

12 SETTEMBRE 2018

Il respingimento differito dello
straniero, tra profili di
incostituzionalità e occasioni mancate
di rettifica

(Nota a Corte cost., sent. n. 275/2017)

di Valentina Carlino

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università di Siena

Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*

(Nota a Corte cost., sent. n. 275/2017)

di Valentina Carlino

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato
Università di Siena

Sommario: 1. Introduzione 2. Il contenzioso dinanzi al giudice *a quo* ed il quadro normativo di riferimento 3. Il (preoccupante) confronto tra il respingimento differito e le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione 4. Respingimento ed espulsione, quale confine? La violazione della riserva di legge 5. La decisione di non decidere

1. Introduzione

Con la sentenza n. 275 del dicembre 2017, la Corte costituzionale ha avuto una nuova occasione per esaminare la disciplina legislativa in tema di stranieri. È innegabile lo sforzo fatto dal giudice delle leggi in questa materia: nonostante gli scarsi riferimenti testuali alle posizioni giuridiche soggettive degli stranieri nella Costituzione, la Corte è riuscita negli anni a delineare una consistente serie di diritti degli stranieri¹, portando al superamento del binomio cittadinanza – accesso ai diritti fondamentali². Nonostante ciò, è stato osservato che dinanzi a questioni particolarmente complesse e politicamente scottanti, legate a un fenomeno che si sta rivelando sempre più controverso nelle società occidentali come quello dell'immigrazione, la Corte ha spesso fatto un passo indietro, cercando soluzioni che le permettessero di non entrare nel merito³. La sentenza in commento pare in linea con questo atteggiamento.

Il tema affrontato è quello del respingimento differito, regolato dall'art. 10, comma 2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286⁴ (d'ora in avanti T.U. immigrazione): la Corte, pur riconoscendo la

* Nota a sentenza sottoposta a referaggio.

¹ M. CARTABIA, *Gli "immigrati" nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, 2016, p. 10.

² Sul tema si veda F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, pp. 13 ss.

³ Secondo M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2017, p. 55: «in materia di immigrazione, la Corte costituzionale non di rado ricorre a pronunce di inammissibilità o comunque elusive del *petitum* sostanziale: una tendenza che tenta di nascondere l'imbarazzo del giudice delle leggi chiamato a pronunciarsi su problemi giuridici particolarmente complessi e politicamente sensibili».

⁴ Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. La norma in esame è presente nel T.U. immigrazione sin dalla sua versione originaria

necessità di un intervento del legislatore, a cui ha indirizzato un monito, dichiara però inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, per difetto di rilevanza.

Il tema è di grande importanza; nel 2015 sono stati effettuati 8.736 respingimenti alla frontiera e 1.345 respingimenti differiti, a fronte di 2.529 stranieri accompagnati alla frontiera a seguito di provvedimento amministrativo di espulsione⁵.

Il contenzioso dinanzi al Tribunale di Palermo era nato per il tentativo di un cittadino pakistano di ottenere l'annullamento del decreto di respingimento differito dal quale era stato colpito dopo essere entrato irregolarmente in Italia, identificato in un *hotspot* a Trapani e classificato come migrante economico. Sia l'attore che il giudice *a quo* avevano ritenuto la disciplina legislativa del respingimento differito non conforme a Costituzione, in quanto l'articolo 10, comma 2, T.U. immigrazione sarebbe in contrasto con gli articoli 10, comma 2, 13, commi 2 e 3 e 117, comma 1 Cost.

A sostenere la legittimità della norma, nel giudizio dinanzi alla Corte era intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, affermando che la regolamentazione dell'ingresso e della permanenza di un non cittadino sul territorio implica una valutazione di molteplici interessi pubblici, e che per questo deve essere riconosciuta al legislatore un'ampia discrezionalità.

Un atto di intervento, a sostegno dell'illegittimità costituzionale, era stato presentato da una associazione, l'ASGI (associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione), chiedendo di essere ammessa ad intervenire in giudizio in quanto «titolare di un interesse qualificato direttamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio». Tuttavia la Corte ha ritenuto l'intervento inammissibile, in linea con la sua precedente giurisprudenza⁶. È stata dunque confermata l'interpretazione rigida e ristretta dell'interesse che un terzo ha in un giudizio e che giustifica il suo intervento, mostrando ancora una volta un atteggiamento di chiusura ad un dialogo potenzialmente utile con soggetti portatori di interessi collettivi⁷, specie in questioni come quelle dell'immigrazione, che vedono una grande difficoltà da parte degli stranieri ricorrenti a costituirsi nel processo costituzionale. Il caso in esame non fa eccezione: la parte del giudizio *a quo* non si è infatti costituita di fronte alla Corte, ciò che spiega perché la questione sia stata trattata in camera di consiglio.

