

# TI\_GERICHTE 52.2021.404 vom 24. September 2021

TI Tribunale d'appello, 2021-09-24, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2021.404](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2021.404)

FR: TI\_GERICHTE 52.2021.404 du 24 septembre 2021

IT: TI\_GERICHTE 52.2021.404 del 24 settembre 2021

## Regeste

Carcerazione amministrativa in vista del rinvio coatto - durata

## Erwägungen

### E. 2.1

Giusta l'art 73 cpv. 1 LStrI, l a competente autorità federale o cantonale può fermare persone sprovviste di permesso di soggiorno di breve durata, di permesso di dimora o di permesso di domicilio per: a) notificar loro una decisione relativa al loro statuto di soggiorno in Svizzera; b) accertarne l'identità o la cittadinanza, se a tal fine sia necessaria la loro cooperazione. Il fermo, soggiunge il cpv. 2, non può protrarsi oltre la durata della cooperazione, dell'interrogatorio o dell'eventuale trasporto necessari e in ogni caso non oltre i tre giorni. Su richiesta, l'autorità giudiziaria competente deve successivamente esaminare la legittimità del fermo (art. 73 cpv. 5 LStrI). Secondo quanto previsto dall'art. 25a cpv. 2 Lamac, tale richiesta deve essere rivolta in forma scritta al Giudice delle misure coercitive al più tardi 2 giorni dopo la cessazione dello stato di fermo.

### E. 2.2

L'art. 76 LStrI disciplina la carcerazione di uno straniero in vista del suo rinvio coatto. Giusta l'art. 76 cpv. 1 lett. b LStrI, se è stata notificata una decisione di prima istanza d'allontanamento o espulsione, o una decisione di prima istanza di espulsione secondo l'art. 66 a o 66 a bis del codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (CP; RS 311.0) o l'articolo 49 a o 49 bis del codice penale militare del 13 giugno 1927 (CPM; RS 321.0), l'autorità competente, allo scopo di garantire l'esecuzione, può incarcerare lo straniero se indizi concreti fanno temere che egli intenda sottrarsi al rinvio coatto in particolare perché non si attiene all'obbligo di collaborare (n. 3) oppure se il suo comportamento precedente indica che egli non si attiene alle disposizioni delle autorità (n. 4). Tali disposizioni sono applicabili quando dal comportamento dell'interessato si possa ritenere che vi sia il rischio che egli si dia alla fuga e sparisca nella clandestinità (cosiddetta "Untertauchensgefahr"; cfr. STF 2C\_128/2009 del 30 marzo 2009 consid. 3.1 con rinvii). I passi necessari per l'esecuzione dell'allontanamento o dell'espulsione secondo la LStrI oppure per l'esecuzione dell'espulsione ai sensi dell'art. 66 a o 66 a bis CP o dell'art. 49 a o 49 a bis CPM sono intrapresi senza indugio (art. 76 cpv. 4 LStrI).

### E. 2.3

Giusta l'art. 79 cpv. 1 LStrI, la carcerazione preliminare, quella in vista di rinvio coatto secondo gli art. 75-77 LStrI e quella cautelativa giusta l'art. 78 LStrI, non possono, assieme, durare più di sei mesi. La carcerazione è ordinata dall'autorità del Cantone competente per l'esecuzione dell'allontanamento o dell'espulsione (art. 80 cpv. 1 LStrI). 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 LStrI). 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 LStrI).

3. 3.1. Nel caso di specie occorre innanzitutto precisare che il ricorrente non ha formulato alcuna tempestiva richiesta di verifica da parte del Giudice dei provvedimenti coercitivi dell'ordine di fermo ex art. 73 cpv. 5 LStrI e 25a cpv. 2 LStrI pronunciato nei suoi confronti il 20 settembre 2021 dalla Polizia cantonale, ragione per la quale la questione circa la legittimità di tale misura esula dall'oggetto del presente procedimento. Egli sostiene tuttavia che l'esame della legittimità e dell'adeguatezza della decisione di carcerazione in vista del rinvio coatto qui contestata sia avvenuto tardivamente in dispregio dell'art. 80 cpv. 2 LStrI; a suo dire, infatti, il termine di 96 ore previsto da quest'ultima norma andava calcolato non tanto da quando il 22 settembre 2021 è stato eseguito quest'ultimo provvedimento, quanto piuttosto a far tempo dal 20 settembre precedente, giorno in cui egli è stato posto in stato di fermo. Sostiene quindi che una misura come quella contemplata dall'art. 73 LStrI può essere adottata soltanto quando lo scopo perseguito è quello di fermare una persona per al massimo tre giorni; essa non può invece essere ordinata allo scopo di eludere il termine di 96 ore previsto per l'esame giudiziario di una decisione di carcerazione, come accaduto in concreto. Chiede quindi l'annullamento della decisione con la quale è stata confermata la sua carcerazione per violazione delle norme essenziali di procedura.

