

TI_GERICHTE 52.2011.86 vom 29. August 2011

TI Tribunale d'appello, 2011-08-29, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2011.86

FR: TI_GERICHTE 52.2011.86 du 29 août 2011

IT: TI_GERICHTE 52.2011.86 del 29 agosto 2011

Regeste

Misure coercitive

Erwägungen

E. 2.1

L'art. 75 LStr disciplina la carcerazione preliminare . Giusta l'art. 75 cpv. 1 LStr, a llo scopo di garantire l'attuazione della procedura d'allontanamento, la competente autorità cantonale può far incarcerare per sei mesi al massimo, durante la preparazione della decisione in merito al diritto di soggiorno, lo straniero privo di permesso di soggiorno di breve durata, di dimora o di domicilio che, segnatamente, nonostante il divieto d'entrata accede al territorio svizzero e non può essere allontanato immediatamente (lett. c) o che minaccia in modo grave o espone a serio pericolo la vita o la salute altrui e per questa ragione è perseguito penalmente o è stato condannato (lett. g). Dal canto loro gli art. 76 e 77 LStr regolano la carcerazione in vista del rinvio coatto . In particolare, secondo l'art. 76 cpv. 1 lett. b LStr, se è stata notificata una decisione di prima istanza d'allontanamento o espulsione, l'autorità competente, allo scopo di garantire l'esecuzione, può incarcerare lo straniero, in particolare, se sono dati motivi giusta l'articolo 75 capoversi 1 lettere b, c, g o h o 1 bis (cifra 1), se indizi concreti fanno temere ch'egli intenda sottrarsi al rinvio coatto (cifra 3) oppure se il suo comportamento precedente indica ch'egli non si attiene alle disposizioni delle autorità (cifra 4). La carcerazione cautelativa è invece regolamentata dall'art. 78 LStr, il cui cpv. 1 prevede che lo straniero che non adempie al suo obbligo di lasciare la Svizzera entro il termine impartitogli e che con il suo comportamento personale rende impossibile l'esecuzione della decisione d'allontanamento o d'espulsione, passata in giudicato, può essere incarcerato per cautelare il successivo adempimento del suo obbligo di lasciare la Svizzera, laddove non sia ammissibile una carcerazione in vista di rinvio coatto e risulti vana una misura più mite. Di principio, questi tre tipi di carcerazione amministrativa si escludono a vicenda: la carcerazione preliminare garantisce una prevedibile procedura d'allontanamento; la carcerazione in vista di rinvio coatto assicura l'esecuzione di una decisione di prima istanza d'allontanamento o espulsione; la carcerazione cautelativa sanziona la mancata, tempestiva e spontanea partenza dalla Svizzera a seguito di una decisione d'allontanamento o espulsione già passate in giudicato (cfr. Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser , *Ausländerrecht*, 2 ed., 2009, Basilea, pag. 449 n. 10.51).

E. 2.2

In base all'art. 79 cpv. 1 LStr, la carcerazione preliminare e in vista del rinvio coatto secondo gli articoli 75-77 e la carcerazione cautelativa secondo l'articolo 78 non possono, assieme, durare più di sei mesi, riservata la possibilità di proroga alle condizioni stabilite dal cpv. 2 della medesima norma. La carcerazione è ordinata dall'autorità del Cantone

competente per l'esecuzione dell'allontanamento o dell'espulsione (art. 80 cpv. 1 LStr). La legalità e l'adeguatezza della carcerazione sono esaminate da un'autorità giudiziaria entro 96 ore nell'ambito di un'udienza in procedura orale (art. 80 cpv. 2 LStr). Nell'esaminare l'ordine di carcerazione, nonché la decisione di mantenimento o revoca di quest'ultima, l'autorità giudiziaria tiene parimenti conto della situazione familiare dell'interessato e delle circostanze in cui la carcerazione è eseguita (art. 80 cpv. 4 LStr).

E. 3

Con il ricorso 23 febbraio 2011 il legale dell'insorgente censura innanzitutto il mancato rispetto del termine di 96 ore previsto dall'art. 80 cpv. 2 Lstr. Fa valere che il ritardo non gli è attribuibile poiché, contrariamente a quanto argomentato dal Giudice delle misure coercitive, non necessitava di sette giorni per visionare l'incarto. Contesta inoltre che il suo patrocinato costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, tale da ostare ad un'immediata scarcerazione.

E. 3.1

In concreto, l'insorgente è stato incarcerato in vista del suo rinvio coatto in data 19 gennaio 2011, in base all'ordine emanato il giorno prima dalla competente autorità cantonale. La carcerazione è stata convalidata il 20 gennaio 2011 dal Giudice delle misure coercitive. La decisione di quest'ultimo magistrato è stata annullata da questo Tribunale con sentenza 8 febbraio 2011. Gli atti sono pertanto stati rinviati al Giudice delle misure coercitive, affinché procedesse senza indugio ad indire una nuova udienza di discussione, dopo aver permesso al patrocinatore del ricorrente di consultare i documenti componenti l'incarto, e si pronunciasse di nuovo sulla legalità e l'adeguatezza della decisione di carcerazione emessa dalla Sezione della popolazione. Ciò significava che, entro 96 ore dalla ricezione della sentenza di questo Tribunale, il Giudice delle misure cautelari era tenuto a procedere ai propri incombeni. Posto che, per sua stessa ammissione (cfr. decisione impugnata, pag. 3 pto. 2), egli ha ricevuto la sentenza in questione giovedì 10 febbraio 2011, l'udienza di discussione e la nuova decisione sulla convalida della carcerazione avrebbero dunque dovuto intervenire entro lunedì 14 febbraio 2011. Avendo le stesse avuto luogo solamente giovedì 17 febbraio 2011, è evidente che il Giudice delle misure coercitive non ha rispettato il termine di 96 ore sancito dall' art. 80 cpv. 2 LStr per l'esame della fondatezza della carcerazione.

