

«*Purché se ne vadano*».

La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*

di ANDREA PUGIOTTO**

SOMMARIO: **1.** Il terzo occhio e la giusta distanza. – **2.** Lo straniero, irregolare o clandestino, come titolare della tutela giurisdizionale. – **3.** La distinzione tra *titolarità* formale ed *effettivo godimento* della tutela giurisdizionale e la sua giustificazione sul piano della politica del diritto. – **4.** Dimostrazione: le prove evidenti. – **5.** (*Segue*) Le prove non evidenti. – **6.** La *doxa* dominante: la tutela giurisdizionale dello straniero è un lusso che non possiamo concederci. – **7.1.** Dove la tutela giurisdizionale è *assente*. L'espulsione ministeriale per ragioni di contrasto del terrorismo. – **7.2.** Il respingimento differito alla frontiera. – **7.3.** Il cd. respingimento in alto mare con immediato rimpatrio. – **8.1.** Dove la tutela giurisdizionale è *carente*. L'espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato. – **8.2.** L'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso. – **8.3.** Il trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione. – **8.4.** (*Segue*) I 180 giorni di durata complessiva del trattenimento nei CIE e la strumentalizzazione della Direttiva 2008/115/CE. – **8.5.** La competenza giurisdizionale in materia di provvedimenti espulsivi assegnata al giudice di pace. – **8.6.** Un riparto di giurisdizione a *matrioska* e un simulacro di tutela giurisdizionale in caso di espulsione immediata. – **9.** Guardare *oltre* gli effetti giuridici dell'allontanamento. – **10.** Nodi (incostituzionali) e pettini (istituzionali): il mancato controllo preventivo dei Presidenti della Repubblica. – **11.** (*Segue*) Il controllo successivo della Corte costituzionale e tre motivi di preoccupazione. – **12.** La necessità di una discontinuità legislativa nella disciplina dei meccanismi di allontanamento dello straniero. – **13.** Un quadro normativo diverso è possibile.

1. Davanti alla più che dubbia costituzionalità di molte delle scelte legislative, recenti e meno recenti, in materia di immigrazione «il nostro sguardo s'è come consumato col tempo, se ne sta appeso alla noia, è al tempo stesso astioso e non severo, collerico e passivo. Non credendo possibile cambiare la cultura italiana dell'illegalità, siamo da essa cambiati». E' uno stato di pericolosa rassegnazione, cui reagire seguendo il prezioso consiglio di ricorrere all'«aiuto di un terzo occhio» esterno¹. Provare a guardarci da fuori per meglio guardarci dentro. Toglierci i paraocchi e inforcare gli occhiali da vista che ci vengono offerti per riuscire finalmente a vedere la realtà delle cose. Recuperare così la giusta distanza².

* *Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Lo statuto costituzionale del non cittadino, Cagliari, 16-17 ottobre 2009.*

** *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara*

¹ Così, peraltro in un contesto del tutto differente, B. SPINELLI, *Walter ultimo fallimento*, ne *La Stampa*, 22 febbraio 2009.

² «*La giusta distanza*», non a caso, è anche il titolo di un riuscito film del 2007 di Carlo Mazzacurati, capace di raccontare una vicenda di immigrazione e integrazione dai risvolti drammatici e (solo apparentemente) inaspettati.

La suggestione si traduce in un'indicazione di metodo: osservare ciò che siamo diventati usando le lenti dei rapporti e dei documenti ufficiali, relativi alla politica migratoria italiana, provenienti da organismi istituzionali o non governativi internazionali, che ci costringono a guardare ciò che il nostro sguardo, distratto o ipnotizzato, non riesce più a vedere.

E', quello prescelto, un terzo occhio che ha rilevanza giuridica certa. Di tali rapporti fa uso autonomamente la Corte EDU nella propria giurisprudenza, sempre attenta a verificare il grado di tutela giurisdizionale effettivamente garantita allo straniero, non accontentandosi del mero riconoscimento normativo. Vi ricorre il Parlamento europeo, nella sua attività di controllo esercitata attraverso le proprie risoluzioni. Se ne servono le istituzioni dell'UE, nella fase ascendente del procedimento di produzione degli atti normativi comunitari. In prospettiva, si tratta di monitoraggi che giocheranno un ruolo importante all'interno della procedura comunitaria per l'accertamento di violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani e delle libertà fondamentali in ambito UE, come previsto dall'art. 7 del Trattato³. E' un terzo occhio cui neppure il Governo italiano, alla lunga, può rimanere completamente indifferente, se è vero – ad esempio – che la recentissima norma d'interpretazione autentica che ha escluso l'applicazione della cd. aggravante di clandestinità ai cittadini comunitari è certamente frutto dei rilievi critici mossi in ambito UE alla formulazione originaria dell'art. 61, n.11-*bis*, c.p.⁴.

Questa scelta di metodo ha permesso una più precisa delimitazione dell'ambito d'indagine rispetto al tema originariamente affidatomi, orientandola decisamente verso gli spigoli costituzionali più acuti presenti nell'ordinamento degli stranieri. Ecco perché sotto il profilo soggettivo, tra le (almeno) sei categorie di “non cittadino”⁵, mi occuperò esclusivamente dell'immigrato extracomunitario irregolare o clandestino⁶. Così come, sotto il profilo oggettivo, guarderò alla loro

³ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo, 14 gennaio 2009, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'UE 2004-2008, punti 5 e 12 (con riferimento ai dati acquisiti mediante il monitoraggio effettuato, in ambito comunitario, dall'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali, dal Consiglio d'Europa, dagli organi di controllo dell'ONU, dagli istituti nazionali dei diritti dell'uomo e dalle ONG).

⁴ Il riferimento è all'art.1, comma 1, L. 15 luglio 2009, n. 94, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*. Per i rilievi critici espressi in ambito UE cui si allude nel testo cfr. G.L. GATTA, *Aggravante della “clandestinità”(art. 61 n.11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, in www.forumcostituzionale.it, p. 10.

⁵ Il possibile elenco include certamente le seguenti figure: italiani non appartenenti alla Repubblica, cittadini comunitari, stranieri aventi diritto all'asilo nel territorio della Repubblica, apolidi, stranieri extracomunitari regolari, stranieri extracomunitari irregolari. Cfr. S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA, E. RISPOLI (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese (Madrid, 25-26 settembre 2008), I.2.1., consultabile in www.cortecostituzionale.it

⁶ Assumo dunque la categoria di straniero secondo la definizione datane nel testo unico sull'immigrazione: cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e apolidi non residenti nel

tutela giurisdizionale laddove più critica sembra esserne la tenuta costituzionale, cioè all'interno dei meccanismi di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato: espulsione, respingimento alla frontiera, respingimento in mare aperto con immediato rimpatrio.

E' dunque questo il perimetro che delimita il problema da affrontare: in quale misura l'ordinamento garantisce un'effettiva tutela giurisdizionale all'immigrato, irregolare o clandestino, rimpatriato dal nostro Paese? La soluzione è possibile alla sola condizione di non essere ciechi, come invece accade a chi rivolge lo sguardo altrove, infastidito dalla domanda o spaventato dalla possibile risposta.

2. Che lo straniero, sia pure irregolare o clandestino, debba godere dei diritti costituzionali fondamentali è fuori discussione, tali e tante sono le strategie argomentative messe in campo dalla dottrina e dalla Corte costituzionale convergenti in tal senso⁷.

Ricorrendo all'argomento testuale, è agevole rilevare come la garanzia dell'*habeas corpus* inclusiva della riserva di giurisdizione (art. 13 Cost.), il diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e, più in generale, la tutela giurisdizionale (artt. 111 e 113 Cost.) non siano circoscritte ai soli «cittadini».

Non diverso è l'approdo ermeneutico se davanti al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) non ci si ferma al mero dato letterale, mettendolo semmai in rete con il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) e con il vincolo alla legge di disciplinare la condizione giuridica dello straniero in conformità alle norme ed ai trattati internazionali (art. 10, comma 2, Cost.): la differenza tra cittadino e straniero viene meno, trattandosi di assicurare eguale garanzia a diritti qualificabili come fondamentali⁸.

Ad esito analogo conduce pure la tesi dell'art. 2 Cost. quale matrice di diritti inviolabili capaci di imporsi per segni certi nell'ordinamento: tale articolo

territorio italiano, ex art. 1, comma 1, D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* [d'ora in poi t.u. imm.]. Per la definizione, all'interno di tale categoria, delle differenti figure di regolare, irregolare, clandestino, asilante, cfr. E. ROSI, *Regolari, irregolari, clandestini. Le novità del testo sull'immigrazione*, in *D&G*, 2002, fasc. 3, 11 ss.

⁷ L'antologia di tali strategie e della loro recezione nella giurisprudenza costituzionale è frequente in dottrina: *ex plurimis*, F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, 1995, fasc. 3, 441 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, 72 ss. G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova 1992, 221 ss.; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. discipl. pubbl.*, XV, Torino, 2000, 162-170; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, fasc. 2, 203 ss.; S. SICARDI, *L'immigrato e la Costituzione. Note sulla dottrina e sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.* 1996, IV, 313 ss.

⁸ Così, tra le altre, le sentenze nn. 120/1967, 104/1969, 46/1977, 198/2000.

«non può non essere implicitamente richiamato come norma di garanzia dei diritti umani operante anche nei confronti dello straniero»⁹.

Non basta. Facendo leva sull'esistenza di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, a tenore della quale i diritti fondamentali della persona devono essere garantiti a prescindere dall'appartenenza a determinate entità politiche, anche l'art. 10, comma 1, Cost. entra in gioco: il suo implicito rinvio a tale consuetudine, infatti, imporrebbe il divieto di «discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»¹⁰.

Inutile contrapporre a tutto ciò il richiamo alla cd. condizione di reciprocità, che indurrebbe a riconoscere l'estensione della titolarità dei diritti ai soli stranieri cittadini di Stati che ci assicurino eguale trattamento: contestata già in Assemblea costituente e isolata all'interno della giurisprudenza costituzionale, tale tesi rovescia la prospettiva costituzionale personalistica in un pericoloso organicismo di ritorno, riducendo le persone e la loro individualità a soldatini di piombo nelle mani delle sovranità statali¹¹. E trovo per questo molto grave che di tale teoria il testo unico sull'immigrazione rechi ancora traccia¹².

Dunque, tutte le strade portano a Roma, dove Roma è la titolarità in capo allo straniero dei diritti costituzionali fondamentali. La «reticenza della Corte»¹³ a chiarire quali siano i criteri cui ricorre per includerne (o escluderne) taluni non impedisce, tuttavia, di poter affermare con certezza una cosa: il diritto alla difesa e la garanzia della riserva di giurisdizione, come più in generale la tutela giurisdizionale, rientrano sicurissimamente nel novero delle garanzie costituzionali di cui lo straniero, qualunque sia la sua condizione, è titolare. In merito, davvero, la giurisprudenza costituzionale è inequivoca.

Con riferimento alla riserva di giurisdizione, la Consulta esplicitamente nega che «le garanzie dell'art. 13 Cost. subiscano attenuazioni rispetto agli

⁹ Sentenza n. 199/1986, ma già in tal senso la sentenza n. 120/1967.

¹⁰ Così, con riferimento alla sentenza n. 306/2008 - richiamata insieme alle decisioni nn. 224, 281 e 432/2005 - A. DEFFENU, *La condizione giuridica dello straniero nel "dialogo" tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, Relazione provvisoria al Convegno del "Gruppo di Pisa" (Lecce, 19-20 giugno 2009), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, nota 21 a p. 6 del dattiloscritto.

¹¹ Cfr. L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, L'Aquila, 2008, 27-28. L'isolata sentenza n. 11/1968, peraltro, escludeva l'operatività della condizione di reciprocità almeno nei casi di stranieri cittadini di Stati che non garantiscano l'effettivo esercizio delle libertà democratiche.

¹² Il riferimento è all'art. 21, comma 1, laddove prevede «restrizioni numeriche all'ingresso di lavoratori di Stati che non collaborano adeguatamente nel contrasto dell'immigrazione clandestina o nella riammissione dei propri cittadini destinatari di provvedimenti di rimpatrio». Collocando in tal modo gli Stati (e non le persone) al centro del problema migratorio, si finisce per far «pagare doppiamente» allo straniero la sventura delle proprie origini: così L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, fasc. 2, 16-17 nota 26.

¹³ F. CERRONE, *Identità civica*, cit., 450.

stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti» (sentenza n.105/2001). Altrettanto espressamente la Corte costituzionale ha riconosciuto allo straniero, anche se irregolare o clandestino, il pieno esercizio del diritto di difesa con riferimento alla garanzia del contraddittorio, all'assistenza linguistica, al gratuito patrocinio, al reingresso in Italia per partecipare al processo penale, ai giudizi di convalida relativi ai provvedimenti espulsivi ed alle relative modalità di esecuzione¹⁴. Quanto, più in generale, alla tutela giurisdizionale, «il diritto a un riesame del provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non soltanto agli stranieri che soggiornano legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale» (sentenza n.198/2000).

Entro questa salda cornice costituzionale trovano legittima collocazione le tante fonti, interne e transnazionali, che sanciscono tali diritti e tali garanzie a favore dell'immigrato extracomunitario, anche soggiornante illegalmente nel nostro Paese: a cominciare dal testo unico sull'immigrazione, che riconosce la titolarità dei diritti fondamentali allo straniero «comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato» ed include, tra questi, la «parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi»¹⁵.

Dunque, quanto alla tutela giurisdizionale, non esiste un problema di titolarità formale per lo straniero.

3. Il problema, semmai, è l'effettivo godimento del diritto alla tutela giurisdizionale di cui lo straniero è formalmente titolare. Come si vedrà, infatti, il suo pieno esercizio talvolta è negato *de facto*, in ragione delle modalità esecutive delle misure di allontanamento, altre volte *de jure*, a causa di una disciplina legislativa omissiva o carente.

Questa distinzione tra *titolarità* ed *effettivo godimento* rispetto alle garanzie giurisdizionali, che finisce per differenziare la condizione dello straniero da quella di cittadino, non ha pregio sul piano costituzionale: cercherò di dimostrarlo più avanti¹⁶. Fin da subito, invece, è necessario chiarire come essa trovi semmai la sua autentica giustificazione sul diverso piano della politica del diritto in materia di immigrazione. Dove, per dirla tutta, il godimento pieno delle garanzie in cui si articola la tutela giurisdizionale *non può che essere deliberatamente precluso* allo straniero.

¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 50/1972; 492/1991; 10/1993; 198 e 227/2000; 105/2001; 257/2004.

¹⁵ Così l'art. 2, commi 1 e 5. Cfr. anche l'art. 13 del Patto internazionale sui diritti civili e politici stipulato a New York il 19 dicembre 1966 (ratificato e reso esecutivo con L. 25 ottobre 1977, n. 881), nonché l'art. 1 del Protocollo n. 7 alla CEDU adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 (ratificato e reso esecutivo con L. 9 aprile 1990, n. 98).

¹⁶ Cfr. § 11.

Dimostrare l'assunto è agevole. La complessa stratificazione normativa che caratterizza l'ordinamento di polizia degli immigrati, infatti, risponde ad un fine che tutto concepisce ed ha una fine che tutto ricomprende: assicurare l'allontanamento dello straniero (irregolare o clandestino) dal territorio statale, il prima possibile e preferibilmente in forma coattiva.

E' questa la stringa che lega insieme i tanti tasselli normativi che compongono la legislazione vigente in materia di espulsione e respingimento. Passiamoli in rassegna, come elementi di prova di quanto affermato.

4. Alcune prove sono evidenti.

Prima su tutte la bulimia nel ricorso alla misura dell'espulsione, declinata nel testo unico sull'immigrazione in tutte le sue possibili ed immaginabili varianti giuridiche. Quanto ai soggetti che possono disporla: ministeriale, prefettizia, giudiziale (incluso ora anche il giudice di pace). Quanto alla sua natura giuridica: espulsione quale misura di sicurezza o misura di prevenzione, espulsione a titolo di sanzione alternativa o di sanzione sostitutiva alla detenzione, infine quale causa di non procedibilità. Quanto alle finalità perseguite attraverso il meccanismo espulsivo: motivi di prevenzione del terrorismo¹⁷, tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza dello Stato¹⁸, tutela della regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale¹⁹, tutela dei beni giuridici lesi o messi a repentaglio da condotte penalmente rilevanti dello straniero espulso²⁰, ragioni connesse ad esigenze di deflazione carceraria²¹. Insomma, siamo davanti ad una fornitissima cassetta degli attrezzi²² sempre pronta all'uso: non resta che l'imbarazzo della scelta.

C'è una seconda prova evidente: l'accompagnamento coattivo elevato a regola per l'esecuzione dell'allontanamento dello straniero. Tra le modalità

¹⁷ Il riferimento è all'espulsione disposta dal Ministro dell'Interno o, se delegato, dal prefetto ai sensi dell'art. 3, D.l. 27 luglio 2005, n. 144, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, convertito con modificazioni nella L. 31 luglio 2005, n. 155.

¹⁸ Questa la finalità dell'espulsione ministeriale *ex art. 13, comma 1* e dell'espulsione prefettizia a titolo di misura di prevenzione *ex art. 13, comma 2 lett. c)*.

¹⁹ E' l'obiettivo delle espulsioni amministrative prefettizie *ex art. 13, comma 2, lett. a) e b)*, come pure dei provvedimenti di respingimento *ex art. 10*.

²⁰ Finalità perseguita dalle espulsioni disposte dall'autorità giudiziaria a titolo di misura di sicurezza (*ex art. 15*) e a titolo di sanzione alternativa (*ex art. 16, comma 5*).

²¹ Questa la ragione di fondo dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva (*ex art. 16, comma 1*).

²² In un passato recente l'elenco includeva anche l'espulsione come misura di favore a richiesta dello straniero (*ex art. 8, D.l. 14 giugno 1993, n. 187, Nuove misure in materia di trattenimento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*) e l'espulsione per mancata esibizione ingiustificata di documenti (*ex art. 2, comma 5, D.l. 20 marzo 1997, n. 60, Interventi straordinari per fronteggiare l'eccezionale afflusso di stranieri extracomunitari provenienti dall'Albania*).

possibili, la scelta non è caduta sul foglio di via obbligatorio²³, né sull'intimazione a lasciare il territorio nazionale entro una certa data²⁴, bensì sul ricorso alla forza pubblica che preleva lo straniero e lo accompagna al valico di frontiera. Il motivo dell'opzione è evidente: garantire il massimo di effettività possibile al provvedimento espulsivo, anche al costo di una coercizione della libertà personale dell'immigrato.

Una terza prova sta tutta negli incontrollati *tic* linguistici riscontrabili all'interno del testo unico sull'immigrazione, chiarissimi nel rivelare l'intenzione profonda del legislatore. Qualche esempio? L'affermazione, tanto perentoria quanto tutta declamatoria, secondo cui il decreto espulsivo è «*in ogni caso* disposto con decreto [...] *immediatamente esecutivo*», anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato²⁵. Il fraseggio che descrive l'ipotesi di espulsione a titolo di misura di sicurezza come fosse un automatismo quando, invece, presuppone necessariamente un accertamento, caso per caso, della pericolosità sociale del soggetto con decreto motivato del giudice²⁶. La rinnovata denominazione dei centri di trattenimento - introdotta addirittura mediante decretazione d'urgenza pur in assenza palese dei relativi presupposti costituzionali²⁷ - ora di «*identificazione ed espulsione*», quasi a scolpirne sullo

²³ Che sopravvive illegittimamente nel regolamento di attuazione del testo unico sull'immigrazione: cfr. l'art. 12, comma 3, D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394.

²⁴ La recentissima L. n. 94 del 2009, novellando l'art. 14, comma 5-*bis*, t.u. imm., ha ricondotto alla regola dell'accompagnamento coattivo alla frontiera anche l'ipotesi dello straniero non più trattenuto presso un CIE (art. 1, comma 22, lett. *m*): in precedenza, in simili casi si procedeva secondo la modalità dell'intimazione a lasciare il territorio entro 5 giorni.

Resiste ancora l'ipotesi dello straniero che, titolare di un permesso di soggiorno scaduto e non rinnovato, riceve l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro 15 giorni. Ma anche in questo caso, si ritorna alla regola dell'accompagnamento coattivo alla frontiera disposto dal questore, «qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che [lo straniero] si sottragga all'esecuzione del provvedimento» (così l'art. 13, comma 5, t.u. imm.).

²⁵ Così l'art. 13, comma 3: il che non corrisponde sempre al vero. Il trattenimento presso i CIE si spiega, infatti, con la impossibilità di dare immediata esecuzione a tutti i provvedimenti espulsivi. Così come le numerose fattispecie di reato collegate al soggiorno o al reingresso illeciti, surrogano una mancata espulsione amministrativa operando come minaccia mirante ad irrobustire l'intimazione a lasciare obbligatoriamente il territorio nazionale rivolta allo straniero. Lo conferma, infine, la prassi seguita dagli Uffici di Immigrazione che, in luogo di un decreto di espulsione eseguito coattivamente, ricorrono più frequentemente allo strumento dell'ordine di espulsione con intimazione a lasciare il territorio entro un termine stabilito, *ex art. 14, comma 5-bis* che, peraltro, non richiede alcun controllo giurisdizionale (cfr. G. PERIN, *Riserva di giurisdizione ed effettività della difesa nella nuova disciplina dell'accompagnamento immediato alla frontiera degli stranieri*, in *Giur. cost.*, 2003, 556 nota 7). Quella della immediata esecutività dell'allontanamento è, dunque, una scelta tutta ideologica che si rivela alla resa dei conti fasulla perché non sempre praticabile.

²⁶ L'osservazione è di G. AMATO, *Cittadini europei allontanabili dal territorio*, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 32, 87.

