



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2017

LE RIFORME IN UNA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

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

di MARIA CATERINA 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**

di *Maria Caterina Amorosi*
Dottoranda di ricerca in diritto costituzionale
«Sapienza» – Università di Roma

ABSTRACT

ITA

Il presente lavoro si concentra sul decreto Minniti n. 13 del 2017 relativo all'immigrazione irregolare e alla protezione internazionale, analizzandone alcuni profili che sembrano sollevare interessanti problematiche sul piano dei diritti fondamentali. In particolare, richiamando alcune voci del dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza in materia, si cercherà di evidenziare alcune tendenze del diritto penale che sembrano emergere dalle scelte di politica legislativa degli ultimi anni.

EN

This paper focuses on the Minniti decree on illegal immigration and asylum (d.l. 13/2017). The article analyses some contents of the decree which appear controversial with regards to the protection of the fundamental human rights. More specifically, by examining the dialogue between jurisprudence and case-law, this paper aims to highlight some trends in criminal law which may be originated from the recent choices in legislative policy.

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

di *Maria Caterina Amorosi*

SOMMARIO: 1. *L'evoluzione delle politiche legislative italiane in tema di immigrazione. Cenni introduttivi*; 2. *Profili problematici del decreto-legge n. 13 del 2017: 2.1 La videoregistrazione, il contraddittorio solo eventuale, l'eliminazione del doppio grado*; 2.1 (Segue) *Il consolidarsi del sistema Hotspot e i nuovi CPR*; 3. *Riflessioni conclusive*

1. L'evoluzione delle politiche legislative italiane in tema di immigrazione. Cenni introduttivi

Nel mese di febbraio, il Governo ha approvato in stretta successione due decreti legge, entrambi a firma dell'attuale Ministro dell'Interno Minniti, poi convertiti con modifiche: i d.l. n. 13 e n. 14¹ del 2017 recanti, il primo, misure relative ai procedimenti in materia di protezione internazionale e al contrasto dell'immigrazione irregolare, il secondo, disposizioni in materia di sicurezza delle città. Il legislatore conferma, così, una certa tendenza (consolidata negli anni) ad uniformare le modalità di approccio nella trattazione di queste due distinte problematiche, come appare evidente se si guarda alla loro disciplina, i cui tratti sembrano, in entrambi i casi, quelli propri del diritto penale simbolico e del nemico². Tendenza che, in alcuni casi, si è

¹ Per una trattazione critica delle novità introdotte da questo d.l., si veda P. GONNELLA, *Le nuove norme sulla sicurezza urbana: decoro versus dignità*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, parte III, pp. 59 ss.

² Sull'argomento, si veda, fra gli altri, E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO e L. MONTANARI (a cura di) *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 201 ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2006, pp. 131 ss.

resa palese tramite il ricorso allo stesso atto normativo per disciplinare le due distinte materie: si pensi, ad esempio, al Pacchetto sicurezza del 2008-2009, un complesso intervento legislativo³ caratterizzato dalla «disomogeneità» ed «estemporaneità»⁴ dei suoi provvedimenti. In particolare, uno degli atti che lo componevano, la legge n. 94 del 2009 (rubricata “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”), individuando cinque macro aree di intervento – immigrazione clandestina, criminalità organizzata, criminalità diffusa, sicurezza stradale, decoro urbano – rendeva palese la volontà di affrontare con la stessa politica legislativa fenomeni, in realtà, molto diversi fra loro.

Occorre, tuttavia, precisare che il presente lavoro si concentra esclusivamente su uno dei due decreti Minniti, il n. 13 del 2017 (relativo all’immigrazione irregolare) analizzandone alcuni profili che sembrano sollevare interessanti problematiche e richiamando il decreto legge sulla sicurezza urbana solo per evidenziare meglio alcune tendenze del diritto penale che sembrano emergere dalle scelte di politica legislativa degli ultimi anni.

A tal proposito e al fine di inquadrare lo scenario in cui andrà ad operare il decreto legge in esame, appare opportuno, preliminarmente, provare a tratteggiare il quadro che viene fuori dal dialogo fra le politiche legislative in materia di immigrazione, le decisioni della Corte e gli interventi della dottrina; anzi, più realisticamente, data la complessità della materia e la pletora di interventi nazionali e comunitari esistenti, si tenterà, tramite il richiamo ad alcuni passaggi legislativi e giurisprudenziali maggiormente significativi, di indicare la direzione di senso entro cui sembra muoversi il legislatore.

³ Il Pacchetto sicurezza si componeva di un decreto legge (d.l. n. 92 del 2008), due decreti legislativi (d. lgs. nn. 159 e 160 del 2008) e due disegni di legge, poi convertiti nella legge n. 94 del 2009.

⁴ Sono le parole che ha utilizzato il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano nella (irrituale) lettera che ha accompagnato la promulgazione della legge n. 94 del 2009. In questa missiva presidenziale si leggeva: «(...) A spiegare il ricorso ad una sola legge per modificare o introdurre disposizioni inserite in molti disparati corpi legislativi, tra i quali anche codici fondamentali, è stata anche la convinzione che queste attenessero tutte al tema della “sicurezza pubblica” nella sua accezione più ampia (...). Dal carattere così generale e onnicomprensivo della nozione di sicurezza posta a base della legge, discendono la disomogeneità e l’estemporaneità di numerose sue previsioni che privano il provvedimento di quelle caratteristiche di sistematicità ed organicità che avrebbero invece dovuto caratterizzarlo».

A partire dagli anni Settanta, le politiche dei paesi europei di tradizionale immigrazione si caratterizzavano per presentare, da un lato, un sempre più accentuato contrasto all'irregolarità e una limitazione degli ingressi e, dall'altro, un allestimento di parziali percorsi di integrazione per gli immigrati che riuscivano a raggiungere e mantenere una condizione regolare di soggiorno. In quel periodo, dunque, si apriva una fase di mutamenti dei processi migratori e delle conseguenti strategie di gestione di questi fenomeni e prendeva avvio la progressiva convergenza delle politiche migratorie comunitarie secondo tale impostazione binaria: inasprimento delle misure relative all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri e, allo stesso tempo, primi riconoscimenti (imposti dalla stabilizzazione della presenza immigrata) di diritti sociali e familiari degli stranieri. Seguendo simile logica, si conferiva rilievo giuridico ad una distinzione fra immigrazione regolare ed irregolare il cui utilizzo, con il tempo, appare sempre più ideologico e finalizzato, in Italia e in Europa, ad accentuare lo sbilanciamento delle politiche in materia sul versante della repressione dell'irregolarità e dell'inasprimento dei meccanismi di allontanamento⁵.

Passando ad esaminare più da presso alcune disposizioni particolarmente emblematiche, appare opportuno soffermarsi sulle politiche di "polizia degli stranieri"⁶ introdotte dal pacchetto sicurezza di cui sopra che, in tema di immigrazione, ha apportato delle riforme caratterizzate da una logica repressiva, volta a criminalizzare e marginalizzare ancora di più i migranti. Elemento simbolo della tendenza di questa normativa – volta in generale all'inasprimento della disciplina di polizia degli stranieri mediante interventi relativi sia all'espulsione penale ed amministrativa, sia alle figure di reato connesse all'ingresso ed al soggiorno irregolare – è quello dell'introduzione nel nostro ordina-

5 Cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali, l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, 130 ss.; sul tema, si veda anche A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero)*, Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in *Rivista AIC (archivio)*.

6 Espressione, quest'ultima, utilizzata da G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino 1999 con riferimento al complesso delle discipline relative all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri.

mento dell'aggravante di clandestinità (art. 1, comma 1, lett. f del d.l. n.92 del 2008)⁷, successivamente dichiarata incostituzionale.

In base all'introduzione di questa aggravante, il reato commesso da uno straniero illegalmente presente nel territorio italiano doveva essere punito con una pena aumentata fino ad un terzo rispetto allo stesso reato commesso da un cittadino italiano o da uno straniero legalmente presente. E dato che si trattava di aggravante comune, questa veniva applicata sia a reati delittuosi che a reati contravvenzionali, e sia a reati dolosi che a quelli colposi.

