



# Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre Juridique International et Droits de l'Homme  
Diretta da Claudio Zanghì, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE  
SCIENTIFICA

Gli Speciali

Luglio 2023

## CRISI MIGRATORIE

*Nuove sfide per i diritti umani*

[www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net)

Rivista telematica - ISSN 2284-3531

Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

*Gli Speciali*

Direttori CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

## ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

### *Gli Speciali*

Direttori CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

#### **COMITATO SCIENTIFICO**

Rafâa Ben Achour – Anthony Annull – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgorgue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Emmanuel Decaux – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Sergio García Ramírez – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajer Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Béatriz Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

#### **COMITATO DI REDAZIONE**

Responsabile Osservatori: Raffaele Cadin

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: Gabriele Asta – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Cristina Grieco – Luigino Manca – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Luigi Prospero – Valentina Zambrano

Segreteria: Marco Bolognese – Pierfrancesco Breccia – Alberto Marchese – Luigi Zuccari

#### *Criteri di referaggio:*

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a due *referees*.

# **CRISI MIGRATORIE**

*Nuove sfide per i diritti umani*

# **CRISIS MIGRATORIAS**

*Nuevos desafíos a los derechos humanos*

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*  
Supplemento al n. 3/2023  
luglio 2023  
ISSN 2284-3531



## INDICE

DAVID CARRIZO AGUADO, <i>Presentación</i> .....	III
LINA PANELLA, <i>Presentazione</i> .....	V

### SEZIONE PRIMA

#### Crisi migratorie nella società internazionale contemporanea *Crisis migratorias en la sociedad internacional contemporánea*

CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO, <i>Regulación jurídica de las migraciones en el espacio iberoamericano</i> .....	2
ANNALISA GERACI, <i>L'OIM e la "policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration": le attività, il supporto dell'organizzazione agli Stati e la protezione dei diritti dei migranti</i> .....	13
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO, <i>The special regime for border in Ceuta and Melilla: a critical analysis of the regularization of border rejection under international law</i> ....	27
CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO, <i>Los derechos de las personas migrantes en situación de conflicto armado: ámbitos de protección en el marco del derecho internacional humanitario</i> .....	48
RABIÂ M'RABET TEMSAMANI, <i>Une réflexion sur la protection des mineurs non accompagnés à la lumière du droit international et du droit européen</i> .....	66

### SEZIONE SECONDA

#### Cause ed effetti delle crisi migratorie in una prospettiva regionale *Causas y consecuencias de las crisis migratorias: análisis desde una perspectiva regional*

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, <i>Crisis migratoria vs. igualdad de trato: la difícil andadura en el marco euromediterráneo</i> .....	89
LORENA CALLER TRAMULLAS, <i>El impacto de las políticas migratorias europeas en la criminalización de la inmigración irregular en España</i> .....	104
MARIA TERESA COLLICA, <i>La tutela penale del migrante nel Mediterraneo e il contrasto alle ONG</i> .....	120
IRENE MARCHIORO, <i>Riflessioni sull'effettività della tutela dei minori richiedenti asilo negli strumenti rimediali europei a margine della sentenza Darboe e Camara c. Italia</i> .....	142

ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN - GLORIMAR ALEJANDRA LEÓN SILVA, <i>La respuesta del sistema regional Interamericano de protección de los derechos humanos a los migrantes a raíz del Covid: Relato de un éxito</i> .....	158
--	-----

## SEZIONE TERZA

Stato di accoglienza e Paese terzo sicuro: prospettiva italo-spagnola  
*Estado de acogida y tercer País seguro: perspectiva italo-española*

GIOVANNI CELLAMARE, <i>L'irragionevole leggerezza del concetto di Paese terzo sicuro</i> .....	177
EMANUELE LA ROSA, <i>“Controllo penale dei flussi migratori” vs. “Protezione dei diritti umani”</i> : il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nel diritto penale italiano .....	191
FRANCESCO MARTINES, <i>Migranti, procedimento amministrativo e garanzie di partecipazione</i> .....	211
ALEJANDRO PASTORI FILLOL, <i>La reciente migración venezolana en el Río de la Plata</i> ....	224
LAURA PERGOLIZZI, <i>Fattore tempo e protezione internazionale: le procedure accelerate</i> ...	237
LORENA SALES PALLARES, <i>La nacionalidad como medida de protección de los menores migrantes</i> .....	251
FABRIZIO TIGANO, <i>La tutela processuale dell'immigrato</i> .....	266

## SEZIONE QUARTA

L'Europa di fronte alle crisi migratorie  
*Europa ante las crisis migratorias*

BERNARDO CORTESE, <i>Alle frontiere dell'Unione, tra cavalli di frisia e respingimenti a catena: Europa o ...Medusa?</i> .....	293
JORDI HERRERA BOLAÑOS, <i>Debilidades del actual sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea</i> .....	321
M <sup>a</sup> DOLORES ADAM MUÑOZ, <i>Análisis de algunos efectos jurídicos de la poligamia en el sistema español de derecho internacional privado</i> .....	333
FRANCESCA POLLICINO, <i>EU legal migration policies: the Directive on Students and Researchers and the new Talent Partnership</i> .....	351
VALENTINA PRUDENTE, <i>Controllo delle frontiere ed espulsione dello straniero in via amministrativa</i> .....	364
LETIZIA SALVO, <i>Implementation and Limits of Directive 55/2001/EC in favor of Ukrainian displaced persons</i> .....	386



VALENTINA PRUDENTE\*

## CONTROLLO DELLE FRONTIERE ED ESPULSIONE DELLO STRANIERO IN VIA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il contesto normativo attuale. – 2.1. I temperamenti introdotti dalla normativa sovranazionale. Automatismi mitigati? – 3. Limiti ‘espliciti’ e limiti ‘impliciti’ al potere di espulsione tra modifiche legislative ‘compulsive’ e adozione della decisione amministrativa. – 4. L’effettività della tutela giurisdizionale di fronte al riparto di giurisdizione. – 5. Conclusioni.