⁵ I dati sono consultabili in: *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate*, maggio 2016, p. 119, disponibile su www.camera.it.

⁶ Si veda *ex plurimis* Corte costituzionale, ordinanza n. 227/2016.

⁷ Per una lettura favorevole all'intervento del terzo nel procedimento dinanzi al giudice costituzionale si veda A.M. LECIS COCCO-ORTU, *L'intervento del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra Italia e Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2013, pp. 347 ss.: «l'intervento dei soggetti portatori di interessi collettivi non solo è compatibile con il giudizio in via incidentale, ma è anche funzionale ad una maggiore realizzazione degli obiettivi di giustizia costituzionale sia in termini di collaborazione informativa e argomentativa che in termini di legittimazione».

2. Il contenzioso dinanzi al giudice *a quo* ed il quadro normativo di riferimento

Il ricorrente dinanzi al Tribunale di Palermo era un extracomunitario colpito da respingimento differito, dunque da accompagnamento coattivo alla frontiera⁸. È questa infatti la modalità di esecuzione prevista dal T.U. immigrazione per tale tipologia di allontanamento; lo straniero respinto in modo differito deve essere accompagnato al confine dall'autorità di pubblica sicurezza⁹.

Constatata nel caso di specie l'impossibilità di eseguire subito il rimpatrio, lo straniero avrebbe dovuto essere assegnato presso un Centro di identificazione ed espulsione (C.I.E.)¹⁰ ai sensi dell'art. 14 comma 1 T.U. immigrazione¹¹. Molto spesso è necessario del tempo per preparare l'allontanamento (ma anche per identificare il migrante) e nell'attesa di risolvere gli ostacoli temporanei che ne ostano l'esecuzione, il soggetto interessato è trattenuto nel centro più vicino. La detenzione amministrativa ha una durata massima di trenta giorni, che possono però essere prorogati fino ad un totale di novanta¹².

Ritenendo impossibile la permanenza del soggetto presso il centro, l'autorità di pubblica sicurezza gli aveva successivamente notificato un ordine di lasciare il territorio ai sensi dell'art. 14 comma 5-bis del T.U. immigrazione¹³. Si tratta di una dinamica estremamente comune nella prassi dei respingimenti differiti, ampiamente utilizzata per rimpatriare i soggetti che sbarcano clandestinamente sulle coste italiane. L'esecuzione dell'allontanamento da parte dell'amministrazione pubblica si rivela molto spesso impossibile¹⁴, sì che l'amministrazione stessa ordina allora allo straniero di auto-espellersi¹⁵.

⁸ Per una ricostruzione del fatto si veda 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.

⁹ Art. 10, comma 2, T.U. immigrazione: «Il respingimento con accompagnamento coattivo alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso.»

¹⁰ I Centri di identificazione ed espulsione sono stati rinominati Centri di permanenza per i rimpatri con il d.l. n. 13/2017 convertito con modifiche nella l. n. 46/2017 (cd. decreto Minniti-Orlando).

¹¹ Art. 14, comma 1: «Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino [...]».

¹² Art. 14, comma 5.

¹³ «Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale, ovvero dalle circostanze concrete non emerga più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito e che lo straniero possa essere riaccolto dallo Stato di origine o di provenienza. [...]».

¹⁴ Ad esempio, perché mancano i documenti per il viaggio, perché non vi è un mezzo di trasporto idoneo o, più frequentemente, perché i Paesi di provenienza dei soggetti colpiti da allontanamento non si mostrano disponibili nell'accoglierli e l'Italia non riesce a trovare un'intesa con le autorità diplomatiche estere sul punto.

¹⁵ L'espressione è di G. SAVIO, *Espulsioni e respingimenti, la fase esecutiva*, in www.asgi.it, § 5.

Il ricorrente dinanzi al Tribunale di Palermo aveva impugnato il decreto di respingimento differito (e conseguentemente tutti gli atti a questo connesso) in ragione di una presunta non conformità a Costituzione dell'art. 10, comma 2, T.U. immigrazione. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata in riferimento all'art. 13, commi 2 e 3, della Costituzione, per violazione della riserva di legge e di giurisdizione ivi prescritte. Il giudice *a quo* aveva trasmesso gli atti alla Corte ed aveva ravvisato parametri costituzionali ulteriori, rilevando anche la non conformità all'art. 4 par. 4 della direttiva 2008/115/CE (cd. Direttiva rimpatri), dalla quale conseguirebbe una violazione dell'art. 117 comma 1 della Costituzione.