Già dalle prime critiche⁸ mosse a tale disposizione, si sottolineava essenzialmente la sua natura soggettiva e irragionevolmente discriminatoria: infatti, per come è stata costruita tale aggravante, la commissione del reato non risultava essere in alcun modo subordinata (se non *ratione subiecti*) all'illegale presenza sul territorio.

A coloro che giustificavano la natura soggettiva dell'aggravante in base ad una proclamata maggiore pericolosità sociale del clandestino, pericolosità desunta da dati statistici, si rispondeva ricordando i principi cardine del nostro ordinamento penale, che vuole la responsabilità come assolutamente personale e nel quale, quindi, il ricorso a simili percentuali non può trovare cittadinanza⁹.

In sintesi, l'aggravante di clandestinità comportava una irragionevole disparità di trattamento fra colpevoli dello stesso reato e, prescindendo da una soggettiva valutazione di pericolosità sociale, dava rilievo unicamente alla condizione personale del reo, non richiedendo nemmeno che questa avesse in qualche modo reso possibile o facilitato la commissione del reato. Una simile aggravante realizzava un regime penale differenziato, introducendo elementi tipici del diritto penale d'autore, in un sistema, come il nostro, che, in virtù di quanto sancito in Costituzione, dovrebbe essere incentrato sul fatto.

Altra disposizione che ben descrive il portato discriminatorio delle politiche legislative in questa materia, è quella prevista dall'articolo 1, co. 16 lett. a della legge n. 94/2009, che ha introdotto nel TUI (art. 10 bis) il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio della Stato.

7 Il comma alla lettera f, recitava: "all'articolo 61 (circostanze aggravanti comuni), primo comma, dopo il numero 11, è inserito il seguente: "11 bis. Se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale".

8 Tra le prime analisi, cfr. M. DONINI *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in [questione giustizia.it](#), 1/2009, 106 ss.

9 Cfr. G. BASCHERINI *Su alcune recenti*, cit., 20-21.

Si tratta di reato che può essere commesso solo da determinate categorie di soggetti (apolidi ed extracomunitari) e che si lega a due condotte considerate penalmente rilevanti (ingresso e mancato allontanamento) in quanto lesive dello stesso bene giuridico: l'interesse dello Stato alla gestione e al controllo dei flussi migratori.

Una parte della dottrina sottolinea la strumentalità del reato in questione all'espulsione, deducendone il contrasto con i principi costituzionali in materia penale, in base ai quali la scelta del paradigma da adottare deve essere subordinata solo alla sostanza del fatto e della condotta¹⁰.

Inoltre, è opportuno sottolineare che l'*iter* cui dà vita la disciplina del nuovo reato va ad intrecciarsi con il procedimento di allontanamento amministrativo già esistente, finendo con il costituire una sorta di doppione di quest'ultimo: con il risultato di rendere ancora più complicata e tortuosa l'intera materia.

Andando ad ascoltare l'altra "voce" del dialogo dal quale ci siamo proposti di partire per tracciare (seppur approssimativamente) un quadro generale, e cioè quella della Corte costituzionale, due sentenze sembrano essere maggiormente rilevanti in merito: per quanto riguarda l'aggravante di clandestinità, la sentenza n. 249 del 2010, mentre, in relazione al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, la sent. n. 250 del 2010.

Con la prima, il giudice delle leggi dichiara l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, co. 1 e 25, co. 2 Cost., dell'aggravante di clandestinità, affermando che «non potrebbe essere ritenuta ragionevole e sufficiente, d'altra parte, la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce».

Per la Consulta simile contraddizione trovava conferma nella modifica introdotta dall'art. 1, co. 1 della l. n. 94/2009 che escludeva

¹⁰ Tale dottrina individuava in questa fattispecie, un reato il cui illecito si fondava sul tipo d'autore e la disobbedienza, palesando un uso del diritto penale non più come diritto d'offesa, di pericolo del caso singolo, della colpa individuale, ma come un «diritto di polizia penalmente armato con scopi assorbenti di prevenzione generale». Cfr. M. DONINI *Il cittadino extracomunitario*, cit., 127.

l'applicabilità dell'aggravante ai cittadini comunitari: «(...) risulta che la particolare disciplina dell'aggravante censurata nel presente giudizio fa leva prevalentemente sullo status soggettivo del reo, giacché la circostanza non si applica ai cittadini di Stati dell'Unione europea neppure nella più grave ipotesi dell'inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento (...)»¹¹. Da qui deriverebbe un'irragionevole disparità di trattamento, contrastante con l'articolo 3, co. 1 della Costituzione.

Il giudice costituzionale, dunque, riconosce con questa sentenza che la *ratio* su cui poggia la disposizione contestata si concretizza in una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare proprio in quanto tale, presunzione che inevitabilmente ha delle conseguenze sul piano sanzionatorio per qualunque violazione della legge penale posta in essere dallo straniero. Il legislatore, pur libero di optare per una penalizzazione delle violazioni delle norme che regolano i flussi migratori, non può, a parere della Corte «introdurre automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile».

L'aggravante contestata, dunque, per la Consulta, fa dell'irregolarità “uno stigma”, in base al quale legittimare trattamenti penali differenziati per un soggetto «i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità» ed entro i quali le qualità dell'individuo sottoposto a giudizio «rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base a una presunzione assoluta, che identifica un tipo d'autore assoggettato sempre e comunque a un più severo trattamento»¹². Si tratta di un'importante presa di posizione della Corte che si può leggere come un monito lanciato al legislatore affinché ponga rimedio al carattere discriminatorio della sua politica in materia.

Però, la sentenza n. 250/2010 (ed anche nelle ordinanze n. 252 e 253 del 2010) relativa al reato di ingresso e soggiorno illegale, con cui la Corte ha respinto le censure esaminate, riguardanti, essenzialmente, la legittimità costituzionale della scelta di penalizzare l'ingresso e il soggiorno illegale, sembra fare un passo indietro rispetto alla strada tracciata dalla precedente pronuncia. Secondo la Corte, spettando al

¹¹ Così al punto 5 dei *Considerato in diritto* della sent. n. 249 del 2010.

¹² Così al punto 9 dei *Considerato in diritto* della sentenza in esame.

legislatore le scelte in materia di politica penale (e quindi, quelle relative a criminalizzare un dato comportamento e a stabilire le relative sanzioni), l'esercizio di tale discrezionalità è sindacabile in sede di controllo di legittimità costituzionale solo quando si sia pervenuti a soluzioni manifestamente irragionevoli o arbitrarie¹³. Così argomentando, i giudici della Consulta ritengono infondata la censura più radicale, quella, appunto, inerente la violazione dei principi di materialità e di necessaria offensività del reato, di cui all'art. 25, co. 2 della Costituzione: l'articolo 10 bis del TUI, per la Corte, non colpisce un modo di essere della persona, ma un comportamento specifico, non potendosi né affermare che tale disposizione punisca un mero illecito che non offende beni giuridici meritevoli di tutela, dato che protegge un bene identificabile «nella tutela dell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori», e né sostenere, visto che si reprime la commissione di un fatto oggettivamente antiggiuridico, che il reato in questione poggi su una presunzione assoluta di pericolosità¹⁴.

Sembra potersi affermare, dunque, che la sentenza sull'aggravante di clandestinità abbia tentato di porre un freno alla svalutazione dei principi costituzionali in materia di libertà personale eliminando una discriminazione irragionevole, che si dimostrava espressione di un diritto penale simbolico, volto a sanzionare *status* personali. Per quanto concerne quella relativa al reato di clandestinità, invece, ciò che appare contestabile in relazione alla censura principale riguardante la violazione del principio di offensività, eccettiva in varie ordinanze e sostenuta da parte della dottrina, non è l'effettiva esistenza di un interesse da parte dello Stato alla gestione ed al controllo dei flussi migratori, ma le argomentazioni addotte a sostegno di tale tesi. In particolare, il riferimento a «valutazioni afferenti alla “sostenibilità” socio-economica del fenomeno»¹⁵ e il ricorso ad una comparazione, forse troppo rapida e decontestualizzata, alla disciplina dell'immigrazione vigente in altri paesi europei¹⁶.