E. 3.2

Nella fattispecie, ci si può tuttavia chiedere se l'insorgente, assistito da un legale, non abbia rinunciato, perlomeno per atti concludenti, al rispetto di tale termine (DTF 128 II 241 consid. 3.6 e 3.7; cfr. pure Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser , op. cit., pag, 433 n. 10.22). Dagli atti emerge infatti che in data 11 febbraio 2011 il Giudice delle misure coercitive ha comunicato al patrocinatore del ricorrente che l'incarto era a sua disposizione per essere visionato e che l'udienza di discussione si sarebbe tenuta il successivo 17 febbraio 2011. Non risulta che a questo riguardo l'avvocato del ricorrente abbia sollevato obiezioni, malgrado fosse manifesto che il termine di 96 ore non era in tal modo rispettato. Per contro, emerge che in occasione dell'udienza di discussione l'insorgente e la sua difesa hanno chiesto l'immediata scarcerazione, sostenendo che il termine di 96 ore era ormai scaduto (cfr. verbale di udienza, pag. 2). A prescindere dal quesito se tale agire fosse conforme alla buona fede processuale, la questione se vi sia stata rinuncia o meno al rispetto del termine stabilito dall'art. 80 cpv. 2 LStr può restare aperta,

posto che in concreto la violazione delle condizioni formali della carcerazione non implicava comunque la scarcerazione dell'interessato.

E. 3.3

L'art. 80 cpv. 2 LStr è una norma processuale federale di natura imperativa. Il tempestivo esame giudiziario della carcerazione costituisce infatti la garanzia centrale a protezione di un'arbitraria privazione della libertà personale (DTF 128 II 241 consid. 3.5). Di principio, la violazione dell'art. 80 cpv. 2, quale norma di procedura essenziale per la salvaguardia dei diritti dell'interessato, implica dunque l'immediata messa in libertà di quest'ultimo. A meno che sussistano elementi sufficienti per ritenere che lo straniero possa costituire un pericolo importante per la sicurezza e l'ordine pubblici (DTF 122 II 154 consid. 3; 121 II 105 consid. 2c). Condizione, quest'ultima, che, come rettamente evidenziato dal Giudice delle misure coercitive (cfr. decisione impugnata, pag. 4 pto. 2), era realizzata nella fattispecie, tenuto conto dei precedenti penali dell'insorgente evocati sopra, comportanti la condanna del ricorrente ad una pena complessiva di 23 mesi di detenzione ed attestanti la commissione di ripetuti reati penali quali aggressione, minaccia, violazione di domicilio ed infrazione alla Larm. Reati che denotano una spiccata propensione alla violenza. Lo stesso Tribunale amministrativo federale, confermando la revoca dell'ammissione provvisoria in Svizzera disposta dall'UFM, aveva del resto già statuito che il comportamento del ricorrente oggetto delle precitate condanne costituisce palesemente una violazione grave e ripetuta della sicurezza e dell'ordine pubblici (cfr. sentenza 20 gennaio 2010, consid. 9.3). In tali circostanze, potendosi dunque ritenere che l'insorgente aveva pregiudicato in modo importante la sicurezza e l'ordine pubblici e che avrebbe potuto farlo anche in futuro, l'eventuale violazione di una norma essenziale di procedura (art. 80 cpv. 2 LStr) non imponeva, di per sé, la sua immediata messa in libertà. Sotto questo profilo, nella misura in cui la questione non è divenuta priva d'oggetto a seguito dell'intervenuto rinvio coatto dell'insorgente in data 4 marzo 2011, la decisione del Giudice delle misure coercitive merita dunque tutela.

E. 4

Con il ricorso 23 febbraio 2011 l'insorgente contesta anche il mantenimento della carcerazione in vista del rinvio coatto, in quanto in Italia sarebbe pendente una sua domanda d'asilo. Fa valere di aver lasciato la Svizzera per il Kosovo nel corso del 2010, a seguito della revoca del permesso, e di essersi poi, a causa delle nuove minacce ricevute nel suo Paese, rifugiato in Italia, ove ha depositato domanda d'asilo. La Svizzera non sarebbe quindi competente per il suo rimpatrio forzato. A suo avviso, anziché essere mantenuto in carcere in vista del rinvio coatto, egli avrebbe semmai dovuto essere accompagnato al confine, onde permettergli di rientrare in Italia, dove sarebbe autorizzato a soggiornare sino ad evasione della citata domanda d'asilo.

E. 4.1.1

Di principio, in caso di soggiorno irregolare, va emanata una decisione scritta di allontanamento. Secondo l'art. 64 cpv. 1 LStr, in vigore dal 1° gennaio 2011, le autorità competenti emanano una decisione di allontanamento ordinaria nei confronti dello straniero che non è in possesso del permesso necessario (lett. a), che non adempie o non adempie più le condizioni d'entrata ai sensi dell'art. 5 LStr (lett. b), oppure al quale il permesso è negato o è revocato o non è prorogato dopo un soggiorno autorizzato (lett. c). Dal canto suo, l'art. 64 b LStr prevede che, se lo straniero è entrato illegalmente in Svizzera, la decisione di

