

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Stefano Rossi*

RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA E LIBERTÀ PERSONALE. IL MONITO DELLA CORTE E LE SCELTE DEL LEGISLATORE

Sommario: 1. Le migrazioni come specchio – 2. Respingimento (immediato e differito) nel T.U. Immigrazione – 3. I dubbi del giudice a Corte – 4. Respingimento differito e garanzie della libertà personale – 4.1. Respingimento differito e riserva di giurisdizione – 4.2. Respingimento differito e riserva di legge – 4.3. Respingimento differito e normativa eurounitaria – 5. Un'inammissibilità dovuta, un monito necessario

1. Le migrazioni come specchio

La definizione di un'efficace politica migratoria – nelle sue componenti di contrasto all'immigrazione irregolare e di integrazione ed inquadramento normativo del migrante regolare – rappresenta un elemento essenziale e connotante ogni società moderna, che denota la sua capacità di far fronte alle continue trasformazioni, al costante divenire del processo di globalizzazione. Le migrazioni svolgono pertanto una irrinunciabile “funzione specchio” rispetto ai crittotipi¹ che dominano il nostro ordinamento, rappresentando un'«occasione privilegiata [...] per rendere palese ciò che è latente nella costituzione e nel funzionamento di un ordine sociale, per smascherare ciò che è mascherato, per rivelare ciò che si ha interesse ad ignorare e lasciare in uno stato di “innocenza” o ignoranza sociale, per portare alla luce o ingrandire (ecco l'effetto specchio) ciò che abitualmente è nascosto nell'inconscio sociale ed è perciò votato a rimanere nell'ombra, allo stato di segreto o non pensato sociale»².

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

¹ Il crittotipo o criptotipo è quella regola implicita, cui ci si conforma senza averne piena consapevolezza, essendo il risultato di un pensiero inconscio – che concorre a formare la mentalità e gli schemi del giurista – determinato dal contesto storico, culturale e sociale in un dato ordinamento giuridico. Cfr. R. SACCO, *Crittotipo*, in *Dig. it., sez. civ.*, IV, 1989, 39 s.

² A. SAYAD, *La doppia pena del migrante. Riflessioni sul “pensiero di stato”*, in *Dentro/Fuori. Scenari dell'esclusione - Aut Aut*, 1996, 10, 275, 8 ss. Sul tema si precisa che «malgrado l'estrema diversità delle

I flussi migratori hanno ridisegnato lo scenario sociale e culturale del nostro paese nel corso degli ultimi trent'anni, imponendo agli attori sociali e alle autorità di governo la sfida di ripensare le politiche di integrazione e di elaborare una nuova definizione del concetto di cittadinanza sociale³, tale da strutturare meccanismi per valorizzare l'afflusso di capitale umano. Tuttavia, sebbene il numero crescente di non-cittadini all'interno delle nostre comunità avrebbe imposto una considerazione attenta e una revisione degli strumenti democratici di inclusione sociale, con la finalità di evitare che questi (*in primis* la cittadinanza) si potessero tradurre in dispositivi di differenziazione e discriminazione, con la conseguente marginalizzazione delle minoranze etniche, questo percorso di elaborazione è risultato stentato e contraddittorio. Ciò ha determinato un fenomeno di reflusso che, nell'attualità, viene ad essere favorito dalla progressiva erosione del sentimento comunitario che affondava le sue radici negli ideali di solidarietà ed eguaglianza – comunemente giustificato dall'urgente necessità di proteggere interessi securitari e dalla perdurante crisi economica – portando come conseguenza diretta ad una regressione delle politiche d'integrazione.

Il diritto dell'immigrazione in questo contesto si rappresenta dunque come un "rilevatore sociale", laddove le politiche in materia si sono venute strutturando a partire dall'idea di un fenomeno intrinsecamente portatore di conflittualità sociale⁴, il che ha ispirato strategie normative ispirate non semplicemente alla mera limitazione degli ingressi, bensì anche ad un tendenziale disconoscimento dei diritti degli immigrati irregolari come di quelli già regolarmente soggiornanti⁵.

In questa prospettiva le politiche di gestione dei flussi migratori e le conseguenti misure di organizzazione e di coordinamento, concretizzantesi in un complesso ed articolato sistema di accoglienza, così come – in vista della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica – nell'emanazione di provvedimenti di respingimento ed espulsione, fanno emergere criticità specie in relazione all'attitudine di tali strumenti a consentire il giusto bilanciamento tra il rispetto delle norme tese a disciplinare le condizioni e le procedure di ingresso e soggiorno all'interno del territorio dello Stato e la salvaguardia delle libertà fondamentali della persona⁶.

situazioni, malgrado le sue variazioni nel tempo e nello spazio, il fenomeno dell'emigrazione-immigrazione manifesta delle costanti, cioè delle caratteristiche (sociali, economiche, giuridiche, politiche) che si ritrovano lungo tutta la sua storia. Queste costanti costituiscono una sorta di fondo comune irriducibile, che è il prodotto e al tempo stesso l'oggettivazione del "pensiero di stato", una forma di pensiero che riflette, mediante le proprie strutture (mentali), le strutture dello stato, che così prendono corpo» (Id., *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Raffaello Cortina, Milano, 2002, 367).

³ Si veda D. COSTANTINI, F. PEROCCO, L. ZAGATO (a cura di), *Trasformazioni e crisi della cittadinanza sociale*, Edizioni Cà Foscari, Venezia, 2014.

⁴ A. DE BONIS, M. FERRERO, *Dalla cittadinanza etno-nazionale alla cittadinanza di residenza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, 2, 54-55.

⁵ F. BELVISI, *Società multiculturale, persona e Costituzione: l'immigrato come pariah*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, XII, 80 ss. Secondo G. ZINCONI, *Secondo rapporto sull'immigrazione in Italia*, il Mulino, Bologna, 2001, 23 s. ha coniato per tale situazione il concetto di «interazione a basso conflitto»: limitare i diritti degli immigrati per favorirne l'accettazione da parte della popolazione autoctona, la quale dovrebbe sentirsi rassicurata dalla subalternità giuridica dei nuovi arrivati. Si genera così un paradosso: la negazione dei diritti è fatta passare come uno strumento di integrazione.

⁶ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il 'pacchetto sicurezza' 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, 79; F.B. MORELLI, *Intervento*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella*

Sempre più spesso infatti «gli interessi sottostanti alle esigenze di tutela delle politiche migratorie, aventi a loro volta rilievo costituzionale, [vengono ad] essere bilanciati in senso deteriore [alle] esigenze di tutela dei diritti inviolabili della persona umana, indipendentemente dal fatto che la persona stessa partecipi o meno alla comunità territoriale»⁷.

Se la legge “Turco-Napolitano” (l. n. 40/1998) – tentativo organico e ambizioso di ristrutturare sistematicamente la legislazione migratoria – si era proposta di dare coerenza ad un quadro frammentario, a partire dal riconoscimento del ruolo svolto dagli enti locali nell’accoglienza e nell’integrazione degli stranieri⁸ sino al coordinamento dei sistemi di controllo, di regolarizzazione dei flussi e di integrazione degli stranieri residenti⁹, è con la legge “Bossi-Fini” (l. n. 189/2002) che la normativa si è orientata in maniera decisa nella definizione di dispositivi volti a limitare l’ingresso degli stranieri, introducendo un apparato sanzionatorio che, sulla scia di un crescente senso di insicurezza, anche economica, avvertito dall’opinione pubblica, ha contribuito a trasformare il problema dell’immigrazione in un problema di ordine pubblico, determinando così un sensibile affievolimento nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali degli immigrati¹⁰.

L’elaborazione del paradigma *sicuritario* nel contesto della normativa sull’immigrazione, così come nel dibattito pubblico sul tema, si compone attraverso l’intreccio tra “sovrast strutture”, concetti e rappresentazioni che, interagendo in termini dirimenti per la qualità democratica della società, determinano una interazione mobile tra i differenti piani, delineando lo spazio – non solo semantico – nel quale differenti dispositivi interagiscono tra loro reciprocamente.

Le dimensioni dell’immigrazione e i suoi riflessi normativi sono quindi il risultato di un peculiare processo culturale che prova a mediare fra esigenze materiali e bisogni di riconoscimento, definendo anche l’orizzonte della produzione simbolica estremamente incisivo in materia.

restrizione della libertà personale, Giappichelli, Torino, 2013, 98.

⁷ A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, in *Giurcost.org.*, 2012, 11. Sul punto v. anche F. SCUTO, *Contrasto all’immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti fondamentali: un equilibrio non ancora raggiunto*, in G. D’IGNAZIO, S. GAMBINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010, 587 ss.

⁸ Si precisa che l’uso del concetto di straniero è utilizzato facendosi riferimento agli stranieri cittadini di Stati non aderenti all’Unione europea.

⁹ Il d.lgs. 286/1998 (testo unico per l’immigrazione) contiene, oltre a norme di “polizia degli stranieri” (che prima erano contenute nel testo unico di pubblica sicurezza: r.d. 773/1931), anche il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dello straniero irregolarmente soggiornante (il diritto alla salute, all’adempimento dell’obbligo scolastico, alla difesa, alla protezione diplomatica e consolare: artt. 2, comma 5, 2, comma 7, 35, 38 T.U.I.). Cfr. R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, 2, 1-28.

¹⁰ L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2002, 3, 9 ss.; M. LIVI BACCI, *Immigrazione: nuova legge, ma quale politica?*, in *Il Mulino*, 2002, 5, 903 ss.; per trattazioni ampie G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L’esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, 193 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, 198 ss.; C. CORSI, *Straniero (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2013, VI, 861 ss.; E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna, 2013, 61 ss.

La disciplina vigente – senza margini di flessibilità volti a contemplare procedure per una fisiologica permanenza dell’immigrato sul nostro territorio né meccanismi di regolarizzazione degli ingressi o soggiorni illegali – condiziona l’immigrazione regolare esclusivamente alla conclusione di un contratto di lavoro, il che, delineando regole insostenibilmente restrittive, oltre a incidere in modo corrosivo su ambiti appartenenti alla sfera dei diritti internazionalmente riconosciuti al migrante, rischia paradossalmente di negare in radice la propria ragion d’essere di una disciplina in materia, stante i suoi automatismi che determinano condizioni criminogene per il migrante¹¹.

In tal senso le popolazioni immigrate sono state sottoposte ad una sorta di “diritto speciale”¹², frutto combinato di uno statuto formale e di prassi materiali entrambe tese ad inferiorizzare i cittadini stranieri che sono stati considerati essenzialmente secondo una prospettiva monodimensionale¹³.

Anche dal contesto normativo vigente emerge infatti una rappresentazione diffusa dei migranti stigmatizzante, criminalizzante, quasi una categoria liminare dell’immaginario che tende a privilegiare stereotipi, pregiudizi e accenti emotivi, piuttosto che la realtà dei fatti e dei protagonisti delle storie di migrazione¹⁴.

Alla domanda di sicurezza, il legislatore ha pressoché esclusivamente risposto attraverso il diritto penale, così assecondando la facile tentazione – a fronte di possibili e necessari interventi extra-penali di controllo e prevenzione dell’immigrazione irregolare senza dubbio impegnativi sul piano economico – di fare appello all’effetto istantaneo di stigmatizzazio-

¹¹ M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2007, 686 s., ove si sottolinea che il rapporto tra diritto penale e immigrazione presenta una pluralità di sfaccettature che richiedono approcci differenti, «laddove troppo spesso nell’opinione pubblica assistiamo a una semplicistica omogeneizzazione degli immigrati-autori di reato, che si trasforma nella percezione dell’immigrato come soggetto pericoloso».