Partendo da queste brevi (e non esaustive) premesse, si intende affrontare l'analisi di alcuni profili del d.l. n. 13 del 2017 che sembrano sollevare interessanti problematiche costituzionali: in particolare, le

13 Cfr. punto 5 dei *Considerato in diritto* della sentenza n. 250 del 2010.

14 Cfr. punti 6.3 e 6.4 dei *Considerato in diritto*.

15 Così al punto 6.3 dei *Considerato in diritto*.

16 Cfr. punto 6.5 e punto 10 dei *Considerato in diritto*.

disposizioni incidenti sul principio del contraddittorio e sul doppio grado di giudizio e quelle relative agli “hotspot” e ai nuovi “centri di permanenza per il rimpatrio” (CPR).

2. Profili problematici del decreto-legge n. 13 del 2017

2.1 *La videoregistrazione, il contraddittorio solo eventuale, l'eliminazione del doppio grado di giudizio*

Il decreto legge n. 13 del 2017, recante “Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale”, convertito con modifiche nella legge n. 46 del 2017, è un chiaro esempio, non solo della politica penale che da anni caratterizza le scelte dei vari legislatori, ma anche di quel mito della governabilità¹⁷ in nome del quale si stanno comprimendo diritti e alterando le garanzie del nostro ordinamento. Mi riferisco, innanzitutto, al fatto che per legiferare su un argomento particolarmente delicato e importante come la protezione internazionale e l’immigrazione, si sia scelto lo strumento della decretazione d’urgenza, con la conseguente compressione del dibattito parlamentare; compressione tanto più significativa in quanto, in fase di conversione, la discussione in Senato è stata schiacciata dall’apposizione della questione di fiducia, con la quale il decreto è stato approvato e inviato alla Camera. Di più: l’articolo 21 del d.l. in questione dispone al primo comma che una cospicua parte delle disposizioni previste dagli articoli precedenti venga applicata non immediatamente, ma trascorsi centottanta giorni dall’entrata in vigore del testo in esame. Una simile previsione sembrerebbe, come da più parti sottolineato¹⁸, in aperto contrasto con i presupposti legittimanti il decreto legge, dal momento che, non contenendo norme di immediata applicazione, non presenterebbe il requisito della straordinaria urgenza. A ciò si ag-

¹⁷ Per un’analisi sul tema della governabilità e del bilanciamento con i diritti, si veda, *ex plurimis*, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2016; G. FERRARA, *La crisi del neoliberalismo e la governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013; E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, parte I, pp. 39 ss.

¹⁸ Cfr. *Il decreto legge n.13/2017: le principali ragioni di illegittimità*, in *asgi.it*.

giunga che, dalla relazione illustrativa del d.l. presentata al Senato¹⁹, nella quale vengono presi in considerazione i dati relativi alle richieste di protezione internazionale dal 2013 in poi, si profila un quadro non particolarmente allarmante²⁰. Soprattutto se ci si sofferma sul dato che l'aumento più consistente di tali domande risale all'anno 2014 e che già l'anno successivo, nonostante un ulteriore incremento, le domande evase dalle Commissioni risultano comunque in aumento (96,06%). Non si tratterebbe, allora, di una questione improvvisa e straordinaria, tale da giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza, ma di una situazione esistente da tempo, con picchi allarmanti già dal 2011, e che, dato l'innegabile impatto sociale e politico che produce, ponendo sfide importanti al costituzionalismo moderno e alla tenuta dei diritti, andrebbe affrontata in maniera diversa.

Passando ad analizzare i contenuti di questo decreto, appare utile, ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, partire dalla suddivisione in tre capi dello stesso: il capo I (artt. 1-5), con il quale vengono istituite le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea e ne viene disciplinata l'organizzazione (composizione, competenza per materia, per territorio e competenze del Presidente della sezione); il capo II (artt. 6-14) recante misure per la semplificazione delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale e degli altri procedimenti giudiziari connessi con il fenomeno dell'immigrazione; infine, il capo III, rubricato "misure per l'accelerazione delle procedure di identificazione e per la definizione della posizione giuridica dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea, nonché il contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico di migranti".

Soffermandoci sulle novità che di più sembrano sollevare problematiche costituzionali²¹, bisogna analizzare anzitutto il contenuto del

¹⁹ E non solo da questa: infatti, i dati riportati dall' UNHCR in materia di flussi migratori parlano di 1.015.078 persone arrivate via mare nel 2015, diminuite a 316.712 nel 2016.

²⁰ Dalla relazione emergono i seguenti dati: «(...) Nel 2014 l'incremento delle domande rispetto al 2013 è stato pari al 143 per cento. (...) Nel 2015 l'incremento delle domande rispetto al 2014 è pari al 32,33 per cento, mentre quello delle decisioni rispetto all'anno precedente è pari al 96,06 per cento (...). Rispetto al 2015, nel 2016, le domande sono aumentate del 47,20 per cento, mentre le decisioni sono aumentate del 28,10 per cento». Si veda, *Atto del Senato n.2705 – disegni di legge e relazioni – documenti*.

²¹ Bisogna precisare che, nonostante in questo lavoro non verrà svolta un'analisi sul punto, sono state sollevate perplessità in ordine al rispetto dell'art. 102 della Costituzione,

lungo e complesso articolo 6, fra i più importanti del decreto. Tale articolo è rubricato “Modifiche al decreto legislativo n. 25 del 2008” (atto con cui si dava attuazione alla direttiva 2005/85/CE, contenente le norme minime per le procedure da applicare negli stati membri per il riconoscimento o la revoca dello status di rifugiato) con cui, all’articolo 4, si istituivano le commissioni ministeriali. A proposito di quest’ultime, giova fare adesso una puntualizzazione, che sarà poi utile nell’analisi dei successivi articoli del decreto Minniti: bisogna evidenziare l’assenza di autonomia e di indipendenza di questi organismi, che fanno capo al Ministero dell’Interno, sono presieduti dal prefetto e sono costituiti anche da enti territoriali. Insomma, si tratta di organismi politico-amministrativi, è bene ribadirlo.

Tornando all’articolo 6, la prima novità su cui occorre soffermarsi è quella prevista dalla lettera c) del comma 1: la videoregistrazione del colloquio effettuato dal richiedente davanti alla commissione territoriale. Nonostante in sede di conversione tale disposizione sia stata parzialmente modificata prevedendo sia la cooperazione di un interprete che rilegga all’interessato il verbale della trascrizione e sia la possibilità per il richiedente di rifiutare motivatamente la videoregistrazione (tramite un’istanza che dovrà comunque essere decisa dalla

l’istituzione (ex art. 1 del d.l. in esame) delle sezioni specializzate (cfr. *Migranti, via libera al decreto Minniti-Orlando: ecco tutti i punti critici*, in redattoresociale.it). Infatti, alcune delle organizzazioni che si occupano di diritto dell’immigrazione hanno contestato anche questa novità, ritenendo che ci ponga di fronte al rischio di istituire non delle sezioni specializzate, ma dei giudici speciali, dal momento che la specializzazione non si riferisce all’intera materia del diritto dell’immigrazione, ma solo alla protezione internazionale, ai rifugiati. In effetti rimane la competenza del giudice di pace per: - la convalida e la proroga dei trattenimenti degli stranieri espulsi e di quelli trattenuti nei centri di permanenza; - i ricorsi contro i provvedimenti amministrativi di espulsione del prefetto (artt. 13 e 14 d.lgs. 286/1998). Al giudice amministrativo, invece, sono affidate: - le questioni attinenti l’ingresso e il soggiorno ex art. 6 d.lgs. n. 286/1998; - i ricorsi contro le espulsioni ministeriali per motivi di ordine pubblico (art. 13 d.lgs. n. 286/1998) e contro il diniego della cittadinanza per gli stessi motivi (d.lgs. n. 142/2015); - ricorsi contro la cessazione o la limitazione delle misure di accoglienza dei richiedenti asilo (d.lgs. n. 142 del 2015). Il giudice ordinario, infine, rimane competente per i ricorsi contro i respingimenti e contro i provvedimenti di diniego della concessione della cittadinanza. Da questa frammentazione di competenze, alcuni prospettano il delinearsi di una norma discriminatoria che possa istituire nel nostro ordinamento un giudice speciale. In particolare, sposa questa linea l’Asgi, che, nell’articolo già citato sulle ragioni dell’illegittimità del d.l. in esame, afferma che «a tali sezioni, più che una materia, viene assegnata una categoria di persone qualificate solo in base alla diversa nazionalità», *Il decreto legge n. 13/2017*, cit., 2.

