



Associazione  
per gli Studi Giuridici  
sull'Immigrazione

**LA TUTELA GIURISDIZIONALE  
AVVERSO I PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI  
DI ALLONTANAMENTO**

Scheda pratica a cura dell'avv. Guido Savio

CON IL SOSTEGNO DI OPEN SOCIETY FOUNDATION

Aggiornata a giugno 2017

## **Premessa**

Il presente lavoro si colloca in continuità con due precedenti schede pratiche pubblicate sul sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it) nella sezione dedicata alle **Schede ASGI**:

- **Espulsioni e respingimenti: la fase esecutiva**  
Scheda pratica a cura di Guido Savio (aggiornata al luglio 2016)
- **Espulsioni e respingimenti: i profili sostanziali**  
Scheda pratica a cura di Guido Savio (aggiornata a giugno 2016)

Si intende qui riprendere alcuni concetti diffusamente approfonditi nella schede citate con particolare attenzione ai profili inerenti la tutela giurisdizionale. L'obiettivo è quello di offrire al legale che si trova ad impugnare provvedimenti ablativi uno strumento agile e concretamente utile.

Tuttavia, il 2017 ha visto in parte modificare - per i richiedenti protezione internazionale e non solo - le misure del trattenimento amministrativo ad opera della legge 46/2017, meglio nota come legge Minniti. Anche questa riforma è stata oggetto di una scheda pratica di prima analisi e interpretazione pubblicata sul nostro sito all'inizio di luglio, e, ovviamente, i temi più specificamente inerenti la tutela giurisdizionale dettati dalla legge di nuovo conio orienteranno anche questo lavoro.

Nell'ottica della massima semplificazione e fruibilità il lavoro è suddiviso in due capitoli:

1. la tutela giurisdizionale avverso le espulsioni amministrative e i respingimenti;
2. la tutela giurisdizionale nei casi di trattenimento amministrativo nei nuovi Centri di permanenza per i rimpatri, anche dei richiedenti protezione internazionale.

### **1. La tutela giurisdizionale avverso le espulsioni amministrative e i respingimenti**

#### **1.1 La tutela giurisdizionale avverso le espulsioni prefettizie: i principi generali, l'introduzione del ricorso, la competenza del giudice e la designazione del difensore**

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi di espulsione disposti dal prefetto di cittadini di Stati che non sono membri dell'Unione europea è disciplinata dall'art. 18, D.Lgs. 150/2011 che, a sua volta, è compreso nel Capo III del medesimo decreto legislativo rubricato "Delle controversie regolate dal rito sommario di cognizione", infatti tale è il rito applicato.

La competenza è del giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato, consegue che tale competenza non è mai modificabile in ragione

del domicilio/residenza dello straniero, nemmeno nei casi in cui il destinatario del provvedimento di espulsione sia sottoposto alla misura del trattenimento presso un Centro di permanenza per i rimpatri - CPR- sovente è collocato in una località diversa da quella in cui ha sede il giudice di pace competente.

L'attribuzione al giudice di pace della materia dei ricorsi contro i provvedimenti amministrativi di espulsione incontra però un'eccezione: ai sensi dell'art. 1 bis, D.L. 241/2004, convertito in legge 271/2004, rimane ferma la competenza del tribunale in composizione monocratica – in caso di pendenza di un giudizio inerente il diritto all'unità familiare o di autorizzazione all'ingresso e/o al soggiorno del familiare di minore straniero (art. 31, co. 3, T.U.) – a conoscere della legittimità dei decreti espulsivi emanati nei confronti di stranieri che abbiano in corso giudizi nelle materie indicate, il che costituisce una deroga alla competenza del giudice di pace sui ricorsi avverso le espulsioni del prefetto.

Ancora in tema di competenza, occorre precisare che con la Legge 46/2017 (c.d. Legge Minniti) sono state istituite, presso i tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello, le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'U.E. Ebbene, nonostante la disciplina delle espulsioni rientri a pieno titolo nella materia dell'immigrazione, il legislatore non ha inteso attribuirle alle nuove sezioni specializzate, restando confinata al giudice di pace. Tuttavia, poiché ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. 46/17 le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelle di competenza delle sezioni di nuova istituzione come, appunto, quando l'espulsione è disposta in pendenza di una procedura in tema di unità familiare, analogamente potrebbe determinarsi l'attrazione della causa sull'espulsione al tribunale ove vi fosse connessione con una causa in materia di protezione internazionale, per es. in caso di ricorso avverso espulsione in cui il ricorrente deduce violazione del divieto di *refoulement* e, parallelamente, abbia in corso una controversia in materia di protezione internazionale.

L'atto introduttivo è il ricorso che deve essere proposto, a pena d'inammissibilità, entro 30 gg. dalla notificazione del provvedimento, ovvero entro 60 gg. se il ricorrente risiede all'estero. Il ricorso, unitamente agli atti che il ricorrente intende produrre, deve essere depositato nel termine predetto, nella cancelleria del giudice di pace competente, è ammesso il deposito a mezzo del servizio postale, ovvero tramite la rappresentanza consolare o diplomatica italiana all'estero che ne cura l'inoltro al giudice di pace competente, dopo avere autenticato la sottoscrizione del ricorrente e raccolto la procura speciale conferita al difensore. Insidiosa è la previsione di ricorrere nel termine di 60 gg. ove il ricorrente risieda all'estero: infatti, se per residenza si intende quella anagrafica, è altamente probabile che uno straniero che soggiorna irregolarmente in Italia non risieda anagraficamente nel nostro Paese, sicché potrebbe ritenersi applicabile il termine di 60 gg, nel gran parte dei casi. Però, se per resi-

denza si intende il luogo in cui la persona ha il centro dei suoi interessi, è ben probabile che questo sia in Italia, anche per lo straniero irregolarmente soggiornante. Pertanto, al fine di scongiurare declaratorie di inammissibilità del ricorso - vista la posta in gioco - è vivamente consigliabile presentare ricorso sempre nel termine di 30 gg. dalla notifica del provvedimento all'interessato.

La facoltà di depositare il ricorso a mezzo del servizio postale è previsione molto utile nei casi in cui lo studio del difensore sia distante dalla sede giudiziaria e, in particolare, nei casi in cui l'espellendo è trattenuto in un CPR in forza di un decreto di espulsione e di trattenimento emessi da una P.A. lontana dal luogo in cui ha sede il CPR (ipotesi assai ricorrente) e il difensore eserciti nel Foro in cui ha sede il centro di detenzione.

Lo straniero deve stare in giudizio con l'assistenza di un difensore al quale deve essere conferita procura speciale, l'avvocato deve autenticarne la sottoscrizione, come in tutte le cause civili.

L'art. 18, co. 4, D.Lgs. 150/2011, prescrive che qualora il ricorrente sia sprovvisto di difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito degli avvocati iscritti nell'elenco dei difensori d'ufficio previsti per il processo penale (art. 29, D.Lgs. 271/89, disposizioni di attuazione c.p.p.). Questa disposizione, oltre ad evidenziare la necessità che gli iscritti negli elenchi dei difensori d'ufficio in penale studino anche la specifica materia del diritto degli stranieri, potendo essere designati difensori d'ufficio in queste procedure, evidenzia una grave anomalia: il difensore d'ufficio è designato dal giudice solo quando - evidentemente - il ricorso sarà già stato depositato, il che significa che lo straniero può redarre personalmente un ricorso (o farlo redarre da persone non abilitate all'esercizio della professione forense) e depositarlo. Il difensore, in questi casi (peraltro ipotetici) viene designato necessariamente a ricorso introdotto, al solo fine della partecipazione al giudizio. Siccome però il giudizio viene deciso sulla base dei motivi posti a sostegno del ricorso, è evidente che prevedere come obbligatoria la difesa tecnica solo dopo la proposizione del ricorso costituisca un grave vulnus al diritto di difesa, che sarebbe evitabile se si prevedesse l'obbligo, da parte della P.A. (prefetture e questure) di designare un difensore d'ufficio fin dal momento della notifica del decreto espulsivo, sulla falsariga di quanto avviene nei procedimenti penali.

Sempre l'art. 18, co. 4 cit. prevede che lo straniero sia ammesso al patrocinio a spese dello Stato, una previsione così chiara non consente distinzioni tra difensore d'ufficio o fiduciario; in queste specifiche controversie l'ammissione al gratuito patrocinio opera ex lege, quindi indipendentemente dalle condizioni reddituali dello straniero. Non sono quindi necessarie né autocertificazione, né dichiarazioni consolari circa i redditi prodotti nel Paese di origine, né documenti d'identità o certificazioni anagrafiche e nemmeno il codice fiscale. Ovviamente, è però necessario che il ricorrente, cioè la parte, faccia specifica richiesta di ammissione. Il fatto che l'ammissione operi ex lege non esclude che debba essere richiesta,

ben potendo il ricorrente retribuire le competenze legali di tasca propria. Nella pratica è consigliabile che il ricorrente chieda espressamente l'ammissione al G.P. con la procura speciale conferita al difensore, oppure con atto a parte da allagare al ricorso.

Questa norma va integrata con l'art. 142, D.P.R. 115/2002 (T.U. spese di giustizia) che prevede che *“nel processo avverso il provvedimento di espulsione del cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea, di cui all'articolo 13, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'onorario e le spese spettanti all'avvocato e all'ausiliario del magistrato sono a carico dell'erario e sono liquidati dal magistrato nella misura e con le modalità rispettivamente previste dagli articoli 82 e 83 ed è ammessa opposizione ai sensi dell'articolo 84”* .

