex art 13.5 seconda parte il pericolo che lo straniero si sottragga all'esecuzione del provvedimento, non disporrà l'accompagnamento alla frontiera, o la collocazione nei centri o, per l'appunto, l'intimazione ex art 14.5 *bis*<sup>16</sup>.

In questo caso siamo in presenza di un reato permanente e quindi non vi sono ostacoli a dimostrare la flagranza del reato. Anche in questo caso si tratta di contravvenzione, punita con l'arresto da 6 mesi ad un anno, e quindi anche la permanenza colpevole (ad esempio lo straniero che si giustifichi dicendo di essere arrivato in ritardo all'aeroporto e di aver perso l'aereo che lo doveva portare all'estero nel 5° giorno) sarà sanzionata. Anche per questa fattispecie è previsto l'arresto, in questo caso obbligatorio, in deroga agli articoli 380 e 381 cpp, ed il rito direttissimo. Si rinvia all'esame dell'art 13.13 ponendosi i medesimi problemi e le medesime soluzioni. Si sottolinea unicamente - si vedrà in seguito perché - che successivamente all'arresto è espressamente previsto che si proceda ad una “nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica” e che in maniera espressa, in un comma diverso (art 14.5 *quinquies*) si prevede la possibilità di condurre lo straniero al centro di trattenimento se l'accompagnamento si riveli impossibile (e se il centro è “saturo” – o se lo straniero non è identificato nei 60 giorni - non si vede cosa possa fare la Questura se non disporre l'intimazione a lasciare il territorio nei 5 giorni ex art 14.5 *bis*).

### **5.4 – la trasgressione all'espulsione successiva al secondo reingresso (art 14.5 *quater*)**

Con l'art 14.5 *quater* viene introdotta un'ultima fattispecie funzionalmente connessa a quella appena esaminata. Per tutelare e rafforzare l'espulsione disposta ai sensi dell'art 14.5 *ter* si punisce con la reclusione da 1 a 4 anni il soggetto che viene successivamente trovato nel territorio dello Stato. E' un delitto ma si tratta anche in questo caso di reato permanente e pertanto non è stato necessario riproporre la possibilità di operare il fermo essendo sufficiente l'arresto consentendolo i limiti edittali previsti. Anche in questo caso è previsto (anche se non si dice “in ogni caso”) il rito direttissimo e sul punto non vi sono osservazioni particolari da svolgere se non con riferimento alla preclusione alla sentenza di non luogo a procedere di cui all'art. 13.3 *quater*. Peraltro procedendo con rito direttissimo non sarà possibile procedere anche con riferimento al precedente reato di cui all'art 14.5 *ter* per il quale - visto che vi è la prova dell'avvenuta espulsione - dovrebbe essere intervenuta la sentenza di NLP e per il quale, accertata la nuova presenza, l'azione penale deve essere riproposta.

Si deve però sottolineare che il richiamo espresso operato nella norma all'espulsione avvenuta “ai sensi del comma 5 *ter*” porta ad escludere dal raggio d'azione l'ipotesi di una

---

<sup>16</sup> Proprio la presenza di un percorso sanzionatorio autonomo porta ad escludere che in tale condotta si possa ravvisare la contravvenzione di cui all'art 650 cp.

nuova l'espulsione avvenuta per intimazione (si è visto prima sempre possibile anche nelle ipotesi di cui al comma 5 *ter* se non si può disporre l'accompagnamento ed i centri sono pieni o se scadono nuovamente i 60 giorni). Non si tratterebbe infatti di una interpretazione estensiva, ma di una interpretazione analogica. In tal caso il reato da contestare sarà nuovamente la contravvenzione di cui all'art 14.5 *ter*.

### **5.5 – le trasgressioni al divieto di reingresso e problemi di diritto intertemporale**

Come premesso (cfr § 5) il vecchio testo puniva l'ingresso in Italia dello straniero espulso. Peraltro tale reato copriva una condotta ora non più punibile ovvero l'espulsione dello straniero il cui permesso sia scaduto e non rinnovato nei termini.

Tale reato viene ora articolato su diverse fattispecie incriminatrici e si pongono una serie di problemi di successione della legge nel tempo ed in particolare ci si deve domandare che destino debbano avere i vecchi decreti di espulsione non ottemperati.

Come si è visto l'art 13.13. punisce con un trattamento più severo (arresto da 6 mesi ad un anno) lo straniero che abbia fatto ingresso dopo essere stato in precedenza accompagnato alla frontiera. Non essendo potuto rientrare in Italia che con tali modalità vi è evidente continuità tra le due norme posto che anche in precedenza si puniva l'ingresso (e quindi l'antecedente era sempre un'espulsione con accompagnamento). Peraltro è importante verificare quale fosse la data del reingresso (e quindi le forze dell'ordine dovranno allegare al PM il precedente decreto di espulsione) che conteneva un termine inferiore (5 anni invece di 10). Inoltre se manca la prova della data del reingresso, applicando il principio del *favor rei*, si dovrà presumere in mancanza di elementi contrari, che lo straniero sia rientrato prima del 10.9.02 (data di entrata in vigore della L. 189/2002) e quindi si applicherà la vecchia disposizione che contiene un trattamento sanzionatorio più favorevole. In questi casi, mancando comunque la flagranza, non si potrà comunque procedere all'arresto.