¹² Così P. BASSO, F. PEROCCO, *Uomini, non schiavi*, in ID. (a cura di), *Immigrazione e trasformazione della società*, FrancoAngeli, Milano, 2000, 13-15 secondo cui «la legalità che vige per gli immigrati è differente da quella comune. In Italia essi vivono in un quadro di diritto speciale che in pratica li priva permanentemente dei diritti politici. Non possono stampare giornali, non possono indire manifestazioni (a meno che qualche cittadino italiano non se ne assuma la responsabilità), non possono votare, non è permesso loro, salvo che in casi molto rari, di avere accesso alla cittadinanza; e non pochi ‘diritti sociali’ gli sono contestati nei fatti, a cominciare dall’accesso al peraltro limitatissimo patrimonio delle abitazioni statali. La situazione non è identica in tutti i Paesi europei, però in nessuno di essi si può dire risolta o vicina alla risoluzione la ‘questione immigrazione’. [...] Non è di sicuro una simile condizione di inferiorità sociale ciò a cui gli immigrati aspiravano nei loro ‘sogni’. Ecco perché il loro rapporto con le società occidentali [...] non può che essere un rapporto conflittuale». Nello stesso senso, con riferimento al decreto Minniti, M.C. AMOROSI, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 26 che rileva il consolidarsi del paradigma alla base della legislazione in materia, ovvero «il declinare la libertà degli stranieri irregolari come una libertà diversa, giustificando in base a questa diversità la sottrazione a fondamentali garanzie costituzionali»; A. BONOMI, *Lo straniero nei centri e la Costituzione: qualche osservazione alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 46/2017 di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 13/2017*, in *Forum Quad. cost. – Rassegna*, 2018, 3, 1-21

¹³ E. ROSSI, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull’evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2010, 87 ss.

¹⁴ A. DAL LAGO, *Non persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999, 27 ss.

ne dell'irregolarità e al presunto effetto di deterrenza e intimidazione del soggetto migrante scaturente dalla minaccia della pena quale primario strumento di contenimento dei flussi¹⁵.

Cifra ideologica di questo diritto discriminante¹⁶ è stata rappresentata dall'aggravante introdotta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125) come punto 11-bis dell'art. 61 c.p., ovvero «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale». L'aggravante – poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale¹⁷ – palesava al primo sguardo l'aspetto infame della discriminazione secondo condizioni personali, quali quelle connesse all'ingresso o permanenza illegittima nel territorio nazionale, di chi poi si è reso autore d'un reato. La previsione dell'aggravante non garantiva in modo efficace la sicurezza, ma metteva in scena una risposta retoricamente soddisfacente a fronte di uno stato d'animo diffuso riconducibile all'affermazione della società del rischio, cui si aggiungono situazioni che invero più che incidere su un effettivo aumento dell'insicurezza, incidono sulla percezione che della stessa ha la collettività, quali il degrado urbano, l'erosione dello Stato sociale, la *street criminality*¹⁸.

La stessa ispirazione connota il recente e discusso d.l. 4 ottobre 2018, n. 113¹⁹ che, oltre ad abolire la protezione umanitaria, prevede nuove forme di trattenimento dello straniero, nonché un generale allungamento della durata del trattenimento, sia in relazione alla convalida del provvedimento di accompagnamento immediato alla frontiera, sia alla permanenza negli *hotspot* e Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) ai fini dell'identificazione dello straniero²⁰. Emblematica appare poi la disposizione del predetto decreto che pone un interdetto all'iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, con l'effetto di precludere l'accesso a servizi e benefici integranti diritti fondamentali della persona²¹.

L'impostazione di questa strategia normativa conferma come, piuttosto che un governo politico dell'insicurezza e della paura, ovvero una strategia tesa a governare sia la percezione di insicurezza, sia le fonti di eventuali maggiori occasioni di illecito, quella che si è dispiiegata è piuttosto un'azione di governo "attraverso" l'insicurezza e la paura, che confida essenzialmente nella forza dell'intervento penale diffuso e di una generalizzata criminalizzazione (nel senso di costruzione quale illecito penale) di ogni rischio sociale, e che ha bisogno di produrre sempre più insicurezza e paura al fine di costruire su di esse un nuovo ordine²².

¹⁵ Sul punto le riflessioni di F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, in part. 30 s.

¹⁶ Esempio di «uguaglianza calpestata» come definì l'aggravante S. RODOTÀ, *Sicurezza. L'uguaglianza calpestata*, in *La Repubblica*, 22 maggio 2008. In dottrina G.D. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1634 ss.; G.L. GATTA, *Aggravante della "clandestinità" (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, *ivi*, 2009, 713 ss.; L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 16 ss.

¹⁷ Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249.

¹⁸ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 553 s.

¹⁹ Convertito, con modificazioni, in legge 1 dicembre 2018, n. 132. Per un commento S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi.it*, 2018, 22, 1-14.

²⁰ Si veda il parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura del 21 novembre 2018.

²¹ Sul conflitto tra sindaci ed esecutivo scatenato da tale disposizione si veda A. MORELLI, *La "ribellione" dei sindaci contro il "decreto sicurezza": la tortuosa via per la Corte costituzionale*, in *Consultaonline*, 2019, 1, 1-6.

²² D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 1081 s.

Questo aspetto venne ben colto da Fausto Bricola che parlava di una peculiare «politicità della materia dell'immigrazione»²³, una terra di mezzo dominata non dal principio di legalità, ma da quello opposto dalla ragion di Stato, in cui la competenza del potere esecutivo si traduce nella centralità del ruolo dell'autorità di polizia, nella conseguente "amministrativizzazione" dei diritti del migrante, che, a sua volta, si è accompagnata ad una «sterilizzazione dell'intervento della giurisdizione» e drastica semplificazione delle procedure.

Quelle che il legislatore si ostina a seguire divengono anche coordinate performative, capaci sul piano sociale di creare linguaggio, mentalità e costume, mentre sul piano ordinamentale sperimentano sugli immigrati regimi giuridici speciali e separati, domani esportabili in altri ambiti egualmente sensibili.

Questa impostazione si salda all'altro vizio strutturale che condiziona le scelte del legislatore, il quale ha affrontato come fosse patologico un fenomeno, come quello migratorio, che lungi dall'essere contingente e transitorio è divenuto fisiologico consolidandosi nel tempo, il che avrebbe pertanto richiesto il coraggio di dettare una disciplina dei flussi volta essenzialmente alla inclusione ed integrazione degli immigrati nel tessuto economico e sociale del paese (da attuarsi in forme e modi realisticamente sostenibili), mantenendo marginali – e ispirati ad una logica di *extrema ratio* – gli interventi repressivi (limitati ad aspetti realmente patologici del fenomeno).

Appare quindi evidente come il dilemma circa le forme e declinazioni della disciplina dei flussi migratori imponga il confronto con questioni nevralgiche, alla confluenza di problematiche economiche e sociali prima che prettamente giuridiche, che richiedono di essere governate nell'ambito di una strategia complessiva e coerente che persegua l'obiettivo dell'efficacia di una regolamentazione necessariamente trasversale e interdisciplinare. In questo senso se nessuno può seriamente mettere in dubbio la discrezionalità (o sovranità) dello Stato nelle scelte relative all'accesso degli stranieri nel proprio territorio o al loro allontanamento, vi è da sottolineare come tali scelte trovino un limite e debbano essere bilanciate con il necessario rispetto (o minor sacrificio possibile) del principio di solidarietà che discende dai principi costituzionali così come dal diritto internazionale convenzionale riconoscendo, in ragione del diverso *status* attribuito al non cittadino (rifugiato, richiedente asilo, migrante regolare o irregolare), un'ampia ed articolata serie di diritti fondamentali²⁴.

In tale prospettiva, letta in filigrana alla luce del dettato e dello spirito del testo costituzionale, la discrezionalità del legislatore, chiamato a disciplinare attraverso la legge il trattamento dello straniero, è pertanto lungi dall'essere incondizionata²⁵, essendo di contro vincolata anche alla concreta attuazione di diritti che non solo possono dipendere dalla mera pre-

²³ F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionale della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale*, I, t. II, Giuffrè, Milano, 1997, 871 ss., spec. 945 s.

²⁴ F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, 110 ss.

²⁵ Corte cost., 3 luglio 2013, n. 202 secondo cui «La discrezionalità legislativa non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino».

senza dello straniero alla frontiera (prima ancora del suo completo ingresso nel territorio), ma che, laddove non si tratti di diritti di libertà *stricto sensu* intesi, comportano financo l'obbligo di interventi positivi delle competenti autorità nazionali (come nel caso della tutela del diritto alla salute)²⁶. L'immagine della condizione giuridica dello straniero dipende quindi dalla continua interazione tra le varie fonti di disciplinamento sociale e dall'interazione tra i diversi livelli di governo, indice di un "movimento" che gli stessi diritti seguono tra tendenze politico-legislative e forme di tutela giurisdizionale più o meno intensa²⁷.

Le scelte di fondo di ogni ordinamento nella definizione della propria politica migratoria fanno emergere le risorse e capacità, così come i pregiudizi e i limiti insiti nelle scelte normative, specie in settori, come quello in argomento, in cui si tratta di fronteggiare la molteplicità ed eterogeneità delle dinamiche innescate da una realtà complessa e cangiante. Il punto di snodo si rintraccia allora nella definizione di una 'giusta distanza'²⁸, e più precisamente nella capacità di concepire un complesso normativo – quale presupposto di un modello di società – che, pur non derogando a valori e principi ritenuti fondamentali ed irrinunciabili, sappia concedere quel necessario margine di flessibilità in grado di ammortizzare l'impatto del fenomeno migratorio, di integrare gli inevitabili elementi di diversità culturale, religiosa e sociale che l'accompagnano, senza che ciò ne intacchi l'identità anzi, al contrario, rappresentandone una conferma²⁹.

Si tratta in sostanza di risolvere il "dilemma del porcospino"³⁰, laddove l'ordinamento (e il suo legislatore) deve dar prova di piena maturità sapendo giostrarsi tra il bisogno fon-

²⁶ R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, cit., 8 secondo cui «alla sovranità dello Stato-soggetto è subentrata la sovranità di una Costituzione il cui motivo ispiratore non è la mera regolazione dello Stato e dei suoi poteri, ma la valorizzazione della persona umana».

²⁷ Così anche C. BERTOLINO, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza tra gli Stati*, in *Riv. AIC*, 2018, 1, 18 che nota «discutere di accoglienza e respingimento comporta insomma, di necessità, per l'uomo e soprattutto per il diritto, il non esaurirsi nel proprio spazio sovrano, ma riconoscere piuttosto e garantire il diritto di 'appartenenza all'umanità', dal quale discenderebbe, una volta avvenuti il riconoscimento e l'ammissione dello straniero nel proprio territorio, una limitazione per la discrezionalità sovrana della comunità e dei poteri pubblici».

²⁸ La Corte costituzionale ha sottolineato come sia compito ineludibile dello Stato presidiare le proprie frontiere e far rispettare le regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza, nella misura in cui la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno dello straniero è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (Corte cost., 26 giugno 1969, n. 104; 23 luglio 1974, n. 244; 24 febbraio 1994, n. 62; 21 novembre 1997 n. 353; 26 maggio 2006, n. 206; 16 maggio 2008, n. 148; 8 luglio 2010, n. 250).

²⁹ Pur approcciando il tema da prospettive differenti G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Riv. AIC*, 1/2017 e V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, ivi, 4/2015.