Tuttavia, poichè l'art. 18, co. 4, D.Lgs. 150/11 si riferisce alla mera ammissione al patrocinio pubblico, cioè riguarda le condizioni del ricorrente, a parere di chi scrive la norma non deroga alle disposizioni in materia di gratuito patrocinio inerenti gli avvocati e, in particolare la loro iscrizione negli elenchi del gratuito patrocinio previsti dall'art. 81, co. 2, D.P.R. 115/2002, il che costituisce una garanzia per l'assistito posto che tale iscrizione presuppone una valutazione di attitudine ed esperienza professionale specifica, l'assenza di sanzioni disciplinari e un'anzianità d'iscrizione all'albo almeno biennale. Però, il citato art. 81, co. 2. lett. a) distingue tra procedimenti penali, civili, amministrativi, contabili, tributari e di volontaria giurisdizione: ebbene, a quale di questi elenchi dovrà essere iscritto il difensore dell'espellendo per potere esercitare il suo mandato con il gratuito patrocinio? Trattandosi di controversie regolate dal rito sommario di cognizione, il legale dovrebbe essere iscritto negli elenchi relativi ai procedimenti civili, tuttavia, come s'è visto, il difensore d'ufficio viene designato tra gli iscritti alle difese d'ufficio in ambito penale, è pur vero che iscrizione all'elenco dei difensori d'ufficio e agli elenchi del gratuito patrocinio non coincidono, pur tuttavia sarebbe del tutto illogico pretendere che il difensore d'ufficio penale sia anche iscritto negli elenchi dei legali accreditati al patrocinio a spese dello Stato anche nei procedimenti civili. L'incertezza normativa è lo specchio del pressappochismo con cui il legislatore ha disciplinato questa materia.

## **1.2 La tutela giurisdizionale avverso le espulsioni prefettizie: il giudizio davanti al giudice di pace**

A parte il deposito del ricorso nel termine previsto, alcun successivo incombente grava sul ricorrente. Infatti, l'art. 18, co. 5, D.Lgs. 150/2011 prevede che il giudice di pace emetta il decreto di fissazione udienza e che questo, unitamente al ricorso, ebbe essere notificato, a cura della cancelleria, all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato.

Ai sensi del successivo comma 8, gli atti del procedimento e la decisione sono esenti da ogni tassa e imposta: non è in ogni caso previsto il versamento del contributo unificato (independentemente dalla richiesta di ammissione al gratuito patrocinio) e le copie degli atti, compresa l'ordinanza che definisce il giudizio, sono esenti dal pagamento dei diritti di cancelleria.

Il comma 6 delle disposizione in esame prevede che l'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato - il prefetto - possa costituirsi fino alla prima udienza (senza alcun obbligo di costituirsi in cancelleria) e possa stare in giudizio personalmente o avvalendosi di funzionari appositamente delegati. Occorre spendere qualche parola su queste disposizioni, alla luce delle prassi invalse. Innanzitutto, l'amministrazione può stare in giudizio senza il patrocinio dell'avvocatura erariale, ma deve pur sempre costituirsi entro la prima ( e sovente unica ) udienza. Spesso e volentieri la costituzione della PA consiste nell'inviare delle note di replica curate dalla questura, il che se rappresenta la fedele rappresentazione della realtà - perché è il questore che propone l'espulsione al prefetto e di fatto è il "dominus" della situazione - tuttavia formalmente l'invio di note non costituisce un atto formale e scritto di costituzione, specie se sottoscritte dal dirigente dell'ufficio immigrazione, che non è l'autorità che formalmente ha emesso l'atto. In certe lande sperdute e desolate, nessuno si costituisce con atto scritto di costituzione, ma semplicemente "compare" in udienza un ispettore dell'ufficio immigrazione della locale questura che, oralmente, decanta la piena legittimità del provvedimento espulsivo, spesso e volentieri integrando la motivazione dell'atto a voce o producendo documentazione come il certificato AFIS, cioè quel che risulta dalla banca dati in uso alle forze dell'ordine. E' evidente che si tratta di prassi illegittime. Nessun avvocato potrebbe mai costituirsi in udienza civile mandando la segretaria ... nemmeno davanti al giudice di pace! In queste situazioni occorrerebbe opporsi a queste forme di costituzioni informali e far dichiarare la contumacia dell'amministrazione.

Ma vi è di più. La norma consente all'autorità che ha emesso il decreto di espulsione la possibilità di stare in giudizio personalmente, ovvero avvalendosi di funzionari "appositamente" delegati. In trent'anni di professione non ho mai visto un prefetto (è l'autorità che ha emesso il provvedimento) sedere personalmente in udienza. Quanto alla possibilità di delega, questa deve essere appositamente conferita (si ritiene, dunque, caso per caso, viceversa sarebbe una procura generale) a personale che abbia la qualifica di funzionario, e tali non sono gli ispettori, i sovrintendenti e gli assistenti della Polizia di Stato che normalmente vengono inviati in udienza<sup>1</sup>. Noi avvocati sovente prestiamo acquiescenza a questo stato delle cose, che mi pare palesemente illegittimo, perché *«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»*<sup>2</sup>

Il giudizio è definito - in ogni caso - entro venti giorni dalla data del deposito del ricorso, così recita il comma 7 del citato art. 18, D.Lgs. 150/2011. La *ratio* della norma è chiara, proprio perché ordinariamente la proposizione del ricorso non ha efficacia sospensiva auto-

---

1 La qualifica dei funzionari di polizia corrisponde a quella degli ufficiali delle forze armate, quindi detta qualifica è ricoperta dal ruolo dei commissari (vicecommissario, commissario e commissario capo) e da quello dei dirigenti (vice questore aggiunto, primo dirigente, questore)

2 Questo passo, che mi piace ricordare perché particolarmente efficace, sta nell'incipit di "Purché se ne vadano" di A. Pugiotto, relazione al convegno nazionale dell'associazione italiana costituzionalisti, Cagliari, 2009

matica<sup>3</sup>, il legislatore ha previsto termini rapidi per la definizione della controversia, in considerazione della rilevanza dei diritti in gioco. Tuttavia, trattasi di un termine meramente ordinatorio, che di fatto non è quasi mai rispettato. Al contrario, sovente si attendono mesi prima della definizione del giudizio, con la conseguenza che nelle more, se il giudice non dispone la sospensione dell'atto impugnato (possibile ex art. 5, co. 2, D.Lgs. 150/2011), il ricorrente può essere legittimamente allontanato dall'Italia.

L'ordinanza che definisce il giudizio non è appellabile, fermo restando la ricorribilità per cassazione.

Il sistema così congegnato, e malamente attuato nelle prassi, disegna senza ombra di dubbio una procedura speciale, priva di garanzie effettive concrete. E' per questo che occorre insistere affinché il giudice adito disponga la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di espulsione impugnato, con espressa richiesta in ogni ricorso. L'art. 5, co. 2, D.Lgs. 150/2011 consente al giudice di disporre la sospensiva, anche nei casi in cui la legge non lo prevede espressamente (come nel caso in esame), con decreto pronunciato fuori udienza ( da confermarsi alla prima udienza, pena la perdita di efficacia), in caso di pericolo imminente di un danno grave e irreparabile: pare evidente che in tutti i casi di espulsione e respingimento differito tale pericolo sussista sempre, posto che lo straniero deve essere espulso coattivamente (ad eccezione dei rari casi in cui è concesso il termine per la partenza volontaria), anche in pendenza di impugnazione. L'immediata esecutività dei provvedimenti ablativi consente di ritenere *in re ipsa* il *periculum in mora*.

### **1.3 Espulsione in pendenza di appello avverso ordinanza reiettiva della domanda di protezione internazionale**

Benché per le controversie in materia di protezione internazionale introdotte dopo il 17.8.2017 si procederà con il rito camerale, senza appello, come dettato dall'art. 35 bis, D.Lgs. 25/2008, ciononostante le cause introdotte prima di quella data seguiranno il "vecchio rito", quindi con possibilità di proporre appello con atto di citazione ( e non con ricorso), come stabilito dalla Corte di cassazione con la recentissima ordinanza 16.7.2017, n. 17420/2017.

Non è infrequente che, in pendenza della causa di appello contro l'ordinanza del tribunale che ha rigettato il ricorso avverso la decisione negativa della commissione territoriale in materia di protezione internazionale, l'amministrazione provveda ad espellere il richiedente appellante, sul presupposto che il rigetto della domanda di protezione, confermato in primo grado, renda lo straniero irregolare sul territorio, anche in pendenza di appello, ad eccezione dei casi in cui la corte abbia espressamente accordato la sospensiva.

Si ripropone, pertanto, la discussa questione relativa alla sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato in caso di appello,<sup>4</sup> perché i diversi orientamenti delle corti di merito (sospensiva ex lege automatica, sospensiva solo se disposta espressamente, so-

---

<sup>3</sup> art. 13, co. 3, D.Lgs. 286/98: "L'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato".

spensiva in radice inammissibile) influenzano le decisioni dei giudici di pace chiamati a decidere sulla legittimità dell'adozione dei provvedimenti ablativi, che generalmente si appiattiscono sull'orientamento delle corti del distretto di appartenenza. Conseguentemente, alcuni uffici hanno annullato l'espulsione sul presupposto che l'ordinanza di rigetto della domanda di protezione da parte del tribunale non comporti la reviviscenza della decisione della commissione territoriale, mentre altri hanno respinto il ricorso contro l'espulsione sul presupposto che l'appello avverso il decreto di rigetto della domanda di protezione non comporta la sospensione dell'efficacia esecutiva perché non previsto dall'art. 702 quater c.p.c., infine, altri ancora hanno accolto il ricorso contro l'espulsione, ritenendola illegittima se disposta in pendenza dei termini per appellare l'ordinanza del tribunale. Fino a che non si arriverà ad una decisione dei giudici di legittimità la questione resterà controversa. Nelle more, conviene sostenere che l'allontanamento del richiedente asilo/appellante potrebbe arrecare un grave *vulnus* al diritto di difesa e, al contempo, analogo rischio di violazione del principio di *non refoulement*.