Se lo straniero è invece entrato in epoca successiva all'entrata in vigore della nuova legge e viene sorpreso in flagranza si potrà procedere a contestare la nuova normativa, posto che la condotta vietata è l'ingresso e quindi il reato commesso è quello nuovo, ma si dovrà usare una importante cautela. Su molti decreti di espulsione i prefetti opportunamente non si limitavano ad un generico richiamo alle disposizioni di legge in caso di reingresso illegale, ma indicavano anche il trattamento sanzionatorio. Siamo pertanto in presenza di un comportamento positivo della P.A. che può aver indotto in errore l'imputato e pertanto, in applicazione dell'art 5 cp come modificato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 364/88, non si ritiene che possano essere puniti con le nuove pene. Ciò comporta che non si possa neppure procedere all'arresto in flagranza della contravvenzione trattandosi di un'ipotesi eccezionale ancorata ad un trattamento sanzionatorio nuovo e più severo.

Quanto alle nuove ipotesi di contravvenzione per chi non rispetta la precedente intimazione (art 14.5 *bis*) "trattenendosi" in Italia si è già evidenziato che non si può contestare tale reato a chi si è trattenuto oltre i 15 giorni in presenza di un permesso di soggiorno scaduto trattandosi di una fattispecie depenalizzata.

Quanto alle vecchie espulsioni si ritiene che vi sia continuità normativa ma si dovrà dimostrare (come era richiesto dalla precedente disposizione sul punto più favorevole) che lo straniero ha fatto "ingresso" nel territorio dello Stato, e quindi si dovrà dimostrare che era effettivamente uscito (ad esempio esaminando il passaporto e relativi visti). Si è già evidenziato che raramente si era in grado di dimostrare tale condotta e tali denunce sono per lo più state archiviate.

In linea meramente teorica si può rilevare che la vecchia espulsione imponeva allo Straniero di uscire entro 15 giorni e quindi non potrà essere sanzionato lo straniero che è

uscito e rientrato prima del 15° giorno (e prima del 10 settembre) ma dopo il 5°.

Resta fermo che per i decreti di espulsione antecedenti al 10 settembre che contengono richiami al vecchio trattamento normativo non si potrà procedere all'arresto in flagranza per le medesime considerazioni già svolte.

Pertanto per la maggior parte degli stranieri trovati in Italia dopo il 10 settembre in presenza di vecchi decreti di espulsione non si potrà procedere all'arresto ma la Questura dovrà procedere con una nuova espulsione (pur non essendo scaduta è opportuno che sia rinnovata per indicare i nuovi divieti di reingresso e le nuove sanzioni) e solo all'esito della stessa si potrà procedere con le nuove contestazioni.

## **6) Modifiche all'art 12 TU 286/98, disposizioni contro l'immigrazione clandestina**

L'art. 11 della legge 30.07.02 nr.189 ha innovato sotto molteplici profili l'art. 12 TU 286/98.

Talune modifiche vanno nella direzione da tempo auspicata dagli operatori, con la trasformazione di circostanze aggravanti in fattispecie autonome e l'ampliamento delle condotte punibili alla procurata emigrazione illegale dall'Italia verso altri Stati, ma la formulazione complessiva solleva numerosi problemi di coordinamento intrinseco ed estrinseco.

**6.A)** Nel testo previgente dell'art.12 TU 286/98 non era punibile chi favorisse l'uscita illegale del clandestino dal nostro paese, senza alcun collegamento con l'ingresso o la permanenza illegale sul suolo italiano.

Il primo comma dell'art.12 TU 286/98, riformulato dalla Legge 189/02, prevede ora la punibilità di chi compia "*atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente*".

L'attuale espressione pare estendere la fattispecie punibile anche oltre il previsto (si confronti il precedente disegno legge di modifica al TU 286/98 che all'art.10 prevedeva la punibilità di chi favorisse "l'ingresso degli stranieri, presenti illegalmente in Italia, nel territorio di altro Stato"). Verosimilmente il riferimento non più alla *condizione di clandestinità in Italia* ma all'illegalità dell'ingresso in altro Stato (il cui disvalore non viene meno neppure se lo straniero vi abbia titolo di residenza temporanea), vuole assicurare la massima collaborazione internazionale, con sacrificio della stessa libertà di circolazione a vantaggio della sicurezza. Appare pertanto punibile chi agevoli un cittadino straniero regolarmente residente in Italia ad uscire illegalmente dal nostro paese (esempio sotto falsa identità o con modalità di materiale occultamento) verso gli Stati Uniti, non essendo lo straniero né cittadino statunitense né avendo titolo di residenza permanente in quel paese.

Il mancato ancoraggio alla presenza in Italia dello straniero diretto in altro Stato (la norma non fa neppure necessario riferimento all'uscita dall'Italia) pare rendere punibile anche la condotta di chi dall'Italia<sup>17</sup> procuri il passaggio illegale di taluno tra Stati esteri.

**6.B)** Sorge invece il dubbio che l'uso del verbo "procurare" anziché il previgente "favorire" l'ingresso possa avere risvolti sostanziali restrittivi, atteso che sembra richiedere un più diretto nesso di causalità tra condotta ed evento "ingresso", mentre la condotta "favoreggiatrice", nell'elaborazione giurisprudenziale, consentiva di ricomprendervi qualunque contributo delittuoso. Se così fosse, la nuova normativa, restringendo il campo delle condotte concretamente perseguibili, otterrebbe risultati inversi a quelli dichiarati. E' pur vero che la terminologia ora adottata di "atti" al posto di "attività" del previgente testo sembra recuperare

---

<sup>17</sup> Con ciò realizzando quella "parte" della condotta che rende punibile il reato ex art 6 c.p.

qualcosa, lasciando intendere che ad integrare il reato basti anche un singolo atto, ma non pare risolvere il problema che può crearsi in merito all'effettiva incidenza causale di quell'atto.