³⁰ Il riferimento è ad A. SCHOPENHAUER, *Parerga e Paralipomena* (1851), II, Adelphi, Milano, 2003, 884 che utilizza tale metafora per rappresentare la complessità dei rapporti umani, così «una compagnia di porcospini, in una fredda giornata d'inverno, si strinsero vicini, per proteggersi, col calore reciproco, dal rimanere assiderati. Ben presto, però, sentirono il dolore delle spine reciproche; il dolore li costrinse ad allontanarsi di nuovo l'uno dall'altro. Quando poi il bisogno di scaldarsi li portò di nuovo a stare insieme, si ripeté quell'altro malanno; di modo che venivano sbalottati avanti e indietro tra due mali: il freddo e il dolore. Tutto questo durò finché non ebbero trovato una moderata distanza reciproca, che rappresentava per loro la migliore posizione».

damentale di creare legami e di aprirsi a nuovi innesti e quello di conservare il proprio equilibrio interno, al fine di salvaguardare diritti e condizioni giuridiche irrinunciabili³¹.

2. Respingimento (immediato e differito) nel T.U. Immigrazione

Questo contributo prende occasione da una sentenza del giudice costituzionale (sent. n. 275/2017) per ripercorrere criticamente la disciplina normativa del respingimento alla frontiera, affrontando alcuni snodi critici della normativa vigente (o meglio delle sue omissioni) per valutare il senso del monito lanciato dalla Corte al legislatore.

Nel complesso e stratificato sistema di allontanamento dello straniero, «l'ordinamento di polizia degli immigrati risponde ad un fine che tutto concepisce ed ha una fine che tutto ricomprende: assicurare l'allontanamento dello straniero (irregolare o clandestino) dal territorio statale, il prima possibile e preferibilmente in forma coattiva»³². In questo contesto il respingimento ex art. 10 d.lg. n. 286 del 1998 rappresenta un istituto poco considerato dalla giurisprudenza e scarsamente approfondito dalla dottrina rispetto all'ipotesi dell'espulsione, nonostante la sua crescente applicazione in occasione dei sempre più frequenti sbarchi sulle nostre coste provenienti dal Nord Africa³³.

È utile precisare che sono riconducibili al concetto di "respingimento" tre diverse ipotesi, connotate da unità finalistica ed eterogeneità di forme e contenuti: la prima fattispecie regola il diniego opposto agli stranieri che si presentino alla frontiera senza i requisiti per l'ingresso sul territorio nazionale (c.d. respingimento «immediato»); la seconda ipotesi disciplina l'accompagnamento alla frontiera disposto con decreto motivato del questore degli stranieri che, «sottraendosi ai controlli», abbiano fatto ingresso nel territorio dello Stato e siano stati «fermati all'ingresso o subito dopo» (c.d. respingimento «differito»)³⁴. In quest'ultimo caso non vi è un'immediata attuazione del provvedimento, ma si applica una

³¹ A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 46 secondo cui «L'immigrazione, dunque, si pone quale campo di prova e cartina di tornasole sia per l'effettività dei diritti, come diritti universali e come diritti costituzionali, sia per l'ancoraggio dei processi decisionali e normativi ai parametri propri di una democrazia, sia per la tenuta della Costituzione».

³² A. PUGIOTTO, "Purchè se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in Associazione italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XIV Convegno annuale, Cagliari 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli, 2010, 339 s.

³³ Con l'eccezione di P. BONETTI, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*. Atti del Seminario «Amicus Curiae» tenutosi a Ferrara il 26 gennaio 2001, Giappichelli, Torino, 2001, 48 ss.; M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in M. REVENGA SÁNCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Milano-Valencia, 2005, 243 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., 222 ss.; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012, 305 ss.

³⁴ Si vedano le riflessioni di M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., 308 ss.; N. VETTORI, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 681 ss., sp. 695 s.; G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2009, 163 ss., sp. 192 s.

procedura simile a quella prevista per l'esecuzione forzata dell'espulsione, ovvero mediante adozione di un provvedimento di accompagnamento alla frontiera da parte del questore, a cui si può accompagnare – nelle more del procedimento – il trattenimento temporaneo dello straniero in un centro di permanenza per i rimpatri. Infine la terza fattispecie investe l'accompagnamento alla frontiera – disposto con decreto motivato questorile – dei soggetti che, pur non essendo legittimati all'ingresso nel territorio dello Stato, siano stati temporaneamente ammessi «per necessità di pubblico soccorso» (cd. «respingimento umanitario»).

Le diverse forme di respingimento sopra descritte presentano evidenti differenze quanto a legittimazione attiva, presupposti di applicazione e, soprattutto, il gradiente di incisione sulle differenti situazioni giuridiche soggettive. In particolare, il respingimento «immediato» è un provvedimento di natura obbligatoria³⁵, che attraverso l'imposizione di un divieto rivolto agli stranieri, limita la libertà di circolazione in un momento in cui non vi è ancora stato l'ingresso nel territorio nazionale; diversamente, il respingimento «differito» – disciplinato in duplice forma dall'art. 10, comma 2, T.U.I. – è un provvedimento che impone un intervento coercitivo sulla persona fisica del migrante per ricondurlo al paese di ultima provenienza, una volta avvenuto l'ingresso sul territorio nazionale.

Interessanti appaiono in tal senso le considerazioni del Consiglio di Stato secondo cui «il potere di respingimento è infatti lo stesso, e identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario. La differenza fra le fattispecie considerate dei due commi dell'art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario e normale è quello del respingimento *in limine*, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione o comunque di diniego del permesso di soggiorno. Tuttavia nelle ipotesi considerate nel comma 2 la norma consente – a titolo di eccezione – che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera. In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del comma 2 si risolvono in una *fictio iuris* per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora *in limine* e quindi soggetto a quel potere di respingimento che invece senza la *fictio iuris* non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell'autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero»³⁶.

A differenza del respingimento «immediato», quello «differito» non si limita a circoscrivere la libertà di circolazione, incidendo altresì in modo significativo sulla libertà personale dello straniero in termini analoghi a quelli oggetto di censura da parte della Corte costituzionale nelle pronunce in materia di accompagnamento immediato alla frontiera conseguente ad espulsione³⁷. Lo stesso Garante dei diritti delle persone detenute ha dedicato specifica

³⁵ Provvedimento e non quindi mera attività di polizia, anche ai sensi dell'art. 13, comma 2, Regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un *Codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone* (cd. codice frontiere Schengen) per cui «Il respingimento può essere disposto *solo* con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise».

³⁶ Cons. St., sez. III, 13 settembre 2013, n. 4543.

³⁷ Si vedano le sentenze Corte cost. nn. 105/2001 e 222/2004. Il richiamo ai principi affermati in queste sentenze non è estraneo al tema qui trattato laddove vi sono margini di sovrapposibilità tra respingimento differito

attenzione ai respingimenti differiti «considerando il loro impatto psichico ed emotivo (potenzialmente traumatico, laddove messi in atto nei confronti di persone da poco soccorse), valutando gli aspetti critici correlati all'effettiva

comprensione delle informazioni fornite dopo lo sbarco, all'accesso alla procedura di asilo, nonché a efficaci meccanismi di individuazione delle vulnerabilità meritevoli di protezione»³⁸.

È bene rammentare ancora che la Corte costituzionale è intervenuta sulla disciplina dell'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero espulso, riconoscendone espressamente l'incidenza sulla libertà personale e la conseguente inerenza alla sfera delle garanzie dell'art. 13 Cost. Così nella sentenza n. 105/2001³⁹ il giudice costituzionale ha sostenuto che l'accompagnamento alla frontiera «inerisce alla materia regolata dall'art. 13 Cost., in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione»⁴⁰.

Nella successiva sentenza n. 222/2004 la Corte ha affrontato il nodo problematico della disciplina dell'accompagnamento alla frontiera quale misura autonoma e non, come nella pronuncia del 2001, quale logico presupposto del trattenimento nei centri di permanenza temporanea, adottando una pronuncia additiva di principio volta a sanare i molteplici vizi afferenti alla disciplina procedurale in materia salvaguardando «la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 della Costituzione, e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria» nelle quarantotto ore successive alla comunicazione da parte del questore, così come «il diritto di difesa dello

ed espulsione disposta dal prefetto, caso per caso, nei confronti dello straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera (art. 13, comma 2, lett. a), T.U.I.): in entrambi i casi le condotte sono simili, trattandosi di ingresso illegale, ma, mentre nel caso dell'espulsione l'ingresso irregolare si è perfezionato da tempo, nel respingimento lo straniero è colto in situazione di ingresso irregolare subito dopo l'ingresso, cioè in prossimità della frontiera. Non essendo possibile definire uniformemente il concetto temporale e spaziale della locuzione "subito dopo" riferita all'avvenuto ingresso dello straniero nel territorio nazionale, consegue che l'autorità di pubblica sicurezza goda di una certa discrezionalità nel disporre l'espulsione o il respingimento in casi assolutamente simili tra loro.

³⁸ Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2018*, Roma, 2018, 243 s.

³⁹ G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*. Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105, in *Giur. cost.*, 2001, 3, 1680 ss.

⁴⁰ Il vuoto di tutela registrato nella sentenza ha successivamente spinto il legislatore ad intervenire con il d.l. n. 51 del 2002, il cui art. 2 – così come modificato in sede di conversione nella legge n. 106/2002 – prevede l'obbligo del questore di comunicare il provvedimento *de quo* immediatamente e comunque entro quarantotto ore dalla sua adozione al tribunale in composizione monocratica territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. Il tribunale, verificata la sussistenza dei requisiti, può convalidare il provvedimento entro le quarantotto ore successive alla comunicazione. Vi è da dire che attribuendosi natura immediatamente esecutiva al provvedimento del questore, spesso l'autorità giudiziaria si trova a convalidare un provvedimento il cui destinatario, nel frattempo, è già stato materialmente espulso. Queste criticità sono state oggetto della successiva pronuncia n. 222/2004.

straniero nel suo nucleo incompressibile, visto che la disposizione censurata non prevede (...) che questi debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza del difensore»⁴¹.

I principi affermati in queste pronunce si riflettono inevitabilmente anche sulla legittimità del respingimento «differito», quale provvedimento coercitivo avente contenuti analoghi all'espulsione prefettizia, soprattutto se si riflette sul fatto che, a differenza dell'art. 13 T.U.I., in virtù del quale il procedimento espulsivo si struttura in termini «bifasici» anche in ragione della partecipazione di due diverse autorità di pubblica sicurezza (per cui il decreto adottato dal prefetto è associato all'esecuzione con accompagnamento coattivo disposta dal questore), nell'art. 10, comma 2, l'accompagnamento coattivo rappresenta un elemento strutturante il provvedimento del questore con cui viene sancito il respingimento⁴².

Ad ulteriore conferma si deve notare come, mentre per l'espulsione prefettizia sia ammissibile l'esecuzione volontaria⁴³, il respingimento differito sia sempre eseguito coattivamente, con accompagnamento alla frontiera o previo trattenimento negli appositi centri (C.P.R.). A differenza che nell'espulsione, tuttavia, per il provvedimento di respingimento la legge non richiede una convalida in sede giurisdizionale, salvo laddove non sia accompagnato da eventuale provvedimento di trattenimento nel C.P.R.⁴⁴.