Infine, non ritengo possibile ritenere la causa promossa avanti al giudice di pace connessa con quella pendente in appello, con conseguente attrazione della competenza alle sezioni specializzate dl tribunale, non operando la connessione tra cause pendenti in diverso grado di giudizio.

#### **1.4 La tutela giurisdizionale avverso i respingimenti**

Come già indicato nella precedente scheda “ Espulsioni e respingimenti: i profili sostanziali” ai paragrafi 2.6 e 2.7, a seguito della sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 15115 del 17.6.2013 la giurisdizione a conoscere delle impugnazioni dei respingimenti differiti (art. 10, co. 2, D.Lgs. 286/98) è quella ordinaria. Ad analoga conclusione è pervenuto il Consiglio di Stato III sez., con sentenza 13.9.2013 n. 4543, per quanto concerne i respingimenti immediati (art. 10, co. 1, D.Lgs. 286/98).

Tuttavia, la citata giurisprudenza della Cassazione, in punto individuazione del giudice del rinvio, indicava il tribunale “*non potendosi ... applicare analogicamente la speciale competenza del giudice di pace prevista ... per l'impugnazione dei provvedimenti di espulsione e dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art. 9 c.p.c.*” (Cass. SSUU. 17.6.2013 n. 15115).

Con Legge 46/2017 sono state istituite le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini U.E. Sennonché, tra le varie competenze per materia di queste nuove sezioni, nulla si dice a proposito della competenza a conoscere le controversie sui provvedimenti di respingimento, tanto immediati, quanto differiti. Ancora una volta il legislatore non ha disciplinato la competenza su questa materia, nonostante che da qualche anno ormai le Sezioni unite l'abbia senza ombra di dubbio attri-

---

4 A questo proposito, si rimanda alla lettura dell'articolo “La sospensione dell'efficacia esecutiva delle ordinanze in materia di protezione internazionale a seguito di proposizione dell'appello” di Maria Mitola, pubblicato sul n. 2 della rivista online [www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it](http://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it)



buita alla giurisdizione ordinaria, escludendo la competenza del giudice di pace. Stabilito, dunque, per esclusione, che la competenza sia del tribunale, resta da chiarire se, nel silenzio del legislatore, la competenza sia delle sezioni specializzate e, in caso di risposta positiva, quale sia il rito applicabile: rito sommario di cognizione o rito camerale?

Evidenti ragioni di logica, connessa con la *ratio* sottesa alla istituzione delle sezioni specializzate, porterebbero a declinare la loro competenza. Sarebbe davvero irrazionale attribuire queste competenze alle sezioni ordinarie, quando gran parte delle materie in tema di immigrazione è di competenza delle specializzate (con esclusione delle competenze dei giudici di pace e dei TAR, che però sono escluse dalla giurisprudenza di legittimità per queste controversie, come abbiamo appena visto). Tuttavia, tale interpretazione non è ancora, allo stato, suffragata dalla giurisprudenza che si formerà solo dopo l'entrata in vigore delle sezioni specializzate. Si potrebbe, per contro, osservare che la limitazione delle competenze attribuite alle sezioni specializzate a quanto espressamente stabilito dalla Legge 46/2017, sia ostativa all'interpretazione proposta.

Quanto al rito, posto che il rito camerale, senza appello, è previsto solo per le cause in materia di riconoscimento della protezione internazionale (nuovo art. 35 bis, D.Lgs. 25/2008) e per le controversie contro le decisioni in materia di determinazione dello Stato competente a decidere la domanda di protezione (art. 3, commi 3 bis ss, D.Lgs. 25/2008) e, quindi, costituisce un'eccezione specifica solo per quelle controversie, consegue che debba essere applicato il rito sommario di cognizione.

### **1.5 I profili d'illegittimità costituzionale dei respingimenti differiti**

Già nella precedente scheda “Espulsioni e respingimenti: i profili sostanziali” (pubblicata sul sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it) nel giugno 2016) al paragrafo 2.9 si evidenziavano sommariamente alcuni profili d'illegittimità costituzionale dell'istituto del respingimento differito. Nel mese di marzo del corrente anno, A.S.G.I. ha depositato nella cancelleria della Corte costituzionale un atto d'intervento *ad adiuvandum* nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 2, del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, per contrasto con gli artt. 10, comma 2, 13, commi 2 e 3, e 117, comma 1, Cost., sollevato dal Tribunale di Palermo<sup>5</sup>.

Al fine di divulgare i motivi d'illegittimità che affliggono questa peculiare forma di strumento ablativo che auspicabilmente potrebbero essere riproposti in altre sedi, si ritiene opportuno inserirli qui di seguito, ovviamente depurati da ogni riferimento al caso in esame dinnanzi alla Consulta, significando altresì la stretta correlazione tra respingimenti e hotspot, come evidenziato nell'ultimo motivo.

#### **1) La violazione della riserva di giurisdizione posta dall'art. 13, commi 2 e 3, Cost.**

---

<sup>5</sup> Si precisa che la causa non è ancora definita, essendo fissata udienza in camera di consiglio il prossimo novembre. Si precisa altresì che l'atto d'intervento, sottoscritto dai soci Prof. Avv. Mario Savino, Avv. Giulia Perin e da chi scrive, è opera che ha visto anche la partecipazione dei Proff. Paolo Bonetti e Luca Masera, mentre la redazione finale è opera del Prof. Mario Savino.

Il primo dubbio di legittimità costituzionale prospettato nell'ordinanza del Tribunale di Palermo riguarda la compatibilità della disciplina normativa del respingimento disposto dal questore (c.d. respingimento differito) di cui all'art. 10, co. 2, d.lgs. 286/98 con l'art. 13, commi 2 e 3, Cost.

Innanzitutto, in base all'art. 10, comma 2 d. lgs. n. 286/1998 il provvedimento di respingimento differito deve essere sempre necessariamente disposto soltanto dal Questore, cioè dall'autorità amministrativa di pubblica sicurezza, e in nessun caso tale provvedimento può essere adottato dall'autorità giudiziaria, benché debba essere eseguito con modalità coercitive, cioè con accompagnamento alla frontiera, a cura della medesima autorità di pubblica sicurezza.

Per pacifica giurisprudenza costituzionale (sentt. n. 105 del 2011 e n. 222 del 2004), l'accompagnamento alla frontiera, implicando il ricorso alla forza pubblica, determina una limitazione della libertà personale che richiede la puntuale applicazione delle garanzie stabilite dall'art. 13 Cost., e in particolare, nel caso di un atto dell'autorità amministrativa, della convalida giudiziale.

Tale convalida non può intervenire neppure nel caso di non immediata eseguibilità del respingimento, sulla base di altre disposizioni di legge. Ove, infatti, l'accompagnamento non possa essere immediato, il questore dovrebbe disporre il trattenimento dello straniero presso un Centro di identificazione ed espulsione – CIE (ora denominato Centro di permanenza per il rimpatrio – CPR, ai sensi dell'art. 19 del D.L. n. 13/2017), secondo quanto previsto dall'art. 14, co. 1, d.lgs. 286/98. In questo caso, l'intervento dell'autorità giudiziaria è previsto, dovendo questa provvedere alla convalida ai sensi dell'art. 14, commi 3, 4 e 5, d.lgs. 286/98.

Tuttavia, dall'art. 14, comma 4, d.lgs. n. 286/1998 si evince che la verifica della sussistenza dei presupposti del respingimento non fa parte del giudizio di convalida del trattenimento dell'espulso. La disposizione richiamata fa esclusivo riferimento al giudizio di convalida del trattenimento disposto nei confronti dello straniero destinatario di un provvedimento amministrativo di *espulsione*, stabilendo, con chiaro riferimento a quest'ultimo caso, che il giudice di pace debba valutare (anche) la sussistenza dei requisiti del provvedimento di espulsione previsti dall'art. 13 d.lgs. n. 286/1998, mentre nulla si specifica in merito all'ipotesi di trattenimento dello straniero destinatario di un provvedimento di *respingimento*. In riferimento a quest'ultima ipotesi, peraltro, l'assoluta inadeguatezza del sistema di garanzie in tema di libertà personale emerge dal regolamento di attuazione del testo unico in materia di immigrazione, laddove si prevede che *“lo svolgimento della procedura di convalida del trattenimento non può essere motivo del ritardo dell'esecuzione del respingimento”* (art. 20, comma 3 d.p.r. n. 394/1999). Tale disposizione pone in evidente e ulteriore contrasto la complessiva disciplina legislativa del respingimento con la giurisprudenza costituzionale, la quale, a tutela della disciplina della libertà personale e dell'effettività del ruolo dell'autorità giudiziaria, nella sent. n. 222/2004 ha stabilito l'illegittimità costituzionale di una disposizione del testo unico in materia di esecuzione di provvedimenti espulsivi allorché *“il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale. È, quindi, vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost., e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria nelle successive quarantotto ore.”*

Proprio a seguito della citata sent. n. 222/2004, il legislatore ha introdotto nel d.lgs. n. 286/1998 l'art. 13, comma 5-bis, che prevede la convalida giurisdizionale del provvedimento di accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione. Tuttavia, nessuna norma legislativa prevede la convalida da parte di un giudice dell'accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento di respingimento.