**6.C)** Il primo comma dell'art.12 prevede ora la pena pecuniaria in relazione ad ogni persona "trafficata", trasformando la precedente pena pecuniaria complessiva in pena pecuniaria in relazione a ciascun clandestino con conseguente effetto di inasprimento della pena pecuniaria stessa (configurandosi pertanto l'attuale testo, nella successione di leggi nel tempo, come norma più sfavorevole).

**6.D)** Il terzo comma del previgente art.12 TU 286/98 prevedeva una serie di circostanze aggravanti che andavano ad innestarsi sul primo comma. La Legge 189/02 divide quelle circostanze aggravanti riservando alle stesse tre diversi trattamenti. Talune di esse divengono fattispecie-base al pari del primo comma e costituiscono l'attuale 3 ° comma dell'art.12 TU. Un'altra circostanza conserva la qualità di circostanza aggravante, ma con aumento ordinario di pena ed è annoverata nel comma 3 *bis* lett.a). Le restanti circostanze aggravanti rimangono tali e conservano anche l'originaria natura di circostanze ad effetto speciale: le stesse costituiscono il comma 3 *ter*.

**6.D.1)** L'attuale art. 12 terzo comma TU 286/98 prevede quattro distinte ed autonome fattispecie di reato corrispondenti ad altrettante ex circostanze aggravanti ad effetto speciale, senza alcuna modifica di pena rispetto al passato, ma con l'importante variazione di sottrarla, divenuta pena-base, al giudizio di comparazione con eventuali attenuanti.

Le quattro fattispecie hanno in comune la condotta delineata al primo comma (nella duplice veste di procurato ingresso in Italia o di procurato ingresso in altro Stato), rispettivamente con l'aggiunta:

- a) del "fine di trarne profitto anche indiretto", espressione che sostituisce l'ex circostanza aggravante del "fine di lucro"; il dolo specifico, così espresso, appare indubbiamente allargato rispetto al precedente scopo di lucro (che poteva intendersi solo come guadagno economico ed era interpretato come circostanza di natura soggettiva, che valeva solo per il portatore di tale fine); il termine "profitto" tradizionalmente designa qualsiasi vantaggio, materiale e non; "anche indiretto" ne comporta un ulteriore ampliamento;
- b) del "fatto commesso da tre o più persone in concorso tra loro" (formulazione identica all'ex circostanza aggravante)
- c) "utilizzando servizi internazionali di trasporto" (formulazione sostanzialmente identica all'ex circostanza aggravante)
- d) "utilizzando documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti"; l'ex circostanza aggravante prevedeva solo l'uso di documenti contraffatti; l'ampliamento è significativo con riferimento ai documenti illegalmente ottenuti, espressione destinata a ricomprendere anche documenti autentici ottenuti con modalità illecite; si pensi ai visti di ingresso ed agli stessi passaporti validi per l'espatrio fraudolentemente ottenuti tramite la corruzione di pubblici ufficiali o esibendo falsa documentazione di supporto e dunque inducendo in errore i funzionari.

L'interpretazione sopra fornita (quattro distinte ed autonome fattispecie di reato-base con identica pena) appare l'unica logica, ma non è certo aiutata dalla formulazione ambigua della norma. La prima parte del 3 ° comma infatti è riservata integralmente alla descrizione della condotta integrata dal fine di trarne profitto ed alla correlativa sanzione. La seconda parte del 3° comma inizia con "La stessa pena si applica quando il fatto è commesso..." e fa seguire, in alternativa, le ipotesi b), c) e d). Orbene, se il riferimento, oltre alla pena, fosse al "fatto" nella sua integralità previsto della prima parte, si dovrebbe ritenere sempre necessario il fine di

profitto anche per le ipotesi della seconda parte. Ma la facile obiezione è: se così fosse, perché delineare ulteriori fattispecie che non aumentano il raggio delle condotte punibili e neppure la sanzione? Tutto ciò peraltro si risolverebbe in un trattamento più favorevole al reo rispetto al testo previgente: laddove non fosse integrato il fine di profitto, infatti, il reo non risentirebbe neppure del numero dei concorrenti nel reato, dell'uso di servizi internazionali e di documenti contraffatti e sarebbe applicabile il primo comma anziché il 3° comma dell'art.12 TU.

Appare pertanto necessario interpretare la parola "fatto" come "atti diretti a procurare l'ingresso" privi di elemento specializzante.

**6.D2)** Il nuovo comma 3 *bis* recita: " Le pene di cui al comma 3 sono aumentate se".

Vengono di seguito elencate circostanze aggravanti comportanti un aumento di pena fino a un terzo (art. 64 cp). L'esplicito riferimento alle pene di cui al comma 3° rende evidente che tali aggravanti non sono applicabili al primo comma dell'art.12.

**a)** La prima della circostanza aggravanti indicate dal comma 3 *bis* ricomprende una delle ex circostanze aggravanti ad effetto speciale del previgente 3° comma:

"il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone."

Tale circostanza assume dunque valore solo quando ricorra anche il dolo specifico o una delle altre modalità previste dal comma 3°; nell'ipotesi del primo comma, invece, il numero delle persone non ha rilievo, salvo che per la quantificazione della pena pecuniaria (la multa è calcolata infatti con riferimento ad ogni clandestino).