allontanamento gli è notificata mediante un modulo standard, il quale deve contenere una motivazione in fatto e in diritto nonché informazioni sui mezzi di ricorso disponibili (cfr. FF 2009 7737, pag. 7748). Il nuovo art. 64 a cpv. 1 LStr, prescrive inoltre che se in virtù delle disposizioni del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo (regolamento Dublino; GU n. L 50 del 25.2.2003, pag. 1) un altro Stato vincolato da un accordo di associazione alla normativa di Dublino è competente per lo svolgimento di una procedura d'asilo, l'UFM emana una decisione di allontanamento verso tale Stato nei confronti dello straniero che soggiorna illegalmente in Svizzera. È questo segnatamente il caso allorché una persona che soggiorna illegalmente in Svizzera ha presentato una domanda d'asilo che è in corso d'esame in un altro Stato. In tale situazione, l'ufficio Dublino dell'UFM può presentare una domanda di ripresa in carico presso il Paese interessato associato a Dublino e, in caso di accettazione, emana appunto la decisione di allontanamento. Tuttavia, dato che l'iter della procedura Dublino può durare un certo tempo, può essere necessario ed opportuno che i Cantoni organizzino ed eventualmente eseguano il rimpatrio della persona nel suo Paese d'origine o di provenienza, mentre è in corso la procedura Dublino, in particolare qualora il rimpatrio possa essere eseguito più rapidamente, nel qual caso la procedura Dublino diventa priva di oggetto (cfr. FF 2007 7149, pag. 7165 segg.).

E. 4.1.2

Il principio secondo cui in caso di soggiorno irregolare va sempre emanata una decisione scritta di allontanamento soffre di poche eccezioni. Secondo l'art. 64 cpv. 2 LStr, lo straniero che soggiorna illegalmente in Svizzera e che è in possesso di un titolo di soggiorno valido rilasciato da un altro Stato vincolato da un accordo di associazione alla normativa di Schengen (Stato Schengen) è invitato senza formalità a recarsi immediatamente in tale Stato, ritenuto che se lo straniero non dà seguito a questo invito, è emanata una decisione secondo il capoverso 1. Giusta l'art. 64 c cpv. 1 LStr, lo straniero è allontanato senza formalità anche se è riammesso in uno Stato Schengen con cui è stato sottoscritto un accordo di riammissione (lett. a), nel qual caso lo Stato che riammette lo straniero è competente per lo svolgimento della procedura di allontanamento verso il Paese terzo (cfr. FF 2009 7737, pag. 7749), rispettivamente se l'entrata in Svizzera gli è stata precedentemente negata in conformità dell'articolo 13 del codice frontiere Schengen (lett. b). Pure in questi due casi, aggiunge il cpv. 2, se lo straniero ne fa richiesta senza indugio, viene comunque emanata una decisione mediante modulo standart. L'Italia è uno dei Paesi Schengen con cui la Svizzera ha sottoscritto un tale accordo di riammissione. Giusta l'art. 3 cifra 1 dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Repubblica italiana sulla riammissione delle persone in situazione irregolare del 10 settembre 1998 (RS 0.142.114.549), ciascuna Parte Contraente riammette nel proprio territorio, a richiesta dell'altra Parte Contraente e nel rispetto delle condizioni di cui al Titolo III, i cittadini di uno Stato terzo qualora venga accertato che essi sono entrati illegalmente sul territorio della Parte Contraente richiedente dopo aver soggiornato o essere transitati attraverso il territorio della Parte Contraente richiedente. La riammissione avviene, prosegue la cifra 2, anche allorché i cittadini di uno Stato terzo che non soddisfano le condizioni di ingresso vigenti nel territorio della Parte Contraente richiedente sono in possesso di un visto o di un titolo di soggiorno validi rilasciati dalla Parte Contraente richiedente, ritenuto tuttavia che non è considerato soggiorno né il permesso provvisorio accordato a un richiedente l'asilo in attesa

della decisione della sua domanda né il periodo di attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione. Secondo l'art. 6 cifra 3 del medesimo Accordo, la Parte Contraente richiesta comunica per iscritto nei tempi più brevi e al massimo entro otto giorni la propria decisione alla Parte Contraente richiedente. Quando lo straniero è rintracciato nella zona di frontiera, soggiunge il cpv. 4, la domanda di riammissione può essere presentata con procedura semplificata concordata tra i servizi locali competenti; la Parte Contraente richiesta risponde alla domanda nei tempi più brevi e al massimo entro le 24 ore successive al ricevimento della domanda. Per zona di frontiera si intende la parte del territorio dove sono adottate misure di sorveglianza della frontiera.

E. 4.1.3

Giusta l'art. 64 d cpv. 1 LStr, con la decisione di allontanamento è impartito un termine di partenza adeguato, compreso tra sette e 30 giorni, eventualmente prorogabile qualora circostanze particolari quali la situazione familiare, problemi di salute o la lunga durata del soggiorno lo esigono. L'allontanamento, prosegue il cpv. 2, è immediatamente esecutivo o può essere impartito un termine di partenza inferiore a sette giorni se lo straniero costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblici o per la sicurezza interna o esterna della Svizzera (lett. a), se indizi concreti fanno temere che lo straniero intenda sottrarsi al rinvio coatto (lett. b), se la domanda di rilascio di un permesso è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta (lett. c), se lo straniero è riammesso in uno degli Stati di cui all'articolo 64 c capoverso 1 lettera a in virtù di un accordo di riammissione (lett. d), nonché nei casi di cui agli art. 64 c cpv. 1 lett. b e art. 64a (lett. e e f). Secondo l'art. 69 cpv. 1 LStr, l'autorità cantonale competente dispone il rinvio coatto se lo straniero lascia scadere il termine impartitogli per la partenza (lett. a), se l'allontanamento o l'espulsione sono immediatamente esecutivi (lett. b), se lo straniero è in carcere in base agli articoli 76 e 77 e la decisione d'allontanamento o d'espulsione è passata in giudicato (lett. c).