3. Il (preoccupante) confronto tra il respingimento differito e le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione

La materia di immigrazione è senz'altro problematica, tanto più se calata nel contesto attuale di enormi spostamenti di massa di persone le quali, per svariate ragioni, lasciano il loro Paese. Essa è caratterizzata da una forte tensione nell'ambito degli ordinamenti nazionali dei Paesi destinatari dei flussi migratori, che impone al legislatore di bilanciare tra loro esigenze imprescindibili ma spesso difficili da conciliare: da una parte la garanzia dei diritti fondamentali dello straniero¹⁶ e la necessaria conformità ai principi costituzionali, dall'altra l'esigenza di far fronte a numeri crescenti di immigrati e alle ostilità delle opinioni pubbliche, oltre che la necessità di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza interni. Nel fare ciò, il legislatore italiano si è talvolta dimostrato poco attento alla tutela dei diritti degli stranieri che cercano di entrare nel nostro Paese¹⁷. A tal proposito, il tema degli allontanamenti è molto significativo.

In Italia esistono due grandi categorie di allontanamenti in via amministrativa: i respingimenti e le espulsioni¹⁸. I primi sono di competenza dell'autorità di pubblica sicurezza e riguardano i casi nei quali non si sia instaurata una connessione tra lo straniero colpito dalla misura ed il territorio italiano. Nel caso di respingimento immediato (art. 10, comma 1, T.U. immigrazione), viene semplicemente negato l'ingresso al migrante che si presenti alla frontiera sprovvisto dei requisiti necessari per entrare nel Paese.

¹⁶ L'art. 2 comma 1 del T.U. immigrazione ha peraltro positivizzato il principio della tutela dei diritti fondamentali per tutti gli stranieri, regolari o meno, sancendo che «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

¹⁷ Per una ricostruzione dell'evoluzione del rapporto tra politiche di contrasto all'immigrazione irregolare e tutela dei diritti degli stranieri si veda F. SCUTO, *Immigrazione "irregolare" e diritti fondamentali*, in S. GAMBINO - G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 585 ss. Si veda inoltre C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012*, Milano, 2013, pp. 27 ss.

¹⁸ Sul tema si veda ex plurimis T. COCCOLUTO, *L'allontanamento dal territorio dello Stato dello straniero extracomunitario*, in A. MACRILLÒ (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Padova, 2014, pp. 689-816.

Le ipotesi di respingimento differito riguardano invece coloro che o si sono sottratti ai controlli all'ingresso e sono stati fermati subito dopo aver passato il confine, oppure sono stati temporaneamente ammessi sul territorio per necessità di pubblico soccorso (art. 10, comma 2, lettere a) e b), T.U. immigrazione). La categoria delle espulsioni, al contrario, implica che lo straniero sia già entrato in Italia e che, di conseguenza, vi sia un rapporto col territorio. Le espulsioni possono essere giudiziarie o amministrative: queste ultime, regolate dall'art. 13 del T.U. immigrazione, sono disposte o dal Ministro dell'Interno, per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, o dal prefetto per carenza, anche sopravvenuta, di requisiti necessari ad un regolare soggiorno in Italia.

Nella prassi, la modalità ordinaria tramite la quale vengono eseguiti gli allontanamenti è quella dell'accompagnamento alla frontiera¹⁹. Il sistema è stato così delineato a seguito della riforma operata nel 2002²⁰ con l'obiettivo di rendere gli allontanamenti il più rapidi possibili, facendo prevalere una certa frenesia espulsiva e di celerità esecutiva sull'esigenza di garanzia dei diritti degli stranieri²¹. Vi è però una sostanziale differenza tra le due ipotesi; solo quando lo straniero sia colpito da decreto di espulsione egli ha la possibilità di richiedere un termine per abbandonare volontariamente il territorio italiano, ai sensi dell'art. 13, comma 5, T.U. immigrazione²². Quindi, mentre l'espulsione può essere alternativamente eseguita in modo o coattivo o volontario, il respingimento differito è eseguito sempre in modo coercitivo. L'accompagnamento coattivo alla frontiera col quale viene eseguito l'allontanamento è un provvedimento restrittivo della libertà personale di chi ne è colpito²³. Eppure, nella versione originaria del T.U. immigrazione questo provvedimento non era assoggettato alle garanzie e ai limiti previsti dall'art. 13 della Costituzione: l'autorità giudiziaria non interveniva mai. Ad affermare il principio è dovuta intervenire la

¹⁹ Si stanno mettendo da parte le ipotesi di respingimento alla frontiera, nelle quali lo straniero viene rimandato immediatamente indietro dalla polizia di frontiera. In questo caso il provvedimento incide sulla sola libertà di circolazione dello straniero.