Pertanto, qualora si debba giudicare un reato formulato ai sensi del previgente art.12 comma 1° aggravato dalla circostanza del numero delle persone favorite e manchino le condizioni per l'applicabilità dell'attuale terzo comma, deve ritenersi più favorevole, secondo il meccanismo della successione di leggi nel tempo e del favor rei, il nuovo primo comma dell'art. 12 che non prevede l'aggravante.

Ciò che sembra oscura è la previsione della circostanza aggravante qualora il numero di cinque o più persone riguardi non l'ingresso ma la permanenza illegale nel nostro paese. Non si ravvisa infatti nelle fattispecie-base del 3° comma alcun riferimento alla permanenza illegale nel territorio dello Stato, perciò non si comprende perché vi faccia riferimento la circostanza aggravante. Peraltro nella circostanza aggravante non appare il riferimento all'ingresso in altro Stato, fattispecie che quindi non risulterebbe aggravata dal numero delle persone trafficate (risultando commisurata ad ogni persona trafficata la sola pena pecuniaria), salvo ritenere che con il termine "ingresso" si sia voluto intendere sia l'ingresso nello Stato sia in altro Stato, mentre la sola permanenza illegale faccia riferimento al nostro territorio.

La seconda e la terza circostanza aggravante previste dal comma 3 *bis* sono di nuova formulazione:

**b)** "per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità"

**c)** "per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante"

Valgano le perplessità già sopra esposte per la valorizzazione della condotta di procurata "permanenza illegale" solo nelle aggravanti. Nella condotta base la permanenza illegale del clandestino è un "*post factum*" rispetto all'ingresso illegale. Appare pertanto anomalo prendere in considerazione circostanze (relative al numero dei clandestini ed alle modalità della loro permanenza) che riguardino il *post factum*. Essendovi peraltro un'autonoma fattispecie criminosa (art. 12 comma 5°) che riguarda specificamente il favoreggiamento della permanenza illegale nel nostro paese al fine di trarne ingiusto profitto non si capisce perché le

predette aggravanti non siano state correlate a quell'ipotesi base (che si autolimita peraltro "ai casi non previsti dai commi precedenti" e "salvo che il fatto non costituisca più grave reato").

Deve osservarsi che le denunce per art.12 comma 5° TU 286/98 sono assai frequenti e colpiscono diffuse condotte di approfittamento di soggetti italiani e stranieri in danno di clandestini (es. per la locazione di posti-letto precari a condizioni esose e l'impiego di manodopera straniera irregolare con modalità tali da comportarne il vero e proprio sfruttamento).

Le nuove circostanze aggravanti contemplate nel comma 3 *bis* appaiono perciò calzanti alla realtà fattuale che vede effettivamente esposta a pericolo la salute e la dignità della persona. Ma poiché la norma che colpisce tali condotte è l'art. 12 comma 5° (beninteso, ove non vi sia connessione con l'ingresso illegale del clandestino), l'unico modo per rendere efficaci le predette aggravanti era collegarle al comma 5°.

**6.D3)** il comma 3 *ter* prevede circostanze aggravanti ad effetto speciale sostanzialmente analoghe a quelle del previgente art. 12 comma 3° 2<sup>a</sup> parte (e punite con le stesse pene). Il comma 3 *ter* si innesta sulle sole condotte del comma 3° (espressamente richiamate) e dunque non può configurarsi come aggravante del primo comma. Del resto il contenuto delle aggravanti speciali è caratterizzato dal fine di sfruttamento e dunque ben si coniuga con il fine di profitto del 3° comma.

L'unica differenza contenutistica rispetto al previgente 3° comma dell'art. 12 è che il nuovo testo fa riferimento, oltre che alla prostituzione, "allo sfruttamento sessuale". La formula appare mutuata dalla Legge nr.269/98 sulla prostituzione e pornografia minorile e non pare trovare corrispondenza in alcuna norma dettata per gli adulti; poiché per i minori vi è l'apposita aggravante ad effetto speciale per il procurato ingresso di minori "da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento" (di qualunque tipo), non si comprende agevolmente se con la terminologia "sfruttamento sessuale" si sia voluto intendere o meno qualcosa di diverso dalla prostituzione.

**6.D4)** L'aumento ordinario per le aggravanti previste dal comma 3 *bis* va espressamente conteggiato sulle sole pene del comma 3°, quindi non può applicarsi al comma 3 *ter*. Ne deriva che non esiste ulteriore aggravante, per esempio, per il procurato ingresso di cinque o più minori (anziché di uno solo) da impiegare in attività illecite a fini di sfruttamento, né può applicarsi, se trattasi di minori destinati al predetto "impiego", l'ulteriore aggravante delle condizioni inumane o degradanti o del pericolo per l'incolumità fisica e per la vita stessa dei minori. Laddove astrattamente ricorra sia la circostanza aggravante ordinaria sia la circostanza aggravante ad effetto speciale deve necessariamente optarsi per l'una o per l'altra. La regola per il P.M., nella scelta, non può che essere quella di contestare l'aggravante comportante il trattamento sanzionatorio più severo. Così qualora ricorrano le condizioni previste dal comma 3 e dal comma 3 *bis*, la pena può giungere sino a 16 anni di reclusione, mentre se si applica l'aggravante ad effetto speciale del comma 3 *ter*, la pena è nel massimo di 15 anni. In definitiva, le ipotesi aggravate di cui al comma 3 *bis* sono punite più severamente delle stesse aggravanti ad effetto speciale del comma 3 *ter*. Né vi è alcuna differenza di trattamento nel giudizio di comparazione, come si vedrà al punto D5).