### 1. *Premesse*

L’espulsione in via amministrativa dello straniero nell’ordinamento italiano è modulata come conseguenza ‘automatica’ dell’avverarsi di determinati presupposti di fatto ed è realizzata con misure esecutive altrettanto automatiche e accelerate, tendenzialmente produttive di conseguenze negative sulle garanzie giurisdizionali in un campo, quello dei diritti umani, in cui il nostro ordinamento non può permettersi lacunosità e contraddizioni.

E invece molti hanno sottolineato come le norme che regolano l’espulsione degli stranieri, le modalità di esecuzione delle misure di allontanamento, la stessa tutela offerta dall’ordinamento allo straniero coinvolto nei relativi procedimenti, producano la violazione di principi supremi dell’ordinamento, mettendo in crisi il “genoma della Costituzione italiana”<sup>1</sup>.

La dottrina ha evidenziato come, al di là delle finalità che l’espulsione persegue (tutela dell’ordine pubblico e sicurezza e controllo delle frontiere), le modalità, anche esecutive, prescelte dal legislatore contraddicono i principi dell’ordinamento internazionale e in definitiva contraddicono il nostro sistema costituzionale, nella misura in cui sottraggono al

---

\*Ricercatrice di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> A. PUGIOTTO, «Purchè se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, p. 380.

controllo giurisdizionale ambiti di valutazione e poteri di intervento, affidando l'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato ai c.d. "automatismi"<sup>2</sup>.

In questo scritto, nel quale mi soffermerò sulle espulsioni amministrative prefettizie, dopo aver sommariamente percorso le tappe che hanno condotto all'attuale configurazione dell'espulsione e della sua esecuzione, attraverso una rapida disamina della legislazione vigente, cercherò di spiegare come i limiti legislativi al potere di espulsione mitighino l'automatismo espulsivo e incidano anche sulla connotazione del relativo potere; infine trarrò qualche conclusione in relazione ad alcune questioni critiche nell'ambito della tutela giurisdizionale dello straniero.

## 2. Il contesto normativo attuale

Il potere di espulsione amministrativa<sup>3</sup> è tradizionalmente collegato alla funzione statale di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici ed è sempre stato attribuito agli organi di vertice dell'amministrazione degli interni ovvero al Ministro dell'Interno e, poi, anche al prefetto<sup>4</sup>. Esso all'origine si configurava come potere di polizia a carattere altamente

---

<sup>2</sup> In tema v. A. ALGOSTINO, *Lo straniero 'sospeso' fra tutela dei diritti fondamentali della persona umana e esigenze di un efficiente controllo dell'immigrazione*, in *Giur. It.*, 2002, p. 1349 ss.; M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna (II giornate Italo-spagnole di giustizia costituzionale)* 3-4 ottobre, Valencia, 2005, p. 240 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *Accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, p. 147 ss.; P. BONETTI, *I provvedimenti di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e soggiorno*, in *Stranieri tra i diritti*, cit., p. 48; ID., *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 567 ss. A. PUGIOTTO, *«Purchè se ne vadano»*, cit., p. 333 ss.; G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente alla direttiva rimpatri*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2011, p. 30 ss.; A. LIGUORI, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2011, p. 15 ss.; A. LANG, *Ancora modifiche alla disciplina sulle condizioni di ingresso, soggiorno e allontanamento dei cittadini dell'Unione*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2011, p. 51 ss.; E. ROSSI, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna (II giornate Italo-spagnole di giustizia costituzionale)* 3-4 ottobre, Valencia, 2005, p. 138 ss.; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, in particolare p. 219 ss.

<sup>3</sup> Il diritto di espulsione dello Stato è sempre stato strutturato in modo binario: come conseguenza di condanna penale, da un lato; e quale misura di prevenzione atta a garantire l'ordine pubblico, dall'altro lato, prevista dal codice penale e dalle leggi di pubblica sicurezza (v. M. MAZZANTI, *Espulsione dello straniero* (voce), in *Enc. Dir.*, 1966, XV, 913).

<sup>4</sup> Con la legge di pubblica sicurezza del 30 giugno 1889, n. 6144 (coeva al Codice Zanardelli) il potere di espulsione, riservato al vertice politico dell'amministrazione degli interni, viene attribuito anche al prefetto che lo poteva esercitare nei confronti dello straniero condannato per un delitto, scontata la pena, al momento della liberazione ed ai prefetti delle province di confine, i quali potevano allontanare gli stranieri dai Comuni di frontiera. Il prefetto, inoltre, poteva respingere alla frontiera lo straniero che non sapesse dare contezza di sé.

discrezionale<sup>5</sup>, svincolato da limiti legislativi<sup>6</sup>, perché giustificato da esigenze di garanzia dell'ordine pubblico da parte dell'autorità di pubblica sicurezza<sup>7</sup>.

Con l'art. 10 della Costituzione il quadro generale previgente viene modificato in modo sostanziale. L'introduzione della riserva di legge sul trattamento degli stranieri ha comportato la sottrazione all'ampia discrezionalità dell'esecutivo dei poteri fino a quel momento esercitati senza vincoli stringenti. La Costituzione in tal modo ha configurato sia la scelta della fonte di regolazione della materia, che deve essere la legge ordinaria, sia il contenuto della stessa legge che deve rispettare le norme internazionali generali e i trattati internazionali stipulati dallo Stato<sup>8</sup>. L'attribuzione della competenza a legiferare all'organo rappresentativo della volontà popolare garantisce anche lo straniero, la cui condizione viene così tutelata di fronte all'esecutivo grazie al principio di legalità.

