

UN (IN)ARRESTABILE INDEBOLIMENTO DELLE GARANZIE
COSTITUZIONALI NEI CONFRONTI DEGLI STRANIERI?*

CECILIA CORSI**

Sommario

1. Una breve premessa. - 2. Una lunga storia. - 3. Un presente che non rassicura. - 4. Libertà diverse?

Suggerimento di citazione

C. CORSI, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno “La Costituzione tra rigidità e trasformazioni” organizzato dalla rivista Osservatorio sulle Fonti il 18 maggio 2018 presso l’Aula Magna del Rettorato dell’Università degli Studi di Firenze.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli Studi di Firenze.
Contatto: cecilia.corsi@unifi.it

1. Una breve premessa

È ormai assodato, in dottrina e in giurisprudenza, che i diritti inviolabili sanciti dalla nostra Costituzione siano garantiti anche a coloro che non sono cittadini¹. Solo due categorie di situazioni soggettive sono riconosciute appieno, sia sul piano costituzionale che della normativa internazionale di diritto umanitario, unicamente a coloro che godono dello *status civitatis*. Si tratta del cd. diritto di incolato – del diritto cioè di far ingresso e permanere nel territorio dello Stato – e dei diritti politici, con particolare riferimento al diritto di voto.

Come noto, la possibilità di entrare e soggiornare sul suolo italiano è regolata, nel quadro della normativa europea, dalla legge ordinaria che disciplina procedure autorizzative *ad hoc*. Questo potere discrezionale del legislatore conosce, però, un limite importantissimo, perché, per coloro che si trovano nelle condizioni di aver diritto all'asilo, la Costituzione prefigura esplicitamente un diritto soggettivo all'ingresso e alla permanenza nel territorio statale². Inoltre, sulla base di altre disposizioni costituzionali, sono state individuate ulteriori situazioni (diritto all'unità familiare, diritto alla difesa, diritto alla salute, divieto di *refoulement*) che configurano un diritto all'ingresso o alla permanenza nel territorio italiano.

Nel rispetto della cornice costituzionale e della normativa sovranazionale, chi non gode dello status di cittadino è passibile, ovviamente nell'ambito dei limiti e delle garanzie stabiliti dalla legge, di essere espulso dal paese ospitante. È bene subito chiarire che le stesse procedure finalizzate all'espulsione devono svolgersi nel rispetto delle libertà costituzionali ed in particolare, se si viene ad incidere sulla libertà personale del soggetto, occorre che siano assicurate le garanzie dell'art.13 Cost., perché come ha avuto modo di ribadire anche la Corte costituzionale, l'irregolarità del soggiorno dello straniero (e l'essere quindi passibile di un provvedimento di rimpatrio) non comporta un affievolimento nella tutela della libertà fondamentali³.

¹ *Ex plurimis* M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997; E. GROSSO, *Straniero (status dello)*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, Utet, 1999; C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, Jovene, 2007; M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, Giuffrè, 2012.

² Ricordo inoltre il quarto comma dell'art. 10 che vieta l'estradizione dello straniero per motivi politici.

³ Vedi Corte cost., sentt. 24 febbraio 1994, n. 62; 10 aprile 2001, n. 105; 15 luglio 2004, n. 222. Cfr. C. FAVILLI, *I diritti dell'immigrato non regolarmente soggiornante*, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, a cura di P. BENVENUTI, L'Aquila, Il Sirente, 2008, pp. 291 ss.; F. SCUTO, *op. cit.* Cfr. anche la sentenza n. 245 del 2011 con la quale la Corte ha dichiarato illegittima la norma che richiedeva l'attestazione della regolarità del soggiorno per la celebrazione del matrimonio del cittadino straniero.

Se si scorre, però, la normativa passata e presente in tema di ingresso, soggiorno ed espulsione degli stranieri, si può constatare che il legislatore ha sovente calpestato le garanzie poste a tutela della libertà personale o violato il principio di eguaglianza⁴, come se nel momento in cui ci si appropinqua a disciplinare la libertà di circolazione e soggiorno degli stranieri (che non conosce le medesime garanzie dei cittadini) si potesse affievolire il rispetto di altri diritti che possono esservi coinvolti.

2. Una lunga storia

In questo paragrafo ci si limiterà a rammentare solo qualcuno dei principali nodi problematici che, nel corso degli anni, la legislazione sugli stranieri ha presentato, in quanto è venuta a limitare ripetutamente garanzie poste a tutela di diritti costituzionali; ci soffermeremo, poi, nel paragrafo successivo su alcune delle tante questioni ancora aperte.

La legge n. 40 del 1998 (Napolitano-Turco) nel disciplinare l'espulsione con accompagnamento alla frontiera, non prevedeva un intervento dell'autorità giudiziaria a convalida del provvedimento, benché esso incidesse non meramente sulla libertà di circolazione e soggiorno, ma anche sulla libertà personale trattandosi di una misura di carattere coercitivo. Solo dopo l'intervento del 2001 della Corte costituzionale⁵, il legislatore nell'aprile del 2002⁶ decise di intervenire sulla disciplina dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera disponendone la convalida da parte dell'autorità giudiziaria, ma con un procedimento *inaudita altera parte* e senza prevedere la sospensione dell'esecutività del provvedimento espulsivo in attesa dell'esito del procedimento di convalida. Nel luglio dello stesso anno con l'approvazione della legge Bossi-Fini fu generalizzato l'accompagnamento alla frontiera tanto da configurarlo come modalità "normale" di esecuzione del provvedimento espulsivo⁷, con la conseguenza

⁴ Vasta è la letteratura sul riconoscimento del principio di eguaglianza agli stranieri; *ex multis*: M. CUNIBERTI, *op. cit.*, B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, (Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009), Napoli, 2010, p. 224 ss.: C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2014; P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, (Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009), Napoli, Jovene, 2010, p. 61; A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, www.associazionedeicostituzionalisti.it. Cfr. F. SORRENTINO, *Uguaglianza e immigrazione*, in *La Repubblica e le migrazioni*, a cura di L. RONCHETTI, Milano, Giuffrè, 2014, p. 118.