²⁰ Legge 30 luglio 2002 n. 189 (cd. legge Bossi-Fini).

²¹ Si veda a tal proposito 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*, Torino, 2009, pp. 145 – 154 e T. COCCOLUTO, *L'allontanamento dal territorio dello Stato dello straniero extracomunitario*, cit., pp. 691-694.

²² Il termine deve essere chiesto dallo straniero ed in mancanza della richiesta si procede ad esecuzione tramite accompagnamento coattivo. La fattispecie è stata tracciata dal legislatore italiano in maniera tale da rendere numericamente residuali le ipotesi nelle quali l'espulsione viene effettivamente eseguita volontariamente. Il tema è stato ampiamente dibattuto in dottrina, in quanto vi è uno scostamento dalla legislazione europea in materia, nello specifico dalla Direttiva 2008/115/CE. Per una critica si veda ex plurimis C. HAPFACHER, *La "direttiva rimpatri" e la sua recezione in Italia*, in www.altrodiritto.unifi.it e G. SAVIO, *Espulsioni e respingimenti, la fase esecutiva*, cit., § 2.

²³ P. BONETTI, *I provvedimenti 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*, Torino, 2001 p. 47: «Gli effetti tipici di alcuni provvedimenti di respingimento e di tutti i provvedimenti di espulsione comportano restrizioni della libertà personale dello straniero comunque presente sul territorio dello Stato, poiché si tratta di provvedimenti la cui esecuzione comporta sia una restrizione fisica, sia una menomazione morale dello straniero respinto o espulso».

Corte costituzionale, che con la sentenza n. 105/2001 (nell'ambito delle espulsioni amministrative) sancì che «l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'articolo 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di 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»²⁴. Pur trattandosi di una sentenza interpretativa di rigetto, il legislatore intervenne in ragione di quanto era stato affermato dal giudice costituzionale²⁵, così che con il D.L. 4/4/2002 n. 51, convertito con modificazioni nella L. n. 106/2002, venne aggiunto all'art. 13 del T.U. immigrazione un comma 5-bis che prevedeva l'obbligo per il Questore di comunicare al tribunale competente il provvedimento di accompagnamento alla frontiera immediatamente e al massimo entro quarantotto ore dalla sua emanazione, in modo che il giudice potesse procedere a convalida. Continuando sul cammino così tracciato, la giurisprudenza costituzionale tornò sul tema in occasione della sentenza n. 222/2004 (sempre in ambito espulsivo), dichiarando l'incostituzionalità del nuovo comma 5-bis nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida si dovesse svolgere in contraddittorio e prima dell'esecuzione del provvedimento, affermando che quando lo straniero è allontanato coattivamente dal territorio senza che il giudice si sia potuto pronunciare su questa restrizione alla sua libertà personale è «vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost.»²⁶.

Ma se l'istituto espulsivo è stato rimodellato in aderenza ai principi costituzionali, in tema di respingimento nulla si è mosso. Quando è l'espulsione ad essere eseguita coattivamente, è obbligatorio un giudizio di convalida; quando invece l'accompagnamento coattivo è in esecuzione di un respingimento differito, l'autorità giudiziaria non ha alcun ruolo²⁷. La violazione dell'art. 13 della Costituzione che ne deriva, e la conseguente necessità di adeguare l'art. 10, comma 2, T.U. immigrazione, è diffusamente sostenuta in dottrina²⁸. L'unico soggetto competente a disporre l'accompagnamento dello straniero

²⁴ Corte costituzionale, sent. n. 105/2001, p. 5 considerato in diritto. Al p. 4 considerato in diritto la Corte specifica anche «Né potrebbe dirsi che le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista di altri beni costituzionalmente rilevanti».

²⁵ Per un commento della sent. n. 105/2001 si rimanda a V. ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa solo il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2001, pp. 67 ss.

²⁶ Corte costituzionale, sent. n. 222/2004, p. 6 considerato in diritto.

²⁷ F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero*, cit., p. 162, afferma che la diversità di garanzie previste nella fase esecutiva tra respingimento differito ed espulsione è tale da dare luogo anche ad una violazione al criterio di uguaglianza e ragionevolezza recepito dall'art. 3 della Costituzione.