commissione con provvedimento non impugnabile), i dubbi circa la legittimità del provvedimento permangono. Infatti, coerentemente alla logica del d.l. in esame volto essenzialmente alla sola ottimizzazione dei tempi velocizzando le procedure, il video dell'audizione del richiedente può essere utilizzato in funzione sostitutiva della presenza dell'immigrato in udienza (essendo quest'ultima solo eventuale), andando a contrastare con gli obiettivi indicati dalle disposizioni dell'Unione europea in materia, volte a tutelare effettivamente i diritti dei richiedenti protezione internazionale. Più precisamente, la Direttiva 2013/32/UE prevede l'obbligo per gli stati membri di garantire che al richiedente, nei casi di decisione sulla domanda di protezione internazionale, sia riconosciuto il diritto ad un "ricorso effettivo dinanzi ad un giudice" basato su di un "esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto"²², cioè su di una valutazione da parte del giudice effettuata al momento stesso della sua decisione e in maniera piena e diretta. Il rispetto di questa disposizione imporrebbe, dunque, la partecipazione della parte all'udienza, soprattutto se si tiene conto del fatto che, in materia di protezione internazionale, spesso, le dichiarazioni rese dal richiedente rappresentano gli unici mezzi di prova su cui si basa la domanda²³ e, quindi, il presupposto in base al quale il giudice valuta la credibilità del richiedente e decide sul riconoscimento o meno del diritto in questione. Ancor prima della direttiva europea richiamata, è la nostra Costituzione a impedire che in un procedimento avente ad oggetto una compressione di diritti fondamentali, il contraddittorio possa realizzarsi attraverso la semplice videoregistrazione.

Il rischio di non rispettare quanto sancito nella citata direttiva europea, è acuito dalla disposizione di cui alla lettera g) (sempre dell'articolo 6, comma 1), in base alla quale viene riscritta la disciplina delle controversie in materia di protezione internazionale, prevedendo per la loro risoluzione l'applicazione del rito camerale a contraddittorio scritto e ad udienza solo eventuale (passando, cioè, dal rito sommario di cognizione al rito camerale ex art. 737 cpc): è questa, probabilmente, la previsione più significativa del provvedimento.

²² Così art. 46 della Direttiva 2013/32/UE.

²³ Come sottolineano da più parti le associazioni di avvocati che si occupano di diritto dell'immigrazione (fra tutti, cfr. *Il d.l. 13/2017: principali*, cit.) e come si può leggere nella relazione dell'audizione dell'ANM alle commissioni parlamentari, cfr. *Decreto legge 13/2017: audizione dell'ANM alle Commissioni parlamentari*, in questionegiustizia.it.

Per analizzare la portata di questa disposizione, appare opportuno partire dall'osservazione che il diritto di difesa ex art. 24, comma 2 della Costituzione, è caratterizzato da una certa indeterminatezza ed elasticità che comporta, da un lato, il ruolo centrale del legislatore nel graduarlo e specificarlo concretamente; dall'altro, il variare del suo contenuto in relazione alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di procedimento. Nel tentativo di enucleare, superando le peculiarità tipiche dei diversi contesti processuali, il significato costante del diritto di difesa, la giurisprudenza costituzionale, negli anni, ha messo a valore il principio del contraddittorio fra le parti²⁴.

In particolare, la Corte ha sempre sostenuto nei procedimenti riguardanti la libertà personale la necessità di assicurare un contraddittorio quanto più effettivo possibile.

In linea con questo assunto, nel nostro ordinamento giuridico, fino ad oggi, nessun conflitto attinente i diritti soggettivi e fondamentali della persona veniva risolto tramite il ricorso al particolare modello processuale del rito camerale, caratterizzato dall'assenza di regole predeterminate dal legislatore ed in cui la formazione della prova è affidata alla discrezionalità del giudice: l'estensione di una simile disciplina ad una materia come quella della protezione internazionale coinvolgente diritti fondamentali (come il diritto alla vita e il diritto alla salute), determina un'evidente lesione del principio del contraddittorio e del giusto processo ex art. 111 della Costituzione. Non sembrano sufficienti a convincere del contrario le argomentazioni esposte nella relazione illustrativa del d.l. presentata al Senato²⁵, soprattutto se, poi, è questo stesso documento a ricordare che “nella definizione europea di qualità della procedura d'asilo, la celerità dei tempi di risposta va di

²⁴ Cfr. fra le tante, la sent. n. 99 del 1975 dove, nel punto 5 dei “considerato in diritto” la Corte sostiene che «il diritto di difesa (...) è in primo luogo garanzia di contraddittorio. Il che è quanto dire che esso può dirsi assicurato solo nella misura in cui si dia all'interessato la possibilità di partecipare ad un'effettiva dialettica processuale». Si consideri anche la sent. n. 125 del 1979, in cui al punto 6 dei “considerato in diritto” si legge: «(...) il contraddittorio, la cui costituzione ed il cui funzionamento rappresentano la condizione ritenuta universalmente ottimale per il più efficace esercizio della stessa funzione giurisdizionale».

²⁵ Cfr. pag. 11 di tale relazione (atto del senato n.2705 – disegni di legge e relazioni – documenti), dove si parla di «evidenze statistiche che evidenziano una durata dei procedimenti in materia non ancora in linea con gli standard europei e, comunque, non compatibile con le ragioni di urgenza che sottendono questa materia»: simili argomentazioni non sembrano poter giustificare, sulla base di comparazioni scarsamente documentate, una tale compressione del diritto alla difesa nella speranza di avere processi più celeri.

pari passo con la capacità di sostenere le valutazioni e le decisioni secondo parametri condivisi di buone pratiche”.

È vero che la giurisprudenza costituzionale in materia ha affermato diverse volte il principio per cui l’adozione del rito camerale non comporta di per sé una lesione del diritto alla difesa, precisando che «l’esercizio di quest’ultimo può essere modulato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti speciali, “purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione”»²⁶. Però, ha anche specificato che non ci sarà violazione né del diritto alla difesa, né della regola del giusto processo, né del principio dell’uguaglianza (declinato nei termini di assenza di ragionevolezza) solo se «il modello processuale previsto dal legislatore (...) sia tale da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un’adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà dell’impugnazione – sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità – della decisione assunta (...)»²⁷.

Il modello processuale che viene fuori dalle disposizioni di cui all’articolo 6, non sembra affatto soddisfare tutte queste caratteristiche²⁸, dal momento che, alla previsione del rito camerale di cui alla lettera g), bisogna aggiungere quanto stabilito dal comma 10, dal comma 11²⁹, e dal comma 13 dello stesso articolo. I primi due definiscono la disciplina della comparizione della parte in udienza, stabilendo che potrà essere disposta dal giudice “esclusivamente” quando: - visionata la registrazione dell’audizione, egli ritenga comunque necessario sentire il ricorrente; - consideri indispensabile richiedere alcuni chiarimenti alle parti; - valuti necessario disporre consulenza tecnica o assumere mezzi di prova; - non sia disponibile il video; - l’interessato abbia fatto motivata richiesta e il giudice ritenga di accoglierla; - l’impugnazione si fondi su elementi non dedotti davanti alla commis-

²⁶ Così, punto 4 dei *Considerato in diritto*, sent. n. 103 del 1985; in senso conforme, si vedano anche le sentt. nn. 119 del 1974; 202 del 1975; le ordinanze n. 121 del 1994 e n. 141 del 1998.