**6.D5)** Il comma 3 *quater* prevede che nel giudizio di comparazione le circostanze aggravanti del comma 3 *bis* e del comma 3 *ter* (espressamente qui definite come circostanze aggravanti) siano sempre prevalenti sulle concorrenti circostanze attenuanti (fatta eccezione per la minore età). In deroga ai principi generali, però, le circostanze attenuanti potranno comunque essere conteggiate, ma le diminuzioni andranno operate sulla pena prevista dalle aggravanti; di fatto è un'abolizione del giudizio di comparazione, con trattamento per le aggravanti come se

fossero autonome fattispecie di reato. A tale disciplina non si sottrae neppure la speciale attenuante introdotta dal comma 3 *quinquies* derivante dalla collaborazione (punto D6)

**6.D6)** La scelta del legislatore per contrastare i traffici organizzati di esseri umani appare puntare sulle dichiarazioni degli stessi concorrenti nei reati; l'art.11 L.189/02 ha infatti introdotto un'attenuante speciale di "ravvedimento operoso" (art.12 comma 3 *quinquies*) che prevede, per i delitti previsti dai commi precedenti (dunque dal comma 1 al comma 3 *quater* dell'art. 12), la diminuzione della pena fino alla metà per l'imputato che si adoperi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti

La formulazione premiale richiama altre norme premiali come il comma 5° dell'art. 630 cp (tranne che per il requisito della dissociazione qui non richiesto) e, per l'elemento della sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti, l'attenuante dell'art. 73 comma 7° DPR 309/90.

L'applicazione alla nuova attenuante del regime speciale di "comparazione" introdotto dal comma 3 *quater* comporta che anche per il collaborante la pena rimanga comunque piuttosto elevata. Infatti, conteggiando l'attenuante della collaborazione nella sua massima estensione possibile (la metà) sulla pena prevista, per esempio, dall'art 12 comma 3 *ter*, pur considerata nel minimo (5 anni), il collaborante non potrà accedere all'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 cpp salvo previamente concedere anche le attenuanti generiche ex art 62 bis c.p. (però difficilmente motivabili su parametri diversi da quelli già valutati).

**6.E)** Immodificato è rimasto il termine delle indagini preliminari per tutti i reati previsti dall'art 12 TU 286/98, fermo a sei mesi, salvo proroga da notificarsi agli indagati, termine sovente troppo breve per compiutamente ricostruire organigramma e dinamiche dei sodalizi criminali, senza dare avviso e quindi notizia delle indagini ai primi iscritti, in genere i "basisti" in Italia.

Immodificato è rimasto anche il termine massimo di custodia cautelare, anch'esso fermo a sei mesi nella fase delle indagini preliminari, termine che ugualmente appare esiguo per la complessità degli accertamenti e delle indagini sovranazionali anche conseguenti ai primi arresti.

L'attesa dell'inserimento dei delitti dell'art. 12 TU 286/98 nel novero dei delitti dell'art. 51 comma 3 *bis* cpp di competenza delle procure distrettuali antimafia è andata delusa (con la conseguenza che la materia, che pur comporta indagini di respiro nazionale ed internazionale, non rientra neppure nei poteri del Procuratore nazionale antimafia). In controtendenza rispetto alla realtà fattuale segnalata dagli operatori, ai delitti di cui all'art. 12 TU 286/98 non risulta pertanto riconosciuta la natura di delitti di criminalità organizzata.

Per l'ampliamento dei termini di indagine e di custodia cautelare, peraltro, sarebbe stato sufficiente l'inserimento tra i reati indicati dall'art.407 2° comma lettera a) cpp, come recentemente è avvenuto per i delitti di cui agli artt.600 *bis* e 609 *bis-ter* cp.

Anche l'attesa di disposizioni che consentissero forme di "ritardato arresto" e l'impiego di agenti "sotto copertura" onde seguire i "carichi di clandestini" ed individuare il maggior numero possibile di sodali è andata delusa.

## **7) Modifiche all'art 22 TU 286/98, impiego di manodopera clandestina**

L'art. 18 L.189/02 ha riscritto l'art. 22 TU 286/98: l'attuale comma XII (ex comma X) non ha cambiato la natura del reato che resta una contravvenzione per il datore di lavoro che occupi

alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno ovvero il cui permesso sia stato revocato o annullato o il cui permesso sia scaduto e non ne sia stato chiesto nei termini di legge il rinnovo; l'unica novità è la pena *congiunta* - pur sempre mite - e non più alternativa dell'arresto - da 3 mesi a 1 anno - e dell'ammenda di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato

## **8) Nuovi reati in materia di falso e norme penali in ordine alle false regolarizzazioni**

### **8.1 - introduzione di nuovi reati in materia di falso**

L'art. 5 L.189/02 ha inserito nell'art. 5 TU 286/98 il comma 8 *bis* che ha introdotto un reato "speciale" rispetto ai reati di falso del codice penale:

“Chiunque contraffà o altera un visto di ingresso o reingresso, un permesso di soggiorno, un contratto di soggiorno o una carta di soggiorno, ovvero contraffà o altera documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno, è punito con la reclusione da uno a sei anni. Se la falsità concerne un atto o parte di un atto che faccia fede fino a querela di falso la reclusione è da tre a dieci anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale”.