E. 4.2

Dall'esposizione delle citate norme si evince che la decisione scritta, ovvero formale, di allontanamento costituisce la regola. L'allontanamento senza formalità è invece l'eccezione, riservata ai casi ove è possibile l'allontanamento immediato; anche laddove ammissibile, può darsi comunque il caso di dover emanare, qualora l'interessato lo richieda, una decisione ordinaria o mediante modulo standart. In concreto, l'insorgente è entrato in Svizzera illegalmente, stante il divieto di entrata disposto il 21 maggio 2010. Secondo il decreto di accusa 18 gennaio 2011 ciò è avvenuto il 16 gennaio 2011 a Chiasso, quindi in provenienza dall'Italia, Paese nel quale l'interessato asseriva di aver presentato una (nuova) domanda di asilo (cfr. verbale di udienza 20 gennaio 2011, pag. 2, ed annesso documento). In assenza di un valido titolo di soggiorno rilasciatogli dall'Italia, tale non potendo essere considerato neppure l'eventuale permesso provvisorio accordato a un richiedente l'asilo in attesa della decisione della sua domanda (cfr. art. 3 cifra 2 dell'Accordo tra Svizzera ed Italia sulla riammissione delle persone in situazione irregolare), egli non poteva dunque essere invitato senza formalità a recarsi immediatamente in tale Stato ai sensi dell'art. 64 cpv. 2 LStr. Parimenti, per lo stesso motivo, non ha potuto essere immediatamente allontanato senza formalità conformemente all'art. 64 c cpv. 1 lett. a LStr. La relativa domanda di riammissione, presentata - con un certo ritardo - il 9 febbraio 2011 dall'UFM in base all'art. 3 cifra 2 del citato Accordo sulla riammissione delle persone in situazione irregolare, è stata infatti respinta dall'Italia in data 21 febbraio 2011 (cfr. risposta del Centro comune di cooperazione di polizia e doganale di Chiasso). Invero, la domanda di

riammissione avrebbe dovuto essere fondata sull'art. 3 cifra 1 o, datene le condizioni, sull'art. 6 cifra 4 del medesimo Accordo, in relazione all'entrata in Svizzera, dalla frontiera di Chiasso, transitando dall'Italia. Ciò non avrebbe comunque mutato la sostanza delle cose, visto che la controparte italiana ha implicitamente escluso l'applicabilità anche di questi disposti, asserendo che non vi erano tracce circa il transito da questa frontiera. Per inciso va infine pure osservato che un allontanamento verso l'Italia non era prioritario in base all' art. 64 a cpv. 1 LStr, norma che non esclude l'adozione di una (parallela) procedura finalizzata al rimpatrio dell'interessato nel suo Paese d'origine e che presuppone l'accettazione della domanda di ripresa in carico da parte del Paese in cui è pendente la domanda d'asilo. Accettazione che in concreto era perlomeno dubbia, visto che l'autorità italiana ha comunicato di aver rigettato la domanda d'asilo (cfr. risposta 21 febbraio 2011 del CCPD di Chiasso). È dunque a torto che il ricorrente contesta la convalida della sua carcerazione amministrativa, sostenendo che avrebbe dovuto semplicemente essere accompagnato al confine, onde permettergli di far rientro in Italia.

E. 4.3

Resta dunque da esaminare se la convalida della carcerazione amministrativa sia avvenuta legittimamente.

E. 4.3.1

La carcerazione sulla quale il Giudice delle misure coercitive era chiamato a determinarsi è stata fondata sull'art. 76 LStr, in parziale combinazione con l'art. 75 cpv. 1 lett. c e g, subordinatamente sull'art. 78 LStr. Ritenendo data la legalità e l'adeguatezza della carcerazione in quanto basata sull'art. 76 LStr, il citato Giudice ha rinunciato ad esaminare il provvedimento in questione sotto il profilo dell'art. 78 LStr. Orbene, essendo tenuto ad esaminare la fondatezza di una carcerazione in vista di rinvio coatto, il Giudice delle misure coercitive doveva innanzitutto accertare la sussistenza di una decisione di allontanamento o espulsione, almeno di prima istanza, pronunciata da un'autorità cantonale o federale. Decisione che, a torto, è stata individuata nella pronuncia 6 ottobre 2009 dell'UFM, avallata dal Tribunale amministrativo federale, con cui al ricorrente è stata revocata l'ammissione provvisoria in Svizzera, rispettivamente nella decisione 23 marzo 2010 della Sezione della popolazione, che ha fissato all'interessato un termine scadente il 30 aprile 2010 per lasciare la Svizzera (cfr. decisione impugnata, pag. 5 pto. 5.1). Lo stesso Giudice ha in effetti rilevato che il 23 giugno 2010, l'insorgente aveva già lasciato la Svizzera. Partenza che si evinceva anche dal rapporto di notifica d'esecuzione e disbrigo della polizia cantonale del 12 agosto 2010, dal quale emerge che al controllo abitanti di Lugano l'interessato risultava partito in data 30 aprile 2010, circostanza confermata pure da ulteriori informazioni assunte dalla polizia (cfr. allegato doc. G alla decisione 18 gennaio 2011 della Sezione della popolazione). Considerate la partenza del ricorrente dalla Svizzera, rispettivamente la sua assenza dal nostro Paese fino al 17 gennaio 2011, data dell'accertata entrata illegale, il Giudice delle misure coercitive avrebbe dunque dovuto ritenere che l'interessato aveva ottemperato all'ingiunzione di lasciare la Svizzera rivoltagli il 23 marzo 2010 dalla Sezione della popolazione, la quale lo aveva contemporaneamente informato del rischio di una procedura di allontanamento coatto in caso di inottemperanza (cfr. art. 69 cpv. 1 lett. a LStr). Con la conseguenza che la decisione di allontanamento 6 ottobre 2009 dell'UFM avrebbe dovuto essere considerata già eseguita e non avrebbe quindi più potuto essere posta a fondamento della nuova, controversa carcerazione in vista di rinvio coatto. Secondo giurisprudenza e dottrina, infatti, una decisione di allontanamento già attuata non può più

essere assicurata mediante una carcerazione in vista di rinvio coatto. Se l'interessato che ha lasciato la Svizzera, vi fa rientro dopo un certo tempo, prima di poter essere incarcerato amministrativamente deve di nuovo essere allontanato, ovvero fare oggetto di una nuova decisione di allontanamento (cfr. Peter Uebersax/Beat Rudin/ Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser , *Ausländerrecht*, op. cit., pag, 464 seg. n. 10.86 e giurisprudenza ivi citata). Decisione che, nel caso concreto, faceva difetto.