²⁷ Art. 9, D.l. 23 maggio 2008, n. 92, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, convertito in L. 24 luglio 2008, n. 125.

stipite d'ingresso il destino segnato dei loro reclusi. Infine il rincorrersi ossessivo, quasi compulsivo, all'interno del testo unico di parole come «*espulsione*», «*respingimento*», «*allontanamento*», «*rimpatrio*».

5. Altre prove, invece, sono meno evidenti ma egualmente significanti.

Innanzitutto il ricorso alla leva penale per assicurare effettività ai meccanismi di allontanamento, attraverso la creazione di una costellazione di reati collegati alla violazione delle regole sull'ingresso e il soggiorno legale nel territorio dello Stato: inosservanza del divieto di reingresso, ingiustificata permanenza dello straniero espulso, reiterazione del reato di illegale reingresso²⁸. Reati «marcatamente artificiali»²⁹, perché posti non a tutela di beni giuridici costituzionalmente rilevanti, semmai «in funzione sussidiaria»³⁰ ai provvedimenti connessi all'allontanamento dello straniero, secondo una logica di asservimento del diritto penale all'attività amministrativa. Reati che, anche in ragione della loro sproporzionata dosimetria sanzionatoria frutto di progressivi inasprimenti edittali, configurano un *unicum* normativo, come la sentenza costituzionale n. 22/2007 ha dovuto ammettere riconoscendo l'inesistenza di fattispecie di reato comparabili: incollando così sull'ordinamento penale dello straniero l'etichetta di ordinamento speciale³¹. Reati capaci di mettere in moto una «spirale detentiva»³² che vede l'immigrato recluso ora in un CIE in attesa dell'espulsione (amministrativa o a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa) ora in un carcere dove, anche in ragione di tale ragnatela normativa, oramai la sua popolazione è composta per un terzo da detenuti stranieri. E' un reticolato di fattispecie penali dove la minacciata restrizione carceraria mira alla forzata collaborazione dell'immigrato nel rendere effettivo l'ordine di allontanamento del questore e nel rendere duraturi gli effetti dell'avvenuta espulsione o dell'avvenuto respingimento.

Non dissimile è il ruolo di taluni meccanismi processuali penali, contemplati nel testo unico sull'immigrazione, anch'essi integralmente piegati alle superiori esigenze dell'allontanamento dello straniero. La scelta dell'arresto obbligatorio (anche non in flagranza di reato) ed il conseguente rito direttissimo (a prescindere dalla sussistenza o meno di un'evidenza probatoria) per lo straniero

²⁸ Art. 13, comma 13 e 13-bis; art. 14, comma 5-ter, 5-quater, t.u. imm.

²⁹ A. CAPUTO, *Obiettivo. Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto. Prove di diritto speciale*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, fasc. 2, 32, nonché – con maggiore analiticità – ID., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, 171-172 e 180-181.

³⁰ C. RENOLDI -G. SAVIO, *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, fasc. 3-4, 25.

³¹ Se ne accorge acutamente G. SAVIO, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle leggi?*, in *Dir. imm. citt.*, 2007, fasc. 1, 83.

³² L'espressione è di I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*, in www.costituzionalismo.it, 2006, fasc. 3, 24.

che abbia violato i divieti penali di reingresso nel territorio nazionale³³. L'incredibile previsione di un rilascio tacito (attraverso un meccanismo di silenzio-assenso più veloce della luce: 7 giorni) del nullastato giudiziario, necessario all'espulsione amministrativa dello straniero sottoposto a procedimento penale³⁴. L'obbligo gravante sul giudice di comunicare tempestivamente al questore il provvedimento cautelare o di condanna assunto nei confronti dello straniero, al fine di «consentire [...] l'esecuzione dell'espulsione subito dopo la cessazione del periodo di custodia cautelare o di detenzione»³⁵. La sentenza di non luogo a procedere che il giudice pronuncia nei confronti dell'imputato straniero non ancora rinviato a giudizio, una volta acquisita la prova della sua avvenuta espulsione³⁶. Sono tutti ingranaggi processuali che segnano «il primato dell'interesse al contenimento delle presenze irregolari» sulle esigenze della difesa e della stessa pretesa punitiva dello Stato³⁷, collocando così il rito penale «in una dimensione di strumentalità rispetto all'esecuzione dell'espulsione amministrativa»³⁸.

Anche alcune recentissime novità normative veicolate attraverso le (per ora) ultime due leggi in materia - la n. 125 del 2008 e la n. 94 del 2009 - svolgono una specifica funzione giuridica di presidio ai meccanismi di allontanamento dello straniero. Vale per i reati di falso identitario di nuovo conio o per l'inasprimento edittale di quelli già in vigore³⁹: è una stretta sanzionatoria mirante a prevenire condotte diffuse tra gli immigrati clandestini che ostacolano il perfezionarsi delle relative procedure espulsive. Vale per la già citata aggravante di clandestinità,

³³ Così la novella dell'art. 13, comma 13-ter, t.u. imm., in riferimento ai reati di cui all'art. 13, comma 13 e 13-bis: la modifica si deve al D.l. 14 settembre 2004, n. 241, *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione*, convertito con modificazioni nella L. 12 novembre 2004, n. 271.

³⁴ Il meccanismo (introdotto dalla L. 30 luglio 2002, n. 189, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*) riguarda lo straniero imputato, non sottoposto a custodia cautelare e non ancora rinviato a giudizio: art. 13, comma 3, t.u. imm. Prima della successiva novella introdotta dal D.l. n. 92 del 2008, erano 15 i giorni necessari per il perfezionarsi del silenzio-assenso.

³⁵ Art. 15, comma 1-bis, t.u. imm.

³⁶ Art. 13, comma 3-quater, t.u. imm.

³⁷ Come dimostrano, con sontuosa capacità argomentativa, sia L. PARLATO, *Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un «giusto processo minore»?», in Cass. pen., 2004, 346 ss., che S. CARNEVALE, *Stranieri al processo: meccanismi di esclusione e accertamento penale*, in O. GIOLO – M. PIFFERI (a cura di), *Diritti contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, 2009, 111 ss, (p. 122 per la citazione).*

³⁸ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale*, cit., 323.

³⁹ Il riferimento è all'inedito reato di «fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali» (art. 495-ter c.p.), all'ampliamento della fattispecie di «falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri» (art. 495 c.p.), all'inasprimento sanzionatorio del reato di «false dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri» (art. 496 c.p.).

introdotta all'art. 61, n. 11-*bis* del codice penale, cui consegue in automatico l'impossibilità per lo straniero di ottenere il beneficio della sospensione dell'esecuzione penale: la sua vicenda è così indirizzata lungo il binario morto della successiva espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa. Vale anche per il nuovo reato di ingresso e di soggiorno illegali, di cui al legislatore interessa la sanzione sostitutiva dell'espulsione giudiziale e non certo la pena, realisticamente inesigibile e del tutto priva di efficacia deterrente, dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro⁴⁰. Vale, infine, per il prolungamento fino a 6 mesi del trattenimento dello straniero presso i CIE, misura utile a centrare tre bersagli con un colpo solo: costringere per sfinimento lo straniero a declinare le proprie generalità necessarie al suo allontanamento⁴¹, assicurarsi la disponibilità fisica del trattenuto per tutto il tempo necessario ad ottenere la documentazione indispensabile alla sua espulsione, preservare l'effettività dell'allontanamento differito.

6. Se le leggi avessero un motto, quello del testo unico sull'immigrazione sarebbe, dunque, «*purché se ne vadano*»⁴². Ebbene, se tutto il corpo normativo spinge per l'allontanamento dell'immigrato irregolare e clandestino, il godimento pieno ed effettivo della tutela giurisdizionale *deve* stare fuori dall'orizzonte legislativo: perché è sabbia nel motore, bastone tra le ruote, ingranaggio capace di inceppare l'intero meccanismo.

Il legislatore lo sa bene e norma di conseguenza, costruendo volta a volta soluzioni che forzano fino al limite (e oltre) la tutela giurisdizionale dello straniero. E lo fa in nome di una perenne emergenza immigratoria di cui troviamo impronte profonde sul terreno del sistema delle fonti normative: continuo, infatti,

⁴⁰ Lo riconosce programmaticamente il Ministro degli Interni Maroni: cfr. XVI Legislatura, Resoconto stenografico del Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione, Audizione del 15 ottobre 2008, p. 4. Lo conferma il Sottosegretario agli Interni Mantovano: «Il reato è funzionale a rendere effettive le espulsioni, non prevede sanzione detentiva, si estingue con l'espulsione» (L. MILELLA, *Immigrati respinti, la Chiesa accusa "Così si violano i diritti umani"*, ne *la Repubblica*, 9 maggio 2009). Lo suggella il previsto divieto legislativo di oblazione della pena pecuniaria.

⁴¹ Lasciamo parlare sul punto il Ministro Maroni: «Voi ricorderete che quando i CIE sono stati introdotti dall'allora Ministro dell'Interno Giorgio Napolitano la permanenza era limitata ad un mese, quando è stata raddoppiata sono più che raddoppiati i casi di identificazione. Ciò è avvenuto perché se si ha la prospettiva di dover rimanere nei centri un mese si resiste, due mesi è già più difficile, mentre credo che nessuno possa pensare di non farsi riconoscere e resistere per 18 mesi» (*ibidem*, p. 16). 18 mesi, infatti, era la misura originariamente contemplata dal disegno di legge AS n. 773 di iniziativa governativa.

⁴² Prendo a prestito l'espressione incontrata leggendo A. CASADONTE – P.L. di BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera e il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza. Garanzie minime e incertezze delle divergenti vie del controllo giurisdizionale. Conseguenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Dir. imm. citt.* 2002, fasc. 2, 40.

è il ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza⁴³, così come assordante è la raffica ininterrotta di ordinanze del Presidente del Consiglio dichiarative dello stato di emergenza sul territorio nazionale, sempre giustificate con il richiamo alla necessità di proseguire «le attività di contrasto all'eccezionale afflusso di cittadini stranieri extracomunitari giunti irregolarmente in Italia»⁴⁴.

In questa condizione ordinamentale tenuta continuamente sotto *stress*, dalla Corte costituzionale ovviamente ci si aspettano interventi tutti interni ad una logica di “compatibilità” con la cornice descritta, massimamente rispettosi della discrezionalità legislativa. Quando, invece, il Giudice delle leggi pronuncia o è sollecitato a pronunciare decisioni ispirate ad una politica istituzionale di riduzione del danno (costituzionale), la contro-reazione è immediata. Qualche esempio?

Il primo è l'incredibile richiesta di azione disciplinare (poi archiviata dal CSM il 9 gennaio 2002) nei confronti dei giudici *a quibus* milanesi che, per primi, eccepirono l'illegittimità della legge Napolitano-Turco proprio per le sue gravi carenze in materia di tutela giurisdizionale dello straniero: iniziative dalle quali scaturì poi la fondamentale sentenza n. 105/2001. L'attivazione del meccanismo dell'incidente di costituzionalità e gli effetti della sospensione necessaria dei giudizi principali divennero così – secondo le “accuse” – atti abnormi «connotati da violazione di legge o errore macroscopico» perché disapplicativi di «una legge destinata a mantenere comunque efficacia e validità fino all'eventuale declaratoria di illegittimità», colpevoli di aver equiparato erroneamente extracomunitari e cittadini, responsabili soprattutto della «circolazione sul territorio di numerosi clandestini non ancora identificati, rendendo oggettivamente

⁴³ Se ne contano almeno sedici: D.l. 3 dicembre 1989, n. 416; D.l. 13 aprile 1993, n. 107; D.l. 14 giugno 1993, n. 187; D.l. 18 novembre 1995, n. 489; D.l. 18 gennaio 1996, n. 22; D.l. 19 marzo 1996, n. 132; D.l. 17 maggio 1996, n. 269; D.l. 16 luglio 1996, n. 367; D.l. 13 settembre 1996, n. 477; D.l. 20 marzo 1997, n. 60; D.l. 4 aprile 2002, n. 51; D.l. 14 settembre 2004, n. 241; D.l. 1 novembre 2007, n. 181; D.l. 29 dicembre 2007, n. 249; D.l. 23 maggio 2008, n. 92; D.l. 23 febbraio 2009, n. 11.

⁴⁴ Base legale di simili ordinanze è sempre l'art. 5, L. 24 febbraio 1992, *Istituzione del servizio nazionale della protezione civile*, vero e proprio *passpartout* ordinamentale: cfr., salvo omissioni, le ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3242 del 6 settembre 2002, n. 3244 del 1 ottobre 2002, n. 3262 del 31 gennaio 2003, n. 3287 del 23 maggio 2003, n. 3298 del 3 luglio 2003, n. 3326 del 7 novembre 2003, n. 3361 dell'8 luglio 2004, n. 3417 del 24 marzo 2005, n. 3425 del 20 aprile 2005, n. 3476 del 2 dicembre 2005, n. 3506 del 23 marzo 2006, n. 3551 del 9 novembre 2006, n. 3559 del 27 dicembre 2006, n. 3576 del 29 marzo 2007, n. 3603 del 30 luglio 2007, n. 3620 del 12 ottobre 2007, n. 3631 del 23 novembre 2007, n. 3661 del 19 marzo 2008, n. 3669 del 17 aprile 2008, n. 3703 del 12 settembre 2008, fino al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 dicembre 2008 (in *G.U.* n. 1 del 2 gennaio 2008) che proroga lo stato di emergenza nel territorio nazionale a tutto il 31 dicembre 2009.

Lo strumento è davvero inflazionato: si vedano anche le ordinanze nn. 3676, 3677 e 3678 del 2008 giustificate con il richiamo ad una presunta emergenza nei campi nomadi, segnalate da F. BIONDI DAL MONTE – V. CASAMASSIMA, *Immigrazione e sicurezza, tra criminalizzazione e garanzia dei diritti*, in S. PANIZZA – R. ROMBOLI (a cura di), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Padova, 2009, 47.

impossibile la loro espulsione»⁴⁵. Ora come allora, le parti processuali che prospettano al giudice di pace la richiesta di eccepire la dubbia costituzionalità del nuovo reato di immigrazione clandestina sono egualmente accusati di mettere così «sotto scacco le istituzioni preposte a legiferare», attraverso un meccanismo incidentale il cui «abuso sta svuotando la potestà sovrana del Parlamento»⁴⁶.

Il secondo esempio concerne i seguiti legislativi delle sentenze con le quali la Corte costituzionale è intervenuta, anche attraverso lo strumento dell'accoglimento, imponendo il ripristino di una tutela giurisdizionale degna di questo nome. Incurante dei moniti e degli interventi di ortopedia normativa prospettati e talvolta imposti dalla giurisprudenza costituzionale, il legislatore ordinario ha il più delle volte continuato lo «svuotamento di ogni effettività dei diritti dello straniero»⁴⁷ sul piano delle garanzie giurisdizionali, sempre avvertite come pietra d'inciampo. E' successo, ad esempio, dopo la sentenza n. 105/2001⁴⁸. Si è ripetuto dopo la sentenza n. 222/2004⁴⁹. E' accaduto ancora dopo la sentenza n. 223/2004⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. *L'incredibile pratica relativa alle ordinanze del Tribunale di Milano sulla legge Turco-Napolitano in tema di immigrazione*, in <http://magistraturademocratica.it/node/199>.

⁴⁶ Le citazioni testuali sono prese dall'articolo (uno, tra i tanti del medesimo tenore) di M. MION, *Cari magistrati sono gli italiani a volere il reato di clandestinità*, ne *Il Giornale*, 28 settembre 2009.

⁴⁷ I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero*, cit., 36.

⁴⁸ La sentenza n. 105/2001, attenendosi al *thema decidendum* delle relative ordinanze di rinvio, riconosce la possibilità per il giudice di convalidare, in unica sede, sia il provvedimento di trattenimento nel centro sia il presupposto provvedimento (temporaneamente ineseguibile) di accompagnamento coattivo alla frontiera. Per difetto di rilevanza, la Corte non poteva pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di un provvedimento di *immediata* espulsione da eseguirsi mediante accompagnamento coattivo alla frontiera, per il quale il testo unico sull'immigrazione non contemplava alcuna convalida giurisdizionale benché la misura incidesse – come espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale - sulla sfera della libertà personale dello straniero. Il monito era chiaro: se proposta ritualmente, una simile eccezione d'incostituzionalità avrebbe avuto «un esito scontato» (V. ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, fasc. 1, 72).

La lacuna viene colmata dal governo mediante il D.l. 4 aprile 2002, n. 51, *Disposizioni urgenti recanti misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzia per soggetti colpiti da provvedimenti di accompagnamento alla frontiera*. Ma il nuovo art. 13, comma 5-bis t.u. imm. così introdotto (che peraltro prevedeva la convalida ad opera del Procuratore della Repubblica, opportunamente sostituito in sede di conversione con il Tribunale in composizione monocratica) eludeva un'effettiva tutela giurisdizionale: confermata infatti l'immediata esecutività del provvedimento espulsivo, il giudizio di convalida si svolgeva senza contraddittorio e in assenza dello straniero già espulso. Inevitabile, quindi, la sua successiva declaratoria d'incostituzionalità intervenuta con sentenza n. 222/2004 (vedi infra nota 49).

⁴⁹ La sentenza n. 222/2004 dichiara l'incostituzionalità dell'art. 13, comma 5-bis, t.u. imm. (novellato dalla legge Bossi-Fini) «nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa». Ne segue il D.l. 14 settembre 2004, n. 241,

Il terzo esempio è, a suo modo, particolarmente sconcertante. Testimonia di come sia ormai radicata la convinzione che garantire una tutela giurisdizionale allo straniero sia un lusso ingiustificato. E di come tale convincimento venga alimentato e irrobustito attraverso gli strumenti delle scienze sociali, dietro la falsa neutralità di cifre e dati statistici. La più recente testimonianza di ciò è offerta dalla indagine sociologica di Marzio Barbagli, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, dove si scarica sulla sentenza n. 222/2004 della Corte costituzionale la responsabilità di aver inceppato l'altrimenti efficiente meccanismo espulsivo della legge Bossi-Fini⁵¹. Non è un caso isolato: anni fa, ragionando sui possibili rimedi

Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, che ridefinisce nei termini oggi in vigore la tutela giurisdizionale nei confronti degli stranieri per i quali sia stato disposto l'esecuzione coattiva del provvedimento espulsivo.

Il decreto verrà emendato in sede di conversione (avvenuta con L. 14 settembre 2004, n. 271) modificando radicalmente la competenza giurisdizionale in materia espulsiva: «Il significativo aggravio del carico di lavoro, che l'introduzione della udienza di convalida dell'accompagnamento alla frontiera comporta, ha consigliato una complessiva rimeditazione della competenza, attribuendo l'intera materia della convalida dell'accompagnamento e del trattenimento, nonché del reclamo avverso il decreto di espulsione, al giudice di pace, e liberando conseguentemente da tale incombenza il tribunale» (così la relazione al ddl AS 3107 di conversione). Ovviamente è un pretesto: la convalida giudiziaria dell'esecuzione coattiva dell'espulsione era già presente nell'ordinamento *prima* della sentenza n. 222/2004 (vedi *supra* nota 48) che, semmai, imponeva di ridefinirla secondo una scansione più coerente con l'art. 13 Cost. (nei tempi, nella garanzia del contraddittorio, nelle conseguenze in caso di mancata convalida). Quella che il ddl descrive quasi come una nuova e seccante «incombenza» da cui liberare il tribunale altro non è, in realtà, che la traduzione procedurale dei principi costituzionali affermati dalla Corte costituzionale (come giustamente osservano A. CAPUTO – L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, fasc. 3, 20 nota 18).

⁵⁰ La sentenza n. 223/2004 dichiara l'incostituzionalità di uno dei meccanismi più irrazionali introdotti dalla legge Bossi-Fini: la misura dell'arresto obbligatorio in flagranza per il reato di inottemperanza all'ordine del questore, punito con la reclusione da 6 mesi a 1 anno (art. 14, comma 5-*quinquies*, t.u. imm.). Trattandosi di un reato contravvenzionale, per di più sanzionato con una pena detentiva di gran lunga inferiore a quella per cui il codice di rito penale ammette la possibilità di disporre misure cautelari o coercitive, l'esito automatico ed inevitabile non poteva che essere, in sede di convalida dell'arresto, l'immediata liberazione dello straniero: l'arresto obbligatorio previsto dalla disposizione impugnata, oltre che inutile (perché comunque il procedimento amministrativo espulsivo «seguirebbe il suo corso a prescindere dall'arresto dello straniero»), «è dunque privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, è una misura fine a se stessa [...] e non trova alcuna copertura costituzionale», come si legge in sentenza, che lo annulla.

La reazione del legislatore è livida: sarà la L. 14 settembre 2004, n. 271, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione*, pur lasciando inalterata la fattispecie di reato, a trasformarne la natura (da contravvenzione a delitto) e ad inasprirne la pena (raddoppiandola nel minimo e quadruplicandola nel massimo) in modo da consentire l'adozione di misure cautelari nei confronti dello straniero arrestato. Qui, il seguito legislativo non è solo una sconfessione della *ratio decidendi* della sentenza n. 223/2004, ma ha tutti i tratti della ritorsione.

⁵¹ M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008, 128-129. Altrove l'Autore punta ancora il dito accusatore contro la tutela giurisdizionale dello straniero, laddove mette in fila le tre ragioni che resero difficoltose le procedure di rimpatrio vigenti la L. 28 febbraio 1990, n. 39 (cd. Martelli): il possibile ricorso al TAR contro il provvedimento espulsivo, con automatica

all'ingresso continuo nel nostro territorio di immigrati (che, «specie se clandestini, sono *indubbiamente* più pericolosi degli italiani», come tiene a informarci, a giorni alterni, Luca Ricolfi⁵²) Giovanni Sartori avanzava la proposta «di far capo a una *fictio iuris*. Questa: che il clandestino non entra in Italia finché non viene ammesso legalmente. Fino a quel momento il fatto che i suoi piedi camminino sul suolo italiano non ha nessun rilievo giuridico. Fino a quel momento è come se non fosse in Italia»⁵³. Qui ad essere revocata allo straniero non è l'effettivo godimento ma, prima ancora, la stessa titolarità formale dei diritti costituzionali fondamentali. «*Diritti umani? Ma se quelli non sanno neanche di averli!*», chioserebbe Altan.