La problematicità di tale lacuna emerge con tutta evidenza nelle ipotesi in cui il decreto di respingimento sia immediatamente eseguibile e, quindi, lo schema previsto dall'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286/1998 trovi la sua “fisiologica” attuazione, con l'effettivo accompagnamento alla frontiera dello straniero respinto senza che si debba provvedere ad un suo formale trattenimento.

Come evidenziato dal caso *Khlaifia e altri c. Italia*, di recente deciso dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo (ricorso n. 16483/12, 15 dicembre 2016), ben può accadere che un migrante (o gruppo di migranti) giunto via mare sulle coste italiane appartenga a un paese terzo con il quale sia stato concluso un accordo di riammissione che ne consenta il celere rimpatrio. In tale ipotesi, il migrante (o gruppo di migranti), una volta terminate le procedure di identificazione che si svolgono nel centro di primo soccorso e accoglienza (CPSA) adibito a punto di crisi o centro *hotspot*, viene direttamente condotto a mezzo della forza pubblica dal predetto CPSA o *hotspot* al luogo dell'imbarco sul mezzo di trasporto (aereo) con il quale viene

eseguito il rimpatrio. Tale rimpatrio avviene, appunto, ai sensi dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286/1998, cioè in base a un decreto di respingimento differito, con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (la presenza di agenti di polizia è assicurata anche a bordo dell'aereo), senza che su tale misura intervenga alcuna convalida giudiziale.

In questa ipotesi di fisiologica esecuzione del respingimento ex art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286/1998, la violazione dell'art. 13, comma 3, Cost., sotto il profilo della riserva di giurisdizione, appare macroscopica. Il questore interviene in via ordinaria, prima e a prescindere da qualsiasi provvedimento dell'autorità giudiziaria, che non è previsto dalla norma censurata neppure a titolo di convalida.

La serietà del *vulnus* così inferto all'art. 13 Cost. si evince anche da una recente inchiesta parlamentare. Nella relazione del 3 maggio 2016 della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, istituita dalla Camera dei deputati, a p. 105-106, si osserva: *“La Commissione ritiene meritevole di attenzione anche un'ulteriore problematica, di ordine giuridico, relativa al rapporto tra l'istituto del respingimento eseguito con accompagnamento alla frontiera e la mancata previsione dell'obbligo di convalida da parte dell'Autorità Giudiziaria, come previsto, invece, nell'esecuzione dell'espulsione. Sul punto, occorre ricordare che l'articolo 13 della Costituzione pone una riserva di giurisdizione da cui discende che ogni provvedimento che limita la libertà personale possa essere adottato dalla Polizia Giudiziaria in circostanze eccezionali, prima che sia disposto dall'Autorità Giudiziaria, ma va sempre convalidato dal magistrato entro termini perentori. Il respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, costituisce, in effetti, un provvedimento limitativo della libertà personale che, per alcuni versi, ricade innegabilmente nel campo di applicazione dell'articolo 13 della Costituzione e che quindi non dovrebbe essere sottratto al controllo dell'Autorità Giudiziaria (...) In definitiva, il respingimento è considerato uno strumento semplificato, a disposizione delle Autorità di polizia preposte al controllo degli ingressi e del soggiorno degli stranieri, che a differenza dell'espulsione è soggetto alla registrazione solo da parte del questore”*.

È appena il caso di precisare, poi, che l'eventuale impugnazione del decreto di respingimento da parte dello straniero che ne sia destinatario (com'è accaduto nel caso di specie) non può in alcun modo essere considerata una garanzia equivalente all'adozione del provvedimento di respingimento da parte dell'autorità giudiziaria, né alla convalida giurisdizionale nei termini previsti dall'art. 13, comma 3, Cost. L'udienza di convalida dei provvedimenti restrittivi della libertà personale (prima della quale l'autorità di pubblica sicurezza non potrebbe mai eseguire alcun accompagnamento, come precisato nella sentenza n. 222 del 2004 della Corte costituzionale) è istituito del tutto differente dal ricorso giurisdizionale di fronte al giudice ordinario, che, di per sé, è privo di alcuna efficacia sospensiva del provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione. La convalida giurisdizionale incide sull'essenza stessa del provvedimento restrittivo, in quanto mira ad assicurare una verifica terza e imparziale sulla sussistenza dei suoi presupposti: perciò, la convalida deve essere sempre prevista d'ufficio e la sua mancata adozione nei termini determina la cessazione e l'inefficacia del provvedimento stesso, mentre il ricorso giurisdizionale è meramente eventuale, è proposto dall'interessato ed è privo di efficacia sospensiva.

Infine, la violazione dell'art. 13, comma 3, Cost. appare tanto più grave in quanto alla figura del trattenimento differito, come disciplinato dalla norma censurata, fa del tutto difetto anche il requisito della eccezionalità.

In base all'art. 13 Cost., come noto, la deroga al principio per cui un provvedimento restrittivo della libertà personale debba essere adottato dall'autorità giudiziaria (comma 2) è ammessa soltanto *“in casi eccezionali di necessità e urgenza”*, sussistendo i quali l'autorità di pubblica sicurezza può privare taluno della libertà, sempre a condizione che sopraggiunga nel termine ivi indicato la convalida di un giudice (comma 3).

Orbene, con riferimento all'istituto del respingimento differito il requisito dell'eccezionalità è del tutto carente, posto che soltanto l'autorità amministrativa può disporlo e che, di fatto, essa lo dispone *di regola*, non appena sia accertato che un cittadino di un paese terzo sia giunto sul territorio nazionale senza avere titolo all'ingresso (a meno che non richieda prontamente la protezione internazionale).

In proposito, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che l'eccezionalità dei casi deve intendersi collegata non già alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria (sentenza n. 64 del 1977); e che non si può certo consentire che alla riserva di giurisdizione posta dal secondo comma dell'art. 13 Cost. siano apportate deroghe aventi una sfera di applicabilità talmente ampia ed esaustiva da tradursi, a loro volta, in regola assoluta, così collocandosi agli antipodi di ciò che si intende per eccezionalità (sentenze nn. 74 del 1985 e 503 del 1989).

Di qui, un'ulteriore conferma circa la fondatezza della dedotta violazione della riserva di giurisdizione nei provvedimenti amministrativi di respingimento differito come disciplinati dall'art. 10, comma 2, d.lgs. 286/1998, a cui non si potrebbe sopperire neppure con una sentenza additiva di codesta Corte che eventualmente miri ad imporre una convalida giurisdizionale ad un provvedimento coercitivo, la cui adozione spetterebbe in via ordinaria e non in via eccezionale alla sola autorità di pubblica sicurezza, cioè in ipotesi comunque contrarie all'art. 13 Cost.

## 2) La violazione della riserva di legge posta dagli artt. 10, comma 2, e 13 Cost.

Ad avviso del giudice remittente, l'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286/1998 violerebbe la riserva di legge posta sia dall'art. 10, comma 2, Cost. (in tema di condizione giuridica dello straniero), sia dall'art. 13, comma 3, Cost., (in tema di provvedimenti restrittivi della libertà personale), "per l'evidente di genericità uno dei presupposti" previsti per l'adozione del provvedimento di respingimento differito.

Nell'ambito dei provvedimenti di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, occorre distinguere le ipotesi di respingimento, volte a evitare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, dalle altre ipotesi di espulsione o rimpatrio, riguardanti lo straniero che già soggiorni nel territorio statale. Tale distinzione trova conferma nell'art. 2 della direttiva 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (c.d. direttiva rimpatri). Da un lato, la direttiva si applica inderogabilmente ai *rimpatri* di stranieri irregolari già presenti nel territorio dello Stato, a meno che non si tratti di misure disposte a titolo penale (art. 2, par. 2, lett. b). Dall'altro lato, gli Stati membri possono decidere di non applicare la direttiva nei casi di *respingimento*, che l'art. 2, par. 2, lett. a, della direttiva riconduce a due ipotesi:

- i. prima ipotesi: quella in cui i cittadini di paesi terzi sono "*sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen*";
- ii. seconda ipotesi: quella in cui in cui gli stranieri siano "*fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro*" senza avere un'autorizzazione o un diritto al soggiorno (art. 2, par. 2, lett. a, direttiva 2008/115/CE).

Mentre la prima ipotesi (sub *i*) corrisponde, nel diritto interno, al respingimento alla frontiera di cui all'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, la seconda ipotesi (sub *ii*) corrisponde a quella specifica tipologia di respingimento differito che è disposta verso lo straniero fermato "*all'ingresso*": cioè, appunto, *in occasione o all'atto dell'attraversamento*.

Tuttavia, il medesimo art. 10, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 286/1998 ammette anche una terza ipotesi: che il respingimento differito possa essere disposto nei confronti dello straniero non autorizzato "*subito dopo*" l'avvenuto ingresso. Questa terza ipotesi è particolarmente problematica non soltanto per l'asimmetria che introduce rispetto al richiamato art. 2 della direttiva rimpatri, ma anche e prim'ancora per l'indeterminatezza della formula utilizzata dal legislatore ("subito dopo").