E. 4.3.2

Ci si può chiedere se una tale decisione di allontanamento possa essere ravvisata nell'ordine di carcerazione emanato dalla Sezione della popolazione in data 18 gennaio 2011. In taluni casi la giurisprudenza ha infatti riconosciuto all'ordine di carcerazione emanato dall'autorità cantonale competente anche la veste di ordine di allontanamento informale (cfr. STF 2C_394/2007 del 15 agosto 2007 consid. 2.2; STF 2A.343/2002 del 18 luglio 2002 consid. 2; STF 2A.133/2002 del 26 marzo 2002 consid. 3.2). Sennonché, a prescindere dal fatto che la dottrina aveva già espresso dubbi sul mantenimento di tale prassi sotto l'egida della LStr (cfr. Peter Uebersax/Beat Rudin/ Thomas Hugi Yar/ Thomas Geiser , op. cit., pag. 465 n. 10.86), nella fattispecie occorre considerare che a far tempo dal 1° gennaio 2011 sono entrate in vigore le nuove norme della LStr che traspongono nel diritto svizzero lo scambio di note tra la Svizzera e la CE concernente il recepimento della direttiva CE sul rimpatrio (direttiva 2008/115/CE), la quale persegue un'armonizzazione minima della procedura relativa ai cittadini di Paesi non Schengen (Paesi terzi), qual è il ricorrente, che soggiornano irregolarmente sul territorio di uno Stato Schengen, indipendentemente dal motivo (entrata illegale, rifiuto di una domanda d'asilo, decadenza della validità di un permesso di soggiorno) (cfr. FF 2009 7737, pag. 7743 seg. pto. 1.3). Ora, come evocato ai considerandi 4.1.1. e 4.1.2., l'allontanamento senza decisione formale previsto nel previgente art. 64 LStr è stato di principio sostituito mediante una procedura formale di allontanamento o mediante l'allontanamento tramite modulo standard (cfr. FF 2009 7737, pag. 7745 pto. 1.4.2). In concreto, anziché disporre direttamente la carcerazione in vista del rinvio coatto, subordinatamente la carcerazione cautelativa, nell'erronea convinzione di potersi ancora fondare sulla decisione 6 ottobre 2009 dell'UFM, la Sezione della popolazione avrebbe quindi dovuto anzitutto adottare una nuova decisione di allontanamento mediante modulo standard (art. 64 b LStr) o, tutt'al più, una decisione di allontanamento ordinaria (art. 64 a LStr), facendola se del caso assistere da una misura coercitiva destinata a garantirne l'esecuzione. Ne consegue che è escluso che l'ordine di carcerazione possa fungere anche da decisione (formale) di allontanamento. A prescindere dal fatto che non è stato emanato con questa finalità, l'ordine in questione non ne aveva neppure le caratteristiche, facendo segnatamente difetto sia la relativa motivazione, sia l'indicazione del rimedio giuridico disponibile (cfr. art. 26 b ordinanza concernente l'esecuzione dell'allontanamento e dell'espulsione di stranieri, dell'11 agosto 1999; OEAE; RS 142.281). Per questa ragione (mancanza di una decisione di allontanamento), è quindi a torto che il Giudice delle misure coercitive ha convalidato la carcerazione sotto il profilo dell'art. 76 LStr.

E. 4.3.3

Per i motivi evidenziati al considerando 4.3.1. (partenza dell'insorgente dalla Svizzera) la carcerazione non avrebbe evidentemente potuto essere convalidata neppure in base all'art. 78 LStr, che regola il caso dello straniero che non adempie al suo obbligo di lasciare la Svizzera entro il termine impartitogli e che con il suo comportamento personale rende impossibile l'esecuzione della decisione d'allontanamento o d'espulsione, passata in

giudicato.

