
I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini

a cura di GENNARO SANTORO

Agosto 2019

AGGIORNATO CON DUE COMMENTI AL DECRETO SICUREZZA *BIS*

In copertina:

© Luciano Massimi, *Legno*, 2018, Lampedusa,
Cimitero delle barche

Antigone Edizioni
Via della Dogana Vecchia 5
Cap 00186, Roma (RM) - IT

ISBN 9788898688265

*Questo libro è dedicato alla memoria
dell'avvocato Claudia Zacchia, amica e collega.
In ricordo del suo impegno civico in difesa dei
diritti degli ultimi e del suo sorriso.*

INDICE

Premessa 11
di **PATRIZIO GONNELLA**

Introduzione 13
di **GENNARO SANTORO**

PARTE PRIMA

I vizi formali del decreto-legge e del relativo
procedimento di conversione in legge

Il decreto sicurezza e immigrazione 19
alla prova dei vizi formali
di **MARCO RUOTOLO**

I vizi formali attinenti al procedimento 27
di conversione in legge del
decreto sicurezza e immigrazione
di **LEONARDO PACE**

PARTE SECONDA

**L'abrogazione della protezione umanitaria e la
domanda di protezione internazionale reiterata**

Diritto di asilo costituzionale, obblighi internazionali dello Stato italiano ed abrogazione della protezione umanitaria di SILVIA ALBANO	41
Le principali novità in materia di domanda reiterata di THOMAS VLADIMIR SANTANGELO	55

Le nuove forme di trattenimento e la possibile
violazione dell'art. 5 Cedu

L'art. 3 della legge n. 132/2018: 65
l'introduzione del trattenimento a fini
identificativi del richiedente protezione
internazionale
di ANTONELLO CIERVO

Il trattenimento dei cittadini stranieri 73
negli hotspot alla luce del decreto
sicurezza e immigrazione: mutamenti
nel paesaggio giuridico e persistenza
delle violazioni
di ADELAIDE MASSIMI e FRANCESCO FERRI

Le osservazioni del Garante nazionale dei 83
diritti delle persone detenute o private della
libertà personale attinenti all'estensione
delle ipotesi di trattenimento contenute nel
decreto sicurezza e immigrazione
di FLAMINIA DELLE CESE

PARTE QUARTA

L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi

Il decreto sicurezza e immigrazione e l'iscrizione anagrafica di MARIKA SURACE	93
---	----

PARTE QUINTA

Il decreto sicurezza *bis*:
Profili problematici

Premessa di GENNARO SANTORO	103
---------------------------------------	-----

Il diritto nelle mani dei potenti di PATRIZIO GONNELLA	107
--	-----

Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 recante titolo: “Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica” di MAURO PALMA	115
---	-----

APPENDICI

Testo coordinato del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113	101
10 questioni di legittimità costituzionale	103
Quadro sinottico dei vizi di legittimità sostanziali degli articoli 1, 2, 3, 4, 9, 10, 13 e 14 del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113	109
Abbreviazioni	113
Curatore	115
Autori	117

Premessa

di PATRIZIO GONNELLA

Ci sono molti modi attraverso cui un'associazione attivamente impegnata sul terreno della protezione e promozione delle libertà civili e dei diritti fondamentali può opporsi a una legge che ritiene ingiusta. Uno di questi consiste nello svelare pubblicamente i suoi profili di illegittimità costituzionale.

La saggezza dei nostri costituenti ci consente di esercitare il nostro spirito critico. Uno spirito critico che è fortunatamente presente in non pochi operatori e studiosi del diritto, refrattari a un'idea onnivora della politica. Di fronte a una legge ritenuta non conforme a norme costituzionali, nonché in evidente conflitto con molti dei suoi principi guida, ci si può opporre attraverso campagne politiche, attraverso il lavoro culturale, ma anche usando gli strumenti messi a disposizione dal diritto stesso. In questo volume abbiamo per l'appunto deciso di usare il diritto, a partire da quello costituzionale e costituzionalmente orientato, contro una legge, da noi e non solo da noi, ritenuta palesemente ingiusta. Il nostro sistema gerarchizzato delle fonti pone fortunatamente un limite all'esercizio del potere politico, il quale non può non tenere conto dei vincoli costituzionali.

L'immigrazione e la sicurezza sono terreni di selvaggia e arbitraria conquista di consenso elettorale. Non è una storia recente, ma con il decreto Salvini è stata superata la soglia della ragionevolezza giuridico-costituzionale. Per questo abbiamo deciso di affidarci alle puntute armi giuridiche per metterne in discussione la validità.

Nel volume che segue abbiamo inteso raccogliere pareri, argomenti, tesi intorno alla presunta non legittimità costituzionale del decreto stesso. È ovviamente un volume di parte. La nostra parte, però, non è una parte politica. Noi siamo dalla parte della legalità costituzionale. Abbiamo scelto la forma dell'*e-book*, liberamente e gratuitamente scaricabile on-line, al fine di assicurarne la massima diffusione. Abbiamo voluto dare a quei pareri, a quegli articoli e a quelle tesi la possibilità di raggiungere tutti i luoghi di discussione e azione del diritto in modo da offrire a più persone possibili argomenti contro quella che è una legge 'ingiusta'.

Introduzione

di GENNARO SANTORO

Il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni in legge 1° dicembre 2018, n.132 (c.d. decreto sicurezza e immigrazione) interviene su materie non omogenee: sicurezza urbana, diritti fondamentali dello straniero, disciplina dei subappalti, vendita dei beni confiscati, introduzione di una nuova forma di reato per chi protesta in strada sono solo alcuni dei temi disparati oggetto dei 73 articoli di cui si compone la nuova legge. Il presente volume intende fornire uno strumento di lavoro per gli operatori di diritto su alcuni profili di possibile illegittimità costituzionale della legge.

La prima parte è dedicata ai potenziali vizi formali del decreto e del procedimento di conversione in legge dello stesso; i successivi tre capitoli ai vizi di merito relativi alle disposizioni di cui ai primi 13 articoli del titolo I della legge in commento (rubricato: “Disposizioni in materia di permesso di speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario nonché in materia di protezione internazionale e di immigrazione”¹).

Viene utilizzato uno strumento d’eccezione, qual è il decreto legge, nonostante difettano i presupposti, stante la comprovata diminuzione del numero di arrivo degli stranieri e la diminuzione dei reati.

Il particolare *modus operandi* seguito in sede di conversione, con la presentazione di un maxi-emendamento innovativo sul quale è stata posta la questione di fiducia, ha caricato l’atto governativo di ulteriori vizi di legittimità formale, i quali si sono aggiunti a quelli concernenti l’originaria disomogeneità del decreto-legge e l’assenza di motivi d’urgenza sottesi alla decretazione d’urgenza. (*Pace*)

I vizi formali del decreto e relativi al procedimento di conversione in legge dello stesso potrebbero dunque costituire il fondamento di una dichiarazione di incostituzionalità delle singole disposizioni. Non sarebbe una novità giungere a un esito che garantisca la tutela dei diritti fondamentali

1 Per approfondimenti analitici sulle singole disposizioni della legge in commento si rinvia a F.CURI (a cura di), *Il decreto Salvini immigrazione e sicurezza*, Pisa, 2019.

attraverso la rilevazione di un vizio formale dell'atto riferito a specifiche disposizioni anche "materialmente" incostituzionali. D'altra parte proprio la Corte costituzionale ci ha insegnato che la "disciplina costituzionale che regola l'emanazione di norme primarie" (e il relativo rispetto) è "anche funzionale alla tutela dei diritti" (sent. n. 171 del 2007). Nel caso di specie, si potrebbe persino arrivare a una soluzione radicale sinora non praticata dalla Corte costituzionale: ritenere il decreto-legge e la relativa legge di conversione incostituzionali *en bloc*, in quanto il "vizio formale" interessa l'atto in sé considerato, attesa la palese eterogeneità dei contenuti, e non solo le sue singole disposizioni. (*Ruotolo*)

La seconda parte del volume approfondisce l'abrogazione della protezione umanitaria, in precedenza prevista dall'art. 5 comma 6 del d.lvo n. 286/98 (Testo unico Immigrazione), che prevedeva il rilascio di un permesso di soggiorno per seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato italiano. Una clausola aperta che secondo la giurisprudenza ormai consolidata permetteva la piena attuazione del diritto di asilo costituzionale previsto dall'art. 10 comma 3 della Costituzione. Gli obblighi costituzionali ed internazionali dell'Italia hanno però valore di fonte sovraordinata e non possono essere cancellati da una legge ordinaria: dovrà, quindi, essere comunque data loro concreta attuazione. (*Albano*)

Altra importante modifica introdotta dalla legge in esame riguarda la reiterazione della domanda di protezione internazionale, con l'introduzione di condizioni più sfavorevoli per il richiedente asilo che reitera la propria domanda, in alcuni casi in evidente contrasto con le disposizioni contenute nella direttiva procedure. (*Santangelo*)

La terza parte approfondisce il tema dell'*habeas corpus*, con un'attenta analisi sulle modifiche relative alla detenzione, ai soli fini identificativi, dei richiedenti asilo negli hotspot. (*Ciervo*)

Si introduce la possibilità di detenere per 30 giorni i richiedenti asilo negli hotspot, luoghi che dovrebbero servire solo ad un rapidissimo accertamento dell'identità del richiedente asilo. Dopo i 30 giorni è possibile trasferirli nei Cpr per un periodo massimo di 180 giorni: si possono dunque detenere per ben sette mesi persone che richiedono una protezione riconosciuta come diritto di rango costituzionale ed in violazione di norme europee e sovranazionali.

Il decreto sicurezza e immigrazione introduce un procedimento giurisdizionale per il trattenimento negli hotspot dei richiedenti asilo, dando attuazione, solo parziale, alla sentenza Khlaifia c. Italia. Con tale decisione la Corte Edu, nel 2016, ha sancito l'arbitrarietà del trattenimento

dei cittadini stranieri nei centri di primo soccorso e accoglienza in assenza di una base legale. L'intervento normativo, lungi dall'aver risolto il tema dell'arbitraria detenzione, così come delineato dalla Corte Edu nella sentenza *Khlaifia*, ha sollevato numerose criticità in merito alla costituzionalità e alla compatibilità delle nuove disposizioni con la normativa europea. Alla luce delle novità introdotte, abbiamo ritenuto utile fornire una panoramica sulle pratiche detentive osservate dagli operatori del progetto In Limine all'interno dei centri di primo soccorso prima e dopo la pubblicazione del decreto (*Massimi e Ferri*). Ulteriori profili di possibile illegittimità costituzionale e violazione dell'art. 5 della Cedu si ravvisano nella nuova previsione che consente di trattenere i cittadini stranieri in attesa della convalida dell'accompagnamento immediato alla frontiera presso strutture ("locale idoneo" e "struttura idonea") nella disponibilità delle autorità di pubblica sicurezza diverse dai Cpr. Come evidenziato dal Garante nazionale per le persone detenute o private della libertà personale l'indeterminatezza nel lessico della norma può generare arbitri e incertezze sull'autorità e le modalità per stabilire l'idoneità di un locale ai fini del trattenimento. (*Delle Cese*)

La quarta parte del lavoro è dedicata alle modifiche apportate in materia di iscrizione anagrafica del titolare di permesso di soggiorno per la richiesta di protezione internazionale. Le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali della norma permettono di superare i limiti che la legge vorrebbe imporre all'accesso dei richiedenti asilo all'iscrizione alle anagrafi comunali e ai servizi erogati da enti pubblici e privati (*Surace*). Dalla lettura complessiva del presente volume emerge chiaramente che la legge in commento contiene numerosi vizi di legittimità formali e sostanziali.

La conclusione unanime degli autori è che questa legge produrrà nuovi irregolari, destinerà alla clandestinità decine di migliaia di persone che oggi lavorano e pagano le tasse in Italia da anni, che fuggono da paesi in subbuglio, e i cui figli frequentano le nostre piazze, le nostre scuole.

Parte prima

I vizi formali del decreto- legge e del relativo procedimento di conversione in legge

Il decreto sicurezza e
immigrazione alla prova
dei vizi formali
di **MARCO RUOTOLO**

I vizi formali attinenti
al procedimento di
conversione in legge
del decreto sicurezza e
immigrazione
di **LEONARDO PACE**

di MARCO RUOTOLO

Il decreto sicurezza e immigrazione alla prova dei vizi formali

1. Premessa
 2. L'eterogeneità del decreto
 3. Su alcuni vizi materiali
 4. Il problema della ragionevolezza
della complessiva operazione normativa
e la questione dei vizi formali
-

Il contributo esamina alcuni profili di possibile illegittimità costituzionale del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, c.d. decreto sicurezza e immigrazione. Al centro della riflessione sono i possibili vizi formali del decreto-legge, con alcune indicazioni che interessano anche profili sostanziali.

The article examines some profiles of possible constitutional illegitimacy of decree-law of October 4, 2018, no. 113, converted into law December 1, 2018, no. 132, so-called decree on security and immigration. The article focuses on the possible formal defects of the decree-law, and includes some reflections concerning substantive aspects.

1. Premessa

Nel presente contributo saranno schematicamente illustrati alcuni profili di possibile illegittimità costituzionale del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, ormai noto con la sintetica formula di decreto sicurezza e immigrazione¹.

L'attenzione sarà rivolta ai possibili vizi formali del decreto-legge, con alcune incursioni su aspetti sostanziali, la cui illustrazione può essere di qualche utilità anche al fine di vagliare la ragionevolezza della complessiva operazione normativa, nonché la congruità e pertinenza delle disposizioni ivi contenute rispetto al fine per le quali sono state adottate.

Al centro della riflessione vi saranno i temi della carenza dei presupposti per il ricorso alla decretazione d'urgenza (con particolare riguardo alla ricorrenza dei "casi straordinari di necessità ed urgenza", quale condizione che legittima l'adozione da parte del Governo di "provvedimenti provvisori con forza di legge") e i presunti difetti in punto di omogeneità del decreto. Carenze e difetti che ben potrebbero determinare l'incostituzionalità di disposizioni contenute tanto nel decreto-legge quanto nella legge che lo abbia illegittimamente convertito, almeno laddove risulti evidente l'assenza dei presupposti (cfr., tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 29 del 1995, 171 del 2007, 128 del 2008, 22 del 2012), anche in ragione della disomogeneità ("materiale" o "teleologica") delle disposizioni del d.l. o della legge di conversione in conseguenza degli emendamenti apportati in sede di conversione (cfr., tra le altre, Corte cost., ord. n. 34 del 2013, sentt. nn. 32 del 2014 e 154 del 2015).

2. L'eterogeneità del decreto

Un primo interrogativo interessa la parte del decreto che ha per oggetto l'immigrazione: come si può giustificare l'esigenza del ricorso alla decretazione d'urgenza a fronte della riduzione del fenomeno, più volte rilevata e dichiarata dallo stesso Ministro dell'Interno?

1 Un più ampio inquadramento del tema si trova in M. RUOTOLO, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. 3/2018, 1 ss. (www.osservatoriosullefonti.it). Qui ne propongo una sintesi, anche rifacendomi ai contenuti della audizione che ho svolto il 16 ottobre 2018 presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica in relazione all'esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica), pubblicata con il titolo *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018*, in Osservatorio Costituzionale dell'Associazione dei Costituzionalisti, fasc. 3/2018, 17 ottobre 2018, 173 ss. (www.osservatorioaic.it).

Ma, soprattutto, quale omogeneità può avere un decreto che, già alla luce del suo titolo originario, interseca ambiti così diversi? Vale la pena ricordare il titolo originario del decreto-legge: “Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’Interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”. Questo titolo è stato addirittura integrato in sede di conversione al Senato per introdurvi pure “Delega al Governo per il riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate”, che peraltro riguarda l’integrazione e la correzione dei decreti legislativi delegati nn. 94 e 95 del 29 maggio 2017. Si tratta di elemento che la giurisprudenza costituzionale ha già considerato, in occasione di altra modificazione parlamentare del titolo originario di un decreto-legge, come sintomatico della “evidente estraneità delle disposizioni censurate, aggiunte in sede di conversione, rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto-legge in cui sono state inserite” (sent. n. 32 del 2014).

Proprio alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia di decretazione d’urgenza affiorano i dubbi di costituzionalità appena adombrati. Penso, anzitutto, alla sent. n. 22 del 2012, ove si legge che «il presupposto del “caso” straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno. La scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il *necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente ed il “caso” che lo ha reso necessario*, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale».

È proprio la *ratio* implicita nel secondo comma dell’art. 77 Cost, resa esplicita dall’art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988, che “*impone il collegamento dell’intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza*, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell’eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento”. Come a dire, *a ogni “caso straordinario di necessità e di urgenza” deve corrispondere “un” decreto-legge*; omogeneità finalistica significa che il *d.l. può avere contenuto materiale disomogeneo purché accomunato dalla finalità di reagire al «caso straordinario di necessità e di urgenza»; se i casi straordinari sono più d’uno, più d’uno devono essere i dd.ll.* Leggendo il titolo del decreto-legge (ossia un elemento intrinseco all’atto che la giurisprudenza costituziona-

le ha specificamente valorizzato nel giudizio sul difetto “evidente” dei requisiti del d.l.) appare chiaro che i previsti casi straordinari siano più d’uno. Sarebbe da chiedersi quale omogeneità (e quale urgenza) possa rinvenirsi nell’adozione di disposizioni inserite in un decreto-legge che accomuna, già nell’intitolazione, oggetti sicuramente eterogenei quali la destinazione di beni confiscati alla criminalità organizzata, la riorganizzazione del Ministero dell’Interno, nonché l’immigrazione e la sicurezza pubblica, basandosi peraltro, in quest’ultimo caso, su equazioni costituzionalmente discutibili, come quella per cui la tutela della sicurezza si possa fondare, ad esempio, sulla riduzione degli spazi della c.d. protezione umanitaria. Se ne ha riscontro persino scorrendo l’elenco delle audizioni della Commissione Affari costituzionali del Senato, alle quali sono stati chiamati, oltre ad alcuni costituzionalisti, soggetti istituzionali e realtà associative che si occupano di settori molto diversi: dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, alle associazioni attive nel settore dell’immigrazione, ai sindacati di polizia penitenziaria sino ai sindacati e alle associazioni degli inquilini e dei costruttori edili.

3. Su alcuni vizi materiali

Proprio riflettendo sull’eterogeneità dei contenuti si finisce per arrivare, almeno in parte, al merito del d.l., esaminando il quale possono emergere ulteriori profili di possibile incostituzionalità per violazione ad opera di specifiche disposizioni anche degli artt. 2, 3, 10, terzo comma, 22, 24 e 117, primo comma, Cost. (con riguardo a quest’ultimo parametro, che interessa il rispetto dei vincoli derivanti dal diritto comunitario e dagli obblighi internazionali, vengono almeno in rilievo la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato, la direttiva 2013/33/Ue, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché diverse disposizioni della Cedu, tra cui gli artt. 5 e 13).

Senza voler qui fornire un’esaustiva analisi, mi limiterò a richiamare alcuni contenuti del decreto (tralasciando, in particolare, i dubbi di costituzionalità che potrebbero interessare le disposizioni contenute negli artt. 23, 24, 30 e 31 del d.l.).

Penso, anzitutto, all’abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari e alla sua “sostituzione” con permessi di soggiorno speciali (art. 1 del d.l.). Non è forse la previsione del permesso di soggiorno per motivi umanitari necessario svolgimento dell’art. 10, terzo

comma, della Costituzione (v. Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012)? Si tratta, come dice la Costituzione, di garantire il diritto d'asilo nel territorio della Repubblica allo "straniero al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione". Certo ciò deve avvenire "secondo le condizioni stabilite dalla legge", ma questo vuol dire che c'è discrezionalità legislativa nel *quomodo*, non già nell'*an*. E potrebbe sostenersi che un così incisivo intervento sul *quomodo*, con tipizzazione delle fattispecie per il riconoscimento dei permessi di soggiorno speciali, si riverberi sull'*an*, salvo a ritenere che l'intervento governativo non possa comunque limitare affermazioni giurisprudenziali di forme di protezione non previste espressamente, in quanto l'art. 10, terzo comma, Cost., ha carattere precettivo ed è immediatamente operativo, delineando con sufficiente chiarezza la fattispecie che fa sorgere il diritto d'asilo, secondo quanto rilevato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sent. n. 4674 del 1997.

In tale direzione potrebbe pure essere interpretata la lettera del Presidente della Repubblica Mattarella inviata, contestualmente all'emanazione del decreto-legge, al Presidente del Consiglio dei Ministri (4 ottobre 2018, reperibile in www.quirinale.it), ove si sottolinea che, «in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano "fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato", pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia». Ricordo che i permessi speciali riguardano—secondo le previsioni del d.l.—le ipotesi di violenza grave o sfruttamento, violenza domestica, particolare sfruttamento lavorativo, condizioni di salute di eccezionale gravità, situazioni contingenti di calamità nel paese di origine, cui si aggiunge il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile. Viceversa, secondo quanto ancora di recente rilevato dalla Corte di Cassazione (Sez. I, 23/02/2018, n. 4445), la protezione umanitaria, che il decreto-legge intende rimuovere, "costituisce una delle possibili forme di attuazione dell'asilo costituzionale (art. 10, terzo comma), secondo il costante orientamento di questa Corte (Cass., n. 10686 del 2012; n. 16362 del 2016), unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria, evidenziandosi anche in questa funzione il carattere aperto e non integralmente tipizzabile delle condizioni per il suo riconoscimento, coerentemente con la configurazione ampia del diritto d'asilo contenuto nella norma costituzionale, espressamente riferita all'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche".

Tra le altre disposizioni che suscitano dubbi circa la conformità a Costituzione, vi è la statuizione relativa al prolungamento a 180 giorni del trattenimento presso i Cpr (Centri di permanenza per i rimpatri: art. 2), che pone interrogativi di compatibilità con l'art. 13 Cost., nonché la prevista possibilità di revoca della cittadinanza in caso di condanna definitiva per taluni reati di particolare gravità (terrorismo ed eversione: art. 14). In quest'ultimo caso, oltre al possibile contrasto con gli artt. 2 e 22 Cost., si pone un problema persino di violazione del principio di eguaglianza, perché si trattano in modo diverso cittadini a seconda che lo siano per nascita o meno. È una discriminazione difficilmente giustificabile sul piano costituzionale: soltanto alcuni cittadini (quelli che non lo sono per nascita) potranno perdere la cittadinanza in conseguenza di sentenza definitiva di condanna. Dubbi di costituzionalità potrebbero pure manifestarsi sull'art. 10 del d.l. che prevede che, in caso di sottoposizione a procedimento penale o di condanna anche non definitiva per reati di particolare allarme sociale, la Commissione territoriale competente a valutare la richiesta di protezione internazionale si pronuncerà con "procedimento immediato"; in caso di diniego si procede subito a espulsione. Si tratta di fattispecie che può porre problemi di compatibilità non solo con l'art. 27, secondo comma, Cost. (presunzione di innocenza) ma anche con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. – principio supremo dell'ordinamento secondo la giurisprudenza costituzionale – impedendo di fatto la possibilità di difendersi davanti al giudice in un procedimento penale che non ha ancora condotto a sentenza definitiva di condanna.