3.2. La tesi dell'insorgente non può essere condivisa, in quanto priva di qualsiasi fondamento. Come chiaramente sancito dall'art. 73 cpv. 1 lett. a LStrI, il fermo amministrativo di un cittadino straniero sprovvisto di un'autorizzazione di soggiorno può essere eseguito se ciò si rende necessario per notificargli una decisione relativa al suo statuto di soggiorno in Svizzera. Questo è il caso, tra l'altro, anche quando allo straniero deve essere intimata una decisione che contempla l'adozione nei suoi confronti di un provvedimento coercitivo di carcerazione ai sensi degli art. 75-78 LStrI ( Thomas Hugi Yar , Zwangsmassnahmen in Ausländerrecht , in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [curatori], Ausländerrecht , II ed., Basilea 2009, n. 10.48, pag. 448) . Quando una simile eventualità si verifica, il fatto che la persona interessata sia stata privata della sua libertà già al momento del fermo, non dà luogo al decorrere del termine di 96 ore di cui all'art. 80 cpv. 2 LStrI. Questo termine prende infatti avvio soltanto nel momento in cui vi è una decisione di carcerazione che è stata posta in esecuzione (DTF 127 II 174 consid. 2b/aa). È la legge stessa che lo prevede. D'altra parte sarebbe inimmaginabile che il Giudice competente all'esame di legittimità e di adeguatezza della carcerazione possa pronunciarsi su un simile provvedimento ancor prima che lo stesso sia pronunciato ed eseguito per effetto di un precedente ordine di fermo amministrativo. In concreto, la querelata decisione di carcerazione è stata messa in atto alle ore 09.30 del 22 settembre 2021, il suo esame giudiziario da parte del Giudice delle misure coercitive ha avuto luogo con udienza tenutasi alle ore 14.05 del giorno seguente; la relativa decisione di conferma del provvedimento è stata pronunciata il 24 settembre 2021, per cui si deve per forza di cose concludere che il termine sancito dall'art. 80 cpv. 2 LStrI sia stato ampiamente rispettato.

#### **E. 4**

LStrI i quali, come esposto sopra (cfr. consid. 4), sono e continuerebbero ad essere pienamente adempiuti dall'insorgente. Anzi, come giustamente rilevato dall'Ufficio della migrazione in sede di duplica, il rifiuto del volo da parte dell'interessato costituirebbe un ulteriore elemento che attesta la sua mancanza di collaborazione e che contribuirebbe quindi

a confermare l'adempimento del motivo di carcerazione di cui all'art. 76 cpv. 1 lett. b cifra 4 LStrI. Stante quanto precede, è quindi da respingere l'argomento, secondo cui in caso di mancata partenza, un ritorno in carcere del ricorrente potrebbe avvenire soltanto sulla base di una nuova decisione fondata sui motivi previsti dall'art. 78 LStrI per la carcerazione cautelativa. Di conseguenza la domanda, formulata in via subordinata, di limitare la carcerazione in vista dell'allontanamento sino al 1° dicembre 2021 non può essere accolta.