E. 4.3.4

Rimane da valutare se la decisione impugnata possa essere confermata trattando la carcerazione in discussione quale carcerazione preliminare ai sensi dell'art. 75 LStr. Secondo la giurisprudenza, una sostituzione del tipo di carcerazione entra in linea di conto unicamente se la motivazione alla base della carcerazione oggetto d'esame da parte delle precedenti istanze costituisce un presupposto anche della carcerazione che si intende prendere in considerazione in luogo della precedente (STF 2A_458/2005 del 29 luglio 2005 consid. 3.2; DTF 129 II 1 consid. 4; DTF 125 II 377 consid. 2c). Nella fattispecie, si tratta quindi di esaminare se i motivi indicati per ordinare, rispettivamente per convalidare, la carcerazione in vista di rinvio coatto dell'insorgente, configurino anche un motivo suscettibile di giustificare la carcerazione preliminare. Ciò sembra essere il caso, posto che sia la Sezione della popolazione, sia il Giudice delle misure coercitive hanno menzionato, seppur in combinazione con l'art. 76 cpv. 1 lett. b cifra 1 LStr, l'art. 75 cpv. 1 lett. c e g LStr, secondo il quale, allo scopo di garantire l'attuazione della procedura d'allontanamento, la competente autorità cantonale può far incarcerare per sei mesi al massimo lo straniero che, segnatamente, nonostante il divieto d'entrata accede al territorio svizzero e non può essere allontanato immediatamente (lett. c) o che minaccia in modo grave o espone a serio pericolo la vita o la salute altrui e per questa ragione è perseguito penalmente o è stato condannato (lett. g). In particolare, il Giudice delle misure coercitive ha correttamente rilevato che i precedenti penali dell'interessato e la violazione del divieto d'entrata costituivano, già di per sé, un motivo di carcerazione amministrativa (cfr. decisione impugnata, pag. 5 pto. 5.1). La carcerazione preliminare è finalizzata a garantire l'attuazione della procedura d'allontanamento (cfr. considerando 2.1.). L'autorità competente deve decidere senza indugio in merito al diritto di soggiorno (art. 75 cpv. 2 LStr). In concreto, come illustrato al considerando 4.3.2., stante l'evidente violazione da parte dell'insorgente del divieto di entrata e l'assenza di un suo diritto a restare in Svizzera, la Sezione della popolazione avrebbe potuto adottare immediatamente una decisione di allontanamento, addirittura mediante modulo standart (cfr. art. 64b LStr), disponendo al contempo la carcerazione in vista di rinvio coatto (art. 76 cpv. 1 lett. b cifra 1 in combinazione con l'art. 75 cpv. 1 lett. c e g LStr). La decisione di allontanamento avrebbe potuto essere dichiarata immediatamente esecutiva, nella misura in cui, come evocato al considerando 3.3., era ammissibile ritenere l'interessato pericoloso per la sicurezza e l'ordine pubblici (art. 64 d cpv. 2 lett. a LStr). Anche in casi simili, la legge ammette tuttavia esplicitamente la possibilità di ordinare dapprima una carcerazione preliminare giusta l'art. 75 cpv. 1 lett. c e g LStr (cfr. pure Peter Uebersax/Beat Rudin/ Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser, op. cit., pag. 356 n. 8.82). Una decisione di allontanamento (ordinaria o mediante modulo standart) potrebbe infatti rivelarsi superflua, qualora l'interessato potesse venire allontanato senza formalità (cfr. considerandi 4.1.2. e 4.2). Nel caso concreto occorre quindi considerare che, al momento della convalida della carcerazione da parte del Giudice delle misure coercitive, era ancora pendente la domanda di riammissione presentata il 9 febbraio 2011 dall'UFM in base a l'art. 3 cifra 2 dell'Accordo sulla riammissione delle persone in situazione irregolare. Domanda che è stata respinta dall'Italia solo successivamente alla convalida qui in discussione (cfr. risposta 21 febbraio 2011 del CCPD di Chiasso). In siffatte circostanze, si può pertanto ritenere che il 17 febbraio 2011 sarebbe ancora stato possibile convalidare la carcerazione giusta l'art. 75 LStr. La decisione impugnata e, di riflesso, quella della Sezione della popolazione, possono dunque essere confermate da questo Tribunale ai sensi dell'art.

75 cpv. 1 lett. c e g LStr, procedendo ad una sostituzione del tipo di carcerazione.

E. 4.4

Nel gravame (pag. 4) il ricorrente accenna in via del tutto subordinata all'adozione di misure sostitutive della carcerazione quali quelle previste all'art. 2 Lamc . Quest'ultimo sancisce che può essere ordinato un provvedimento sostitutivo se lo scopo della carcerazione può essere raggiunto con la prestazione di una cauzione, con il deposito dei documenti, con la regolare comparizione, con la residenza in un luogo determinato o altri provvedimenti idonei . In sostanza, l'insorgente invoca il principio della proporzionalità. Sennonché, egli non approfondisce l'argomento. In particolare, omette di spiegare quale altra misura sarebbe stata in concreto idonea a garantire l'attuazione della procedura d'allontanamento, rispettivamente l'esecuzione di quest'ultimo. La censura è comunque infondata. In effetti, posto che l'interessato era stato condannato in Svizzera, che non disponeva in quest'ultimo Paese di un valido recapito o di una dimora e che con il suo recente comportamento (entrata illegale) aveva dimostrato di non attenersi agli ordini delle autorità, la misura con la quale è stato privato della libertà personale in vista del suo allontanamento, è da considerarsi rispettosa del principio di proporzionalità.

E. 4.5

Nella misura in cui censura la convalida della carcerazione amministrativa, il ricorso 23 febbraio 2011 si rivela dunque infondato. Stante il fatto che nel frattempo l'insorgente è stato scarcerato per procedere al suo rinvio coatto, spetterà ad ogni modo alla competente autorità cantonale formalizzare l'allontanamento dell'insorgente, emanando senza indugio una decisione di allontanamento motivata e dando atto nella stessa che nel frattempo l'interessato è già stato rinvio nel suo Paese.

E. 5

Come evocato, in pendenza della procedura ricorsuale l'insorgente è stato fatto oggetto di rinvio coatto. Con la replica 9 marzo 2011 il ricorrente censura tale fatto, chiedendo di accertare che il rimpatrio eseguito il 4 marzo 2011 configura un abuso di diritto ed è altresì lesivo della separazione dei poteri e del diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 1950 (CEDU; RS 0.101). Sennonché, nella misura in cui è chiesto di accertare l'illiceità del rimpatrio, la richiesta, presentata per la prima volta in questa sede, è inammissibile. Il rinvio coatto non costituisce infatti una decisione, tantomeno una decisione impugnabile direttamente dinanzi al Tribunale cantonale amministrativo. Esso configura bensì un atto materiale (“ Realakte ”) d'esecuzione, che è destinato a concretizzare una precedente decisione di allontanamento o di espulsione e che, in quanto tale, presuppone di principio che quest'ultima sia passata in giudicato (cfr. Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser , op. cit., pag. 362 n. 8.96). A proposito di atti materiali, questo Tribunale ha già avuto modo di statuire (cfr. STA 52.2009.239 del 12 ottobre 2010 consid. 3) che la giurisprudenza riconosce da tempo la necessità di istituire in taluni casi una certa protezione giuridica a favore dei cittadini per quanto attiene all'adozione da parte dell'ente pubblico di atti materiali che li concernono, ancorché non vi sia convergenza sulle basi legali e sulle modalità in virtù delle quali detta tutela debba essere assicurata (cfr DTF 130 I 369 consid. 6.1; 128 I 167 consid. 4.5 e 5.5). Spetta ai Cantoni creare, se del caso, una specifica via di ricorso volta ad assicurare il controllo della legalità degli atti materiali compiuti dalle loro autorità, scegliendo la