4. Il problema della ragionevolezza della complessiva operazione normativa e la questione dei vizi formali

Quelli appena richiamati sono soltanto alcuni dei possibili vizi materiali che, associandosi ai vizi formali, potrebbero ritenersi di consistenza tale da minare, in termini di ragionevolezza, la complessiva operazione normativa compiuta con questo decreto-legge. Non si intende qui mettere in discussione la discrezionalità del legislatore in ordine al controllo e alla gestione dei flussi migratori (riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale nella nota sent. n. 250 del 2010), quanto mettere in rilievo come la predetta discrezionalità possa essere trasmodata in soluzioni irragionevoli, collocandosi fuori dalla logica del bilanciamento, che consente sì la

compressione di uno degli interessi o dei valori in gioco ma non sino al punto di determinarne il completo sacrificio.

Nel dibattito parlamentare alcuni di questi punti erano emersi, ma i rilievi mossi dalle forze di opposizione, in parte condivisi da esponenti del Movimento Cinque Stelle, hanno indotto il Governo, per il timore di ostruzionismi e forse soprattutto per evitare sfaldamenti della stessa maggioranza, a presentare un maxi-emendamento sostitutivo del testo del decreto, che non ha recepito i principali spunti emersi nei lavori della Commissione Affari costituzionali del Senato, e sul quale è stata apposta la questione di fiducia. Sul testo, così approvato dal Senato, è stata poi posta la questione di fiducia anche alla Camera, che ha così definitivamente varato la legge di conversione. Il che potrebbe suscitare ulteriori dubbi di legittimità costituzionale, riferiti anche all'art. 72 Cost. (seguendo spunti contenuti, tra l'altro, nella sent. n. 32 del 2014 della Corte costituzionale), essendo stata preclusa "una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta".

Non diversamente da quanto accaduto nella più volte richiamata sentenza sul trattamento sanzionatorio dei reati riguardanti le c.d. droghe leggere (sent. n. 32 del 2014), potrebbe insomma essere proprio la presenza di "vizi formali" a costituire fondamento di una dichiarazione di incostituzionalità delle singole disposizioni, eventualmente censurate, contenute del c.d. decreto sicurezza e immigrazione. Non sarebbe una novità giungere a un esito che garantisca la tutela dei diritti fondamentali (nella specie dei migranti) attraverso la rilevazione di un vizio formale dell'atto riferito a specifiche disposizioni anche "materialmente" incostituzionali. D'altra parte proprio la Corte costituzionale ci ha insegnato che la "disciplina costituzionale che regola l'emanazione di norme primarie" (e il relativo rispetto) è "anche funzionale alla tutela dei diritti" (sent. n. 171 del 2007).

Nel caso di specie, si potrebbe persino arrivare oltre, approdando a una soluzione radicale sinora non praticata dalla Corte costituzionale e oggettivamente non facile a prevedersi: ritenere il decreto legge e la relativa legge di conversione incostituzionali *en bloc*, in quanto il "vizio formale" interessa l'atto in sé considerato, attesa la palese eterogeneità dei contenuti, e non solo le sue singole disposizioni.

di LEONARDO PACE

I vizi formali attinenti al procedimento di conversione in legge del decreto sicurezza e immigrazione

1. Una premessa e un'indicazione (non solo) di metodo
2. Descrizione (breve) del quadro costituzionale di riferimento
3. La giurisprudenza costituzionale sui vizi di formazione della legge
4. Violazione dell'art. 72 — Vanificazione del ruolo delle Commissioni parlamentari
5. Violazione degli artt. 72 e 77 — Impedimento per le Camere di elaborare i contenuti della legge
6. Violazione dell'art. 70 Cost. e del principio del bicameralismo paritario

Il contributo esamina alcuni profili di possibile illegittimità costituzionale del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, c.d. decreto sicurezza e immigrazione. Al centro della riflessione sono i possibili vizi formali attinenti al procedimento di conversione in legge del decreto sicurezza e immigrazione.

The article examines some profiles of possible constitutional illegitimacy of decree-law of October 4, 2018, no. 113, converted into law December 1, 2018, no. 132, so-called decree on security and immigration. The article focuses on the possible formal defects related to the procedure of conversion into law of the decree on security and immigration.

1. Una premessa e un'indicazione (non solo) di metodo

Il decreto-legge n. 113 del 2018, noto come decreto-legge immigrazione e sicurezza, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, è stato approvato in via definitiva il 28 novembre 2018 alla Camera dei deputati, nel testo modificato nel procedimento di conversione in legge al Senato della Repubblica.

Il particolare *modus operandi* seguito in sede di conversione ha caricato l'atto governativo di ulteriori vizi di legittimità formale, i quali si sono aggiunti a quelli concernenti l'originaria disomogeneità del decreto-legge, in questa pubblicazione presi in considerazione da Marco Ruotolo.

Al Senato, infatti, il Governo ha presentato un maxi-emendamento, interamente sostitutivo del testo originario, accompagnato dalla questione di fiducia; questione di fiducia posta anche sul testo giunto alla Camera dei deputati per la definitiva approvazione. Più specificamente, secondo una prassi oramai invalsa in sede parlamentare, alla Camera dei deputati è stata posta la questione di fiducia sul mantenimento dell'articolo unico del disegno di legge di conversione, come precedentemente confezionato. Quanto accaduto per la conversione del decreto-legge n. 113 del 2018 non è certo un fatto nuovo, anzi è in linea con una ben consolidata e pernicioso prassi parlamentare assai nota alla dottrina che si è occupata del tema. È dei particolari vizi formali così determinatisi che mi occupo in questo lavoro, prima di analizzare i quali devo, però, aggiungere un'ulteriore considerazione.

Si può dire che il vizio formale che attiene al procedimento di formazione dell'intero atto viva nel paradosso: la dirompente portata che potrebbe avere l'accoglimento di una questione di legittimità su tale tipo

di vizio, vale a dire la totale caducazione dell'atto, lo relega nella condizione di un "dio minore" preso poco o per nulla in considerazione, dai proponenti, a diverso titolo, le questioni di legittimità costituzionale.

Date tali premesse, in questo scritto non si vuole ingenuamente proporre che, una volta rilevato un dubbio di costituzionalità su un vizio formale, si debba costruire la questione di costituzionalità soltanto intorno a quest'ultimo, soprattutto quando vi siano anche vizi sostanziali di costituzionalità, che hanno maggiori probabilità di successo rispetto all'accoglimento della questione di costituzionalità.

Occorre considerare, però, che una giusta argomentazione anche in merito ai profili di (presunta) illegittimità formale potrebbe essere, per un verso, un ulteriore elemento sul quale interrogare e quindi in un certo qual modo spingere la Corte ad intervenire, qualora essa non reputasse fondate le questioni sui vizi sostanziali. Per l'altro, i vizi formali potrebbero essere "la spada di Damocle" che pende sull'organo costituzionale e che potrebbe indurlo a meditare con maggiore attenzione (o propensione all'accoglimento) i profili di legittimità sostanziale, per evitare di pronunciarsi su impegnative questioni formali che potrebbero portare alla caducazione dell'intero atto normativo.

2. Descrizione (breve) del quadro costituzionale di riferimento

Il riferimento costituzionale delle riflessioni che qui propongo è soprattutto l'articolo 72, comma 1, Cost., il quale così statuisce: "Ogni disegno di legge, presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una Commissione e poi dalla Camera stessa, che l'approva articolo per articolo e con votazione finale". È questa la disposizione di riferimento per il procedimento ordinario o in sede referente, rilevante per le riflessioni che qui si propongono. La disciplina costituzionale, come risulta da questo sintetico richiamo, pur presentandosi molto scarna, pone tuttavia dei punti fermi o, più correttamente, "delle garanzie procedurali minime", che non potrebbero essere disattese dalla prassi parlamentare.

Nella fase di prima votazione, vale a dire quella articolo per articolo, i singoli parlamentari hanno la possibilità di modificare le parti del singolo disegno di legge mediante il particolare strumento del diritto parlamentare rappresentato dall'emendamento. Istituito, quest'ultimo, che, seguendo la ricostruzione della più attenta dottrina (Piccirilli, 2008, pp. 62 e

ss.), deve essere distinto in due momenti dotati di autonomia: la richiesta di modifica o proposta di emendamento e quello della modifica in concreto, o emendamento in senso stretto, momento quest'ultimo cui il termine emendamento farebbe propriamente e specificamente riferimento.

La distinzione in due distinti momenti e soprattutto la sottolineatura che con il termine emendamento si identificherebbe “la azione-volizione in senso oggettivo cui si intende apportare un mutamento al testo” (Piccirilli, 2008, p. 62) non è privo di conseguenze per il procedimento di formazione della legge. Mediante essa infatti risulta evidente che la valenza procedurale dell'emendamento “non si esaurisce con la sua presentazione, ed anzi rileva massimamente proprio nel momento della decisione” (Piccirilli, 2008, p. 66). L'emendamento, tuttavia, non è strumento nelle mani dei soli parlamentari, potendovi ad esso fare ricorso anche le Commissioni e, per ciò che qui interessa, lo stesso Governo. È proprio nell'ambito del potere di emendamento riconosciuto al Governo che si è potuta sviluppare la prassi deprecabile del maxi-emendamento.

Continuando a seguire la dottrina che più attentamente si è occupata del tema, il maxi-emendamento può essere definito quale “espedito procedurale” che si concretizza “nella presentazione di una proposta emendativa formalmente riferita ad un solo articolo [...] ma di fatto sostitutiva dell'intero testo del progetto di legge (o di buona parte di esso), elaborata ai fini della posizione della questione di fiducia da parte del Governo sulla sua approvazione” (Piccirilli, 2008, p. 260). Come si evince dalla definizione offerta, il ricorso al maxi-emendamento è determinato non tanto dal tentativo di “novare in tutto o in gran parte il contenuto sostanziale del progetto di legge in discussione” quanto dall'abbinamento alla questione di fiducia (Piccirilli, 2008, pp. 261 e ss.). In altri termini è in funzione di quest'ultima che si procede alla proposta emendativa sostitutiva dell'intero testo del progetto di legge.

Fornita una sintetica ricostruzione dei concetti implicati nella analisi che qui si vuole proporre, è opportuno illustrare brevemente l'orientamento della giurisprudenza costituzionale in merito ai vizi attinenti al procedimento di formazione dell'atto.

3. La giurisprudenza costituzionale sui vizi di formazione della legge

All'inizio della propria attività, la Corte costituzionale non solo si è dichiarata competente a sindacare la violazione delle norme costituzionali

sul procedimento (sent. n. 9 del 1959), ma ha anche riconosciuto come costituzionalmente imposto il duplice ordine di votazioni, vale a dire quello per articolo e del progetto nel suo intero testo (sentt. nn. 3 e 57 del 1957).

Nonostante le importanti affermazioni di principio, il giudice delle leggi ha, tuttavia, escluso che potesse formare oggetto del controllo di costituzionalità il mancato rispetto delle norme dei regolamenti parlamentari sul procedimento di formazione della legge (sent. n. 9 del 1959). È stata proprio quest'ultima presa di posizione a costituire l'ostacolo (tuttora presente) al controllo di tali tipi di vizi.

In modo ancora più incisivo si è espresso il giudice costituzionale con la sentenza n. 391 del 1995, riguardante proprio la prassi della conversione del decreto-legge mediante maxi-emendamento e apposizione della questione di fiducia, nella quale si è affermato che il ricorso alla prassi in esame costituisce un "procedimento speciale" sganciato dall'art. 72 della Costituzione e rimesso, dunque, alla sola disciplina dei Regolamenti parlamentari.

Dopo una serie di successive pronunce confermatrice della posizione di chiusura così assunta (v. le sentt. nn. 398 del 1998 e 237 del 2013 e ord. n. 59 del 2014, sulle quali da ultimo Pistorio, 2018, pp. 293 ss.), la Corte costituzionale fa un'importante apertura con la sent. n. 22 del 2012, nella quale si legge che "la Costituzione italiana disciplina, nelle loro grandi linee, i diversi procedimenti legislativi e pone limiti e regole, da specificarsi nei regolamenti parlamentari. Il rispetto delle norme costituzionali, che dettano tali limiti e regole, è condizione di legittimità costituzionale degli atti approvati". Il vero e proprio momento di svolta si ha, però, con la sentenza n. 32 del 2014 nella quale si fanno le seguenti e importanti affermazioni:

- a. la modifica introdotta, poiché "penetrante e incisiva [...] avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.". L'intervento normativo, invece, «ha finito [...] per essere frettolosamente inserito in un "maxi-emendamento" del Governo [...] su cui il Governo medesimo ha posto la questione di fiducia [...] così precludendo una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta»;
- b. a causa «del "voto bloccato" che la questione di fiducia determina ai sensi delle vigenti procedure parlamentari, è stato anche impe-

dito ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo, dal momento che all'oggetto della questione di fiducia, non possono essere riferiti emendamenti, sub-emendamenti o articoli aggiuntivi e che su tale oggetto è altresì vietata la votazione per parti separate»;

- c. il tutto è stato perpetrato alla Camera «visto che anche in quel caso il Governo ha posto [...] la questione di fiducia sul testo approvato dal Senato, obbligando così l'Assemblea della Camera a votarlo “in blocco”».

Anche nella sentenza n. 251 del 2014 la Corte costituzionale ha manifestato perplessità sui maxi-emendamenti e la questione di fiducia in sede di conversione del decreto-legge, definita come “problematica prassi”. Da ultimo, il giudice delle leggi è ritornato sul tema con l'ord. n. 17 del 2019, con la quale, pur non dichiarando ammissibile il conflitto di attribuzioni e in qualche modo giustificando quanto accaduto, ha fatto alcune importanti osservazioni. Nella decisione si legge che “le modalità di svolgimento dei lavori parlamentari sul disegno di legge di bilancio dello Stato per il 2019 hanno aggravato gli aspetti problematici della prassi dei maxi-emendamenti approvati con voto di fiducia”.

La Corte, anche se ha giustificato quanto accaduto per le particolari circostanze che hanno riguardato l'approvazione della legge, ha lanciato un avvertimento per il futuro: “in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti”. Registrata l'apertura della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di vizi formali posso passare ad illustrare i possibili vizi di costituzionalità del c.d. decreto sicurezza e immigrazione.

4. Violazione dell'art. 72 — Vanificazione del ruolo delle Commissioni parlamentari

Come abbiamo già visto, secondo l'articolo 72, comma 1, Cost., l'esame del progetto di legge ad opera dell'Assemblea deve necessariamente essere preceduto dall'esame della Commissione.

La Commissione in sede referente ha, infatti, il potere di adottare decisioni rilevanti in ordine al corso ulteriore del procedimento, primo fra tutti il potere di scelta ed elaborazione dei testi da sottoporre all'esa-

me dell'Assemblea. Funzione, questa, che risponde “al principio della pari efficacia formale dell'iniziativa delle leggi da qualunque soggetto provengano” e alla “conseguente negazione di forme di iniziativa privilegiata” (Cervati, 1985, p. 121).

Il necessario coinvolgimento delle Commissioni assume un ruolo essenziale perché risponde alle caratteristiche che l'ordinamento ha attribuito al procedimento legislativo ordinario. A ciò occorre aggiungere un'ulteriore considerazione: il necessario ed ineliminabile intervento delle Commissioni, concretizzantesi nell'elaborazione del testo da presentare all'Assemblea, è espressione della centralità del Parlamento nel quadro dei poteri costituzionali. Con esso si afferma che il Parlamento non può e non deve essere “organo di registrazione di decisioni prese in altre sedi, ma di effettiva elaborazione dei testi legislativi” (Cervati, 1985, p. 123).

Su tali basi si può sostenere come la presentazione ad opera del Governo di un maxi-emendamento innovativo sul quale viene posta la questione di fiducia, nel vanificare completamente e totalmente il lavoro e il ruolo della Commissione, introduca surrettiziamente anche un meccanismo di iniziativa privilegiata, che, obliterando il lavoro di selezione e modificazione del testo costituzionalmente affidato alle Commissioni parlamentari, svuota sostanzialmente il principio di pari efficacia formale dell'iniziativa legislativa.

È evidente che il *vulnus* costituzionale appena rilevato assume dei connotati di abnormità qualora – come puntualmente verificato alla Camera dei deputati in sede di conversione del decreto-legge oggetto delle nostre riflessioni – sul testo così licenziato si pone la fiducia anche alla seconda Camera.

5. Violazione degli artt. 72 e 77 — Impedimento per le Camere di elaborare i contenuti della legge

Il connubio maxi-emendamento–questione di fiducia snatura, poi, anche la discussione parlamentare, pregiudicando inesorabilmente la finalità migliorativa cui mira l'emendabilità del progetto di legge.

Tale binomio, per le caratteristiche proprie della questione di fiducia, preclude, infatti, la votazione degli emendamenti in precedenza presentati e così viola le disposizioni costituzionali sul procedimento legislativo e, più in generale, sulla funzione legislativa. Nonostante la già ricor-

data formulazione “a maglie larghe”, l’art. 72 Cost., da un lato, esprime il riconoscimento dell’autonomia parlamentare, e, dall’altro, individua “uno dei caratteri fondamentali del parlamentarismo” nel “confronto dialettico” (cfr. Ferrajoli, 2008, p. 599) quale strumento per giungere alla decisione e alla formazione della volontà collettiva.

In questo contesto gioca un ruolo decisivo l’istituto dell’emendamento, il quale – come abbiamo visto – deve concretizzarsi non solo nel potere di presentazione dell’emendamento, da intendersi quale possibilità di enunciare la modifica voluta, ma anche e soprattutto di effettiva discussione e votazione della modifica proposta. Il potere di emendamento è centrale soprattutto nella conversione dei decreti-legge. Abbiamo già ricordato che l’art. 72 Cost. impone la votazione articolo per articolo, la quale, precedendo la votazione dell’intero testo, consente un’adeguata riflessione e ponderata votazione sul singolo enunciato normativo (Cervati, 1985, p. 128).

Per prassi, invece, il disegno di legge di conversione del decreto-legge consiste di un solo articolo, sicché l’esame dei contenuti del decreto, e quindi dei suoi singoli articoli, si attua mediante l’esame degli emendamenti: pertanto, per conservare la logica della previsione costituzionale, che vuole che vi sia un effettivo esame in Assemblea, in assenza di un testo suddiviso in più articoli, non dovrebbe essere precluso l’esame dei singoli emendamenti, unico modo, questo, per valutare in sede di conversione i contenuti specifici dell’atto (ossia i singoli articoli).

Esame che, invece, viene precluso con il binomio maxi-emendamento – questione di fiducia, poiché quest’ultima conclude la votazione parlamentare *uno actu*, ossia senza la possibilità di analizzare i singoli contenuti del decreto-legge.

Come abbiamo già ricordato il maxi-emendamento vive in funzione della questione di fiducia ed è, in definitiva, l’ingresso in scena di quest’ultima che opera il vero e proprio stravolgimento dell’*iter* di approvazione della legge di conversione. La questione di fiducia è caratterizzata, infatti, da tre elementi: la priorità, l’indivisibilità e l’assoluta inemendabilità dell’oggetto su cui è posta la fiducia. Tali elementi esprimono una logica perfettamente compatibile con la Costituzione e con il sistema di democrazia rappresentativa fondata sul rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo. L’importanza e la centralità di questo rapporto impongono, infatti, che la relativa questione sia affrontata prioritariamente rispetto alle altre (in questo senso la priorità) e sia risolta senza lungaggini procedurali (grazie alla indivisibilità e all’inemendabilità). Queste caratteristiche (e quindi la stessa questione di fiducia) divengo-

no, invece, costituzionalmente ingiustificate quando si legano al maxi-emendamento, poiché sono un modo per blindare l'atto e sottrarlo alla discussione e all'esame parlamentare.

È chiaro che, volendo utilizzare questo come argomento a sostegno del vizio formale, occorre dimostrare che quello messo in atto sia un uso fraudolento degli strumenti parlamentari e che quindi non vi sia un'autentica questione di fiducia. A mio parere, però, proprio il maxi-emendamento può essere l'elemento sul quale fare perno per sostenere il ricorso fraudolento alla questione di fiducia. Ciò soprattutto quando – come nel caso che ci occupa – il maxi-emendamento abbia contenuto innovativo, poiché diventa evidente la volontà del Governo di disconoscere la dialettica parlamentare, presentando un atto che è innovativo rispetto agli apporti avutisi fino a quel momento. Poco conta che poi il Governo possa far propri alcuni dei risultati dell'esame parlamentare, poiché a rilevare è la registrata soluzione di continuità che si viene a determinare rispetto all'esame parlamentare svoltosi precedentemente alla presentazione del maxi-emendamento.

Occorre fare un'ultima (e rapida) considerazione sul punto, che riguarda anche un altro e differente parametro di costituzionalità: l'art. 77 Cost. Il procedimento di conversione del decreto-legge è lo strumento nelle mani del Parlamento per controllare l'esercizio della funzione legislativa svolta dal Governo per il tramite del decreto-legge. Se, pertanto, il procedimento di conversione, per l'operare sia del maxi-emendamento interamente sostitutivo sia della questione di fiducia, diviene un mero strumento di ratifica parlamentare delle scelte compiute dal Governo, la conversione in legge perde la funzione di controllo che le assegna la Costituzione, determinandosi in tal modo una lesione dell'articolo 77 Cost.

6. Violazione dell'art. 70 Cost. e del principio del bicameralismo paritario

Se nella prima Camera (il Senato nel nostro caso) il procedimento di approvazione della legge avviene mediante il maxi-emendamento e la questione di fiducia e anche nel secondo ramo del Parlamento si pone la questione di fiducia per il mantenimento dell'articolo unico del disegno di legge di conversione, come precedentemente confezionato, la seconda Camera è, in sostanza, chiamata alla sola ratifica di quanto è stato deciso nella prima. In definitiva il binomio maxi-emendamento–questione di fiducia determina anche la “deviazione dell'assetto procedimentale

rispetto alla logica del bicameralismo” perfetto di cui all’art. 70 della Costituzione. Si profila, infatti, un “monocameralismo di fatto” o “monocameralismo indotto” (Lolli, 2016, pp. 44 e 42), caratterizzato da una netta asimmetria di ruoli e funzioni, tra la Camera che interviene per prima e dunque “decidente” e la Camera che interviene per seconda, ovvero “ratificante” (Pistorio, 2018, 142).