²⁷ Così nei *Considerata* dell’ordinanza n. 170 del 2009; in senso conforme ordinanza n. 19 del 2010.

²⁸ Nonostante quanto sostenuto dal Governo a pagina 12 della citata relazione illustrativa, in cui, proprio richiamandosi alle sentenze di cui sopra, afferma – con argomentazioni abbastanza forzate – la legittimità del nuovo giudizio sia rispetto ai principi costituzionali, sia rispetto all’articolo 6 CEDU.

²⁹ Comma aggiunto in sede di conversione, accogliendo parzialmente quanto chiesto dall’ANM durante l’audizione alla Commissione parlamentare.

sione. Ne deriva un modello processuale in cui il contraddittorio è solo eventuale ed in cui, non essendoci precise regole predeterminate, molto è affidato alla discrezionalità del magistrato, con la conseguente irragionevole disparità nell'applicazione della norma.

Di più: il comma 13 stabilisce la non reclamabilità del decreto con cui il tribunale si pronuncia sul riconoscimento o meno dello status di rifugiato al ricorrente. Si elimina, cioè, il doppio grado di merito, nonostante quanto specificato dalla corte costituzionale nella citata ordinanza (n. 170 del 2009), con cui si legittimava l'uso del rito camerale nella tutela di diritti soggettivi solo a condizione che venisse garantita l'impugnazione sia per ragioni di legittimità che per motivi di merito³⁰. Una scelta, quella di eliminare l'appello in una materia inerente i diritti fondamentali, che sembra ai limiti dell'irragionevolezza se si guarda all'intero ordinamento giuridico italiano, in cui è prevista la garanzia dell'appello nella quasi totalità delle controversie civili (anche di bassissimo valore).

Un'ulteriore considerazione: nella richiesta di protezione internazionale, costituendo l'accertamento del fatto il punto critico essenziale del procedimento, la Direttiva 32/2013 UE pone a carico del giudice uno specifico onere di collaborazione nella ricerca di riscontri in merito alle dichiarazioni del ricorrente. E, dato che nel procedimento in Cassazione non è ammesso un riesame del fatto, se si elimina l'appello viene rimossa ogni possibilità di correggere errori relativi all'accertamento dei fatti in cui può essere incorso il tribunale (soprattutto se si considera che la sentenza potrebbe essere stata emessa senza nessun contatto diretto con la parte e, quindi, senza riscontri in merito alla credibilità intrinseca del ricorrente).

Dal decreto in esame deriva, dunque, una disciplina unica nell'ordinamento italiano in materia di diritti soggettivi: anomalia ancor più grave se si considera che la protezione internazionale riguarda diritti costituzionali rientranti tra i principi fondamentali della repubblica (art. 10, co. 3 Cost.) e che, eliminando l'appello, si determina un'articolazione differente del diritto per i soli richiedenti asilo, vio-

³⁰ Non sembra sufficiente a giustificare una simile scelta, l'argomentazione su cui si insiste nella Relazione illustrativa del d.l., nella parte in cui si ferma a descrivere gli ordinamenti giuridici di altri Paesi Europei dove esiste un solo grado di merito. (Si veda, *Atto del Senato n. 2705 – disegni di legge e relazioni – documenti*, 5). A nulla rileva tale comparazione se non si parte dalla considerazione basilare che in quei Paesi il regime delle impugnazioni è radicalmente diverso dal nostro.

lando il principio d'eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza.

In sintesi, le disposizioni previste dal testo in esame delineano in materia di riconoscimento della protezione internazionale, un procedimento caratterizzato dall'adozione del rito camerale a contraddittorio solo eventuale in cui la formazione della prova è demandata (nella maggior parte dei casi) alla visione di una videoregistrazione, quindi ad un mero controllo formale di quanto stabilito dalle commissioni territoriali in sede amministrativa, e la cui decisione è reclamabile solo in Cassazione. Un simile modello processuale appare in evidente contrasto con i principi costituzionali in materia penale, ledendo l'articolo 24 e l'articolo 111 Cost., nonché con i principi fondamentali previsti all'articolo 3 e all'articolo 10.

Non solo: un modello procedimentale così strutturato sembra contrastare anche con il principio di pubblicità dell'udienza che, sebbene non esplicitamente previsto dalla Costituzione, deve essere comunque considerato principio di rilevanza costituzionale in quanto «connaturato ad un ordinamento democratico e previsto, fra gli altri strumenti internazionali, segnatamente dall'art. 6 CEDU»³¹. Conferma questa lettura, la giurisprudenza consolidata della Corte in base alla quale la pubblicità del giudizio risulta coesistente ai principi di un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare «sulla quale si basa l'amministrazione della giustizia, specie quella penale che, secondo l'art. 101, primo comma, della Costituzione, è amministrata in nome del popolo»³². Altre sentenze delineano meglio il carattere di questo principio, specificando che quest'ultimo, pur non essendo assoluto, è derogabile, solo in presenza di particolari «ragioni giustificative», qualora siano «obiettive e razionali»³³ e che, comunque, nel caso di materie penali, queste ragioni devono essere «collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale»³⁴.

Considerato tutto ciò, bisogna concludere che, pur essendo vero (come viene sottolineato nella relazione che accompagna il d.l.) che le garanzie di un ricorso effettivo davanti ad un giudice si articolano dif-

³¹ Così ordinanza n. 395 del 10/01/2017 della sesta sezione della Corte di Cassazione, pp. 3-4.

³² Così Corte costituzionale, sent. n. 373 del 1992, punto 3.1 dei *Considerato in diritto*. In questo senso, fra le altre, le sentt. nn. 69 del 1991, 212 del 1986, 50 del 1989.

³³ punto 2 dei *Considerato in diritto*, sent. n. 80 del 2011 della Corte costituzionale.

³⁴ Così Corte costituzionale, sent. n. 12 del 1971, punto 8 del *Considerato in diritto*.

ferentemente a seconda della materia processuale e che l'udienza orale è una garanzia ineludibile per i soli processi penali mentre può essere sottoposta a restrizioni in quelli civili o amministrativi, non bisogna dimenticare che tali limitazioni devono comunque rispondere al principio della proporzionalità. E, a dire il vero, non sembra affatto rispondere a tale principio un procedimento come quello in esame che, pur essendo destinato ad incidere profondamente sulla vita di chi lo richiede (al pari di una sentenza penale), non prevede per il richiedente protezione internazionale, in nessuna fase, il diritto (e non la mera possibilità, rimessa alla discrezionalità del giudice) di comparire davanti al proprio giudice³⁵.

Piuttosto, la tendenza più volte richiamata ad amministrativizzare il diritto penale, anche in casi in cui sia palese il coinvolgimento di diritti fondamentali, sembra un mezzo facile attraverso il quale eludere le garanzie più stringenti previste per i procedimenti penali e a cui il legislatore sembra ricorrere spesso e da diversi anni.

2.1. (Segue) Il consolidarsi del sistema Hotspot e i nuovi CPR

Novità importanti vengono poi introdotte dal capo III del decreto-legge in esame relativamente a quelle forme di detenzione amministrativa dello straniero irregolare che, sebbene formalmente estranee alla materia penalistica, sostanzialmente incidono in maniera evidente sulla libertà personale.

Procedendo nell'analisi delle disposizioni ivi previste, occorre innanzitutto ed in via generale, indicare che, pur non introducendo novità particolarmente significative o che vadano ad incidere sulla struttura della disciplina, il capo in esame è un ulteriore esempio della tendenza legislativa descritta nel paragrafo precedente.