Viene così punita la falsità commessa dal privato con le sanzioni previste per il falso in atto pubblico commesso da pubblico ufficiale (art. 476 1° e 2° comma cp) e costituita un'aggravante qualora l'autore sia proprio il pubblico ufficiale (mentre - come è a tutti noto - nel codice penale si tratta di reati propri del pubblico ufficiale senza possibilità di aggravarli ulteriormente per la qualifica ricoperta ed il privato risulta invece punito in forma attenuata in virtù dell'art.482 cp)

Ciò comporta che lo straniero in possesso di permesso di soggiorno integralmente contraffatto (ipotesi più che comune) possa essere sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere.

Lo stesso esito può aversi se ha falsificato scritture di supporto (si pensi, per esempio, a un contratto di locazione destinato a comprovare la disponibilità di un alloggio da parte dello straniero, indispensabile per fargli ottenere permesso di soggiorno), pur se non ha conseguito il risultato (la norma infatti prevede solo il " fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno..." quale dolo specifico e non quale evento).

Il comma 8 *bis* nella sua prima parte contiene un elenco specifico degli atti formati dal privato equiparati al falso in atto pubblico: si tratta di falsità materiali evidenziate dai verbi "contraffà o altera".

La seconda parte del comma 8 *bis* prevede un'aggravante (identica nella formulazione all'aggravante dell'art. 476 2° comma cp) per la falsità cadente su atto o parte di atto facente fede fino a querela di falso, senza alcuna esemplificazione. A quali atti o parti di atti facenti fede fino a querela di falso fa dunque riferimento la 2<sup>a</sup> parte ?

Anche la 2<sup>a</sup> parte non può che far riferimento ai procedimenti portanti al rilascio di visto d'ingresso, di reingresso, di permesso di soggiorno...indicati nella prima parte ed in particolare a quegli atti che promanano dalla diretta attività del pubblico ufficiale e che ne attestano il compimento in un certo luogo, in una certa data ed il controllo di determinate condizioni: esempio, il timbro datario di frontiera che viene apposto dalla polizia di frontiera sul passaporto all'ingresso o all'uscita dal territorio nazionale, che già la Suprema Corte aveva indicato quale atto fidefacente.

Ma cosa succede per le falsità ideologiche cadenti sugli stessi atti, punite dal codice penale ex art. 479 cp con la stessa pena dell'art. 476 cp?. Il comma 8 *bis* fa riferimento alle

sole falsità materiali, senza alcun richiamo all'ipotesi di falsità ideologica.

Il privato perciò continuerà a rispondere di falsità ideologica per induzione in errore del Pubblico Ufficiale ai sensi degli artt. 48-479-476 cp, tranne l'ipotesi in cui abbia tratto in inganno il Pubblico Ufficiale con documentazione materialmente contraffatta o alterata, giacchè allora sarà applicabile l'art. 5 comma 8 *bis*, ma la pena nell'uno e nell'altro caso è identica. Per il pubblico ufficiale, invece, il parallelismo si spezza, perché l'aggravante a suo carico introdotta dal comma 8 *bis* lo colpisce con pena più severa solo per i casi di falsità materiale e non di falsità ideologica per i quali continuerà a rispondere ex art. 479 cp. Per esemplificare, il pubblico ufficiale che abbia formato un permesso di soggiorno integralmente falso risponderà delle pene del comma 8 *bis* aumentate fino a un terzo e dunque più gravemente che in passato, mentre se ha rilasciato un permesso di soggiorno autentico ma viziato da falsità ideologica (per esempio, per aver omesso deliberatamente ogni controllo) ne risponderà, come in passato, con la pena dell'art.479 cp.

## **8.2 - norme penali in ordine alle false regolarizzazioni**

L'art. 33 L.nr.189/02 comma 8 e l'art. 1 D.L. 9.09.02 nr.195 comma 9 prevedono norme penali simmetriche destinate a colpire, salvo che il fatto costituisca più grave reato, le false dichiarazioni di emersione di lavoro irregolare (rispettivamente per badanti e colf - legge nr.189 - e per i lavoratori di impresa - decreto legge nr.195).

Si tratta di norme speciali che riguardano la sola procedura di regolarizzazione di lavoratori stranieri nel breve periodo temporale previsto per l'emersione del lavoro irregolare (due mesi dalla data di entrata in vigore della legge per il lavoro domestico - ossia entro il 10.11.02 -; 30 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legge per i lavoratori nelle imprese - ossia entro il 10.10.02 -).

Appaiono configurate come reati propri, il cui autore è il datore di lavoro che presenta falsa dichiarazione di emersione "al fine di eludere le disposizioni in materia di immigrazione" (più propriamente al fine di procurare permesso di soggiorno, con modalità simulatorie, a clandestini già presenti in Italia).

La pena prevista per il datore è della reclusione da due a nove mesi.

Come si coordinano tali norme con le ben più pesanti sanzioni dell'art. 5 comma 8*bis*?