L'istituto del respingimento differito presenta evidenti criticità⁴⁵, specie per la mancata previsione di procedure giurisdizionali normativamente necessitate, il che determina un ri-

⁴¹ Su cui il commento di A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri tra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'altra "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in *Forum Quad. cost.* (25 luglio 2004). Da sottolineare che il Governo, con il d.l. 19 settembre 2004, n. 241, ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di provvedere, «a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 222 del 15 luglio 2004», ha modificato la disciplina delle espulsioni al fine di garantire piena efficacia alle garanzie previste dall'art. 13 Cost. e «contestualmente, prevedere adeguate misure per assicurare la massima celerità dei provvedimenti di convalida e di esecuzione delle espulsioni». Il decreto legge ha, dunque, sostituito il testo del comma 5 bis dell'art. 13 del testo unico disponendo che il provvedimento di accompagnamento coattivo debba essere comunicato al giudice entro quarantotto ore dall'adozione e debba essere convalidato da questo nelle successive quarantotto, stabilendo espressamente che esso non possa essere eseguito prima di tale convalida («il provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospeso fino alla decisione sulla sua convalida»). Si è previsto altresì che, in attesa della definizione del procedimento, lo straniero venga trattenuto in un apposito centro; che l'udienza per la convalida si svolga in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore e che debba essere sentito l'interessato, se comparso ed infine che la decisione sia presa con decreto motivato, impugnabile in Cassazione (senza però che tale ricorso sospenda l'esecuzione del provvedimento).

⁴² A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento «differito» intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, in *Giur. merito*, 2012, 5, 1146 s.

⁴³ Stabilisce infatti l'art. 13, comma 5, T.U.I. (a seguito del d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito dalla l. 2 agosto 2011, n. 129, di attuazione della direttiva 2008/115/Ce, c.d. "rimpatri") che se non ricorrono i presupposti per l'accompagnamento coattivo indicati dal precedente comma 4, lo straniero espulso può chiedere al prefetto la concessione di un termine per la partenza volontaria.

⁴⁴ Come nota V. CARLINO, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica (Nota a Corte cost., sent. n. 275/2018)*, in *Federalismi.it*, 2018, 17, 10 «la sovrapposibilità dei due ambiti applicativi di respingimento differito ed espulsione è evidente, così come lo è la necessità di precisare dove si ponga il confine tra i due provvedimenti di allontanamento. Allo stato attuale della legislazione l'autorità amministrativa gode infatti di un'ampissima discrezionalità nello scegliere quale misura adottare, che va senz'altro arginata».

⁴⁵ P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a

schio di elusione delle garanzie specifiche previste dall'ordinamento. La nostra legislazione infatti non indica espressamente i mezzi di tutela giurisdizionale, anche se l'art. 14, par. 3 del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen) prevede che le persone respinte abbiano diritto di presentare ricorso, pur privo di efficacia sospensiva automatica, conformemente alla legislazione nazionale.

Conseguentemente, in mancanza di un'indicazione normativa espressa relativa alla giurisdizione, si sono ricostruiti in via curiale i percorsi di tutela mediante impugnazione del provvedimento di respingimento, riscontrandosi due opposti indirizzi quanto alla competenza giurisdizionale. Un primo orientamento, ora minoritario, ha optato per l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, in considerazione della natura autoritativa del provvedimento e della conseguente titolarità, in capo allo straniero, di interessi legittimi⁴⁶. L'opposto indirizzo, muovendo dalle affinità tra respingimenti ed espulsioni, ha ritenuto applicabile analogicamente ai respingimenti l'art. 13, comma 8, T.U.I., che contempla la giurisdizione del giudice ordinario. A sancire tale arresto hanno contribuito le pronunce delle sezioni unite della Cassazione⁴⁷ lungo un percorso motivazionale incentrato sulla natura di diritto umano fondamentale della posizione giuridica soggettiva – come disegnata dal complesso delle norme, nazionali e internazionali, in materia di immigrazione – sulla quale il respingimento viene ad incidere.

Dato che, per poter procedere al respingimento, il questore deve accertare in positivo la sussistenza delle circostanze di fatto puntualmente indicate dalla legge, ed in negativo l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme relative all'asilo politico, al riconoscimento dello *status* di rifugiato o all'adozione di misure di protezione sussidiaria⁴⁸,

cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 280 ss.; A. PUGIOTTO, "Purchè se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 354 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione*, cit., 150 s.; ID., *Il respingimento, l'espulsione e l'esecuzione dell'espulsione, la trattenimento del cittadino di un paese terzo o di un altro paese dell'Unione europea*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*³, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, 233-235.

⁴⁶ Cons. St., sez. I, parere 4 febbraio 2011, n. 571.

⁴⁷ Cass. civ., sez. un., 10 giugno 2013, n. 14502; 17 giugno 2013, n. 15115 con nota di N. VETTORI, *Il respingimento dello straniero: le Sezioni Unite individuano i diritti e il loro giudice* (Nota a Corte di Cass. civ., S.U., 10 giugno 2013, n. 14502 e Cass. civ., S.U., 17 giugno 2013, n. 15115), in *Giustamm.it*, 1/2013. In sentenza si precisa che «spetta al giudice ordinario, in mancanza di norma derogatrice al criterio generale, la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, incidendo il relativo provvedimento su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, in quanto rivolto, senza margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'Amministrazione, all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge e a quello negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale» (Cass. civ., sez. un., n. 15115/2013).

⁴⁸ Il sistema delle tutele in tema di asilo inibisce il respingimento alla frontiera (così l'art. 10, comma 4, T.U.I.). A tal proposito, all'art. 10 ter, comma 1, T.U.I. (introdotto con d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. in l. 13 aprile 2017, n. 46), è riconosciuto allo straniero, fermato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, il diritto all'informazione sulla procedura di protezione internazionale (nonché sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito), assicurato presso appositi punti di crisi, allestiti nell'ambito dei centri governativi di prima accoglienza.

conseguentemente all'amministrazione – andando ad incidere con la propria decisione sulla sfera posta a tutela di diritti umani inviolabili – non può riconoscersi alcun potere di ponderazione comparativa di interessi, ossia discrezionale in senso pieno, ma soltanto una funzione di accertamento confinata all'area della discrezionalità tecnica⁴⁹. In virtù di questa prospettiva, da un lato l'assenza di potere discrezionale in capo all'amministrazione, dall'altro la natura di diritto soggettivo della posizione tutelata, unitamente alla mancanza di una norma di deroga che assegni al giudice amministrativo la giurisdizione su diritti soggettivi, hanno concorso ad assegnare al giudice ordinario la giurisdizione⁵⁰.

Passando al tema dei poteri di cognizione del giudicante sul provvedimento amministrativo, si deve rammentare come l'oggetto del giudizio si sostanzia nella verifica del corretto esercizio del potere di respingimento, con particolare riferimento alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge che involgono spesso in apprezzamenti tecnico-discrezionali – quelli relativi alla pericolosità sociale dello straniero – aventi natura opinabile⁵¹. Ad imporre la necessità di uno *strict scrutiny* vi è altresì la circostanza che ad essere oggetto di sindacato non è semplicemente «l'atto, ma i diritti soggettivi che esso comprime e le condizioni per la loro legittima compressione»⁵², il che conduce ad un accertamento pieno del rapporto giuridico sottostante, in relazione a tutte le figure di eccesso di potere, senza circoscrivere la cognizione con riferimento esclusivo alla particolare ipotesi dello sviamento.

L'ampiezza del sindacato si riflette sui poteri decisori che assumono natura costitutiva nei confronti del provvedimento di respingimento ed espulsione, secondo il modello della giurisdizione piena. Anche in assenza di una previsione espressa – come affermato dalla Corte costituzionale – il quadro tracciato dalla Costituzione consente di attribuire al giudice ordinario, investito della tutela di diritti soggettivi, il potere di annullare un atto autoritativo o addirittura di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di un dato provvedimento⁵³. In questo senso i poteri attribuiti all'organo giudicante sono stati interpretati in senso estensivo esprimendosi a fisarmonica a partire dalla disapplicazione incidentale⁵⁴ sino a numerosi esempi non solo di annullamento⁵⁵, ma anche di revoca e/o sostituzione dell'atto impugnato⁵⁶.

Dei differenti procedimenti che governano il fenomeno migratorio, quello dell'allontanamento si declina bilanciando esigenze di efficacia della misura stessa ed obbli-

⁴⁹ In questo senso M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 371 secondo cui «il diritto amministrativo dell'immigrazione non assolve la sua fondamentale funzione di controllo del pubblico potere a protezione delle libertà individuali perché si fonda su una idea 'debole' di libertà, svincolata dal suo fondamento costituzionale e ridotta, invece, alla legalità. Fallisce, quindi, perché è un diritto amministrativo senza basi costituzionali».

⁵⁰ In senso critico, S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1, 534 ss.

⁵¹ Cass. civ., sez. VI, ord. 21 luglio 2017, n. 18133; Cass., sez. VI, 8 settembre 2011, n. 18482; Cass., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 17585; Cass., sez. I, 7 dicembre 2005, n. 27068; Cass., sez. I, 10 aprile 2003, n. 5661 nel senso di un controllo estrinseco, non meramente formale.

⁵² Cass., sez. I, 16 giugno 2004, n. 11321.

⁵³ Corte cost., ord. 17 maggio 2001, n. 140; Corte cost., ord. 28 maggio 2001, n. 165.

⁵⁴ App. Trento, 16 agosto 2010.

⁵⁵ ex plurimis, per la dichiarazione di nullità del decreto di respingimento differito, Trib. Catania, ord. 30 gennaio 2016, n. 1738; per l'annullamento, Trib. Catania, ord. 27 gennaio 2016, n. 1340; Giud. Pace Bari, 7 dicembre 2013; Giud. Pace Bari, ord. 11 novembre 2015, n. 1275.

⁵⁶ Cass. civ., sez. VI-1, 1° settembre 2015, n. 17408.

ghi di tutela dei diritti della persona, che risultano incisi in modo particolarmente diretto e potenzialmente irreversibile dai provvedimenti di respingimento. Pertanto se la possibilità, per il legislatore, di dettare una disciplina flessibile rappresenta una mediazione tra esigenze di garanzia della collettività e dei diritti dei singoli (tali da scongiurare possibili abusi da parte dell'amministrazione), al contempo, la vaghezza delle disposizioni normative, l'assenza di dispositivi di garanzia (quali la convalida automatica del provvedimento amministrativo) oltre a profili di irragionevolezza della disciplina vigente pongono in dubbio il rispetto di alcuni principi fondamentali del nostro sistema costituzionale, quali la libertà personale, il diritto di difesa e quello di legalità.

La legislazione vigente in materia di immigrazione rappresenta semplicemente «una proposta di soluzioni e di coesistenze possibili, ovvero un “compromesso delle possibilità”, non un progetto rigidamente ordinante che possa essere assunto come un *a priori* dotato di forza propria»⁵⁷, sicchè vi è la necessità di vagliarlo criticamente. Diversamente un atteggiamento realista, frutto di un appiattimento del dover essere sull'essere, si risolverebbe nella legittimazione dell'esistente, pur se contrario al diritto, ed equivarrebbe a un'abdicazione al ruolo normativo del diritto e a quello critico del giurista.

3. I dubbi del giudice di merito a Corte

I dubbi di costituzionalità relativi al respingimento differito sono stati oggetto anche di relazioni di Commissioni parlamentari e richiami al Parlamento da parte del Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale⁵⁸, trovando infine concreta espressione nell'ordinanza di remissione del Tribunale di Palermo del 17 novembre 2016.

A fronte dell'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sollevata dal legale del ricorrente, il giudice *a quo* ne argomenta la non manifesta infondatezza a partire dall'inquadramento del provvedimento di respingimento differito quale atto limitativo della libertà personale, nella misura in cui si prescrive venga eseguito con accompagnamento alla frontiera, ossia mediante una misura di carattere coercitivo⁵⁹.