⁵ Corte cost. sent. 10 aprile 2001, n. 105.

⁶ D.l. 4 aprile 2002 n. 51 conv. con l. 7 giugno 2002, n. 106.

⁷ Già questo poneva dei problemi di rispetto del terzo comma dell'art. 13 Cost. che pretende che l'intervento ex ante dell'attività di pubblica sicurezza sia possibile solo in casi eccezionali di necessità e urgenza.

di rendere ancora più eclatante il mancato rispetto delle garanzie di cui all'art. 13 Cost.⁸

Inoltre a seguito di questa generalizzazione della immediata esecutività dei provvedimenti espulsivi, la novella del 2002 modificò anche le modalità di tutela giurisdizionale, prevedendo che avverso il decreto di espulsione potesse essere presentato unicamente ricorso al tribunale in composizione monocratica del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione nel termine di sessanta giorni dalla data del provvedimento. Ovviamente, la stragrande maggioranza dei ricorsi poteva essere presentata solo dall'estero.

Risultò immediatamente evidente che la questione dell'effettività della tutela giurisdizionale si poneva in tutta la sua gravità: sia l'esito della convalida dell'accompagnamento alla frontiera che del ricorso contro il decreto di espulsione arrivavano quando ormai il soggetto aveva abbandonato il territorio italiano rendendo del tutto vana la difesa dei propri diritti⁹.

Ancora una volta fu la Corte costituzionale ad intervenire e con la sentenza n. 222 del 2004, dichiarò che contrastava con l'art. 13, terzo comma cost. consentire che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera fosse eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria e dichiarò inoltre che il procedimento di convalida non rispettava il diritto di difesa dello straniero ad essere ascoltato dal giudice con l'assistenza di un difensore. Fu quindi necessario un nuovo intervento del legislatore¹⁰, il quale dette vita a misure fra le più "dure" nei confronti degli stranieri. Se finalmente fu prevista la sospensione dell'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale fino alla decisione sulla convalida e fu riscritto il procedimento di quest'ultima, dall'altro fu rafforzato in modo spropositato l'apparato sanzionatorio per mancato rispetto della misura espulsiva¹¹ al fine anche di consentire

⁸ Con la legge Bossi-Fini inizia anche un processo di criminalizzazione dello straniero irregolarmente presente sul territorio italiano; furono previste sanzioni per coloro che si trattenevano nel territorio dello Stato in violazione di un ordine di espulsione e furono inasprite le sanzioni per il reato di reingresso.

⁹ Ovviamente la questione della tutela giurisdizionale contro i provvedimenti espulsivi immediatamente esecutivi si poneva negli stessi termini anche sotto il vigore della legge Napolitano-Turco, ma essendo stato generalizzato l'accompagnamento coattivo il problema era divenuto ancora più dirimente.

¹⁰ D.l. 14 settembre 2004, n. conv. in l. 12 novembre 2004 n. 271.

¹¹ Quel processo di criminalizzazione dello straniero irregolarmente presente sul territorio italiano avviato con la Bossi-Fini, proseguì con il d.l. 14 settembre 2004, conv. in l. 12 novembre 2004, n. 271 che giunse ad inasprire irragionevolmente le pene per il mancato rispetto della misura espulsiva e per il reato di reingresso, e che trovò poi il suo acme nel cd. pacchetto sicurezza del 2008-09 il quale, oltre ad innalzare ulteriormente le pene per mancato rispetto dell'ordine di allontanamento, introduceva una nuova fattispecie di reato: l'ingresso e soggiorno illegali nel territorio dello Stato (art. 10*bis* TU imm.) e una nuova aggravante "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale".

l'applicazione della detenzione cautelare agli immigrati inottemperanti all'ordine di allontanamento¹², ed - in una chiara ottica di indebolimento delle garanzie nei confronti degli stranieri - fu devoluto alla competenza del giudice di pace il contenzioso relativo all'allontanamento degli stranieri.

Forti preoccupazioni suscitava l'utilizzo dello strumento penale come mezzo di controllo dei flussi migratori e non vi era dubbio che il quadro normativo emergente da questa stratificazione di interventi normativi presentasse plurimi profili di contrasto con le garanzie fondamentali stabilite dalla nostra Costituzione. La stessa Corte costituzionale nella sentenza 2 febbraio 2007, n. 22 rilevava che il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni succedutesi negli ultimi anni presentava squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa. La Corte proseguiva però rilevando che, nel caso in esame, un suo eventuale intervento di riequilibrio non avrebbe potuto in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore, ma che la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esimeva questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate.

Sebbene la Corte avesse posto ben in evidenza le irragionevolezza del quadro legislativo, pronunciò una sentenza con la quale dichiarò l'inammissibilità delle questioni sollevate, in "osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale". Peraltro in dottrina non si mancò di rilevare una certa (eccessiva?) cautela da parte della Corte nell'esercitare un controllo sulla discrezionalità legislativa rispetto alla tendenza ad una progressiva delega alla giustizia penale di compiti di controllo dei flussi migratori¹³.

¹² Ricordo che con sent. 223 del 2004, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità dell'arresto obbligatorio nei confronti dello straniero inottemperante all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale, trattandosi di reato meramente contravvenzionale. In tutta risposta il legislatore trasformò il reato da contravvenzione a delitto e inasprì significativamente le pene.

¹³ Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 3, p. 14 che si chiede se questo *self-restraint* della Corte " - certamente comprensibile dal punto di vista istituzionale, stante la preoccupazione della Corte di evitare di entrare in rotta di collisione con scelte 'di profilo' dell'attuale maggioranza politica - sia una soluzione obbligata, ovvero se siano ipotizzabili spazi più ampi di controllo sulle scelte del legislatore, nel rispetto beninteso dei limiti connaturati al sindacato di legittimità costituzionale". Cfr. 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, pp. 181; G. SAVIO, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle leggi?*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2007, pp. 81 ss.