Infatti, persistendo in un'ottica repressiva del fenomeno dell'immigrazione, si continua a percorrere la strada del diritto penale simbolico e del nemico, come si percepisce già dalla rubrica del capo ("Misure per l'accelerazione delle procedure di identificazione e per la definizione giuridica dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale

³⁵ Cfr. *Decreto legge n. 13/2017: audizione dell'ANM alle Commissioni parlamentari*, in questionegiustizia.it.

e del traffico dei migranti”) e come viene confermato dalle disposizioni di alcuni articoli in particolare.

Ad esempio, l’articolo 17 introduce disposizioni in materia di identificazione degli stranieri rintracciati come irregolari nel corso dell’attraversamento della frontiera o soccorsi in operazioni di salvataggio in mare, attraverso il rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico nei “punti di crisi” e, al comma 3, stabilisce che il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi a tali rilievi, viene considerato rischio di fuga e, di conseguenza, comporta il trattenimento, disposto dal questore, nei centri di permanenza temporanea per una durata massima di trenta giorni.

A questo punto, appare opportuno, per poter analizzare criticamente e in maniera più completa la disposizione in esame, soffermarsi, seppur brevemente, sul c.d. sistema hotspot. Nel 2015, la Commissione Europea pubblicava la nuova “Agenda europea sulla immigrazione” in cui si avanzavano diverse proposte per uniformare le politiche migratorie degli stati membri, fra le quali anche quella di un nuovo metodo di identificazione dei migranti basato, appunto, sui c.d. “punti di crisi”, centri in cui gli Stati membri maggiormente interessati dal fenomeno migratorio attuano le procedure di identificazione e registrazione dei migranti con l’aiuto di Frontex, Europol, Ufficio europeo di sostegno per l’asilo, nell’ottica di velocizzare tali pratiche e di distinguere fra quanti richiedono la protezione internazionale e quanti non vogliono avvalersi di tale diritto. La Commissione, per definire le procedure attuative di quanto disposto nell’Agenda, ha poi inviato agli stati interessati una “tabella di marcia” (“Roadmap”), recepita nel nostro ordinamento non tramite una legge³⁶, ma con un semplice allegato alla Circolare del Ministero dell’Interno del 6 ottobre 2015, nel quale gli hotspot vengono definiti come “aree di sbarco attrezzate” dove i migranti possono o richiedere protezione internazionale (ed essere trasferiti negli SPRAR), oppure non formalizzare tale richiesta, essere considerati migranti economici e, quindi, trasferiti presso un centro

³⁶ Interviene sul punto anche la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato che, nel Rapporto sui Cie del 2016, afferma che occorre «definire la natura giuridica dei centri in cui si attua l’approccio hotspot: continuano ad essere centri di prima accoglienza o diventano dei centri di identificazione ed espulsione, unica tipologia di strutture dove si è trattenuti – ma solo in seguito a convalida del giudice – e da cui non ci si può allontanare?», in *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione in Italia*, gennaio 2017, p. 21.

per il rimpatrio³⁷. L'ordinamento italiano, dunque, non è intervenuto per disciplinare con legge la materia, ma l'atto con il quale si predispose il funzionamento del metodo hotspot e si individuano i centri in cui si conducono tali procedure è la Roadmap del Ministero dell'Interno.

In dottrina, da più parti³⁸, si denuncia la mancanza di una base legale che possa qualificare la natura giuridica di tali centri e che, quindi, vada a legittimarli, permettendo finalmente di definire questa oscura natura giuridica che oscilla fra diversi modelli alternativi. Non si comprende, infatti, se questi hotspot possano essere ricondotti ai centri di prima accoglienza e quindi venire considerati come *species* di un *genus* già esistente, oppure se, data la pluralità e la complessità delle operazioni svolte in questi punti, essi costituiscano un «*tertium genus*»³⁹. Ad ogni modo, nonostante l'incertezza circa la qualificazione di tali centri, sembra comunque estendibile alla disciplina di questi ultimi quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 105 del 2001⁴⁰: qui, in relazione al trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e assistenza, la Consulta affermava la piena applicabilità delle garanzie previste dall'articolo 13 Cost., riconducendo tale misura alle «altre restrizioni della libertà personale» menzionate nello stesso articolo e sottolineando, dunque, che «non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione»⁴¹.

Dunque, potremmo definire il «sistema hotspot» come un «metodo amministrativo di identificazione e gestione dei flussi migratori non formalizzato in una base legale di diritto interno – ma neppure europeo –, che si sovrappone alla normativa vigente nel nostro ordinamento giuridico e che contrasta, quindi, non soltanto con la legalità ordina-

³⁷ Cfr. A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea fra sistema hotspot e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, parte I, pp. 86 ss.

³⁸ Ex plurimis, F. VASSALLO PALEOLOGO, *Diritti sotto sequestro. Dall'emergenza umanitaria allo stato di eccezione*, Aracne, Roma, 2012; S. PENASA, *L'approccio hotspot nella gestione delle migrazioni. Quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista-AIC.it*.

³⁹ Si sofferma approfonditamente su tale argomento, S. PENASA, *L'approccio hotspot*, cit., pp. 11-17, che, nel descrivere la disciplina italiana, definisce l'hotspot un ibrido giuridico e analizza la compatibilità di questo con il dettato costituzionale.

⁴⁰ Per un'analisi della sentenza, si veda G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/2001, pp. 1860 ss.

⁴¹ Così, sent. n. 105 del 2001, punto 4 dei *Considerato in diritto*.

ria (...) ma soprattutto con le garanzie costituzionali previste dall'art. 13 della Costituzione.»⁴². Si assiste, così, ad un'evidente lesione di diritti collocati fra i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale, essendo violata la riserva di legge assoluta posta dall'articolo 10 in merito alla condizione giuridica dello straniero (secondo comma) e alla garanzia del diritto d'asilo (terzo comma), e dall'articolo 13, dal momento che restringimenti della libertà personale di questa importanza sono disposti sulla base di una procedura amministrativa, nel silenzio del legislatore.

Né sembra che l'articolo 17 del d.l. in esame vada a colmare l'assenza di una base normativa su cui costruire il sistema Hotspot: in effetti, il legislatore si limita a ribadire l'obbligatorietà dell'identificazione dei migranti e ad enunciare un irrigidimento nelle procedure per i rilievi fotodattiloscopici. Nonostante la preoccupazione sollevata da più parti in dottrina⁴³, si continua sulla strada della legittimazione di "punti di crisi" senza preoccuparsi di qualificarli giuridicamente: il legislatore, perseverando nella violazione delle due riserve (di legge e di giurisdizione) di cui all'art. 13, omette di qualificare la natura di questi centri, come omette di definire le modalità e i tempi entro cui può essere limitata la libertà personale dei cittadini stranieri.

A nulla vale (e sembra superfluo aggiungerlo) che tali restrizioni della libertà personale durino – relativamente – poco: com'è noto, infatti, secondo l'impostazione data nel tempo dalla Corte Costituzionale, la disciplina garantista della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., è applicabile quando si è in presenza di misure gravi e/o quando a danno del soggetto si determina una situazione di degradazione giuridica tale da poter essere equiparata negli effetti ad una violazione del principio dell'*habeas corpus*⁴⁴.

⁴² Così A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione*, cit., pP. 91-92.

⁴³ Si veda A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea*, cit.; S. PENASA, *L'approccio hotspot nella gestione delle migrazioni*, cit.

⁴⁴ Come si può leggere nella sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 1964, dove, al punto 3 dei *Considerato in diritto*, la Corte sostiene la riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 13 Cost. anche delle misure che si sostanziano in una "degradazione giuridica" del destinatario e provocano «una menomazione o una mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*».