Ne conseguirebbe quindi la violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, comma 2, Cost., nonché dell'obbligo di convalida del provvedimento temporaneamente adottato dall'autorità di pubblica sicurezza prescritto al comma 3, dato che il respingimento è disposto dal solo Questore senza che si dia luogo a convalida da parte dell'autorità giudiziale.

⁵⁷ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1994, 10 s.

⁵⁸ Relazione in data 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, in www.camera.it, 105-106; inoltre 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 www.camera.it, 121.

⁵⁹ Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105.

Il meccanismo normativo alla base del respingimento differito comporterebbe inoltre una violazione della riserva di legge prevista dall'art. 10, comma 2 e dall'art. 13 Cost. per due ordini di ragioni: a) stante l'evidente genericità di uno dei presupposti – ovvero essere fermato lo straniero «subito dopo» l'ingresso nel territorio – che non viene sanata nemmeno mediante un'interpretazione conforme alle normativa europea di riferimento⁶⁰; b) nella misura in cui il medesimo presupposto del respingimento differito (l'ingresso nel territorio dello Stato senza averne i requisiti o eludendo i controlli di frontiera) è previsto anche dall'art. 13, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 286 del 1998 per l'adozione da parte del prefetto del provvedimento amministrativo di espulsione. Tale contiguità normativa consentirebbe all'amministrazione di decidere discrezionalmente quale tipo di provvedimento (respingimento o espulsione) adottare nei confronti dello straniero che abbia appena fatto ingresso irregolare.

Infine il giudice richiama, quali norme interposte rispetto all'art. 117 Cost., le garanzie dettate dall'art. 4 par. 4 della direttiva 2008/115/UE sui rimpatri degli stranieri in situazione di soggiorno irregolare, mancando una disposizione interna volta a far sì che il trattamento e il livello di protezione accordati agli stranieri respinti non siano meno favorevoli a quelli previsti dalla medesima direttiva all'art. 8 parr. 4 e 5 (limitazioni del ricorso alle misure coercitive), all'art. 9 par. 2, lett. a) (possibilità di rinvio dell'allontanamento a causa dello stato fisico o mentale dello straniero) e agli artt. 16 e 17 (condizioni di trattenimento).

Sotto il profilo della rilevanza si sottolinea come l'accompagnamento alla frontiera resti sempre efficace quale effetto obbligatorio e inderogabile di ogni provvedimento di respingimento, ancorchè non venga in concreto eseguito per ragioni oggettive, anche temporanee, in presenza delle quali il questore potrebbe impartire allo straniero un distinto ordine di lasciare il territorio dello Stato ai sensi dell'art. 14, comma 5-bis, d.lgs. n. 286 del 1998, com'era avvenuto nel caso di specie.

Il giudice si premura di segnalare come un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale non creerebbe alcuna lacuna normativa, essendo comunque prevista dall'art. 13, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 286 del 1998 l'adozione del provvedimento amministrativo di espulsione per situazioni analoghe di ingresso irregolare, così evitando ogni violazione degli obblighi imposti dalle norme europee: il respingimento differito verrebbe quindi caducato, pur rimanendo per la medesima ipotesi l'espulsione amministrativa.

4. Respingimento differito e garanzie della libertà personale

La scarsa disciplina del respingimento differito non riesce a sostenere l'incisività del provvedimento che disciplina, facendo emergere gravi distonie rispetto al dettato costituzionale. Tra queste vi è sicuramente quella derivante dalla configurazione dello stesso provve-

⁶⁰ Il riferimento è all'art. 2 par. 2 lett. a) della direttiva rimpatri secondo cui la disciplina ivi prevista può essere applicata ai cittadini di paesi terzi ove «(...) fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno».

dimento⁶¹ come coattivo⁶² – e non semplicemente obbligatorio – quando eseguito mediante accompagnamento alla frontiera, di per sé limitativo della libertà personale ex art. 13 Cost.⁶³.

Com'è noto, nella più risalente giurisprudenza costituzionale, la libertà personale è stata interpretata come libertà dagli arresti e da qualunque esercizio di «*potestà coercitiva personale*»⁶⁴. L'idea che la libertà personale costituisca primariamente una garanzia di tutela avverso le tradizionali forme di limitazione che si esplicano in misure di coercizione fisica o, meglio, di coazione della persona, si pone come un dato di partenza che rappresenta, se si vuole, anche un punto di arrivo nella riflessione della giurisprudenza costituzionale sul tema⁶⁵. L'art. 13 Cost. dunque verrebbe ad assicurare alla persona la «possibilità di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico» contro «qualunque azione di altri uomini che deliberatamente, operando sul nostro corpo, immobilizzandolo, manomettendolo, chiudendolo in una cella e così via, toglie alla nostra volontà la possibilità di disporre a suo talento»⁶⁶.

Sembra utile soffermarsi sul punto chiarendo, nel solco di autorevole dottrina, come le garanzie previste nell'art. 13 Cost. siano volte a tutelare «la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all'altrui volere, conseguenti a una situazione di coazione fisica», laddove, diversamente l'art. 23 Cost., al quale viene affidato il patrocinio della libertà individuale, involga «la libertà del singolo di autodeterminarsi nei limiti degli obblighi e dei divieti di carattere personale o patrimoniale imposti dalle pubbliche autorità “in base alla legge”»⁶⁷. Si viene, in coerenza con tale distinzione di funzioni, ad escludere dalla disciplina dell'art. 13 tutte quelle misure che siano meramente obbligatorie, le quali, proprio in quanto tali, sono non coercitive, ovvero in cui la realizzazione del comportamento imposto è rimessa alla «collaborazione» più o meno “spontanea” del destinatario del provvedimento⁶⁸. Il *discrimen* per individuare quali misure sono comprese entro l'ombrello dell'art. 13

⁶¹ Ritenevano che il respingimento dovesse qualificarsi come mera attività materiale G. SAVIO, *Respingimento, espulsione, trattenimento e accompagnamento alla frontiera (i presupposti e le procedure), la revoca e il reingresso, la segnalazione Schengen*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, Torino, 2008, 7 s.; M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 822 s.; in senso contrario per la natura provvedimentoale C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001, 157; A. PUGIOTTO, “*Purchè se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 352 s.

⁶² Vi è da sottolineare come di per sé il provvedimento di respingimento immediato alla frontiera non incida sul diritto alla libertà personale, ma si traduca in una limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno, diritto pieno solo per il cittadino e non per lo straniero. Cfr. M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, cit., 824 s.

⁶³ G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, 3 ss.; M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 323 ss.

⁶⁴ Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11.

⁶⁵ Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2; Corte cost., 15 luglio 1959, n. 49; Corte cost., 30 giugno 1960, n. 45; Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68. In dottrina E. BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad.*, 1951, IV, 272; S. GALEOTTI, *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 859 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, 30; G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 4 ss., in particolare 51. Per una riflessione ampia P. CARETTI, *La disciplina della libertà personale nei più recenti sviluppi legislativi*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Barile*, Cedam, Padova, 1990, 235 ss.

⁶⁶ S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1953, 10 e 12.

⁶⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 174 ss.

⁶⁸ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 179.

Cost. risiede, secondo autorevole dottrina⁶⁹, nella *coercitività* delle misure, a nulla rilevando il *nomen juris* con cui le stesse misure sono state catalogate dal legislatore; allo stesso tempo, non sono riconducibili all'art. 13 Cost. tutte le misure che, benchè coercitive rispetto alla libertà fisica della persona, rientrano nella specifica disciplina di altre norme costituzionali. Coercitività che non si avrà solo perchè la mancata ottemperanza di un obbligo o di un divieto siano presidiati da sanzione penale detentiva o da sanzione che incida comunque su un diritto inviolabile⁷⁰, in quanto alla violazione non consegue inevitabilmente ed automaticamente l'applicazione giudiziale della misura coercitiva, che invece si colloca in ambiti, tempi e modalità diversi da quelli della trasgressione⁷¹.

Questa valutazione rigida è stata progressivamente resa flessibile come emerge in quelle sentenze del giudice costituzionale⁷² nelle quali la Corte, per verificare la sussistenza di una restrizione della libertà personale, si è costruito un giudizio, volto a verificare caso per caso, se la misura censurata concretizzasse quell'«assoggettamento fisico o morale di una persona al potere dell'organo di polizia, tale da costituire una restrizione della libertà personale equiparabile all'arresto». I limiti del semplice criterio coattivo erano peraltro già emersi nella prima giurisprudenza costituzionale⁷³, la quale facendo propria una nozione estensiva della libertà personale aveva censurato quelle limitazioni che si traducono in una «sorta di degradazione giuridica» dell'individuo. Tale giurisprudenza aveva tra l'altro trovato il sostegno di autorevole dottrina, la quale, nell'annotare un successivo arresto in cui la Corte aveva confermato la legittimità dell'ordine di rimpatrio obbligatorio⁷⁴ non rinvenendo in esso alcuna forma di degradazione, propugnava «l'assunzione di un concetto di libertà personale (...) estesa fino a comprendere anche la salvaguardia delle altre forme di limitazione alla disponibilità della persona stessa, le quali richiedano non già solo valutazioni di esigenze oggettive di sicurezza o di sanità, ma anche apprezzamenti discrezionali relativi alle qualità morali dei soggetti cui esse si indirizzano, e tali, quando si concretino in un accertamento di minorata socialità dei medesimi, da influenzare la loro capacità generale, la loro dignità». In virtù di tale elaborazione, l'art. 13 Cost. sarebbe stato volto a garantire non solo le coazioni fisiche in senso stretto, ma anche ordini, obblighi e ingiunzioni che, pur facendo difetto dell'esecuzione in forma coattiva, comportassero un giudizio di disvalore sulla personalità morale dell'individuo. Ciò presupponeva però la necessità di attribuire al concetto di «degradazione giuridica» un significato rigoroso, tale da porre sotto giudizio la stessa situazione da cui era

⁶⁹ G. VASSALLI, *Libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, 365 ss.

⁷⁰ A. CERRI, *Libertà. II. Libertà personale – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1991, 5.

⁷¹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale, cit.*, 181; D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano, 2007, 188.

⁷² *Ex pluris* Corte cost., 27 marzo 1962, n. 30, su cui V. ANDRIOLI, *Libertà personale e rilievi segnaletici*, in *Giur. cost.*, 1962, 541 ss.; Corte cost., 30 maggio 1963, n. 74. Per un'applicazione più recente Corte cost., 12 giugno 1996, n. 193.

⁷³ Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11.

⁷⁴ Corte cost., 30 giugno 1960, n. 45, in dottrina C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689 ss.; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*⁸, II, Cedam, Padova, 1969, 955 che, a supporto della più ampia ricostruzione della libertà personale, richiama la proibizione di violenze fisiche e morali di cui al quarto comma dell'art. 13 Cost.

sorta la condizione di inferiorità, ossia la qualifica presupposta che giustificava gli obblighi imposti alla persona, tali da proiettarla in uno stato socialmente degradato⁷⁵.