Tale indeterminatezza (temporale e geografica) rende impossibile individuare in modo preciso il presupposto fattuale in presenza del quale è consentita dal legislatore la restrizione della libertà personale (che è il "cuore" della riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost.) e rende, altresì, rende particolarmente ardua la distinzione rispetto all'ipotesi dell'espulsione che (non il questore, si badi, ma) il prefetto può disporre nei confronti dello straniero che sia «entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto», ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 286/1998. La vaghezza della formula "subito dopo" rende non giustiziabile il confine tra i due regimi del respingimento differito e dell'espulsione prefettizia, con la conseguenza – ben evidenziata nell'ordinanza del Tribunale di Palermo – che "*In forza del richiamato quadro normativo, l'amministrazione ha la facoltà di decidere liberamente, in presenza dei medesimi presupposti di legge, quale tipo di provvedimento (respingimento o espulsione) adottare nei confronti dello straniero che abbia appena fatto ingresso irregolare*".

Il problema della inadeguata distinzione – e della conseguente violazione della duplice riserva di legge posta dagli artt. 10, comma 2, e 13 comma 3, Cost. – non rileva solo ai fini della competenza (questorile o prefettizia). Nonostante l'equivalenza funzionale tra i due provvedimenti e la loro fungibilità in concreto, vi sono differenze notevoli, in termini di tutela dello straniero. Mentre per l'espulsione prefettizia vale ormai la regola dell'esecuzione mediante partenza volontaria imposta dal l'art. 7, par. 4, della direttiva rimpatri (e recepita, sia pure con numerose eccezioni, dall'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 286/1998), il respingimento differito, in base alla disposizione censurata, è sempre effettuato con la forza, cioè con l'accompagnamento coattivo. Per

di più – come rilevato in riferimento alla censura precedentemente esaminata – manca nel caso del respingimento la previsione della convalida dell'atto adottato dal questore, scelta palesemente contraria al dettato costituzionale, stante l'indiscutibile incidenza della misura sulla libertà personale.

Proprio tale incidenza, peraltro, induce a ritenere che, ove anche fosse introdotta la previsione della convalida giudiziale, la disciplina del respingimento da eseguire in forma coercitiva continuerebbe comunque a violare l'art. 13, comma 3, Cost., nella parte in cui vi si richiede la tassativa predeterminazione con legge dei presupposti di adozione del provvedimento restrittivo.

In via del tutto ipotetica, si segnala infine che, proprio per la sovrapposizione rilevata tra presupposti del respingimento differito e presupposti del provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal prefetto, una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286/1998 non produrrebbe una lacuna suscettibile di vanificare gli impegni assunti dallo Stato italiano a livello europeo. Poiché infatti nei confronti dello straniero che si trovi nella medesima situazione di ingresso irregolare l'art. 13, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 286/1998 prevede l'adozione del provvedimento prefettizio di espulsione, qualora il provvedimento di respingimento disposto dal questore ai sensi dell'art. 10, comma 2 sia dichiarato costituzionalmente illegittimo in accoglimento alla questione oggetto del presente giudizio, lo straniero che entri illegalmente sul territorio dello Stato comunque potrebbe essere destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione disposto dal prefetto e perciò non si verificherebbe alcuna violazione degli obblighi statali previsti dalle norme UE in materia di controllo delle frontiere esterne.

### **3) La violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e, per suo tramite, dell'art. 4, par. 4, della direttiva 2008/115/CE**

In base alla terza censura proposta dal giudice remittente, l'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 286/1998 violerebbe l'art. 117, comma 1 Cost., perché la disciplina legislativa del respingimento differito ivi dettata si porrebbe in contrasto con l'art. 4, par. 4, della direttiva 2008/115/CE, in particolare per ciò che attiene alle garanzie, cui la norma europea rinvia, in tema di utilizzo di misure coercitive (art. 8, par. 4 e 5), di rinvio dell'allontanamento (art. 9, par. 2, lett. a) e di condizioni di trattenimento (artt. 16 e 17).

L'art. 4, par. 4, della direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri) stabilisce quanto segue: *“Per quanto riguarda i cittadini di paesi terzi esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), gli Stati membri: a) provvedono affinché siano loro riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto disposto all'articolo 8, paragrafi 4 e 5 (limitazione dell'uso di misure coercitive), all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (rinvio dell'allontanamento), all'articolo 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) e agli articoli 16 e 17 (condizioni di trattenimento) e b) rispettano il principio di non-refoulement”*. Anche quando la disciplina nazionale in tema di respingimenti sia sottratta all'ambito di applicazione della direttiva rimpatri, l'art. 4, par. 4, di tale direttiva impone comunque agli Stati membri di assicurare agli stranieri sottoposti a respingimento un livello minimo di tutela. Tale livello minimo è individuato dallo stesso art. 4, par. 4, nei seguenti presidi di garanzia:

- i. l'articolo 8, paragrafi 4 e 5 (limitazione dell'uso di misure coercitive);
- ii. l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (rinvio dell'allontanamento per ragioni legate allo stato fisico o mentale dello straniero);
- iii. gli articoli 16 e 17 (condizioni di trattenimento);
- iv. l'articolo 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili);
- v. il principio di *non-refoulement*.

Dato il tenore di norma di principio della disposizione sovranazionale appena richiamata, pare del tutto appropriato l'impiego della stessa come parametro interposto di legittimità invocabile per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost.

Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, infatti, fermo restando il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa, occorre sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto riguardi norme comunitarie nell'ipotesi in cui queste non siano immediatamente applicabili (sen-

tenze n. 28 e 27 del 2010, n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984). Nel caso di specie, l'art. 4, par. 4, della direttiva rimpatri si limita a indicare, attraverso il rinvio ad altre disposizioni della medesima direttiva anch'esse riconducibile alla sfera delle norme di principio, una serie di canoni o parametri che devono orientare le scelte legislative nazionali, rimettendo agli Stati membri la esatta determinazione del livello di tutela garantito.

Ciò precisato, nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale, il Tribunale di Palermo riferisce tale censura ai primi tre presidi di garanzia indicati.

Di seguito, l'analisi è circoscritta al primo dei suddetti parametri interposti, ossia l'art. 8, par. 4, della direttiva rimpatri, che stabilisce quanto segue: *“Ove gli Stati membri ricorrano – in ultima istanza – a misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza, tali misure sono proporzionate e non eccedano un uso ragionevole della forza. Le misure coercitive sono attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato”*.

A seguito della novella legislativa sopravvenuta del d.l. n. 13/2017, i profili di tensione con tale disposizione comunitaria riguardano sia il profilo dell'*uso proporzionato della forza* nei casi di resistenza all'allontanamento, sia il richiamo degli Stati membri alla *osservanza dei diritti fondamentali e al rispetto della dignità e dell'integrità fisica* dello straniero nell'adozione di siffatte misure.

#### **a) In particolare, sul trattenimento di fatto nei CPSA/hotspot: la sentenza Khlaifia e altri c. Italia della Corte di Strasburgo**

Occorre preliminarmente chiarire che il respingimento è l'atto conclusivo di un procedimento amministrativo più ampio. La disciplina del respingimento è tuttavia essenzialmente racchiusa nell'art. 10 del d.lgs. n. 286/1998, che si concentra unicamente sull'atto finale della procedura. Dunque, il procedimento volto ad accertare la sussistenza o meno dei requisiti per l'ingresso nel territorio dello Stato e preordinato all'adozione del decreto di respingimento non è regolato in via legislativa.

Né i principi generali in tema di procedimento amministrativo (legge n. 241/1990), né le regole di *soft law* che regolano i controlli alle frontiere dopo gli sbarchi (Ministero dell'interno, *Standard Operating Procedures applicable to Italian Hotspots*, giugno 2016), possono ritenersi sufficienti a colmare la lacuna legislativa. Il procedimento in esame, infatti, comporta (o può comportare) l'adozione di due misure coercitive – il trattenimento nei CPSA/hotspot e le operazioni di rilevamento foto-dattiloscopico e segnaletico – la cui disciplina è in linea di principio sottoposta a riserva assoluta di legge dall'art. 13 Cost., nonché dall'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Per quanto concerne le operazioni di rilevamento foto-dattiloscopico e segnaletico, il problema che tali attività pongono – la necessità dell'uso della forza in caso di resistenza del migrante al prelievo delle impronte digitali – pare in via di risoluzione. Nel procedere alle operazioni di rilevamento foto-dattiloscopico e segnaletico previste dagli artt. 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 (c.d. regolamento EURODAC), le autorità di polizia di frontiera devono ora conformarsi al dettato dell'art. 10-ter del d.lgs. n. 286/1998, introdotto dall'art. 17 del d.l. n. 13/2017, ai sensi del quale *“Il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi [foto-dattiloscopici e segnaletici] configura rischio di fuga ai fini del trattenimento nei centri di cui all'articolo 14. Il trattenimento è disposto caso per caso, con provvedimento del questore, e conserva la sua efficacia per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto”*.

Del tutto aperto è, invece, il problema riguardante il sistematico trattenimento dei migranti, dopo gli sbarchi, nei CPSA/centri *hotspot* dove si svolgono i controlli di frontiera.

Benché sia finalizzato esclusivamente al primo soccorso medico e alla pre-identificazione, il trattenimento in tali strutture – soprattutto in periodo di elevato afflusso di migranti – dura ben oltre le 48 ore (anche per intere settimane), come documentato anche da indagini parlamentari (Senato della Repubblica, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, Roma, 2016, p. 22 ss.).