Anche di fronte alla scelta del legislatore del 2004 di devolvere la convalida dei provvedimenti espulsivi immediatamente esecutivi e i ricorsi contro gli stessi, nonché la convalida dei trattenimenti nei Centri di permanenza temporanea al giudice di pace, la Corte costituzionale con ord. 17 marzo 2006, n. 109 respinse le questioni sollevate dal giudice *a quo* affermando che sebbene il provvedimento di accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica, «inerisca alla materia regolata dall'art. 13 Cost., “in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione...”, costituisce pur sempre una modalità esecutiva, adottata dall'autorità di pubblica sicurezza, dell'espulsione amministrativa e non può, dunque, per natura e funzione, essere assimilata alle misure pre-cautelari e cautelari penali che, in base alle citate lettere *b*) e *c*) dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 274 del 2000, restano escluse dalla competenza del giudice di pace in materia penale». La Corte dichiarò quindi la manifesta inammissibilità della questione in quanto “la scelta di attribuire al giudice di pace la competenza sul giudizio di convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera rientra comunque nell'esercizio, non arbitrario o non manifestamente irragionevole, della discrezionalità legislativa”.

In realtà l'attribuzione di siffatte competenze al giudice di pace non è consona né alla sua fisionomia né al suo ruolo, sia con riferimento alla dimensione conciliativa che alla prospettiva deflattiva che sono state alla base della sua istituzione¹⁴. Inoltre, come è stato sottolineato, “quando è in gioco l'*habeas corpus* il significato costituzionale della riserva di giurisdizione impone di attribuire le relative competenze al giudice professionale, ossia a un magistrato che, svolgendo l'attività giudiziaria in via esclusiva e non temporanea, ha un profilo ordinamentale in grado di esercitare un controllo ‘forte’ sulla legittimità della coercizione personale provvisoria disposta dall'autorità di polizia”¹⁵.

L'apice dell'indebita strumentalizzazione del diritto penale a finalità di controllo dei flussi migratori¹⁶ si ebbe con il cd. pacchetto sicurezza che introdusse

¹⁴ A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 3, pp. 13 ss.

¹⁵ *Ivi*, p. 23.

¹⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione*, cit., p. 14: “un simile processo di progressiva delega alla giustizia penale della responsabilità ultima del controllo dei flussi migratori, attraverso ... sanzioni...anche contro gli stessi immigrati irregolari, pone con forza il problema della congruità di questa scelta strategica con i *principi costituzionali* in materia penale, ed assieme seri interrogativi sulla stessa *effettività* dello strumento penale rispetto agli scopi che il legislatore persegue”. Cfr. anche G. BASCHERINI, *Note sulla penalizzazione delle irregolarità migratorie. Though this be madness, yet there is method in't*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2010, pp. 3 ss. Cfr. p. 33: le riforme in materia di immigrazione operate dal “pacchetto sicurezza” spingono verso logiche “orientate a una criminalizzazione della marginalità e che alimentano un'attitudine diffusa pronta a individuare in ogni straniero un potenziale clandestino ed in ogni clandestino un potenziale pericolo”.

il reato di ingresso e soggiorno illegali nel territorio dello Stato¹⁷, nei confronti del quale, però, con una criticata e criticabile sentenza¹⁸, la Corte respinse la questione di costituzionalità affermando, in estrema sintesi, che la penalizzazione di una condotta è scelta del legislatore non sindacabile da parte della Corte (salvo si tratti di scelta manifestamente illegittima o arbitraria) e che nel caso di specie è evidente che il bene giuridico protetto è l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori e che la fattispecie non penalizza una mera condizione personale o sociale, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti e che la Corte non è legittimata a sindacare la norma sotto il profilo del rapporto costi/benefici o dell'efficacia¹⁹.

Un paio d'anni più tardi sulla disposizione dell'art.10 *bis* fu chiamata ad intervenire anche la Corte di giustizia, che con la sentenza *Sagor*²⁰ ne asseverò solo la parziale incompatibilità con la direttiva rimpatri. Senza entrare nei dettagli della sentenza, ciò che interessa sottolineare è che nonostante l'apparente 'salvataggio' della contravvenzione di clandestinità di cui all'art. 10*bis* TU imm. da parte della Corte - il meccanismo delineato dal legislatore del 2009 subì un nuovo colpo ad opera del giudice eurounitario²¹.

Finalmente a seguito dell'entrata in vigore della direttiva rimpatri²², e poi della sentenza *El Didri* della Corte di giustizia²³ che era giunta a dichiarare la contrarietà alla direttiva della disposizione (art. 14, comma 5*ter* TU imm.) che prevedeva "l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese

¹⁷ Art. 10*bis* del TU imm. aggiunto dall'art. 1, comma 16, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

Ricordo ancora l'introduzione con d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. con l. 24 luglio 2008, n. 125 di una nuova aggravante "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale", poi dichiarata illegittima dalla Corte con sentenza n. 249 del 2010.

¹⁸ Corte cost. sent. 8 luglio 2010, n. 250.

¹⁹ Per un inquadramento critico della sentenza cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione*, cit., pp. 25 ss.; L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Dir. imm. citt.* 2010, n. 3, pp. 38 ss.; A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 1202 ss.; C. MAZZUCATO, *Il reato di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato. La posizione della Corte Costituzionale e i persistenti dubbi di legittimità riguardo a una norma "lucidamente incoerente"*, in *Gli stranieri*, 2010, pp. 119 ss.

²⁰ Sent. 6 dicembre 2012, causa C-430/11.

²¹ Vedi F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.* 2012.