Particolare interesse assume, per quanto ci riguarda, la sentenza n. 105 del 2001, chiamata a valutare della legittimità costituzionale delle norme che prevedono il trattenimento dello straniero presso gli allora «centri di permanenza temporanea e assistenza» nell'ambito della procedura di espulsione amministrativa disposta dal prefetto. Facendo leva sulla clausola residuale dell'art. 13 Cost., ovvero alle «altre restrizioni della libertà personale», la Corte ha riconosciuto che «nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, [si determina] quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»⁷⁶. Per la Corte costituzionale ciò che rileva è dunque la natura del provvedimento, la sua capacità di incidere su di una definita sfera fisica di autodeterminazione del soggetto, non già le finalità della misura, che possono essere – o sembrino – le più nobili e condivisibili⁷⁷. In via ulteriore emerge dalla motivazione una sorta di assimilazione tra la mortificazione della dignità umana e la condizione inferiore di assoggettamento fisico all'altrui potere come se l'una fosse intrinseca a tale condizione e non l'effetto di quest'ultima. Si prospetta dunque lo sviluppo di una valutazione in concreto, caso per caso, che tenga conto della durata della restrizione, della sua ripetizione nel tempo, delle condizioni in cui si sia concretata, al fine di operare un giudizio sulla base dell'elaborazione di *standard* a carattere generale.

Alla luce dell'analisi svolta non sembrano porsi dubbi relativamente alla riconducibilità della misura del respingimento differito entro l'ombrello dell'art. 13 Cost.⁷⁸, quale strumento limitativo della libertà personale a cui debbono essere applicate le garanzie previste dalla Carta fondamentale.

4.1. Respingimento differito e riserva di giurisdizione

I primi tre commi dell'articolo 13 si strutturano secondo uno schema di regola ed eccezione: in questo senso «l'impalcatura del sistema dei limiti alla libertà personale si sostanzia nella struttura a cerchi concentrici disegnata dall'art. 13, commi 1-3, Cost.: la formula d'esordio contiene la fondamentale statuizione dell'inviolabilità della garanzia; i successivi

⁷⁵ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 52, 98 ss., sp. 120 s. secondo cui «il valore tutelato dalla fattispecie ex art. 13 Cost. va[da] individuato nel libero sviluppo della persona attraverso il godimento della libertà fisica e che la "pretesa alla libertà personale" vada definita come pretesa a che non vengano posti limiti (...) alla libertà fisica, se non con le garanzie ex artt. 13 e 111 Cost., che abbiano come presupposto una valutazione negativa della personalità morale del colpito o, comunque, come effetto un'incidenza sulla dignità sociale del colpito».

⁷⁶ Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105; Corte cost., 25 luglio 2001, n. 298; Corte cost., 6 dicembre 2001, n. 388.

⁷⁷ Così E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, 4, 2709 ss.

⁷⁸ Affermazione che viene confermata nella pronuncia qui commentata Corte cost. 20 dicembre 2017, n. 275. Su cui P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2018.

commi 2-3 – di precipuo interesse strategico nel quadro della disciplina costituzionale del processo penale – tracciano un duplice ordine di limiti, guidando in termini analitici la discrezionalità legislativa in materia»⁷⁹.

La regola generale di cui all'art. 13, comma 2, Cost. prevede che ogni restrizione della libertà personale debba essere adottata con provvedimento motivato dalla sola autorità giudiziaria nei casi e nei modi previsti dalla legge. La disposizione pone quindi nelle mani dei giudici la garanzia della tutela della libertà personale attraverso la previsione della riserva di giurisdizione e della motivazione dei provvedimenti.

Nel caso del respingimento differito, emergono due incisive omissioni che interessano i rapporti tra il provvedimento e l'intervento dell'autorità giudiziaria: nulla è prescritto riguardo le forme e procedure di impugnazione del decreto di respingimento e, parimenti, non è stato apprestato nessun meccanismo di convalida⁸⁰, il che confligge con l'esigenza di legalità sottesa alla materia.

Vi è da notare come l'impugnazione del decreto di respingimento non possa essere considerata una garanzia equivalente all'attribuzione della competenza all'autorità giudiziaria ad adottare il provvedimento di respingimento, né alla convalida giurisdizionale nei termini previsti dall'art. 13, comma 3, Cost. che peraltro 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 amministrazione⁸¹.

Come si è notato, «siamo in presenza di una gestione della vicenda dell'allontanamento dello straniero integralmente appaltata all'autorità amministrativa, dove non è *mai* previsto l'intervento di un giudice né per convalidare l'ordine di espulsione né per autorizzarne l'esecuzione coattiva (che pure è misura incidente sulla libertà personale), con gravi problemi di tenuta delle garanzie relative al diritto di difesa e al ruolo costituzionale della giurisdizione. A ciò si aggiunge il pericolo concreto che il rimpatrio forzato sia indirizzato verso paesi in cui l'espulso potrebbe essere esposto al rischio di gravi violazioni dei diritti umani, nonostante in simili casi debba valere il divieto assoluto di *refoulement*, cui anche l'Italia è vincolata»⁸².

⁷⁹ G. DI CHIARA, G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, 306.

⁸⁰ Come nota tuttavia P. BONETTI, *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, 4, 25 s. «la riserva di giurisdizione ha natura diversa dall'esercizio del diritto alla difesa previsto dall'art. 24 Cost.: il preventivo vaglio giurisdizionale dei provvedimenti limitativi della libertà personale è una garanzia diversa e distinta dal diritto dato all'interessato di esercitare una tutela giurisdizionale contro tali provvedimenti».

⁸¹ La convalida giurisdizionale infatti incide sull'essenza stessa del provvedimento restrittivo, deve essere sempre prevista d'ufficio e la sua mancata adozione nei termini determina la cessazione e l'inefficacia del provvedimento stesso.

⁸² A. PUGIOTTO, "Purchè se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 348 s. rileva inoltre che «la ragione è semplice: sia per il legislatore della Napolitano-Turco, sia per il legislatore della Bossi-Fini, tutte le misure di allontanamento (espulsione e respingimento) *comunque* eseguite (in forma obbligatoria o coattiva) sono state pensate come incidenti *esclusivamente* sulla libertà di circolazione dello straniero, dunque non necessitanti di una qualche convalida giurisdizionale. Il respingimento differito non fa eccezione».

A differenza della normativa in materia di espulsione, laddove si disciplina il ricorso di fronte al giudice di pace, vi è una lacuna – nella specifica *sedes materiae* come nel resto del T.U.I – quanto ai mezzi di impugnazione del decreto di respingimento differito⁸³, il che non preclude l'impugnabilità del provvedimento, delineata in via curiale⁸⁴, comunque garantita non solo ai sensi dell'art. 24 Cost., ma anche in virtù dell'art. 113 Cost. alla stregua del quale «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi».

In virtù dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 il provvedimento di respingimento differito deve essere sempre necessariamente disposto soltanto dal questore, 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.

Questa ipotesi è quindi riconducibile alle prescrizioni sui limiti alla libertà personale dettate dalla Carta costituzionale che possono essere descritte metaforicamente come una struttura normativa a «cerchi concentrici»⁸⁵, conchiusa dall'estrema garanzia di libertà rappresentata dall'art. 13, comma 3. Di conseguenza non appare irrilevante la deroga alla riserva di giurisdizione di cui al comma 2 dell'art. 10 citato, stante l'attribuzione, pur provvisoria, di un potere di intervento sulla libertà personale degli individui che di regola il sistema attribuisce all'autorità giudiziaria⁸⁶.

Vi è da rammentare come, accanto al dato procedurale, la Costituzione richieda il rispetto dei requisiti di eccezionalità, necessità e urgenza che debbono connotare il provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza. In particolare, l'art. 13, comma 3, non viene a legittimare l'intervento dell'autorità di polizia nei «casi eccezionali» in funzione di una valutazione quantitativa, in termini di infrequenza, bensì in relazione al criterio di natura qua-

⁸³ Così A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento «differito» intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, cit., 1146 s. che rileva come solo nel regolamento di attuazione del T.U.I., all'art. 3, comma 3, sia previsto che tra le «comunicazioni allo straniero» sia resa, anche rispetto al provvedimento di respingimento, l'indicazione delle «eventuali modalità di impugnazione».

⁸⁴ La giurisprudenza di legittimità, in punto individuazione del giudice competente, indicava il giudice di pace, «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. civ., sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115).

⁸⁵ G. DI CHIARA, G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., 306 s.

⁸⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 198 ss. secondo cui «per quanto riguarda i poteri dell'autorità di polizia, deve essere sottolineato che non esistono, nella logica a cui si ispira il combinato disposto del secondo e del terzo comma, poteri “propri” di tale autorità (in relazione all'esercizio dei quali il controllo dell'autorità giudiziaria sarebbe conseguentemente limitato alla mera legalità “formale” del provvedimento). (...) Ciò conferma che i poteri della polizia previsti nel terzo comma dell'art. 13 sono meramente “sostitutivi” di quelli conferiti all'autorità giudiziaria. Da ciò consegue: a) che essi possono essere autonomamente esercitati solo in casi di “necessità e urgenza”, e non anche quando la polizia avrebbe tutto il tempo di munirsi dell'autorizzazione del magistrato (...); b) che il controllo giudiziario si estende sino all'esame del “merito” delle restrizioni adottate».

litativa in forza del quale in quei casi si deroga – introducendo un’eccezione – alla regola generale dell’intervento preventivo dell’autorità giudiziaria⁸⁷.

Se, a seguito della già citata sentenza n. 222/2004 della Corte costituzionale, il legislatore ha introdotto nel d.lgs. n. 286 del 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, una previsione analoga non è rinvenibile con riguardo all’accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento di respingimento.

La problematicità di tale lacuna emerge in particolare 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 del 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 presso un CPR. In questo caso, diversamente, l’intervento dell’autorità giudiziaria conduce a vagliare la convalida ai sensi dell’art. 14, commi 3, 4 e 5, T.U.I. Tuttavia, dall’art. 14, comma 4, si evince che la verifica della sussistenza dei presupposti del respingimento non fa parte del giudizio di convalida del trattenimento dell’espulso.

Peraltro se la riserva di giurisdizione contenuta nell’art. 13, ma anche negli artt. 14, 15 e 21 Cost., deve essere letta alla luce dell’art. 24 e dell’art. 111, sembra difficile che tale riserva possa dirsi rispettata quando al giudice non viene offerta neppure la possibilità di ascoltare le ragioni dello straniero, assistito da un difensore, che intenda contestare il provvedimento dell’amministrazione.

In sintesi l’assenza di un controllo giurisdizionale e la rapidità di esecuzione della misura disposta dal questore (oltre che l’inesistente interesse dello straniero ad impugnare, una volta rimpatriato, il provvedimento di respingimento differito cui la legislazione non collega alcun divieto di reingresso) rendono la disciplina omissiva del respingimento differito una zona franca per il sindacato di costituzionalità⁸⁸.

4.2. Respingimento differito e riserva di legge

Ad avviso del giudice remittente, l’art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 violerebbe la riserva di legge posta sia dall’art. 10, comma 2, Cost., sia dall’art. 13, comma 3, Cost. «per l’evidente genericità di uno dei presupposti» previsti per l’adozione del provvedimento di respingimento differito.

Come si è già visto, il respingimento differito può essere disposto nei confronti dello straniero non autorizzato che sia fermato all’ingresso o «*subito dopo*». Tale ultima clausola viene a legittimare prassi distorsive del dettato normativo che, consentendo letture estensive,

⁸⁷ Corte cost., 20 aprile 1977, n. 64.

⁸⁸ F.B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009, 163 s.

permettono l'adozione di provvedimenti di respingimento differito a distanza di giorni, e talvolta anche di settimane, dall'ingresso e contestuale "fermo" dello straniero.