E non si può dubitare che gli hotspot siano quantomeno dei luoghi in cui la persona vive in una situazione di degradazione: a ribadirlo c'è anche la pronuncia con cui la Grande Camera della Corte EDU, nel dicembre scorso, in relazione all'hotspot di Lampedusa, ha condannato l'Italia (caso *Khlaifia vs. Italia*) per violazione dell'articolo 5 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo⁴⁵. Nella sua pronuncia la Corte ha equiparato la struttura in questione ad un luogo di detenzione in cui gli stranieri vengono trattenuti senza una base legale: una simile restrizione della libertà personale senza un provvedimento di un giudice alla base che la giustifichi, non solo è illegittima ai sensi dell'articolo 13 della Costituzione, ma, rendendo impossibile la garanzia di un ricorso effettivo, viola anche l'articolo 13 CEDU. Nonostante le indicazioni della dottrina e della giurisprudenza della Corte EDU, il legislatore italiano, come si evince dall'analisi del d.l. in esame, continua a muoversi sulla stessa linea, non definendo su quali basi lo straniero potrà essere trattenuto in un punto di crisi prima dell'eventuale trasferimento presso un CPR, ed affidando la gestione di questi luoghi (in cui effettivamente e per un tempo considerevole viene lesa la libertà personale) all'arbitrio del potere amministrativo di polizia.

Misure egualmente rilevanti appaiono quelle previste dall'articolo 19, che novella il Testo unico sull'immigrazione di cui al d. lgs. n. 286 del 1998, e che prevede, essenzialmente, un rilancio delle strutture di trattenimento. Il primo comma dispone un semplice ma significativo mutamento nella denominazione: si passa da “centro di identificazione ed espulsione” a “centro di permanenza per i rimpatri”, locuzione che, ancor più fuor di metafora, sembra strizzare l'occhio agli slogan della politica più populista nel tentativo di trasmettere sicurezza.

Più concretamente, il secondo comma, alla lettera a), prevede, modificando l'articolo 14, comma 5 del d.lgs. n. 286 del 1998, un prolungamento di 15 giorni dei termini massimi (90 giorni) di trattenimento presso un centro dello straniero che abbia già scontato il periodo di detenzione in carcere. Non solo: il terzo comma dispone, per assicurare una più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione, un incremento del numero dei nuovi CPR (centri di permanenza per il rimpatrio), distribuendoli sull'intero territorio nazionale, privilegiando

⁴⁵ Cfr. A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in [penalecontemporaneo.it](#).

le aree esterne ai centri urbani dove siano presenti strutture di proprietà pubblica di capienza limitata⁴⁶. A nulla rileva il fatto che il comma 3 dell'articolo 19 preveda esplicitamente che nei nuovi centri di permanenza per il rimpatrio debba essere garantito l'assoluto rispetto della dignità della persona: una simile affermazione, che dovrebbe essere superflua in un ordinamento democratico e la cui ripetizione ha il sapore di un'ammissione di colpa, è destinata a rimanere un *flatus vocis*, dal momento che «l'approccio securitario che emerge dalla decisione politica e mediatica di riprendere il ricorso massiccio alla detenzione amministrativa lascia, tuttavia, dubitare della reale volontà di tutelare la dignità dei migranti rinchiusi in tali luoghi»⁴⁷.

Dunque, nonostante le voci che da più parti si alzano contro il perseverare nell'approccio repressivo alla questione migratoria, in cui la detenzione amministrativa riveste un ruolo centrale, il legislatore italiano non solo continua su questa linea, ma adotta disposizioni volte al rafforzamento di detto sistema e dalle quali emerge un quadro fatto di tanti piccoli centri di trattenimento, dalla ambigua fonte normativa, in cui viene privata la libertà tramite provvedimenti amministrativi e che, per di più, devono espressamente essere situati ai margini delle città: una ghettizzazione legale di soggetti già marginalizzati socialmente⁴⁸.

3. Riflessioni conclusive

Riprendendo le analisi svolte precedentemente, preme, infine, ribadire le importanti preoccupazioni sollevate da larga parte della dottrina (e spesso condivise dalla giurisprudenza) in merito alle scelte legislative relative all'immigrazione, in particolare, e alla pubblica sicurezza

⁴⁶ Per completezza di analisi, è opportuno segnalare una previsione importante, aggiunta al terzo comma dell'articolo in esame in sede di conversione, in base alla quale si equiparano i CPR alle carceri in merito alla possibilità di controlli "esterni", come quelli dei parlamentari o delle associazioni: un efficace strumento di garanzia.

⁴⁷ Cfr. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, in penalecontemporaneo.it.

⁴⁸ Un'ulteriore considerazione: è interessante notare che al comma 4 dell'articolo 19 viene autorizzata, per garantire l'esecuzione delle procedure di espulsione e allontanamento degli stranieri irregolari, una spesa pari a 19.125.000 euro, cui bisogna provvedere – e la cosa sembra abbastanza paradossale – valendosi delle risorse del programma FAMI, il Fondo Asilo Migrazione e Integrazione.

in generale, dal momento che, come accennato nell'introduzione, queste due materie sono state spesso affrontate con gli stessi strumenti normativi o, comunque, risultano caratterizzate dallo stesso metodo d'approccio. Questa tendenza trova conferma nell'emanazione dei due decreti Minniti, i quali sembrano inserirsi perfettamente in un quadro di politiche legislative caratterizzato sia da iniziative "manifesto" riguardanti fenomeni che suscitano insicurezza in alcuni segmenti della popolazione (spesso in ragione della loro visibilità più che della loro concreta pericolosità sociale), sia da misure incidenti sull'esercizio di importanti diritti fondamentali. Il tratto comune che giustifica agli occhi del legislatore poco attento la medesima risposta normativa a differenti fenomeni sociali, affonda le sue radici nell'ansia di prevenzione che sembra dominare le scelte del legislatore, il quale, applicando al diritto penale il principio del rischio e della precauzione, fonda la sua politica sulla base di quello che l'opinione pubblica percepisce emotivamente come rischio (migranti, in particolare, poveri, tossicodipendenti, marginalizzati, in generale) evidenziando il legame che si realizza tra la sensazione generale di incertezza, la prevenzione, l'emergenza ed il diritto penale simbolico.

Legame reso ancor più evidente da alcune tendenze dell'intervento penale del legislatore, tra le quali appaiono particolarmente significative quelle della c.d. "amministrativizzazione" del diritto penale e quella speculare della "penalizzazione" del diritto amministrativo, in base alle quali le nuove fattispecie penali si avvicinano sempre più, nella forma, a strumenti di amministrazione di situazioni particolari e di rischi eccezionali in risposta a determinate emergenze (anche presunte, in quanto maggiormente percepite). Il risultato è l'aumento dell'utilizzo di strumenti della pubblica amministrazione, maggiormente flessibili e rapidi e quindi considerati più efficaci, ai quali è attribuito il potere di intervenire in materie coinvolgenti anche diritti fondamentali garantiti costituzionalmente, spesso limitandoli, secondo modalità proprie del diritto penale.

Tendenze già in atto da anni, la cui incidenza è stata acuita, come già evidenziato, con il Pacchetto sicurezza, confermata dai successivi interventi normativi, e assolutamente ribadita dalle disposizioni dei decreti legge n. 13 e n. 14 del 2017: in effetti, questi ultimi, sembrano andare ad ingrossare le fila di quelle disposizioni-simbolo di un modello securitario che vede il governo indossare le vesti di un legislatore-sovrano assoluto, spostandosi sempre di più verso la declinazione

della politica criminale come politica penale. Di più: una politica penale che sembra rafforzarsi in senso maggiormente restrittivo come politica penale dell'ordine pubblico, con conseguenze ancora più incidenti sui diritti di libertà, basandosi sul presupposto dell'esistenza di gruppi sociali caratterizzati da un alto grado di criminalità. In questo modo si giustifica la disposizione di misure repressive selettive, perché rivolte quasi esclusivamente ai gruppi sociali più deboli, a quelle determinate soggettività o classi sociali considerate presuntivamente pericolose⁴⁹.