OPERE CITATE

Cerviati A.A., *Commento all’art. 72 della Costituzione*, in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1985

Ferrajoli C.F., *L’abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 2008

Lolli I., *Decreti-legge e disegni di legge: il Governo e la “sua” maggioranza*, in Osservatoriosullefonti.it, 2016

Piccirilli G., *L’emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008

Pistorio G., *Maxi-emendamento e questione di fiducia*, Napoli, 2018

Parte seconda

L'abrogazione della protezione umanitaria e la domanda di protezione internazionale reiterata

Diritto di asilo costituzionale,
obblighi internazionali dello
Stato italiano ed abrogazione
della protezione umanitari
di **SILVIA ALBANO**

Le principali novità in materia
di domanda reiterata
di **THOMAS VLADIMIR SANTANGELO**

di SILVIA ALBANO

Diritto di asilo costituzionale, obblighi internazionali dello Stato italiano ed abrogazione della protezione umanitaria

1. Il diritto costituzionale di asilo
 2. Il c.d. decreto sicurezza
 3. Il decreto sicurezza e obblighi costituzionali ed internazionali dell'Italia
 4. Status giuridico dello straniero e diritti fondamentali
 5. Diretta attuazione degli obblighi costituzionali ed internazionali, quale status giuridico?
-

Il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, ha abrogato l'art. 5 comma 6 del d.lvo n. 286/98 (Testo unico Immigrazione), che prevedeva il rilascio di un permesso di soggiorno per seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato italiano. Una clausola aperta che secondo la giurisprudenza ormai consolidata permetteva la piena attuazione del diritto di asilo costituzionale previsto dall'art. 10 comma 3 della Costituzione. Gli obblighi costituzionali ed internazionali dell'Italia hanno però valore di fonte sovraordinata

e non possono essere cancellati da una legge ordinaria: dovrà, quindi, essere comunque data loro concreta attuazione.

Decree-law no. 113 of October 4, 2018, converted into Law December 1, 2018, no. 132, repealed Article 5(6) of Legislative Decree no. 286/98 (Consolidated Act on Immigration), which provided for the possibility to issue a residence permit for serious reasons of humanitarian nature or resulting from Italy's constitutional and international obligations. Such provision was considered as an open clause that, according to settled case law, allowed the full implementation of the right of constitutional asylum provided for in Article 10(3) of the Italian Constitution. Italy's constitutional and international obligations, however, have a higher value in the hierarchy of sources of law and cannot be repealed by an ordinary law. Accordingly, these obligations must be concretely implemented.

1. Il diritto costituzionale di asilo¹

Il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, contestualmente all'emanazione del decreto legge in materia di sicurezza e immigrazione, n. 113/2018, convertito nella l. 132/2018, ha inviato una lettera al Presidente del Consiglio Prof. Giuseppe Conte, nella quale afferma di sentire l'obbligo di sottolineare che, comunque, “restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia”.

Con la norma di cui all'art. 10, terzo comma, della Carta Costituzionale il diritto di asilo viene attribuito, senza condizioni ed eccezioni, né vincolo di reciprocità, allo “straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana”. Come è noto, nelle costituzioni contemporanee le libertà non sono soltanto quelle negative della tradizione liberale, ma anche quelle positive, volte a rendere la vita delle persone, di qualunque condizione od origine, degna di essere vissuta, nell'inscindibile legame tra diritti fondamentali e dignità della persona umana. Le “libertà democratiche”, di cui parla l'art. 10, terzo comma, della Costituzione italiana, hanno un senso se la persona abbia un minimo di condizioni di

¹ Per una disamina dei rapporti tra diritto di asilo costituzionale e protezione umanitaria si vedano: M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La protezione umanitaria una e trina*, M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, tutti in *Questione Giustizia* n. 2 del 2018.

sussistenza, indispensabili alla tutela della sua dignità. Si afferma così l'inscindibile legame tra diritti fondamentali della persona e democrazia. È evidente come l'istituto del diritto di asilo non coincida con il riconoscimento dello status di rifugiato, introdotto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 722 del 1954, o con la protezione sussidiaria, introdotta per la prima volta con la direttiva n. 2004/83/Ce, per rispondere all'esigenza di offrire protezione a situazioni meritevoli di tutela in base al diritto pattizio ed europeo già vigente a fronte della tassativa elencazione dei motivi di persecuzione previsti dalla Convenzione di Ginevra. L'istituto del diritto di asilo costituzionale è quindi senz'altro più ampio delle due forme di protezione previste dalla Convenzione di Ginevra e dalle c.d. direttive qualifiche (2004/83/Ce e 2011/95/UE) che hanno introdotto e disciplinato la protezione sussidiaria.

La Corte di Cassazione, sulla scia di quanto affermato dalla migliore dottrina giuridica, ha affermato più volte la immediata portata precettiva del diritto di asilo costituzionale, anche in mancanza di una legge che ne specificasse le condizioni di esercizio e le modalità di godimento². Con il recepimento della normativa di derivazione eurounitaria e l'introduzione del comma 6 dell'art. 5 del Testo unico immigrazione (d.lvo n. 268/1998 e successive modifiche), che prevede il rilascio di un permesso di soggiorno quando "ricorrono seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato", autorevole dottrina e la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione hanno affermato che sia stata data piena attuazione al diritto di asilo costituzionale, che, pertanto, non trovava più una autonoma diretta applicazione³.

La Suprema Corte riconduce l'istituto della protezione umanitaria nell'alveo dei diritti umani fondamentali⁴, unitamente allo status di rifugiato ed alla protezione sussidiaria, includendo in tale forma di protezione ogni situazione meritevole di tutela per obbligo costituzionale od internazionale (si pensi, ad esempio, ai diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione, ai divieti di respingimento di cui all'art. 3 della Cedu ed all'art. 19 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, alla tutela della vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu, all'art. 14 della Convenzione contro la Tortura che prevede l'obbligo

2 Cass. SSUU sent. n. 4674/1997, Cass. sent. n. 907/1999 e Cass. sent. n. 8423/2004.

3 Cfr., per tutte, Cass. sentt. n. 10686/2012 e n. 16362/2016, ma anche tutta la giurisprudenza successiva in materia.

4 Cass. SSUU ordinanza n. 19393/2009.

per gli stati contraenti di garantire la piena riabilitazione delle vittime, alla Convenzione di Istanbul che tutela le vittime di violenza domestica, donne e minori, ecc.)⁵.

2. Il c.d. decreto sicurezza

Il decreto leggen. 113/2018, entrato in vigore lo scorso 5 ottobre, abroga il comma 6 dell'art. 5 del Testo unico immigrazione (art. 1 comma 1 d.l. 113/2018) e qualsiasi riferimento, nella normativa generale, al permesso di soggiorno per motivi umanitari. Il decreto mira ora a rendere del tutto eccezionali e tipizzate le ipotesi di protezione umanitaria, sostituendo i permessi di soggiorno per motivi umanitari con 5 tipi di permessi di soggiorno, che danno al titolare una condizione giuridica assai più precaria⁶.

1. Il permesso per “protezione speciale”, della durata di 1 anno (rinnovabile finché dura il pericolo, che consente il lavoro, ma che non è convertibile in permesso di soggiorno per lavoro) rilasciato su richiesta della Commissione territoriale per la protezione internazionale allorché non riconosca allo straniero lo status di rifugiato o dallo status di protezione sussidiaria, ma ritenga impossibile il suo allontanamento per il rischio di subire persecuzioni o torture;
2. il permesso “per calamità”, della durata di 6 mesi (rinnovabile, che consente l'accesso al lavoro, ma non è convertibile in altro permesso di soggiorno), rilasciato e rinnovato allo straniero che non possa rientrare nel paese di appartenenza in condizioni di sicurezza a causa di una “situazione di contingente eccezionale calamità” (non si dice se sia convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro);
3. il permesso “per cure mediche” (della durata di 1 anno, rinnovabile, che sembra non consentire l'accesso al lavoro, ma non è convertibile in altro permesso di soggiorno) rilasciato allo straniero che documenti di versare in “condizioni di salute di eccezionale gravità” che impediscano il rimpatrio senza ledere la sua salute;

5 Si veda da ultimo Cass. sent. n. 4455/2018.

6 Per una lettura costituzionalmente orientata delle nuove ipotesi introdotte dal d.l. 113/2018, convertito nella legge. 132/2018 si veda M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* n. 1 del 2019.

4. il permesso “per atti di particolare valore civile”, rilasciabile su indicazione del Ministro dell’Interno;
5. permessi di soggiorno “per casi speciali”, rilasciati in altre ipotesi tipiche in cui finora era rilasciato un permesso per motivi umanitari: a) protezione sociale (con permesso di durata di 6 mesi, rinnovabile finché perdurano le esigenze giudiziarie) delle vittime di delitti di violenza o grave sfruttamento che sono in pericolo per avere collaborato o essersi sottratte ai condizionamenti dell’organizzazione criminale e partecipino ad un programma di assistenza e integrazione sociale; b) vittime di violenza domestica che denuncino l’autore del reato; c) particolare sfruttamento lavorativo su denuncia del lavoratore sfruttato che denunci il datore di lavoro.

Le ipotesi tipiche già previste dal testo unico negli artt. 18 e ss. vengono denominate “casi speciali” e vengono aggiunte due ipotesi ulteriori (art. 1 comma 1 n. 2 lettere g e h d.l. 113/2018): il permesso di soggiorno per “cure mediche”, per condizioni di salute di particolare gravità, e per “eccezionali e contingenti calamità”. Si tratta di permessi di soggiorno che hanno durata e disciplina diverse, solo alcuni sono convertibili in permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Essi vengono rilasciati direttamente dal questore, che ha una mera discrezionalità tecnica, ed il rifiuto è impugnabile innanzi al giudice ordinario. Il rito è quello sommario ex artt. 702 bis e ss. C.p.c., ma l’organo giudicante è collegiale. Viene abrogato l’appello (art. 1 comma 5 d.l. 113/2018).

Già in occasione dell’entrata in vigore del d.l. n. 13/2017, convertito nella legge n. 46/2017, che aveva abolito l’appello per i procedimenti di protezione internazionale, era stata messa in luce la problematicità di questa scelta. In un procedimento che ha ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali della persona, le esigenze di celerità non possono comportare una compromissione delle garanzie che giunga a prevedere l’abolizione dell’appello; in un sistema dove è un rimedio generalizzato – pur non costituzionalizzato - anche per cause bagatellari, può, infatti fondatamente dubitarsi della ragionevolezza di tale disparità di trattamento.

Viene introdotta un’ipotesi chiamata “protezione speciale” che segue l’*iter* previsto per il riconoscimento della protezione internazionale, sostituendo in sostanza la vecchia protezione umanitaria (art. 1 comma 2 d.l. 113/2018). Sarà infatti la Commissione territoriale che, se non riterà di riconoscere lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria, potrà riconoscere la protezione speciale, trasmettendo gli atti al questore per

il rilascio del relativo permesso di soggiorno, nei casi in cui ricorrano le ipotesi di cui all'art. 19 commi 1 e 1.1. del Testo unico immigrazione (tali ipotesi erano in precedenza ricomprese nella protezione umanitaria. Si tratta dei divieti di espulsione in caso vi sia il rischio di persecuzioni nel paese di origine od il rischio che il richiedente nel proprio paese possa essere sottoposto a tortura).

Tale ipotesi, il cui ambito di applicazione sembrerebbe essere sostanzialmente circoscritto alle ipotesi in cui vi siano cause di esclusione al riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria (altrimenti vi sarebbe il diritto a tali protezioni maggiori), non sembra coprire tutto l'ambito dei divieti di respingimento previsti dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nei quali si fa riferimento al rischio generale di subire trattamenti inumani e degradanti o per la stessa vita). Il permesso di soggiorno ha durata di un anno, è quindi più breve di quello per protezione umanitaria (due anni), e non è convertibile in permesso di lavoro (al contrario del permesso per motivi umanitari).

3. Decreto sicurezza e obblighi costituzionali ed internazionali dell'Italia

Le ipotesi tipiche e speciali che sostituiscono il permesso di soggiorno per motivi umanitari previste espressamente nel decreto non sembrano coprire, quindi, il perimetro del diritto di asilo costituzionale né gli obblighi internazionali dell'Italia (es. art. 33 della Convenzione di Ginevra, art. 3 ed art. 8 Cedu, art. 19 Carta, Convenzione di Istanbul, ecc.)⁷. Né ciò sarebbe possibile per la peculiarità dei diritti della persona - alla cui tutela è posto anche l'art. 10 comma 3 della Costituzione -, letti ed interpretati dalla Corte Costituzionale "nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona"⁸, e non suscettibili di essere ricondotti in un catalogo predeterminato di situazioni od ipotesi ristrette, come vorrebbe fare la normativa in commento⁹. Resterebbero privi di copertura, ad esempio, il divieto di estradizione per reati politici, il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8

7 Per una rassegna degli obblighi internazionali rilevanti si veda N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n.1 del 2018, pp.11-12.

8 Corte Cost. sent. n. 161/1985.

9 Da ultimo Cass. sent. n. 4455/2018.

Cedu) e il diritto di disporre di una alimentazione e di alloggio e vestiario adeguati (art. 11 Patto internazionale diritti economici sociali e culturali), cioè quelle condizioni che permettono di condurre una vita dignitosa, e, più in generale, tutte le molteplici situazioni di fatto che non sono aprioristicamente determinabili ma che conducono ad una situazione di sistematica violazione dei diritti umani, o all’inserimento sociale e lavorativo nel tessuto sociale del nostro Stato e che paiono meritevoli di tutela, se rapportate con le condizioni esistenti nel paese di origine o destinazione che hanno indotto la persona ad abbandonarlo¹⁰.

Nell’intenzione del legislatore resterebbero escluse da tutela, dunque, tutte le situazioni in cui, concretamente, l’Italia dovrebbe dare seguito ad obblighi costituzionali o internazionali che, precedentemente, erano formalmente inserite all’interno della dizione dell’abrogato art. 5, co. 6, Tui e che spesso sono connesse ad esigenze tutt’altro che transitorie. Tale norma aveva avuto il pregio proprio di tradurre in termini positivi obblighi internazionali formulati in modo negativo, quali i divieti di allontanamento, non strettamente connessi alla situazione del paese di origine e che quindi potrebbero restare fuori dall’ambito di applicazione dell’art. 10 comma 3 della Costituzione (si veda ad esempio l’inespellicibilità di stranieri che invocano l’applicabilità dell’art. 8 della Cedu) difficilmente azionabili senza una norma interna di attuazione volta a disciplinare esattamente il tipo di status da riconoscere allo straniero e che diversi paesi europei hanno attuato prevedendo forme diverse di protezione lato sensu umanitaria¹¹.

4. Status giuridico dello straniero e diritti fondamentali

La norma di cui all’art. 2, comma 1, del Tui, in base al quale “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” sancisce un vero e proprio obbligo in capo a tutte le autorità competenti, amministrative e giurisdizionali, di applicazione dei diritti fondamentali della per-

¹⁰ Cass. sent. n. 4455/2018, già citata.

¹¹ C. FAVILLI, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull’abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in Rivista di diritto internazionale n.1 del 2019, pp. 164-172.

sona umana a chiunque si trovi nel territorio italiano, anche se non regolarmente soggiornante. Analogamente a quanto già concluso in relazione all'art. 10, comma 3, della Costituzione, così anche per gli obblighi internazionali sarebbe, quindi, possibile un'applicazione diretta attraverso il ricorso al giudice nazionale, in mancanza di un riconoscimento da parte della pubblica amministrazione. Ad una conclusione analoga si potrebbe giungere anche attraverso la valorizzazione del rapporto tra gli obblighi internazionali e gli articoli 2 e 10, comma 3, della Cost. In particolare, nell'interpretazione della nozione di "libertà democratiche" di cui all'art. 10, comma 3, della Cost. non possono non rilevare i diritti fondamentali sanciti nella nostra stessa Costituzione che, a loro volta, sono in totale simbiosi con i diritti fondamentali derivanti dall'ordinamento internazionale, grazie all'art. 2 Cost. In questa prospettiva, il diritto d'asilo costituzionale viene ad includere anche i casi di mancato godimento nel paese di origine dei diritti fondamentali sanciti dalle convenzioni internazionali che, per il tramite dell'art. 2 Cost., diventano parte delle libertà democratiche tutelate dalla nostra Costituzione. In quest'ottica l'art. 10, comma 3, della Cost., norma già riconosciuta come direttamente applicabile, funge anche da norma di adattamento dell'ordinamento interno agli obblighi internazionali che impongono un limite all'allontanamento degli stranieri. D'altra parte, la garanzia minima che può derivare da un divieto di allontanamento è un obbligo di accoglienza, che è a sua volta il nucleo minimo del diritto di asilo¹².

5. Diretta attuazione degli obblighi costituzionali ed internazionali, quale status giuridico?

Se è vero che l'art. 10 della Costituzione ha immediata portata precettiva e gli obblighi internazionali impongono al nostro paese di non espellere i richiedenti che si trovino nelle condizioni previste dalle norme internazionali, resta il problema della disciplina concretamente applicabile in tali casi: a quale permesso di soggiorno avrà diritto il richiedente? Di quale durata e con quali diritti? Convertibile o meno in permesso di soggiorno per motivi di lavoro? La possibilità di concedere un permesso

12 C. FAVILLI, *Il Re è morto, lunga vita al Re! Brevi note sull'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari* in Rivista di diritto internazionale n.1 del 2019, pp. 164-172, già citata.

di soggiorno per motivi umanitari è espressamente prevista dalla c.d. direttiva rimpatri (2008/115/Ce, art. 6), dall'art. 6, co. 5, lett. c, del Codice frontiere Schengen - regolamento 2016/399 -, dall'art. 17(2) regolamento Dublino 2013/604, dagli articoli 19 e 25 del Codice visti - regolamento 810/2009, e ne hanno usufruito almeno 20 dei 28 paesi dell'Unione europea (Austria, Cipro, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Italia - fino ad oggi -, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Regno Unito, Romania, Slovacchia, Spagna, Svezia e Ungheria), sia pure con modalità diversificate.

Inoltre, deve essere ricordato che la giurisprudenza della Corte Costituzionale (in materia di referendum abrogativo) ha evidenziato che le leggi "dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona" (come è il diritto di asilo garantito dall'art. 10, comma 3 Cost.), "una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente o semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento"¹³.

Di fronte agli obblighi costituzionali (art. 10 comma 3) ed internazionali, restano aperte, quindi due strade: o l'interpretazione costituzionalmente orientata dei c.d. casi speciali e della protezione speciale e l'applicazione diretta dell'art. 10 della Costituzione, con tutte le incertezze derivanti dalla disciplina concretamente applicabile al permesso di soggiorno così concesso, o la questione di legittimità costituzionale sotto il profilo più sopra evidenziato, in quanto si ritenga la radicale carenza del sistema, senza la clausola di salvaguardia della lesione dei diritti umani convenzionalmente e costituzionalmente riconosciuti, non colmabile in via interpretativa.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 4674/1997 hanno affermato: "secondo l'opinione attualmente pressoché pacifica l'art. 10, terzo comma, Cost., attribuisce direttamente allo straniero il quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento. Come è stato osservato in dottrina, il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte

13 Corte Cost. sent. n. 49/2000.

necessità di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata." Nella sentenza si affermava anche che la norma costituzionale garantiva solo il diritto di ingresso nel territorio dello stato. Il diritto di ingresso implica, però, che il titolare del diritto di asilo costituzionale possa anche regolarmente soggiornare sul territorio ed esercitare i diritti previsti dall'art. 2, comma 1, del Tui¹⁴.

Successivamente la Corte di Cassazione¹⁵ ha affermato che la domanda di asilo doveva essere assistita dalle medesime formalità previste per la richiesta di riconoscimento dello status di rifugiato, assimilando così i due istituti, pur lasciando inalterati i connotati sostanziali che li differenziavano ed ancora, che la norma sulla protezione umanitaria costituiva piena attuazione del diritto di asilo costituzionale, inserendo tale forma di protezione nell'alveo dei diritti umani fondamentali, affermando altresì che l'autorità amministrativa ha una mera discrezionalità tecnica in merito:

«non sembra dubbio che i motivi di carattere umanitario debbano essere identificati facendo riferimento alla fattispecie previste dalle convenzioni universali o regionali che autorizzano o impongono al nostro paese di adottare misure di protezione a garanzia dei diritti umani fondamentali e che trovano espressione e garanzia anche nella costituzione, non solo per il valore del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo in forza dell'art. 2 Cost., ma anche perché, al di là della coincidenza dei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione (Corte cost. n. 388/1999). La situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari, pertanto, gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate (che, sulla base della giurisprudenza della

14 "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".

15 Cass. sent. n. 8423/2004.

corte di Strasburgo, dovrebbe escludersi nell'ipotesi in cui venga in considerazione il divieto di cui all'art. 27 Cost., comma 3, sostanzialmente corrispondente all'art. 3 Cedu), esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali. A tali conclusioni è pervenuta la giurisprudenza di questa Corte rispetto alle analoghe situazioni del diritto di asilo e di quello al riconoscimento dello status di rifugiato rispetto alle quali il provvedimento giurisdizionale non ha natura costitutiva, ma dichiarativa (Cass. sent. nn. 4764/1997, 907/1999, 5055/2002, 8423 e 11441/2004). L'identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo status di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali ...” [...] “L'identità della natura giuridica di tutte le situazioni soggettive inquadrabili nella categoria dei diritti umani fondamentali, che deve essere affermata sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina interna vigente ancor prima del 20 aprile 2005, ha, inoltre, trovato espressa conferma nelle norme interne di attuazione delle direttive 2004/83/Ce e 2005/85/Ce, di cui, rispettivamente, al D.Lgs. n. 251 del 2007 e D.Lgs. n. 25 del 2008 (parzialmente modificato con il D.Lgs. n. 159 del 2008). L'art. 32 del primo testo normativo ha attribuito le valutazioni relative ai presupposti per la concessione dei permessi di soggiorno umanitari alle stesse commissioni territoriali competenti per l'accertamento dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato e la concessione della “protezione sussidiaria” di cui al D.Lgs. n. 25 del 2008, art. 2, lett. e), mentre l'art. 34, ha stabilito l'equivalenza degli effetti delle dette misure di “protezione sussidiaria” e dei permessi di soggiorno per ragioni umanitarie. Appare evidente che la ratio di entrambe le norme è individuabile proprio nell'accertata identità di natura delle situazioni giuridiche e che la nuova disciplina appare, sul punto, avere più una funzione ricognitiva e chiarificatrice che innovativa. In conclusione, la situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali con la conseguenza che la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost. esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto

di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidata solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazione costituzionalmente tutelate riservate al legislatore.»¹⁶.