²⁸ C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, p. 159; P. BONETTI, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., pp. 515 ss.; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, pp. 16 ss.; 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 tenutosi a Cagliari il 16-17 ottobre 2009*, disponibile su www.astrid-online.it; F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale*

respinto è l'autorità di pubblica sicurezza²⁹, nonostante la Costituzione sancisca che la libertà personale può essere limitata solo con un atto motivato dell'autorità giudiziaria. E se è vero che l'art. 13, comma 3, ammette questa possibilità, ciò è comunque possibile nei soli casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge. Si tratta peraltro di provvedimenti provvisori, da comunicare entro quarantotto ore al giudice affinché vengano da questo convalidati, pena la revoca del provvedimento stesso. Nessuna di queste garanzie di rango costituzionale è stata traslata nella disciplina legislativa del respingimento differito.

Per quanto riguarda i requisiti di eccezionalità, necessità ed urgenza, questi appaiono del tutto carenti. La prassi secondo la quale coloro che varchino illegalmente i confini italiani vengono respinti ai sensi dell'art. 10 comma 2, T.U. immigrazione è la regola e non l'eccezione, il che ha condotto autorevole dottrina ad evidenziale lo scostamento dalla disciplina costituzionale³⁰.

In relazione all'intervento dell'autorità giudiziaria, sono solamente due le ipotesi nelle quali questa può conoscere di un provvedimento di respingimento differito. Anzitutto in caso di detenzione amministrativa in un C.I.E. in attesa di esecuzione, essendo obbligatoria la convalida del trattenimento³¹. Le garanzie per lo straniero sono comunque carenti, in quanto il giudice della convalida non è tenuto a controllare i requisiti del provvedimento di respingimento che sta alla base del trattenimento³². In dottrina si è rilevato che nel giudizio di convalida la legittimità dell'atto presupposto è data spesso per scontata³³. In secondo luogo, l'autorità giudiziaria può essere coinvolta in caso di ricorso avverso il decreto di respingimento. La possibilità di presentare ricorso è peraltro disciplinata dalla legislazione italiana solo

tra respingimento, espulsione e trattenimento, cit., pp. 158-163; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2009, pp. 16 ss.

²⁹ R. CHERCHI (a cura di), *L'allontanamento dall'Italia dello straniero e del cittadino europeo*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, Rimini, 2015, p. 231.

³⁰ Si rimanda a P. BONETTI, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., pp. 533 ss. e *Il respingimento differito disposto dal Questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 5.

³¹ Ai sensi dell'art. 14, commi 3 e 4, T.U. immigrazione, il provvedimento con cui il questore dispone il trattenimento in un C.I.E. deve essere sottoposto a convalida da parte del giudice di pace in tempi ristretti. Gli atti devono essere trasmessi entro 48 ore dal questore al giudice della convalida, il quale deve fissare l'udienza entro le 48 ore successive.

³² Il controllo sui requisiti del provvedimento è invece esplicitamente disposto per le ipotesi espulsive di cui all'art. 13 T.U. immigrazione.

³³ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, cit., p. 26.

contro i provvedimenti di espulsione³⁴ ma non di respingimento³⁵. Per questi ultimi, la garanzia è prevista solo in funzione degli articoli 24 e 113 della Costituzione, e dell'art. 13 Reg. CE n. 526/2006³⁶. Il controllo di un giudice in questo caso è comunque solo eventuale, e spesso avviene quando lo straniero è già stato allontanato. Non è dunque paragonabile, a livello di garanzie, ad un giudizio di convalida obbligatorio e precedente all'esecuzione.

4. Respingimento ed espulsione, quale confine? La violazione della riserva di legge

La violazione della riserva di giurisdizione non è il solo motivo di non conformità a Costituzione della disciplina del respingimento differito. Come rilevato anche dal giudice *a quo*, l'art. 10, comma 2, T.U. immigrazione non rispetta nemmeno la riserva di legge prevista dall'art. 10, comma 2³⁷ e dall'art. 13 della Costituzione. Nello specifico, la formulazione legislativa della fattispecie di cui alla lettera a) è troppo vaga ed indefinita. La norma prevede che deve essere accompagnato alla frontiera lo straniero «che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera sia fermato all'ingresso o subito dopo». Così enunciata, non permette di tracciare dei confini precisi entro i quali far ricadere le ipotesi di respingimento. Infatti, non è possibile stabilire con certezza nemmeno se l'enunciazione «subito dopo» si riferisca ad un criterio spaziale o temporale³⁸, oppure ad entrambi. In altre parole, come stabilire quando il soggetto sia stato fermato subito dopo aver oltrepassato il confine italiano? Il problema è di non poco rilievo, anche perché una descrizione a maglie tanto larghe può condurre ad una prassi nella quale lo straniero si vede notificato un decreto di respingimento differito solo svariati giorni dopo essere stato fermato³⁹. Si tratta di una pratica evidentemente distante dalla *ratio* dell'istituto del respingimento, che si