soluzione che ritengono più adatta (DTF 130 I 369), tenendo presente che secondo il Tribunale federale, al fine di assicurare un simile controllo, si deve innanzitutto fare riferimento all'ordinamento processuale amministrativo vigente. In quest'ottica, questo Tribunale ha ritenuto giustificato di interpretare ed applicare la LPamm, segnatamente le norme concernenti la domanda di accertamento (art. 41 seg. LPamm), in maniera conforme ai precetti derivanti dal diritto di rango superiore, così da consentire laddove necessario un effettivo esame di legalità degli atti materiali (DTF 130 I 369 consid. 3.1; 121 I 87 consid. 1b). Questo, a maggior ragione, che il 1° gennaio 2007 sono entrati in vigore il nuovo art. 29a della Costituzione federale della Confederazione Svizzera, del 18 aprile 1999 (Cost; RS 101) - che sancisce la cosiddetta garanzia della via giudiziaria, giusta la quale nelle controversie giuridiche ognuno ha diritto al giudizio di un'autorità giudiziaria - rispettivamente il nuovo art. 25a della legge federale sulla procedura amministrativa, del 20 dicembre 1968 (PA; RS 172.021), che ne concretizza il contenuto sul piano legislativo federale. Secondo quest'ultima disposizione, chiunque abbia un interesse degno di protezione può esigere che l'autorità competente per atti materiali che si fondano sul diritto pubblico federale e che tangono diritti ed obblighi ometta, cessi o revochi atti materiali illeciti (a), elimini le conseguenze di atti materiali illeciti (b), accerti l'illiceità di atti materiali (c), pronunciandosi in questi casi mediante decisione formale suscettibile di essere impugnata dinanzi alle competenti autorità di ricorso. Disposizione che si applica direttamente soltanto alle autorità federali (ed eventualmente anche cantonali) che statuiscono sulla base del diritto federale (art. 1 e 5 PA), ma i cui principi valgono indirettamente anche per le autorità cantonali laddove esse sono chiamate ad applicare il diritto cantonale, a meno che le disposizioni di procedura ivi vigenti non garantiscano una protezione giuridica analoga o addirittura più estesa ed ammesso che l'interessato sia in grado di far valere un interesse degno di protezione, ciò che è il caso ad esempio laddove vi è da ritenere che l'interessato sia stato toccato in modo grave e diretto nelle proprie libertà fondamentali (DTF 133 I 49 consid. 3.2; 128 II 156 consid. 4). Ne consegue che, nella misura in cui l'atto impugnato (rimpatrio), eseguito in applicazione della LStr e quindi del diritto pubblico federale, è stato compiuto dalla Polizia cantonale, dietro richiesta della Sezione della popolazione, è a quest'ultima autorità o all'istanza amministrativa gerarchicamente superiore, vale a dire al Dipartimento delle istituzioni, che il ricorrente è tenuto a rivolgersi in primo luogo, qualora ritenesse di poter far valere un interesse degno di protezione, allo scopo di provocare ed ottenere una decisione formale (di accertamento), suscettibile se del caso di essere poi impugnata tramite ricorso, in merito all'asserita illiceità del suo rinvio coatto.

E. 6

Con il ricorso 15 marzo 2011 il ricorrente contesta la decisione 28 febbraio 2011 con cui il Giudice delle misure coercitive ha respinto la domanda di assistenza giudiziaria e di gratuito patrocinio presentata il 19 gennaio 2011.

E. 6.1

Secondo l'art. 10 Lamc, la persona straniera che giustifica di non essere in grado di sopperire alle spese del patrocinatore può chiedere il gratuito patrocinio. La disciplina del gratuito patrocinio è retta dalla legge sull'assistenza giudiziaria e sul patrocinio d'ufficio, del 15 marzo 2011 (Lag; RL 3.1.1.7), in vigore dal 1° gennaio 2011, il cui art. 2 prevede che l'istituto dell'assistenza giudiziaria garantisce a chi non dispone dei mezzi per assumersi gli oneri della procedura o le spese di patrocinio la possibilità di tutelare i suoi diritti davanti

alle autorità giudiziarie e amministrative. In base all'art. 3 Lag, l'assistenza giudiziaria si estende all'esenzione dagli anticipi e dalle cauzioni, all'esenzione dalle tasse e spese processuali e all'ammissione al gratuito patrocinio (cpv. 1). Essa è concessa su istanza, integralmente o in parte (cpv. 2), ed è esclusa se la procedura non presenta possibilità di esito favorevole per l'istante (cpv. 3). Inoltre, dall'art. 7 Lag si deduce che l'ammissione al patrocinio d'ufficio non è concessa se il richiedente è in grado di condurre (da solo) la propria causa. Dal canto suo, l'art. 4 Lag sancisce che al patrocinatore sono riconosciuti l'onorario e le spese delle prestazioni derivanti da una ragionevole conduzione del mandato secondo la tariffa fissata dal Consiglio di Stato; sono escluse, in particolare, quelle inutili e quelle non connesse con la procedura principale. In sostanza, come in passato sotto l'egida della previgente legge sul gratuito patrocinio e sull'assistenza giudiziaria del 3 giugno 2002, il beneficio dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio presuppone quindi - cumulativamente - che il richiedente si trovi in situazione di indigenza (art. 2 Lag), che non sia in grado di procedere in lite con atti propri (art. 7 Lag) e che la causa non appaia senza probabilità di esito favorevole (art. 3 cpv. 3 Lag).