Nel 2012 la Corte di Cassazione afferma che il diritto di asilo è interamente regolato dalle tre forme di protezione internazionale¹⁷. Sulla base di ciò autorevole dottrina¹⁸ ha affermato che il diritto di asilo consiste in una situazione giuridica soggettiva che la stessa Carta repubblicana del 1947 ha inteso configurare in termini unitari e che – secondo un importante arresto della Corte costituzionale – deve consentire il godimento “almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo status civitati”¹⁹; «Lo sforzo ermeneutico ulteriore operante in virtù dell'applicazione giudiziale dell'art. 10, co. 3, Cost. consiste allora in ciò: nel derivare da quanto sin qui detto che la condizione giuridica del titolare del diritto di asilo costituzionale, in ragione dell'atto normativo da cui scaturisce, non può comunque risultare inferiore a quella più e meglio tutelata tra le varie forme di protezione politico-umanitaria presenti nel vigente ordinamento giuridico, ossia, oggi, lo status di rifugiato.

Per pervenire a tale risultato, peraltro riscontrabile anche in altri Stati membri dell'Unione europea (la Bulgaria, la Germania, la Polonia, il Portogallo, la Repubblica ceca e l'Ungheria prevedono tutti all'interno dei rispettivi ordinamenti giuridici l'estensione dei diritti spettanti ai beneficiari dello status di rifugiato ad altre categorie di stranieri, individuate dal diritto statale quali titolari di un diritto di asilo, anche sulla base di disposizioni di rango costituzionale), con ciò valorizzando il riferimento testuale, contenuto nell'art. 11, co. 1, lett. a), d.p.r. n. 394/1999, al rilascio di un permesso di soggiorno per “asilo”, tale da sostanziare l'omonimo diritto di cui all'art. 10, co. 3, Cost.»²⁰.

Tale interpretazione, in mancanza di una normativa di attuazione di diritti fondamentali non compresi nella nuova normativa, permette di ricon-

16 Cass. SSU ord. 19393/2009.

17 Cass. sentt. nn. 10686/2012 e successive. Da ultimo Cass. sent. n. 4455/2018, già citata.

18 M. BENVENUTI in *Questione e Giustizia* n. 2 del 2018, già citata;
C. FAVILLI in *Rivista di diritto internazionale* n.1 del 2019, già citata.

19 Corte Costituzionale sent. n. 11/1968.

20 M. BENVENUTI in *Questione e Giustizia* n. 2 del 2018, già citata.

durre a coerenza ed unità istituti, quali lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria e la vecchia protezione umanitaria, sulla base dell'interpretazione sistematica delle fonti, in particolare di quelle sovraordinate.

di THOMAS VLADIMIR SANTANGELO

Le principali novità in materia di domanda reiterata

1. Premessa
 2. La domanda reiterata ai sensi dell'art. 29, comma 1, lett. b) del d.lvo n. 25/2008
 3. Le modifiche all'art. 29 del d.lvo 25/2008
 - 3.1. Le modifiche dei termini per la procedura accelerata in caso di domanda reiterata
 - 3.2. L'impugnazione del provvedimento di inammissibilità e il mancato effetto sospensivo
 - 3.3. Le modifiche all'art. 7 del d.lvo 25/2008
 - 3.4. L'art. 29-bis del d.lvo 25/2008
-

La reiterazione di una domanda di protezione internazionale è uno strumento previsto dalla direttiva 2005/85/Ce, oggi rifiuta nella direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure), e trasposto nell'ordinamento nazionale con il d.lvo. n. 25/2008. Nel corso degli anni tale strumento ha subito delle modifiche, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132. Le principali novità in materia di domanda reiterata sono rappresentate dall'introduzione, per la prima volta nell'ordinamento italiano, di condizioni più sfavorevoli per il

richiedente asilo che reitera la propria domanda di protezione internazionale, in alcuni casi in evidente contrasto con le disposizioni della direttiva procedure, che presentano pertanto diversi profili di illegittimità.

The possibility to file subsequent applications for international protection is provided for by Directive 2005/85/EC, now recast in Directive 2013/32/EU (the so-called Procedures Directive), and transposed into national law by Legislative Decree no. 25/2008. Over the years, the rules concerning this possibility have undergone changes, especially following the entry into force of Decree-law no. 113 of October 4, 2018, converted into law December 1, 2018, no. 132. The main amendments concerning subsequent applications consist in the introduction, for the first time in the Italian legal system, of less favourable conditions for asylum seekers who file subsequent applications for international protection, which in some cases is in clear breach of the provisions of the Procedures Directive, which therefore implies several profiles of illegitimacy.

1. Premessa

La definizione di domanda reiterata, contenuta nell'art. 2, lett. q) della direttiva 2013/32/Ue, è stata integralmente trasposta, a seguito delle recenti modifiche legislative, con l'art. 2, comma 1, lett. b-bis) del d.lvo 25/2008, «“domanda reiterata”: un'ulteriore domanda di protezione internazionale presentata dopo che è stata adottata una decisione definitiva su una domanda precedente, anche nel caso in cui il richiedente abbia esplicitamente ritirato la domanda ai sensi dell'articolo 23 e nel caso in cui la Commissione territoriale abbia adottato una decisione di estinzione del procedimento o di rigetto della domanda ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2. ».

In sintesi, si parla di domanda reiterata:

1. quando è stata già presa una decisione definitiva su una domanda precedente, e il richiedente ripresenta una nuova domanda di asilo che è sottoposta al vaglio di ammissibilità, ai sensi dell'art. 29 del d.lvo n. 25/2008;
2. quando il richiedente abbia esplicitamente ritirato la sua precedente domanda di asilo (art. 23 del d.lvo 25/2008) e poi ripresenta nuovamente la domanda;
3. quando la Commissione territoriale abbia adottato una decisione di estinzione del procedimento o di rigetto della domanda ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2.

Nel corso di questa breve trattazione ci occuperemo di esaminare la domanda reiterata relativa al primo punto, ipotesi che maggiormente si verifica nella prassi, per poi analizzare le principali modifiche incorse a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132.

2. La domanda reiterata ai sensi dell'art. 29, comma 1, lett. b) del d.lvo n. 25/2008.

Occorre innanzitutto chiarire cosa si intende per domanda reiterata, che rientra tra le ipotesi di inammissibilità disciplinate dall'art. 29 del d.lvo 25/2008. Al suo comma 1, lett. b), si stabilisce che: “1. La Commissione territoriale dichiara inammissibile la domanda e non procede all'esame, nei seguenti casi: [...] b) il richiedente ha reiterato identica domanda dopo che sia stata presa una decisione da parte della Commissione stessa senza addurre nuovi elementi in merito alle sue condizioni personali o alla situazione del suo paese di origine. [...]”.

Pertanto, se – esauritosi l'*iter* di esame della domanda di asilo, sia in sede amministrativa che giurisdizionale – il richiedente presenta nuovamente una domanda che risulti identica alla precedente sotto il profilo delle ragioni e delle circostanze addotte, tale domanda si intenderà reiterata e di conseguenza inammissibile ai sensi dell'art. 29, comma 1, lett. b) del d.lvo 25/2008.

Una domanda non è considerata reiterata, invece, se il richiedente – esauritosi l'*iter* di esame della domanda di asilo, sia in sede amministrativa che giurisdizionale – presenta una domanda che contiene nuovi elementi di valutazione, ritenuti tali dal presidente della Commissione territoriale. In questo caso si procederà con una nuova audizione del richiedente per un ulteriore esame nel merito in base ai nuovi elementi presentati. È il presidente della Commissione territoriale che svolge l'esame preliminare sulla verifica dei nuovi elementi, ai sensi del successivo comma 1-bis del medesimo articolo. L'esame preliminare consiste nel confrontare la precedente domanda di protezione internazionale già decisa e la nuova domanda formalizzata tramite un nuovo modello C/3. Qualora si ravvisino dei nuovi elementi rispetto alla precedente domanda, il richiedente è convocato per una nuova audizione per valutare la domanda nel merito, mentre, in caso contrario, la Commissione opererà per un provvedimento di inammissibilità senza ascoltare il richiedente.

3. Le modifiche all'art. 29 del d.lvo 25/2008

L'art. 29 del d.lvo 25/2008 è stato modificato dall'art. 9, comma 1, lett. c) del d.l. n. 113/2018. Al comma 1-bis è stato infatti abrogato l'ultimo periodo, il quale prevedeva che a seguito dell'esame preliminare della domanda da parte del presidente della Commissione, in caso di un primo esito negativo, seguiva una comunicazione scritta in cui veniva data la possibilità al richiedente di presentare ulteriori osservazioni entro tre giorni a sostegno dell'ammissibilità della domanda. Si trattava di una sorta di preavviso di inammissibilità, adesso non più previsto nel nuovo articolo.

3.1. Le modifiche dei termini per la procedura accelerata in caso di domanda reiterata

Ai sensi dell'art. 28-bis, comma 1-bis del d.lvo n. 25/2008, così come modificato dall'art. 9, comma 1, lett. b) del d.l. n. 113/2018, risultano mutati i termini per l'applicazione di una procedura accelerata per la valutazione dell'ammissibilità di una domanda reiterata "Nel caso previsto [...] dall'articolo 29, comma 1, lettera b), la questura provvede senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che adotta la decisione entro cinque giorni.". Prima delle modifiche legislative, nei casi di domanda reiterata la norma indicava un termine di 14 giorni per l'audizione e di 2 giorni per la decisione da parte della Commissione territoriale.

L'attuale norma, a differenza delle altre ipotesi di procedure accelerate, non prevede più un termine per l'audizione, ma stabilisce soltanto che la decisione della Commissione sarà adottata entro 5 giorni sulla base di documentazione inviata dalla questura.

3.2. L'impugnazione del provvedimento di inammissibilità e il mancato effetto sospensivo

Il provvedimento di inammissibilità può essere impugnato entro 30 giorni dalla notifica (art. 35-bis, comma 2), ma né la presentazione del ri-

corso, né dell'istanza cautelare, hanno un effetto sospensivo automatico del provvedimento impugnato (art. 35-bis, commi 3, 4 e 5). Prima delle modifiche, il termine per l'impugnazione era di 15 giorni, e con la presentazione dell'istanza cautelare, il richiedente aveva il diritto a restare sul territorio nazionale sino a che il giudice non si fosse espresso, diritto ad oggi negato dalla novella che ha modificato l'art. 35-bis, comma 5.

3.3. Le modifiche all'art. 7 del d.lvo 25/2008

Una novità di derivazione comunitaria è stata introdotta dall'art. 9, comma 1, lettera a) del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, che ha modificato l'art. 7 del d.lvo 25/2008 sul diritto di rimanere nel territorio dello Stato durante l'esame della domanda, prevedendo, al comma 2, due nuove ipotesi di deroga tale diritto, alle lettere d) ed e) per coloro che:

- d) “[...] hanno presentato una prima domanda reiterata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione che ne comporterebbe l'imminente allontanamento dal territorio nazionale;
- e) manifestano la volontà di presentare un'altra domanda reiterata a seguito di una decisione definitiva che considera inammissibile una prima domanda reiterata ai sensi dell'articolo 29, comma 1, o dopo una decisione definitiva che respinge la prima domanda reiterata ai sensi dell'articolo 32, comma 1, lettere b) e b-bis).”

Le due ipotesi riprendono infatti il combinato disposto dell'art. 9 e dall'art. 41, par. 1, lett. a) e b) della direttiva 2013/32/Ue. Si tratta di ipotesi in cui la domanda reiterata viene considerata come “pretestuosa”: nel primo caso presentata dal richiedente al solo scopo di ritardare o impedire una decisione che ne comporterebbe il suo imminente allontanamento dal territorio nazionale, volta ad evitare cioè un'imminente espulsione, mentre nella seconda ipotesi, si impedisce al richiedente di manifestare la volontà di presentare una seconda domanda reiterata a seguito di una precedente decisione di inammissibilità, di diniego o di diniego per manifesta infondatezza, per cui al richiedente non sarà consentito formalizzare una terza domanda di asilo.

Seppur previste dalla direttiva procedure, diversi interrogativi e dubbi applicativi si pongono in merito a queste due ipotesi di domanda

reiterata. Per ciò che concerne la prima ipotesi, la valutazione volta a stabilire che il richiedente ha presentato una domanda reiterata al solo scopo di evitare un provvedimento di allontanamento, nella prassi può essere soggetta ad ampia discrezionalità da parte delle amministrazioni deputate ad accogliere e a valutare la domanda del richiedente. In particolare da parte delle questure, che non hanno il potere di valutare la domanda nel merito ma che avranno il ruolo di stabilire se la nuova domanda di asilo sia stata presentata dal richiedente al solo scopo di evitare un provvedimento di allontanamento, precludendo la permanenza sul territorio nell'attesa del provvedimento di ammissibilità/inammissibilità delle Commissioni territoriali.

Nella seconda ipotesi, invece, non vi sarà nessun provvedimento della Commissione, né sarà nuovamente formalizzata la domanda di asilo, ma si ritiene comunque necessaria la notifica di un provvedimento della questura che prenda atto della manifestazione di volontà del cittadino straniero e dichiari cessato il diritto di formalizzare la domanda di asilo e di permanere sul territorio italiano.

3.4. L'art. 29-bis del d.lvo 25/2008

L'art. 9, comma 1, lett. d) del d.l. 113/2018, convertito con l. n. 132/2018 ha introdotto un'ipotesi, particolarmente sfavorevole, in cui può trovarsi il richiedente asilo che propone una domanda reiterata, che non è in alcun modo disciplinata dalla direttiva 2013/32/UE. La norma introduce l'art. 29-bis nel d.lvo n. 25/2008 il quale prevede che: "1. Nel caso in cui lo straniero abbia presentato una prima domanda reiterata nella fase di esecuzione di un provvedimento che ne comporterebbe l'imminente allontanamento dal territorio nazionale, la domanda è considerata inammissibile in quanto presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento stesso. In tale caso non si procede all'esame della domanda ai sensi dell'articolo 29."

Con tale norma, il legislatore italiano ha attribuito alla questura il compito di dichiarare automaticamente inammissibile ogni domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino straniero che in precedenza aveva già avanzato una domanda di asilo (rigettata con esito definitivo) e si trova nella condizione di subire un imminente allontanamento dallo Stato italiano. Con la circolare del 02/01/2019, il Ministero dell'Interno, per tramite della Commissione nazionale per il Diritto di Asilo, ha fornito indicazioni che attribuiscono alle questure il compito

di dichiarare inammissibile la domanda di asilo ai sensi dell'art. 29-bis e qualifica tale inammissibilità come automatica (non soggetta a prova contraria). L'art. 29-bis, dunque, escluderebbe l'esame preliminare del presidente della Commissione territoriale di cui all'art. 29, comma 1-bis e che di norma è obbligatorio per dichiarare inammissibile una domanda reiterata. La direttiva 2013/32/UE, infatti, stabilisce un principio opposto, secondo cui è sempre necessario che l'autorità accertante (in Italia la Commissione territoriale) proceda all'esame preliminare di una domanda reiterata per valutare se sono stati sollevati nuovi elementi al fine di dichiararne l'inammissibilità. Secondo la direttiva 2013/32/UE non c'è modo di attribuire in via automatica ad una domanda reiterata la qualifica di domanda inammissibile.

Parte terza

Le nuove forme di trattenimento e la possibile violazione dell'art. 5 Cedu

L'art. 3 della legge n. 132/2018: l'introduzione del
trattenimento a fini identificativi del richiedente
protezione internazionale

di **ANTONELLO CIERVO**

Il trattenimento dei cittadini stranieri negli hotspot
alla luce del decreto sicurezza e immigrazione:
mutamenti nel paesaggio giuridico e persistenza
delle violazioni

di **ADELAIDE MASSIMI e FRANCESCO FERRI**

Le osservazioni del Garante nazionale dei diritti
delle persone detenute o private della libertà
personale attinenti all'estensione delle ipotesi di
trattenimento contenute nel decreto sicurezza e
immigrazione

di **FLAMINIA DELLE CESE**

di ANTONELLO CIERVO

L'art. 3 della legge n. 132/2018: l'introduzione del trattenimento a fini identificativi del richiedente protezione internazionale

1. Premessa
 2. Profili di contrasto con la normativa
Ue che regola la materia, in
particolare la direttiva n. 33/2013
 3. La durata massima del trattenimento:
profili di incostituzionalità
 4. Applicazioni pratiche della norma
dal punto di vista processuale: profili
problematici
-

Il saggio analizza il nuovo istituto - introdotto dall'art. 3 della legge 1° dicembre 2018, n. 132 - del trattenimento del richiedente protezione internazionale a soli fini identificativi. La novella, ad avviso dell'autore, appare in palese contrasto sia con la normativa Ue che regola la materia, in particolare la direttiva n. 33/2013, sia con i principi costituzionali a tutela della libertà personale (specificamente gli artt. 3 e 13 Cost.). Il saggio prospetta anche le possibili applicazioni

pratiche della norma dal punto di vista processuale, evidenziandone i limiti, le incongruenze logiche e i futuri problemi che la magistratura sarà costretta ad affrontare per darne un'attuazione compatibile con le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale del richiedente protezione internazionale.

The article analyses the new instrument - introduced by art. 3 of Law of 1 December 2018, no. 132 - of the detention for identification purposes only of applicants for international protection. The amendment, according to the author, appears to be in clear violation of both the EU legislation that regulates the matter, in particular Directive No 33/2013, and the constitutional principles for the protection of personal freedom (in particular Articles 3 and 13 of the Italian Constitution). The article also examines the possible practical implementation of the law from a procedural point of view, highlighting the limits, logical inconsistencies and future problems that the judiciary will be forced to face to implement it in accordance with the constitutional safeguards that protect the personal freedom of applicants for international protection.

1. Premessa

L'art. 3 della legge n. 132/2018 introduce l'istituto del trattenimento a fini identificativi del richiedente protezione internazionale: si tratta di una nuova ipotesi di limitazione della libertà personale del richiedente asilo che si aggiunge a quelle già previste nel nostro ordinamento all'art. 6 del decreto legislativo n. 142/2015, in attuazione della direttiva n. 33/2013.

La legge n. 132/2018, pertanto, introduce proprio all'art. 6 del decreto legislativo n. 142/2015, il comma 3-bis che stabilisce il trattenimento a fini identificativi, senza ulteriori aggettivazioni, "... per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture di cui all'articolo 10-ter, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza. Ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza, il richiedente può essere trattenuto nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, con le modalità previste dal comma 5 del medesimo articolo 14, per un periodo massimo di centottanta giorni".

2. Profili di contrasto con la normativa Ue che regola la materia, in particolare la direttiva n. 33/2013

La norma in commento appare in palese contrasto con la direttiva n. 33/2013: l'art. 8, primo paragrafo, infatti, stabilisce esplicitamente il divieto di trattenimento del richiedente asilo per il solo fatto di aver presentato una domanda di protezione internazionale (principio questo tra l'altro recepito proprio all'art. 6, primo comma del decreto legislativo n. 142/2015), in quanto ciascuno Stato membro dell'Ue ha l'obbligo di prevedere in maniera tassativa le ipotesi in cui ritiene necessario procedere alla limitazione della libertà personale del richiedente, ferma restando la possibilità di stabilire misure alternative al trattenimento.

La novella, inoltre, appare in contrasto con la normativa europea, in quanto il presupposto fattuale di questa nuova tipologia di trattenimento è una circostanza non imputabile al richiedente asilo, ossia la non disponibilità di documenti identificativi: del resto, è di tutta evidenza che chi scappa da guerre, persecuzioni, situazioni caratterizzate da una grave crisi umanitaria, raramente porta con sé un documento identificativo. La precisazione appare doverosa e non scontata, anche perché la nuova ipotesi di trattenimento non deve essere confusa con quella già prevista all'art. 6, secondo comma, lett. d) del decreto legislativo n. 142/2015 che, invece, ha quale presupposto il fatto del richiedente asilo che abbia fraudolentemente fornito false dichiarazioni e/o attestazioni con riferimento alla propria identità personale all'autorità di pubblica sicurezza italiana.

3. La durata massima del trattenimento: profili di incostituzionalità

La durata massima del trattenimento è stata fissata dal legislatore in 180 giorni di cui i primi 30 in un centro hotspot, mentre la parte restante in un Cpr: anche in questo caso, la norma non appare di facile interpretazione, visto che non si comprende se il periodo di trattenimento massimo stabilito dal legislatore sia effettivamente di 180 giorni ovvero di 210, in quanto si parla di trattenimento che viene eseguito per i primi 30 giorni in un hotspot e nella parte temporale rimanente in un Cpr - dove lo straniero può essere detenuto, per l'appunto, fino ad un massimo di 180 giorni.

Tra le due ipotesi ermeneutiche deve essere data senz'altro preferenza alla prima, anche perché appare quella più costituzionalmente conforme agli artt. 3 e 13 Cost.: 180 giorni, infatti, è il periodo massimo di detenzione in un Cpr per un migrante economico in attesa di essere espulso dal territorio italiano. In questo caso, tuttavia, siamo di fronte all'ipotesi di uno straniero (non richiedente protezione internazionale) nei confronti del quale si sta eseguendo un'espulsione amministrativa, mentre il richiedente asilo si vede costretto in una situazione di limitazione della libertà personale per il solo fatto (tra l'altro a lui non imputabile) di essere privo di documenti di riconoscimento e non di essere irregolarmente presente sul territorio italiano.

Del resto, sarebbe irragionevole ed illogico che l'ordinamento giuridico riconducesse a due situazioni obiettivamente differenti rispetto alla condizione personale del soggetto trattenuto (il migrante economico che deve essere espulso, da un lato, e il richiedente asilo privo di documenti di identificazione in attesa della valutazione della sua domanda di protezione internazionale, dall'altro) un trattamento detentivo addirittura più lungo nei confronti di quel soggetto (il richiedente asilo) che dovrebbe godere di maggiori garanzie e tutele, visto che non solo non può essere espulso o comunque allontanato dal territorio nazionale, ma certamente non si trova in una situazione di irregolarità.

In ogni caso, la novella stabilisce che i luoghi del trattenimento sarebbero per i primi 30 giorni gli hotspot - previsti all'art. 10-ter del Testo unico sull'Immigrazione (Tui), così come novellato dalla legge n. 46/2017 - e, per i successivi 150 giorni al massimo, nei Cpr dove invece vengono trattenuti gli stranieri in fase di espulsione o comunque respinti. La norma, anche sotto questo profilo, appare ancora una volta in contrasto con la direttiva n. 33/2013, in particolare con l'art. 10 il quale prescrive che il trattenimento del richiedente asilo possa avvenire soltanto in appositi centri ovvero, nel caso di soggetti detenuti, in un istituto penitenziario.