L'introduzione della riserva di legge rinforzata contenuta nell'art. 10 Cost. non ha però innovato il profilo della sostanziale differenziabilità di posizioni giuridiche tra cittadino e straniero<sup>9</sup>.

Cittadino e straniero, considerati uguali quanto alla titolarità astratta di certi diritti<sup>10</sup>, possono essere portatori di posizioni differenti, che in certi casi giustificano anche un differente trattamento giuridico, con il solo limite del rispetto del principio di ragionevolezza<sup>11</sup>.

Ciò consente al legislatore, fermo il principio dell'uguaglianza di posizioni tra straniero e cittadino in relazione ai diritti fondamentali, di valutare e regolare in maniera differente situazioni concrete, facendo uso della sua discrezionalità, senz'altro vincolo se non quello della razionalità del suo apprezzamento discrezionale<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Un potere discrezionale caratterizzato da elevato tasso di politicità, assimilabile a quello che si riscontra nell'espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato. Su tale accezione tralattizia di discrezionalità v. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 46 ss.

<sup>6</sup> Nell'ordinamento post-unitario era riconosciuta una generale potestà di espulsione degli stranieri per motivi di sicurezza pubblica, fondata su principi generali dell'ordinamento e soprattutto su quelle norme che attribuivano all'autorità di pubblica sicurezza il compito di vigilare sull'osservanza delle leggi e sul mantenimento dell'ordine pubblico. Le misure espulsive di polizia erano sottratte a limiti di carattere legislativo (v. M. MAZZANTI, *Op. cit.*, 914).

<sup>7</sup> G. SABATINI, *Stranieri (Espulsione degli)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1971, p. 543.

<sup>8</sup> In tal modo il costituente intendeva limitare la regolazione della materia da parte del potere esecutivo, che soprattutto durante il regime fascista aveva cavalcato posizioni xenofobe, assoggettando gli stranieri a trattamenti antidemocratici ed autoritari (A. CASSESE, *Art. 10 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Roma, 1975, p. 510).

<sup>9</sup> In argomento v. F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, p. 45 ss.

<sup>10</sup> Si vedano P. CARETTI, *I diritti fondamentali – Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992, p. 221 ss.

<sup>11</sup> La Corte Costituzionale ha fissato questo principio con la sentenza del 23 novembre 1967, n. 120. La differenziabilità delle posizioni viene giustificata dalla diversità del rapporto che lega il cittadino allo Stato, rispetto allo straniero: quest'ultimo non può vantare un rapporto originario e stabile con l'ordinamento statale, ma ne possiede uno acquisito e occasionale.

<sup>12</sup> Con la successiva sentenza del 26 giugno 1969, n. 104 la Corte afferma che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni giuridiche soggettive nel capo della titolarità di diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento». Sul principio di ragionevolezza v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1997; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

All'interno di questa logica, basata sulle categorie tradizionali che si sono affermate coevamente alla nascita dello Stato moderno, si innesta il tema dei diritti fondamentali della persona in quanto tale; cioè dei diritti che, spettando a tutti indistintamente, non sopportano limitazioni di *status* e con i quali si deve confrontare il potere statale in generale, e il potere amministrativo in particolare (anche quel potere funzionale al perseguimento di interessi pubblici generali quali ordine pubblico e sicurezza).

In quest'ampia prospettiva va inquadrato il potere espulsivo attribuito agli organi dell'amministrazione degli interni, funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico dello Stato all'ordinata gestione dei flussi migratori, nonché alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Il sistema normativo sulle espulsioni amministrative attinge a fonti giuridiche di vario livello. Nell'ordinamento interno è delineato principalmente dagli artt. 9, 13, 14 e 19 del T.U. sull'immigrazione<sup>13</sup>, ma il quadro di riferimento complessivo non prescinde dalla normativa internazionale ed europea. Molte disposizioni statali sono state adottate, o sono state modificate, in ossequio a diverse convenzioni internazionali o direttive comunitarie<sup>14</sup>; e le norme statali sul trattamento degli stranieri sono interpretate e applicate alla luce dell'ordinamento internazionale e comunitario.

Il potere di espulsione in via amministrativa è attribuito dall'art. 13 del T.U. sull'immigrazione sia al Ministro dell'interno, che al prefetto. Il primo può disporre l'espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale<sup>15</sup>, il secondo, invece, dispone l'espulsione in via amministrativa in tutti gli altri casi previsti dall'ordinamento.

L'espulsione decretata dal Ministro è atto di alta amministrazione, la cui adozione è caratterizzata da un elevato tasso di discrezionalità, giustificato dalla protezione di interessi statali di rilievo politico anche internazionale, la cui attivazione dipende da una valutazione complessiva e marcatamente discrezionale dell'organo competente<sup>16</sup>.

Il potere espulsivo prefettizio, invece, è vincolato al verificarsi di determinati presupposti di legge e la sua attivazione corrisponde ad uno schema pressoché automatico.

---

<sup>13</sup> L'art. 9 (commi 10 e 10 bis) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 disciplina l'espulsione dei titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, dei rifugiati o degli stranieri ammessi a protezione sussidiaria e titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo; l'art. 13 detta norme sull'espulsione amministrativa degli stranieri in generale; l'art. 14 disciplina l'esecuzione dell'espulsione, mentre l'art. 19 si occupa di normare i divieti di respingimento e di espulsione. Il complesso normativo, però, non si esaurisce nelle norme citate del T.U. sull'immigrazione perché a queste bisogna aggiungere le disposizioni di cui al d.lgs. n. 251/2007 in tema di protezione internazionale, che esclude l'operatività dell'espulsione nei confronti dei rifugiati e degli aventi diritto a protezione sussidiaria, con la sola eccezione di coloro che possano rappresentare un pericolo per la sicurezza dello Stato o per l'ordine e la sicurezza pubblica, perché condannati con sentenza definitiva per reati per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a 4 anni e nel massimo a dieci.