Non vi è espresso coordinamento, ma sia l'art. 33 sia l'art.1 sono contrassegnati dalla clausola di sussidiarietà " salvo che il fatto costituisca più grave reato". Se dunque alla dichiarazione di emersione il datore alleggi falsa documentazione di supporto (per esempio, falso attestato di pagamento del contributo forfettario, o falso certificato di malattia del familiare asseritamente assistito dalla simulata badante), parrebbe rientrarsi nella fattispecie dell'art.5 comma 8*bis*. Se, infine, venga raggiunto il risultato ossia il conseguimento di permesso di soggiorno per induzione in errore del competente ufficio, non solo presentando falsa dichiarazione di emersione ma siglando entrambe le parti (datore e lavoratore) innanzi al Pubblico Ufficiale il conseguente contratto di soggiorno (simulando un rapporto di lavoro inesistente) e con ciò contestualmente ottenendo il permesso di soggiorno per lo straniero, entrambi dovranno rispondere di falso in atto pubblico (permesso di soggiorno) per induzione in errore ai sensi degli artt. 48-479 cp.

Poichè la nuova regolarizzazione non stabilisce prove di pregressa presenza sul territorio per gli stranieri fruitori (se non la dichiarazione del datore di occuparli alle proprie dipendenze da tre mesi) è ragionevole prevedere che possa costituire un incentivo a massicci arrivi di clandestini in Italia in tempo utile per la "dichiarazione di emersione".

Un difetto di coordinamento temporale si registra, peraltro, nelle norme istituenti una causa di non punibilità per i datori che abbiano impiegato lavoratori clandestini. Si prevede infatti che i datori non siano punibili per le violazioni compiute antecedentemente alla data di

entrata in vigore della legge e del decreto/legge, derivandone che, in costanza di rapporto di lavoro irregolare fino alla dichiarazione di emersione - che può avvenire rispettivamente fino al 10.11.02 e fino al 10.10.02 -, il datore di lavoro non è "coperto" dalla causa di non punibilità nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della norma e la dichiarazione.

## **ESPULSIONE AMMINISTRATIVA**

### **I) art 13.2.a - clandestino**

**art 13.2.b - con visto ma senza permesso** (8gg x la richiesta + 20 x rilascio permesso: art 5.2 e 5.9)

- **con permesso revocato** (art 5.5 per cessazione dei requisiti, art 30. bis per i falsi matrimoni, 26.7 bis per gli “ambulanti” )
- **con permesso scaduto e non rinnovato entro 60 gg** (art 13.5), v II

**art 13.2.c- con permesso ma diffidabile** (art 1 l. 1423/56: a) abitualmente dedito ai traffici delittuosi; b) vive dei proventi di attività delittuose; c) dedito a reati che mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica)

- **con permesso ma “mafioso” e “pericoloso”** (art 1. 575/65)

**art 9.3 - per revoca carta di soggiorno**

### **II) DECRETO DI ESPULSIONE IMMEDIATAMENTE ESECUTIVO (13.3)**

**II. I - esecuzione immediata con accompagnamento** (13.4 e 14.1 tranne che per i permessi scaduti e non rinnovati ex 13.5)

**II.II - centro di trattenimento temporaneo per 30 gg + 30 gg** per accertamenti identità/ indisponibilità mezzi (14.1)

- esecuzione immediata con accompagnamento (14.5)
- se scade il termine: intimazione a lasciare il territorio dello stato entro 5 giorni (14.5bis I^ p.).

**II.III – intimazione a lasciare il territorio dello stato entro 5 giorni** (14.5bis I^ p.)

**PRIMO CONTROLLO dopo i 5 giorni** (arresto da 6 mesi ad 1 anno, 14.5.ter)

arresto obbligatorio (14.5 quinquies)

liberazione da parte del PM (121 disp att cpp) o da parte del giudice (391 cpp)

espulsione immediata con accompagnamento (14.5 ter)

centro di trattenimento (14.5. quinquies)

intimazione a lasciare il territorio entro 5 gg (14.5.bis)

**NUOVO CONTROLLO dopo i 5 gg** (reclusione da 1 a 4 anni, 14. 5 quater)

arresto obbligatorio (14.5 quinquies), giudizio direttissimo

**II.IV -CONTROLLO dopo espulsione e ingresso clandestino**

**respingimento**

**flagranza di reato (ingresso): arresto** (art 13.13, arresto 6 mesi 1 anno)

liberazione da parte del PM (121 disp att cpp) o da parte del giudice (391 cpp)

> accompagnamento immediato alla frontiera (13.13)

> centro di trattenimento (14.1)

> intimazione a lasciare il territorio entro 5 gg (14.5 bis)

**no flagranza:** > accompagnamento immediato alla frontiera (13.13)

> centro di trattenimento (14.1)

> intimazione a lasciare il territorio entro 5 gg (14.5 bis)

**NUOVO CONTROLLO dopo II^ accompagnamento e ingresso clandestino**

reclusione da 1 a 4 anni (art 13.13bis 2^ p.)

arresto (se flagranza ingresso), o fermo + giudizio direttissimo (13.13 ter)

### **III - PERMESSO NON RINNOVATO** (13.2 lett b III ipotesi).

#### **PRIMO CONTROLLO**

III.1 > solo se “pericoloso” accompagnamento immediato alla frontiera (13.5)

- se rientra v. **II.IV**

III.2 > se non identificato e “pericoloso” centro di trattenimento (14.1) v. **II.II**

III.3 > intimazione a lasciare il territorio entro 15 gg (13.5)

**SECONDO CONTROLLO** dopo i 15 gg:

> accompagnamento alla frontiera (13.5)

> centro di trattenimento temporanea (14.1)

> intimazione a lasciare il territorio entro 5 giorni (14.5 *bis*) v. **II.III**

### **IV - ESPULSIONE DISPOSTA DAL GIUDICE**

1. misura di sicurezza (15.1, 235 cp, 312 cp, 86 l stup)

2. quale sanzione sostitutiva (16.1-5)

3. quale sanzione alternativa alla detenzione (16.6)

per 3 con accompagnamento alla frontiera (16.7), per 1 e 2 con accompagnamento se detenuto o rintracciato

#### **CONTROLLO:**

arresto (se flagranza ingresso), o fermo + giudizio direttissimo (13.13 *ter*)

per ipotesi 1 e 2 solo se si dimostra l'avvenuta uscita dal territorio.