Tuttavia, il d.l. n. 13/2017, in corso di conversione, ha sostanzialmente ignorato il problema. L'art. 10-ter introdotto nel d.lgs. n. 286/1998 si limita a stabilire che *“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 punti di crisi”*.

Tale formulazione sembra presupporre l'adesione alla tesi, sostenuta dal Governo italiano davanti alla Corte di Strasburgo nel caso *Khlaifia*, secondo cui i migranti non sarebbero *detenuti* nei CPSA/*hotspot*, bensì ivi accolti per garantire loro il primo soccorso e l'assistenza medica; e che, dunque, non vi sarebbe alcuna detenzione arbitraria, essendo la misura strettamente necessaria a far fronte a un'emergenza umanitaria e a contenere la sicurezza dei migranti con quella della popolazione locale.

I giudici di Strasburgo, all'unanimità, hanno respinto tale tesi, sviluppando un'argomentazione che giova richiamare per l'attinenza al presente giudizio.

Innanzitutto, hanno individuato un nesso diretto tra la disciplina legislativa del respingimento (l'art. 10 del d.lgs. n. 286/1998 oggetto del presente giudizio) e la fase procedimentale pregressa, che implica il trattenimento dei migranti nei CPSA/*hotspots*, giungendo a constatare la lacunosità di quella disciplina (*"the Court does not see how the above-mentioned Article 10 could have constituted the legal basis for the applicants' detention"*: § 101).

Inoltre, la Grande Camera ha chiarito che né la qualificazione legislativa del centro di trattenimento (come «Centro di primo soccorso e accoglienza»), né la finalità della detenzione possono modificarne la natura giuridica: *"the classification of the applicants' confinement in domestic law cannot alter the nature of the constraining measures imposed on them. Moreover, the applicability of Article 5 of the Convention cannot be excluded by the fact, relied on by the Government, that the authorities' aim had been to assist the applicants and ensure their safety. Even measures intended for protection or taken in the interest of the person concerned may be regarded as a deprivation of liberty"* (§ 71).

Infine, la stessa Corte ha precisato che neppure la situazione emergenziale collegata alla crisi migratoria può giustificare la violazione dell'art. 5 CEDU che deriva dalla detenzione di fatto dei migranti e che è conseguenza di una disciplina legislativa interna eccessivamente lacunosa ed elusiva: *"That legislative ambiguity has given rise to numerous situations of de facto deprivation of liberty and the fact that placement in a CSPA is not subject to judicial supervision cannot, even in the context of a migration crisis, be compatible with the aim of Article 5 of the Convention: to ensure that no one should be deprived of his or her liberty in an arbitrary fashion"* (§ 106).

Ai fini del presente giudizio, ciò che rileva è che il respingimento differito avviene sulla base di un procedimento amministrativo che presuppone il trattenimento di fatto del destinatario dell'atto in un CPSA/*hotspot*, senza che l'art. 10, comma 2, censurato o altra norma del d.lgs. n. 286/1998 richieda l'adozione di un provvedimento impugnabile.

Tutto ciò ha un significato molto concreto anche nel caso del sig. XXX, che è giunto via mare sulle coste siciliane il 28 dicembre 2015 ed è stato condotto nel c.d. punto di crisi/*hotspot* di Trapani dove è stato sottoposto alle ordinarie procedure di identificazione. Soltanto il 3 gennaio 2016 la Questura di Trapani gli ha notificato un decreto di respingimento. Per ben sei giorni, quindi, l'autorità di pubblica sicurezza ha sottoposto lo straniero a una misura detentiva di fatto che, pur incidendo sul diritto fondamentale alla libertà personale, non è prevista da alcuna norma, non è stata formalizzata ed è stata conseguentemente sottratta a qualsiasi controllo giurisdizionale.

Nel già richiamato caso *Khlaifia*, in riferimento a fatti accaduti nel 2011, la Grande Camera ha osservato: *"the Agrigento police authority had merely registered the presence of the migrants in the CSPA without ordering their placement (...) Consequently, the applicants were not only deprived of their liberty without a clear and accessible legal basis, they were also unable to enjoy the fundamental safeguards of habeas corpus, as laid down, for example, in Article 13 of the Italian Constitution"* (§ 105).

La stessa insostenibile situazione giuridica – com'è evidente – permane tuttora, a più di cinque anni di distanza, come si desume anche dalla relazione al Parlamento del Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale, presentata alla Camera dei deputati il 21 marzo 2017. In tale relazione (a p. 121) si evidenzia il rischio di *"gravi violazioni dei diritti fondamentali nel caso dei respingimenti differiti disposti negli hotspot. La notifica contestuale del provvedimento di allontanamento e della partenza del rimpatrio non dà di fatto modo alle persone di ricorrere prima che la misura sia messa in esecuzione. Se si considera che nel nuovo Regolamento Frontex è previsto che l'Agenzia dia priorità – nella scelta delle operazioni di rimpatrio da finanziare – a quelle congiunte e a quelle operate dagli hotspot (articolo 28, paragrafo 9 del Regolamento UE 2016/1624 del 14 settembre 2016), è necessario che al presumibile incremento dei respingimenti differiti corrispondano effettive garanzie sul fronte dei diritti fondamentali in un istituto già di per sé fragile sotto il mancato profilo del mancato controllo giurisdizionale"*.

L'assenza di una adeguata disciplina legislativa del trattenimento temporaneo dei migranti nei CPSA/*hotspots* determina non solo una violazione diretta della riserva assoluta di legge prevista dagli artt. 13, comma 3, Cost. e artt. 5, par. 1, CEDU. Nella misura in cui avalla la consolidata prassi della detenzione di fatto dei migranti dopo gli sbarchi – una detenzione, come detto, non fondata su alcun provvedimento formale – determina anche la violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, comma 3, Cost., in assenza un atto convalidabile dall'autorità giudiziaria. E determina, altresì – come rilevato dalla stessa Corte di Strasburgo (*Khlaifia*, §§ 117 e 132-133) – la violazione di altre garanzie di base dell'*habeas corpus*, dal diritto di essere informati delle ragioni della detenzione (art. 5, par. 2, CEDU) al diritto a un sindacato giurisdizionale effettivo sulla legittimità della detenzione (art. 5, par. 4, CEDU).

Ne deriva la palese violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e, per suo tramite sia dell'art. 5 CEDU (parametro non invocato dal giudice remittente), sia del combinato disposto dell'art. 4, par. 4, e dell'art. 8, par. 4, della direttiva 2008/115/CE, nella parte in cui richiede agli Stati membri di disporre, nell'ambito delle procedure di rimpatrio o respingimento, misure coercitive “*attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato*”.

## **1.6 La tutela giurisdizionale avverso le espulsioni ministeriali e per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale**

Le espulsioni cosiddette “ministeriali”, cioè quella disposte ai sensi dell'art. 13, co. 1, D.Lgs. 286/98 e quelle disposte (sempre dal Ministro dell'interno o, su sua delega, dal prefetto) ai sensi dell' art. 3, co. 1, L. 155/2005, vengono disposte negli ultimi tempi con sempre maggiore frequenza, in nome del contrasto sempre crescente al pericolo del terrorismo di matrice islamista, e, soprattutto, se ne dà ampio risalto sugli organi d'informazione.

Queste tipologie di espulsione sono state approfondite nella scheda pratica “Espulsioni e respingimenti: i profili sostanziali” al paragrafo 4, cui si rinvia.

I ricorsi avverso queste tipologie di espulsione sono attribuiti alla giurisdizione amministrativa ed alla competenza del TAR Lazio, sede di Roma, trattandosi di provvedimenti emessi dal Ministro dell'interno che ne deve dare comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri ed al ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale.

Al fine di velocizzare queste controversie, l'art. 16 della Legge 46/2017 ha introdotto, nel corpo dell'art. 119, co. 1, D.Lgs. 104/2010 (codice del processo amministrativo), la lettera *m-sexies* che aggiunge queste controversie all'elenco delle materie definite con il rito abbreviato.

## **1.7 L'inespellibilità dei minori e la sua eccezione**

Ai sensi dell'art. 19, c. 2, lett. a), D.Lgs. 286/98 gli stranieri minori di anni 18 non sono espellibili, salvo che nei casi di espulsione disposta ai sensi dell'art. 13, co.1, D.Lgs. 286/98 (espulsione disposta dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato). In questo unico caso in cui è possibile l'espulsione del minore, questa è disposta dal Tribunale per i minorenni, su proposta del questore (art. 31, co. 4, D.Lgs. 286/98), il che significa che mai l'espulsione del minore può essere disposta dall'autorità amministrativa. Peraltro, per quanto sia a mia conoscenza, in nessun caso è mai stata disposta l'espulsione di un minore straniero, accompagnato o meno che sia. E' tuttavia fatta salva la possibilità



- per il minore accompagnato - di seguire il genitore o l'affidatario espulsi.

## **2. La tutela giurisdizionale nei casi di trattenimento amministrativo nei nuovi Centri di permanenza per i rimpatri**

Anche la materia del trattenimento è stata oggetto di approfondimento nella scheda pratica, pubblicata sul sito ASGI “Espulsioni e respingimenti: la fase esecutiva (luglio 2016)” al paragrafo 4.2 cui si propone espresso rinvio, significando che in questa sede si concentrerà l'attenzione alle novità emerse nell'ultimo anno.