<sup>14</sup> Come la Convenzione di Ginevra del 1951; la Convenzione di New York del 1954; la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo o anche la Direttiva 2008/115/CE conosciuta come Direttiva "Rimpatri"; la Direttiva 2001/95/UE, c.d. Direttiva "Rifugiati" o ancora la Direttiva 2013/33/UE c.d. Direttiva "Accoglienza".

<sup>15</sup> Il Ministro dispone l'espulsione anche ai sensi dell'art. 3 D.L. 27 luglio 2005, n. 144, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, conv. con modifiche nella l. 31 luglio 2005, n. 155 ovvero per ragioni legate alla lotta al terrorismo.

<sup>16</sup> N. PISANI, *Lotta al terrorismo e garanzie giurisdizionali per lo straniero nella recente prassi italiana: espulsioni per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato*, in P. GARGIULO, M.C. VITUCCI (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale. Garanzie di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010, p. 582.

La giurisprudenza amministrativa proprio a cagione dell'alto tasso di discrezionalità ha ritenuto di dover ricondurre il proprio sindacato entro i limiti dei soli profili di ragionevolezza e di correttezza dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione (T.A.R. Lazio, 23 marzo 2006, n. 5070)

L'autorità amministrativa non ha margini di apprezzamento nella qualificazione dei presupposti di fatto che attivano l'esercizio del potere e, alla concorrenza di quei presupposti, sembra non avere alcun margine di apprezzamento nella predisposizione del contenuto dell'atto, che è interamente stabilito dalla legge. Il decreto di espulsione è dotato di immediata esecutività e pertanto va immediatamente eseguito, anche se l'interessato lo abbia impugnato dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 13, co. 3). In alcuni casi normativamente previsti, l'espulsione è eseguita con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (art. 13, co. 4). Nelle altre ipotesi lo straniero può chiedere all'autorità prefettizia la concessione di un periodo per la partenza volontaria, che potrà anche essere prorogato in relazione alla sussistenza di specifiche circostanze da valutare nel caso individuale (art. 13, co. 5), ma qualora la richiesta del termine difetti, l'espulsione è eseguita con accompagnamento alla frontiera (art. 13, co. 5.1). L'espulsione può essere eseguita indipendentemente dalla presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento e non sono ammesse istanze cautelari.

In via generale si possono distinguere due ambiti di esercizio del potere espulsivo da parte degli organi amministrativi<sup>17</sup>, l'uno collegato a finalità di prevenzione di turbamenti dell'ordine pubblico, in presenza di condotte considerate fonte di pericolosità sociale (art. 13, comma 2, lett. c)<sup>18</sup>, l'altro collegato al potere statale di controllo delle frontiere che interviene in occasione di irregolare ingresso o soggiorno nel territorio dello Stato (art. 13 comma 2, lett. a) e b).

Nel primo caso l'espulsione deriva da un giudizio di pericolosità sociale risultante dall'appartenenza dello straniero ad una certa categoria di soggetti destinatari di misure di prevenzione, personali o patrimoniali.

Nel secondo caso l'espulsione prescinde dall'esigenza preventiva<sup>19</sup>, perché consegue alla violazione delle norme che disciplinano le modalità di ingresso e di soggiorno all'interno

---

<sup>17</sup> L'espulsione è anche utilizzata in funzione di misura di sicurezza dagli artt. 235 e 312 c.p.

L'art. 235 c.p. così dispone: «Il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente preveduti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea sia condannato alla reclusione per un tempo superiore ai due anni».

L'art. 312 stabilisce: «Il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente preveduti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea sia condannato ad una pena restrittiva della libertà personale per taluno dei delitti preveduti da questo titolo». Si tratta di delitti contro la personalità dello Stato.

<sup>18</sup> Un complessivo riordino delle norme antimafia di natura penale, processuale e amministrativa ha avuto luogo ad opera del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, intitolato Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione ed adottato in attuazione della delega contenuta nella l. 13 agosto 2010, n. 136, rendendo necessaria anche la riforma delle misure di prevenzione, il cui *corpus* normativo fondamentale risultava assai risalente e disorganico (v. Relazione di accompagnamento al decreto legislativo).

<sup>19</sup> Cfr. Corte Cost., 5 marzo 2007, n. 78, che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste. Con questa sentenza la Corte ha affermato che la condizione soggettiva costituita dal «mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato» (*omissis*) «non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella

dei confini nazionali<sup>20</sup>. In questa ipotesi la misura dell'allontanamento dal territorio nazionale si atteggia come misura sanzionatoria<sup>21</sup>, cioè sanziona la violazione di quelle norme che regolano l'ingresso e la permanenza dello straniero nel Paese.

Come messo in rilievo da accorta dottrina, in questo caso il potere statale non è direttamente collegato alla salvaguardia dell'ordine pubblico, ma piuttosto ad altro interesse pubblico costituito dal controllo dei flussi migratori, la cui cura è sempre devoluta al livello di governo statale<sup>22</sup>.

Il controllo dei flussi, però, almeno in teoria, per poter proficuamente funzionare non sembra aver bisogno di misure automatiche di allontanamento degli "irregolari", ma piuttosto necessiterebbe di un'organizzazione efficiente finalizzata alla gestione regolare ed efficace delle procedure amministrative che riguardano gli stranieri soggiornanti, o quelli in ingresso, ed al controllo sul rispetto delle norme dettate dall'ordinamento in materia di immigrazione. Le misure automatiche di allontanamento, invece, sembrano più coerenti con esigenze di pubblica sicurezza volte a garantire la "tranquillità dei cittadini" dal pericolo costituito dalla presenza sul territorio dello Stato di stranieri in condizione di povertà<sup>23</sup>. In altre parole, l'espulsione non si presta ad essere "misura di gestione dei flussi migratori", neanche alla luce degli automatismi espulsivi di cui alla normativa vigente.