### **V – ESPULSIONE DELLO STRANIERO CON PERMESSO DI SOGGIORNO**

Espulsione previa revoca del permesso (anche contestuale)

- se “vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno” (v. art 4.3 II p)

- se si tratti di soggetto “diffidabile” (art 1 l. 1423/56) o “mafioso” (art 1 l. 575/65) ex art 13.2 lett c)

- se commette reati in materia di diritto d'autore o 473 e 474 cp (art 25.7 *bis*)

### **VI – ESPULSIONE DELLO STRANIERO CON CARTA DI SOGGIORNO (9.5)**

- gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza

- se si tratti di soggetto “diffidabile” (art 1 l. 1423/56)

- se si tratti di “mafioso” (art 1 l. 575/65) al quale sia stata applicata misura di prevenzione

## Indice:

<b>1) Cenni sul procedimento di espulsione amministrativa di cui all'art 13 del T.U. sull'immigrazione</b>	☞ pag 1
§ 1.1 L'espulsione ministeriale	☞ pag 1
§ 1.2 L'espulsione prefettizia	☞ pag 1
§ 1.3 I divieti di reingresso e le ipotesi di revoca del permesso di soggiorno derivanti da condanna penale (anche non definitiva).	☞ pag 3
§ 1.4 Nuove specifiche ipotesi di revoca del permesso di soggiorno e di espulsione	☞ pag 4
§ 1.5 L'esecuzione dell'espulsione	☞ pag 4
§ 1.6 Classificazione del provvedimento di espulsione nell'ambito dei provvedimenti amministrativi.	☞ pag 7
<b>2) Forme di coordinamento tra procedimento penale e procedimento di espulsione</b>	☞ pag 8
§ 2.1 Nulla osta all'esecuzione dell'espulsione	☞ pag 8
§ 2.1.a nulla osta su richiesta del Questore	☞ pag 9
§ 2.1.b nulla osta all'atto della convalida dell'arresto o del fermo	☞ pag 12
§ 2.1.c nulla osta all'atto della revoca o dell'estinzione della misura della custodia cautelare in carcere	☞ pag 13
§ 2.1.d un'interpretazione alternativa del nulla osta del giudice all'espulsione dell'indagato non detenuto in carcere	☞ pag 13
§ 2.2 Riflessioni sulla alternatività tra custodia cautelare in carcere ed espulsione	☞ pag 14
§ 2.3 Obblighi di comunicazione: comma 1 bis dell'art 15	☞ pag 15
<b>3) Le espulsioni disposte dal giudice</b>	☞ pag 18
§ 3.1 l'espulsione come misura di sicurezza (art 15 TU)	☞ pag 18
§ 3.2 l'espulsione come sanzione sostitutiva (art 16 co 1 TU)	☞ pag 19
§ 3.3 l'espulsione come misura alternativa (art 16 co 5 TU)	☞ pag 20
<b>4) L'espulsione come condizione di non procedibilità (art 13 co 3 <i>quater</i> TU)</b>	☞ pag 22
<b>5) Nuove ipotesi di arresto in flagranza, fermo e giudizio direttissimo</b>	☞ pag 25
§ 5.1 il reingresso dopo l'espulsione con accompagnamento (art 13.13 T.U.)	☞ pag 25
§ 5.2 il 2° reingresso dopo l'espulsione con accompagnamento, ed il reingresso dopo l'espulsione disposta dal giudice (13.13 <i>bis</i> T.U.).	☞ pag 26
§ 5.3 il mancato rispetto dell'espulsione disposta con intimazione a lasciare lo Stato entro 5 giorni (14.5 <i>ter</i> )	☞ pag 27
§ 5.4 la trasgressione all'espulsione successiva al secondo reingresso (art 14.5 <i>quater</i> )	☞ pag 27
§ 5.5 le trasgressioni al divieto di reingresso e problemi di diritto intertemporale	☞ pag 28
<b>6) Modifiche all'art 12 TU 286/98, disposizioni contro l'immigrazione clandestina</b>	☞ pag 29
<b>7) Modifiche all'art 22 TU 286/98, impiego di manodopera clandestina</b>	☞ pag 34
<b>8) Nuovi reati in materia di falso e norme penali in ordine alle false regolarizzazioni</b>	☞ pag 34
§ 8.1 introduzione di nuovi reati in materia di falso	☞ pag 34
§ 8.2 norme penali in ordine alle false regolarizzazioni	☞ pag 35
<b>Schema del regime delle espulsioni</b>	☞ pag 38

I capitoli **1** e **2** sono stati curati dalla dr.ssa **Maria Laura Maddalena** ad eccezione del § 2.1.d (dr Luca Villa e dr.ssa Licia Scagliarini), §§ 1.3, 1.4 (dr.ssa Licia Scagliarini)

I capitoli **3**, **4** e **5** sono stati curati dal dr **Luca Villa**

I capitoli **6**, **7** e **8** sono stati curati dalla dr.ssa **Licia Scagliarini**