Le tendenze in atto nella prassi amministrativa fanno sì che il concreto declinarsi del principio di legalità sempre più spesso si ponga in tensione con l'esigenza di conseguire un effettivo risultato, anche a prescindere dal dato normativo⁸⁹. Così in concreto, «nella stragrande maggioranza dei casi, accade che lo straniero appena sbarcato venga fermato e ristretto *de facto* presso un centro di detenzione amministrativa e solo dopo diversi giorni, gli venga notificato il provvedimento di respingimento, il più delle volte seguito da un formale decreto di trattenimento che viene convalidato apparentemente in termini, pur fondandosi su un provvedimento di respingimento tardivo»⁹⁰. La norma censurata avrebbe quindi attribuito un potere normativo sconnesso dai presupposti fattuali che legittimano l'eccezionalità ed urgenza, lasciando spazio a forme di discrezionalità (o di arbitrio) tendenzialmente illimitate e capaci di incidere sulla libertà dei singoli⁹¹.

La Corte costituzionale considera implicita nel carattere di tassatività che connota le ipotesi disciplinate dall'art. 13, comma 3, Cost., la condizione di certezza ed inequivocità delle circostanze ricorrendo le quali la misura coercitiva è consentita⁹². Nonostante ciò i presupposti della misura esaminata si palesano così vaghi da erodere il principio di tassatività: in particolare locuzioni quali quella del fermo avvenuto «subito dopo», il cui accertamento richiede una valutazione caratterizzata da notevoli margini di discrezionalità⁹³, non idonea a soddisfare quell'obbiettivo di certezza del diritto sottesa all'art. 13, comma 3, Cost.

Il carattere rinforzato della riserva di legge comporta poi anche la possibilità di sindacare il rispetto di quest'ultima sotto il profilo del contenuto, che deve essere conforme alle norme e ai trattati internazionali che riguardano la condizione giuridica dello straniero, i quali comprendono il diritto internazionale dei diritti umani, essendo lo straniero in primo luogo una persona umana.

In questo senso l'imprescindibile necessità che in «ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione»⁹⁴. Non è pertanto sufficiente che il potere attribuito dalla legge venga finalizzato alla

⁸⁹ M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, 19 ss.

⁹⁰ Così A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento «differito» intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, cit., 1148 s.

⁹¹ Ciò è conseguenza dell'annullamento del requisito dell'urgenza sottesa all'esercizio dei due distinti poteri connessi all'espulsione e respingimento e, al contempo, riconoscendo che dove c'è scelta, di norma, c'è discrezionalità viene a destrutturare la necessità del potere di respingimento differito.

⁹² Corte Cost., 29 aprile 1982, n. 79.

⁹³ R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, cit., 13.

⁹⁴ Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303; Corte cost., 6 febbraio 2009, n. 32; Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115.

tutela di un bene o di un valore, essendo altresì indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa.

La vaghezza è un'incertezza riguardo ai confini di un concetto derivante dalla "porosità" del linguaggio che, nella specie – avendo la formula «subito dopo» natura spaziale e temporale – rende impossibile individuare in modo puntuale il presupposto fattuale in presenza del quale è consentita la restrizione della libertà personale e rende, peraltro, arduo distinguere il respingimento rispetto all'ipotesi dell'espulsione che il prefetto – non il questore – 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 del 1998.

La clausola di sussidiarietà, delineata nell'art. 13, comma 2, lett. a), consente un coordinamento tra le due fattispecie normative in virtù di un discrimine di natura cronologica: così è il fattore temporale, entro cui si declina l'esercizio dei rispettivi poteri, a determinare cerchi di «urgenza» decrescenti. Così il respingimento è procedura che si concreta nell'immediatezza dell'ingresso irregolare o immediatamente dopo, sempre che la dilazione consenta una regolare convalida del connesso accompagnamento coattivo, mentre l'espulsione prefettizia dovrebbe risultare applicabile, in via ordinaria, ogniqualvolta ciò non sia possibile.

Dilatando il presupposto temporale del provvedimento, la vaghezza della locuzione «subito dopo» rende non giustiziabile il confine tra i due regimi del respingimento differito e dell'espulsione prefettizia, con la conseguenza di attribuire un vero e proprio potere arbitrario all'amministrazione nell'adozione del provvedimento più adeguato alla bisogna⁹⁵.

In sostanza «il cortocircuito normativo, conseguenza di una riserva di legge rinforzata (ex art. 10, comma 2, Cost.) non rispettata, nasconde dietro l'etichetta di respingimento differito una vera e propria espulsione anticipata eseguita coercitivamente, per la quale la legge farebbe scattare l'obbligo di convalida ad opera di un giudice. E così, come in un gioco di prestigio, scompare d'incanto ogni effettiva tutela giurisdizionale»⁹⁶.

4.3. Respingimento differito e normativa eurounitaria

Secondo il giudice remittente, l'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998 violerebbe l'art. 117, comma 1, Cost., in quanto la disciplina legislativa del respingimento differito 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).

⁹⁵ Tenuto conto che, nonostante l'equivalenza funzionale tra i due provvedimenti e la loro fungibilità in concreto, vi sono differenze notevoli, in termini di tutela dello straniero.

⁹⁶ A. PUGIOTTO, "Purchè se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 352 s.

La direttiva 2008/115 ha come fine, sancito nel suo articolo 1, quello di stabilire le norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, conformemente ai diritti fondamentali e al diritto internazionale. Dal suo considerando 4 si evince che tale direttiva intende introdurre norme chiare, trasparenti ed eque atte a delineare meccanismo di rimpatrio efficaci nel contesto di una generale politica d'immigrazione correttamente gestita⁹⁷.

A norma del par. 2 dell'art. 2, gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tale direttiva in determinate situazioni ben definite, potendo non applicare la direttiva ai cittadini di paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera esterna di uno Stato membro, dal quale non abbiano ottenuto un valido titolo di soggiorno.

Sebbene quindi l'istituto del respingimento sia sottratto all'ambito di applicazione della direttiva rimpatri, l'art. 4, par. 4, di tale direttiva imporrebbe comunque agli Stati membri di assicurare agli stranieri che vi sono sottoposti un livello minimo di tutela, attraverso il rinvio ad altre disposizioni della medesima direttiva anch'esse tuttavia riconducibili alla sfera delle norme di principio, una serie di canoni o parametri che devono orientare le scelte legislative nazionali, rimettendo comunque agli Stati membri l'esatta determinazione del livello di tutela garantito.

La stessa Corte di giustizia ha sottolineato come «finalità di quest'ultima disposizione, quale risulta dai lavori preparatori della direttiva, consist[er] nel consentire agli Stati membri di continuare ad applicare alle loro frontiere esterne procedure di rimpatrio nazionali semplificate, senza dover seguire tutte le fasi nelle quali si sviluppano le procedure previste dalla citata direttiva, al fine di poter allontanare più rapidamente i cittadini di paesi terzi scoperti mentre attraversano tali frontiere. Il menzionato articolo 4, paragrafo 4, è diretto in tale contesto a garantire che dette procedure nazionali semplificate rispettino le garanzie minime previste dalla direttiva 2008/115, tra le quali figurano, in particolare, le condizioni relative al trattenimento di cui agli articoli 16 e 17 di tale direttiva»⁹⁸.

Se è pur vero che solamente gli artt. 15 e 16 della direttiva sono stati dichiarati dalla Corte di giustizia «incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto»⁹⁹, tuttavia come si è evidenziato nella giurisprudenza costituzionale «la ricognizione in concreto di tali presupposti costituisce l'esito di un'attività di interpretazione della direttiva comunitaria e delle sue singole disposizioni, che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia»¹⁰⁰. Nella specie pare emergere un'antinomia gerarchica sanabile, per via interpre-

⁹⁷ C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. intern.*, 2011, 3, 693 ss.; G. SAVIO, *Lo stato di attuazione della direttiva rimpatri e il nuovo regolamento unico per i CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, 3-4, 64 ss.; M. SAVINO, *L'amministrativizzazione della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khalafia*, *ivi*, 2015, 3-4, 50 ss.

⁹⁸ Corte di giustizia, grande camera, 7 giugno 2016, causa 47/15, *Sélima Affum*, §. 74.

⁹⁹ Corte di giustizia, 28 aprile 2011, causa 61/11, *El Dridi*, §. 47.

¹⁰⁰ Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168.

tativa, dal giudice di merito, al quale compete, non solo, il potere di controllare e verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa, bensì, anche, di provvedere direttamente all'applicazione della misura più idonea, tenuto conto delle circostanze di fatto che qualificano la vicenda in questione.

Se si ha peraltro riguardo al grado di armonizzazione delle procedure vincolanti fornito dalla direttiva, il risultato – analizzato alla luce del grado di tutela previsto per gli stranieri irregolari – non può essere considerato soddisfacente, né utile a fungere da parametro, dato che quasi tutte le previsioni principali della direttiva impongono una procedura uniforme, ma al tempo stesso lasciano liberi gli Stati membri di introdurre delle deroghe ad essa.

5. Un'inammissibilità dovuta, un monito necessario

Nonostante le eccezioni di incostituzionalità del respingimento differito sopra illustrate, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 275/2017, dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per difetto di rilevanza, rinviando il momento della censura mediante un espresso e severo monito al legislatore nel quale si preannuncia una dichiarazione di incostituzionalità in mancanza di innovazioni normative¹⁰¹.

L'inammissibilità è conseguenza anche del caso oggetto del giudizio *a quo*, che nasce dal ricorso proposto da un cittadino pakistano avverso il decreto di respingimento con accompagnamento alla frontiera adottato dalla Questura di Trapani. Il questore aveva due opzioni, darvi immediata esecuzione o, in caso di temporanea impossibilità di eseguire l'accompagnamento, avrebbe dovuto disporre il trattenimento dello straniero in un centro (CPR), in vista della preparazione del rimpatrio. Stante l'impossibilità di trattenimento, la Questura adottò – contestualmente al decreto di respingimento – un ordine di allontanamento da eseguire entro sette giorni, ai sensi dell'art. 14, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 286 del 1998¹⁰². Quest'ultimo provvedimento impedirebbe di portare ad esecuzione il respingimento mediante accompagnamento alla frontiera, privando perciò di rilevanza le questioni sollevate. Inoltre la successiva richiesta di protezione internazionale proposta dal cittadino straniero aveva indotto la Questura a sospendere l'esecutività del decreto di respingimento e dell'ordine di allontanamento in pendenza della decisione della Commissione territoriale competente per il riconoscimento della protezione internazionale.

¹⁰¹ C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2013, 241 ss.

¹⁰² In conformità ad una prassi sancita dalla nota n. 400/B/2016/16/P/34-91/7/1° Serv. del 2 gennaio 2016 del Servizio immigrazione del Ministero dell'interno. Come nota P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., 9 «Tale prassi amministrativa, frequente nel quadro della gestione amministrativa dei migranti stranieri sbarcati irregolarmente sulle coste italiane o salvate nel mare internazionale, sembra dare luogo alla sequenza atto di respingimento differito-ordine di allontanamento non appena terminata la procedura di identificazione nei Centri *hotspot*». Sugli *hotspot* S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie)*, in F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, ESI, Napoli, 2017, 395 ss.

Vi è da notare come da questa ricostruzione dei fatti di causa emerga una certa tendenza alla “amministrativizzazione” della disciplina. A tal riguardo, oltre alle numerose circolari ministeriali che vanno ad orientare l’attività degli uffici competenti in materia di immigrazione – Prefetture, Questure, Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, ecc. – molteplici sono le zone grigie nelle quali, in assenza di una regolamentazione per via legislativa, dilaga la discrezionalità amministrativa.

Anche per questo, pur partendo dalle stesse circostanze di fatto, il giudice *a quo* ha sottolineato nell’ordinanza che «l’accompagnamento alla frontiera resta sempre efficace quale effetto obbligatorio e inderogabile di ogni provvedimento di respingimento, ancorché in concreto esso non venga eseguito per ragioni oggettive, anche temporanee».