Sono tutti esempi di una *doxa* oramai dominante: la tutela giurisdizionale dello straniero come pietra d'inciampo, come incombenza da eludere perché d'intralcio alle espulsioni e ai respingimenti dal territorio nazionale, autentico *archè* dell'ordinamento di polizia dell'immigrazione irregolare e clandestina. Ecco perché, anche quando costretto ad intervenire sui meccanismi di garanzia, il legislatore ordinario si limita alla crosta della tutela giurisdizionale.

7.1. Andiamo allora ad individuare i “luoghi”, nei meccanismi di allontanamento dello straniero, dove la tutela giurisdizionale è carente o addirittura assente. E facciamo ricorso all'aiuto del terzo occhio, oltre che mettendo a valore la dottrina più vigile e i non pochi atti di promovimento del sindacato di costituzionalità.

Muoviamo dai casi più gravi, quelli dove una effettiva tutela giurisdizionale semplicemente *non esiste*. Accade per deliberata scelta legislativa: così nell'ipotesi, introdotta dal cd. decreto legge Pisanu⁵⁴, di espulsione ministeriale di extracomunitari anche regolari, per ragioni legate alla lotta contro il terrorismo. Pur rappresentando nella gestione del fenomeno immigratorio uno strumento parzialmente transitorio⁵⁵, ha sensibilmente aggravato il sistema

sospensione della sua esecutività; l'obbligo di nullaosta giudiziario, se lo straniero espellendo ha procedimenti penali pendenti; l'impossibilità di allontanare lo straniero se non si riesce a identificarlo (p. 97-102). Non stupisce, dunque, l'entusiasmo di Barbagli per la creazione – con la legge Napolitano-Turco – dei centri di detenzione amministrativa, luoghi dove trattenerlo lo straniero per identificarlo ed espellerlo: il problema semmai, a suo avviso, è che tali centri sono ancora troppo pochi come troppo breve è la durata della relativa detenzione amministrativa (p. 116 e 118).

⁵² L. RICOLFI, *Sicurezza, ultima illusione*, ne *La Stampa*, 15 maggio 2009 (corsivo aggiunto).

⁵³ G. SARTORI, *Clandestini, un rimedio c'è*, ne *Corriere della Sera*, 6 agosto 2001.

⁵⁴ Per i riferimenti normativi vedi *supra* nota 17. A commento della disciplina cfr. P. BONETTI, *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali*. IIa parte: *Il terrorismo nelle norme speciali e comuni in materia di stranieri, immigrazione ed asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2005, fasc. 4, 13 ss.; G. FRIGO, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 33, 76 ss.; I. PELLIZZONE, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la «normalizzazione dell'emergenza»*, in *Giur. cost.*, 2006, 1779-1789.

espulsivo dello straniero sotto il profilo della tutela giurisdizionale, qui davvero ridotta a mera lustra. I presupposti del provvedimento espulsivo (*ex art. 3, comma 1*), vaghi e assai prossimi a semplici sospetti, sono interamente rimessi alla discrezionalità del Ministro degli Interni⁵⁶. L'esecuzione del provvedimento è immediata, senza "intrafcio" alcuno: si deroga all'obbligo di richiedere il nullaosta giudiziario se lo straniero è sottoposto a procedimento penale, così come si esclude il trattenimento nei CIE e, con esso, il relativo giudizio di convalida (*ex art. 3, comma 2*)⁵⁷. Al prefetto è rimessa ogni valutazione sulla omissione, sospensione o revoca del provvedimento di espulsione (*ex art. 3, comma 3*)⁵⁸. Il ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo «in nessun caso può sospendere l'esecuzione del provvedimento» espulsivo (*ex art. 3, comma 4*), né tale esecuzione può essere sospesa in via cautelare dal giudice adito (*ex art. 3, comma 4-bis*). Le ragioni del segreto di Stato o le esigenze del segreto d'indagine prevalgono sul diritto alla tutela giurisdizionale giustificando (*ex art. 3, comma 5*) la sospensione, per almeno un biennio, del giudizio di legittimità eccitato dal ricorso dell'espulso.

Siamo in presenza di una «*gestione* della vicenda dell'allontanamento dello straniero» integralmente appaltata all'autorità amministrativa, dove non è *mai* previsto l'intervento di un giudice né per convalidare l'ordine di espulsione né per autorizzarne l'esecuzione coattiva (che pure è misura incidente sulla libertà personale), con «gravi problemi di tenuta delle garanzie relative al diritto di difesa e al ruolo costituzionale della giurisdizione»⁵⁹. A ciò si aggiunge il pericolo concreto che il rimpatrio forzato sia indirizzato verso paesi in cui l'espulso potrebbe essere esposto al rischio di gravi violazioni dei diritti umani, nonostante in simili casi debba valere il divieto assoluto di *refoulement*, cui anche l'Italia è vincolata⁶⁰.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 3, comma 6, del decreto legge Pisanu, le disposizioni di cui ai commi 2 e 5 – di cui si dirà subito nel testo - «si applicano fino al 31 dicembre 2007».

⁵⁶ La legge, infatti, non richiede che il soggetto sia stato condannato o accusato di un reato di natura terroristica: l'espulsione (oltre a poter essere disposta nei confronti di straniero appartenente ad una delle categorie indicate all'art. 18 della cd. legge Reale: L. 22 maggio 1975, n. 152, *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*) riguarda lo straniero «nei cui confronti vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali».

⁵⁷ E' una duplice deroga che finisce per «escludere qualsiasi intervento giurisdizionale nella fase esecutiva dei provvedimenti di allontanamento in esame» (A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale*, cit., 18).

⁵⁸ In tal modo «le valutazioni dell'esecutivo prevalgono su quelle dell'autorità giudiziaria» (M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2007, fasc. 4, 695).

⁵⁹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale*, cit., 286. Proprio l'assenza, nel meccanismo espulsivo illustrato, di garanzie giurisdizionali adeguate è alla base delle preoccupazioni espresse da *Amnesty International*, sia nel Rapporto 2008 che nel Rapporto 2009 su *La situazione dei diritti umani nel mondo*, nella sezione dedicata all'Italia.

All'attacco frontale del TAR Lazio contro tale meccanismo espulsivo, la Corte costituzionale ha risposto, in evidente affanno, con una decisione d'inammissibilità (per difetto di rilevanza e per carente premessa interpretativa) oltre che d'infondatezza⁶¹. Sentenza comunque significativa, laddove sembra suggerire ai giudici come un'anomalia degna di attenzione costituzionale la deroga di cui al citato art. 3, comma 4-*bis*, che costituisce – secondo la Consulta – «un'eccezione alla regola generale [...], in base alla quale è sempre esercitabile, ricorrendo i presupposti previsti dalla legge, il potere cautelare di sospensione da parte del giudice amministrativo adito per l'annullamento di un atto amministrativo». Anomalia tuttora rilevante, trattandosi di disposizione ancora oggi in vigore.

7.2. Di tutela giurisdizionale *assente* per scelta legislativa si deve parlare anche in entrambe le ipotesi di cd. respingimento differito alla frontiera⁶². Il primo caso è quello dello straniero privo dei requisiti per l'ingresso regolare che, riuscito a sottrarsi ai controlli della polizia di frontiera, viene fermato nel territorio dello Stato «all'ingresso o subito dopo». La seconda ipotesi è quella dello straniero che, presentatosi ai valichi di frontiera senza avere i requisiti per entrare nel territorio dello Stato, vi viene temporaneamente ammesso «per necessità di pubblico soccorso».

Nonostante i dubbi prospettati in dottrina⁶³, che il respingimento consista in un provvedimento amministrativo e non in una mera attività di polizia mi pare oramai certo: è il Regolamento CE n. 562/2006 a chiarirlo una volta per tutte⁶⁴. E

⁶⁰ *Ex* art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato (ratificata e resa esecutiva con L. 24 luglio 1954, n. 772) ed art. 3 CEDU (ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848) così come interpretato da consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Non a caso il Comitato ONU contro la tortura, nelle sue osservazioni conclusive rese note il 18 maggio 2008, ha raccomandato che l'Italia si attenga totalmente al divieto di *refoulement*, esprimendo «particolare preoccupazione» per il meccanismo espulsivo introdotto dal cd. decreto Pisanu.

⁶¹ Sentenza n. 432/2007, ora ripercorsa da P. BONETTI, *Trattamento giuridico dello straniero e disciplina dell'immigrazione*, in V. ONIDA - B. RANDAZZO, *Viva vox constitutionis*, Milano 2008, 339-342.

⁶² Contemplate all'art. 10, comma 2, lett. *a*) e *b*), t.u. imm.. Il comma 1 disciplina invece l'ipotesi di respingimento immediato alla frontiera dello straniero privo dei requisiti richiesti dal D. Lgs. n. 286 del 1998 per l'ingresso nel territorio dello Stato.

⁶³ Cfr. S. APA, *Il respingimento dello straniero in frontiera. Questioni formali sulle modalità anche alla luce degli accordi di Schengen*, in *Gli Stranieri*, 1998, 267; G. BASCHERINI, *Immigrazione*, in *Encicl. giur. it.*, Roma, 2000, 7; M. L. MADDALENA, *Espulsione dello straniero imputato*, in *Giust. pen.*, 2003, 177; G. PIAZZA, *Rimedi giustiziali e giurisdizionali avverso i provvedimenti amministrativi adottati nei confronti degli stranieri ai sensi del D. Lgs. n. 286 del 1998. Profili giurisprudenziali*, in *Gli Stranieri*, 2002, 115.

⁶⁴ «Il respingimento può essere disposto *solo* con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise»: art. 13, comma 2, Regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un *Codice comunitario relativo al regime di*

che «le persone respinte [abbiano] il diritto di presentare ricorso» disciplinato conformemente alla legislazione nazionale, è sempre lo stesso regolamento comunitario a dirlo, precisando che «l'avvio del procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo sul provvedimento di respingimento»⁶⁵.

E' il questore a ordinare il respingimento, sia esso immediato o differito. In quest'ultimo caso, però, la sua esecuzione richiede un apposito provvedimento che disponga l'accompagnamento forzato alla frontiera dal luogo del territorio fin dove lo straniero si era spinto o dal centro dove era stato soccorso. E' da queste modalità esecutive che nascono i problemi sul versante della tutela giurisdizionale.

A livello di legislazione ordinaria, infatti, «nulla si prevede espressamente in ordine al ricorso contro il provvedimento di respingimento differito con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore»⁶⁶. La ragione è semplice: sia per il legislatore della Napolitano-Turco, sia per il legislatore della Bossi-Fini, *tutte* le misure di allontanamento (espulsione e respingimento) *comunque* eseguite (in forma obbligatoria o coattiva) sono state pensate come incidenti *esclusivamente* sulla libertà di circolazione dello straniero, dunque non necessitanti di una qualche convalida giurisdizionale. Il respingimento differito non fa eccezione.

Eppure dalla Costituzione si ricava un dato ben diverso: «l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 Cost., in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che va a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione»⁶⁷. Il dato costituzionale avrebbe dovuto indurre il legislatore ad introdurre, anche per il respingimento differito eseguito coattivamente, un apposito giudizio di convalida. Non avendolo fatto, la violazione della riserva di giurisdizione è patente⁶⁸.

attraversamento delle frontiere da parte delle persone (cd. codice frontiere Schengen), pubblicato in GU dell'UE, 13 aprile 2006.

⁶⁵ Art. 13, comma 3. Muta, o quasi, è invece sul punto la legislazione nazionale: a modalità di impugnazione (anche) nei confronti di provvedimenti di respingimento rimandano implicitamente gli artt. 2, comma 6, e 13, comma 7, del t.u. imm.; più specifico è l'art. 3, comma 3, del suo regolamento di esecuzione (D.P.R. n. 394 del 1999), che prevede, nel provvedimento che dispone il respingimento, «l'indicazione delle eventuali modalità di impugnazione».

⁶⁶ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, fasc. 2, 19, secondo il quale la circostanza della differente autorità che ordina il respingimento (il questore) rispetto a quella che dispone l'espulsione amministrativa (il prefetto) precluderebbe la possibilità di colmare la lacuna normativa attraverso un'applicazione analogica del giudizio di convalida previsto all'art. 13, comma 8, t.u. imm. *Contra*: P. DUBOLINO, *Le questioni proposte e talune possibili ragioni del "no"*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, 89.

⁶⁷ Sentenza n. 105/2001.

⁶⁸ Più in generale, tutti i meccanismi di garanzia previsti dall'art. 13 Cost. tracollano nell'ipotesi di respingimento differito, come da tempo la dottrina segnala: da ultimo, F. B. MORELLI, *La*

C'è dell'altro. Entrambe le ipotesi legislative di respingimento differito presentano un fraseggio largamente indeterminato: che significa «*subito dopo*»? E' un riferimento temporale (poco dopo il valico di frontiera) o geografico (in prossimità del valico di frontiera)⁶⁹? In cosa si sostanziano le «*necessità di pubblico soccorso*»⁷⁰? L'indeterminatezza del dato normativo rende intercambiabili i casi di respingimento differito con quelli dell'espulsione prefettizia di chi «è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera»⁷¹: in concreto, la scelta di quale meccanismo di allontanamento attivare finisce così per essere rimessa alla totale discrezionalità dell'amministrazione. E' un'intercambiabilità che si ripercuote pesantemente sulla tutela giurisdizionale dello straniero già presente nel territorio nazionale. Innanzitutto, sul piano dei possibili controlli: il provvedimento espulsivo con accompagnamento alla frontiera mediante forza pubblica è sottoposto a convalida giurisdizionale, diversamente dal respingimento differito eseguito coattivamente⁷². Secondariamente, sul piano della competenza giurisdizionale: quello sui provvedimenti inerenti l'espulsione è un giudizio di merito del giudice di pace mentre quello sul respingimento differito è un giudizio di legittimità del TAR; quindi, optando per l'una o l'altra misura, l'amministrazione «è posta in grado di scegliere il suo giudice»⁷³. Infine, sul piano degli effetti conseguenti all'allontanamento: il divieto di reingresso nel territorio italiano, operante di

tutela della libertà personale dello straniero presente sine titolo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento, in O. GIOLO – M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro*, cit., 159-163. Ciò nonostante, l'assenza di un controllo giurisdizionale e la rapidità di esecuzione della misura disposta dal questore (oltre che l'inesistente interesse dello straniero ad impugnare, una volta rimpatriato, il provvedimento di respingimento differito cui la legislazione non collega alcun divieto di reingresso) rendono la disciplina omissiva del respingimento differito una zona franca per il sindacato di costituzionalità (*ivi*, 163).

⁶⁹ Cfr. B. NASCIMBENE, *Convalida e diritti della persona*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit., 145.

⁷⁰ Cfr. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Sezione I-Profilo generali e costituzionali, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 282-283, per una rassegna delle possibili interpretazioni dell'art. 10, comma, lett. b), t.u. imm.

⁷¹ Art. 13, comma 2, lett. a), t.u. imm.

⁷² Cfr. F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale*, cit., 162, il quale giudica irragionevole e dunque lesiva dell'art. 3 Cost. tale diversità di discipline, considerato che le ipotesi di respingimento differito e di espulsione coattiva si differenziano solo sul piano temporale (intervenendo la prima in un lasso di tempo più breve rispetto all'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato).

⁷³ Così P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., 280. I più recenti sviluppi della giurisprudenza dei giudici di pace e dei giudici amministrativi, tuttavia, mostrano una tendenza ad escludere vicendevolmente la propria giurisdizione sui casi di impugnazione del respingimento differito disposto dal questore, con conseguente negazione sostanziale del diritto di difesa dello straniero: cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito*, cit., 22-24.

regola per 10 anni, vale solo in caso di espulsione e non invece nell'ipotesi di respingimento.

Dunque, il cortocircuito normativo, conseguenza di una riserva di legge rinforzata (*ex art. 10, comma 2, Cost.*) non rispettata⁷⁴, nasconde dietro l'etichetta di respingimento differito una vera e propria espulsione anticipata eseguita coercitivamente, per la quale la legge farebbe scattare l'obbligo di convalida ad opera di un giudice. E così, come in un gioco di prestigio, scompare d'incanto ogni effettiva tutela giurisdizionale⁷⁵.

In queste condizioni, mancando una sede giurisdizionale chiamata a pronunciarsi *prima* che il respingimento si compia, sono evidentemente a rischio anche le garanzie sostanziali rappresentate dal divieto assoluto di rimpatrio nelle ipotesi di asilo politico, riconoscimento dello *status* di rifugiato o protezione temporanea per motivi umanitari⁷⁶.

7.3. L'*assenza totale* di una qualsiasi forma di tutela giurisdizionale può essere anche conseguenza delle modalità attraverso le quali materialmente lo straniero viene allontanato. E' quanto accade con i respingimenti seguiti dall'immediato rimpatrio in Libia degli immigrati clandestini intercettati in alto mare.

Inaugurata tra il 6 e il 9 maggio 2009 e da allora ininterrotta, la politica dei cd. respingimenti in alto mare è rivendicata dall'attuale governo, forte della conseguente drastica riduzione degli sbarchi di stranieri sulle coste italiane, in particolare sull'isola di Lampedusa⁷⁷. Senza esitazione è anche la difesa della sua conformità al vigente quadro normativo interno e internazionale.

La relazione di Bruno Nascimbene – cui rinvio - argomenta copiosamente come ciò non corrisponda al vero sul versante della legalità internazionale.

⁷⁴ E' ancora F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito*, cit., 24 ad insistere particolarmente su questo profilo di incostituzionalità.

⁷⁵ Di cortocircuito in cortocircuito, per recuperare una qualche forma di controllo giurisdizionale, lo straniero colpito da respingimento differito deve addirittura augurarsi un periodo di detenzione amministrativa presso un CIE (contemplato dall'art. 20, comma 1, D.P.R. n. 394 del 1999): infatti, in sede di convalida della misura del trattenimento (*ex art. 14, commi 3 e 4, t.u. imm.*), il giudice di pace potrà spingersi a valutare la legittimità del provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera (temporaneamente inesequibile) come anche del (presupposto) provvedimento di respingimento differito, se del caso disapplicandolo *incidenter tantum*. Cfr. B. NASCIMBENE, *Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, 211-212.

⁷⁶ Art. 10, comma 4, t.u. imm.

⁷⁷ Gli arrivi di immigrati sulle coste italiane dal 1 gennaio al 19 agosto 2009 ammontano a 7.567 (contro i 17.585 del medesimo periodo del 2008). Nello stesso arco temporale gli sbarchi a Lampedusa ammontano a 2.548 (contro i 14.905 del 2008) [cfr. *la Repubblica*, 7 settembre 2009, fonte: Fortesseurope]. Al di là del loro facile uso mediatico, sono cifre da contestualizzare. L'immigrazione clandestina che passa attraverso le nostre coste, infatti, è una minima percentuale rispetto al fenomeno ben più massiccio dei cd. *overstayers*: stranieri che entrano in Italia con il visto d'ingresso per motivi turistici e che, trascorso il relativo periodo di soggiorno, rimangono poi sul territorio dello Stato.

Ripetere, come in una cantilena, che «la politica dei respingimenti dei clandestini è conforme a tutti i trattati internazionali. A tutte le regole europee e dell'ONU. Tutto il resto è solo polemica che non mi fa né caldo né freddo»⁷⁸, è più un mantra che un'argomentata risposta alle censure provenienti da ogni dove⁷⁹.

Qui, invece, è la violazione della legalità interna che vorrei dimostrare. Guardiamo alle fonti normative. E' stata la legge Bossi-Fini ad introdurre nel testo unico sull'immigrazione⁸⁰ la possibilità, per le navi della Marina militare e per le navi in servizio di polizia, di intercettare – anche «al di fuori di acque territoriali» - l'imbarcazione «di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti»: le navi italiane, in simili casi, possono fermare il natante, ispezionarlo e, trovato riscontro ai sospetti, sequestrarlo. Per ricondurlo dove? La legge è chiara: «in un porto *dello Stato*». Dunque la rotta di navigazione *deve* essere verso la costa italiana, non libica.

La prescrizione legislativa ha una sua evidente ragionevolezza: una nave italiana, in qualunque acqua si trovi, è un pezzo di territorio nazionale⁸¹. Il trasbordo su di essa degli stranieri li rende, dunque, passibili di un provvedimento di allontanamento individuale⁸², con tutte le relative conseguenze procedurali e processuali da applicarsi caso per caso, migrante per migrante. Ed è solo a terra che è davvero possibile, secondo tempi e modalità adeguate, svolgere l'istruttoria necessaria per identificare ogni passeggero, garantire tutela agli eventuali minori soli e alle donne gravide, mettere i possibili rifugiati nelle condizioni di richiedere asilo politico, consentire ad un medico di verificare lo stato di salute dei naufraghi. Sono obblighi previsti dalla legge ma disattesi in mare aperto, come se lontano dalle coste italiane lo stato di diritto non esistesse.

⁷⁸ Così il Ministro degli Interni Maroni (A. CUSTODERO, “*Continueremo a respingere gli immigrati*”, ne *la Repubblica*, 7 settembre 2009).