Com'è noto (si veda la scheda pratica sulla Legge 46/2017, pubblicata a luglio 2017 sul sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it)) la riforma “Minniti” ha cambiato per la terza volta nome ai centri di detenzione amministrativa: dai CPTA ai CIE ed ora ai CPR (centri di permanenza per i rimpatri), senza mutarne la sostanza.

### **2.1 Il trattenimento dell'ex detenuto**

Fermi restano i termini ordinari per la convalida e la proroga dei trattenimenti, disposti sia in attesa dell'esecuzione delle espulsioni che dei trattenimenti ( si rinvia, per la completa disamina del trattenimento amministrativo alla scheda pratica “Espulsioni e respingimenti: la fase esecutiva” pubblicata a luglio 2016 sul sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it), e, in particolare, i paragrafi 4.2, 4.3 e 4.4), si segnala però la novità, introdotta dalla L. 46/17, relativa alla possibilità di proroga del trattenimento di ulteriori 15 gg. (oltre ai 30 gg. già previsti) per coloro che siano già stati detenuti in carcere per un periodo non inferiore a 90gg. (art. 14, co. 5, D.Lgs 286/98) “*nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio*”. Ovviamente, la sede in cui va verificata tale possibilità è l'udienza di proroga del trattenimento, che continua a non essere disciplinata (non tragga in inganno il fatto che il legislatore abbia utilizzato il termine “*previa convalida*”, trattasi di un evidente errore, posto che la convalida è già stata effettuata al momento iniziale della detenzione amministrativa). Problematico appare il significato di tale locuzione: quando le procedure di identificazione e di organizzazione dell'allontanamento sono di “particolare complessità” ?

L'esperienza quotidiana dimostra che ordinariamente le questure si limitano ad inviare un fax al consolato del Paese di presunta appartenenza dello straniero con cui si sollecita il rilascio dell'identificazione, e poco o nulla più. E' ovvio che il ritardo dell'autorità consolare, al pari di quello della questura non può andare a detrimento della libertà dello straniero. Occorre pertanto esigere che l'amministrazione dimostri in concreto e con riferimento al caso specifico in cosa si sostanzia la “particolare complessità” e in cosa si distingue da quella, per così dire, “ordinaria”. Diversamente, occorre opporsi con fermezza alla proroga. Così come non dovrà essere concessa la proroga quando il trattenuto sia in possesso del passaporto, situazione che agevola la possibilità di accompagnamento alla frontiera, essendo costui compiutamente identificato. Il ritardo dell'amministrazione nella prenotazione del vettore per il rimpatrio non dovrebbe mai giustificare la proroga, posto che la questura ha avuto a disposizione 30 gg. per provvedere. Invece, se il trattenuto dovesse essere rimpatriato in

Paesi ad alto rischio (Libia, Siria ecc.) il trattenimento dovrebbe cessare risultando evidente che *“dalle circostanze concrete non emerge più alcun prospettiva ragionevole che l’allontanamento possa essere eseguito”* (art. 14, co. 5 bis, D.Lgs. 286/98), e non certo prorogato.

## 2.2 Il riesame del trattenimento

Un tema che merita approfondimento è l’istituto del riesame del trattenimento.

Come noto l’art. 15, §3 della Direttiva 2008/115/CE prevede che, in ogni caso, il trattenimento sia riesaminato, a intervalli ragionevoli, su richiesta dell’interessato o d’ufficio. La legge 129/2011 - di recepimento della direttiva nell’ordinamento interno - non ha tuttavia recepito tale istituto, tuttavia è ormai prevalente l’opinione per la quale la norma europea che prevede il riesame è di diretta applicazione sia perché il termine di recepimento della Direttiva è abbondantemente scaduto, sia perché trattasi di norma sufficientemente chiara e dettagliata che non necessita di norme di dettaglio per la sua pratica attuazione. E ciò ancora di più dopo la nota sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 28 aprile 2011 (C-61/11, PPU, El Dridi contro Italia), la quale ha chiarito che il riesame su istanza di parte – come le altre previsioni contenute negli artt. 15 e 16 della medesima direttiva – *“sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto”* (par. 47). D’altro canto, anche qualche Tribunale<sup>6</sup> (diversamente dai giudici di pace), dopo alcune decisioni di segno opposto sono ormai orientati a ritenere ammissibile l’istituto del riesame del trattenimento, infatti, come noto, il Giudice nazionale è il primo Giudice del diritto dell’Unione non può certo sottrarsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E, che è, a tutti gli effetti, cogente per gli Stati membri.

È appena il caso di sottolineare che tale interpretazione appare l’unica plausibile in considerazione della natura dei beni in gioco: il trattenimento presso il C.I.E. è misura limitativa della libertà personale nonché causa di *“mortificazione della dignità dell’uomo”* secondo la Corte Costituzionale (sentenza del 10 aprile 2001, n. 105), e ciononostante il decreto di convalida del trattenimento è decisione unicamente ricorribile per Cassazione ex art. 14, c. 6, D. Lgs. 286/98.

Il riesame su istanza di parte – istituto non assimilabile alla procedura di proroga del trattenimento, da cui differisce per presupposti e finalità – risulta pertanto l’unico strumento in grado di assicurare un rimedio effettivo alle prerogative di libertà individuale, meritevoli in quanto tali della massima soglia di garanzia.

Di particolare interesse è la decisione del Tribunale di Torino, (sez. IX civ. ord. 24.5.2016, - est. Contini), in un caso di trattenimento disposto nei confronti di un richiedente protezione internazionale trattenuto da alcuni mesi in attesa delle determinazioni dell’Unità Dublino

---

<sup>6</sup> Il Tribunale è competente per le convalide e proroghe dei richiedenti protezione internazionale

sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la sua domanda di asilo. Il giudice ritiene applicabile l'istituto in esame non già sulla base della Direttiva 2008/115/CE, ma - trattandosi di richiedente asilo - sulla base della Direttiva 2013/33/UE relativa alle norme sull'accoglienza. Non solo il "considerando" n. 15 di tale direttiva prevede il carattere eccezionale e residuale del trattenimento per i richiedenti asilo ed il diritto di godere di effettive garanzie procedurali, ma espressamente l'art. 9, co. 5 prescrive il riesame del trattenimento da parte di un'autorità giudiziaria ad intervalli ragionevoli d'ufficio o su istanza di parte. È evidente l'assoluta analogia tra la disposizione prevista dalla direttiva rimpatri e quella prevista dalla direttiva accoglienza: in entrambi i casi si tratta di restrizione della libertà personale attuata per via amministrativa e sottoposta a convalida (ed eventualmente proroga) giurisdizionale, ed in entrambi i casi il legislatore nazionale non ha recepito l'istituto nel diritto interno. Infatti, nulla dicono né gli artt. 13 e 14, D.Lgs. 286/98 né l'art. 6, D.Lgs. 142/2015, tuttavia, ad avviso del giudice della decisione in esame, il silenzio del legislatore italiano non preclude l'esercizio del diritto al riesame del trattenimento data l'ampiezza dei soggetti legittimati (su istanza di parte o d'ufficio, dunque ad opera della stessa amministrazione) e, soprattutto, in considerazione dello scopo cui l'istituto è preposto: il sopravvenire di circostanze nuove idonee a mettere in dubbio la legittimità del trattenimento, la cui possibilità di esame attribuisce il carattere dell'effettività alle garanzie procedurali che, diversamente, sarebbero frustrate se si dovesse attendere la scadenza del termine di fase del trattenimento per poter essere esaminate.

Secondo altre decisioni, invece, le disposizioni delle direttive non sono affatto *self executing*, atteso che la norma sovranazionale non è sufficientemente specifica proprio in ordine al termine entro il quale detto riesame dovrebbe essere effettuato.

### **2.3 La nuova ipotesi di trattenimento a fini identificativi e le diverse nozioni di rischio di fuga**

Particolare attenzione merita la nuova ipotesi di trattenimento di cui all'art. 10 ter, co. 3, D.Lgs. 286/98, introdotta dalla L. 46/2017.

Si prevede che il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici configuri rischio di fuga ai fini del trattenimento nei CPR per un periodo massimo di 30 gg, salvo che non cessino prima le esigenze per cui la misura è stata disposta, cioè se lo straniero accetta di sottoporsi ai rilievi dattiloscopici. Anche in questa ipotesi il trattenimento è disposto con decreto del questore ed è soggetto a convalida giurisdizionale: del giudice di pace, ovvero della sezione di Tribunale specializzata in materia di immigrazione in composizione monocratica se la misura è disposta nei confronti di un richiedente protezione internazionale. Avverso il provvedimento di convalida è data facoltà di ricorrere per cassazione.

Si tratta, all'evidenza, di una nuova ipotesi di trattenimento che si aggiunge a quelle previste all'art. 14, co. 1, D.Lgs. 286/98 (riguardante gli stranieri soggetti a decreti di respingi-

mento o espulsione) ed all'art. 6, D.Lgs. 142/2015 (inerente il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale). Ciascuna di queste differenti norme contiene in sé una diversa nozione di rischio di fuga, sicché si pone la questione - di concreta rilevanza nella prassi - di come queste si possano coordinare tra loro.