²² Dir. 2008/115/CE del 16 dicembre 2008. Sull'inerzia del nostro legislatore a conformare la normativa interna alla direttiva cfr. F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 560 ss.; C. GABRIELLI, *La mancata attuazione della direttiva rimpatri 2008/115/CE ed il "governo dei giudici" in attesa dell'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia*, in *Gli stranieri*, 2011, n. 1, pp. 33 ss.; C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 706 ss.

²³ CGUE, sent. 28 aprile 2011, causa C-611/11.

terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo”²⁴, è stato necessario rivedere tutta la normativa sull’espulsione. Con d.l. n. 89 del 2011 convertito con modifiche con l. 2 agosto 2011, n. 129²⁵ sono stati novellati alcuni articoli del testo unico recependo così finalmente la direttiva europea e addivenendo anche ad eliminare taluni dei profili palesemente lesivi dei diritti delle persone da espellere, anche se questioni di conformità della nostra legislazione sull’allontanamento dello straniero sia al testo costituzionale, sia alla normativa europea tuttora permangono²⁶.

Non è questa la sede per analizzare la nuova disciplina introdotta col predetto decreto legge, reso necessaria per adeguarsi alla cornice normativa europea, ciò che occorre rimarcare è che se alcune delle principali storture e distorsioni della legislazione previgente sono state finalmente eliminate, tutt’oggi permane un quadro legislativo non sempre in asse né col testo costituzionale, né con la direttiva rimpatri. Per molti versi le garanzie dell’art. 13 Cost. e certi indirizzi della direttiva rimpatri non risultano pienamente rispettati; basti pensare al terzo comma dell’art. 13 del TU imm. che tutt’ora indica l’accompagnamento alla frontiera come la modalità ordinaria di esecuzione dell’espulsione.

Attraverso questa ricostruzione, sia pur per sommi capi, delle linee generali dell’evoluzione della normativa in tema di espulsione dello straniero si è semplicemente inteso offrire una esemplificazione di come la regolamentazione sulla circolazione e sul soggiorno degli stranieri (sotto il profilo dell’allontanamento dal territorio dello stato) abbia conosciuto e conosca un affievolimento di altri diritti fondamentali (*in primis* artt. 3, 10, 13, 24 Cost.) ad esso connessi. Se gli interventi della Corte costituzionale o della Corte di giustizia sono riusciti

²⁴ La Corte dopo aver ricordato gli snodi fondamentali della direttiva (priorità all’esecuzione volontaria dell’obbligo di rimpatrio, gradualità delle misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, necessità che eventuali misure coercitive siano proporzionate e rispettose dei diritti fondamentali, necessità che eventuali privazioni della libertà personale abbiano una durata quanto più breve possibile), venne a ribadire che gli Stati membri non possono applicare una disciplina, sia pur di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e che la disposizione in esame rischiava anche di compromettere l’instaurazione di una politica efficace di allontanamento. In particolare la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana divergeva da quella prevista dalla direttiva, in quanto: non prevedeva la concessione di un termine per la partenza volontaria; prevedeva invece l’immediata esecutività del provvedimento espulsivo; prevedeva poi l’applicazione di sanzioni che non sono compatibili con gli art. 15 e 16 della direttiva i quali non consentono la configurazione di una sanzione penale detentiva in conseguenza di una mera condotta di mancata cooperazione dello straniero alla procedura di rimpatrio.

²⁵ «Disposizioni urgenti per il completamento dell’attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari».

²⁶ Cfr. G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2011, n. 3, pp. 30 ss.

a porre, in alcuni casi, dei paletti al legislatore, in altri l'intervento del giudice non ha potuto essere incisivo (per tanti motivi: self restraint, rispetto della discrezionalità del legislatore) e si può dire che più la normativa presenta, nel suo complesso, vizi, irragionevolezza, contraddittorietà e più difficile diventa l'intervento del giudice, che ovviamente non può e non deve sostituirsi al potere politico.

3. Un presente che non rassicura

Anche la normativa che disciplina la circolazione dello straniero, sotto il profilo dell'ingresso nel territorio dello Stato, presenta plurimi aspetti di contrasto con la Costituzione e con la normativa internazionale di diritto umanitario.

Se lo straniero (salvo a tutela del diritto asilo o di altre specifiche situazioni soggettive²⁷, vedi anche *supra*) non può vantare un diritto ad entrare nel territorio italiano, deve però godere del rispetto dei diritti fondamentali di cui ogni essere umano è titolare, ed in primis dell'*habeas corpus*, ogni qual volta essi vengano in gioco in relazione alla disciplina della libertà di circolazione.

Se andiamo, però, a leggere la normativa sul respingimento alla frontiera, troviamo la disposizione dell'art. 10 TU che regola anche il cd. respingimento differito²⁸. Si tratta di una norma che risale alla legge n. 40 del 1998 (e quindi vigente da oltre venti anni) la quale dispone il respingimento con accompagnamento alla frontiera con provvedimento del questore nei confronti degli stranieri "che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo" o che "sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso"²⁹. Si tratta di un provvedimento che incide sulla libertà personale e non meramente sulla libertà di circolazione, in quanto viene disposto l'accompagnamento alla frontiera (e non il mero ordine di lasciare il territorio nazionale), ma la sua disciplina non è rispettosa delle garanzie fissate dall'art. 13 Cost. per una pluralità di profili. Anzitutto per la mancata puntuale previsione dei presupposti che possono dar luogo alla misura coercitiva: il disposto normativo è troppo generico e quindi non soddisfa il principio di legalità e di tassatività sanciti dal terzo

²⁷ Nei casi di divieto di *refoulement* o quando siano applicabili misure di protezione temporanea per motivi umanitari, vedi art.10, quarto comma TU imm.

²⁸ Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 275.