⁷⁹ Gli sguardi severi del terzo occhio provengono davvero da tutte le direzioni possibili: cfr. Risoluzione del Parlamento UE del 14 gennaio 2009, cit., punto 106 e 107; Rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa (Thomas Hammarberg) sulla sua visita in Italia il 13-15 gennaio 2009, punti 70-23 e 77; Lettera del Commissario europeo alla giustizia (Jacques Barrot), ampi stralci della quale possono leggersi nel *Corriere della Sera*, 3 settembre 2009; Discorso dell'Alto Commissario ONU per i diritti umani (Navi Pillay), estratti del quale possono leggersi ne *la Repubblica*, 15 settembre 2009; Rapporto di *Human Rights Watch, Scacciati e schiacciati. L'Italia e il respingimento dei migranti e richiedenti asilo, la Libia e i maltrattamenti di migranti e richiedenti asilo*, 21 settembre 2009, capitoli V e VI (consultabile in www.asgi.it).

⁸⁰ Cfr. artt. 12, commi 9-bis, 9-ter, 9-quater, 9-sexies

⁸¹ *Ex art.* 4, codice della navigazione.

⁸² Diverso problema è capire se debba trattarsi di un provvedimento di respingimento differito o di espulsione amministrativa (considerata anche la già illustrata intercambiabilità delle due fattispecie). Altro problema ancora è capire se, in simili casi, il migrante sia imputabile del nuovo reato di ingresso illegale, il cui ambito di applicazione è espressamente escluso solamente per gli stranieri respinti *immediatamente* al valico di frontiera ai sensi dell'art. 10, comma 1, t.u. imm. (così l'art. 1, comma 16, L. n. 94 del 2009).

Non vale obiettare che le modalità di intervento delle navi italiane in simili operazioni di polizia «sono definite con decreto interministeriale»⁸³ e che tale decreto prevede (art. 7, comma 2) la possibilità di un «rinvio nei porti di provenienza» dei natanti intercettati. *Lex superior abrogat inferiori*: siamo in presenza di un atto normativo secondario che, sul punto in questione, è *contra legem*. Ed è un'antinomia grave, perchè provoca a catena altre violazioni di legge da tempo segnalate in dottrina⁸⁴: il mancato accertamento delle singole posizioni individuali, infatti, si traduce in una violazione – statisticamente certa⁸⁵ – del divieto di allontanamento di soggetti che si trovino nelle condizioni catalogate all'art. 19 del testo unico sull'immigrazione⁸⁶; così come non rispetta il divieto di *refoulement* cui l'Italia si è obbligata adattando il proprio ordinamento ai trattati che lo contemplano⁸⁷. Di più: preclusa ogni forma di tutela giurisdizionale individuale, simili respingimenti operati dalle forze navali italiane configurano forme reiterate di vere e proprie espulsioni *collettive*, totalmente illegittime⁸⁸.

Il governo italiano, dunque, sta applicando una procedura che il nostro ordinamento non solo non contempla, ma addirittura vieta. Secondo me, il Ministro lo sa. Non si spiega altrimenti perchè, chiamato a riferire in Parlamento

⁸³ Così l'art. 12, comma 9-*quinquies*, t.u. imm., in base al quale è stato emanato il Decreto interministeriale 14 luglio 2003, *Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina*, (in G.U., 22 settembre 2003, n. 220).

⁸⁴ Cfr. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., 318-319.

⁸⁵ Come dimostra, cifre e percentuali alla mano, P. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare. Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, in www.costituzionalismo.it, nota 1.

⁸⁶ Ipotesi che non possono essere derogate «in nessun caso» (art. 19, comma 1) o «salvo nei casi» di espulsione o respingimento per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 19, comma 2). Si tratta di ipotesi al verificarsi delle quali l'art. 28, D.P.R. n. 394 del 1999 prescrive il rilascio del permesso di soggiorno. Così come, in simili circostanze, «non è inibito al giudice individuare gli strumenti di cui avvalersi, fra quelli previsti dall'ordinamento, per sospendere l'efficacia» del decreto espulsivo, anche in deroga alla natura tassativa dei termini previsti dalla legge per la sua impugnazione (decisioni costituzionali nn. 161 e 485/2000).

⁸⁷ Vedi *supra* nota 60.

⁸⁸ E' noto che la giurisprudenza della Corte EDU fa leva proprio «sulla mancanza di una effettiva possibilità di difesa *individuale* contro il provvedimento» di allontanamento per distinguere tra espulsioni individuali ed espulsioni collettive, vietate dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU e dall'art. 19, comma 1, Carta di Nizza: cfr. G. BRUNELLI, *Art. 19*, in R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 161.

Non è una novità assoluta, purtroppo. Già in passato l'Italia è stata censurata per violazioni simili: cfr. Risoluzione del Parlamento UE PT_TA(2005)0138, approvata il 14 aprile 2005, in riferimento ad espulsioni collettive di immigrati effettuate dalle autorità italiane tra l'ottobre 2004 e il marzo 2005 dall'isola di Lampedusa verso la Libia; Rapporto *Human Rights Watch*, settembre 2006, Volume 18, No. 5(E), *Libia. Arginare i flussi: gli abusi contro migranti, richiedenti asilo e rifugiati*, in www.hrw.org.

sui primi respingimenti collettivi verso la Libia, dovendo ricostruirne la (presunta) base legale, non ha *mai* fatto alcun riferimento all'art. 12, commi 9-*bis*, 9-*ter* e 9-*quater* del testo unico sull'immigrazione⁸⁹. E' un'omissione che tradisce falsa coscienza⁹⁰.

Nel frattempo, la politica dei respingimenti immediati verso il porto di Tripoli prosegue, giustificata da messaggi mediatici che solo la malafede può spiegare: «respingendoli, impediamo che muoiano in mare», «soccorrerli per respingerli con umanità verso il punto di provenienza»⁹¹. Poco importano i danni collaterali. Infatti, rendendo inaccessibili le rotte più brevi dall'Africa all'Italia, barconi colmi di clandestini sono indotti a percorrerne altre, più lunghe e pericolose: anche così il Mediterraneo diventa una fossa comune. Agli altri tocca in sorte – se va bene – un centro di detenzione libico. Andranno così a morire un po' più in là.

8.1. La legislazione espulsiva presenta, in diversi momenti, una *carente* tutela giurisdizionale dello straniero. Accade innanzitutto nell'ipotesi di espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, *ex art.* 10, comma 1, testo unico sull'immigrazione.

Compare qui il primo di una serie di difetti strutturali che mettono a serio rischio la tenuta costituzionale dell'intero edificio espulsivo: la riduzione della tutela giurisdizionale a mero controllo formale di legittimità sull'operato dell'amministrazione. E' una metamorfosi incoerente con il concetto sostanziale che la Costituzione assume del controllo giurisdizionale su provvedimenti limitativi in materia di libertà: un sindacato nel merito, obbligatorio, condizionante l'operatività della misura amministrativa coercitiva. Lo schema cui si ispira il testo unico sull'immigrazione è, invece, esattamente capovolto.

Guardiamo all'espulsione ministeriale. L'instaurazione di un controllo giurisdizionale solo in presenza di un ricorso rende eventuale l'intervento del

⁸⁹ Cfr. il resoconto stenografico della 214° seduta pubblica, lunedì 25 maggio 2009, dell'Assemblea del Senato, *Informativa del Ministro dell'Interno su questioni connesse all'immigrazione e conseguente discussione*.

⁹⁰ Nei confronti di Roberto Maroni, quale titolare del dicastero degli Interni, è stata presentata una denuncia per abuso d'ufficio alla Procura di Roma, su iniziativa di alcuni parlamentari radicali, con la quale veniva chiesto di verificare la legittimità giuridica del respingimento in Libia di extracomunitari soccorsi in acque non territoriali, «atteso che alcuni di loro erano in possesso dei requisiti per avanzare richiesta di asilo politico una volta giunti in Italia». L'«allucinante iniziativa» (*sic* M. MOLTENI, *Respingimenti, la procura apre un'inchiesta*, ne *La Padania*, 2 giugno 2009) si è conclusa – in tempi brevissimi e senza lo svolgimento di particolari attività d'indagine – con l'archiviazione: «quello del respingimento – è la motivazione del pm – è stato un provvedimento di natura politica finalizzato a evitare l'ingresso dei clandestini nel nostro Paese mantenendo ferma, comunque, la tutela di chi ha tutti i requisiti per chiedere asilo politico» (*Procura di Roma chiede archiviazione fascicolo contro Maroni*, in www.aduc.it, 3 agosto 2009).

⁹¹ Cfr. L. MANCONI, *Quelle foto inchiodano l'ipocrisia del governo*, ne *l'Unità*, 3 settembre 2009; G. FERRARA, *I barconi respinti e gli umanitari che la fanno facile*, ne *Il Foglio*, 11 maggio 2009.

giudice⁹². L'indeterminatezza dei presupposti legislativi⁹³ trasformano il momento della tutela giurisdizionale a ben poca cosa, mentre l'ampia discrezionalità di cui gode il Ministro andrebbe compensata con uno scrutinio stretto sui motivi posti alla base del suo provvedimento espulsivo⁹⁴. Il controllo giurisdizionale su un decreto ministeriale immediatamente esecutivo interviene – *se e quando* interviene - a cose fatte, impotente a rimediare all'irreversibilità degli effetti negativi già subiti dallo straniero espulso⁹⁵.

Così ingabbiata la tutela giurisdizionale, il bilanciamento tra le ragioni che spingono ad assicurare l'allontanamento dello straniero (ritenuto) pericoloso e i diritti di cui pure egli è formalmente titolare si risolve in un gioco a somma zero, interamente a favore di esigenze securitarie che tutto fagocitano.

8.2. Di tutela giurisdizionale *carente* si deve parlare anche a proposito dell'esecuzione in forma coercitiva dei provvedimenti espulsivi.

Sappiamo già che il legislatore ne ha fatto una regola aurea⁹⁶. Ma proprio disponendo che «l'espulsione è *sempre* eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica»⁹⁷, il testo unico sull'immigrazione eleva a *regola* quella che per la Costituzione è e deve rimanere un'*eccezione*: la limitazione della libertà personale ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza «in casi eccezionali di necessità ed urgenza» (art. 13, comma 3, Cost.). Prescrizione, questa, rispetto alla quale non esiste distinzione alcuna tra cittadino e non cittadino, qualunque ne sia la condizione giuridica.

Fa così la sua comparsa un secondo difetto strutturale della vigente disciplina espulsiva: tutte le volte che l'ordinamento di polizia dello straniero

⁹² L'ipotesicità del ricorso – come osserva G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino, 1999, 68 - può peraltro indurre l'amministrazione «ad abusare dei suoi poteri, nella consapevolezza del fatto che le censure giurisdizionali rappresenterebbero un'eventualità quanto meno remota».

⁹³ Indeterminatezza che – come dimostra bene P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., 519-521 - si risolve in una violazione certa delle numerose riserve di legge che la Costituzione prescrive in materia: quella rinforzata circa lo *status* giuridico dello straniero (art. 10, comma 2), quella assoluta e poi rinforzata in materia di libertà personale (art. 13, commi 2 e 3), quella assoluta e rinforzata in materia di libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.)

⁹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 88 del 2006; TAR Lazio, sez. I, n. 5070 del 2006; TAR Lazio, sez. I-ter, n. 155 del 2009, ripercorse criticamente da A. DEFFENU, *La condizione giuridica*, cit., 18-20 (il quale segnala il diverso orientamento di TAR Lazio, sez. I, n. 15336 del 2004, poi riformato dalla citata decisione del Consiglio di Stato).

⁹⁵ Il che contribuisce a rendere altamente improbabile il ricorso contro il provvedimento espulsivo già eseguito, anche se illegittimo: cfr. M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 827.

⁹⁶ Vedi *supra* § 4 e nota 24.

⁹⁷ Art. 13, comma 4.

prevede una misura coercitiva della sua libertà personale disposta *direttamente* dall'autorità amministrativa (succede per il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, succede per il provvedimento di trattenimento in un CIE) è la *ratio* sostanziale della riserva di giurisdizione ad essere violata. Il solo modo per mettere in sicurezza il sistema rientrando nell'ortodossia costituzionale è la piena giurisdizionalizzazione dei relativi meccanismi di allontanamento, nel rispetto integrale delle regole dell'*habeas corpus*⁹⁸.

Originariamente, la crepa costituzionale nell'ordinamento delle espulsioni era addirittura più profonda, non prevedendosi alcuna convalida giurisdizionale in sede di esecuzione del provvedimento di allontanamento. Del perché di tale scelta, sul piano della politica del diritto, è inutile dire. Sul piano strettamente giuridico, essa cercava giustificazione nel nesso inscindibile tra provvedimento espulsivo e sua effettività (cui la modalità dell'accompagnamento coattivo alla frontiera è strumentale), risolvendo così l'intera vicenda all'interno della sfera dell'art. 16 Cost.⁹⁹. Una volta riconosciuto invece che, per natura e modalità, l'accompagnamento forzato dello straniero alla frontiera «inerisce alla materia regolata dall'articolo 13 della Costituzione»¹⁰⁰, quella ricostruzione crolla, spianandosi il terreno al necessario intervento del giudice ordinario.

I ripetuti tentativi del legislatore di rientrare nella legalità costituzionale sono alla fine approdati all'introduzione di un giudizio di convalida - dapprima preteso dalla Corte costituzionale e successivamente riscritto sotto sua dettatura¹⁰¹ - affidato ora al giudice di pace e del quale l'art. 13, comma 3, Cost. rappresenta il metronomo, scandendone i tempi, le modalità e gli effetti¹⁰². Il nuovo quadro normativo supera così molti dei dubbi di costituzionalità della previgente disciplina. Ma non tutti. A preoccupare resta la scarsa effettività della tutela giurisdizionale ora assicurata allo straniero.

⁹⁸ Ciò vale anche per il necessario rispetto della riserva di legge, assoluta e rinforzata, di cui all'art. 13, comma 3, Cost. Viceversa, come osserva P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., 529, le modalità attraverso le quali la forza pubblica deve procedere in caso di accompagnamento coattivo alla frontiera non sono affatto dettagliate dalla legge.

⁹⁹ Colgono molto bene questo profilo R. ROMBOLI – A. RUGGERI, *Garanzie costituzionali e espulsione dello straniero*, in *Legisl. pen.*, 2002, fasc. 4, 1012.

¹⁰⁰ Sentenza n. 105/2001 (ma vedi già le precedenti sentenze nn. 2 e 11/1956, 45/1960, 68/1964, 62 e 419/1994, 210/1995, 194/1996). Alla vigilia di quel pronunciamento avevano argomentato a favore della ricostruzione poi accolta dalla Corte, tra gli altri, R. PINARDI, *Corte costituzionale e libertà personale dello straniero tra vecchie logiche e nuove misure coercitive*; R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, entrambi in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit., rispettivamente 160-161 e 5-6.

¹⁰¹ Il succedersi di decreti legge e interventi della Corte costituzionale in materia è ripercorso con estrema chiarezza dalla sua sentenza n. 222/2004, nel considerato in diritto, punti 4-6.

¹⁰² Il riferimento è all'art. 13, comma 5-bis, t.u. imm. (come innovato dal D.l. n. 241 del 2004, convertito in L. n. 271 del 2004).

Vale, innanzitutto, per la lettera del nuovo art. 13, comma 5-*bis* del testo unico sull'immigrazione: al giudice di pace va trasmesso solo «il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera». Non altro, nemmeno il decreto prefettizio di espulsione che pure ne rappresenta il necessario prodromo. In ragione di ciò, salvo che il difensore in udienza non rimedi autonomamente all'omessa informazione, «la verifica dell'organo giurisdizionale circa i presupposti dell'atto coercitivo non può che fermarsi ad aspetti meramente formali»¹⁰³.

Vale poi per le concrete modalità di svolgimento del giudizio di convalida. A cominciare dalla individuazione dell'autorità giurisdizionale competente per territorio, che sarà l'ufficio del giudice di pace del capoluogo di provincia dove ha sede la prefettura che ha ordinato l'espulsione, se «il procedimento [può] essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento»¹⁰⁴. Oppure, in caso contrario, sarà quello del luogo ove ha sede il CIE. E poiché a disporre o meno il trattenimento è il questore, è lui a risolvere discrezionalmente l'alternativa. Di più: sono le questure a fornire al giudice di pace «il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo»¹⁰⁵. E poiché il provvedimento di accompagnamento coattivo *sub iudice* viene disposto dal questore, la partita della sua convalida non si gioca in campo neutro ma in casa di una delle parti in causa. E' una duplice enormità¹⁰⁶: c'è qualcuno che seriamente si sentirebbe garantito da regole simili?

8.3. L'impossibilità materiale di dare un'immediata esecuzione coattiva a tutti i provvedimenti espulsivi è alla base della creazione di centri dove rinchiudere gli stranieri in attesa di allontanamento.

Elencare i casi legislativamente previsti, al verificarsi dei quali il questore dispone la misura del trattenimento, è come sgranare un lungo rosario: lo straniero che necessita di soccorso, lo straniero di cui non è stata accertata l'identità o la nazionalità, lo straniero per il quale non sono ancora stati acquisiti i documenti di viaggio, lo straniero per il quale manca ancora la disponibilità di un vettore o altro mezzo di trasporto, lo straniero che ha fatto richiesta di asilo dopo essere stato destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento, lo straniero

¹⁰³ F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale*, cit., 169; ma già in tal senso, con riferimento alla precedente disciplina, E. MARZADURI, *Sul rispetto dei diritti fondamentali della persona nella disciplina dell'espulsione*, in *Legisl. pen.*, 2002, fasc. 4, 1027.

¹⁰⁴ Art. 13, comma 5-*bis*, t.u. imm.

¹⁰⁵ Art. 13, comma 5-*ter*, t.u. imm.

¹⁰⁶ Da cui ci mette in guardia, giustamente scandalizzato, G. SAVIO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nella definizione del diritto degli stranieri*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 734 e 735 nota 12.

sottoposto a procedimento penale e per il quale si è in attesa del necessario nullaosta giudiziario all'espulsione¹⁰⁷.

Siamo dunque in presenza di una «modalità organizzativa prescelta dal legislatore per rendere possibile [...] che lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, sia accompagnato alla frontiera ed allontanato dal territorio nazionale»¹⁰⁸. Già se misurata in relazione a questa sua asettica finalità, la scelta di istituire i CIE si rivela scarsamente efficiente e, prima ancora, di assai incerta compatibilità costituzionale¹⁰⁹. Ma il punto che qui si deve indagare è un altro. Attiene all'obbligo costituzionale di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale allo straniero, che subisce una limitazione alla sfera della propria libertà personale nella forma di una detenzione amministrativa la quale oggi, quanto a durata temporale, può raggiungere vette vertiginose.

Che sia in gioco la libertà personale è fuori discussione¹¹⁰ e questo spiega perché l'introduzione della misura del trattenimento si accompagni fin dalle origini con la previsione del relativo giudizio di convalida¹¹¹. Lo schema procedurale ricalca formalmente quello dell'art. 13, comma 3, Cost. e consente all'autorità giudiziaria di spingersi fino ad accertare la validità dell'intera catena di provvedimenti, di cui il trattenimento è solo l'ultimo anello in ordine di tempo¹¹². Il più recente intervento legislativo ha innovato la procedura sotto il

¹⁰⁷ Cfr. artt. 14, comma 1, e 13, comma 3, t.u. imm.; art. 1-ter, comma 3, L. n. 33 del 1990 (introdotto dalla L. n. 189 del 2002). A tali casi è da aggiungersi quello del cittadino comunitario che, colpito da provvedimento di allontanamento, nelle more del procedimento di convalida va trattenuto in un centro, ex art. 20, comma 11, D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, *Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri* (come modificato dal D. Lgs. 28 febbraio 2008, n. 32).

¹⁰⁸ Sentenza n. 105/2001.

¹⁰⁹ Quanto all'inadeguatezza dell'istituto e per la formulazione di possibili alternative, si veda il Rapporto della Commissione per la verifica dei centri di trattenimento per stranieri, presieduta da Staffan De Mistura, istituita a suo tempo dal Ministro degli Interni Amato (reperibile in www.asgi.it). In dottrina, per un'indagine empirica, cfr. F. MIRAGLIA, *Cpt: utili o inutili? Un'analisi del sistema della detenzione amministrativa e dei suoi effetti*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 1, 2007, 65 ss.

All'ampio confronto dottrinale (qui neppure richiamabile) sulla possibilità di fondare costituzionalmente la detenzione amministrativa dello straniero ha contribuito anche chi scrive: A. PUGIOTTO, *"Ieri e oggi": fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit., 167 ss.

¹¹⁰ Vale non solo per la giurisprudenza costituzionale (a far data dalla sentenza n. 105/2001) ma anche per il Parlamento: ne dà conferma, da ultimo, l'orientamento assunto dalla Presidenza della Camera nel corso della XVI Legislatura (in occasione del voto a scrutinio segreto sugli emendamenti soppressivi dell'art. 5 del D.l. n. 11 del 2009, relativo alla durata del trattenimento presso i CIE): cfr. seduta n. 161, 8 aprile 2009, resoconto stenografico, p. 35.

¹¹¹ Cfr. artt. 14, commi 4 e 5, t.u. imm. (novellato dalla L. n. 189 del 2002 e ora integrato dall'art. 1, comma 22, lett. l) della L. n. 94 del 2009).

profilo delle proroghe che (scaduti i primi 30 giorni di reclusione nel centro) il giudice di pace può disporre su richiesta del questore, elevandone il numero a tre differenziate nella loro durata (30 gg. + 60 gg. + 60 gg.) e portando così la misura massima del trattenimento a 180 giorni, pari a sei mesi, esattamente la metà di un anno di vita.

Fino ad ora, la giurisprudenza costituzionale è stata largamente assolutoria nei confronti di tale regime¹¹³: il giudizio di convalida garantisce il contraddittorio, soddisfa il principio del giusto processo, permette una verifica circa i presupposti del trattenimento e dei suoi prodromi¹¹⁴. Nel centro sono garantiti, fin dall'inizio del trattenimento, le visite, i contatti con il difensore di fiducia, la libertà di scrivere e telefonare, la nomina di un difensore d'ufficio, l'acquisizione di informazioni utili alla difesa (al più tardi) in udienza¹¹⁵. I termini di durata complessivi del trattenimento appaiono congrui, anche in ragione della loro possibile cessazione anticipata qualora la misura della reclusione nel centro non sia più necessaria¹¹⁶.