È tuttavia la stessa natura dell’ordine di accompagnamento a smentire tale ricostruzione, nella misura in cui l’urgenza, che è condizione integrante l’atto, rende necessaria una sua esecuzione immediata, non potendo altrimenti essere legittimata una protrazione della restrizione alla libertà personale dello straniero.

Nel ragionare in ordine alla mancanza di rilevanza, inoltre, la Corte costituzionale decostruisce l’interpretazione del giudice rimettente, osservando il carattere alternativo, anzi sostitutivo, e non certo contestuale del decreto di respingimento rispetto all’ordine di allontanamento¹⁰³. In quest’ultima ipotesi però, pur perseguendosi ugualmente lo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero, non si viene ad operare una restrizione della sua libertà personale.

Non pare secondario segnalare come la giurisprudenza sia costante «nel ritenere che l’intimazione a lasciare il territorio dello Stato italiano non [sia] un atto funzionalmente distinto dal decreto di espulsione, dal momento che ne determina solo le concrete modalità esecutive. Conseguentemente la giurisdizione sulle controversie che riguardano solo l’intimazione, come nella fattispecie in esame, non può essere scissa dal provvedimento cui accede, permanendo la giurisdizione sul provvedimento di espulsione del giudice di pace ai sensi dell’art. 13, comma 8, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286»¹⁰⁴. L’ordine del questore non assume quindi valenza funzionalmente autonoma, il che influisce anche sulla legittimità di eventuali provvedimenti espulsivi successivi all’inottemperanza del predetto ordine, laddove «con l’applicazione – immediata e puntuale – della c.d. direttiva rimpatri, la norma autorizzante l’intimazione di allontanamento entro 5 gg., originariamente valida, è divenuta inapplicabile, tanto per i suoi effetti cogenti sullo straniero [non commette reato se non si allontana nel termine di 5 gg.] quanto per quelli autorizzatori di natura consequenziale, perché in contrasto con le previsioni della Direttiva (art. 7, par. 1) ed è pertanto dal giudice nazionale immediatamente disapplicabile. Di conseguenza, se viene meno per effetto della disapplicazione l’intimazione espulsiva, viene a cadere l’unico titolo legittimante l’espulsione che sia stata

¹⁰³ Corte cost., 26 ottobre 2007, n. 357 secondo cui tale istituto non incide sulla libertà personale, non avendo esecuzione coattiva; Corte cost., 21 giugno 2007, n. 228; Corte cost., 7 luglio 2006, n. 280.

¹⁰⁴ Tar Umbria, sez. I, 28 novembre 2011, n. 508; Tar Emilia Romagna, Bologna, 28 giugno 2010, n. 6104; Tar Lazio, Latina, 14 novembre 2007, n. 1210; Tar Marche, 12 luglio 2006, n. 544; Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2006, n. 2518.

adottata con riguardo all'art. 14, co. 5 ter»¹⁰⁵. Se dunque l'inosservanza dell'ordine di allontanamento non giustifica un provvedimento espulsivo, il ragionamento della Corte – volto a realizzare una *actio finium regundorum* tra gli istituti – risulta rafforzato.

L'alternatività dei due provvedimenti si riflette inoltre sul regime di validità, influenzando l'adozione dell'uno quella dell'altro: in questi termini non può ritenersi che il decreto di respingimento a cui consegue un ordine di accompagnamento, in attesa del volontario allontanamento dello straniero, rimanga temporaneamente sospeso, per riprendere poi vigore ed essere eseguito a discrezione dell'autorità di polizia. In quest'ultimo caso infatti il provvedimento coattivo da eseguire non immediatamente, ma in un momento successivo, avrebbe un'incidenza priva di attualità, e solo eventuale, sulla libertà personale, laddove peraltro nemmeno la convalida verrebbe a rappresentare una garanzia effettiva, producendo altresì «l'anomalo effetto di attribuire all'autorità di polizia, sulla base di proprie valutazioni, anche a distanza di tempo dall'ingresso nel territorio dello Stato, la facoltà di eseguire l'accompagnamento senza alcun ulteriore controllo da parte dell'autorità giudiziaria»¹⁰⁶.

La Corte in tal senso offre un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa influente sul respingimento differito valorizzando i limiti prescritti dagli artt. 10, comma 2, e 13 Cost., in particolare la tassatività della previsione legislativa che interdice la concessione di forme di discrezionalità (non regolata) all'autorità di pubblica sicurezza nella scelta circa i tempi e i modi dell'adozione e dell'esecuzione di provvedimenti restrittivi della libertà personale al di fuori di quelli espressamente previsti in una disposizione legislativa.

Se la Corte si fosse arrestata alla semplice dichiarazione di inammissibilità avrebbe certamente offerto una influente interpretazione della normativa volta a raddrizzare il “legno storto” della prassi amministrativa in materia di respingimento differito, senza tuttavia incidere sul *vulnus* che la connota. La sentenza scongiura però il rischio che il giudice costituzionale non si pronunciasse argomentando su questo punto dirimente, frustrato dalla mancanza del presupposto di ammissibilità della questione di legittimità costituito dal profilo della rilevanza. Tale felice esito è determinato dal fatto che, nella specie, l'inammissibilità, per quanto decisione di natura processuale, si esprime “sul” merito, ossia si pone come una di quelle «pronunce che, pur non essendo afferenti al merito, [hanno] un effetto decisorio e chiudono (...) il processo davanti alla Corte»¹⁰⁷, aprendo la strada ad altri percorsi.

In particolare, si nota in sentenza come «l'inammissibilità delle questioni non p[ossa] esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridi-

¹⁰⁵ Cass. civ., sez. VI, ord. 20 aprile 2012, n. 6312; Cass. civ., sez. VI, 21 febbraio 2017, n. 4522; Cass. civ., sez. VI, ord. 17 maggio 2017, n. 12334

¹⁰⁶ Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 275, §. 3-4 secondo cui «Il giudice rimettente però non ha considerato che nel caso in esame già al tempo dell'adozione dell'ordinanza di rimessione era venuta meno l'efficacia coercitiva dell'atto impugnato nel giudizio principale, e che, di conseguenza, con riferimento all'accompagnamento coattivo alla frontiera, la disposizione censurata non avrebbe più potuto avere applicazione. Errando nel valutare tale profilo e asserendo invece che il censurato art. 10, comma 2, avrebbe continuato a regolare interamente la fattispecie, anche con riferimento all'effetto obbligatorio e inderogabile dell'accompagnamento alla frontiera, il giudice a quo non ha tenuto conto del difetto di rilevanza che rende le questioni inammissibili».

¹⁰⁷ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, 13 s.

co 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, co. 3, Cost.»¹⁰⁸.

Il monito contenuto in sentenza è espressione di quella funzione di «magistero»¹⁰⁹ che è attribuzione della Corte, laddove la stessa «si sofferma ad affermare e specificare i criteri cui dovrebbe attenersi l'opera di revisione legislativa, [venendo] a porre, indirettamente, limiti e vincoli (benchè non obbligatori) all'indirizzo politico»¹¹⁰. Da guardiano attivo della Carta fondamentale e dei suoi principi, il giudice costituzionale – anche attraverso i moniti – struttura una sorta di collaborazione informale con il Parlamento, nella misura in cui tali sentenze rappresentano «lo svolgimento della premessa relativa alla natura autentica della giurisdizione costituzionale che non è (o ha cessato di essere) semplice giurisdizione caducatoria o di annullamento (...) ma che è destinata a concorrere alla elaborazione legislativa e allo svolgimento dei fini e dei programmi costituzionali»¹¹¹. Rileggendo il principio di legalità costituzionale, la sentenza monito designa una fase di una più complessa procedura aperta e partecipata, che è auspicabile porti alla scrittura o, come nel caso di specie, alla modifica di una disciplina legislativa, altrimenti incostituzionale.

Diversamente, a fronte dell'inerzia del legislatore, sarà tuttavia inevitabile che la Corte, dopo essersi rivolta direttamente al Parlamento, cercando di facilitare e, soprattutto, promuovere un intervento di riforma legislativa, proceda a sanzionare l'illegittimità denunciata¹¹².

La Corte, nella sentenza commentata, delinea un monito vincolato sotto un duplice profilo: da un lato, confermando che il respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera è, in quanto tale, provvedimento restrittivo della libertà personale, dall'altro, richiedendo implicitamente – tramite il richiamo all'art. 13, comma 3, Cost. – almeno l'introduzione della convalida giurisdizionale.

Peraltro «il significato del riferimento della sentenza al comma 3 e non al comma 2 dell'art. 13 Cost. deve essere inteso non già in senso riduttivo, bensì in senso pienamente garantista della libertà personale e al contempo conservatore delle disposizioni legislative

¹⁰⁸ Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 275, §. 4.

¹⁰⁹ F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1982, 987.

¹¹⁰ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, VI, Cedam, Padova, 1958, 282, n. 8

¹¹¹ F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 1985, 533 s.

¹¹² Secondo P. FALZEA, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 2000, 121 ss. l'intervento valutativo della Corte, nel tempo «è divenuto più duttile e articolato e viene indirizzato a privilegiare, rispetto alla costituzionalità della singola norma, la costituzionalità complessiva dell'ordinamento giuridico nella prospettiva dell'inerzia legislativa. Appartiene a questo orientamento, attento più alla globalità del diritto positivo che alla individualità della singola norma, il ricorso della Corte a pronunce di rigetto tutte le volte in cui l'ordinamento giuridico, privato della norma individualmente incostituzionale, risulterebbe compromesso nella sua stessa legittimità costituzionale complessiva. È ben visibile tutto un filone giurisprudenziale improntato alla ponderazione tra la situazione dell'ordinamento con la presenza della norma giudicata incostituzionale e la situazione che verrebbe a determinarsi a seguito della sentenza di annullamento non seguita da un pronto intervento reintegrativo del legislatore».

vigenti e appare la logica conseguenza dell'interpretazione costituzionalmente conforme che la stessa sentenza dà del respingimento da eseguirsi con accompagnamento immediato alla frontiera»¹¹³.

In questa prospettiva la disciplina dettata dall'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 può essere ricondotta nei limiti della legittimità costituzionale non soltanto introducendo una convalida giurisdizionale, bensì soddisfacendo anche tutti gli altri requisiti indicati nell'art. 13, comma 3, Cost., ossia l'esistenza di ipotesi di necessità e di urgenza che siano eccezionali e che anche per questo debbono essere tassativamente descritte dalla disposizione legislativa.

Così l'interpretazione della norma legislativa offerta dalla Corte è divenuta costituzionalmente obbligatoria, nel senso che il respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera deve di per sé concretarsi solo in casi di urgenza nei quali sia effettivamente attuabile con immediatezza ovvero nei termini massimi in cui sia possibile il trattamento del respinto in un apposito centro di permanenza. Conseguentemente la misura può essere prevista e disposta non certo come modalità ordinaria di esecuzione del respingimento differito, ma soltanto in quelle ipotesi eccezionali, da prescrivere in modo tassativo, nelle quali l'accompagnamento stesso sia effettivamente possibile, lasciando perciò l'attuazione di tutte le altre ipotesi di esecuzione del respingimento differito alla mera intimazione allo straniero respinto a lasciare il territorio nazionale.

Concludendo, la sentenza dimostra, ancora una volta, quale sia lo sforzo che viene richiesto al diritto – nonché ai suoi attori istituzionali – per assicurare anche in condizioni di emergenza il fisiologico svolgimento della sua funzione tipica – la gestione dei fenomeni sociali –, in un quadro di effettiva applicazione delle garanzie costituzionali, sia in senso procedurale, che sostanziale, ai fini della tutela dei diritti fondamentali.

¹¹³ P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., 15.