²⁹ Da anni la dottrina pone in rilievo i profili di contrasto della disposizione con l'art. 13 Cost. *ex multis*: P. BONETTI, *I provvedimenti di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e soggiorno*, in *Stranieri tra i diritti*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 44 ss.; A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero)*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, (Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009), Napoli, Jovene, 2010, pp. 351 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 148 ss.

comma dell'art. 13 Cost. (oltre che i requisiti di eccezionalità e necessità)³⁰; tra l'altro non è chiaro quando l'autorità possa procedere al respingimento e quando debba procedere all'espulsione³¹. In secondo luogo per la mancata previsione della convalida da parte dell'autorità giudiziaria (mancato rispetto della riserva di giurisdizione)³².

Con una recente sentenza, la Corte costituzionale pur dichiarando nel caso di specie l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, ha ribadito che "l'ordine di accompagnamento coattivo, che assiste il respingimento deve, ... per sua natura di atto urgente, essere eseguito con immediatezza e per questa ragione fondatamente" si deve ritenere "che il provvedimento dia luogo, con la sua emissione, a una restrizione della libertà personale dello straniero, tutelata dall'art. 13 Cost.". Ed ha, in ultimo, aggiunto che "l'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost."³³.

Di nuovo è un intervento del parlamento che diviene necessario per rimettere in asse una norma della cui legittimità si discute da decenni.

Ulteriore questione, delicatissima, connessa all'ingresso degli stranieri, riguarda i cd. *hotspots*³⁴, già previsti nell'*Agenda europea sulla migrazione* al fine di poter identificare, registrare e rilevare le impronte digitali degli stranieri che attraversano in maniera irregolare le frontiere esterne dell'Unione europea, ma i quali non hanno trovato nella normativa sovranazionale una loro disciplina,

³⁰ Cfr. Corte EDU, *Kblafia c. Italia*, 15.12.2016, 15 dicembre 2016

³¹ Non è indifferente che l'autorità di polizia decida di allontanare uno straniero con un provvedimento di espulsione o con un provvedimento di respingimento differito. Infatti se l'autorità di polizia adotta un provvedimento di respingimento differito non è prevista la convalida dell'autorità giudiziaria, se invece viene adottato un provvedimento espulsivo con accompagnamento alla frontiera, il TU imm. prevede la convalida dell'autorità giudiziaria.

³² Profili di illegittimità sono poi rinvenibili per contrasto con la normativa internazionale e la direttiva rimpatri, P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2018, n. 1, pp. 6-8.

³³ Vedi P. BONETTI, *op. ult. cit.*

³⁴ Per un'ampia e approfondita ricostruzione critica del fenomeno *hotspot*, vedi M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2018, n. 1. Cfr. anche S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 2; A. MANGIARACINA, *Hotspots e diritti: un binomio possibile?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

perché si è preferito lasciare alla discrezionalità degli Stati membri³⁵ la loro regolamentazione.

Nell'ordinamento italiano il primo riferimento ai "punti di crisi" si trova nella circolare del Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno dell'ottobre 2015³⁶ che prevede che "tutti i migranti sbarchino in uno dei siti *hotspot* individuati, affinché possano essere garantite nell'arco di 24/48 ore le operazioni di screening sanitario, pre-identificazione... registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale". Alla circolare viene allegato un documento intitolato *Italy's Road map*, che si configura quale mero "documento di natura programmatica/politica senza alcun valore normativo"³⁷, che viene a qualificare gli *hotspots* come luoghi "chiusi", nei quali i migranti sono trattenuti. Ciò trova conferma anche in un documento del ministero³⁸ intitolato *Procedure operative standard applicabili agli hotspot italiani* nel quale si prevede che: "la persona può uscire dall'Hotspot solo dopo essere stata foto-segnalata"³⁹.

È evidente che siamo di fronte ad una restrizione della libertà personale che rileva ai fini dell'art. 13 Cost., ma che non trova la propria disciplina in una norma di legge e che non rispetta le garanzie proprie dell'*habeas corpus*. Problema che emerge chiaramente anche dalle audizioni parlamentari del capo

³⁵ Cfr. comunque il documento della Commissione europea del maggio del 2015 sulle "best practices" in materia (SWD [2015] 150 final). Inoltre nella comunicazione della Commissione europea COM (2015) 679 final si ritrova la raccomandazione rivolta direttamente all'Italia: "Le autorità italiane dovrebbero accelerare gli sforzi, anche sul piano legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali. L'obiettivo del 100% dei migranti in ingresso sottoposti a rilevamento delle impronte va raggiunto senza ulteriori indugi". Vedi anche l'allegato 3 alla comunicazione della Commissione europea COM (2015) 510 final e l'allegato 3 alla comunicazione della Commissione europea COM (2016) 85 final. Più cauta l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali che nell'*Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on Fundamental Rights in the "Hotspots" Set up in Greece and Italy*, [2016], p. 23 e nel documento *Le ripercussioni sui diritti fondamentali dell'obbligo di fornire le impronte digitali per Eurodac*, [2015], p. 2, precisa che "l'uso della forza fisica o psicologica per ottenere le impronte digitali per Eurodac va evitato dato che comporta un elevato rischio di violazione dei diritti fondamentali".

³⁶ Circ. n. 14106/2015.

³⁷ C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2017, n. 2, p. 8.

³⁸ In particolare del dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione e del dipartimento della pubblica sicurezza.

³⁹ Si specifica inoltre che "La persona è avviata alle procedure funzionali alla definizione della posizione giuridica di: (1) richiedente asilo; (2) richiedente asilo che può fruire della procedura di ricollocazione; (3) minore straniero non accompagnato, vittima di tratta o persona con vulnerabilità oppure (4) persona destinataria di un ordine di rimpatrio eventualmente destinataria di un divieto di ingresso".

della polizia Pansa⁴⁰ e del capo del dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione Morcone⁴¹.

Problema che non è stato certo risolto dal decreto legge Minniti-Orlando della primavera del 2017 che introduce finalmente una disposizione di rango legislativo e all'art. 17 (ora art. 10^{ter} TU) statuisce: "lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi *hotspots*⁴². ...Presso questi punti di crisi sono effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito".