La mia convinzione è che l'inasprimento del regime temporale del trattenimento dello straniero dovrà obbligare il Giudice delle leggi a condurre in materia un più stretto scrutinio di costituzionalità, ritornando anche sui suoi esiti precedenti.

La prospettiva di una reclusione amministrativa che, dal 1998 ad oggi, si è sestuplicata rispetto alla complessiva durata mensile originariamente prevista, aggrava innanzitutto l'inadeguatezza di un giudizio di convalida che giunge all'esito di una procedura di volontaria giurisdizione, condotta secondo ritmi chapliniani e modalità semplificate, da un giudice retribuito a cottimo, con inevitabile abbassamento delle garanzie difensive. E dove la vaghezza dei presupposti del trattenimento si ripercuote sull'obbligo di motivazione del provvedimento del questore, rendendo difficile al giudice della convalida esercitare quell'effettivo controllo di merito nel caso specifico, pure astrattamente riconosciuto dalla Corte costituzionale.

Il nuovo meccanismo di proroghe oggi introdotto, obbliga a rivedere sotto diversa luce anche gli effetti che l'intervento del giudice viene ad avere in forza di impropri automatismi legislativi. La sua convalida, intervenendo entro le prime 96 ore, non legittima soltanto il trattenimento pregresso, ma ne giustifica la

¹¹² Ciò è reso possibile, diversamente da quanto accade nel giudizio di convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, perché il questore è tenuto a trasmettere al giudice di pace (non il solo decreto con cui dispone la misura del trattenimento, bensì) «copia degli atti», compresi dunque il decreto espulsivo e il decreto che ne dispone l'esecuzione in forma coattiva: cfr. art. 14, comma 3, t.u. imm., e art. 20, comma 1, D.P.R. n. 394 del 1999.

¹¹³ Mette a valore il dato complessivo G. SPANGHER, *Non mancano le garanzie nel procedimento di espulsione*, in *Legisl. pen.*, 2002, fasc. 4, 1016.

¹¹⁴ Sentenza n. 35/2002.

¹¹⁵ Ordinanza n. 385/2001.

¹¹⁶ Sentenza n. 105/2001.

prosecuzione fino al trentesimo giorno: eppure la convalida giurisdizionale (*ex art. 13, comma 3, Cost.*) dovrebbe riferirsi *esclusivamente* «alle restrizioni della libertà personale già effettuate», non potendo in alcun modo «operare per il futuro»¹¹⁷. Analoga rigidità di effetti, come in una catena di montaggio, è destinata oggi a ripetersi per tre volte: il giudice, infatti, continua a non disporre della facoltà di calibrare la durata della proroga in relazione alle specificità del singolo caso in esame, né può rilevare, prima della scadenza dei segmenti temporali fissati legislativamente, eventuali circostanze sopravvenute idonee a far venir meno i presupposti della detenzione amministrativa.

Più in generale, il regime normativo della misura del trattenimento appare pericolosamente abbandonato alla discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza. E' il questore, non il giudice, che dispone *direttamente* il trattenimento dello straniero, in un numero così alto di ipotesi (e di persone reclusi) da configurare un *modus operandi* ordinario, niente affatto eccezionale come invece prescriverebbe la Costituzione¹¹⁸. E' il questore, non il giudice, a ricorrervi sulla base di presupposti molti dei quali eccessivamente indeterminati, quando ancora l'art. 13, comma 3, Cost. imporrebbe che fossero «indicati tassativamente dalla legge». E' dall'operato dell'amministrazione, non necessariamente dalla condotta o volontà dello straniero, che può dipendere la misura del trattenimento e la sua proroga, come nei casi di mancata acquisizione dei documenti di viaggio, di indisponibilità del vettore o di assenza di collaborazione dello Stato interessato dal rimpatrio. E' il questore, non il giudice, a decidere l'eventuale cessazione

¹¹⁷ M. CUNIBERTI, *Il controllo giurisdizionale sulle modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione e le garanzie costituzionali: riserva di giurisdizione, diritto alla difesa, contraddittorio*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit., 59, che esclude la praticabilità di un'interpretazione conforme a Costituzione che volesse valorizzare l'art. 14, comma 1, t.u. imm. e l'art. 20, comma 4, D.P.R. n. 394 del 1999, secondo i quali il trattenimento non può essere protratto oltre il «tempo strettamente necessario».

Ora come allora, non esiste spazio per esiti ermeneutici diversi: l'art. 14, comma 5, t.u. imm., dispone infatti che la convalida comporta una permanenza nel centro per «un periodo di complessivi trenta giorni», così come parla di «periodo ulteriore di 60 giorni» e di «ulteriore proroga di 60 giorni» per indicare la prosecuzione del trattenimento che il giudice può disporre a richiesta del questore. Periodi rigidamente prefissati dalla legge, dunque, non periodi massimi modulabili caso per caso dal giudice.

¹¹⁸ Che si tratti di misura ordinaria è confermato anche dalla crescita del numero di CIE sul nostro territorio: a fronte dei 10 attualmente operativi (dislocati a Bari, Bologna, Caltanissetta, Catanzaro, Gorizia, Milano, Modena, Roma, Torino, Trapani) per una capienza complessiva di 1160 posti disponibili, il D.l. 2 ottobre 2008, n. 151, *Misure urgenti in materia di prevenzione e accertamento di reati, di contrasto alla criminalità organizzata e all'immigrazione clandestina*, convertito in L. n. 186 del 2008, ha stanziato risorse economiche per l'edificazione di nuovi centri e per l'ampliamento di quelli esistenti, con l'obiettivo di aggiungere altri 1.000 posti, raddoppiando in pratica l'attuale disponibilità.

La scelta governativa si muove in direzione ostinata e contraria rispetto alle «preoccupazioni per il moltiplicarsi, da diversi anni, del numero dei centri di detenzione per stranieri negli Stati membri e alla loro frontiera», manifestate dal Parlamento UE sulla base di numerose relazioni che denunciano al loro interno «frequenti violazioni dei diritti umani» (Risoluzione del 14 gennaio 2009, cit., punto 108).

anticipata della detenzione amministrativa¹¹⁹. E' la fonte regolamentare, non la legge, a disciplinare le modalità del trattenimento nei CIE¹²⁰, nonostante da esse dipendano in concreto l'attivazione e la messa a punto della tutela giurisdizionale dello straniero recluso. E' il questore, decidendo in quale centro lo straniero andrà trattenuto, ad individuare volta per volta il giudice della convalida territorialmente competente, che la Costituzione vorrebbe invece preconstituito per legge a garanzia dell'imparzialità del suo giudizio¹²¹. E' il questore, non l'amministrazione della giustizia, a fornire al giudice di pace «il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo»¹²², al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida a danno, però, della sua imparzialità.

Quanto al giudizio di non irragionevolezza espresso nella sentenza n. 105/2001 sulla durata della detenzione amministrativa, risale a quando questa poteva giungere nel massimo a venti giorni, prorogabili una sola volta e per non più di dieci giorni ulteriori. Siamo certi che il ben differente quadro normativo ora sopravvenuto non imponga alla Corte costituzionale un ripensamento? Il punto, per la sua delicatezza, merita un supplemento di riflessione. Impostiamola.

8.4. Cominciamo con lo spazzare via l'argomento causidico per il quale la durata della detenzione amministrativa non sarebbe incostituzionale perché predeterminata legislativamente, secondo una logica di stretta proporzionalità¹²³.

¹¹⁹ «Il questore, in ogni caso, può eseguire l'espulsione e il respingimento anche prima della scadenza del termine prorogato, dandone comunicazione senza ritardo al giudice di pace» (così l'art. 14, comma 5, t.u. imm., novellato dalla L. n. 94 del 2009).

¹²⁰ La generica disciplina dell'art. 14, comma 2, t.u. imm. è largamente integrata dagli artt. 20, 21 e 22, D.P.R. n. 394 del 1999. Si veda anche la circolare 30 settembre 2000, n. 3435/50 (in *Dir. imm. citt.*, 2000, fasc. 3, 196 ss.), contenente una sorta di "Carta dei diritti e dei doveri" dello straniero trattenuto.

¹²¹ La scelta, peraltro, non è sindacabile: benché il trattenimento dello straniero debba essere disposto nel CIE «più vicino» alla sede del questore che ha emanato il relativo provvedimento (art. 14, comma 1, t.u. imm.), la sussistenza di tale requisito è espressamente esclusa dalla verifica compiuta dal giudice in sede di convalida (art. 14, comma 4).

«Più vicino», secondo l'amministrazione degli Interni, è da intendersi nel senso di «centro più vicino in cui vi è un'effettiva disponibilità di posti», senza che tale lettura comporti alcuna lesione del principio del giudice naturale, trattandosi di una condizione variabile al variare di mere circostanze di fatto (Circolare Dip della P.S., servizio immigrazione, n. 300/C/2003/797/P/12.214/1°, datata 1 aprile 2003, riportata da I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero*, cit., 28, nota 126). La giustificazione addotta dal Ministero degli Interni non appare persuasiva. Non vale, ad esempio, quando il trattenimento di un numero elevato di stranieri ne impone la distribuzione tra più centri: come scegliere chi sarà recluso – per dire – nel CIE più vicino di Milano e chi invece in quello di Torino?

¹²² Art. 13, comma 5-ter, t.u. imm.

¹²³ Cfr. G. D'ELIA, *La "legittima difesa" dello Stato contro l' "aggressione" dello "straniero clandestino"*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Stranieri*

E', invece, proprio questa ingerenza legislativa nella definizione del *quantum* del trattenimento nei CIE che - sostituendosi ad una determinazione giurisdizionale da compiersi (ovviamente) entro un arco temporale stabilito legislativamente - configura una violazione della riserva di giurisdizione in senso stretto, quale limite negativo al potere legislativo¹²⁴. Quanto alla stretta proporzionalità di una detenzione che può ora spingersi fino a 180 giorni, è esattamente il punto in discussione.

Le novità introdotte dalla legge n. 94 del 2009 anticipano settorialmente i contenuti di una direttiva comunitaria¹²⁵ che disciplina, tra le altre cose, il regime del trattenimento dello straniero ai fini del suo allontanamento: durata, presupposti, convalida, prorogabilità. Almeno questo è l'argomento adoperato dal Governo e dalla sua maggioranza. Davvero è così? Una sinossi tra i due testi normativi induce a dubitarne.

Quanto alla durata temporale, la direttiva autorizza ciascun Stato membro a stabilire «un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi» (art. 15.5), prolungabile «per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi» (art. 15.6). Confrontando a ciò la scelta legislativa italiana, «non solo vi è piena conformità con le disposizioni europee, ma anzi vi è un utilizzo più contenuto del limite massimo previsto dalle stesse disposizioni»¹²⁶. E' una mezza verità, che il governo può raccontare *ob torto collo*. L'atto normativo comunitario indica limiti *massimi* sia al trattenimento ordinario che alla sua prorogabilità, restando nella discrezionalità del legislatore nazionale calibrare periodi (anche significativamente) più brevi. E la scelta originaria del Governo italiano, quasi d'istinto, si era subito orientata a favore della durata massima possibile¹²⁷. Costretto dal Parlamento a ridimensionare le sue pretese iniziali, il Governo ha comunque confermato la marcata tendenza ad un sempre progressivo aumento

tra i diritti, cit., 74; O. FORLENZA, *Nell'altalena dei casi all'esame della in Consulta la difficoltà di creare una disciplina bilanciata*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 42, 72.

¹²⁴ Su tale accezione vedi V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 23 (ma *passim*).

¹²⁵ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, adottata in via definitiva il 16 dicembre 2008, recante *Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in GU dell'UE, 24 dicembre 2008.

¹²⁶ Così il Sottosegretario agli Interni Mantovano, Camera, seduta dell'8 aprile 2009, n. 161, p. 26 del resoconto stenografico.

¹²⁷ Bisogna infatti considerare che, originariamente, la proposta governativa AS 773, al suo art. 18 (poi art. 39 del ddl AS 773-A elaborato dalle Commissioni riunite I e II), includeva una disposizione che prolungava la detenzione amministrativa fino a 18 mesi. Sarà solo grazie all'approvazione di un emendamento dell'opposizione parlamentare che la disposizione proposta verrà soppressa (cfr. emendamento n. 39107. Casson e altri, approvato dall'Aula del Senato, seduta pomeridiana del 4 febbraio 2009, n. 142).

della durata della detenzione nei CIE¹²⁸. E, per ottenerlo, non ha esitato a battere sul tavolo i pugni del maxiemendamento e della questione di fiducia, davanti ad un Parlamento recalcitrante anche nelle sue componenti di maggioranza a votare l'incremento proposto¹²⁹.

Quanto ai presupposti del trattenimento, solo apparentemente la legislazione nazionale¹³⁰ ricalca le condizioni contemplate dalla direttiva comunitaria¹³¹. A ben guardare invece sovrappone, confondendoli, i presupposti del trattenimento iniziale con quelli richiesti per il suo prolungamento, laddove invece l'atto comunitario li tiene ben distinti: così, la legislazione nazionale finisce per legittimare la detenzione amministrativa in presenza di condizioni che invece, secondo la normativa comunitaria, giustificerebbero *esclusivamente* una sua eventuale proroga¹³². C'è dell'altro. Il testo legislativo approvato dalle

¹²⁸ E' un ipotetico grafico la cui retta, infatti, è sempre in crescita: 20 gg. + 10 gg. (secondo la legge n. 49 del 1998); 30 gg. + 30 gg. (secondo la legge n. 182 del 2002), 30 gg. + 30 gg. + 60 gg. + 60 gg. (secondo la legge n. 94 del 2009).

¹²⁹ Il tentativo di portare la durata del trattenimento nei CIE fino alla misura massima di 180 giorni, infatti, era già stato respinto alla Camera dei deputati, nella seduta dell'8 aprile 2009, n. 161. La previsione era contenuta nell'art. 5 del cd. decreto anti-*stalking* (D.l. n. 11 del 2009), poi non convertito a seguito dell'approvazione di due identici emendamenti soppressivi presentati dalle opposizioni parlamentari (n. 5.7. Vietti e n. 5.9. Franceschini).

L'art. 1, comma 22 lett. l) della L. n. 94 del 2009 ricalca sostanzialmente quella disposizione bocciata e vede la luce grazie al ricorso da parte del Governo alla tecnica del maxiemendamento combinata con il ricorso alla questione di fiducia. Alla fine, dunque, il Governo, dopo due voti sfavorevoli alle sue proposte, costringe il Parlamento ad approvare la dilatazione della detenzione amministrativa, peraltro secondo una durata di 180 giorni più subita che voluta (vedi *supra* nota 127).

¹³⁰ Ai sensi del nuovo art. 14, comma 5, t.u. imm., la prima proroga (di 30 gg.) si giustifica per la necessità di accertare l'identità e la nazionalità dello straniero o per acquisire i documenti di viaggio. La seconda proroga (di 60 gg.) è possibile in presenza di due condizioni tra loro alternative: «in caso di mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del paese terzo interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi». Si prevede la possibilità di una terza ed ultima proroga (di 60 gg.) «qualora non sia possibile procedere all'espulsione in quanto, nonostante che sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, persistono le condizioni» di mancata cooperazione al rimpatrio da parte del trattenuto o di ritardi nell'acquisizione della necessaria documentazione dai paesi terzi.

¹³¹ Quanto al trattenimento iniziale, le condizioni previste dalla direttiva CE sono due: «a) sussiste un pericolo di fuga o b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento» (art. 15.1). La possibilità di prolungare il periodo di trattenimento è invece prevista «nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa: a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato o b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dei paesi terzi» (art. 15.6).

¹³² Accade, ad esempio, per gli «accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità» in base ai quali il questore dispone il trattenimento dello straniero (*ex* art. 14, comma 1, t.u. imm.). La conseguenza è che «potrebbe verificarsi una vera e propria detenzione amministrativa basata su una semplice difficoltà nell'accertamento dell'identità legale del soggetto o nell'acquisizione della documentazione di corredo malgrado la sua piena disponibilità alla preparazione del rimpatrio»: così il parere che il CSM ha espresso, con delibera 2 aprile 2009, a

Camere smentisce le dichiarazioni rese dal Ministro degli Interni in sede parlamentare circa un adattamento *in bonam partem* delle condizioni contemplate dalla direttiva comunitaria¹³³. In particolare, non è vero che ora il trattenimento non sia prorogabile per ragioni non imputabili allo straniero: la condizione del ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione da Paesi terzi, posta *in alternativa* alla mancata cooperazione del soggetto trattenuto, risulta infatti autosufficiente per la nostra legislazione. Da ultimo, appare costituzionalmente grave che la legislazione nazionale non preveda alcun coinvolgimento né dello straniero né del suo difensore nei meccanismi di proroga, interamente risolti in una partita a due tra il questore richiedente e il giudice di pace che può disporla¹³⁴.

La strumentalizzazione della direttiva comunitaria da parte del Governo trova ulteriori conferme anche altrove, ben al di là del gioco fin troppo scoperto di travestire da adempimento di un obbligo comunitario la scelta – interamente autonoma – di inasprire il regime di detenzione amministrativa dello straniero¹³⁵.

Se una direttiva comunitaria genera un vincolo di scopo, inevitabilmente una sua attuazione selettiva ne tradisce gli obiettivi, oltre che consentire allo Stato di invocarne alcune previsioni e non altre. E' quanto puntualmente accaduto. Il legislatore nazionale ne ha deliberatamente ignorato, ad esempio, la connotazione della misura del trattenimento quale *extrema ratio* meramente *facoltativa* per gli Stati membri¹³⁶. La clausola di salvaguardia secondo la quale «il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio»¹³⁷, trova una traduzione

proposito dell'art. 5, D.l. n. 11 del 2009 (vedi *supra* nota 129), richiamato testualmente anche dal successivo parere espresso dal CSM, con delibera 10 giugno 2009, a proposito di AS 773.

¹³³ Secondo il Ministro Maroni la direttiva comunitaria copre, con i 18 mesi di durata massima del trattenimento, non solo il tempo necessario all'accertamento dell'identità dello straniero ma anche – una volta identificato – il tempo che serve a che lo Stato di origine accetti il rimpatrio. «Ma quando ho la certezza che lo Stato di origine non lo accetterà mai, tenerlo 18 mesi come prevede la direttiva europea francamente mi sembra una forzatura» perché, non esistendo con lo Stato d'origine accordi bilaterali, «il trattenimento diventa una sorta di carcere preventivo sapendo che non ci sarà la possibilità di rimpatrio e per questo motivo nella normativa italiana non è previsto» (cfr. audizione del 14 ottobre 2008 davanti al Comitato parlamentare Schengen, cit., 4).

C'è un errore nelle dichiarazioni ufficiali del Ministro, laddove egli imputa alla direttiva comunitaria l'esatto contrario di quanto essa prescrive: «Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi [...], il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata» (art. 15.4).

¹³⁴ L'osservazione è di E. MARZADURI, *Un iter giudiziario più snello e veloce che risponda alle insofferenze della collettività*, in *Giuda al dir.*, 2009, fasc. 33, 22.

¹³⁵ E' sufficiente la lettura dell'art. 4.3 per svelare il grossolano travestimento: «La presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alle persone cui si applica, purché compatibili con le norme in essa stabilite».

¹³⁶ Inequivoco, in tal senso, l'art. 15.1 della direttiva CE: «Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate *altre misure sufficienti ma meno coercitive*, gli stati membri *possono* trattenere» lo straniero presso un centro.

esattamente rovesciata nella legislazione nazionale¹³⁸ e continua a rimanere nelle mani del solo questore, non essendo stata introdotta alcuna possibilità per il giudice della convalida di calibrare la durata iniziale del trattenimento, né delle sue successive proroghe, né di disporre un'eventuale interruzione anticipata. Restano nel dimenticatoio anche le previsioni della direttiva in ordine alle specifiche condizioni relative ai minori e alle famiglie presenti nei centri. Così come, più in generale, viene ignorata la preferenza comunitaria per un sistema di rimpatri certamente obbligatori ma volontari e dove il ricorso ad allontanamenti in forma coattiva è contemplato solamente «in ultima istanza»¹³⁹. Ma la prova regina di un uso tutto congiunturale della direttiva è, ora, nell'*espresso* rifiuto parlamentare a cogliere l'occasione della legge comunitaria 2009 per assicurarne la piena attuazione attraverso la mediazione di uno o più appositi decreti legislativi delegati¹⁴⁰.

Un'ultima considerazione. Quanto più lungo è il periodo di detenzione amministrativa in un CIE, tanto più la libertà personale del soggetto recluso è gravemente coercita. E tuttavia, in ragione della sua natura e della sua funzione solo formalmente amministrative, il trattenimento dello straniero risulta sottratto alle garanzie proprie della misura cautelare carceraria¹⁴¹. Non è disposta da un giudice. Non gode delle garanzie proprie del rito penale e dell'ordinamento penitenziario. È sottratta al principio di proporzionalità che impone di ricorrervi solo quando ogni altra misura cautelare meno invasiva si riveli inadeguata. E anche quando il legislatore decide di muoversi sul piano dell'assimilazione, lo fa solo per abbassarne ulteriormente il livello delle garanzie. Accade così che la detenzione amministrativa, non meno di quanto si è sempre ritenuto per la custodia cautelare, sia collocata al di fuori dell'orbita del principio di irretroattività penale: non a caso, puntualmente, si è scelto di assicurare al nuovo regime temporale del trattenimento nei CIE un'applicazione retroattiva¹⁴². Viene in tal modo sventato il pericolo del rilascio di immigrati extracomunitari per

¹³⁷ Art. 15.1 della direttiva CE.

¹³⁸ «Il periodo massimo complessivo di trattenimento non può essere superiore a centottanta giorni» (così il novellato art. 14, comma 5, t.u. imm.).