La norma appare comunque incostituzionale a fortiori (ai sensi degli artt. 3 e 13 Cost.) se solo si considera che l'art. 11 della legge n. 191/1978 prevede il fermo a fini identificativi per tutti coloro che si rifiutano di farsi identificare ovvero che consegnano all'autorità di pubblica sicurezza documenti palesemente alterati, per una durata massima di soltanto 24 ore. Si consideri poi che la norma in questione - al contrario di quanto accade per il richiedente asilo - ha quale presupposto un fatto comunque imputabile a chi, pur avendo con sé il proprio documento identificativo,

decide dolosamente o di non farsi identificare, ovvero di consegnare alle forze di polizia un documento palesemente alterato o falso.

Nel dare attuazione all'art. 3 della legge n. 132/2018, inoltre, si rischia di dare seguito a conseguenze (forse) non volute dal legislatore, come la separazione dei nuclei famigliari al momento della formalizzazione della domanda di protezione internazionale. Se, infatti, arrivassero in Italia una mamma, un papà ed il loro figlio, tutti e tre privi di documenti identificativi, e chiedessero asilo politico, in un caso del genere senz'altro scatterebbe l'obbligo di identificazione dell'intero nucleo familiare e, di conseguenza, si aprirebbero le porte prima di un hotspot e poi, eventualmente, di un Cpr. Ma posto che nei luoghi di detenzione vige la separazione tra uomini e donne, anche se sul punto l'art. 3 della legge n. 132/2018 nulla prevede, è molto probabile che il trattenimento a fini identificativi provocherà, in casi come quello appena ipotizzato, la separazione dei nuclei famigliari, certamente in contrasto con il principio del superiore interesse del minore (non avendo tra l'altro quest'ultimo – ma neppure i suoi genitori – commesso alcun tipo di reato e non essendo destinatario di un ordine di allontanamento dal territorio italiano).

4. Applicazioni pratiche della norma dal punto di vista processuale: profili problematici

Per quanto riguarda, infine, la normativa processuale applicabile al trattenimento a fini identificativi, ferme restando le garanzie previste dall'art. 13 Cost., il questore competente dovrà adottare un formale provvedimento di trattenimento e chiederne la convalida ai giudici della sezione specializzata del Tribunale competente per territorio. La convalida del trattenimento avrà una durata massima di 30 giorni, in quanto coincidente con il periodo massimo di trattenimento nei centri hotspot previsto dall'art. 3 della legge n.132/2018. Alla scadenza dei 30 giorni, se ancora permangono le ragioni giustificative del trattenimento, il questore sarà tenuto a chiedere il trattenimento del richiedente asilo in un Cpr con le modalità previste dal comma 5 dell'art. 14 del Tui, chiedendo quindi una nuova convalida alle sezioni specializzate del Tribunale territorialmente competente.

Tuttavia il Testo Unico al riguardo appare molto rigoroso, in quanto per potersi avere convalida in questi casi, è necessario che si dimostri da

parte del questore che la mancata identificazione del richiedente asilo non sia giunta a buon fine nel centro hotspot per “gravi difficoltà” di natura oggettiva (così l’art. 14, quinto comma). In questo caso allora, il Tribunale potrà convalidare il trattenimento nel Cpr per la durata massima di 30 giorni (prorogabili fino ad un massimo di 150), ma solo e soltanto se, come stabilisce sempre l’art. 14, comma 5 del Tui, “siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l’identificazione ovvero sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio”.

Questo significa che dopo il primo periodo di 30 giorni nel Cpr, la richiesta di proroga per essere valida dovrà essere suffragata dal questore dalla sopravvenienza di “elementi concreti” e non da una mera richiesta formale, magari giustificata da astratte ragioni di tutela dell’ordine pubblico: se si considera poi che l’art. 14 del Tui è stato scritto e pensato per organizzare le operazioni di rimpatrio dei migranti economici destinatari di un provvedimento di espulsione (come si desume dalla lettura della seconda parte della norma sopra citata), appare evidente la sua palese inapplicabilità alla proroga del trattenimento dei richiedenti asilo nei Cpr, anche perché – come è noto - alle autorità italiane è vietato ricorrere all’aiuto del personale delle rappresentanze diplomatico-consolari del paese di origine del richiedente asilo, anche semplicemente per identificarlo.

di ADELAIDE MASSIMI e FRANCESCO FERRI

Il trattenimento dei cittadini stranieri negli hotspot alla luce della l. 132/2018: mutamenti nel paesaggio giuridico e persistenza delle violazioni

1. La sentenza Khlaifia: luce sulla natura detentiva dei centri di primo soccorso e accoglienza
 2. Dalle origini al 2018: tre anni di trattenimenti illegittimi
 3. Il trattenimento negli hotspot alla luce della legge n. 132/2018: novità rilevanti ma parziali
 4. Conclusioni parziali
-

Con la sentenza Khlaifia c. Italia la Corte Edu, nel 2016, ha sancito l'arbitrarietà del trattenimento dei cittadini stranieri nei centri di primo soccorso e accoglienza in assenza di una base legale, di provvedimenti di trattenimento e della relativa convalida dell'autorità giudiziaria. Alla luce delle novità introdotte dal c.d. decreto sicurezza in materia di trattenimento nei centri hotspot, appare utile fornire una panoramica sulle pratiche detentive osservate all'interno dei centri di primo soccorso. L'intervento normativo, lungi dall'aver risolto il tema dell'arbitraria detenzione, ha sollevato numerose criticità in merito alla costituzionalità e alla compatibilità con le direttive europee delle previsioni relative al trattenimento, senza inoltre fornire base legale alla più comune forma di detenzione che ha luogo negli hotspot.

The European Court of Human Rights, in the Judgment Khlaifia and others v. Italy, in December 2016 stated that the detention of foreign nationals in first reception facilities without a legal basis, a detention order and a judicial review is unlawful. Having regard to the new provisions introduced by the so called "security decree" on detention in hotspot centres, it is considered useful to provide an overview of detention praxis observed in first reception centers. The new legislation, far from solving the issue of arbitrary detention, raises different concerns about the constitutionality and the compatibility of the provisions with european directives. Furthermore, the new legislation does not provide a legal basis to the most common kind of detention taking place in hotspot centers.

1. La sentenza Khlaifia: luce sulla natura detentiva dei centri di primo soccorso e accoglienza

Il caso Khlaifia e altri c. Italia riguarda le vicende di tre cittadini tunisini arrivati in Italia fra il 16 e il 17 settembre del 2011. I tre ricorrenti furono trattenuti all'interno del centro di primo soccorso e accoglienza (Cpsa) di Contrada Imbriacola, sull'isola di Lampedusa, fino al 20 settembre. In seguito a una rivolta scoppiata all'interno del centro, il 21 settembre i cittadini stranieri furono trasferiti a bordo delle navi Vincent e Audacia, attraccate nel porto di Palermo, dove due di loro furono trattenuti fino al 27 settembre e uno fino al 29 settembre. In tali date, a seguito della notifica di decreti di respingimento differito, i ricorrenti furono rimpatriati in Tunisia.

La Grande Camera della Corte europea dei diritti umani, con la sentenza del 15 dicembre del 2016, si è espressa confermando la violazione dell'articolo 5 comma 1, 2 e 4 e dell'articolo 13 in combinato disposto con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu).

Nel dettaglio, la Corte ha rilevato che la privazione della libertà dei tre cittadini stranieri, in assenza di una base legale chiara e accessibile, non soddisfacesse il principio generale della sicurezza giuridica e non si accordasse con l'obiettivo di proteggere l'individuo da decisioni arbitrarie. I decreti di respingimento emessi dalle autorità italiane nei confronti dei tre cittadini non contenevano, infatti, alcun riferimento alla privazione della libertà dei ricorrenti e alle sue ragioni giuridiche e fattuali. Inoltre, il sistema giuridico italiano non offriva agli interessati alcun rimedio attraverso il quale avrebbero potuto ottenere una decisione giurisdizionale circa la legalità della loro privazione della libertà. Infine, non sono state indicate vie di ricorso che i cittadini stranieri avrebbero potuto percorrere per denunciare le condizioni di vita all'interno del centro di prima accoglienza o a bordo delle navi.

La sentenza è di importanza capitale poiché ha sancito in maniera inequivocabile l'arbitrarietà del trattenimento dei cittadini stranieri nei centri di primo soccorso e accoglienza in assenza di una base legale, di provvedimenti dell'autorità amministrativa e della necessaria convalida da parte dell'autorità giudiziaria, nonché dell'accesso a rimedi per la verifica della legalità della detenzione. La normativa in vigore in tale periodo, infatti non prevedeva alcuna forma di trattenimento dei cittadini stranieri nella fase di identificazione e alcuna forma di trattenimento amministrativo era esperibile al di fuori dei centri di permanenza per i rimpatri.

Alla luce delle novità introdotte dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, in materia di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale e di trattenimento in "luoghi idonei" dei cittadini stranieri destinatari di un decreto di allontanamento, è utile fornire una panoramica sulle pratiche detentive osservate nel corso degli ultimi anni all'interno dei centri di primo soccorso e accoglienza. Il recente intervento normativo, lungi dall'aver risolto il tema dell'arbitraria detenzione, ha sollevato numerose criticità in merito alla costituzionalità e alla compatibilità con le direttive europee delle previsioni relative al trattenimento. Inoltre, ulteriori forme di privazione della libertà continuano ad avere luogo all'interno degli hotspot in assenza di base legale.

2. Dalle origini al 2018: tre anni di trattenimenti illegittimi

L'approccio hotspot è, in buona sostanza, la modalità di gestione dei centri di primo soccorso e accoglienza, così com'è stata configurata nell'Agenda europea sulla migrazione del maggio 2015. L'introduzione di tale approccio ha determinato un significativo cambio di paradigma, anche per ciò che attiene la libertà di movimento dei cittadini stranieri che arrivano via mare sulle coste italiane.

Attraverso la Roadmap italiana - il documento amministrativo, privo di forza normativa, con cui il Governo ha applicato le indicazioni della Commissione - sono state individuate le località portuali dove situare gli hotspot. Successivamente, a maggio 2016, il Ministero dell'Interno ha pubblicato le Procedure operative standard (Standard Operating Procedures, Sop) applicabili agli hotspot italiani. Le Sop contengono una serie di indicazioni operative - a carattere amministrativo, non normativo - attraverso le quali è attuato il nuovo metodo di gestione degli arrivi. A tale genealogia di carattere politico e amministrativo non ha fatto seguito l'adozione di normative a carattere organico, che disciplinino, con forza di legge, il funzionamento degli hotspot. La legge n. 46/2017, di conversione del c.d. decreto Minniti, infatti, pur introducendo "Disposizioni per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare", non rappresenta una base normativa puntuale per l'approccio hotspot, non descrive le procedure attuabili all'interno di tali centri e, in ogni caso, non contiene riferimenti alla limitazione delle libertà personale applicabile nei centri hotspot.

In uno scenario normativo di questa tipologia, quali prassi hanno attraversato gli hotspot nei tre anni che intercorrono tra l'avvio del nuovo approccio e la pubblicazione del decreto-legge n. 113/2018, il c.d. decreto Salvini? Per ciò che attiene alla limitazione arbitraria della libertà personale, due prassi differenti rilevano più di altre: la limitazione della libertà precedente al fotosegnalamento e la detenzione successiva all'identificazione. Entrambe le prassi detentive sono state attuate in assenza di provvedimenti di trattenimento e della necessaria convalida giudiziaria. Circa il primo profilo, si segnala che la detenzione precedente all'identificazione è stata una prassi ordinariamente applicata nei centri hotspot, ampiamente rilevata nei centri di Lampedusa, Messina e Taranto che funzionano in questa maniera. Si hanno notizie convergenti anche con riguardo alle strutture di Pozzallo e Trapani (attualmente

Cpr). Non si tratta di una prassi episodica o a carattere locale. Al contrario, nelle stesse Sop è riferito, a pagina 8, che “salvo il verificarsi di afflussi eccezionali che impongono l’adozione di iniziative diverse, la persona può uscire dall’Hotspot solo dopo essere stata fotosegnalata”. Dal punto di vista della teoria generale del diritto e della relazione tra le fonti normative, appare inaudito che in un documento amministrativo si descrivano procedure incompatibili con principi costituzionalmente tutelati, con specifico riferimento all’art. 13 della Costituzione, in tema di inviolabilità della libertà personale. Peraltro, tale prassi non è confinata nel passato: tutt’ora l’hotspot di Lampedusa – che rappresenta, allo stato attuale, il centro più utilizzato e rispetto al quale si hanno informazioni più aggiornate e circoscritte – continua a funzionare come luogo di trattenimento nelle fasi precedenti al fotosegnalamento.

Per ciò che attiene, invece, alla limitazione della libertà personale successiva all’identificazione, gli scenari sono più complessi: i vari hotspot sono stati caratterizzati da dinamiche differenti. È in ogni caso possibile sostenere che in molteplici circostanze sono stati trattenuti nei centri hotspot sia i cittadini stranieri classificati come richiedenti asilo sia i cittadini stranieri considerati irregolari. Tali trattenimenti in alcune circostanze sono stati propedeutici all’attuazione del rimpatrio forzato nel paese di origine. Da nessun punto di vista la normativa vigente nel corso degli ultimi tre anni consentiva il trattenimento dei cittadini stranieri nei centri hotspot, né prima né successivamente l’espletamento delle procedure di identificazione.

Dal punto di vista della qualità del diritto e della salute dell’ordinamento giuridico, quanto accaduto negli ultimi tre anni rappresenta, a tutti gli effetti, una rilevantissima frattura. Al riguardo, si segnala che sono ad oggi pendenti 9 ricorsi ordinari alla Corte Edu per violazione degli artt. 3, 5 e 13 della Cedu ai danni di cittadini tunisini (anche 2 minori) trattenuti senza base legale e in condizioni disumane nell’hotspot di Lampedusa nel corso del 2018, mediamente per periodi pari o superiori ad un mese¹.

1 I ricorsi sono stati predisposti dai legali del progetto pilota In Limine promosso dalla Coalizione Italiana Libertà e i Diritti Civili (Cild) e Asgi in collaborazione con ActionAid e IndieWatch. Le attività di monitoraggio presso l’hotspot di Lampedusa e le altre attività realizzate possono essere consultate nel report conclusivo pubblicato a novembre 2018 *Scenari di frontiera: l’approccio hotspot e le sue possibili evoluzioni alla luce del caso Lampedusa*.

Dopo il progetto pilota del 2018 l’Asgi, sin dall’autunno 2018, ha intrapreso un secondo progetto In Limine che, in cooperazione con altre organizzazioni, continua ad affrontare i temi dell’approccio hotspot, delle politiche di gestione delle frontiere e dell’accesso alle procedure di asilo, al fine di strutturare —attraverso la ricerca sul campo, il contenzioso strategico e l’advocacy— strategie di denuncia e contrasto delle pratiche lesive delle libertà e dei diritti dei cittadini stranieri in arrivo in Italia.

3. Il trattenimento negli hotspot alla luce della legge n. 132/2018: novità rilevanti ma parziali

Prima dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 113/2018 non era possibile limitare la libertà personale dei cittadini stranieri all'interno degli hotspot: non esisteva alcuna previsione normativa in tal senso. Ora, alla luce della nuova normativa, il paesaggio giuridico è significativamente mutato. Due fattispecie segnano questa discontinuità: le previsioni inerenti al trattenimento dei cittadini stranieri classificati come richiedenti asilo e quelle relative al trattenimento nei "luoghi idonei".

La possibilità di trattenere, a determinate condizioni e per finalità specifiche, i cittadini stranieri classificati come richiedenti asilo è una delle novità più rilevanti introdotte dalla recente normativa, che ha modificato l'art. 6 del d.lvo 142/2015. È disposto che i cittadini stranieri classificati come richiedenti asilo possano essere trattenuti, per il tempo strettamente necessario e comunque per un periodo non superiore a 30 gg., in appositi locali presso le strutture di cui all'art. 10 ter, comma 1, d.lvo 286/98 – ovvero le strutture in cui viene dispiegato l'approccio hotspot – per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza. Se all'interno degli hotspot non è stato possibile determinare o verificarne l'identità o la cittadinanza, il cittadino straniero richiedente asilo può essere trattenuto in un centro di permanenza per il rimpatrio fino a un massimo di 180 giorni.

Le nuove previsioni sanano il gap tra normativa e prassi osservato negli ultimi tre anni? La risposta è negativa. La nuova disposizione, infatti, è applicabile solo nei confronti dei cittadini stranieri classificati come richiedenti asilo. Prima di tale classificazione – e, quindi, prima dell'identificazione – nessuna forma di trattenimento può essere praticata. Un ragionamento simile può essere proposto anche con riferimento alla seconda novità introdotta dalla legge 132/2018, in tema di trattenimenti negli hotspot. La nuova normativa prevede, infatti, la possibilità di trattenere i cittadini stranieri in attesa della convalida dell'accompagnamento immediato alla frontiera presso strutture nella disponibilità delle autorità di pubblica sicurezza diverse dai Cpr (Centri di permanenza per i rimpatri). È disposto che il giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida dell'accompagnamento immediato alla frontiera possa autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, fino alla definizione del procedimento di convalida, "in

strutture diverse ed idonee nella disponibilità dell' "autorità di pubblica sicurezza" e che, qualora le condizioni di cui al periodo precedente permangano anche dopo l'udienza di convalida, il giudice può autorizzare la permanenza in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, fino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le successive 48 ore. Tale previsione comporta la possibilità di trattenere nelle zone di frontiera il cittadino straniero in attesa di allontanamento complessivamente fino a un massimo di sei giorni.

Anche in questo caso si tratta di una forma di trattenimento applicabile solo in specifiche circostanze e che può riguardare soltanto i cittadini stranieri destinatari di un provvedimento ablativo. Anche questa fattispecie, quindi, non è applicabile ai cittadini stranieri trattenuti ai fini dell'identificazione. Tale forma di detenzione, quindi, è a tutt'oggi priva di base legale.

4. Conclusioni parziali

Lo scenario appare chiaro: i trattenimenti attuati tutt'ora negli hotspot, nonostante il significativo intervento del legislatore, sono privi di una base giuridica. È sostanzialmente scorretto, quindi, sostenere che la nuova normativa ha normalizzato e legalizzato le prassi illegittime sviluppate negli ultimi tre anni. La principale forma di detenzione – propedeutica all'identificazione – è ancora attuata in assenza di una normativa di riferimento. Dal punto di vista della relazione tra norma e prassi, gli hotspot continuano a far registrare una significativa imperfezione. Si tratta di una discrasia rilevantissima: la generalizzata privazione arbitraria della libertà personale dei cittadini stranieri da parte delle autorità pubbliche è di inaudita gravità.

In ultimo, appare significativo che Il Comitato dei Ministri, nell'ambito del procedimento di supervisione dell'attuazione della sentenza *Khlaifia*, in seguito dell'ultimo meeting di marzo 2019 abbia inviato al Governo una comunicazione all'interno della quale, tra l'altro, è riferito che "noting that the domestic legal system has yet to provide an effective remedy enabling migrants to complain about the conditions of their detention in hotspots" (...) "called on the authorities to provide information on all outstanding questions identified above no later than 31 May 2019 and instructed the Secretariat to prepare, in co-operation with the authorities, a detailed assessment of this information with a view to the future examination of this case by the Committee".

La lettura di queste note restituisce puntualmente quanto il caso *Khlaifia* parli anche al nostro presente.

Il tema del trattenimento nei centri hotspot, lungi dall'essere archiviato, continua a porre rilevanti questioni agli operatori del diritto. Sarà indispensabile valutare, anche alla luce delle considerazioni formulate dal Comitato dei Ministri, la possibilità di ricorrere nuovamente alla Corte Edu al fine di tutelare i cittadini stranieri in questa nuova fase. La qualità complessiva di un ordinamento giuridico è infatti gravemente compromessa dalla persistenza di prassi – come quella relativa al trattenimento precedente all'identificazione - continuative e marcatamente illegittime.

di FLAMINIA DELLE CESE

Le osservazioni del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale attinenti all'estensione delle ipotesi di trattenimento contenute nel decreto sicurezza e immigrazione

1. Premessa
2. I luoghi di privazione della libertà
3. Prolungamento dei tempi di permanenza nei Centri di permanenza per i rimpatri (Cpr)
4. Zone di transito e convalida accompagnamento coatto alla frontiera
5. Elenco dei paesi di origine sicuri
6. Conclusioni

Il presente contributo ripercorre le perplessità manifestate dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sulle modifiche apportate dal decreto sicurezza e immigrazione alla normativa concernente la privazione della libertà degli stranieri.

L'intervento normativo desta infatti preoccupazione in relazione alle nuove forme di trattenimento introdotte, al prolungamento dei tempi di detenzione nei Centri di permanenza per i rimpatri e al trattamento dei migranti ritenuti non ammissibili nelle zone di transito.

This article analyses the concerns expressed by the National Guarantor for the rights of persons detained or deprived of their personal liberty on the amendments made by the security and immigration decree to the legislation concerning the deprivation of liberty of foreigners.

The legislative intervention is in fact a cause for concern in relation to the new forms of detention introduced, the extension of the limits for detention in detention centres for repatriation, and the treatment in transit areas of migrants considered inadmissible.

1. Premessa

Il ricorso alla privazione della libertà degli stranieri irregolari è senza dubbio uno degli strumenti che si è progressivamente affermato come privilegiato per il controllo dei flussi migratori, ancor più in seguito all'adozione delle disposizioni contenute nel decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113. L'effetto di queste disposizioni è stato quello di ampliare la mappa dei luoghi di possibile privazione della libertà personale per le persone migranti irregolari e, parallelamente, estendere i termini di durata massima della misura restrittiva e i motivi per cui l'autorità di pubblica sicurezza può farvi ricorso.

Nel contesto della detenzione amministrativa e non penale – quale quella che caratterizza il trattenimento dei migranti irregolari – a determinare la privazione della libertà è la decisione da parte delle autorità competenti di rimandarli nel loro paese o nel paese da cui provengono a seguito di un'espulsione o di un respingimento, anche differito, o di un divieto di ingresso. I luoghi di trattenimento o detenzione amministrativa dei migranti sono quindi principalmente dei luoghi di attesa: un'attesa che finisce nel momento in cui il rinvio diviene effettivo.

Tali luoghi possono essere delle strutture definite, come nel caso dei Centri di permanenza per i rimpatri (Cpr), ma anche delle non meglio determinate strutture nella disponibilità delle questure, delle sale d'attesa alle frontiere, o, ancora, dei mezzi di trasporto. Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, secondo il

proprio mandato, ha espresso numerosi rilievi sul testo del decreto legge sicurezza e immigrazione, sia in sede parlamentare nell'ambito di un'audizione al Senato della Repubblica, sia in occasione della presentazione della Relazione del 2019 al Parlamento. Tra i rilievi del Garante spiccano le osservazioni relative alla imprescindibile tassatività che l'articolo 13 della Costituzione richiede quando è in gioco la privazione della libertà delle persone e ai presupposti richiesti dall'articolo 5 della Convenzione europea per i diritti umani (Cedu) per proteggere dall'arbitrarietà e fornire possibile ricorso avverso tale privazione.