5.2.2. Per quanto attiene alla pretesa violazione del principio della proporzionalità per rapporto alla durata della carcerazione si deve considerare quanto segue. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale (cfr. DTF 139 I 206 consid. 1.2.1; STF 2C\_811/2012 del 24 settembre 2012 consid. 3.3 con rinvii), se le esigenze poste in merito alla carcerazione per ragioni di diritto degli stranieri risultano sia dai fini della carcerazione, sia dall'art. 5 § 1 lett. f della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 ( CEDU ; RS 0.101 ) , sia dal principio della proporzionalità (art. 5 cpv. 2 e art. 36 cpv. 3 in relazione con l' art. 10 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999; Cost .; RS 101) , le stesse scaturiscono anche dalla cosiddetta direttiva sul rimpatrio ("Rückführungsrichtlinie"), determinante per la Svizzera nell'ambito dell'acquis di Schengen (Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, L 348 del 24 dicembre 2008 pag. 98 segg.; cfr. André Equey , Änderungen im Bereich der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht aufgrund der Übernahme der EG - Rückführungsrichtlinie durch der Schweiz, AJP 2011 pag. 924 segg., segnatamente pag. 934). Siccome detta direttiva si fonda prevalentemente sulla partenza volontaria (art. 7 Direttiva 2008/115/ CE), qualora gli Stati membri ricorrano - in ultima istanza - a misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza, tali misure devono essere proporzionate e non eccedere un uso ragionevole della forza. Esse devono essere attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato (art. 8 cpv. 4 Direttiva 2008/115/CE). I cittadini di un paese terzo contro i quali è pendente una procedura di rimpatrio possono essere trattenuti se, nel caso concreto, non è possibile alcuna altra misura meno coercitiva (cfr. Equey , op. cit., pag. 936) , ritenuto comunque come un simile trattamento debba avere una durata quanto più breve possibile e possa essere mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio della persona interessata (art. 15 cpv. 1 Direttiva 2008/115/CE). Nel caso di specie si deve considerare che l'identità e la nazionalità del ricorrente sono certe, essendo egli addirittura in possesso di un passaporto (seppur scaduto). Ciò significa che nei suoi confronti non si pone il problema di dover procedere alla sua identificazione da parte delle autorità diplomatiche del suo Paese d'origine; esercizio, questo, che notoriamente può richiedere, a seconda dei casi, anche parecchio tempo. A ciò occorre aggiungere che la stessa Sezione della popolazione già nel suo ordine di carcerazione del 22 settembre 2021 aveva rilevato che "per quanto attiene alla prevedibilità dell'allontanamento dell'interessato, si osserva che, da informazioni assunte presso la SEM, i voli alla volta della \_\_\_\_\_ attualmente si svolgono senza impedimenti di sorta ed è possibile riservarne uno entro 15 giorni" . Pertanto nel Modulo di iscrizione swissRepat volo di linea n. 591226 compilato lo stesso giorno dall'Autorità dipartimentale (v. atti), al punto n. 5 relativo alle indicazioni sul volo di rimpatrio veniva indicata una finestra temporale privilegiata per la partenza dalla

Svizzera del ricorrente compresa tra il 12 e il 15 ottobre 2021. Se si tiene dunque conto che sin dall'inizio della procedura di incarcerazione la Sezione della popolazione aveva pronosticato di poter allontanare dalla Svizzera il ricorrente nel giro di poche settimane, essa non poteva, se non violando il principio della proporzionalità, ordinare la sua detenzione per la durata massima di 6 mesi, prevista dall'art. 79 cpv. 1 LStrI per questo genere di misure coercitive. Infatti un simile lasso di tempo va ben oltre quelle che erano le previsioni di messa in atto del rinvio formulate dall'autorità di prime cure, senza che a giustificazione di questa scelta sia stato portato un qualsiasi valido motivo. In particolare non può essere tale quello addotto dall'Ufficio della migrazione in sede di duplica, secondo cui non vi sarebbe nessuna differenza tra un ordine di carcerazione di tre mesi prolungato di ulteriori tre mesi ed uno di sei mesi. Un simile modo di ragionare tralascia infatti completamente di considerare che in materia di privazione della libertà personale il principio della proporzionalità impone sempre allo Stato di stabilire che la durata della misura si estenda solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio, che nel caso di specie era stato pronosticato in poche settimane. Se poi alla prova dei fatti dovessero subentrare ostacoli, complicazioni o altri fattori che non consentono di procedere nei tempi previsti, l'autorità ha sempre la facoltà di chiedere una proroga della misura, ma in questo caso a garanzia dei diritti fondamentali della persona incarcerata si imporrebbe automaticamente un ulteriore controllo giudiziario della situazione, che altrimenti potrebbe avvenire solo su richiesta dell'interessato e alle condizioni previste dall'art. 80 cpv. 5 LStrI. Per analoghe ragioni anche l'altro argomento addotto a questo proposito dal Dipartimento, secondo il quale se il rimpatrio viene eseguito nel giro di tre mesi la carcerazione si ridurrebbe a questo lasso di tempo anche in presenza di un ordine della durata di sei mesi, non può essere assolutamente condiviso: se si seguisse una simile tesi, il principio della proporzionalità, che deve sempre governare l'attività statale soprattutto quando sono in gioco delle limitazioni importanti dei diritti fondamentali dei cittadini (art. 36 cpv. 3 Cost), come è il caso in materia di privazione della libertà personale, verrebbe completamente svilito e svuotato dell'effetto preventivo che riveste. Per tornare alla presente fattispecie, si deve dire che, alla luce delle concrete circostanze del caso in esame, appare tutto sommato congruo limitare la durata della carcerazione amministrativa del ricorrente a 3 mesi. Si tratta di una durata di tempo che, viste le concrete prospettive di rimpatrio dell'interessato, appare adeguata alla situazione, pur lasciando all'Autorità dipartimentale un certo margine per far fronte ad eventuali imprevisti o ritardi che dovessero verificarsi nell'esecuzione dell'allontanamento. D'altra parte il fatto che, come emerge dagli atti, le autorità siano riuscite a riservare al ricorrente un volo di rientro in Patria per il 1° dicembre 2021 è la dimostrazione a posteriori che la prognosi inizialmente formulata dalla Sezione della popolazione circa i tempi di un possibile rimpatrio, seppur un po' ottimistici, non erano del tutto errati. Resta in ogni caso il fatto che, qualora dovessero subentrare imprevisti tali da non permettere l'allontanamento del ricorrente per tempo, la Sezione della popolazione avrà sempre la possibilità di chiedere una proroga della carcerazione seguendo le formalità imposte dalla legge. 6. 6.1. Stante tutto quanto precede il gravame deve dunque essere parzialmente accolto con il conseguente annullamento della decisione impugnata la quale deve essere riformata nel senso che la carcerazione amministrativa di RI 1 è mantenuta come da ordine di carcerazione del 22 settembre 2021, ma unicamente per la durata di tre mesi. 6.2. Visto l'esito e ritenuto che, anche sulla parte che è stato respinto, il gravame non appariva sprovvisto di esito favorevole (cfr. art. 3 cpv. 3 della legge sull'assistenza giudiziaria e sul patrocinio d'ufficio del 15 marzo 2011; LAG; RL