È evidente che tale disciplina legislativa contenuta nel decreto legge Minniti non costituisce, dal punto di vista del rispetto della normativa costituzionale, una base legislativa idonea per il trattenimento degli stranieri condotti nei punti di crisi, perché niente si dice sui tempi del trattenimento e sulle modalità per l'identificazione⁴³. Essa si limita a stabilire che le operazioni di rilevamento

⁴⁰ Il Prefetto Pansa pone chiaramente in rilievo l'esigenza di colmare una carenza normativa, *AP Camera*, XVII legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di accoglienza, nei centri di accoglienza per richiedenti asilo e nei centri di identificazione ed espulsione, 20.1.2016, p. 18.

⁴¹ *AP Camera*, XVII legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di accoglienza, nei centri di accoglienza per richiedenti asilo e nei centri di identificazione ed espulsione, 19.7.2016, pp. 16-17.

⁴² In base alla legge essi sono allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142. Da un lato il decreto Minniti fa riferimento ad una legge di oltre venti anni fa che prevedeva semplicemente che per far fronte a situazioni di emergenza connesse con le attività di controllo della frontiera marittima e per esigenze connesse con il fenomeno dell'immigrazione clandestina e che coinvolgono gruppi di stranieri privi di qualsiasi mezzo di sostentamento ed in attesa di identificazione o espulsione, era autorizzata la spesa per l'istituzione di tre centri sulle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore dei predetti gruppi di stranieri. Ma niente di più diceva. Dall'altro il decreto Minniti fa riferimento ai centri governativi di prima accoglienza per i richiedenti protezione internazionale.

⁴³ Cfr. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017: "l'intervento normativo appare sotto questo profilo del tutto inadeguato rispetto agli obiettivi. La decisione di regolamentare con fonti primarie i cd. hotspot si risolve in un rinvio a disposizioni che non dicono nulla, e lasciano ancora una volta alla totale discrezionalità dell'autorità di polizia la concreta gestione di fasi procedurali dense di diritti fondamentali, come la prima identificazione e l'informazione sulle procedure di protezione internazionale".

fotodattiloscopico e segnaletico siano eseguite in adempimento degli obblighi previsti dal Regolamento Eurodac (603/2013), il quale però non disciplina le modalità concrete del rilevamento delle impronte digitali dei richiedenti la protezione internazionale, ma si limita a stabilire che “ciascuno Stato membro procede tempestivamente al rilevamento delle impronte digitali di tutte le dita di ogni richiedente protezione internazionale di età non inferiore a 14 anni, non appena possibile e in ogni caso entro 72 ore dalla presentazione della domanda di protezione internazionale”.

Come riconosciuto già nel 2015 della Direttrice del servizio di Polizia scientifica della Polizia di Stato D. Stradiotto in sede di audizione parlamentare, giusto a proposito dei punti di crisi, “lo strumento normativo per trattenere una persona 72 ore non ce l’abbiamo⁴⁴.... Ci deve essere l’adeguamento normativo⁴⁵”.

Non si può quindi non stigmatizzare l’assenza di una qualunque compiuta disciplina legislativa nazionale in ordine ai tempi di permanenza negli *hotspot* al fine dell’identificazione.

Inoltre parrebbero risultare prassi diverse tra *hotspot* e *hotspot* con trattenimenti anche di alcuni giorni; ovviamente i tempi per l’identificazione possono variare anche in relazione alla consistenza numerica degli afflussi.

Quanto alle modalità per il rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, esse non sono indicate né dalla disciplina europea, né dalla legge italiana ed evidentemente anche questo profilo presenta problemi di rispetto delle garanzie costituzionali. Il decreto legge Minniti ha però previsto che il rifiuto dello straniero di farsi identificare può portare al trattenimento in un centro di permanenza per il rimpatrio. Si configura, così, una nuova ed ulteriore figura di trattenimento, che prescinde da un previo provvedimento espulsivo, finalizzata a sanzionare la condotta di chi si rifiuta di essere sottoposto al rilevamento fotodattiloscopico⁴⁶.

Se poi scorriamo le già citate *Standard Operating Procedure (SOP) applicabili agli hotspot italiani*, si legge, che ai fini delle attività di foto segnalamento “ove

⁴⁴ Cfr. art. 11 d.l. n. 59/1978, conv. con mod. nella l. n. 191/1978; art. 349 c.p.p.

⁴⁵ D. STRADIOTTO, in *AP Camera*, XVII legislatura, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri di accoglienza, nei centri di accoglienza per richiedenti asilo e nei centri di identificazione ed espulsione, 10.9.2015, p. 11.

⁴⁶ G. SAVIO, [Le nuove disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale: una \(contro\) riforma annunciata](#), in *Dir. Imm. e Citt.*, 2017 n. 3, p. 6: “Viene così delineata una nuova figura di trattenimento, ulteriore sia rispetto a quello pre-espulsivo di cui al citato art. 14 TU che a quello finalizzato all’esame della procedura prioritaria disciplinato all’art. 6, d.lgs. 142/2015, e, parallelamente, si introduce una nuova nozione di rischio di fuga idonea a giustificare il trattenimento a fini identificativi. La peculiarità di questa tipologia di restrizione amministrativa della libertà personale è nell’esser del tutto svincolata da qualsivoglia provvedimento ablativo”.

si renda necessario, è doveroso un uso della forza proporzionato a vincere l'azione di contrasto, nel pieno rispetto dell'integrità fisica e della dignità della persona". Dobbiamo forse ritenere superata questa disposizione dalla previsione del decreto legge Minniti che dispone il trattenimento dello straniero che si rifiuti di farsi identificare, e quindi rende evidente "il carattere obbligatorio ma non coattivo di tale operazione"⁴⁷? Non è chiaro.

I profili che il legislatore non pone in chiaro sono molti, lasciando, come è stato rilevato, in una sorta di limbo giuridico la gestione degli *hotspot*⁴⁸.