2. I luoghi di privazione della libertà

Se il decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 42, così come modificato dal decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, aveva rilanciato la detenzione amministrativa disponendo lo sviluppo della rete dei Centri di permanenza per i rimpatri (Cpr), la legge del 1° dicembre 2018, n. 132 supera di fatto l'esclusività di tali centri come luoghi di privazione della libertà, dilatando la possibilità di assolvere tale funzione anche in altri luoghi.

In particolare, la nuova legge ha introdotto le espressioni “locale idoneo” e “struttura idonea” per indicare i luoghi dove lo straniero destinatario di un provvedimento di rimpatrio forzato, in attesa della definizione del procedimento di convalida, può essere temporaneamente trattenuto.

I presupposti necessari sono che la capienza nei Cpr sia esaurita e che il giudice di pace, nel decreto di fissazione dell'udienza di convalida, esprima la propria autorizzazione. Qualora le condizioni che hanno determinato il trattenimento “in strutture diverse e idonee” permangano anche dopo l'udienza di convalida, il giudice “può autorizzare la permanenza, in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida”.

Già nella sua audizione in Senato nel corso della conversione in legge del decreto sicurezza e immigrazione, il Garante nazionale sottolineava, innanzitutto, come l'indeterminatezza nel lessico della norma potesse generare arbitri e incertezze sull'autorità e le modalità per stabilire l'idoneità di un locale ai fini del trattenimento. A queste osservazioni si aggiungeva poi una riflessione sulla necessaria connotazione di tassatività che deve avere la norma, specialmente quando sono in gioco la privazione della libertà e gli obblighi che discendono dall'articolo 13 della Costituzione.

Secondo le indicazioni del Garante nazionale, pertanto, nella fase applicativa appare fondamentale scongiurare i rischi di arbitrarità insiti nel dettato della legge procedendo alla definizione preliminare di parametri oggettivi di idoneità degli ambienti summenzionati. In questo esercizio di definizione degli standard di riferimento, si deve inoltre presente che i luoghi di detenzione amministrativa riguardano persone non soggette a una misura penale e che tali luoghi dovranno rispettare gli stessi standard di tutela dei diritti dei Cpr.

3. Prolungamento dei tempi di permanenza nei Cpr

Un'ulteriore preoccupazione del Garante nazionale attiene al prolungamento fino a 180 giorni, previsto dal decreto sicurezza e immigrazione, dei termini di durata massima del trattenimento dei cittadini stranieri in attesa di rimpatrio forzato.

In merito a questa modifica, il Garante nazionale sviluppa una riflessione sull'effettiva necessità di una previsione che così fortemente incide sui diritti fondamentali della persona senza garantire nessuna efficacia sotto il profilo dello scopo che si prefigge. Sebbene infatti nel corso degli anni il legislatore sia intervenuto più volte sui termini massimi di trattenimento degli stranieri nei centri più volte rinominati, l'analisi dei rapporti percentuali tra numero di persone rimpatriate e di persone trattenute dimostra che la media dei rimpatri effettuati rispetto alle persone trattenute si è sempre attestata attorno al 50%, indipendente dai termini di trattenimento vigenti. I dati indicano quindi come l'efficacia del sistema delle misure di trattenimento non sia direttamente correlata all'estensione dei termini massimi di permanenza nei centri, ma sia piuttosto dovuta ad altri fattori, primo fra tutti il livello di cooperazione offerto da ciascun paese di provenienza dei cittadini stranieri.

A questo proposito, l'auspicio del Garante è che, nell'attuazione della norma, venga scongiurato il rischio che il trattenimento protratto, senza una prospettiva ragionevole di raggiungimento dello scopo cui è prefissato, sia fine a sé stesso e così possa essere utilizzato come mero strumento di deterrenza rispetto all'atto del migrare.

4. Zone di transito e convalida accompagnamento coatto alla frontiera

Un altro luogo dove i migranti possono essere privati della libertà sono le cosiddette “sale di attesa” alle frontiere, negli aeroporti o nei porti, dove gli individui ritenuti inammissibili attendono, senza poter lasciare tali ambienti a volte anche per giorni, il mezzo di trasporto che li riporterà da dove sono venuti.

Molti dei migranti che intendono fare ingresso in Italia si vedono spesso contestati la mancanza di un regolare visto di ingresso, la presenza di documenti falsi, o ancora la carenza dei requisiti finanziari necessari per il proprio sostentamento. In questi casi, il compito della polizia di frontiera è quello di respingere i cittadini stranieri ai valichi di frontiera privi dei requisiti richiesti dalla legge per fare ingresso nel territorio italiano, prendendo in carico l'individuo che dovrà essere ricondotto nel paese di provenienza. Si tratta di un'operazione che dovrebbe essere svolta all'insegna della massima celerità e nel pieno rispetto dei diritti fondamentali del cittadino straniero. Tuttavia, si registrano alcune frontiere aeree o portuali dove il respingimento effettivo del cittadino straniero comporta una sua prolungata privazione della libertà personale - che si protrae in alcuni casi anche fino a otto giorni - così come il mancato rispetto delle garanzie basilari derivanti dalla Costituzione italiana e dagli obblighi internazionali assunti dallo Stato italiano.

Alcune sale di attesa delle frontiera aeroportuali, dove sostano le persone in tale situazione di trattenimento, infatti, vengono utilizzate per lunghi periodi, in assenza di un preciso provvedimento di privazione della libertà, senza controllo giurisdizionale, per lo più privati del diritto di incontrare un avvocato, mentre le condizioni materiali di questi ambienti sono in molti casi al di sotto degli standard definiti per l'ordinaria detenzione amministrativa. Tuttavia, come sottolinea il Garante nazionale, “la mancanza di una normativa *ad hoc* sulla privazione della libertà personale in fase di respingimento non può privare i destinatari delle garanzie previste in via generale dall'ordinamento giuridico”.

In questo quadro denso di criticità, il Garante sottolinea tuttavia un positivo elemento di novità introdotto dal Parlamento nel percorso di conversione del decreto sicurezza e immigrazione. Si tratta della previsione della convalida da parte dell'autorità giudiziaria per i “respingimenti differiti” (così come sollecitato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 275/2017 e come raccomandato dal Garante nazionale nel proprio parere al Senato) e la previsione esplicita del controllo dello stes-

so Garante nazionale in tutti i luoghi di trattenimento comunque denominati. Essi tuttavia non dissipano completamente le preoccupazioni su un testo di forte impatto sulla libertà delle persone migranti che risulta suscettibile di limitazioni in un numero sempre più vasto di casi e modi. Tra gli ulteriori luoghi di privazione della libertà, particolare attenzione deve essere dedicata ai mezzi di trasporto, come gli aerei sui quali vengono effettuati i voli di rimpatrio forzato o come le navi di salvataggio su cui arrivano i migranti alla ricerca di un futuro in Europa. Le navi, in particolare, si sono in diverse occasioni trasformate da mezzo di salvataggio a luoghi di trattenimento dei migranti: un trattenimento *de facto*, senza un mandato dall'autorità giudiziaria, talvolta quale strumento di pressione nel braccio di ferro con l'Europa nella gestione della "crisi migratoria". Questo nonostante ogni nave italiana, in qualsiasi acqua si trovi, rappresenti un'estensione del territorio nazionale e le persone che essa, seppure temporaneamente, ospita a bordo debbano godere di tutte le garanzie che il nostro sistema ordinamentale prevede.

La nave come luogo di privazione della libertà è uno degli scenari inediti che si è configurato in Italia nel 2018, forse quello che maggiormente ha rappresentato, insieme al decreto sicurezza e immigrazione, un nuovo approccio dell'Italia al fenomeno dell'immigrazione irregolare.

5. Elenco dei paesi di origine sicuri

Un ultimo ordine di considerazioni espresse dal Garante nazionale riguarda la possibilità per l'Italia di stilare un elenco di paesi di origine definiti "sicuri", facoltà accordata agli Stati membri dalla cosiddetta direttiva procedure (2013/32/Ue) del Parlamento europeo e del Consiglio. A questo proposito, il Garante ricorda come da sempre in sede internazionale la predisposizione di elenchi di paesi ritenuti presuntivamente sicuri sia stata più produttrice di difficoltà e di rischi per le persone coinvolte che non di agevolazione di possibili e dovuti rimpatri.

Sottolinea poi la necessità che le richieste di protezione internazionale vengano sempre valutate individualmente, e non sulla base di criteri generali, garantendo al richiedente la possibilità di invocare la sussistenza di gravi motivi di pericolo per evitare il rimpatrio nel proprio paese, così come previsto dalla direttiva procedure.

Al contrario, il testo approvato dal Parlamento italiano prevede per il richiedente l'onere di dimostrare la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro per sé il proprio paese.

Con la legge in commento, inoltre, la provenienza da un presunto paese sicuro implica in ogni caso l'utilizzo di una cosiddetta procedura accelerata per l'esame della richiesta di protezione. Tale procedura, applicabile non solo agli individui trattenuti nei Cpr, ma anche a coloro che si trovino negli hotspot, offre tuttavia minori garanzie per il richiedente perché espletata in tempi più ristretti, che comprimono sensibilmente alcuni diritti.

6. Conclusioni

Nel complesso il Garante nazionale nella Relazione al Parlamento 2019 torna a esprimere diverse perplessità che già aveva manifestato in sede di audizione al Senato della Repubblica. Se ne deduce che le criticità segnalate dal Garante prima della conversione del decreto, lungi dal lasciare spazio a norme di maggiore tutela per la libertà degli stranieri, permangono nel testo di legge definitivo. Al centro della riflessione sono non solo il significativo prolungamento della durata del trattenimento presso i Cpr dello straniero destinato al rimpatrio, ma anche l'ampliamento della tipologia dei luoghi di privazione della libertà personale. Un'estensione della detenzione amministrativa che, anziché rispondere a effettive esigenze di tipo investigativo e burocratico, rischia di configurarsi soltanto come un elemento di sofferenza aggiuntiva, forse finalizzato soltanto a scoraggiare gli arrivi.

FONTI

GNPL, *Relazione al Parlamento 2019*, marzo 2019

GNPL, *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'agenzia nazionale per l'Amministrazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, 4 ottobre 2018

GNPL, *Un giudizio complessivo del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà sulle modifiche in tema di immigrazione introdotte dalla legge di conversione del Decreto Sicurezza*, 6 dicembre 2018

Parte quarta

L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi

Il decreto sicurezza
e immigrazione e
l'iscrizione anagrafica
di **MARÌKA SURACE**

di MARÌKA SURACE

Il decreto sicurezza e immigrazione e l'iscrizione anagrafica

1. Premessa
 2. Documenti per l'iscrizione all'anagrafe:
una corretta interpretazione della legge n.
132/2018
 3. L'accesso ai servizi
 4. Le circolari dei comuni e la giurisprudenza
-

Il contributo esamina le modifiche apportate dal decreto sicurezza e immigrazione all'iscrizione anagrafica del titolare di permesso di soggiorno in quanto richiedente protezione internazionale.

Le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali della norma riportate nel testo permettono di superare i limiti che la legge voleva imporre all'accesso dei richiedenti asilo all'iscrizione alle anagrafi comunali e ai servizi erogati da enti pubblici e privati.

The article examines the amendments introduced by the Salvini decree to the registration at the registry office of those who hold a residence permit because they have applied for international protection. The interpretation of the amendments provided by experts and case-law allow to overcome the limits that the new law aimed to impose concerning asylum seekers' access to the registration at the municipality registries and to the services provided by public and private institutions.

1. Premessa

Il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, entrato in vigore il 5 ottobre 2018 e convertito, con alcune modifiche, in legge 1° dicembre 2018, n. 132, ha apportato significative modifiche alle condizioni giuridiche dei richiedenti protezione internazionale sul territorio italiano.

Tra i cambiamenti considerati più incisivi, c'è la presunta preclusione, per questi soggetti, all'iscrizione anagrafica e, dunque, all'accesso ai servizi che tale iscrizione comporta. Il decreto oggetto di questa analisi, infatti, con l'aggiunta del comma 1-bis all'art. 4 del d.lvo 142/2015, ha stabilito che il permesso di soggiorno che abbia come motivazione la richiesta asilo "non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'art. 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286".

Nel testo che segue si analizzeranno le motivazioni per cui vada rigettata l'interpretazione secondo cui tale norma precluda l'iscrizione anagrafica, tanto più in considerazione del fatto che tale preclusione sarebbe prevista per la sola categoria dei richiedenti asilo. Interpretazione che ha sollevato anche critiche di sospetta legittimità costituzionale poiché escluderebbe dal diritto fondamentale alla residenza anagrafica una categoria specifica e determinata di persone, in chiara violazione di molti principi del nostro ordinamento giuridico, primo fra tutti l'articolo 3 della nostra Costituzione.

2. Documenti per l'iscrizione all'anagrafe: una corretta interpretazione della legge 132/2018

Le disposizioni di cui all'articolo 13 del cosiddetto decreto Salvini, rubricato "Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica", sono state oggetto, subito dopo l'entrata in vigore del decreto, di attenta analisi dottrinale prima e, successivamente, giurisprudenziale.

Gli avvocati Daniela Consoli e Nazzarena Zorzella hanno immediatamente chiarito che «la norma, a prescindere dalle intenzioni del legislatore "storico", non pone alcun esplicito divieto, ma si limita a escludere che la particolare tipologia di permesso di soggiorno motivata dalla richiesta asilo possa essere documento utile per formalizzare la domanda

di residenza, con ciò modificando il previgente sistema»¹. Il previgente sistema a cui si fa riferimento è quello con cui è stata introdotta, in fase di conversione in legge del decreto Minniti, la cosiddetta procedura semplificata, che con l'introduzione dell'art. 5-bis del d.lvo 142/2015, aveva trasformato il permesso di soggiorno in un titolo valido per l'iscrizione anagrafica. Una procedura 'di favore' non rivolta ai casi di iscrizione individuale ma solo ai casi in cui il titolare di questo permesso fosse ospitato in un centro di accoglienza. In tal modo si procedeva all'iscrizione d'ufficio, che si realizzava tramite la semplice comunicazione all'Anagrafe del territorio da parte del responsabile del centro stesso.

Tornando però all'esclusione prevista dall'art. 13 del decreto Salvini, è evidente come tale divieto, che escluderebbe che il permesso di soggiorno ottenuto con la motivazione della richiesta d'asilo possa essere titolo valido per l'iscrizione alle anagrafi comunali, si ponga in netto contrasto con tutta una serie di norme del nostro ordinamento e sovranazionali. Innanzitutto il contrasto è evidente con i principi generali in materia di immigrazione e relativi all'iscrizione anagrafica, come ad esempio l'articolo 6, comma 7, del d.lvo 286/1998 (Testo unico immigrazione), secondo cui "iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani".

Ma basti pensare anche all'art. 2 del Protocollo n. 4 allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificato e reso esecutivo in Italia con d.p.r. 14 aprile 1982, n. 217 sulla libertà di circolazione, che sancisce: "Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza". La nuova norma confligge anche con l'art. 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: "Ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato ha diritto alla libertà di movimento e alla libertà di scelta della residenza in quel territorio", adottato dall'Assemblea generale il 16 dicembre 1966, e reso esecutivo in Italia con legge. n. 881 del 25 ottobre 1977.

È chiaro, come già anticipato, che l'articolo 13 della legge 132/2018 non pone un esplicito divieto, ma semplicemente esclude l'utilizzabilità del permesso per richiesta asilo come documento per l'iscrizione all'anagrafe territoriale. Tale esclusione va interpretata attraverso una riflessione sulla funzione, nel nostro ordinamento, di tale permesso di soggiorn-

1 D. CONSOLI, N. ZORZELLA, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, 8 gennaio 2019.

no nell'ambito del diritto alla residenza. E ciò non può che essere fatto partendo dalla stessa definizione di residenza, che troviamo all'articolo 43, comma 2, del nostro Codice civile: "la residenza è il luogo in cui la persona ha la dimora abituale". Ciò vale per il cittadino italiano, il cui compito, per stabilire la propria residenza, sarà semplicemente quello di dimostrare la stabile permanenza in un luogo e la volontà di rimanervi. Per quanto riguarda lo straniero, sarà necessario che egli dimostri anche di essere presente sul territorio nazionale in modo regolare. Così, infatti, stabiliscono la legge anagrafica n. 1228/1954 e il regolamento anagrafico, ma anche il Testo unico Immigrazione, il d.lvo 286/1998. In base a quanto affermato, non sarà il permesso di soggiorno a confermare tale regolarità, bensì, in modo più certo, la compilazione del modello C3, insieme o in alternativa all'identificazione del soggetto richiedente in questura. Tale riconoscimento sarà pienamente valido ai fini dell'iscrizione anagrafica, poiché assolve ai criteri previsti dalla legge.

Non è dunque corretta l'interpretazione secondo cui la legge 132/2018 impedisce l'iscrizione dei richiedenti asilo all'anagrafe. Cambia solo il documento richiesto per effettuarla: invece del permesso di soggiorno, il modello C3 e/o il documento di identificazione presso la questura. Se così non fosse, infatti, ricadremmo nell'esclusione di una categoria, quella dei richiedenti asilo, che andrebbe in pieno contrasto con la nostra Costituzione nel momento in cui un ufficiale di stato civile di un comune dovesse negare loro l'iscrizione anagrafica. E, visto che, come afferma il professor Emilio Santoro "ciò che deve guidare (anche i funzionari pubblici, per evitare inutili ricorsi e processi sulle loro decisioni) nella lettura dei testi normativi è in primo luogo il contesto costituzionale e il sistema di tutela multilivello dei diritti e poi il quadro sistematico rappresentato dall'ordinamento giuridico"², sarà questa l'interpretazione più coerente con il nostro ordinamento giuridico.

3. Accesso ai servizi

Insieme al problema dell'iscrizione all'anagrafe dei richiedenti asilo, si è posto il problema di come la legge 132/2018 incida sull'accesso ai servizi che da tale iscrizione conseguono. Anche in questo caso il clamore mediatico ha superato, in allarmismo, l'interpretazione più corretta.

2 E. SANTORO, *In direzione ostinata e contraria. Parere sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo alla luce del Decreto Salvini*, Centro di documentazione *L'altro diritto*.

Il richiedente asilo ha diritto infatti a tutte le prestazioni erogate sul territorio comunale. E ciò anche in seguito alla novella del decreto Salvini, che modifica l'art. 5 comma 3 del d.lvo 142/2015, che comunque garantisce espressamente che i richiedenti asilo possano accedere a tutti i servizi erogati sul territorio in base al domicilio dichiarato nel momento in cui è stata formalizzata la domanda di riconoscimento di protezione internazionale. Va inoltre ribadito che si tratta non solo di servizi erogati dal comune, ma anche di quelli la cui erogazione dipenda da soggetti privati come le poste, la banca, i centri di formazione professionale. Dunque l'accesso è garantito per servizi che hanno a che vedere con l'istruzione, la sanità, le misure di welfare. Ma anche l'apertura di conti correnti presso le Poste italiane o le banche, l'apertura di polizze assicurative, l'accesso a servizi forniti da agenzie immobiliari, l'iscrizione a società sportive e a centri per l'impiego, l'ottenimento della patente, l'ottenimento dell'indennità di disoccupazione. Si precisa che nessuna norma prevede che venga esibito il certificato di residenza per l'accesso ai servizi erogati da soggetti privati³.

A tal fine sarà utile presentare soltanto un documento di riconoscimento che, per quanto riguarda i richiedenti asilo, può essere anche il permesso di soggiorno. È così stabilito, infatti, dall'art. 4, comma 1, d.lvo 142/2015: “[...] Il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”.

Come stabilito dall'art. 2 della l. 241/1990, ogni procedimento amministrativo va concluso con un provvedimento espresso. Ogni volta, dunque, che si formula una richiesta alla pubblica amministrazione, essa deve adottare un provvedimento espresso e motivato. Se ciò non avviene, l'istante potrà pretendere il provvedimento e, in caso di perdurante rifiuto, agire contro il silenzio dell'amministrazione. Se a non rispondere alla domanda è un soggetto privato (banca, scuola privata, centro per l'impiego, assicurazione), è bene avere un testimone che possa dimostrare che tale domanda è stata presentata e che il soggetto privato ha rifiutato al richiedente l'accesso al servizio⁴.

3 Redazione Asgi, *La violazione dei diritti dei richiedenti la protezione internazionale dopo l'entrata in vigore del l. 113/2018*, 11 aprile 2019.

4 Per una più completa analisi su servizi e iscrizione anagrafica v. G. SANTORO, M. SURACE, *Anagrafe e diritti, cosa cambia col decreto Salvini*, Cild.

4. Le circolari dei comuni e la giurisprudenza

Il decreto-legge n. 113/2018, poi convertito in legge n. 132/2018 ha sollevato numerose polemiche e reazioni da parte di chi, lavorando presso gli uffici comunali, si è trovato, in mancanza di un'interpretazione chiara e univoca, a dover stabilire se e come procedere all'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. Da una parte alcuni sindaci, come Leoluca Orlando, primo cittadino di Palermo, hanno stabilito che l'iscrizione si sarebbe fatta comunque, dando la priorità a un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma e dunque facendo prevalere l'art. 3 della Costituzione.

In altri casi i sindaci hanno stabilito, in base alla dottrina già citata, che tale iscrizione vada garantita e dunque hanno in tal senso elaborato circolari ai responsabili dei servizi anagrafici. È il caso del Comune di Crema, la cui circolare n. Prot. 10871 del 7 marzo 2019 è un perfetto esempio di corretta interpretazione dell'articolo 13 del decreto sicurezza⁵. In altri casi, invece, si è reso necessario il ricorso al procedimento giurisdizionale, come con l'ordinanza del Tribunale di Firenze n. 361 del 18 marzo 2019: a seguito di ricorso per mancata iscrizione anagrafica di un richiedente asilo, il giudice fiorentino ha affermato l'inesistenza del divieto di iscrizione anagrafica, obbligando il sindaco di Scandicci presso cui era stata presentata l'istanza a iscrivere il richiedente asilo.

L'ordinanza stabilisce come l'entrata in vigore del decreto sicurezza non faccia venir meno l'obbligo dei comuni di procedere all'iscrizione dei richiedenti asilo. Anche in questo caso si procede a un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Il Tribunale riconosce che l'iscrizione anagrafica ha natura di attività amministrativa a carattere vincolato, in relazione alla quale il privato ha una posizione di diritto soggettivo, e dunque evidenzia come "l'iscrizione anagrafica registra la volontà delle persone che, avendo una dimora, hanno fissato in un determinato comune la residenza oppure, non avendo una dimora, hanno stabilito nello stesso comune il proprio domicilio", sulla base non di titoli, ma delle dichiarazioni degli interessati o degli accertamenti ai sensi degli artt. 13, 15, 18-bis e 19 del citato d.p.r. n. 223/1989⁶.