Vi è poi una ulteriore ipotesi di espulsione collocata a metà strada tra le due categorie sopra descritte<sup>24</sup>, che pur essendo connessa al venir meno del titolo legittimante all'ingresso

---

dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente ommesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione».

<sup>20</sup> Il prefetto decreta l'espulsione quando lo straniero: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera senza essere respinto; b) in qualità di dipendente retribuito da datore di lavoro avente sede in Italia o altro paese dell'Unione europea si è trattenuto nel territorio dello Stato senza che il committente abbia inoltrato alle autorità competenti la comunicazione sostitutiva del nulla-osta; c) non abbia richiesto la proroga del visto o il permesso di soggiorno nel termine prescritto, a meno che il ritardo non sia dipeso da forza maggiore; oppure quando: d) la proroga del visto o il permesso di soggiorno siano stati revocati o annullati o siano stati rifiutati, ovvero quando il permesso di soggiorno è scaduto e non ne è stato chiesto il rinnovo; ed ancora e) quando lo straniero, entrato in Italia per visita, affari, turismo o studio, si sia trattenuto sul territorio dello Stato per più di tre mesi o oltre la scadenza del periodo di validità del visto concesso.

<sup>21</sup> M. SAVINO, *La libertà degli altri*, cit. p. 302 secondo il quale l'espulsione amministrativa presenta i caratteri tipici delle sanzioni amministrative e cioè la tassatività e la determinatezza.

<sup>22</sup> ID., *Op. cit.*, loc. ult. cit.

<sup>23</sup> ID., *Op. cit.*, che spiega come «Dietro l'esigenza di controllare quei flussi, però, non è difficile scorgere la riaffermazione della sovranità territoriale dello Stato, sovranità che serve, in ultima istanza, a proteggere la tranquillità dei cittadini dalla minaccia che poteva derivare dalla presenza di stranieri non identificati o poveri. La finalità della salvaguardia dell'ordine pubblico, dunque, viene perseguita in via indiretta», loc. ult. cit.

Sulla funzione ripristinatoria della 'sovranità territoriale violata' rivestita dalla espulsione amministrativa dello straniero, introdotta in Italia soltanto nell'ultimo trentennio, si v. anche A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 495 ss., il quale osserva che «la comparsa delle espulsioni ripristinatorie sottende, dunque, un nuovo modo di concepire il senso dei confini statali, che ora, nell'immaginario pubblico e legislativo, diventano una sorta di ideale grande muraglia che chiude l'accesso agli individui estranei; accesso che può solo avvenire attraverso varchi prestabiliti ("i valichi di frontiera appositamente istituiti": artt. 4, co. 1; 10, co. 1) e solo in presenza delle richieste condizioni, sulle quali l'autorità decide con una elevata dose di discrezionalità». Il sistema così strutturato sembra sbilanciato verso una prevalenza dei meccanismi espulsivi rispetto allo stesso esercizio della giustizia penale, tant'è che l'esigenza di accertare la responsabilità penale di uno straniero cede dinanzi all'esigenza di espellerlo (v. specialmente 510, ID., *Op. cit.*).

<sup>24</sup> M. SAVINO, *Op. cit.*, p. 281 ss; ma v. anche M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, 61 ss.

ed al soggiorno, nella sostanza si comporta come misura di prevenzione. Si tratta del caso in cui l'espulsione è comminata in conseguenza della revoca del permesso di soggiorno per la sopravvenienza di motivi che avrebbero determinato il diniego di ingresso dello straniero ed in particolare qualora l'immigrato sia stato condannato per uno dei reati indicati dall'art. 4, comma 3, T.U. sull'immigrazione<sup>25</sup>.

In questo caso la sentenza di condanna (anche non definitiva) comporta la revoca automatica del permesso di soggiorno, a prescindere dall'applicazione della misura da parte del magistrato e dunque a prescindere dalla pronuncia del giudizio di pericolosità sociale sulla persona, che potrebbe esserci stata ed avere avuto esito negativo<sup>26</sup>. A sua volta, la revoca del permesso di soggiorno determinerà in modo altrettanto automatico la sanzione dell'espulsione<sup>27</sup>. La posizione dello straniero in questa fattispecie "a matroska"<sup>28</sup> nella quale un provvedimento presuppone l'altro, è aggravata dalle modalità esecutive dell'allontanamento e dalle scelte del legislatore in tema di riparto di giurisdizione.

Il provvedimento di espulsione, infatti, è immediatamente esecutivo, anche se impugnato dinanzi all'autorità giudiziaria e l'esecuzione dei provvedimenti espulsivi avviene nella generalità dei casi con l'allontanamento coattivo e dunque con l'intervento della forza pubblica.

L'originaria formulazione dell'art. 13 del Testo Unico prevedeva che l'esecuzione dell'espulsione avvenisse in via generale con intimazione allo straniero di lasciare il territorio italiano entro il termine di 15 giorni. L'accompagnamento alla frontiera eseguito per mezzo della forza pubblica poteva essere disposto dal Questore in casi tipizzati e ove vi fosse il pericolo di sottrazione all'esecuzione del provvedimento. Avverso il decreto di espulsione lo straniero poteva presentare ricorso al giudice ordinario entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto o del provvedimento. Il termine di presentazione del ricorso veniva elevato a trenta giorni in caso di accompagnamento coattivo.

---

<sup>25</sup> L'art. 4 del T.U. sull'immigrazione, intitolato «Ingresso nel territorio dello Stato», stabilisce al comma 3 che «Non è ammesso in Italia lo straniero...che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, ...per reati previsti dall'art. 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'immigrazione 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. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale, nonché dall'articolo 1 del decreto legislativo 22 gennaio 1948, n. 66, e dall'articolo 24 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773».