Riassumendo sinteticamente, il quadro normativo delle diverse nozioni di rischio di fuga è il seguente:

1) ai sensi dell'art. 13, co. 4 bis, D.Lgs. 286/98, si configura il rischio di fuga (in presenza del quale il questore deve eseguire l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, a mente dell'art. 13, co. 4, D.Lgs. 286/98, e quindi può disporre il trattenimento se ricorrono le condizioni di cui all'art. 14, co. 1, D.Lgs. 286/98) quando ricorra almeno una delle seguenti circostanze sintomatiche del fatto che la persona possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione:

a) mancanza del passaporto o di altro documento equipollente valido;

b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio dove lo straniero possa essere agevolmente rintracciato;

c) avere in precedenza dichiarato false generalità;

d) non avere ottemperato alla partenza volontaria entro il termine fissato, avere violato il divieto di reingresso dopo essere stati effettivamente allontanati in esecuzione di un decreto di espulsione, oppure non avere ottemperato a precedente ordine questorile di allontanamento, ovvero avere violato le misure alternative al trattenimento;

e) avere violato le misure cautelari disposte dal questore in occasione della concessione del termine per la partenza volontaria.

2) Ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. d), D.Lgs. 142/2015, si configura il rischio di fuga del richiedente protezione internazionale quando:

a) costui ha fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione, e/o

b) non avere ottemperato alle / o avere violato le / misure indicate alle lettere d) ed e) di cui al precedente paragrafo.

3) Ai sensi del nuovo art. 10 ter, co. 3, L. 46/17, come s'è visto il rischio di fuga è presunto in caso di reiterato rifiuto di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici.

Orbene, in presenza di una o più di queste situazioni, normativamente stabilite ( e insuscettibili di interpretazione estensiva o analogica ), lo straniero può essere privato della sua libertà personale nei CPR.

La questione è: per quanto tempo? è possibile cumulare diverse frazioni di trattenimento, ciascuna delle quali determinata da più nozioni di rischio di fuga? La risposta a questo quesito è essenziale per la tutela giurisdizionale degli stranieri che versino in queste situazioni.

Un esempio chiarirà la rilevanza della questione. Supponiamo che Tizio “accolto” in un Hotspot rifiuti di farsi prendere le impronte: si configura il rischio di fuga, starà al CPR per un termine massimo di 30 gg. Decorso il quale si scopre che era già stato espulso e si è reso inottemperante all’ordine del questore di allontanarsi dal TN entro 7 gg. ( si configura così un’altra nozione di rischio di fuga): dovrà essere disposto il suo trattenimento per un termine massimo di 90 gg. I due termini si cumulano, o, in ogni caso si ritiene che che il tetto massimo del trattenimento di 90 gg. non sia superabile? Supponiamo ancora che, a quel punto, Tizio decida di presentare domanda di protezione internazionale in pendenza del trattenimento pre espulsivo e si accerti che aveva declinato false generalità più volte al solo scopo di impedire di essere espulso (viene così integrata la terza nozione di rischio di fuga), in tal caso si sospende il trattenimento finalizzato all’esecuzione dell’espulsione ed inizia il trattenimento finalizzato all’espletamento della domanda di protezione e del ricorso giurisdizionale di primo grado, entro il termine massimo di un anno. In questa ipotesi, lo straniero potrebbe astrattamente essere privato della sua libertà per anni uno e mesi quattro, da trascorrersi in un CPR, collezionando tutte le diverse ipotesi di rischio di fuga.

La previsione per la quale *“in ogni caso il periodo massimo di trattenimento dello straniero all’interno del centro di identificazione ed espulsione [ora centro di permanenza per i rimpatri] non può essere superiore a novanta giorni”* (art. 14. co. 5, D.Lgs. 286/98, così rimodulato dall’art. 3, co. 1, lett. e) della Legge 30.10. 2014, n. 161) è del tutto vanificata, il che pare francamente inaccettabile, essendo il trattenimento misura privativa della libertà personale e soggetta al principio di stretta legalità che viene formalmente rispettato, ma nei fatti aggirato, tramite ben tre diverse figure sintomatiche della stessa cosa: il rischio di fuga, descritto in maniera leggermente diversa in ciascuna figura. Ma la *ratio* non può che essere unica: il rischio che lo straniero si sottragga all’adozione o all’esecuzione di provvedimenti ablativi.

Occorre dunque impegnarsi per smantellare un sistema a scatole cinesi che dilata a dismisura la detenzione amministrativa, che non deve avere una funzione punitiva. Pertanto, occorrerà opporsi a convalide e proroghe ogniqualvolta si prospetti la possibilità di un cumulo di trattenimenti tutti motivati dalle tre differenti nozioni di rischio di fuga, la cui prospettazione deve essere unitaria.

## **2.4 Il trattenimento del potenziale richiedente protezione internazionale**

La questione del diritto del migrante ad essere correttamente e tempestivamente informato circa le procedure di accesso alla protezione è questione assai nota e dibattuta proprio perché spesso disattesa nella prassi, specie da quando è in vigore il c.d. “approccio Hotspot”. Non è quindi casuale che la Cassazione, con ordinanza 4.2.2017, n. 10743, abbia ribadito il dovere, per le autorità italiane, di fornire corretta informazione ai migranti che sbarcano sulle nostre coste e, conseguentemente, a cassato l’ordinanza di convalida del trattenimento di un migrante soccorso in mare e prontamente attinto da decreto di respingimento cui ha fatto seguito la detenzione amministrativa, affermando che *“il ricorrente, che aveva immediatamente manifestato la sua volontà di presentare la domanda, avrebbe dovuto ricevere le predette informazioni già al momento del suo sbarco, ed avrebbe dovuto essere indirizzato presso un centro di accoglienza”*.<sup>7</sup>

## **2.5 La proroga del trattenimento in pendenza di una procedura di protezione internazionale**

Con un’importante sentenza dell’8. 2. 2017, n. 3298, la Corte di cassazione, ha ribadito la sua costante giurisprudenza secondo cui alla proroga del trattenimento si applicano le stesse garanzie procedurali previste per la convalida (contraddittorio, necessaria presenza del difensore e del trattenuto); tale principio rischia di esser vanificato con l’entrata in vigore della Legge Minniti che, modificando l’art. 6, D.Lgs. 142/2015, prevede il collegamento in videoconferenza del richiedente protezione internazionale all’udienza di convalida, senza nulla specificare in merito a quella di proroga, che continua a non essere disciplinata dal legislatore. Vi è quindi il rischio che le udienze di proroga dei richiedenti vengano celebrate senza nemmeno il collegamento con videoconferenza. In tali casi, così come quelli in cui la videoconferenza non sia disponibile, occorre che i difensori insistano per celebrare l’udienza direttamente presso il CPR, pena la violazione del diritto di difesa dettato dall’assenza forzata dell’interessato, che, dice la Corte, ha diritto di partecipare senza che ne faccia apposita richiesta.

Con la stessa sentenza, la Corte ha inoltre rilevato che il tribunale non avesse motivato circa la ragione sostanziale del trattenimento del richiedente asilo, affermando il principio per cui *“una persona che entri irregolarmente nel territorio dello Stato, nei cui confronti devono essere applicate le norme in materia di diritto di asilo, non può essere destinatario di un provvedimento di respingimento (artt. 10, co. 4, e 19, co. 1, D. Lgs. n. 286 del 1998) avendo diritto a rimanere sul territorio nazionale fino alla decisione definitiva della domanda, dovendo il Questore, in caso di avvenuta notifica del provvedimento di respingimento, addirittura revocare i propri provvedimenti (art. 14, comma 5-bis D. Lgs. n. 286) adottati verso lo*

---

<sup>7</sup> L’ordinanza è approfonditamente commentata sul n. 2 della rivista on line “Diritto, immigrazione cittadinanza” dall’avv. Dario Belluccio, con un ottimo commento dal titolo “Richiedente asilo o persona straniera irregolare: se il confine sta nel silenzio”, di cui si suggerisce la lettura.

*straniero avente diritto e potendo rilasciare un permesso di soggiorno temporaneo, valido fino alla definizione della procedura di riconoscimento (art. 1, co. 5, DL n. 416 del 1989)."*

Quanto ai termini entro i quali deve essere celebrata l'udienza di proroga, la Corte ha precisato che *"al fine della tempestività del provvedimento di proroga del trattenimento in un centro di espulsione ed identificazione di uno straniero richiedente asilo o protezione internazionale è necessario che essa sia disposta nel termine di quarantotto ore dalla richiesta del Questore, a pena di nullità, imponendo gli strumenti internazionali e comunitari (oltre che la legge nazionale) che il giudice, nel termine rigoroso menzionato, debba motivare anche in ordine alla necessità di tale misura eccezionale limitativa della libertà personale, anziché di quelle alternative previste dalla legge, in rapporto alla delibazione della richiesta di protezione internazionale"*. In effetti sono rarissimi i casi in cui vengono disposte le misure alternative al trattenimento previste dall'art. 14, co. 1 bis, D.Lgs. 286/98, espressamente applicabili anche ai richiedenti protezione ai sensi dell'art. 6, co. 5, D.Lgs. 142/2015. Al proposito occorre tenere presente che, nel caso del trattenuto-richiedente, non può pretendersi il possesso del passaporto, condizione prevista dal citato art. 14, co. 1 bis per gli espellendi che non abbiano presentato domanda di protezione, proprio perché chi fugge dal suo Paese in quanto oggetto di persecuzione di norma non ha documenti d'identità. Trattasi quindi di una condizione inesigibile, ma, cionondimeno, il giudice deve motivare anche in ordine alle ragioni che l'hanno indotto ad applicare la misura con maggior tasso di afflittività, qual è il trattenimento.