5 Ufficio staff del Sindaco, Comune di Crema, Provincia di Cremona, Circolare n. 10871 del 7 marzo 2019.

6 Per un approfondimento G. SERRA, *L'iscrizione anagrafica e i richiedenti asilo dopo il decreto 113/2018*, 25 marzo 2019.

In base agli stessi criteri ermeneutici ha deciso il Tribunale civile di Bologna che ha accolto il ricorso di due richiedenti asilo che si erano visti negare l'iscrizione anagrafica dal Comune sulla base di quanto stabilito dal decreto-legge n. 113/2018, convertito nella legge n. 132/2018. Uno dei ricorrenti, una donna ospite in una struttura di accoglienza che era scappata dal suo paese perché si sentiva perseguitata a seguito della sparizione del marito e del figlio, aveva richiesto l'iscrizione anagrafica il 4 febbraio 2019 ma il successivo 6 marzo l'ufficiale di anagrafe del Comune ha dichiarato "irricevibile" la domanda. Il 27 marzo la donna ha presentato ricorso in via cautelare. Il giudice Matilde Betti ha accolto il ricorso e ordinato al sindaco di Bologna, in qualità di Ufficiale di Governo responsabile della tenuta dei registri anagrafici, di procedere all'immediata iscrizione della ricorrente nell'elenco della popolazione residente nel comune, con le modalità previste per le persone senza fissa dimora.

Parte quinta

Il decreto sicurezza *bis*: Profili problematici

Premessa

di **GENNARO SANTORO**

Il diritto nelle mani dei potenti

di **PATRIZIO GONNELLA**

Parere del Garante nazionale
dei diritti delle persone detenute
o private della libertà personale
sul decreto legge 14 giugno 2019,
n. 53 recante titolo:

“Disposizioni urgenti in materia di
ordine e sicurezza pubblica”

di **MAURO PALMA**

Premessa

di GENNARO SANTORO

Il 5 agosto 2019 il Senato ha approvato la legge di conversione del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante “Disposizioni urgenti in materia di ordine pubblico e sicurezza” e noto come decreto sicurezza *bis*, in ragione della sua evidente continuità con il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, c.d. decreto sicurezza e immigrazione.

Numerose le novità introdotte in tema di contrasto all’immigrazione illegale, ordine e sicurezza pubblica (capo I), potenziamento dell’efficacia dell’azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza (capo II), contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive (capo III)¹.

Abbiamo pertanto deciso di aggiornare l’e-book *I profili di incostituzionalità del Decreto legge Salvini* proponendo due approfondimenti sulla nuova legge a firma del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Mauro Palma, e del Presidente dell’Associazione Antigioco, nonché componente del direttivo di Cild, Patrizio Gonnella.

Il testo del decreto-legge ha subito numerose modificazioni in sede di discussione alla Camera, mentre al Senato è stata posta la questione di fiducia. La legge di conversione si compone infatti di ben 27 articoli (a dispetto dei 17 previsti nel decreto-legge) e sono numerose le modifiche dei singoli articoli apportate presso la Camera.

La più rilevante e significativa ha riguardato l’art. 2 del decreto-legge in commento, che integra l’art. 12 del Testo unico immigrazione introducendo una sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione, da parte del comandante di una nave, del divieto di ingresso, transito o sosta nel mare territoriale disposto con provvedimento adottato ai sensi dell’art. 1 del decreto-legge.

¹ Per un primo approfondimento sul testo del decreto-legge 53/2019 si rimanda a S.ZIRULIA, Decreto sicurezza-bis: novità e profili problematici in DPC.

La sanzione consiste nel pagamento di una somma da 150 mila a 1 milione di euro (l'importo della sanzione è stato oggetto di modifica nel corso dell'esame presso la Camera: nel testo del decreto la sanzione è da 10 mila a 50 mila euro) e si applica la sanzione accessoria della confisca dell'imbarcazione.

La formulazione originaria del decreto-legge sanziona, unitamente al comandante, anche l'armatore e il proprietario della nave, tenuti tutti a pagare la medesima sanzione amministrativa per la violazione del divieto, notificata agli stessi "ove possibile". Nel corso dell'esame presso la Camera tale disposizione è stata modificata, trasformando la responsabilità del proprietario dell'imbarcazione e dell'armatore della nave da responsabilità diretta a responsabilità solidale. Rispetto al testo previsto nel decreto-legge n. 53/2019, dunque, la sanzione amministrativa è una sola: responsabile dell'illecito è il comandante della nave, mentre armatore e proprietario del mezzo, come previsto dall'art. 6 della legge n. 689 del 1981, dovranno procedere al pagamento solo se non vi provvede il comandante (potendosi poi rivalere nei confronti dell'autore della violazione).

Rispetto alla formulazione prevista nel decreto-legge, inoltre, la Camera ha soppresso l'obbligo di notifica del divieto di ingresso al comandante della nave, oltre che "ove possibile" ad armatore e proprietario.

Oltre alla sanzione amministrativa pecuniaria, all'autore della violazione si applica anche la sanzione amministrativa accessoria della confisca dell'imbarcazione utilizzata per commettere la violazione.

Rispetto alla formulazione originaria del decreto-legge, che prevede la sanzione accessoria della confisca della nave e il sequestro cautelare solo in caso di reiterazione della violazione, le modifiche introdotte prevedono l'immediato sequestro - e la conseguente confisca - senza attendere una seconda violazione.

Si segnala altresì l'introduzione dell'art. 3 *bis* che modifica la disciplina dell'arresto obbligatorio in flagranza di reato per prevederlo anche nei confronti di chiunque sia colto in flagranza di un delitto di resistenza o violenza contro nave da guerra, in base all'art. 1100 del codice della navigazione. A tal proposito si ricorda che, in base all'articolo 1087 del

codice della navigazione, l'art. 1100 non si applica alla navigazione interna (acque territoriali), come in più occasioni ricordato dalla Corte di cassazione (cfr. Cass. pen. Sez. VI, 24/06/2003, n. 34028; Cass. pen. Sez. VI, 24/06/2003, n. 34028).

Significative modifiche sono state apportate in sede di conversione in legge anche in tema di Daspo (art. 13), con l'estensione della durata della misura di prevenzione applicabile ai recidivi e a coloro che abbiano violato un precedente Daspo che non potrà essere inferiore a 5 anni né superiore a 10 (in precedenza da 5 a 8 anni, mentre il testo originario del decreto-legge prevede da 6 a 10 anni).

Inoltre, si subordina il provvedimento di riabilitazione, che il destinatario può chiedere trascorsi 3 anni dalla cessazione del divieto, a condotte di ravvedimento operoso consistenti, a seguito delle modifiche approvate alla Camera, alternativamente, nella riparazione dei danni causati mediante risarcimento anche in forma specifica; nella collaborazione con le autorità ai fini dell'individuazione di altri autori o partecipanti ai fatti che hanno determinato il Daspo; nello svolgimento di lavori di pubblica utilità, consistente nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività.

Infine, si segnalano le modifiche apportate all'art. 16 del decreto-legge, con una significativa estensione delle ipotesi di esclusione della particolare tenuità del fatto anche quando si procede per i delitti di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 c.p.), di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) e di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341-*bis* c.p.) commessi nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni.

di PATRIZIO GONNELLA

Il diritto nelle mani dei potenti

Il decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante “Disposizioni urgenti in materia di ordine pubblico e sicurezza”, convertito in legge con modificazioni il 5 agosto 2019, si muove all’interno di un solco già segnato da recenti precedenti provvedimenti legislativi che affrontano il tema della sicurezza e dell’immigrazione in modo manicheo, semplificato, producendo un’ulteriore compressione dei diritti e delle garanzie all’interno del nostro ordinamento giuridico.

Si tratta di un testo che ha già subito non poche modifiche tra il suo annuncio e la sua approvazione in Consiglio dei Ministri. Ad esempio sono state espunte norme che già, *prima facie*, apparivano odiose e palesemente illegittime. Tra queste la norma che, contravvenendo al principio della responsabilità penale personale, prevedeva una colpa per fatti altrui: il promotore di una manifestazione non autorizzata avrebbe dovuto rispondere dei crimini commessi da altri durante quella stessa manifestazione. O si pensi all’istituzione di un Commissario governativo che avrebbe dovuto sostituirsi alla magistratura nel potere di decidere l’ordine da attribuire all’esecuzione di sentenze penali. Ciò avrebbe significato minare alla radice quella separazione dei poteri che è alla base di ogni ordinamento democratico. È scivoloso nonché rischioso per l’indipendenza della magistratura prevedere che possa essere l’autorità governativa a poter operare una selezione nei reati da perseguire effettivamente.

Il sistema giuridico nella sua complessità, e i diritti per loro intrinseca natura, non possono essere continuamente intaccati sulla base di presunte e indimostrate emergenze criminali e sociali. Così come lo stesso Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte ha scritto poco tempo addietro in una pubblicazione in onore di Guido Alpa, criterio ultimo e determinante di ogni ricerca giuridica, e dunque della stessa produzione normativa, non può non essere “la centralità della persona”. Un rispetto dell’altro che il decreto-legge in questione mette fortemente in discussione e che purtroppo il Parlamento ha convertito in legge.

In primo luogo ci soffermiamo, al pari di quanto fatto per il decreto sicurezza del 2018, su un punto che non è derubricabile a mera questione di forma. Anche in questo decreto è evidente la carenza dei presupposti per il ricorso alla decretazione d’urgenza sia nella parte relativa all’immigrazione che in quella relativa all’ambito penale. Meritano di

essere riproposti alcuni argomenti già sollevati dal Prof. Marco Ruotolo in questo stesso e-book.

Il Governo attraverso i suoi Ministri si è non poche volte vantato dei risultati raggiunti in termini di ridotto flusso di migranti e di calo degli indici di delittuosità. Dati effettivamente confermati anche nelle relazioni ufficiali degli organismi di Polizia. Tra il 2015 e il 2017 sono stati consumati oltre 250.000 delitti in meno. Certamente una tale massiccia diminuzione della delittuosità non è da spiegarsi invocando l'efficienza del sistema repressivo. Nel corso del 2015 il numero dei delitti è stato pari a 2.687.249. Nel 2017 il numero dei delitti commessi è sceso a 2.429.795. Nonostante il ridursi dei crimini, negli ultimi anni il legislatore – facendo leva su un'indistinta e indotta percezione pubblica di insicurezza – ha più volte modificato il codice penale, motivando tali interventi con l'obiettivo di contrastare presunti fenomeni criminali predatori in aumento. E con il decreto sicurezza *bis* ancora una volta ha deciso di ricorrere alla decretazione d'urgenza su questioni di natura processuale o sostanziale che non giustificano la deroga ai principi della legislazione ordinaria. L'andamento della criminalità evidenzia la distanza tra sicurezza vera e sicurezza percepita, tra delitti commessi e delitti immaginati. Lo scorso febbraio 2019 il Ministero dell'Interno ha presentato la relazione annuale al Parlamento per l'anno 2017 sull'attività delle Forze di Polizia e sulla sicurezza. In essa si legge che nel 2017 si conferma il trend decrescente dell'andamento della delittuosità in Italia, con un calo del 2,32% rispetto al 2016. Il decremento nel numero dei reati commessi si è confermato nei primi nove mesi del 2018, durante i quali, rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, i delitti sono diminuiti di un ulteriore e significativo 8,3%. Nel periodo che va da gennaio a settembre 2018, rispetto agli stessi mesi del 2017, gli omicidi volontari sono calati del 18,5%. Ne sono stati commessi 233, vale a dire 53 in meno rispetto all'anno precedente (nel 2017 erano stati 370, ovvero 34 in meno rispetto al 2016). Ancora nei primi nove mesi del 2018 sono calate le rapine (-9,1%), con una diminuzione assai rilevante delle rapine in banca (-30%) nonché di quelle in appartamento (-15,6%). Sono inoltre diminuiti i furti (-8%) e le violenze sessuali (-6,1%). La tendenza decrescente nei delitti commessi continua a confermarsi anche nei primi quattro mesi del 2019 rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente, registrando un calo del 15%. In particolare, gli omicidi registrano una diminuzione del 12,2%, i tentati omicidi del 16,2%, le rapine del 20,9%, i furti del 15,1%,

le lesioni dolose del 21,8%, le violenze sessuali addirittura del 32,1% e l'usura del 47%. Il decreto-legge si occupa ancora una volta dell'incrocio tra immigrazione e criminalità, dando per presupposto un legame che è invece tutto da dimostrare, nonché una tendenza alla crescita della delittuosità degli stranieri. Utile è dunque uno sguardo a quei delitti che hanno a che fare con l'immigrazione o con la condizione di povertà. Tra il 2016 e il 2017 è diminuito da 125 a 88 il numero delle segnalazioni riferite a persone denunciate o arrestate per il reato di impiego di minori nell'accattonaggio. Proprio quando cresceva la retorica di odio verso le popolazioni rom, sinti e camminanti, a ennesima testimonianza dell'assenza di connessione tra l'andamento della criminalità e la reazione sociale e politica ai fatti di cronaca. Ancora tra il 2016 e il 2017, il numero delle segnalazioni riferite a persone denunciate o arrestate per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio italiano è diminuito da 46.669 a 33.596. Nonostante ciò, la questione dell'immigrazione è a fondamento anche di questo decreto-legge.

Mancano clamorosamente, dunque, quei criteri di straordinarietà ed urgenza che giustificano l'adozione di un decreto-legge. Inoltre sono evidenti i difetti di omogeneità del decreto-legge, criterio che la Corte Costituzionale ha ritenuto necessario per affermare la legittimità della decretazione di urgenza. Nel decreto in esame si giustappongono norme in materia di immigrazione, norme in materia penale che criminalizzano il dissenso, norme che cambiano l'organizzazione interna allo Stato, norme che sottraggono competenze ai ministeri della Giustizia e dei Trasporti per affidarle pretestuosamente e pericolosamente al ministero dell'Interno, norme che riguardano le prossime Universiadi. Si tratta di disomogeneità tali da mettere a rischio la costituzionalità del decreto, anche alla luce dei precedenti giurisprudenziali, ed in particolare della sentenza n. 32 del 2014, in materia di droghe.

Venendo ai contenuti del decreto-legge ci soffermiamo solo su alcune delle norme in esso presenti. La norma che modifica il Testo Unico sull'immigrazione, introducendo l'illecito amministrativo del trasporto irregolare di migranti in acque internazionali, stride con quella cultura del rispetto della persona in difficoltà che caratterizza il diritto internazionale del mare. I primi due articoli del decreto sicurezza *bis* colpiscono chi risponde all'obbligo di soccorso (si tratta del cosiddetto adempimento di un dovere) prevedendo sanzioni amministrative per comportamenti

coerenti con l'ordinamento giuridico internazionale e con i principi costituzionali, in nome di non meglio definiti motivi di ordine pubblico. Il Ministro dell'Interno, come abbiamo visto nel caso della Sea Watch 3, può oggi vietare l'ingresso dichiarando che quella nave sta contribuendo alla commissione del reato di favoreggiamento immigrazione clandestina, senza tener conto del diritto dei naufraghi a poter chiedere asilo e a evitare il respingimento, ad es., in Libia, luogo dove il rischio di essere sottoposto a tortura è certificato dalle organizzazioni inter-governative. Inoltre le norme non tengono conto di come il capitano della nave sia sempre obbligato al salvataggio in mare. Il sequestro della stessa nonché le pesanti sanzioni economiche previste dall'art. 2 configurano il rischio di violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto si tratta di sanzioni amministrative pesanti che si aggiungono al procedimento penale per favoreggiamento all'immigrazione clandestina. Inoltre la casistica giudiziaria evidenzia come in casi di questo genere, salvo non sia dimostrato un nesso criminale, operino ragionevolmente le scriminanti previste all'interno del codice penale, ossia lo stato di necessità, e finanche la legittima difesa. Sia l'art. 98 della Convenzione di Montego Bay che l'art. 10 della Convenzione di Amburgo sulla ricerca e il salvataggio marittimo prevedono che il comandante della nave abbia l'obbligo di salvare le persone in pericolo e di condurle, senza esporli a ulteriori rischi, presso un porto sicuro, ossia dove non ci sia il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani, crudeli o degradanti o a tortura.

Sempre in tema di immigrazione la previsione del trasferimento delle competenze interdittive del Codice della Navigazione dal Ministro delle Infrastrutture al Ministro dell'Interno, producono un ingiustificato accentramento di poteri in capo al Ministero dell'Interno. Va ricordato che proprio su questo terreno, lo scorso 19 giugno 2019, la Corte Costituzionale ha censurato l'accentramento in capo al Ministero dell'Interno di poteri spettanti agli enti locali in tema di Daspo, in considerazione dei rischi istituzionali di una eccessiva concentrazione di poteri. L'attribuzione di competenze al Ministero dell'Interno, anziché al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, del potere di limitare o vietare il transito o la sosta di imbarcazioni determina una degenerazione di tutto ciò che accade nello spazio marittimo in questione di ordine pubblico.

Le norme in materia penale e di polizia si caratterizzano per un tratto comune, ossia una forma ulteriore di criminalizzazione del dissenso che non è giustificabile con la necessità di garantire manifestazioni pacifiche. Si tratta dunque di norme in materia di manifestazioni pubbliche che prevedono aumenti di pena o nuove circostanze aggravanti, andando addirittura a irrigidire il testo unico di Polizia del 1931 di epoca fascista.

Anche qui l'urgenza e la straordinarietà delle norme non trovano legittimazione alla luce di quanto accaduto nell'ultimo anno. Il paese non è minimamente attraversato da conflitti violenti che legittimano nuove norme repressive nei confronti di chi protesta in piazza. Le norme si palesano invece come un ulteriore arretramento culturale sul tema delle garanzie costituendo una svolta repressiva pericolosa e ingiustificata.

Si assiste a un irrigidimento di pene e sanzioni che rompono il principio di proporzionalità che dovrebbe governare il sistema penale. Il fine ultimo sembra proprio quello della criminalizzazione del dissenso.

L'inasprimento all'art. 6 delle pene previste (l'arresto passa dalla cornice "da uno a due anni" a quella "da due a tre anni"; l'ammenda, che continua ad applicarsi congiuntamente all'arresto, passa dalla cornice "da 1.000 a 2.000 euro" a quella "da 2.000 a 6.000 euro") dalla c.d. legge Reale per chi utilizza caschi protettivi o qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in occasione di manifestazioni (l. n. 152/1975, art. 5, secondo periodo) stride con l'impossibilità di identificare chi svolge funzioni di ordine pubblico. Si crea una disparità di trattamento, assicurando per chi lavora nelle forze dell'ordine una sorta di immunità penale di fatto.

L'insieme delle disposizioni mette dunque in discussione il principio di ragionevolezza e proporzionalità più volte sancito dalla Corte Costituzionale.

Infine le norme in materia sportiva, oltre a trattare le manifestazioni sportive come un fatto di solo ordine pubblico, codificano in modo permanente un istituto giuridico, ossia la flagranza differita, che è del tutto privo di senso e ragionevolezza. La sostenibilità costituzionale di una norma irragionevole era solo nel suo essere provvisoria nel tempo.

L'arresto in flagranza differita è un ossimoro, difficile da sostenere come legittimo e ragionevole. Fu introdotto per la prima volta dal decreto-legge 24 febbraio 2003, n. 28, convertito dalla legge 24 aprile 2003, n. 88. Come in altri casi, lo sport è palestra di sperimentazione di pratiche repressive che prima sono proposte come temporanee e poi divengono definitive intaccando garanzie e principi fondamentali della legislazione penale e processuale.

Sin da allora autorevoli studiosi hanno affermato la non facile adesione all'art. 13 della Costituzione. L'Unione delle Camere Penali italiane segnalò sin da allora la gravità di una misura che legittimava un arresto in flagranza di reato con la visione di materiali nelle 48 ore successive. Inizialmente era previsto che la misura processuale avesse una durata limitata (fino al 30 giugno 2005). Da allora di proroga in proroga (approvate a volte con decreto-legge come il n. 115/2005, il n. 8/2007; a volte con legge come nel caso dell'art. 7 della legge n. 119/2013 che le aveva ulteriormente prorogate fino al 30 giugno 2016). Il fatto che le norme non avessero una durata illimitata nel tempo era segno della consapevolezza del legislatore della straordinarietà di un istituto ben poco coerente con la normalità processuale. La Corte di Cassazione aveva sottoposto la questione della legittimità costituzionale della flagranza differita al vaglio della Corte Costituzionale in riferimento all'art. 13, comma terzo, della Costituzione. La Corte Costituzionale dichiarò la questione manifestamente infondata, ma la misura non era certo stabilizzata nel nostro ordinamento giuridico.

di MAURO PALMA

Parere del Garante nazionale
dei diritti delle persone
detenute o private della
libertà personale, sul decreto
legge 14 giugno 2019, n. 53
recante titolo:
“Disposizioni urgenti in
materia di ordine e sicurezza
pubblica”

Con il presente documento si fornisce una versione aggiornata del parere reso lo scorso 4 luglio; versione che tiene conto delle modificazioni apportate dalla Camera dei Deputati nel corso dell'iter di conversione.

L'intervento normativo oggetto di parere si compone di tre parti distinte: la prima concerne il contrasto all'immigrazione illegale, la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica; la seconda, il potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche per la sicurezza; la terza, il contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive.

Il Garante nazionale preliminarmente osserva che le misure oggetto di parere concernono gli aspetti che possano direttamente o indirettamente incidere sulla privazione della libertà delle persone, sulla sua legittimazione formale e sostanziale, sulle forme in cui essa possa attuarsi e sull'effettività dei diritti fondamentali delle persone ristrette. Pertanto, il parere qui di seguito espresso, mentre è da un lato *opportuno*, essendo il Garante nazionale l'Autorità di tutela dei diritti delle persone private della libertà personale, qualunque ne sia la ragione, è altresì *obbligatorio* da parte del Garante stesso quale *Meccanismo nazionale* di prevenzione, ai sensi dell'articolo 19 lettera c) del Protocollo opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (ratificato dall'Italia con legge 9 novembre 2012 n. 195).

Le previsioni dirette a contrastare prassi abusive della normativa internazionale e delle disposizioni in materia di ordine e sicurezza pubblica, nonché quelle dirette a potenziare l'efficacia delle disposizioni in tema di rimpatri sono quelle che maggiormente e direttamente coinvolgono l'azione di monitoraggio e tutela da parte del Garante Nazionale. Nondimeno alcuni aspetti relativi alle modifiche introdotte nei codici e nella legislazione a essi complementare, hanno rilevanza per il Garante in virtù dei loro effetti sulla potenziale area della privazione della libertà personale.