¹³⁹ Cfr. art. 7 e 8 della direttiva CE.

¹⁴⁰ Il riferimento è alla bocciatura dell'emendamento 1.30, Gozzi e altri, da parte della Camera, nella seduta pomeridiana del 22 settembre 2009.

¹⁴¹ Cui pure è sostanzialmente assimilabile: l'analogia è copiosamente argomentata, ad esempio, da M. BELLINA, *L'immigrato "nemico". La detenzione amministrativa dello straniero*, Tesi di dottorato (XX Ciclo del Dottorato di ricerca in Scienze penalistiche, IUS/17, Università degli Studi di Trieste), 2008, spec. 156-164, ma *passim*. L'analogia trova ora conferma nella circostanza che la Direttiva 2008/115/CE consente, in alternativa al trattenimento nei centri, la sistemazione dello straniero «in un istituto penitenziario» (art. 16.1).

¹⁴² Le disposizioni dell'art. 1, comma 22, lett. l) della L. n. 94 del 2009, infatti, «si applicano ai cittadini di Stati non appartenenti all'UE anche se già trattenuti nei centri di identificazione e espulsione alla data di entrata in vigore della presente legge» (così il suo art. 1, comma 23).

decorrenza termini, paventato sopra tutti dal titolare del dicastero degli Interni, furibondo per il voto parlamentare dell'8 aprile scorso contrario al prolungamento della loro detenzione nei CIE. La sintassi urticante adoperata dal Ministro, che allora denunciò il rischio di un generalizzato «indulto permanente»¹⁴³ a favore di migliaia di extracomunitari, ha tuttavia il pregio di svelare – al di là di ogni ipocrisia – quelli che, secondo il Governo, sono la reale natura e l'autentico significato della loro detenzione: il CIE è una galera, il trattenimento è una pena, il clandestino è un criminale.

8.5. La carenza di tutela giurisdizionale dello straniero si può misurare, inoltre, nell'allocazione della conseguente attività di controllo sui provvedimenti espulsivi. Attribuita originariamente al giudice amministrativo, è successivamente transitata in capo all'autorità giudiziaria ordinaria nella figura del pretore, poi sostituito dal tribunale in composizione monocratica, per approdare infine al giudice di pace. È lui che, oggi, risulta titolare di una competenza allargata e completa in materia di espulsione, accompagnamento coattivo, trattenimento e – come vedremo – reato di immigrazione clandestina¹⁴⁴

Il come e il quando di tale scelta sono già stati ricordati¹⁴⁵. Scelta controversa, in considerazione delle peculiari caratteristiche della giurisdizione onoraria¹⁴⁶. Scelta controvertibile, se è vero che – agli inizi del 2008 – quelle stesse competenze giurisdizionali sono state sottratte al giudice di pace e restituite nuovamente al giudice ordinario dal cd. decreto legge Amato (poi però decaduto¹⁴⁷), secondo una logica «assai più coerente di quella attuale» rispetto ad una serie di «misure comportanti limitazioni alla libertà personale e, quindi,

¹⁴³ L'espressione virgolettata corrisponde alle parole esatte pronunciate dal Ministro Maroni: cfr. A.M. GRECO, *Espulsioni e ronde, il Governo va sotto*, ne *Il Giornale*, 9 aprile 2009.

¹⁴⁴ La regola conosce tre sole eccezioni. La prima è la competenza del tribunale in composizione monocratica in ordine ai ricorsi presentati contro il diniego del nullaosta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, *ex art. 30, comma 6, t.u. imm.*. La seconda attiene alla competenza del tribunale per i minorenni in ordine a provvedimenti di soggiorno o di espulsione riguardanti il minore straniero, *ex art. 31, commi 3 e 4, t.u. imm.* La terza è la competenza del tribunale amministrativo sui ricorsi avverso i decreti ministeriali espulsivi per ragioni di terrorismo o di sicurezza dello Stato (cfr. *supra* § 7.1).

¹⁴⁵ Vedi, *supra*, nota 49.

¹⁴⁶ Ripercorse criticamente ed esaustivamente da A. CAPUTO – L. PEPINO, *Giudice di pace*, cit., 13 ss.

¹⁴⁷ Il D.l. 29 dicembre 2007, n. 249, *Misure urgenti in materia di espulsioni e di allontanamenti per terrorismo e motivi imperativi di pubblica sicurezza*, prevedeva - al suo art. 2 - una modifica di carattere generale al t.u. imm. concernente la denominazione della «autorità giudiziaria competente in tema di espulsione di stranieri e di allontanamento di cittadine dell'UE», comportante la sostituzione delle parole «giudice di pace», ovunque ricorressero, con la parola «tribunale ordinario in composizione monocratica». Rimasto in vigore dal 2 gennaio al 2 marzo 2008, il decreto legge non è stato mai convertito in legge.

assoggettate alla riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 della Carta fondamentale»¹⁴⁸.

Scelta, tuttavia, non censurata dalla Corte costituzionale¹⁴⁹, sia pure attraverso una strategia argomentativa più attenta alle etichette degli istituti in gioco che alla effettività della tutela giurisdizionale. Le misure adottate dall'autorità di pubblica sicurezza nei confronti dello straniero – la cui convalida è affidata al giudice di pace – secondo la Consulta «costituiscono pur sempre una modalità esecutiva» di una espulsione amministrativa. Benché tutte incidenti sulla sfera della libertà personale del soggetto, dunque, non sono assimilabili alle misure cautelari e pre-cautelari penali, da cui si differenziano per natura e per funzione. Del resto – concludono i giudici costituzionali – quella in esame è una scelta che «rientra comunque nell'esercizio, non arbitrario o non manifestamente irragionevole, della discrezionalità legislativa».

E' un semaforo verde, che certamente ha agevolato l'odierna attribuzione alla cognizione del giudice di pace del nuovo reato di ingresso e soggiorno illegali¹⁵⁰, accompagnato dalla creazione di un inedito procedimento penale *ad hoc*¹⁵¹. E poiché, in caso di condanna dell'immigrato clandestino, il giudice di pace può disporre l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena pecuniaria¹⁵², fa così la sua comparsa l'ennesima, camaleontica versione del provvedimento di allontanamento per eccellenza: l'espulsione, ora disposta pure da un giudice onorario.

A fronte di queste novità, il prezzo pagato dalla tutela giurisdizionale dello straniero è davvero elevato. L'attribuzione del reato di immigrazione clandestina alla cognizione del giudice di pace altera gli attuali criteri di ripartizione della

¹⁴⁸ Così il parere del CSM, espresso con delibera 20 febbraio 2008, sul testo del disegno di legge di conversione del D.l. n. 249 del 2008.

¹⁴⁹ Il riferimento è alla sentenza n. 109/2006, da cui sono tratte le successive citazioni.

¹⁵⁰ Art. 10-*bis*, t.u. imm. (introdotto con l'art. 1, comma 16, L. n. 94 del 2009)

¹⁵¹ E' l'art. 1, comma 17, L. n. 94 del 2009 che, novellando il D. lgs n. 274 del 2000 sulle competenze del giudice onorario, introduce un rito accelerato per tutti i reati procedibili d'ufficio, incluso quello di immigrazione clandestina. Davanti al giudice di pace si svolge un inedito procedimento penale a doppia corsia: ordinaria (con presentazione immediata dell'imputato) o abbreviata (con citazione contestuale dell'imputato in udienza, saltando così la fase istruttoria del pm). Entrambe le corsie conducono ad una fase dibattimentale particolarmente celere (nell'escussione dei testimoni e nella acquisizione delle prove), dove la redazione del verbale d'udienza e della motivazione della sentenza avviene in forma riassuntiva ed abbreviata, connotata da sinteticità e immediatezza (nella citazione orale della parte offesa e dei testimoni, nella presentazione diretta di testimoni e consulenti da parte del pm, dell'imputato e della parte civile).

¹⁵² *Ex* art. 1, comma 17, lett. d), L. n. 94 del 2009, in combinato disposto con il nuovo art. 10-*bis*, t.u. imm.. Ricordo che il reato di ingresso e soggiorno illegale è sanzionato con una pena pecuniaria da 5.000 a 10.000 euro, che non può essere estinta mediante oblazione, non può essere condizionalmente sospesa, non può essere patteggiata, né può essere appellata. Ricordo altresì che all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva si accompagna il divieto di reingresso, non inferiore a 5 anni, nel territorio dello Stato.

competenza tra magistratura professionale e magistratura onoraria, snaturando la fisionomia di quest'ultima¹⁵³. Ma soprattutto «disegna nel contempo, per il reato in questione, un "sottosistema" sanzionatorio non coerente con i principi generali dell'ordinamento e meno garantista di quello previsto per i delitti di trattenimento abusivo sottoposti alla cognizione del tribunale»: sono parole del Presidente della Repubblica¹⁵⁴.

Anche i danni collaterali non sono di lieve entità. Uno su tutti. La competenza del giudice di pace a decidere sul reato di ingresso e soggiorno illegali taglia fuori l'autorità giudiziaria professionale dalla possibilità di impugnarne incidentalmente la legittimità costituzionale. Ecco un ottimo banco di prova per verificare, in concreto, quanto la giurisdizione onoraria sia davvero all'altezza del ruolo di giudice su cui sono riposte le aspettative di una effettiva tutela giurisdizionale dello straniero.

8.6. Il meccanismo giurisdizionale edificato attorno ai meccanismi di allontanamento differito dello straniero è costruito esattamente come una *matrioska*: il provvedimento finale del trattenimento presso i CIE presuppone il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, che a sua volta presuppone il provvedimento di espulsione, che a sua volta presuppone un decreto amministrativo che ha negato, revocato o annullato il titolo legittimante il soggiorno dello straniero sul territorio italiano.

Il cortocircuito nasce dalla prescelta ripartizione della competenza giurisdizionale¹⁵⁵: sul decreto alla base dell'edificio si pronuncia il giudice amministrativo, su tutti gli altri provvedimenti il giudice di pace. Con il risultato che la legittimità delle modalità esecutive dell'allontanamento viene accertata molto prima della legittimità circa il diniego o la revoca del permesso di soggiorno (magari disapplicato *incidenter tantum* ad opera del giudice di pace), con inevitabili problemi di coordinamento tra le due giurisdizioni¹⁵⁶. Si hanno così due circuiti a due velocità, «proceduralmente indipendenti l'uno dall'altro, ma

¹⁵³ Così il Parere del CSM, reso con delibera 10 giugno 2009, su AS n. 773. Così anche l'*Appello dei giuristi contro il reato di immigrazione clandestina*, in *Europa*, 26 giugno 2009.

¹⁵⁴ Lettera del Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, al Presidente del Consiglio Berlusconi, al Ministro dell'Interno Maroni, al Ministro della Giustizia Alfano, Roma, 15 luglio 2009.

¹⁵⁵ Salvata, in nome della discrezionalità legislativa, dalla Corte costituzionale: cfr. le decisioni nn. 414/2001, 146/2002, 240/2006.

¹⁵⁶ Per una ricognizione del ginepraio di problemi processuali che si sviluppa attorno al non risolto rapporto tra i due giudizi e per le conseguenti ricadute negative sull'effettività della tutela giurisdizionale dello straniero, vedi ora G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. amm.*, 2008, fasc. 4, 881-896.

consecutivamente e consequenzialmente tutti incidenti sulla libertà dello straniero»¹⁵⁷.

E' una costruzione barocca, resa ancor meno garantista dal mancato riconoscimento di un qualunque effetto sospensivo al ricorso avverso il decreto prefettizio di espulsione: si rivela davvero difficile ottenere una effettiva tutela giurisdizionale dovendo correre contemporaneamente su più circuiti con il cronometro che scandisce l'immediata esecutività del provvedimento espulsivo, anche se impugnato o sottoposto a gravame.

Sotto il profilo della possibile tutela cautelare, il nostro ordinamento si è nel tempo notevolmente indurito. Inizialmente, la legge Martelli prescriveva l'automatica sospensione del provvedimento di espulsione, se fatto oggetto di ricorso. Successivamente la legge Napolitano-Turco impose al procedimento avverso il decreto espulsivo tempi così accelerati (5 gg. per il ricorso + 10 per la decisione) da giustificare, perché superflui, la mancata previsione di strumenti di sospensione cautelare¹⁵⁸. Sarà la regola dell'immediata esecutività del provvedimento espulsivo, cristallizzata dalla legge Bossi-Fini, a condizionare la disciplina della relativa tutela in giudizio¹⁵⁹, interamente configurata sull'ipotesi dell'accompagnamento immediato alla frontiera: con lo straniero già oltre i confini nazionali, si possono generosamente dilatare sia i tempi del ricorso (60 gg.) sia quelli della decisione (20 gg.); si omette, perché insensata, la previsione di forme di tutela cautelare in ragione di un ricorso presentato a provvedimento già eseguito; si considera irrealistica la presenza in udienza di un soggetto già espulso e dunque se ne cancella l'obbligo di audizione (garantendo invece la partecipazione dell'autorità che ha emesso il decreto impugnato¹⁶⁰); ci si spinge fino all'enormità di non disciplinare neppure le forme da seguire per la trattazione del giudizio¹⁶¹. Nel suo complesso, è la descrizione di un giudizio «a struttura unilaterale» su cui si innesta «un mero simulacro difensivo che consente un controllo solo formale, se non addirittura cartolare, del provvedimento»¹⁶². E sulla

¹⁵⁷ N. ZORZELLA, *L'irrazionalità del sistema giurisdizionale delineato nel testo unico sull'immigrazione*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit., 203.

¹⁵⁸ Ciò a condizione che il procedimento seguisse il suo *iter* normale. In casi di patologici ritardi, è la stessa Corte costituzionale a riconoscere che «non è inibito al giudice dell'opposizione di individuare lo strumento più idoneo, nell'ambito dell'ordinamento, per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato» (sentenza n. 161/2000; vedi anche ordinanza n. 485/2000).

¹⁵⁹ Cfr. art. 13, comma 8, t.u. imm..

¹⁶⁰ Cfr. art. 13-bis, t.u. imm.

¹⁶¹ Il vuoto di procedure cui si allude nel testo è conseguenza diretta dell'abrogazione dell'art. 13, comma 9, t.u. imm., ad opera della L. n. 189 del 2002. E' solo per via interpretativa che si arriva a ritenere che il modello procedimentale da seguire resti ancora quello previgente della procedura in camera di consiglio.

¹⁶² G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit., 901.

cui utilità è lecito dubitare, considerato che, anche se accertato come illegittimo, non esiste la possibilità di ripristinare la situazione *ex ante* il provvedimento espulsivo: allo straniero, infatti, non rimane che la «mera facoltà di far rientro nel territorio italiano alle condizioni previste per ogni altro straniero e a sue spese»¹⁶³.

Tutto ciò è certamente coerente con il fine primo e ultimo dell'ordinamento di polizia degli stranieri: se ciò che conta è assicurarsi il loro allontanamento, «una volta eseguita, è secondario sapere se l'espulsione fosse legittima o meno»¹⁶⁴. E' però un quadro normativo incompatibile con il diritto per lo straniero di godere di una tutela giurisdizionale non fittizia: l'immediata esecuzione del decreto prefettizio e la possibilità di un ricorso *ex post*, privando di effettività il diritto alla difesa dell'espulso, violano infatti precisi obblighi internazionali¹⁶⁵ oltre che svuotare di contenuto sostanziale le garanzie costituzionali di cui agli artt. 24 e 113 Cost.¹⁶⁶.

9. Riavvolgiamo la pellicola finora proiettata. La tutela giurisdizionale che, qui ed oggi (ma non da oggi), assicuriamo allo straniero irregolare o clandestino si rivela largamente *insufficiente* nelle ipotesi di ricorso avverso i provvedimenti di espulsione ministeriale, di espulsione prefettizia immediata, di accompagnamento coattivo, di trattenimento. E' addirittura *assente* in alcuni delicatissimi snodi ordinamentali: l'espulsione per ragioni di contrasto al terrorismo, il respingimento differito, il respingimento in alto mare con immediato rimpatrio.

Ciò che viene in superficie trivellando in profondità il dato normativo conferma, dunque, quanto già osservato sul piano della politica del diritto. Nel loro complesso, i meccanismi di allontanamento rivelano una dinamica autopoietica. Davanti alle porte di sicurezza della tutela giurisdizionale la parola espulsione è adoperata come l'*aperti Sesamo*. Con quali conseguenze?

Sul piano del diritto positivo, gli effetti giuridici correlati ad un provvedimento di allontanamento sono tre¹⁶⁷. L'obbligo di lasciare il territorio

¹⁶³ P. BONETTI, *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, fasc. 2, 19.

¹⁶⁴ A. CASADONTE, *Due vicende emblematiche da cui trarre preziosi suggerimenti sull'effettività del controllo giurisdizionale nei casi di espulsione immediatamente esecutiva*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, fasc. 2, 72.

¹⁶⁵ Il riferimento è agli artt. 6 e 13 CEDU, la cui violazione si converte in vizio di illegittimità costituzionale *ex art.* 117, comma 1, Cost. Secondo P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., 550, la lesione sarebbe anche all'art. 1, Protocollo n. 7 alla CEDU, che impone di lasciare allo straniero regolarmente soggiornante un termine a difesa *prima* dell'espulsione, se questa non è dettata da gravi motivi di ordine pubblico. Il rilievo è corretto solo se si condivide la tesi dell'Autore (p. 553) secondo la quale la condizione di straniero regolare sarebbe assimilabile con quella di straniero (divenuto) irregolare per revoca o mancato rinnovo del permesso di soggiorno.

¹⁶⁶ Cfr. G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 889 (per la posizione del problema) e 912-915.

¹⁶⁷ Li analizza con la consueta precisione P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., 475-483.

dello Stato da eseguirsi, di regola, in forma coercitiva. Il divieto di rientro nel territorio italiano, salvo speciale autorizzazione del Ministro degli Interni, per un periodo che dura, di regola, 10 anni¹⁶⁸. La segnalazione dei dati dello straniero espulso al SIS (Sistema Informazione Schengen) ai fini della sua non ammissione nel territorio degli altri Stati membri degli Accordi di Schengen.

Inviterei, però, a guardare *oltre* gli effetti giuridici dell'espulsione, nella consapevolezza che «ad ogni *deficit* di controllo giurisdizionale corrisponde, inevitabilmente, un *surplus* di discrezionalità che può tradursi in arbitrio senza che nessuno se ne accorga, tranne chi lo subisce»¹⁶⁹. Concretamente, infatti, la scarsa o nulla tutela giurisdizionale apre la strada a provvedimenti di allontanamento che rimpatriano lo straniero nel Paese d'origine o di provenienza, dove possono essere messi a repentaglio beni fundamentalissimi, quali la sua incolumità e la sua stessa vita. Così come è dall'effettività della tutela giurisdizionale dello straniero che dipende la stessa tenuta dei divieti assoluti di respingimento e di espulsione contemplati dal testo unico sull'immigrazione, declinazioni nazionali dell'obbligo internazionale di *non refoulement*.

Per essere chiari fino in fondo: l'assenza di tutela giurisdizionale nei casi di respingimento in alto mare con conseguente rimpatrio può comportare (nonostante il divieto dell'art.10, comma 4) l'allontanamento di immigrati nelle condizioni di richiedere e di ottenere asilo o *status* di rifugiati o protezione per motivi umanitari, come anche di immigrati possibili vittime di persecuzioni (di cui «in nessun caso» l'art. 19, comma 1, consentirebbe l'espulsione). E' certamente accaduto più volte¹⁷⁰.

Non diversamente, l'espulsione ministeriale o prefettizia sottratta ad un adeguato controllo giurisdizionale può tradursi in violazione del diritto dello straniero a non essere estradato verso paesi che sanzionano con la pena capitale il reato di cui è responsabile¹⁷¹. E' accaduto anche questo, nel caso di Maged Al Molky¹⁷².

¹⁶⁸ L'autorizzazione ministeriale è prevista dall'art. 13, comma 13, t.u. imm.; il divieto di rientro decennale è riducibile fino a cinque anni per decisione (non più dell'autorità giudiziaria, ma) del prefetto *ex art.* 13, comma 14, t.u. imm..

¹⁶⁹ G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, fasc. 1, 70.

¹⁷⁰ Nel 2008 il numero di immigrati irregolari entrati clandestinamente in Italia via mare è stato pari a 36.952 (di cui 30.677 approdati all'isola di Lampedusa); circa il 75% ha presentato richiesta di asilo e circa il 50% di essi si è visto riconoscere lo *status* di rifugiato o di avente diritto alla protezione sussidiaria [Fonte: UNHCR, comunicato stampa del 9 gennaio 2009, in www.unhcr.org]

¹⁷¹ Diritto riconosciuto anche allo straniero dalla sentenza costituzionale n. 54/1979.

¹⁷² «Il 27 giugno 2009, Maged Al Molky, un uomo di origini palestinesi sposato con una cittadina italiana, è stato espulso dall'Italia verso la Siria, dove rischia la condanna a morte. Al Molky è stato espulso dopo aver trascorso 23 anni e otto mesi in carcere in Italia, in base a una condanna inflittagli in quanto capo del commando palestinese che nel 1985 dirottò la nave da crociera "Achille Lauro" e uccise un cittadino americano. L'espulsione è stata disposta nonostante l'uomo

Analogamente, l'assoluta mancanza di tutela giurisdizionale nell'ipotesi di espulsione ministeriale contemplata dal cd. decreto Pisanu, può esporre lo straniero rimpatriato, nonostante le assicurazioni diplomatiche, a subire pene o trattamenti inumani e degradanti. E' accaduto ripetutamente e, proprio in ragione di ciò, l'Italia è già stata condannata non una, non due, ma dieci volte dalla Corte EDU¹⁷³.

In simili casi, davvero, è dalla vita del diritto che dipende il diritto alla vita; in tutte queste ipotesi, davvero, la strage di legalità può portare con sé strage di vite umane. Ecco perché ripristinare un'effettiva tutela giurisdizionale all'interno dei meccanismi di allontanamento dello straniero è imprescindibile.