³⁴ Così come previsto dall'art. 13 comma 8 il giudice competente per i ricorsi contro le espulsioni è il giudice ordinario. Non essendoci una disciplina per i ricorsi avverso i respingimenti differiti, si è molto discusso in dottrina e in giurisprudenza sull'attribuzione della competenza al giudice ordinario piuttosto che a quello amministrativo. A risolvere il dubbio sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui «in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi [...] spetta al giudice ordinario» (Cass. SS.UU. sent. 17/06/2013 n. 15115). Si veda G. SAVIO, *Espulsioni e respingimenti, i profili sostanziali*, in www.asgi.it, § 2.6.

³⁵ F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero*, cit., p. 163, secondo cui l'assenza di una disciplina nazionale specifica rende difficile l'effettivo esercizio del diritto a ricorrere contro il respingimento.

³⁶ Ai sensi dell'art. 13 comma 3 Reg. CE n. 526/2006 «Le persone respinte hanno il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono disciplinati conformemente alla legislazione nazionale».

³⁷ «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»

³⁸ A. PUGIOTTO, *«Purché se ne vadano»*, cit., p. 18.

³⁹ A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento differito intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, in *Giur. merito*, 2012, p. 1148, che evidenzia la lettura eccessivamente larghe dei presupposti applicativi in esame da parte delle questure che si occupano maggiormente di respingimenti differiti, ed illustra come «in concreto, nella stragrande maggioranza dei casi [...] lo straniero appena sbarcato viene fermato e ristretto de facto presso un centro di detenzione amministrativa; solo dopo diversi giorni, viene emesso e notificato il provvedimento di

differenzia da quello espulsivo proprio in quanto utilizzato nei confronti di stranieri rimandati indietro subito, nel momento in cui si apprestano a varcare il confine o comunque in un periodo immediatamente successivo.

La previsione di un requisito talmente generico innesca peraltro un altro problema. Essendo i confini delle ipotesi di respingimento differito di cui all'art. 10, comma 2, lettera a) T.U. immigrazione così indefiniti, la linea di delimitazione dell'istituto è pericolosamente sfocata e rischia di condurre ad un'intersezione con le ipotesi espulsive di cui all'art. 13 comma 2 lettera a), ossia le espulsioni disposte dal Prefetto quando lo straniero sia entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera senza essere stato respinto ai sensi dell'art. 10. Ad esempio, qualora lo straniero, arrivato in Italia carente dei requisiti per rimanere sul territorio, sia trattenuto in un centro di detenzione amministrativa per diversi giorni prima di essere allontanato, egli potrebbe essere espulso piuttosto che respinto in modo differito. 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 adottare⁴⁰, che va senz'altro arginata. Non si tratta di un mero esercizio retorico ma di un'esigenza concreta che si giustifica alla luce delle importanti differenze tra questi due istituti giuridici. La prima e più immediata attiene alla competenza nell'emanare il decreto di allontanamento, in quanto quello di respingimento spetta al Questore mentre quello di espulsione è prefettizio. Vi sono poi le già citate differenze in merito alla convalida, ad una disciplina di riferimento per i ricorsi e alla possibilità di eseguire l'allontanamento in maniera volontaria oltre che coattiva, garanzie previste solamente in caso di espulsione. Inoltre, mentre l'espulsione implica per il soggetto un divieto di reingresso in Italia e negli altri Paesi Schengen⁴¹ per un periodo determinato indicato nel decreto, lo straniero respinto potrà invece rientrare nel Paese non appena entri in possesso dei requisiti per farlo in modo regolare ai sensi dell'art. 4 T.U. immigrazione.

Infine, i respingimenti possono essere esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva rimpatri. È una possibilità prevista dall'art. 2 paragrafo 2 e rimessa alla scelta dei singoli Stati membri, di cui l'Italia ha deciso di usufruire. Il circuito di garanzie previsto a livello europeo è dunque applicabile alle sole ipotesi espulsive, mentre per i respingimenti vi è il solo obbligo di approntare tutele minime non inferiori a quelle

respingimento». In senso critico si veda anche F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, cit., p. 19.

⁴⁰ R. CHERCHI (a cura di), *L'allontanamento dall'Italia dello straniero e del cittadino europeo*, cit., p. 232; G. SAVIO, *Espulsioni e respingimenti, i profili sostanziali*, cit., § 2.9.