Tutto questo sembrerebbe indicare l'affermarsi di una tendenza: quella verso una società del controllo e della prevenzione⁵⁰, che si basa sull'allargamento delle competenze dell'esecutivo e su meccanismi discriminatori nell'amministrazione dei diritti fondamentali, perché a vantaggio di categorie di cittadini garantiti, e a discapito degli esclusi (migranti *in primis*, e poi disoccupati, senza casa, movimenti sociali e altre soggettività "disturbanti" o "indecorose"). Tendenza che spesso si traduce in un intervento penale del legislatore volto più a soddisfare i bisogni di protezione espressi dai cittadini-elettori che alla efficace tutela di un nucleo ben circoscritto di beni di rilevanza costituzionale.

In sintesi: l'ottica è quella della prevenzione del rischio e della prevenzione di pericolosità; lo strumento, quello del diritto penale simbolico; il paradigma, quello emergenziale dello Stato della sicurezza o dello Stato di prevenzione.

In questo quadro e ritornando alle problematiche peculiari del fenomeno dell'immigrazione, possiamo dire, in via generale, che stiamo assistendo ad un processo di esautoramento delle garanzie europee e costituzionali, ricavabile: dall'approccio «amministrativo-poliziesco» nella gestione dei flussi migratori (attuata anche tramite strumenti di "soft law"); dallo svilimento di garanzie giuridiche vigenti nell'ordinamento europeo, finalizzato a rendere difficile l'ottenimento della protezione internazionale; dalla preferenza per la stipulazione di

49 Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *Democrazia e diritto*, 2/2000, pp. 20-25.

50 Per una critica del diritto alla sicurezza si veda, fra gli altri, A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2000 e L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberista*, Feltrinelli, 2000.

accordi internazionali in forma semplificata, senza formalità e, quindi, senza garanzie procedurali⁵¹.

In particolare, con il decreto in esame, si continua a solcare la stessa strada già battuta con i precedenti interventi legislativi, dal momento che sembra condividere il paradigma che ne è alla base: il declinare la libertà degli stranieri irregolari come una libertà diversa, giustificando in base a questa diversità la sottrazione a fondamentali garanzie costituzionali. Molte delle disposizioni adottate, come si è visto, si pongono in contrasto con il primo comma dell'articolo 13 e ledono palesemente l'inviolabilità della libertà personale, diritto che, recependo nel nostro ordinamento il principio dell'*habeas corpus*, base della cultura giuridica europea, dovrebbe essere garantito a tutte le persone che attraversano il territorio italiano: cittadini, rifugiati, migranti economici, regolari e irregolari⁵².

Si pensi, ad esempio al trattenimento amministrativo, che questo decreto legge va ad inasprire e che già è foriero di importanti problemi rispetto ai diritti fondamentali (come testimoniano le numerose denunce delle ONG nazionali ed internazionali) e alla gestione dell'ordine pubblico all'interno dei centri di permanenza. Questi centri sono spesso teatro di rivolte anche violente dal momento che i migranti sono costretti a condizioni di vita degradanti e disumane, come afferma la sentenza emanata nel dicembre 2012 dal Tribunale di Crotone, con la quale si riconobbero come una forma di legittima difesa le azioni degli autori della rivolta all'interno del centro di identificazione ed espulsione "Sant'Anna" di Isola Capo Rizzuto.

Appare, inoltre, lecito dubitare che una simile politica legislativa fungerà da freno all'immigrazione clandestina, dato che la minaccia della detenzione difficilmente potrà spaventare soggetti che fuggono da situazioni ben più drammatiche⁵³, concorrendo, piuttosto, ad alimentare un clima sociale già pervaso di insicurezza e ad accrescere l'isolamento e la marginalizzazione degli immigrati⁵⁴.

In questo quadro, la tendenza della giurisprudenza costituzionale in materia, pur comprendendo un'importante declaratoria di incostitu-

⁵¹ Cfr. A. CIERVO, *Ai confini di Schengen*, cit., p. 124 ss.

⁵² Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976.

⁵³ Cfr. G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo* 2009, p. 1330.

⁵⁴ Cfr. G. BASCHERINI, *Su alcune recenti misure*, cit., p. 18.

zionalità analizzata precedentemente, non risulta chiara, dal momento che, pur condividendo, generalmente, alcune preoccupazioni sollevate dalla dottrina, appare spesso orientata ad interpretare in maniera conforme alle scelte del legislatore.

A ciò, bisogna aggiungere che la distinzione, caratterizzante fin dalle origini la giurisprudenza in materia e contestata da tempo dagli studiosi⁵⁵, fra la titolarità e l'esercizio dei diritti fondamentali dello straniero, sembra rappresentare la premessa che permette di trasformare il sindacato di costituzionalità in un problema "computazionale di misurazione dei diritti e delle loro garanzie"⁵⁶ e, soprattutto, che abitua all'idea che allo straniero spettino minori diritti e minori garanzie rispetto a quanto spetta al cittadino. Tale distinzione fra la titolarità e l'esercizio dei diritti, inoltre, ha indotto la giurisprudenza costituzionale a declinare il sindacato di costituzionalità sulla discrezionalità delle scelte legislative in materia, secondo il paradigma razionalità-ragionevolezza, non calibrando la sua analisi sul portato dei diritti costituzionalmente garantiti e rischiando, di conseguenza, che la tutela in materia si basi sulla coerenza con le variabili preferenze legislative, e non sulla coerenza con il quadro dei valori costituzionali⁵⁷.

Una simile giurisprudenza, che ammette la limitazione della libertà personale e del diritto di difesa di uno straniero per garantire l'effettività dell'espulsione, potrebbe arrivare ad ammettere, per equivalenti finalità, l'operare di simili restrizioni anche nei confronti dei cittadini: prospettiva, quest'ultima, che rivela l'importanza delle questioni inerenti la polizia degli stranieri, come polso della tenuta complessiva del sistema delle garanzie e della tavola delle libertà⁵⁸.

In sintesi, possiamo osservare come dall'analisi delle riforme caratterizzanti il diritto dell'immigrazione emerga una tendenza degli interventi normativi in materia alla criminalizzazione dell'irregolarità migratoria e alla predisposizione di misure volte ad isolare ulteriormente l'immigrato irregolare «sino al punto di negargli o ostacolarli

55 Cfr. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 217 ss.

56 Così A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano", cit.

57 Cfr. F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Politica del diritto*, 1995, p. 458.

58 Cfr. S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà*, Roma-Bari, 2004, p. 57.

l'esercizio di veri e propri diritti fondamentali»⁵⁹, attitudine destinata, in un ordinamento come il nostro, a porsi in forte tensione con il principio di uguaglianza e con il suo “nucleo forte”, che comporta il divieto di distinzione *ratione subiecti* e l'esigenza di una normazione uniforme in materia di diritti fondamentali⁶⁰.

Bisognerebbe osservare il fenomeno delle migrazioni nel suo complesso, affrontando in maniera diversa le questioni che inevitabilmente vengono sollevate e che investono temi come il costo dei diritti, le effettive capacità di ogni ordinamento nel riconoscere e garantire libertà, le capacità di integrazione e la qualità della convivenza. In quest'ottica, la prospettiva entro la quale sembrerebbe opportuno muoversi è quella dell'apertura, della garanzia dei diritti, dell'integrazione reale, che guardi all'immigrazione non come ad un problema di ordine pubblico, ma come una questione attinente i diritti fondamentali della persona e che permetta, nell'epoca del multiculturalismo, una partecipazione attiva e non la mera “sopportazione” passiva dell'altro. Ciò che serve, allora, è ritrovare una dimensione costituzionale della cittadinanza⁶¹, declinata nuovamente come partecipazione di soggetti ai quali è riconosciuto e garantito il diritto attivo alla costruzione della società multiculturale nell'epoca del costituzionalismo moderno.

⁵⁹ Così V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, il Sole 24 Ore, 19 maggio 2009, p. 1.

⁶⁰ Così, A. CERRI, *L'eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 61 ss.

⁶¹ Per un'analisi critica dell'istituto della cittadinanza, cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., pp. 105-134.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)