178.300), come pure del fatto che l'insorgente non dispone dei mezzi finanziari sufficienti per assumersi gli oneri della procedura e le spese di patrocinio (art. 2 LAG), la sua domanda di assistenza giudiziaria va accolta. Ciò comporta che si prescinde dal prelievo di una tassa di giustizia e delle spese (art. 47 LP A mm ). Lo Stato del Cantone Ticino deve però versare al ricorrente, assistito da un'avvocata, un'indennità a titolo di ripetibili seppur ridotta in ragione dell'esito del gravame (art. 49 cpv. 1 LP A mm). Ora, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la pretesa d'indennità del patrocinatore che beneficia del gratuito patrocinio riveste carattere sussidiario perlomeno laddove, come in concreto, debitore delle ripetibili è l'ente pubblico (STF 2C\_172/2016 del 16 agosto 2016 consid. 5.2). In quest'ottica occorre dunque fissare l'indennità dovuta al ricorrente a titolo di ripetibili in base ai criteri di legge, mentre che in una seconda fase dovrà poi essere esaminato se l'importo assegnato a quest'ultimo titolo corrisponde almeno a quanto gli spetterebbe a titolo di gratuito patrocinio/assistenza giudiziaria, ciò che in Ticino costituisce peraltro la norma, dato che, a parità di prestazioni necessarie per la tutela degli interessi del cliente, la remunerazione oraria fissata dall'art. 12 del regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili del 19 dicembre 2007 (di seguito: il Regolamento; RL 178.310) è maggiore a quella riconosciuta dall'art. 4 del medesimo Regolamento in caso di gratuito patrocinio/assistenza giudiziaria. Nel caso di specie la patrocinatrice del ricorrente ha presentato una nota di onorario, in cui ha quantificato il proprio dispendio di tempo per lo studio della pratica e per l'allestimento della replica in complessive 7,5 ore. Si tratta di un calcolo che merita conferma in quanto tutto sommato correttamente commisurato all'importanza della lite, delle sue difficoltà, dell'ampiezza del lavoro svolto, avuto riguardo dello svolgimento del patrocinio. Pertanto, richiamato l'art. 12 del Regolamento, a fronte di 7,5 ore remunerate all'avvocata in base alla tariffa applicabile di fr. 280.- all'ora, all'insorgente andrebbero riconosciuti fr. 2'100.- a titolo di ripetibili di questa sede, che però dovrebbero venir ridotti a fr. 700.- in ragione dell'esiguo grado di successo dell'impugnativa. Questo importo è tuttavia inferiore alla somma di fr. 1'350.-, oltre a fr. 16.30 di spese, che spetterebbe alla patrocinatrice dell'insorgente quale indennità in caso di concessione dell'assistenza giudiziaria in base alla tariffa oraria inferiore prevista dall'art. 4 cpv. 1 del Regolamento. Di conseguenza all'insorgente deve essere riconosciuto questo secondo importo a titolo di ripetibili per gratuito patrocinio. Per questi motivi, decide: 1. Il ricorso è parzialmente accolto . Di conseguenza la decisione impugnata è annullata e riformata nel senso che la carcerazione amministrativa di RI 1 è mantenuta a norma di legge e come da ordine di carcerazione del 22 settembre 2021 per la durata di tre mesi . 2. La domanda di assistenza giudiziaria e di gratuito patrocinio è accolta. Di conseguenza non si prelevano né tasse né spese e al ricorrente è assegnata un'indennità di fr. 1'366.30 a titolo di ripetibili. 3. 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. della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110). 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo Il vicepresidente  
La  
vicecancelliera