L'art. 5, sotto la rubrica "Permesso di soggiorno", al comma 5 dispone che: «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 ed il soggiorno nel territorio dello Stato...». Dal combinato disposto di queste due norme con l'art. 13 che disciplina l'espulsione, deriva che la revoca del permesso di soggiorno integra una delle cause di esclusione a prescindere da un giudizio di pericolosità sociale sullo straniero.

<sup>26</sup> Cfr. M. INTERLANDI, *Op. cit.*, p. 64. Cfr. anche G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 7 e M. SAVINO, *La libertà degli altri*, cit., p. 286. Si veda anche M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Dir. imm. cit.*, 3, 2013, p. 37.

<sup>27</sup> Secondo la giurisprudenza amministrativa l'autorità procedente nel caso di condanna dello straniero per i reati elencati nell'art. 4, comma 3, T.U. sull'immigrazione, non ha alcuna discrezionalità in merito alla domanda di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno ed il provvedimento negativo che è tenuta ad adottare è da considerarsi "atto dovuto e vincolato" (v. Cons. St., sez. III, 1 agosto 2014, n. 4087, in tema di condanna per reato concernente gli stupefacenti).

<sup>28</sup> L'espressione è di A. PUGIOTTO, «*Purchè se ne vadano*», cit., p. 375 che mette in luce come in questo caso si verifica un vero e proprio cortocircuito a causa della ripartizione della competenza giurisdizionale.

Il giudice doveva pronunciarsi entro 10 giorni dalla presentazione del ricorso con procedimento in camera di consiglio e quindi entro il termine di 15 giorni fissato allo straniero per allontanarsi dal territorio nazionale. La stretta consecutività delle attività processuali (presentazione del ricorso e immediata decisione) escludeva la previsione di tutela cautelare, finalizzata a garantire l'effettività delle garanzie giurisdizionali nelle more dell'accertamento giudiziale.

La legge "Bossi-Fini" ha modificato profondamente i modi della tutela, soprattutto prevedendo l'immediata esecutività del decreto di espulsione (art. 13, co. 3), e l'esecuzione di esso a mezzo di accompagnamento coattivo alla frontiera in ogni caso<sup>29</sup>, incidendo sui termini e sulle forme del rimedio proponibile avverso il provvedimento.

I termini di presentazione del ricorso contro il decreto sono più ampi, così come i termini a disposizione del giudice per emettere il provvedimento, ma non è prevista la tutela cautelare, cosicché l'espulsione potrebbe essere eseguita prima ancora della decisione giudiziale, senza la partecipazione dell'interessato al giudizio e soprattutto con il rischio che pronunciato l'annullamento dell'espulsione, lo straniero sia già stato accompagnato alla frontiera e allontanato.

Le disposizioni sull'allontanamento sono state modificate ad opera del d.lgs. n. 89/2011, di recepimento della Direttiva "Rimpatri", che ha riconfigurato le modalità di esecuzione dell'espulsione, introducendo in favore dello straniero la limitata garanzia di richiedere, e ottenere, un termine per lasciare volontariamente lo Stato, con attenuazione del rigore costituito dalla misura dell'accompagnamento forzoso. Il Prefetto intima allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni, che non sono sufficienti, né a definire il procedimento giurisdizionale sull'espulsione, né a consentire la partecipazione dell'interessato al giudizio, poiché costui potrebbe ugualmente essere allontanato ancor prima della fissazione della data d'udienza.

L'esigenza di tutela in capo allo straniero è del tutto secondaria rispetto all'esigenza di garantire l'effettività alla misura espulsiva.

### 2.1. *I temperamenti introdotti dalla normativa sovranazionale. Automatismi "mitigati"?*

Una delle novità principali previste dalla Direttiva "Rimpatri" riguarda la necessità di effettuare la valutazione "caso per caso", al fine di determinare se le circostanze individuali addotte dal migrante richiedano una protezione speciale contro il rimpatrio. La Direttiva ha imposto agli Stati membri di inserire nella propria legislazione la valutazione "caso per caso", che la legislazione italiana attuativa della normativa sovranazionale richiede al Prefetto nell'esercizio del potere di espulsione<sup>30</sup>.

Tale previsione è stata determinata dall'esigenza di rendere operativo nell'ordinamento italiano il divieto di espulsioni collettive, collegando l'emanazione del decreto di

---

<sup>29</sup> Con l'eccezione prevista dal comma 5 dell'art. 13, novellato dalla "Bossi-Fini" in questi termini: «Nei confronti dello straniero che si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo, l'espulsione contiene l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Il questore dispone l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento».

<sup>30</sup> L'art. 3, comma 1, lett. c) del D.L. n.89/2011, conv. con modifiche nella l. n. 129/2011, ha disposto l'inserimento delle parole «caso per caso», dopo le parole «disposta dal prefetto», all'art. 13, comma 2 del T.U. sull'immigrazione.

allontanamento ad una valutazione negativa circa l'esistenza di determinate condizioni costituenti fatti impeditivi dell'espulsione<sup>31</sup>.

Tali fatti rilevanti, però, che in una concezione generale dovrebbero essere rivolti a consentire alle autorità competenti di valutare attentamente la situazione individuale di ogni migrante prendendo in considerazione tutte le circostanze che lo riguardano, nella legislazione italiana sono tipizzati e riconducibili sostanzialmente a due ambiti di tutela dei diritti fondamentali: la protezione delle relazioni familiari, attraverso il ricongiungimento e l'unità familiare, e la salvaguardia del primario interesse del minore.