⁴¹ Il nominativo dello straniero espulso viene infatti segnalato nel Sistema d'informazione Schengen, affinché egli non sia riammesso nell'area Schengen.

predisposte a livello sovranazionale negli ambiti elencati all'art. 4 paragrafo 4 della Direttiva. Nonostante le ipotesi di cui all'art. 10 T.U. immigrazione sfuggano dunque alla disciplina dettata dalla Direttiva 2008/115, essa fa comunque sorgere in capo allo Stato l'obbligo di garantire un trattamento non meno favorevole di quanto disposto all'art. 8, paragrafi 4 e 5 (allontanamento tramite misure coercitive), art. 9, paragrafo 2, lettera a) (casi nei quali è possibile rinviare l'allontanamento), all'art. 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (garanzie prima del rimpatrio) e agli art. 16 e 17 (garanzie durante il trattenimento). È in ragione di questa previsione normativa che il giudice rimettente sollevava un terzo profilo di incostituzionalità dell'art. 10 comma 2 T.U. immigrazione: non essendovi nella legislazione italiana strumenti che garantiscano un circuito di garanzie non inferiori a quelle prescritte dal legislatore europeo (il giudice *a quo* esonera dalla sua censura l'art. 14), veniva invocata una violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. che permette di rilevare il contrasto con la Direttiva, la quale funge così da norma interposta.

5. La decisione di non decidere

Il tema portato dinanzi alla Corte è pertanto di non poco rilievo. Il respingimento infatti, anche se definito in dottrina come fratello minore dell'espulsione⁴² data, tra le altre cose, la sua scarsa considerazione in giurisprudenza, costituisce invero un istituto giuridico di diffusa applicazione.

Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale ha esplicitamente riconosciuto che il legislatore deve intervenire sull'art. 10, comma 2, T.U. immigrazione, in quanto il respingimento differito con accompagnamento alla frontiera risulta restrittivo della libertà personale. Rivolgendosi al legislatore invitandolo ad intervenire, la Corte ha richiamato l'obbligo di conformità all'art. 13, comma 3, della Costituzione. Peraltro, era stata la stessa Corte a sancire, con la menzionata sentenza n. 105/2001, che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

Tuttavia, il giudice delle leggi ha accolto l'eccezione di inammissibilità dell'Avvocatura dello Stato, nel senso di un difetto di rilevanza. Secondo la Corte, il sopravvenire nel caso di specie dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato, ai sensi dell'articolo 14, comma 5-bis, T.U. immigrazione avrebbe fatto venir meno l'efficacia coercitiva dell'atto impugnato nel giudizio principale, per cui l'articolo 10, comma 2, T.U. immigrazione non avrebbe più potuto avere applicazione, venendo meno la rilevanza della questione.

⁴² L'espressione è di A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento differito intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, cit., p. 1141.

Tale decisione di inammissibilità suscita alcune perplessità: la Corte sembra in tal caso aver svolto un controllo assai incisivo sul ragionamento del giudice *a quo*, che pare andare oltre quella verifica esterna della motivazione sulla rilevanza che le spetta e alla quale normalmente si attiene⁴³.

Ricordiamo che al ricorrente del caso in esame era stato notificato un respingimento differito da eseguire in prima battuta con accompagnamento coattivo alla frontiera ma, constatata l'impossibilità del rimpatrio coercitivo, gli era successivamente stato ordinato di lasciare il territorio entro 7 giorni. Ebbene, secondo il Tribunale di Palermo questa sequenza di atti non inficerebbe in alcun modo il requisito della rilevanza: nei casi nei quali per impossibilità oggettiva non sia possibile accompagnare lo straniero alla frontiera, l'allontanamento coattivo sarebbe secondo il giudice *a quo* sempre effetto imprescindibile di un decreto di respingimento. Nella sua motivazione sulla rilevanza, il giudice *a quo* aveva anche sottolineato che, qualora l'art. 10, comma 2, T.U. immigrazione fosse stato dichiarato illegittimo dalla Corte, tutti i provvedimenti adottati dal Questore in base ad esso ne sarebbero risultati viziati. Dunque, la norma censurata sarebbe applicabile nel giudizio tra le parti, in quanto su di essa si fonda la misura la quale, al tempo dell'ordinanza di rimessione, incombeva sul ricorrente. L'Avvocatura dello Stato aveva invece sostenuto l'irrilevanza delle questioni, in quanto dal momento in cui subentra l'intimazione di lasciare il territorio, il provvedimento incidente sulla libertà non potrebbe più essere portato ad esecuzione. La Corte ha avallato questa tesi, ritendendo la questione non rilevante poiché «già al tempo dell'ordinanza di rimessione era venuta meno l'efficacia coercitiva dell'atto impugnato nel giudizio principale», nel senso che la disposizione in esame non sarebbe stata applicata al caso concreto con riferimento all'accompagnamento coattivo. Anche se l'art. 10, comma 2, T.U. immigrazione regola la sola fattispecie di respingimento differito tramite accompagnamento coattivo, la Corte non sembra però considerare l'interdipendenza tra l'ordine di lasciare il territorio ed il decreto di respingimento differito su cui il primo si fonda. Questo nesso, lo ricordiamo, era tuttavia stato evidenziato dal giudice *a quo*, il cui ragionamento sulla rilevanza non pare erroneo come sostenuto nella sentenza in commento, la quale peraltro non si appoggia su alcun riferimento giurisprudenziale al riguardo.