Tutto ciò presenta profili problematici non solo rispetto alle garanzie della libertà personale come disciplinate dalla costituzione italiana, ma anche in riferimento art. 5 della CEDU (*Right to liberty and security*). Basti ricordare la sentenza della Corte EDU *Kblaifia c. Italia*⁴⁹ nella quale è stato censurato il trattenimento verificatosi nel 2011 di alcuni stranieri nel centro di primo soccorso e accoglienza di Lampedusa e poi su alcune navi ormeggiate nel porto di Palermo⁵⁰. La Corte ha stabilito che il trattenimento degli stranieri in strutture chiuse anche se disposto nell'immediatezza dei soccorsi ed in situazioni di accesso straordinario di migranti configura una detenzione di fatto priva di base legale. La Corte osserva che la legge italiana non prevede espressamente la possibilità di trattenere i migranti irregolari all'interno dei CPSA⁵¹. Pertanto, conclude la Corte, la privazione di libertà subita dai ricorrenti risulta priva di base legale nel diritto interno e pertanto priva di uno dei requisiti essenziali imposti dall'art. 5, § 1, lett. f), CEDU, la cui violazione viene pertanto riconosciuta nel caso concreto⁵².

⁴⁷ M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁸ Vedi anche D. LOPRIENO, "Trattenere e punire" *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 132 ss.

⁴⁹ Corte Edu, Grande Camera, sent. 15 dicembre 2016. Cfr. A GILIBERTO, *La pronuncia della grande Camera della Corte Edu sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

⁵⁰ I tre ricorrenti, cittadini tunisini, erano giunti nel Centro di soccorso e di prima accoglienza di Lampedusa, ove erano stati trattenuti in condizioni da essi definite inumane e degradanti fino a che una rivolta e il successivo incendio, scoppiati nel centro proprio in reazione alle condizioni di permanenza, lo avevano gravemente danneggiato e avevano costretto le Autorità italiane a rinvenire una diversa collocazione per gli oltre mille migranti presenti sull'isola. Essi erano quindi stati condotti a Palermo e imbarcati su tre navi, rimaste per diversi giorni attraccate al porto della medesima città. Dall'aeroporto palermitano, i migranti erano infine stati rimpatriati in Tunisia previo un sommario accertamento della loro identità avanti al console tunisino in applicazione dell'accordo italo-tunisino del 5 aprile 2011.

⁵¹ A ciò non poteva rispondere l'art. 14 TU imm. che si riferisce solo alla detenzione amministrativa nei CIE, la quale risponde a finalità del tutto diverse (si tratta di trattenimenti finalizzati all'espulsione).

⁵² La Corte inoltre osserva che, anche volendo ritenere che l'accordo italo-tunisino dell'aprile 2011 preveda una base legale alla detenzione dei ricorrenti, questa non è comunque in grado di soddisfare i requisiti imposti dalla Convenzione, in quanto, non essendo tale accordo pubblico, esso non è accessibile né le sue disposizioni prevedibili da parte degli individui.

4. Libertà diverse?

In questo breve intervento ci siamo limitati a ricostruire, per sommi capi, solo taluni dei profili che concernono la disciplina dello *status* dello straniero con riferimento ad aspetti connessi alla circolazione e al soggiorno. Molto altro avrebbe meritato di essere indagato, a cominciare dall'annosa questione della detenzione amministrativa⁵³ o dal nodo della minorata tutela in sede processuale delle situazioni soggettive in qualche modo connesse all'ingresso, al soggiorno o all'espulsione⁵⁴. Nel secondo paragrafo si è già accennato alle problematiche legate alla devoluzione avvenuta nel 2004 al giudice di pace di competenze importanti che attengono allo *status libertatis*, e molto potrebbe essere detto anche su alcune novità apportate dal decreto Minniti-Orlando che ha rivisto le procedure relative alle controversie in materia di protezione internazionale. Sono state infatti riscritte le procedure inerenti i ricorsi contro i provvedimenti delle commissioni territoriali e della commissione nazionale con l'obiettivo di velocizzare la procedura, di abbattere i tempi di decisione, e con questi l'arretrato. Ma al prezzo di comprimere alcune garanzie processuali: il contraddittorio diviene tendenzialmente scritto e l'udienza di comparizione finisce per essere residuale⁵⁵ e soprattutto risulta abolito il secondo grado di merito⁵⁶. Se è vero, come ha ribadito più volte la Corte, che non c'è garanzia costituzionale per il doppio grado di merito, quasi l'intero sistema processuale italiano però lo consente. E l'obiettivo di vedere celermente conclusi i procedimenti sulle richieste di protezione internazionale, può essere una motivazione sufficiente e ragionevole dal punto vista del rispetto dell'art. 3 Cost., trattandosi di cause che vedono coinvolti diritti soggettivi e direi la vita stessa delle persone?

E tornando, adesso, a quanto è stato accennato in premessa, ove si è esordito chiarendo che è ormai assodato che lo straniero gode al pari del cittadino

⁵³ Cfr. da ultimo D. LOPRIENO, *op. cit.* Vedi anche G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci, 2013; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. e Citt.*, 2014, n. 1, pp. 17 ss.; A. PUGIOTTO, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.* 2014, pp. 573 ss.

⁵⁴ Sulla babele di competenze tra giudice di pace, giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di ingresso, soggiorno ed espulsione degli stranieri, cfr. da ultimo G. SAVIO, *op. cit.* pp. 14-15.

⁵⁵ G. SAVIO, *op. cit.*, p. 22: "Escludere, in linea di principio, l'udienza di comparizione e conseguentemente il diritto del ricorrente di incontrare il suo giudice naturale, comporta una tendenziale amministrativizzazione della procedura; in mancanza del contatto diretto con la parte, cioè con la fonte della narrazione, il giudice deciderà sulle carte. È proprio questo aspetto della nuova procedura cartolare che stride con la natura degli interessi in gioco la cui valutazione è destinata ad incidere irrimediabilmente sulla vita delle persone".