Il primo ambito è stato previsto e normato dall'art. 13, comma 2-bis, T.U., introdotto dal d.lgs. n. 5/2007<sup>32</sup>. La disposizione impone, in fase di adozione del provvedimento di espulsione nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero al familiare ricongiunto, di tener conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.

La norma richiama concetti vaghi ed indeterminati quali "natura ed effettività" dei vincoli familiari dello straniero e "legami familiari, culturali o sociali" con il territorio di provenienza, che necessitano di una attività conoscitiva e valutativa da parte della pubblica amministrazione funzionale al corretto esercizio del potere espulsivo.

La giurisprudenza considera le condizioni di fatto elencate nella norma come criteri di valutazione necessari, sia in fase amministrativa che in fase giudiziale<sup>33</sup>, per dare contenuto al giudizio del caso concreto. Tali criteri sono organizzati secondo un ordine che dà priorità ad alcuni di essi, rispetto agli altri considerati "suppletivi"<sup>34</sup>. Nelle sentenze si tende a dare preminenza alla natura e all'effettività dei vincoli familiari, rispetto alla durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'integrazione sociale del richiedente, che vengono considerati profili di ponderazione secondari. La tutela del legame familiare viene riconosciuta non già in relazione all'avvenuta presentazione di un'istanza di ricongiungimento familiare, ma piuttosto dando effettività al vincolo nel contesto delle relazioni<sup>35</sup> che lo caratterizzano e

---

<sup>31</sup> La valutazione "caso per caso" esclude l'applicazione di qualsiasi meccanismo espulsivo automatico e di massa, in osservanza al disposto dell'art. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La dottrina è critica sulle modalità con le quali il D.L. n. 89/2011 ha effettuato la "trasposizione" del principio ritenendo che ne sminuisca la portata innovativa, poiché l'inciso "caso per caso" non è accompagnato dalla precisazione fornita dalla direttiva ovvero dalla raccomandazione a non limitarsi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare, v. M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit, p. 305.

<sup>32</sup> Adottato in attuazione della direttiva "Ricongiungimenti" n. 2003/86/CE.

<sup>33</sup> V. Cass. civ., sez. VI-1, ord. 5 dicembre 2022, n. 35653 che afferma: «I criteri posti dall'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998 (introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2007), relativi alla necessità di tenere conto della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza dei legami con il suo Paese di origine, pur dettati per lo straniero che abbia chiesto il ricongiungimento familiare in Italia, si applicano con valutazione caso per caso, anche in sede di opposizione al decreto di espulsione».

<sup>34</sup> In argomento v. Cass. civ., III, 6 novembre 2020, n. 24908: «In tema di espulsione del cittadino straniero che abbia legami familiari in Italia, trova applicazione l'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998, che richiede una concreta valutazione, condotta caso per caso, della natura e dell'effettività dei menzionati vincoli familiari, da considerarsi preminenti rispetto agli elementi, "suppletivi", della durata del soggiorno e dell'integrazione sociale nel territorio nazionale del richiedente, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare indicata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte cost.».

<sup>35</sup> V. Cass. civ., sez. VI-1, 20 marzo 2023, n. 7945, sulla obbligatorietà della valutazione in sede giudiziale dell'incidenza dell'espulsione sui vincoli familiari e sulle relazioni che legano lo straniero alla famiglia di origine.

costituiscono il valore da proteggere<sup>36</sup>, sicché la protezione è accordata a prescindere dalla formale presentazione della domanda di ricongiungimento<sup>37</sup>.

L'ulteriore profilo che la giurisprudenza tende a valorizzare, con interpretazione sistematica, è costituito dal preminente interesse del minore, al quale viene data ampia considerazione nel complessivo bilanciamento e valutazione degli interessi coinvolti nella vicenda espulsiva. Dinanzi al pregiudizio che avrebbe a subire il minore, la giurisprudenza considera recessiva l'eventuale prognosi negativa sulle prospettive di integrazione dei genitori o del minore stesso in Italia<sup>38</sup>, ritenendo che l'accertamento giudiziale debba concentrarsi

---

<sup>36</sup> Come osserva la Corte di Cassazione, «In tema di espulsione del cittadino straniero, l'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell'esistenza di legami con il paese d'origine, si applica - con valutazione caso per caso ed in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE - anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte Cost. Tuttavia il giudice del merito è tenuto, onde pervenire all'applicazione della tutela rafforzata di cui al citato art. 13, comma 2 bis, a dare conto di tutti gli elementi qualificanti l'effettività di detti legami (rapporto di coniugio, durata del matrimonio, nascita di figli e loro età, convivenza, dipendenza economica dei figli maggiorenni etc.) oltre che delle difficoltà conseguenti all'espulsione, senza che sia possibile, fuori dalla valorizzazione in concreto di questi elementi, fare riferimento ai criteri suppletivi relativi alla durata del soggiorno, all'integrazione sociale nel territorio nazionale, ovvero ai legami culturali o sociali con il Paese di origine», Cass. civ., I sez., 15 gennaio 2019, n. 781.

<sup>37</sup> Si v. anche Cass. civ., 22 gennaio 2019, n. 1665, per la quale: «L'art. 13, comma 2 bis, del d.lgs. n. 286 del 1998 (introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2007), il quale impone di tenere conto nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza di legami con il suo Paese di origine, si applica, con valutazione da effettuarsi caso per caso, anche al cittadino straniero che pure non si trovi nella posizione di formale richiedente il ricongiungimento familiare».

<sup>38</sup> La lettura che la Corte di Cassazione offre sulle disposizioni del T.U. a tutela dei minori è estensiva e costituzionalmente orientata, posto che da spazio ad un'ampia nozione del pregiudizio che avrebbe a subire il minore dall'allontanamento familiare. Cfr. Cass. civ., sez. VI-1, ord. 27 ottobre 2021, n. 240 che afferma: «La temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dal D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psicofisico, deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto (Cass., S.U., n. 21799/2010).