L'art. 10, comma 2, T.U. immigrazione si occupa del solo respingimento con accompagnamento perché questa è l'unica modalità esecutiva della misura. L'ordine di lasciare il territorio, che subentra solo se non vi è prospettiva ragionevole che l'esecuzione sia portata a termine coattivamente come dovrebbe, costituisce *l'extrema ratio* dell'amministrazione che non ha modo di allontanare lo straniero. Lo stesso articolo 14, comma 5-bis, T.U. immigrazione sancisce che l'ordine viene emanato «allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il

⁴³ Sul controllo esterno sulla rilevanza si rimanda a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, p 119.

provvedimento di espulsione o respingimento». Quanto appena detto non fa che sottolineare l'illegittimità dell'istituto del respingimento differito in Italia, eseguito in via ordinaria coattivamente con provvedimento del Questore nonostante l'art. 13, comma 3, della Costituzione stabilisca che l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale solo provvisoriamente e nei casi eccezionali di necessità e urgenza indicati tassativamente dalla legge.

Rifugiandosi dietro un sindacato insolitamente severo della rilevanza della questione, la Corte costituzionale ha perso un'occasione per ricondurre a legalità un istituto in ragione del quale sulle coste italiane si assiste a ripetute violazioni delle garanzie costituzionali, rimanendo in attesa di un intervento legislativo⁴⁴ che probabilmente non ci sarà mai. Come in molti Paesi, anche in Italia infatti il tema dell'immigrazione è al centro del dibattito pubblico ed emerge tutta la difficoltà degli attori politici nel fornire risposte garantiste e volte a gestire il problema sul lungo periodo. Alla ricerca di consenso elettorale a breve termine, essi tendono a seguire l'opinione pubblica anche quando questo comporti un rischio o una violazione dei diritti e delle libertà degli stranieri.

Il destino che appare più probabile per la questione è allora quello di una doppia pronuncia, ovvero di una sentenza di accoglimento della Corte qualora la questione le sia di nuovo sottoposta, nell'ambito di un giudizio nel quale al respingimento con accompagnamento non abbia fatto seguito un ordine di lasciare il territorio.

È però il caso di evidenziare che, siccome il respingimento differito non implica un divieto di reingresso, spesso lo straniero che ne è colpito perde interesse nell'attivarsi in via giudiziale⁴⁵. Conseguentemente, è difficile immaginare un migrante irregolare che, dopo essere stato riaccompagnato alla frontiera immediatamente dopo il suo ingresso, proponga ricorso contro la misura quando già non si trovi più in territorio italiano. Più semplicemente, egli potrebbe ritentare l'ingresso nel Paese. Con maggiore probabilità, il ricorso dinanzi al giudice potrebbe essere proposto da uno straniero che, sebbene colpito da respingimento differito, si trovi ancora in Italia a causa di circostanza che ne impediscono (anche provvisoriamente) l'accompagnamento; dunque, o in stato di detenzione amministrativa oppure colpito, come nel caso di specie, da un ordine di lasciare il territorio. In quest'ultima ipotesi la questione sarebbe pertanto inammissibile, analogamente a quella decisa con la sentenza in esame.

⁴⁴ Secondo P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal Questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., il monito dato dalla Corte è un monito di legittimità costituzionale, che dà precise indicazioni al legislatore su cosa fare per non incorrere in pronuncia di incostituzionalità. Secondo l'autore, la sentenza in commento indica che il respingimento differito dovrebbe essere eseguito nella prassi con ordine di allontanamento e non tramite accompagnamento.

⁴⁵ G. SAVIO, *Espulsioni e respingimenti, i profili sostanziali*, cit., § 2.7.



Le probabilità che la Corte possa di nuovo occuparsi dell'istituto sono perciò alquanto limitate, a riprova della problematica giustiziabilità delle questioni in materia di immigrazione. Proprio per questo è difficile non considerare la sentenza in esame come un'occasione perduta.