⁵⁶ G. SAVIO, *op. cit.* pp. 20 ss. Cfr. S. ALBANO, *Protezione internazionale, il diritto di impugnazione e le sezioni specializzate*, in *Quest. Giust.*, 9 luglio 2018; A. FAVI, *La rilevanza dell'appello e dell'audizione nel procedimento di protezione internazionale. Riflessioni a margine della sentenza della Corte di appello di Bari n. 1117/2018*, in *Quest. Giust.*, 16 maggio 2018.

dei diritti di libertà, sorge il dubbio che nella concretezza della nostra legislazione non sia davvero sempre così. Sotto tanti profili, soprattutto allorché diritti umani inviolabili sono connessi alla disciplina della libertà di circolazione degli stranieri⁵⁷, essi paiono subire un affievolimento e sembrano non godere più di tutte quelle garanzie che costituiscono la struttura stessa di quei diritti. Se in linea di principio il giudice costituzionale è fermo nell'asseverare che le garanzie a tutela, ad esempio, della libertà personale non conoscono eccezioni anche nella disciplina delle procedure relative all'ingresso o all'espulsione degli stranieri, si è visto quanti nodi problematici permangono nella nostra legislazione.

Il punto è che il rispetto dei diritti fondamentali non può trovare un baluardo solo nel giudice sia esso nazionale o sovranazionale, anche perché, come si è accennato, il diritto dell'immigrazione “è un settore in cui la Consulta tende a riconoscere un rilevante margine di discrezionalità all'azione del legislatore... stante il rilievo di considerazioni di rilevante tono politico”⁵⁸.

È in primis la politica che dovrebbe deve farsi motore di un inveramento dei principi costituzionali; alla giurisdizione “non può essere permanentemente affidato un improprio incarico di resistenza culturale. Non è il suo compito”⁵⁹.

⁵⁷ Se la ripetuta violazione da parte del legislatore di diritti costituzionali è particolarmente eclatante in relazione alla disciplina del cd. diritto d'icolato, anche in tema di disciplina dell'accesso a determinate prestazioni socio-assistenziali si sono susseguite politiche discriminatorie che hanno dato vita ad un lunghissimo contenzioso sia davanti al giudice costituzionale che al giudice ordinario ed anche alle corti sovranazionali, vedi C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2014, 3 e Id. *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 1. Nonostante la fermezza della giurisprudenza nel dichiarare l'illegittimità di siffatte normative, si assiste al perseverare sia del legislatore che dell'amministrazione nel richiedere requisiti palesemente illegittimi in quanto “di fronte a provvidenze che incidono finanziariamente, si preferisce affrontare in taluni casi un contenzioso che probabilmente vedrà l'amministrazione perdente, nella consapevolezza, però, che i casi che finiranno davanti ad un giudice sono una percentuale assai limitata rispetto a tutti i potenziali aventi diritto. Si fa gioco sulla fragilità degli immigrati potenzialmente beneficiari di certe prestazioni assistenziali, i quali non sempre sono consapevoli della lesione di un loro diritto e difficilmente decidono di intraprendere una causa legale”, Id., *op. ult. cit.*, p. 12. Cfr. anche A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di A. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI, Napoli, Jovene, 2011, cit., p. 386.

⁵⁸ C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, Bonomia University Press, 2016, p. 437; cfr. anche P. ZICCHITU, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 378 e p. 382. Cfr. M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. Cost.*, 2017, pp. 55 ss.: “In materia di immigrazione, la Corte costituzionale non di rado ricorre a pronunce di inammissibilità o comunque ‘elusive’ del *petitum* sostanziale: una tendenza che tenta di nascondere l'imbarazzo del giudice delle leggi chiamato a pronunciarsi su problemi giuridici particolarmente complessi e politicamente sensibili”.

⁵⁹ A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA, *Introduzione*, in *Diritti uguali per tutti?*, Milano, FrancoAngeli, 2017, p. 12

Ma è proprio in nome della sovranità popolare che si portano avanti politiche che contraddicono quei principi che sono alla base della nostra cultura costituzionale⁶⁰. E se il problema, come si è visto, non nasce oggi e il presente non si rivela certo rassicurante, il futuro appare inquietante. Le posizioni del Governo di queste settimane e di questi giorni paiono voler dare duri colpi al diritto di asilo⁶¹. Non è questa la sede neppure per accennare alle tante questioni, giuridiche e non, connesse agli sbarchi di migranti provenienti dall’Africa, e alle prese di posizione del Governo⁶², ma certo le retoriche politiche paiono aver preso il sopravvento sui valori sui quali le nostre democrazie si sono fondate.

Il rischio è quello di una strisciante, silenziosa, ma pervasiva modifica del modo di percepire e disciplinare la libertà degli altri, una sorta di libertà “diversa”, sottratta in alcuni casi alle più elementari garanzie costituzionali e convenzionali⁶³, in fondo un’indebita trasformazione della nostra Costituzione e dei principi di uno stato di diritto.

⁶⁰ *Ivi*, p. 13: “come se quei principi, che continuiamo a proclamare (e sottintendere) come condivisi, fossero ormai in realtà oggetto di contestazione e messa in discussione”.

⁶¹ Vedi comunque già la politica portata avanti nella passata legislatura dal ministro Minniti attraverso accordi con il governo di Al Serraj; cfr. C. FAVILLI, *L’urgenza di un’azione umanitaria*, in *il Mulino*, 2017, consultabile a: https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:4143.

⁶² Vedi ad esempio la circolare del ministero dell’interno del 4 luglio 2018, prot. 8819 avente ad oggetto “il riconoscimento della protezione internazionale e la tutela umanitaria”. Cfr. anche P. BONETTI Editoriale, in *Dir. Imm. e Citt.*, 2018, n. 2.

⁶³ L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa*, cit.