«Trattasi di un accertamento ineludibile, da effettuare caso per caso, che non può considerarsi assorbito dalla prognosi negativa circa le prospettive di integrazione dei genitori o del minore in Italia. Ragionando a contrariis, si determinerebbe uno spostamento dell'oggetto del giudizio dalle esigenze esistenziali ed educative dei figli, che costituiscono la ratio del D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, alla condizione dei genitori ed, oltremodo, si violerebbe il divieto di espulsione del minore straniero sancito dal D. Lgs. cit., art. 19, comma 2, lett. a) (Cass., n. 27238/2020).

«Invero, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte, la speciale autorizzazione di cui all'art. 31, si fonda proprio sul divieto di espulsione del minore straniero ex art. 19 cit., con la conseguenza che la valutazione delle condizioni per il rilascio di detta autorizzazione non può esaurirsi in un giudizio sul radicamento del minore sul territorio italiano, il quale si risolverebbe in una grave violazione del suddetto divieto. Tale considerazione può essere utilizzata solo come elemento integrativo, che concorre alla formulazione del giudizio prognostico, il quale deve fondarsi, indefettibilmente, sull'accertamento, secondo un giudizio probabilistico, del nesso causale tra l'allontanamento coattivo del genitore e i verosimili effetti pregiudizievoli sull'equilibrio psico-fisico del minore (Cass., n. 15642/2020)».

sull'equilibrio psico-fisico del minore, e non già sulla sussistenza o meno di condizioni eccezionali o emergenziali legate alla salute del bambino.

Alla concorrenza delle circostanze di fatto sopra descritte, il potere prefettizio pur vincolato in ordine ai presupposti del suo esercizio, in quanto la sua attivazione è conseguenza del verificarsi dei fatti previsti dall'art. 13, comma 2, T.U., è obbligato a tener conto del corretto bilanciamento dell'interesse pubblico con i diritti fondamentali della persona e a produrre una decisione sulla base di un quadro conoscitivo completo e di una valutazione ponderata di tutti gli aspetti coinvolti. L'esercizio del potere di espulsione è temperato dalla compresenza nella fattispecie di beni di primario rilievo e dall'esigenza di offrire adeguata tutela ai diritti fondamentali della persona<sup>39</sup> anche ai non cittadini, anche se irregolari.

La valutazione "caso per caso", che introduce un elemento di concretezza in relazione all'esercizio del potere, era il presupposto metodologico per il riconoscimento di protezione umanitaria ai migranti<sup>40</sup>, con l'effetto di impedire l'espulsione a carico dello straniero pur irregolare.

La giurisprudenza formatasi sul diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ha costantemente affermato il principio secondo cui non si poteva disporre l'espulsione del richiedente in condizioni di vulnerabilità, oggetto di valutazione caso per caso. Tali condizioni soggiacevano ad una valutazione comparativa, rispetto alla situazione di integrazione vissuta nel Paese di accoglienza, della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente, finalizzata alla verifica della possibile privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto della soglia di dignità personale<sup>41</sup>. Così volta per volta dovevano essere considerate anche le violenze subite nel Paese di transito e di temporanea permanenza del richiedente, se potenzialmente idonee, quali eventi in grado di ingenerare un forte grado di traumaticità, a incidere sulla condizione di vulnerabilità della persona<sup>42</sup>. Ma non solo, a tale forma di protezione sono state a volte ricondotte vulnerabilità personale a sfondo oggettivo, cioè relative alla situazione del Paese di origine come i disastri climatici, l'instabilità politica, le carestie, o anche la violazione dei diritti fondamentali<sup>43</sup>. Ciò che veniva in rilievo, ai fini

---

<sup>39</sup> Anche secondo la Corte di giustizia gli automatismi espulsivi che non tengano conto dei legami familiari dello straniero sono incompatibili con il diritto europeo, C.G.U.E., grande sez., 13 settembre 2016, C-304/14, *Secretary of State for the Home Department contro CS*.

<sup>40</sup> In occasione dell'adozione del D.L. n. 20/2023, la maggioranza di centrodestra ha eliminato la protezione speciale. I due incisi dell'art. 19, comma 1, T.U. sull'immigrazione che configuravano la protezione speciale, sono stati aboliti con l'adozione del predetto decreto-legge, mentre con la legge di conversione è stato soppresso il secondo inciso dell'art. 19, comma 1.2 del T.U. sull'immigrazione.

<sup>41</sup> Come osserva Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2021, n. 21522.

<sup>42</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2023, n. 8759.

<sup>43</sup> La giurisprudenza di merito afferma: «L'art.5 co. 6 D. Lgs. 286/98 dispone che debba essere rilasciato un permesso di soggiorno, anche in carenza degli altri requisiti previsti dal medesimo Testo Unico, quando ricorrano seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. In mancanza di specifiche previsioni tipizzanti (sussistenti per le forme di protezione maggiore) possono assumere rilievo la situazione personale del ricorrente e le condizioni del Paese di origine, qualora si prospetti un contesto tale da poter esporre a rischi apprezzabili la posizione del richiedente anche a causa della sua personale vulnerabilità. L'istituto della protezione umanitaria richiede, quindi, per sua natura, una interpretazione elastica, (in accordo con il suo carattere eminentemente atipico) e funzionale alla salvaguardia delle esigenze di flessibilità del sistema, esigenze che risultano fortemente ancorate da un lato all'importanza umana dei valori in gioco, dall'altro alle ovvie carenze insite nella pretesa del legislatore di disciplinare un settore così vitale, ed in rapida evoluzione, in termini di fattispecie astratta» (Corte d'Appello di Brescia, III sez., 26 agosto 2021, in *leggiditaliaprofessionale.it*).