Lo è anche perché ad essere in gioco è lo stesso codice genetico del nostro ordinamento costituzionale. Con tutte le cautele richieste quando si maneggia la problematica categoria dei cd. principi supremi, è però un dato incontrovertito che «il diritto alla tutela giurisdizionale, già annoverato fra quelli inviolabili dell'uomo, va ascritto tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»¹⁷⁴. Ed è di assoluto rilievo la circostanza che l'unica sentenza costituzionale di accoglimento per violazione di un parametro così peculiare sia stata pronunciata dalla Corte esattamente facendo leva su «i principi supremi scaturenti dalla Costituzione a

dovesse ancora scontare in Italia 3 anni di libertà vigilata. Il rischio che Al Molky sia condannato a morte sta nel fatto che il sequestro dell'Achille Lauro e altri reati connessi alla vicenda sono stati compiuti nelle acque territoriali siriane» (Rapporto 2009 sulla pena di morte nel mondo di *Nessuno tocchi Caino*).

¹⁷³ Ricalcando le argomentazioni della prima sentenza di condanna nella causa *Saadi c. Italia*, Grande Camera, sentenza 28 febbraio 2008 (ricorso n. 37201/06), la Corte EDU – tra il 24 febbraio e il 24 marzo 2009 – ha condannato per altre nove volte il nostro paese, sempre per violazione dell'art. 3 CEDU: cfr. le cause *Ben Keimas c. Italia*, *Abdelhedi c. Italia*, *Ben Salah c. Italia*, *Bouyahaia c. Italia*, *C.B.Z. c. Italia*, *Darraji c. Italia*, *Hamraoui c. Italia*, *O. c. Italia*, *Soltana c. Italia*.

Sono inoltre ancora pendenti davanti alla Corte di Strasburgo alcuni ricorsi presentati contro espulsioni collettive dall'isola di Lampedusa, per violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 Protocollo n. 4 della CEDU: cfr. le cause *Hussun and Others c. Italia* (ricorso n. 10171/05), *Mohamed c. Italia* (ricorso n. 10601/05); *Salem and Others c. Italia* (ricorso n. 11593/05); *Midawi c. Italia* (ricorso n. 17165/05). Alcuni di essi, con decisione dell'11 maggio 2006, sono stati dichiarati ammissibili dalla Corte EDU.

Su tali filoni giurisprudenziali vedi ora le riflessioni di S. SILEONI, *La CEDU e l'espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia*, in *Quad. cost.*, 2009, fasc. 3, 715 ss. Per un quadro complessivo cfr. B. RANDAZZO (a cura di), *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese (Madrid, 25 - 26 settembre 2008), consultabile in www.asgi.it, (sezione Materiali).

¹⁷⁴ Sentenza n. 232/1989 considerato in diritto, punto 3.2, con ampi richiami testuali alla precedente sentenza n. 18/1982. Ma vedi anche la sentenza n. 1/1977, dove la necessità di annoverare il diritto alla tutela giurisdizionale tra i principi supremi dell'ordinamento è data per scontata. [Ringrazio per le preziose indicazioni giurisprudenziali Pietro Faraguna].

presidio del diritto alla tutela giurisdizionale in tutte le sue possibili estrinsecazioni»¹⁷⁵.

Questa collocazione apicale del diritto alla tutela giurisdizionale che, «al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»¹⁷⁶, ridimensiona alcune strategie argomentative cui spesso si ricorre, sbrigativamente, per coprire la gravità della sua violazione a danno degli extracomunitari, consumata al suono della grancassa dell'emergenza sicurezza.

E' inutile, ad esempio, andare alla ricerca della norma comunitaria capace di giustificare le misure legislative interne lesive delle garanzie giurisdizionali dello straniero: nel loro nucleo essenziale, esse operano come controlimiti alle fonti CE. E' altrettanto inutile, per lo stesso fine, andare alla ricerca della norma abilitante di un accordo bilaterale o di un trattato internazionale: come insegnano le sentenze n. 348 e n. 349/2007 gli obblighi internazionali (anche pattizi), prima di operare come vincolo legislativo, devono comunque superare un previo scrutinio di legittimità alla luce di *qualsiasi* norma costituzionale (e qui si tratta addirittura di principi supremi). Infine, essendo in gioco principi supremi del *nostro* ordinamento, si rivela fuorviante l'argomento comparatistico, che assume come fattore rassicurante l'esistenza di scelte normative analoghe in altri ordinamenti¹⁷⁷.

Ecco perché i nodi (in)costituzionali fin qui illustrati, prima o poi, dovranno pur venire al pettine. A condizione, naturalmente, che un pettine ci sia.

10. I più gravi tra questi nodi, quelli dove la tutela giurisdizionale dello straniero è addirittura *assente*, rappresentano zone franche del sindacato di costituzionalità delle leggi, proprio per la mancanza di un momento giurisdizionale che possa operare da giudizio *a quo*. Il solo pettine utilizzabile è, allora, il controllo preventivo del Presidente della Repubblica sul prodotto normativo, parlamentare o governativo.

In questo caso, davvero, la quantità è qualità delle cose. Non si è *mai* registrato un solo rinvio presidenziale in sede di promulgazione di uno qualsiasi dei tanti testi legislativi succedutisi negli ultimi venti anni a disciplinare la materia dell'allontanamento dello straniero. Esempio quanto accaduto con la più recente produzione parlamentare, la legge n. 94 del 2009: la promulgazione critica da parte del Presidente Napolitano del testo approvato dalle Camere, accompagnata da una meticolosa ricostruzione epistolare dei suoi numerosi profili di dubbia tenuta ordinamentale, al di là delle sue multiformi e antitetiche ricostruzioni

¹⁷⁵ Il riferimento è alla sentenza n. 18/1982.

¹⁷⁶ Sentenza n. 105/2001 (sia pure in riferimento alla libertà personale).

¹⁷⁷ Volendo, per un aggiornato quadro di diritto comparato, si può ora vedere A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008.

dottrinali¹⁷⁸, resta comunque una «promulgazione a tutti gli effetti»¹⁷⁹. Si può anche pensare che il testo legislativo imposto dalla Lega al Governo e dal Governo al Parlamento, dopo valutazioni critiche così numerose e così di spessore provenienti dal Quirinale, ne sia uscita sostanzialmente a pezzi. Ma il dato costituzionale decisivo è quello giuridico-formale di una legge efficace e in vigore proprio in ragione della firma del Presidente della Repubblica. Per contro, le perplessità del Colle non hanno alcun rilievo giuridico sulla legge promulgata, non obbligano le Camere a ritornare sulla materia disciplinata, né vincolano in alcun modo l'amministrazione in sede applicativa.

Analogamente, non si è *mai* verificato un adeguato controllo presidenziale sulla sussistenza dei presupposti costituzionali di anche uno solo tra i tantissimi interventi governativi d'urgenza emanati in materia immigratoria. Eppure si è visto veramente di tutto: decreti legge privi di presupposti (se non esclusivamente mediatici)¹⁸⁰, decreti legge reiterati più volte e poi lasciati deliberatamente decadere¹⁸¹, decreti legge adoperati (anche attraverso mirati emendamenti in sede

¹⁷⁸ Cfr. P. CAPOTOSTI, *Il garante di tutti*, ne *Il Gazzettino*, 13 luglio 2009; A. CHIAPPETTI, *Sbaglia chi ci vede un attacco al Governo*, intervista di A.M. Greco, ne *il Giornale*; T. GROPPI, *Com'è duro il mestiere del Presidente...*, ne *l'Unità*, entrambi del 16 luglio 2009; M. AINIS, *Se la forma diventa sostanza*, ne *La Stampa*; P. ARMAROLI, *Napolitano fa felici gli estremisti*, ne *Il Tempo*; G.M. FLICK, *Intervento a difesa del Parlamento*, ne *il Riformista*, tutti del 17 luglio 2009; G. AZZARITI, *Con quei rilievi, la legge andava rispedita alle Camere*, intervista di V. Lori, ne *Liberazione*; V. ONIDA, *Testo da non firmare, il Quirinale ha preferito evitare lo scontro totale*, intervista di L. Milella, ne *la Repubblica*, ambedue del 18 luglio 2009; A. RUGGERI, *Ancora un caso di promulgazione con "motivazione"...* contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza), in www.forumcostituzionale.it, 24 luglio 2009. Merita segnalazione anche la (durissima) presa di posizione dell'ex Presidente del Senato Marcello Pera, *L'invettiva di Pera: «Il Capo dello Stato viola la Costituzione»*, ne *la Discussione*, 16 luglio 2009.

A tale dibattito, qui, non si può neppure accennare. Suggestirei solamente di valutare la lettera del Quirinale non solo per il metodo scelto e per i rilievi esposti, ma anche per quelli taciuti in relazione ad alcune novità normative (il reato di immigrazione clandestina, l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'aggravante di clandestinità agli stranieri comunitari) che pure presentano i tratti di una legislazione – a mio avviso - non più “cieca al colore” delle persone.

¹⁷⁹ Così l'interpretazione autentica, esposta dallo stesso Presidente della Repubblica, nel discorso svolto al Quirinale, il 20 luglio 2009, in occasione della tradizionale Cerimonia di consegna del Ventaglio: «Quella della legge sulla sicurezza non è stata una promulgazione “con riserva” – che è ovviamente istituito inesistente – ma promulgazione a tutti gli effetti, accompagnata da una lettera contenente numerose, puntuali valutazioni critiche, senza peraltro “pronunciarmi e intervenire sull'indirizzo politico e sui contenuti essenziali” della legge» (p. 4 del dattiloscritto). Il riferimento è alla sua lettera del 15 luglio 2009 (vedi *supra* nota 154).

¹⁸⁰ E' il caso, ad esempio, del D.l. 1 novembre 2007, n. 181, *Disposizioni urgenti in materia di allontanamento dal territorio nazionale per esigenze di pubblica sicurezza*, che trasforma – alla vigilia delle elezioni politiche generali e amministrative di Roma - l'ondata emotiva ostile ai rumeni di etnia rom, seguita all'omicidio Reggiani, in «straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a consentire l'allontanamento dal territorio nazionale di soggetti la cui presenza contrasti con esigenze imperative di pubblica sicurezza», salvo poi lasciarle decadere.

¹⁸¹ E' il caso dei cd. decreti legge Dini (D.l. 18 novembre 1995, n. 489; D.l. 18 gennaio 1996, n. 22; D.l. 19 marzo 1996, n. 132; D.l. 17 maggio 1996, n. 269; D.l. 16 luglio 1996, n. 376; D.l. 13

di conversione) come corsie preferenziali per introdurre norme tutt'altro che necessarie e urgenti¹⁸², decreti legge che anticipano norme contenute in disegni di legge ancora in discussione, tranne poi stralciarle perché bocciate in sede parlamentare¹⁸³. Di più. L'intensità nell'abuso della decretazione d'urgenza è stata tale da aver indotto la Corte costituzionale ad attivarsi quale giudice *a quo* per contestare la rinnovata efficacia di norme decadute: era il 1996 e l'autorimessione colpiva la catena di decreti legge ostinatamente riproposti dal Governo Dini, dei quali la Corte riteneva necessario scrutinare la legittimità «anche in relazione all'ambito nel quale intervengono le norme impugnate, che, disciplinando una particolare forma di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, attengono alla sfera dei diritti fondamentali della persona e sono suscettibili di produrre effetti irreversibili in tale sfera»¹⁸⁴.

L'inerzia che, fino ad oggi, ha connotato i concreti comportamenti dei Presidenti della Repubblica induce quasi a pensare ad una tacita convenzione, in obbedienza alla quale questa materia è opportuno resti impenetrabile al controllo di garanzia del Quirinale. Come per i fili dell'alta tensione, chi tocca muore. Scegliere oggi di promulgare *subito*, per poi scrivere, consigliare, raccomandare, avvertire, è una variante che non traccia ancora – sul piano strettamente giuridico e costituzionale – il segno di una reale discontinuità.

11. Gli altri nodi sono arrivati o potranno arrivare al secondo pettine di cui disponiamo: il controllo successivo di costituzionalità del Giudice delle leggi. Ricondurre entro gli argini costituzionali l'accumularsi di norme spesso prodotte sulla spinta di pilotate onde emotive, è stato un lavoro inesausto per la Corte¹⁸⁵. Come emerso dall'indagine fin qui svolta, è uno sforzo che ha riguardato anche la sezione del diritto dell'immigrazione relativo ai meccanismi di allontanamento dello straniero. Ed è proprio in questo segmento della sua giurisprudenza che sono rintracciabili tre motivi di preoccupazione.

settembre 1996, n. 477), la cui catena di reiterazioni viene interrotta con la decadenza dell'ultimo anello, cui farà seguito la generalizzata sanatoria parlamentare con L. 9 dicembre 1996, n. 617.

¹⁸² E' il caso – già ricordato *supra* nota 27 – dell'art. 9, D.l. 23 maggio 2008, n. 92, che trasforma la denominazione dei centri di trattenimento per stranieri. E' anche il caso – già analizzato *supra* nota 49 – del D.l. 14 settembre 2004, n. 241, che in sede di conversione diventa il veicolo per introdurre la generalizzata competenza del giudice di pace in materia di provvedimenti espulsivi.

¹⁸³ E' il caso del D.l. 23 febbraio 2009, n. 11, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, amputato in sede di conversione del suo art. 5, che prolungava fino a 180 giorni la durata complessiva del trattenimento di stranieri nei CIE (vedi *supra* § 8.4).

¹⁸⁴ Cfr. ordinanza n. 197/1996.

¹⁸⁵ Ne dà conto esaustivamente il quaderno curato da S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA, E. RISPOLI, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, cit., *passim*.

Il primo attiene alla preferenza dei giudici costituzionali per la tecnica conservativa dell'interpretazione conforme, a scapito dello strumento più garantista della dichiarazione d'incostituzionalità (anche nella forma, talvolta possibile ma mai praticata, della illegittimità consequenziale)¹⁸⁶. La marginalizzazione legislativa della tutela giurisdizionale dello straniero, ridotta ad «una funzione di notarile ratifica a posteriori dei provvedimenti amministrativi», toglie al giudice i «suoi spazi e modi di decisione» riducendone drasticamente i «margini di interpretazione» di un corpo normativo labirintico e frammentato¹⁸⁷. In un contesto simile, non sempre è possibile dare adeguato seguito ermeneutico alle soluzioni interpretative prospettate dalla Corte costituzionale, sulle quali finisce così per prevalere l'effetto certo del *favor legis*¹⁸⁸.

Il secondo motivo di preoccupazione attiene al «*non possumus*» pronunciato dai giudici costituzionali in risposta alle più che fondate censure mosse dai giudici *a quibus* ai tasselli che compongono il complessivo meccanismo repressivo penale edificato (artificialmente e con inasprimenti edittali smisurati) a garanzia dei provvedimenti di allontanamento dello straniero. La matrice di tale orientamento si ritrova nella sentenza n. 22/2007¹⁸⁹: al netto del

¹⁸⁶ Esemplare sotto questo profilo è la sentenza n. 105/2001 che, in quanto interpretativa di rigetto, preclude il ricorso allo strumento dell'incostituzionalità derivata nei confronti della fattispecie dell'immediato accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica, considerata dalla Corte tra le misure incidenti *in sé* sulla libertà personale dello straniero, eppure (all'epoca) sottratta a qualsiasi convalida giurisdizionale. In tal senso - anteriormente alla pronuncia costituzionale - M. CUNIBERTI, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 56; R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale*, cit., 20, e - a commento del pronunciamento della Corte - ID., *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione: la Corte costituzionale afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*, in *Foro it.*, 2001, I, 2713-2714.

¹⁸⁷ E' la (condivisibile) valutazione complessiva di G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 219 e 221-222 per le citazioni riportate nel testo.

¹⁸⁸ Per esemplificare: il ricorso al canone dell'interpretazione conforme funziona all'interno del filone giurisprudenziale costituzionale (decisioni nn. 5, 80, 302/2004; 386/2006; 22/2007) relativo alla esimente del «giustificato motivo», che esclude il perfezionarsi del reato previsto all'art. 14, comma 5-ter t.u. imm..

Funziona già meno quando, con l'ordinanza n. 35/2002, la Corte accredita al giudice della convalida del trattenimento dello straniero la titolarità di ampi poteri istruttori, esercitabili con qualunque mezzo di comunicazione, compresi quelli più moderni e tecnologicamente avanzati, laddove le alette dei CIE in cui egli svolge le udienze, «di norma, non sono munite nemmeno di una linea telefonica» (G. SAVIO, *Brevi note sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 35/2002 in tema di convalida del trattenimento in C.P.T.*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, fasc. 1, 107, che pure si sforza, poi, di valorizzare l'interpretazione conforme suggerita dai giudici costituzionali).

Non funziona affatto quando (come nella sentenza n. 105/2001) l'interpretazione conforme della Corte fa salva la disciplina degli effetti della convalida e della proroga della detenzione amministrativa, dato che il giudice resta comunque privo di poteri circa la determinazione della relativa durata e della sua eventuale interruzione anticipata.

¹⁸⁹ In questione era il trattamento sanzionatorio del reato di inadempimento all'ordine di espulsione del questore, *ex art.* 14, comma 5-ter t.u. imm. La Corte approda ad una decisione di inammissibilità (poi confermata nelle successive ordinanze nn. 164 e 354/2007) analiticamente motivata: inadeguatezza dei *tertia comparationis* invocati e invocabili, impossibilità per la Corte

problema dei limiti intrinseci che il sindacato di costituzionalità incontra davanti alle scelte legislative in tema di reati e di pene¹⁹⁰, si tratta di una dichiarazione d'impotenza che si converte in polizza assicurativa sulla vita del quadro normativo attuale, benché presenti – a detta dello stesso Giudice delle leggi - «squilibri, sproporzioni e disarmonie». Da un lato, il monito rivolto al legislatore per un suo sollecito e organico intervento riformatore è una pistola carica a salve: se davvero la Corte costituzionale non ha modo di intervenire sul compasso edittale del reato, non potrà farlo neppure in futuro e, dunque, perché mai il legislatore (tanto più *questo* legislatore) dovrebbe attivarsi? Dall'altro, l'onda di risacca dell'argomentazione rinunciataria della Corte ipotizza l'esito delle questioni di costituzionalità che verranno, salvando così la dosimetria sanzionatoria di altri reati collegati all'ingresso e al soggiorno illegale dello straniero: come, puntualmente, è poi accaduto con le sentenze nn. 236/2008 e 156/2009¹⁹¹.

L'ultima ragione di preoccupazione è ancora più profonda. Attiene all'insidiosa distinzione tra titolarità formale ed effettivo godimento nei diritti dello straniero all'interno della giurisprudenza costituzionale: respinta per talune situazioni di libertà¹⁹²; giustificata per altre¹⁹³; affermata ma *non* giustificata per il

di rimediare alle irragionevolezza intrinseche pur presenti nel vigente sistema sanzionatorio, insufficienza di una ablazione del solo minimo edittale della pena (con conseguente riespansione della regola generale che fissa in 15 gg. la misura base della reclusione).

Commentano la sentenza n. 22/2007, con accenti critici, D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 181 ss.; G. SAVIO, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale*, cit, 81 ss.

¹⁹⁰ Segnalo, tuttavia, come troppo sbrigativa la rinuncia della Corte – nella sentenza n. 22/2007 – alla tecnica decisoria adoperata con successo in occasione dell'annullamento del minimo edittale del reato di oltraggio (sentenza n. 341/1994), che fin da subito mi parve una feconda soluzione sussumibile a regola generale: A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.

Tale rinuncia viene motivata (anche) con l'«evidente anacronismo di una sanzione penale (riferita al reato di oltraggio a pubblico ufficiale) legata ad una concezione autoritaria precedente alla Costituzione e con questa apertamente in contrasto». Il che non ha impedito all'art. 1, comma 8, della recentissima L. n. 94 del 2009 di reintrodurre il reato di oltraggio, sanzionato con la reclusione fino a tre anni, aggravabile se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato: a proposito di quanto *questo* legislatore sia sensibile ai moniti della Corte costituzionale.

¹⁹¹ La sentenza n. 236/2008 dichiara inammissibile la questione di costituzionalità del trattamento sanzionatorio e (questa volta anche) processuale del reato di mancato adempimento all'ordine di allontanamento (art. 14, commi 5-ter e 5-quinquies, t.u. imm.). La sentenza n. 156/2009, dichiarando la manifesta inammissibilità della *quaestio* sollevata, salva il trattamento sanzionatorio del reato di indebito reingresso nel territorio dello Stato da parte di straniero già espulso in precedenza (art. 13, comma 13, t.u. imm.)

¹⁹² Esemplificando, è il caso del diritto alla vita (sentenza n. 54/1979), alla libertà personale (sentenze nn. 105/2001, 78/2007), alla salute (sentenze nn. 252/2001), a determinate provvidenze assistenziali come l'indennità di accompagnamento (sentenza n. 306/2008) e la pensione di inabilità (sentenza n. 11/2009).

diritto alla tutela giurisdizionale, dove la Corte costituzionale concede ampio margine di manovra alla discrezionalità legislativa entro i mobili confini della non manifesta irragionevolezza. Se non si vuole cadere nella trappola di una «normativa rinnegante»¹⁹⁴ è necessario verificare se e quando una simile distinzione, che si traduce in una concreta *deminutio* delle garanzie giurisdizionali dello straniero, abbia una plausibile tenuta costituzionale.

La distinzione non può riposare sulla teoria dottrinale che assume la cittadinanza come elemento condizionante la titolarità dei diritti fondamentali, perché – come già illustrato¹⁹⁵ – la giurisprudenza costituzionale è da tempo approdata a diversa conclusione.