E. 6.2

Nella fattispecie, con decisione 28 febbraio 2011 il Giudice delle misure coercitive ha rifiutato l'assistenza giudiziaria, estesa al gratuito patrocinio. In sostanza, ha ritenuto che l'istante avrebbe potuto procedere in lite con atti propri, dato che si trattava di una situazione fattuale chiara e di una fattispecie giuridica priva di complessità. Pur esprimendo dei dubbi, ha lasciato aperto il quesito a sapere se l'istante fosse indigente. La tesi non può essere condivisa. Contrariamente a quanto sostenuto, il procedimento in esame presentava un certo grado di complessità. Basti rilevare, dal profilo della materia, che le stesse autorità inferiori non hanno correttamente distinto tra carcerazione preliminare e carcerazione in vista di rinvio coatto ed hanno erroneamente ritenuto di potersi ancora fondare sulla decisione di allontanamento 6 ottobre 2009 dell'UFM. Proceduralmente, poi, vi è stata una violazione del diritto di essere sentito, oggetto della sentenza 8 febbraio 2011 di questo Tribunale, ed in seguito vi è stato il sorpasso del termine di 96 ore sancito dall' art. 80 cpv. 2 LStr per l'esame della fondatezza della carcerazione (cfr. considerando 3). È quindi a torto che, in siffatte circostanze, il Giudice delle misure coercitive ha ritenuto che l'istante, persona priva di particolari conoscenze giuridiche, sarebbe stato in grado di procedere con atti propri. Pure le altre condizioni necessarie per la concessione dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio, possono essere considerate riunite nel caso concreto. In effetti, per quanto riguarda la situazione economica dell'istante, la stessa può senz'altro essere definita precaria, visto il contesto generale (allontanamento dalla Svizzera nell'aprile 2010, richiesta d'asilo presentata nel luglio 2010 in Italia e recentemente respinta, rinvio coatto in Kosovo nel marzo 2011) ed il fatto che egli risulta attualmente senza lavoro e dipendente dai famigliari dal profilo finanziario. Per quanto concerne il requisito che la causa non appaia senza probabilità di esito favorevole, va rilevato che lo stesso assume rilevanza soprattutto in presenza di una procedura ricorsuale, mentre ha una portata molto limitata nell'ambito del procedimento di convalida della carcerazione, trattandosi di una procedura prevista dalla legge, alla quale l'interessato non può sottrarsi in alcun modo e nel quadro della quale sono dunque gli altri criteri ad essere determinanti per il giudizio. Ne consegue che il ricorso 15 marzo 2011 va accolto e gli atti rinviati al Giudice delle misure coercitive, affinché accordi l'assistenza giudiziaria ed il gratuito patrocinio e statuisca sull'indennità di patrocinio relativa alla procedura di convalida della carcerazione amministrativa.

E. 6.3

Ad identica, positiva, conclusione si può giungere per la domanda di assistenza giudiziaria e di gratuito patrocinio presentata con il ricorso 23 febbraio 2011, rinviando ai motivi già indicati al precedente considerando e rilevando, ad integrazione, che il gravame in questione, a prescindere dal suo esito, viste le problematiche giuridiche sollevate, non era da ritenersi sprovvisto fin dall'inizio di probabilità di esito favorevole.

E. 7.1

In esito ai precedenti considerandi, il ricorso 23 febbraio 2011 va dunque respinto e la decisione 17 febbraio 2011 del Giudice delle misure coercitive confermata ai sensi dei considerandi. Con l'avvenuto allontanamento dell'interessato, la domanda di provvedimenti cautelari, nel frattempo comunque già ritirata dal ricorrente (cfr. scritto 4 marzo 2011), diviene priva di oggetto. Dal canto suo, la richiesta di accertare l'illiceità dell'avvenuto rimpatrio in via coatta è inammissibile. Considerato che il ricorrente è posto al beneficio dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio, si prescinde dal prelievo di tassa e spese di giustizia.

E. 7.2

Per contro, il ricorso 15 marzo 2011 è accolto e gli atti sono rinviati al Giudice delle misure coercitive affinché accolga la domanda 19 gennaio 2011 di assistenza giudiziaria e di gratuito patrocinio, statuendo altresì sull'indennità di patrocinio relativa alla procedura di convalida della carcerazione amministrativa. Visto l'esito del ricorso, al ricorrente, assistito da un patrocinatore, vanno riconosciute congrue ripetibili. La domanda d'assistenza giudiziaria e di gratuito patrocinio inerente tale ricorso diviene pertanto priva d'oggetto. Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso 23 febbraio 2011 è respinto. 2. Il ricorso 15 marzo 2011 è accolto. §. Di conseguenza: 1.1. la decisione 28 febbraio 2011 del Giudice delle misure coercitive è annullata; 1.2. gli atti sono rinviati al Giudice delle misure coercitive per nuova decisione, conformemente ai considerandi 6.2 e 7.2. 3. La domanda di assistenza giudiziaria e di gratuito patrocinio inerente il ricorso 23 febbraio 2011 è accolta. 4. Non si prelevano né tasse, né spese di giustizia. Lo Stato del Cantone Ticino rifonderà al ricorrente fr. 500.– a titolo di ripetibili per il ricorso 15 marzo 2011. 5. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. legge sul Tribunale federale, del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110). 6. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo II

vicepresidente
Il segretario

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.