Ricerca semmai un aggancio nel «corretto bilanciamento dei valori in gioco» rimesso al legislatore, di cui la Corte si riserva una verifica di ragionevolezza in seconda battuta¹⁹⁶. A parte le contraddittorie oscillazioni sul punto presenti nella stessa giurisprudenza costituzionale¹⁹⁷, è sul piano concettuale che tale strategia argomentativa non convince. Le diverse garanzie nelle quali la tutela giurisdizionale concretamente si declina, infatti, non possono che restare *fuori* da un bilanciamento legislativo con altri beni o valori di pubblico interesse. Vale per la riserva di giurisdizione, perché «non è un *principio* suscettibile di convivere problematicamente con altri, è una *regola* che può essere solo rispettata o violata»¹⁹⁸. Vale per il diritto alla difesa in giudizio, perché «la possibilità di fronteggiare le accuse può garantirsi soltanto non opponendo ostacoli all'espletamento delle attività processuali dell'interessato»¹⁹⁹. In generale, il bilanciamento tra diritti dello straniero e finalità perseguite attraverso le misure di allontanamento dal territorio dello Stato non può che presupporre un'espulsione

¹⁹³ Il caso più evidente è quello del diritto di soggiorno, dove è la diversità dei rapporti esistenti con lo Stato a fare la differenza tra cittadino e straniero circa la sua titolarità (cfr. sentenze nn. 244/1974, 62/1994)

¹⁹⁴ L'espressione è di Italo Mereu, che l'adoperava per indicare la tecnica legislativa di porre nello stesso contesto legislativo - o in testi diversi - due principi fra loro opposti, lasciando a chi detiene il potere la possibilità di valersi dell'uno o dell'altro e trovando per entrambe le applicazioni motivi dialetticamente appaganti.

¹⁹⁵ Vedi *supra* § 2. La tesi dottrinale cui si allude nel testo è argomentata, in più luoghi, da Alessandro Pace: per tutti, ID, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova, 2003, 10-12. La sua assunzione, peraltro, non porterebbe certo ad escludere una titolarità da parte dello straniero di una effettiva tutela giurisdizionale, in considerazione dei numerosi obblighi internazionali che la prescrivono (ed ai quali la legge nazionale deve conformarsi, *ex artt.* 10, comma 2, e 117, comma 1, Cost).

¹⁹⁶ Cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 353/1997 (anche per la citazione) e n. 161/2000.

¹⁹⁷ Non mancano, infatti, prese di posizione perentorie nell'escludere che la tutela giurisdizionale dello straniero possa essere sacrificata sull'altare della sicurezza e dell'ordine pubblico compromessi da flussi migratori incontrollati: cfr. sentenza n. 222/2004, ma anche n. 34/1995.

¹⁹⁸ M. CUNIBERTI, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 57.

¹⁹⁹ S. CARNEVALE, *Stranieri al processo*, cit., 115

o un respingimento *legittimi*: ma per verificare tale condizione è necessario assicurare al soggetto espulso o respinto una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Amputata di tale verifica, dunque, ogni bilanciamento si rivela improprio sul piano giuridico costituzionale. Semmai, ritenere l'effettività della tutela giurisdizionale un valore interno al bilanciamento legislativo traduce in tecnica di normazione e di sindacato costituzionale quella *doxa* dominante – che abbiamo imparato a conoscere bene – per la quale le garanzie giurisdizionali dello straniero rappresentano solo un intralcio alla funzionalità degli apparati di coercizione.

Verifichiamo, allora, altre giustificazioni possibili. Di una «differenza di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche», che possano legittimare un diverso trattamento nel godimento dei medesimi diritti tra cittadino e non cittadino, la Corte costituzionale ha ragionato per la prima volta nella sentenza n. 104/1969. E' forse possibile, su questa duplice base, fondare anche la distinzione tra titolarità e godimento del diritto alla tutela giurisdizionale per lo straniero? L'argomento secondo cui discrezionali «valutazioni giuridiche» del legislatore sarebbero sufficienti alla bisogna è, da tempo, criticato in dottrina per la sua insoddisfacente autoreferenzialità²⁰⁰. Così come è di tutta evidenza che le «differenze di fatto» tra cittadino e non cittadino capaci di giustificare il diseguale godimento di diritti comuni ad entrambi²⁰¹ non possono essere precostituite dalla legge, se non si vuole cadere in un gioco di specchi deformanti dove il legislatore crea quelle stesse differenze, cui poi si appella per giustificare la legittimità costituzionale delle proprie successive scelte discrezionali²⁰².

E' dunque esclusivamente una fattuale diversità, originaria e non legislativamente derivata, che può fondare una ragionevole differenziazione di trattamento giuridico tra le condizioni di cittadino e straniero rispetto a diritti

²⁰⁰ Lo Stato, obbligato a non discriminare irragionevolmente lo straniero, sarebbe abilitato ad introdurre quelle stesse valutazioni giuridiche idonee a legittimare un diverso trattamento tra cittadino e non cittadino. E' una circolarità viziata che rivela quanto sia pericoloso considerare autosufficienti «valutazioni giuridiche» discrezionali del legislatore: cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 219 (che poi dimostra come la sentenza n. 104/1969, letta nella sua integralità, non giustifichi una simile interpretazione assolutoria per le scelte legislative).

Il pericolo si può forse evitare nel caso delle garanzie giurisdizionali dello straniero. Argomentando dall'art. 2, comma 5, t.u. imm., si potrebbe infatti sostenere che la titolarità del diritto alla tutela giurisdizionale è già riconosciuta come eguale tra cittadino e straniero e che, dunque un differente trattamento normativo *non può* far leva su «valutazioni giuridiche» legate allo *status* di non cittadinanza, ma dovrà trovare *aliunde* la propria ragione giustificativa.

²⁰¹ E' quanto la Corte costituzionale ha più volte riconosciuto: *ex plurimis*, in tema di detenzione per mancata cauzione (sentenza n. 120/1967), in tema di diritto al lavoro (sentenza n. 144/1970), in tema di difesa dei non abbienti (sentenza n. 219/1995).

²⁰² Lo stesso sindacato di costituzionalità ne verrebbe imbrigliato: se infatti le differenze di fatto traessero origine da scelte di politica legislativa, «allora come potrebbe il giudizio di ragionevolezza esercitato dalla Corte uscire da una logica tutta interna alle opzioni politico-giuridiche, e soprattutto evitare che la garanzia dei diritti fondamentali degli stranieri sia affidata, in definitiva, alla sola congruità delle soluzioni offerte dal legislatore?» (F. CERRONE, *Identità civica*, cit., 458).

costituzionali di cui siano entrambi titolari. E' una risposta che può risultare appagante per lo statuto di molte situazioni soggettive di libertà. Non però per la tutela giurisdizionale: è, infatti, operazione impossibile rintracciare *elementi di fatto* capaci di spiegare perché per lo straniero - ad esempio - i termini a ricorrere possano essere strozzati fino all'inverosimile; i provvedimenti coercitivi della sua libertà personale possano essere assunti in via ordinaria dall'amministrazione e, in alcuni casi, in assenza di convalida giurisdizionale; le esigenze di difendersi in giudizio non svolgano alcun ruolo nella decisione se concedere o meno il nullaosta all'espulsione dello straniero imputato. In assenza di elementi di fatto, la distinzione tra titolarità formale ed effettivo godimento nelle garanzie giurisdizionali si radica, alla fine, sul semplice *status* giuridico di straniero, rivelando così tutta la sua insostenibile carica discriminatoria.

Non resta che avanzare un'ipotesi esplicativa, interamente giocata sul piano della politica del diritto. La distinzione tra titolarità formale ed effettivo godimento del diritto alla tutela giurisdizionale appare, anche agli occhi dei giudici costituzionali, un compromesso pragmatico. A sorreggerlo è la logica del male minore²⁰³, che pure dovrebbe essere estraneo al sindacato di costituzionalità, dove non esiste un sistema chiuso in cui le opzioni disponibili per la scelta non possono essere messe in discussione: se incostituzionali, invece, i termini legislativi delle questioni affrontate dalla Corte sono passibili di ablazione. Di più. La logica del calcolo, implicita nel criterio del male minore, trasforma il sindacato di costituzionalità in un problema computazionale di misurazione dei diritti e delle loro garanzie come fossero algoritmi o *trend* statistici delle scienze sociali. Ma soprattutto – ed è l'insidia maggiore - l'approccio apparentemente pragmatico del criterio del male minore naturalizza forme di ingiustizia fornendone l'argomento principale di giustificazione, con l'effetto di abituare tutti (legislatore, giudici, opinione pubblica) ad accettare in generale il male in sé, perché «chi sceglie il male minore dimentica rapidamente di aver scelto a favore di un male».

Fino a quando l'effettività della tutela giurisdizionale non recupererà terreno all'interno della giurisprudenza costituzionale, il problema della misura delle garanzie giurisdizionali accordate ad un immigrato irregolare o clandestino, al di là della sua titolarità formale, è destinato a riproporsi con tutti i suoi insidiosi corollari.

12. La non irresistibile tenuta dei due argini a garanzia della legalità costituzionale, induce il legislatore a proseguire per il suo corso, senza indugi. Invece di dare seguito ai moniti della Corte e del terzo occhio, rincara la dose approvando la legge n. 94 del 2009, attraverso la quale i meccanismi di allontanamento dello straniero vengono ulteriormente lubrificati. A questo servono l'introduzione del reato di ingresso e di soggiorno illegali e la relativa

²⁰³ Sulla quale, in una prospettiva storico filosofica, vedi ora E. WEIZMAN, *Il male minore*, a cura di N. Perugini, Edizioni Nottetempo, 2009, da cui riprendo – quasi alla lettera – alcune riflessioni preoccupate, opportunamente adattate. La citazione virgolettata è di Hanna Arendt.

procedura penale *ad hoc* davanti al giudice di pace (art. 1, commi 16 e 17), il prolungamento fino a sei mesi della durata del trattenimento nei CIE (art.1, comma 22, lett. *l*), l'estensione e l'inasprimento edittale dei reati collegati al mancato adempimento delle misure espulsive (art. 1, comma 22, lett. *m*), l'estensione delle possibilità di ricorso all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva (art. 1, comma 22, lett. *o*), la contrazione dei casi di divieto di espulsione e respingimento (art. 1, comma 22, lett. *p*), l'introduzione di una sorta di espulsione "a punti" conseguente alla perdita dei crediti dell'accordo di integrazione che lo straniero è ora obbligato a stipulare con lo Stato (art. 1, comma 25). La bussola resta sempre la stessa: «*purché se ne vadano*».

Si tratta di una politica dell'immigrazione che continua a seguire coordinate antiche²⁰⁴. Coordinate tanto muscolari quanto impotenti, come dimostra – meglio di ogni dato statistico sui flussi immigratori – l'intuizione di chi ci racconta gli immigrati come moderni *invincibili*: se «invincibili sono quelli che non si lasciano abbattere, scoraggiare, ricacciare indietro da nessuna sconfitta», allora «invincibili per noi sono i migratori, quelli che attraversano il mondo a piedi per raggiungerci, e non si fanno fermare da nessuna espulsione, da nessun naufragio, da nessun campo di concentramento chiamato da noi, per non disturbarci troppo le orecchie, Centro di Permanenza Temporanea». Se il destino sta nel nome che diamo alle cose, allora «le miriadi di donne e di uomini, che si spostano a piedi per il mondo e così spostano il mondo, non possono essere fermati»²⁰⁵. Quelle che il legislatore si ostina a seguire sono anche coordinate performative, perché capaci sul piano sociale di creare linguaggio, mentalità e costume²⁰⁶, mentre sul piano ordinamentale sperimentano sugli immigrati regimi giuridici speciali e separati, domani esportabili in altri ambiti egualmente sensibili. Certamente, si tratta di coordinate che non hanno risolto il problema affrontato, né lo risolveranno. Ma quando tutte le soluzioni tentate danno risultati sbagliati, l'errore è allora nell'impostazione del problema. Servirebbe dunque una discontinuità legislativa nella disciplina dei meccanismi di allontanamento dello straniero.

²⁰⁴ Come dimostrano i recenti studi di storia del diritto condotti da M. PIFFERI, *La doppia negazione dello ius migrandi tra otto e novecento*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro*, cit., 47 ss.; ID., *L'illusione della libertà. Alle origini del diritto "negato" di emigrare*, in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano, 2009, 321 ss. Davvero impressionanti le analogie (nella strumentazione giuridica costruita, nelle politiche di esclusione perseguite, nella suggestionabilità interessata dell'opinione pubblica) tra quanto accaduto ieri e quanto oggi accade.

²⁰⁵ E. DE LUCA, *Chisciotte e gli invincibili*, Fandango Libri, Roma, 2007, 7 e 9.

²⁰⁶ Profilo, questo, da noi sbrigativamente ricondotto a meri eccessi verbali o ridimensionato a singoli episodi non generalizzabili, mentre viene con preoccupazione monitorato e segnalato dal terzo occhio: cfr. Risoluzione del Parlamento UE, 14 gennaio 2009, punto 80; Rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, (Thomas Hammarberg), cit., punti 11-13, 15, 18, 19.

Dubito che tale discontinuità legislativa possa coincidere con l'attuazione della già citata Direttiva comunitaria 2008/115/CE in tema di rimpatri.

La direttiva prevede la possibilità che gli stati membri decidano di non applicarne le prescrizioni agli stranieri «sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale» (art. 2.2. lett. *b*). Nasce proprio da qui la scelta di introdurre *oggi* il reato di ingresso e di soggiorno illegali, al fine di allargare nella misura massima possibile l'area degli stranieri rimpatriandi cui non garantire *domani* il sistema di allontanamento tracciato dalla direttiva, più flessibile e meno coercitivo di quello vigente in Italia²⁰⁷. Si tratta però di un'opzione interpretativa che va respinta, se non si vuole ridurre la direttiva ad un guscio vuoto: ecco perché il suo art. 2.2. lett. *b*) va riferito a reati *diversi* da quello di immigrazione clandestina²⁰⁸.

Tuttavia, anche accogliendo tale interpretazione correttiva, resta il fatto che la legislazione italiana contempla già molti altri reati artificiali per i quali è prevista l'espulsione del condannato a titolo di sanzione sostitutiva: a tutti questi stranieri il legislatore nazionale in sede di attuazione della direttiva, facendo leva sul citato art. 2.2. lett. *b*), potrebbe negare l'applicazione delle relative prescrizioni. Di più. La direttiva indica, tra i cittadini di paesi terzi cui le sue prescrizioni possono non applicarsi, anche gli stranieri respinti alla frontiera²⁰⁹, come da noi già accade in base all'art. 10 del testo unico sull'immigrazione. Volendolo, in sede di attuazione della direttiva CE sui rimpatri il legislatore nazionale è, quindi, nelle condizioni di ridurre massicciamente l'ambito soggettivo di applicazione.

13. Dunque è una scelta di politica del diritto alternativa, quella che va richiesta al Parlamento italiano.

E' vero che, fino ad oggi, si è registrata una sostanziale continuità di fondo nelle scelte legislative relative ai meccanismi di allontanamento dello straniero e della correlata tutela giurisdizionale, dove le opzioni delle maggioranze di centrodestra hanno (di molto) inasprito istituti e regole ordinamentali a suo tempo introdotti dalle maggioranze di centrosinistra. Eppure cambiare si deve. E presto, perché è come se, in tutti questi anni, una petroliera avesse continuato a scaricare in mare aperto e non sappiamo quanti ne occorreranno per ripulire tutto.

²⁰⁷ Il rilievo non è un processo alle intenzioni: è stato il Ministro Maroni ad affermare che, sull'introduzione immediata del reato di immigrazione clandestina, «il Governo insiste, pur prevedendo una pena pecuniaria e non detentiva, perché la direttiva europea stabilisce che la regola per l'allontanamento dei cittadini extracomunitari sarà l'invito ad andarsene e non l'espulsione, a meno che il provvedimento di espulsione sia conseguenza di una sanzione penale» (cfr. Comitato parlamentare Schengen, Audizione de 15 ottobre 2008, cit., 4)

²⁰⁸ La critica e la soluzione interpretativa alternativa sono acutamente prospettati da P. MOROZZO della ROCCA, *Il diritto dell'immigrazione ed i malintesi sensi (degli obblighi) dell'integrazione*, in *Corr. giur.*, 2009, fasc. 4, 448 nota 21.

²⁰⁹ Art. 2.1 lett. *a*).

Per riuscirci, serve la doppia consapevolezza che il problema di fondo di ogni politica di rimpatrio «consiste non nel *come* espellere ma nel *chi* espellere (ché il secondo profilo condiziona in modo decisivo il primo)»²¹⁰, così come «è il modo in cui viene definita la regolarità a produrre e incentivare l'irregolarità»²¹¹. Partendo da qui diventa possibile, innanzitutto, indicare i veri nodi da sciogliere per approdare ad un governo del fenomeno che non produca un'immigrazione illegale ingestibile nelle forme imposte dalla Costituzione: 1) la previsione di più realistiche quote d'ingresso da programmare obbligatoriamente ogni anno (mentre oggi, dopo la legge Bossi-Fini, il governo può anche decidere di azzerare qualsiasi flusso in entrata²¹²), in luogo di periodiche sanatorie (che alimentano nuova irregolarità, quella di chi è escluso dal provvedimento di sanatoria); 2) l'abrogazione del reato di immigrazione clandestina che (oltre ad accomunare irregolare e clandestino nella categoria di straniero che delinque) è destinato a provocare un'impennata del numero di soggetti da allontanare; 3) la possibilità di sanare *in itinere* lo stato di irregolarità a condizioni legislativamente prestabilite (evitando così lo schiacciamento attuale dell'immigrazione irregolare su quella clandestina); 4) l'estensione di accordi di riammissione con i paesi d'origine (condizionandoli al rispetto dei diritti fondamentali dello straniero rimpatriato)²¹³.

Ridotto in tal modo la massa critica di stranieri passibili di espulsione o respingimento, diventa realistico modularne diversamente i meccanismi di allontanamento: 5) privilegiandone l'esecuzione in forma obbligatoria e non coattiva (come indicato anche dalla Direttiva CE sui rimpatri); 6) assicurando le esigenze di un controllo rafforzato dello straniero in attesa di espulsione mediante misure pre-cautelari già vigenti nell'ordinamento; 7) ridimensionato il ricorso all'accompagnamento coattivo, diventa conseguentemente possibile ricondurre la misura del trattenimento nei CIE ad *extrema ratio*, contenendone la durata entro termini costituzionalmente compatibili e normandone legislativamente le modalità di esecuzione.

²¹⁰L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni. (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, fasc. 1, 21 (corsivi non testuali).

²¹¹G. MOSCONI, *Immigrazione, controllo sociale e carcere in Italia*, in *Antigone*, 2006, n.3, 98.

²¹²L'abrogazione operata dalla legge Bossi-Fini dell'ultimo periodo dell'art. 3, comma 4, t.u. imm., ha consegnato al Governo le chiavi d'ingresso nel territorio nazionale: decidendo di non emanare alcun decreto di programmazione dei flussi annuali, il Governo chiude ora le frontiere, a prescindere da qualsiasi previa deliberazione parlamentare. Vigente la norma abrogata, invece, l'omissione governativa veniva colmata in automatico, individuandosi le quote annuali d'ingresso mediante rinvio ai decreti flussi dell'anno precedente.

²¹³ Condizione, invece, pretermessa nel recente accordo italo-libico frutto di un'attività diplomatica che ha coinvolto governi di centrosinistra e di centrodestra: cfr. Rapporto di *Human Rights Watch*, *Scacciati e schiacciati*, cit., capitoli X-XVI. Per un'analisi critica (documentatissima) dell'intera vicenda cfr. C. FIORAVANTI, *Scatole cinesi. Quale controllo democratico sulla cooperazione italo-libica-europea in materia d'immigrazione?*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, vol. II, 539 ss.

La riduzione numerica degli stranieri da allontanare permetterebbe, finalmente, anche la piena giurisdizionalizzazione dei relativi meccanismi coattivi di rimpatrio, in obbedienza all'ortodossia costituzionale *dell'habeas corpus*, attraverso 8) l'attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di disporre il provvedimento di allontanamento (*ex art. 13, comma 2, Cost.*), salvo casi eccezionali di necessità e urgenza, tassativamente previsti dalla legge, giustificanti l'allontanamento amministrativo comunque sottoposto a convalida dell'autorità giudiziaria (*ex art. 13, comma 3, Cost.*).

Un altro quadro normativo è possibile²¹⁴. Soprattutto è necessario, per essere finalmente diversi da quello che siamo diventati: un ordinamento non più cieco al colore delle persone e dove lo straniero è punito in ragione della sua inferiorità giuridica. Ecco perché, invece di azzardare previsioni sul livello di xenofobia che il nostro paese rischia di raggiungere, inviterei tutti a guardare, senza indulgenza, a quanto è già successo; invece di eludere la realtà domandandoci «chissà dove andremo a finire», interrogiamoci piuttosto sul «dove siamo finiti». E' il primo passo per invertire di segno una legislazione che ci fa sempre più stranieri alla nostra Costituzione.

²¹⁴ La produzione di documenti dove ritrovare le linee guida per un differente ordinamento dell'immigrazione è copiosa: tra gli altri (oltre alle indicazioni contenute nelle Risoluzioni e nei Rapporti citati nel corso della presente indagine) vedi anche il Libro Verde della Commissione Europea sulla «*Politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri*», presentato dalla Commissione il 10 aprile 2002, in *Dir. imm. citt.*, 2002, fasc. 2, 205 ss.; Giuristi Democratici-ASGI, *Per una riforma della normativa in materia di immigrazione*, dicembre 2005, in www.asgi.it; MD-ASGI, *Per una legislazione giusta ed efficace sulla immigrazione*, 5 febbraio 2009, in www.magistraturademocratica.it. I punti proposti nel testo sono un ragionato (ancorché necessariamente schematico) compendio di tale vasta produzione documentale.