È tuttavia doveroso osservare preliminarmente che nello spazio temporale degli ultimi due anni il Garante si è trovato a esprimere pareri su ben tre provvedimenti - tutti adottati con procedura d'urgenza, i precedenti essendo il decreto legge 13/2017 e il decreto legge 113/2018 - riferibili alla stessa materia e accomunati dal medesimo sostanziale presupposto

relativo alla necessità e urgenza di garantire l'effettività delle misure di allontanamento adottate nei confronti dei cittadini stranieri in posizione di irregolarità. Obiettivo, evidentemente difficile da perseguire oltre i numeri già raggiunti, considerate, appunto, la sua reiterazione nei ravvicinati provvedimenti di legge citati e l'inequivocabilità del dato statistico indubbiamente rivelatore della scarsa efficacia delle misure a tal fine adottate. A questo proposito si noti che, in base ai dati forniti dal Ministero dell'Interno al Garante nazionale in qualità di organismo nazionale di monitoraggio sui rimpatri forzati ai sensi della Direttiva 2008/115/CE, il numero delle persone rimpatriate nel primo semestre del 2019, pari a 2.839 (rilievo al 15.06.2019), è in linea con i dati sui rimpatri degli anni precedenti (6.398 persone rimpatriate nel 2018; 6514 nel 2017; 5.817 nel 2016).

Non solo, ma sono ancora lontane dalla piena attuazione alcune rilevanti previsioni contenute nel primo provvedimento (decreto legge 13/2017): per esempio relativamente alla predisposizione di Centri per il rimpatrio di dimensioni ridotte, collocati regionalmente e con condizioni materiali e organizzative accettabili, essendosi limitata l'attuazione della nuova previsione normativa alla riapertura di Centri già funzionanti in passato e alla risistemazione delle più macroscopiche inadeguatezze di quelli esistenti. Analogamente le previsioni contenute nel decreto del 2018 (decreto legge 113/2018), per esempio relativamente al possibile trattenimento fino a trenta giorni dei richiedenti asilo negli *hotspot* o alla possibile disposizione di 'luoghi idonei' non risultano ancora pienamente disciplinate. Il Garante nazionale, mentre apprezza sia tale cautela applicativa sia l'interlocuzione avviata con il Ministero dell'interno proprio sulla realizzazione di tali aspetti, non può esimersi dall'esprimere la propria perplessità sulla frequenza di provvedimenti d'urgenza che incidendo sulla stessa materia, peraltro in ridefinizione ed evoluzione proprio sulla base di precedenti interventi, rischiano di avere più la connotazione di messaggio e di costruzione culturale che non di effettività. Il tutto in un contesto di drastica riduzione degli arrivi irregolari nel nostro Paese, soprattutto per la via marittima: una riduzione a volte rappresentata numericamente anche maggiore di quanto non sia nella realtà, dato l'arrivo di piccole imbarcazioni che sfuggono al flusso di controllo, identificazione e accoglienza che connota gli arrivi di grandi vettori. Nonché nel contesto di un immutato numero di effettivi rimpatri, che si mantiene lungo valori standard, come sopra documentato.

Come il Garante nazionale ha già avuto modo di rilevare nella propria Relazione al Parlamento 2019, una simile reiterata modalità di adozione di provvedimenti legislativi nella stessa materia, a parità di condizioni al contorno, potrebbe essere letta come un preoccupante indice della difficoltà di affrontare il tema al di fuori di una logica emergenziale, con i tempi e gli spazi propri del confronto sociale, culturale e parlamentare.

Pertanto, anche nell'analisi di quest'ultimo provvedimento, il Garante nazionale pone alla considerazione del Parlamento alcune riflessioni in merito al nuovo ricorso alla decretazione d'urgenza, svolgendo in premessa una considerazione di carattere generale che attiene sia a profili di criticità tecnica sia ad aspetti più generali che riguardano la costruzione di strategie e interventi per la gestione dei flussi migratori.

Sotto un profilo tecnico, l'eterogeneità dei fini del provvedimento normativo genericamente e vagamente riferiti alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica sembra al Garante non riuscire a soddisfare, nell'articolazione del provvedimento stesso, i requisiti di omogeneità e specificità richiesti per la decretazione d'urgenza.

Inoltre, il Garante nazionale esprime i propri dubbi relativamente alla sussistenza in concreto di effettive straordinarie e impellenti necessità di esercizio da parte dell'organo esecutivo del potere di sostituirsi al Parlamento nella sua funzione legislativa. Ciò anche in considerazione, in particolare relativamente ai primi articoli, alla già citata indubbia riduzione degli sbarchi. Per il resto dell'articolato, ricorda che il codice penale dovrebbe essere oggetto di particolare protezione rispetto a possibili interventi urgenti che rischiano spesso di modificarne la complessiva costruzione logica anche nella gerarchia dei beni giuridici tutelati e nella previsione di conseguenti sanzioni per chi tali beni aggredisce, il Garante nazionale ritiene sorprendente la modifica per decreto di alcune previsioni in virtù di un contingente e limitato evento sportivo. Rammenta in merito, come in passato si sia giunti a censura da parte della Corte costituzionale dell'inserimento in un provvedimento d'urgenza in corso di conversione di aspetti che regolavano un'area tematica del tutto dissimile dall'imminente evento agonistico internazionale, a cui il provvedimento era formalmente dedicato.

Parere sull'articolo 1 recante rubrica “Misure a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e in materia di immigrazione”

L'articolo 1 del decreto legge prevede che «Il Ministro dell'interno [...] nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, [...] per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, par. 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare», vale a dire quando la nave è impegnata nelle attività di carico o scarico di qualsiasi persona in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero.

In relazione a tale previsione si ritiene utile formulare 4 riflessioni.

a) Obbligo di soccorso

La norma contiene, conformemente a quanto previsto dall'art. 117 della Costituzione, il richiamo generale al rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia inteso come limite complessivo all'esercizio del potere di limitare o vietare l'ingresso.

La previsione è in linea con quanto stabilito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (“Convenzione di Montego Bay”, d'ora in avanti CNUDM) che prevede, all'articolo 2 paragrafo 3, il principio generale in base al quale «La sovranità sul mare territoriale si esercita secondo le condizioni previste dalla presente Convenzione e dalle altre norme di diritto internazionale», tra le quali rientra non solo il diritto internazionale del mare, ma, come poi verrà approfondito, anche il diritto internazionale dei diritti umani.

Come è noto, l'art. 17 della CNUDM prevede il diritto di *passaggio inoffensivo* che lo stato costiero ha l'obbligo di consentire alle navi straniere. Questo principio è bilanciato però dal riconoscimento del diritto dello Stato costiero di non esercitare tale obbligo attraverso l'adozione di «misure necessarie per impedire nel suo mare territoriale ogni passaggio che non sia inoffensivo» (art. 25 CNUDM).

Una lettura della norma che consideri il salvataggio in mare come una violazione delle norme in materia di immigrazione dello stato costiero e, di conseguenza, come una possibile ipotesi di passaggio non inoffensivo appare non in linea con gli obblighi internazionali di soccorso previsti in vario modo da norme contenute nelle più importanti convenzioni sul diritto del mare (CNUDM stessa, Convenzione SOLAS del 1974 e Convenzione SAR del 1979) e dagli artt. 485 e 489 del Codice della Navigazione italiano.

Alla luce del diritto internazionale e del già citato Codice di navigazione, non si vede, infatti, come il passaggio di una nave che ha soccorso persone in pericolo e intenda entrare al fine di perfezionare quest'obbligo possa essere considerato in violazione di norme interne sull'immigrazione, dal momento che norme internazionali e interne lo rendono obbligatorio. Di conseguenza, non può essere considerato come passaggio non inoffensivo¹.

b) Il soccorso in mare implica l'approdo in un porto sicuro

In base al diritto internazionale l'obbligo di prestare soccorso non si esaurisce nell'atto di salvare i naufraghi ma comporta anche l'obbligo di sbarcarli in un *place of safety* (luogo sicuro), inteso quale luogo ove la vita e la sicurezza delle persone soccorse non siano più minacciate e le loro necessità primarie, come cibo, alloggio e cure mediche, possano essere soddisfatte².

¹ In tal senso il Tribunale di Agrigento nell'ordinanza del 2 luglio 2019 sulla richiesta di convalida di arresto e di applicazione della misura cautelare: «L'attività del capitano della nave Sea Watch 3, di salvataggio in mare di soggetti naufraghi, deve, infatti, considerarsi adempimento degli obblighi derivanti dal complesso quadro normativo richiamato (Nell'ordinanza si fa riferimento alle Convenzioni di Montego Bay, Convenzione SOLAS del 1974, Convenzione SAR del 1979 e agli artt. 490 e 1158 Codice della navigazione, n.d.r.). Su tale quadro normativo non si ritiene possa incidere l'art. 11 comma ter del Dlgs 286/98 (comma introdotto dal DL n. 53/2019): difatti, ai sensi di detta disposizione, il divieto interministeriale da essa previsto (di ingresso, transito e sosta) può awenire, sempre nel rispetto degli obblighi internazionali dello Stato, solo in presenza di attività di carico o scarico di persone in violazione delle leggi vigenti dello Stato costiero, fattispecie qui non ricorrente vertendosi in una ipotesi di salvataggio in mare in caso di rischio di naufragio. Peraltro, l'eventuale violazione del citato art. 11 comma I ter - si ribadisce sanzionata in sola via amministrativa - non fa venir meno l'inderogabile disposto di cui all'art. 10 ter del Dlgs 286/98 avente ad oggetto l'obbligo di assicurare il soccorso, prima, e la conduzione presso gli appositi centri di assistenza, poi.»

² Si vedano, a tal proposito, le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare adottate nel 2004 dal Comitato Marittimo per la Sicurezza dell'IMO in relazione agli emendamenti adottati nel 2004 alle Convenzioni SOLAS e SAR.

Per citare una recente dichiarazione dell'UNHCR, «Il soccorso in mare è una tradizione secolare e un obbligo che non si esaurisce tirando le persone fuori dall'acqua. Un salvataggio può essere considerato completo una volta che i passeggeri hanno raggiunto la terraferma in un porto sicuro».

Anche un gruppo di esperti ONU sui diritti umani il 20 maggio u.s. ha scritto al nostro Governo richiamando l'art. 98 CNUDM relativo all'obbligo di prestare soccorso, precisando che questo «*is considered customary law. It applies to all maritime zones and to all persons in distress, without discrimination, as well as to all ships, including private and NGO vessels under a State flag*».

Ciò considerato, l'attuale formulazione dell'articolo 1, laddove non escluda esplicitamente la 5 possibilità di legittimare azioni interdittive di ingresso di navi che abbiano condotto attività di salvataggio e abbiano pertanto la necessità di raggiungere un porto sicuro ove far sbarcare le persone tratte in salvo, appare in contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto consuetudinario e pattizio.

c) Rispetto di tutti gli obblighi internazionali

L'esercizio della facoltà riconosciuta agli Stati di inibire l'ingresso nelle proprie acque territoriali alle navi straniere non può altresì determinare la violazione di diritti fondamentali della persona sanciti dalla nostra Carta costituzionale e dalle Convenzioni internazionali in materia di diritti umani.

In tal senso, come già accennato, il generico richiamo al rispetto gli obblighi internazionali contenuto nell'articolo 1 del decreto legge deve intendersi come comprensivo sia di quelli derivanti dal diritto internazionale del mare, che di quelli in materia di diritti umani. Qui entrano in gioco il diritto di cercare asilo (o protezione internazionale) e il diritto a non subire torture o trattamenti o punizioni inumani o degradanti e - in funzione del rispetto di questi due diritti - il principio di *non refoulement* e anche il divieto di espulsioni collettive.

Qualora, del resto, si leggesse tale previsione nel senso di non impedire (o addirittura di autorizzare) il respingimento di navi che abbiano a

bordo persone salvate senza aver consentito a queste ultime di accedere alla procedura di asilo/protezione internazionale o di fare valere il rischio di subire torture o trattamenti analoghi, senza tenere conto - in altre parole - del principio di *non refoulement*, sarebbe la norma stessa a essere incostituzionale per contrasto con l'articolo 2 della Costituzione che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, con l'articolo 10, in punto di diritto d'asilo e l'articolo 117 che individua negli obblighi internazionali un limite al potere legislativo.

Soffermandosi in particolare sull'articolo 10 della Costituzione, si rammenta che il comma tre di tale disposizione stabilisce che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge», diritto che come pacificamente interpretato dalla giurisprudenza italiana si configura quale diritto di rango costituzionale.

Una formulazione maggiormente aderente al dettato costituzionale dell'articolo 1 del decreto, a parere di questa Autorità di garanzia, richiede un espresso richiamo a tale previsione affinché sia esplicitamente sancito il diritto della persona di entrare nelle acque nazionali qualora manifesti l'intenzione di richiedere asilo, anche nel caso in cui venga vietato all'imbarcazione di fare ingresso nel territorio italiano.

A tal proposito, si ricorda che l'articolo 2 del Testo Unico Immigrazione (decreto legislativo 286/1998) stabilisce 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». Impedire l'ingresso in acque nazionali dove è possibile fare domanda di asilo significa di fatto frustrare tale diritto (come se alla frontiera aeroportuale fosse stabilito il divieto di presentare domanda di asilo per i cittadini stranieri sprovvisti di visto).

Richiamando ancora quanto stabilito dal diritto del mare, va altresì rammentato che, nel caso in cui la persona salvata sia una persona migrante, il concetto di *place of safety* (luogo sicuro) deve essere inteso anche quale luogo ove la vita o la libertà non «sarebbero minacciate a

motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche» (art. 33 Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951) e/o dove questa non corra un rischio oggettivo di subire torture o trattamenti o punizioni inumani o degradanti (art. 3 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo), nonché un luogo (Paese di transito) da cui la persona non corra il rischio di essere successivamente allontanata verso un Paese di origine con le caratteristiche sopra descritte.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti ritenuto che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo discenda per gli Stati membri l'obbligo di non esporre le persone al rischio di trattamenti disumani e degradanti mediante il loro respingimento verso Stati che praticano quelle condotte (cfr. da ultimo la sentenza della Grande Camera nel caso *Hirsi Jama e altri c. Italia* del 23 febbraio 2012).

Dello stesso tenore il documento del Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa *Lives saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean* contenente una serie di raccomandazioni indirizzate agli Stati membri: «*Actions to safeguard human /ife at sea should be carried out in such a manner that they are consistent with the European Convention on Human Rights and other internazional instruments, such as the 1951 Refugee Convention. This requires ensuring that questions, such as rescue and disembarkation are a/so resolved in full respect of the principle on non-refoulement, protection against arbitrary detention, and the prohibition of collective expulsion, among others. [...]. From the Commissioner's perspective, the effective protection and promotion of the human rights of refugees, asylum seekers and migrants, at sea and on land, should a/ways prevail/ aver any dilemmaor uncertainty that the interaction of different legai regimes, practices and po/icies may cause.*».

d) Il concetto di inoffensività

Il Garante nazionale inoltre osserva che la formulazione attuale degli articoli 17-19 CNUDM prevede all'art. 17 il diritto di passaggio inoffensivo, all'art. 18 co. 1 definisce la 'inoffensività' come non pregiudizievole alla pace, al buon ordine e alla sicurezza, mentre al co. 2 definisce i parametri entro cui si applica il concetto di 'pregiudizievole'.

Tra questi ultimi, quello indicato alla lettera g) dell'art. 19 co.2 menzionata dall'art. 1 del Decreto oggetto di esame, che definisce 'pregiudizievole' le imbarcazioni destinate al carico e scarico di materiali, valuta o persone: qui il Decreto inserisce anche le violazioni delle leggi di immigrazione vigenti. Ma, l'articolo citato del Decreto non si limita all'estensione perché determina un 'divieto' di ingresso, transito e sosta. In sintesi, oltre ad ampliare le possibilità di *non diritto* all'ingresso, transito e sosta, trasforma tale *non diritto* in *divieto*, con un salto logico-giuridico, che richiede specifica argomentazione e giustificazione. Infatti, l'art. 25 co.1 CNUDM prevede la possibilità per lo Stato di adottare misure per impedire ogni passaggio che non sia inoffensivo, ma tale previsione ha la caratteristica dell'eccezionalità e non della regolarità della norma.

Parere sull'articolo 2 recante rubrica "Inottemperanza a limitazioni o divieti in materia di ordine, sicurezza pubblica e immigrazione"

La previsione, come emendata dalla Camera, stabilisce multe da euro 150.000 fino a euro 1.000.000 a carico del comandante della nave nonché la confisca e l'immediato sequestro cautelare dell'imbarcazione utilizzata per realizzare la condotta sanzionata nel caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane.

In relazione a tale articolo, tenuto conto dell'inasprimento delle sanzioni introdotte con gli emendamenti approvati dalla Camera, questo organismo di garanzia dei diritti fondamentali non può che esprimere forte preoccupazione per l'impatto determinante che simili misure rischiano di avere sulle vite delle persone migranti bisognose di soccorso, sull'effettività degli obblighi di salvataggio a carico *in primis* delle autorità dello stato costiero, nel cui mare territoriale, o nelle vicinanze del quale, si trovi una nave in una situazione di pericolo, nonché sull'importante ruolo umanitario svolto dalla società civile organizzata in tale ambito che - seppur suscettibile di disciplina - non dovrebbe in alcun modo essere svalutato, o comunque reso oggetto di un clima di sospetto e criminalizzato.

Va, peraltro, osservato il carattere paradossale della norma che nel comminare sanzioni pecuniarie dispone contestualmente lo stanziamento di risorse finanziarie per la sua attuazione.

Parere sull'articolo 3-bis recante rubrica “Modifica dell'articolo 380 del codice di procedura penale)

La previsione modifica l'articolo 380 del codice di procedura penale disponendo l'arresto obbligatorio del comandante dell'imbarcazione che sia colto in flagranza del reato di «resistenza o di violenza contro nave da guerra previsto dall'articolo 1100 del codice della navigazione». Ferma restando la perplessità generale espressa sulle misure repressive introdotte nei confronti di chi compia attività di soccorso in mare, il Garante nazionale esprime il proprio disappunto relativamente a tale disposizione che introducendo un nuovo automatismo limita fortemente lo spazio di verifica dell'Autorità giudiziaria che al contrario nell'ambito della privazione di un diritto fondamentale quale quello della libertà personale - fatte salve le ipotesi di arresto obbligatorio già codificate - dovrebbe sempre poter godere della più ampia capacità di valutazione.

Parere sull'articolo 6 recante rubrica “Modifiche alla legge 22 maggio 1975, n.152”

La norma introduce nuove ipotesi di reato nel caso di lancio o utilizzo illegittimo di razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile o in grado di nebulizzare gas contenenti principi attivi urticanti, ovvero bastoni, mazze, oggetti contundenti o, comunque, atti a offendere nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico.

Il Garante nazionale valuta positivamente la modifica approvata dalla Camera, in base alla quale a integrare la fattispecie più grave di reato, punita con la reclusione da uno a quattro anni, è solamente la determinazione di un concreto pericolo per incolumità delle persone mentre l'ipotesi meno grave di danno all'integrità delle cose viene punita con la pena inferiore della reclusione da sei mesi e due anni.

Parere sull'articolo 7 recante rubrica “Modifiche al codice penale”

Ferme restando le criticità già espresse, sugli interventi relativi al codice penale e ricordando la *ratio* del principio della cosiddetta ‘Riserva di codice’ che il Parlamento ha recentemente approvato - soltanto nella XVII Legislatura - proprio al fine di salvaguardare la ‘carta’ dei valori

giuridici tutelati anche rispetto interventi adottati sulla scia di emergenza ed emozione, il Garante nazionale ritiene doveroso esprimere la propria perplessità in relazione a

- il raddoppio della previsione di pena per l'interruzione d'ufficio o del servizio pubblico ex art. 340 cp.;
- l'equiparazione all'art. 419 co. 2 c.p. come aggravante dell'agire in manifestazioni in luogo pubblico - pur nel contesto di un reato indubbiamente gravissimo - all'agire nell'accaparramento di munizioni o viveri;
- l'aumento delle pene per danneggiamento previste dall'articolo 635 c.p. .

Si tratta di misure che estendendo l'area della penalizzazione hanno un effetto meramente carcerizzante per far fronte a condotte che in taluni casi - come per esempio per quanto riguarda l'art. 340 cp. - hanno una possibile frequenza certamente più efficacemente sanzionabile con forme di recupero e reinserimento che con l'estensione assoluta della detenzione.

Parere sull'articolo 12 recante rubrica “Fondi di premialità per le politiche di rimpatrio”

La previsione stabilisce l'istituzione di un fondo «destinato a finanziare interventi di cooperazione mediante sostegno al bilancio generale o settoriale ovvero intese bilaterali, comunque denominate, con finalità premiali per la particolare collaborazione nel settore della riammissione di soggetti irregolari presenti sul territorio nazionale e provenienti da Stati non appartenenti all'Unione europea».

La norma è formulata in termini vaghi e aperti e non permette di comprendere se i beneficiari dei fondi siano gli Stati che garantiscono cooperazione nella riammissione o i singoli migranti che accettano il rimpatrio volontario assistito (o entrambi).

Nella prima ipotesi, che in base alla lettura degli atti parlamentari (Dossier 20 giugno 2019) appare la più probabile, va segnalata come critica la mancanza nel testo di legge di ogni riferimento al rispetto dei diritti umani da parte dello stato di riammissione, condizione imprescindibile e legittimante che, nel rispetto degli obblighi internazionali che il Paese si è assunto in materia di *non refoulement*, deve essere sottesa a ogni intesa siglata nell'ambito degli accordi di rimpatrio.

A tal proposito, questa Autorità di Garanzia coglie l'occasione per richiamare il ruolo che l'articolo 80 della Costituzione assegna alle Camere nel prescrivere la previa autorizzazione parlamentare alla «ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica», rientrando senza dubbio in tale materia anche gli accordi di riammissione come ribadito recentemente dalla giurisprudenza di merito (sentenza del Tribunale di Trapani del 23 maggio 2019).

La seconda ipotesi, comunque possibile, attesa la formulazione generica della previsione, implicherebbe forme di incentivazione del rimpatrio volontario assistito di migranti irregolari mediante corresponsione di un sostegno economico. Una tale misura non solo apparirebbe in linea con la Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare - la cosiddetta "Direttiva rimpatri" - secondo la quale la partenza consensuale dovrebbe costituire la modalità ordinaria attraverso la quale portare ad esecuzione i rimpatri, ma sarebbe altresì auspicabile nell'ottica di una maggiore tutela dei diritti fondamentali delle persone in situazione di irregolarità e del potenziamento di un istituto che per vari motivi trova ancora scarsissima applicazione.

Non può altresì non destare preoccupazione la provenienza delle risorse destinate alla dotazione del fondo. Come indicato dagli Atti parlamentari, queste deriverebbero dalle «misure di razionalizzazione della spesa per la gestione dei Centri per l'immigrazione e dagli interventi per la riduzione del costo giornaliero per l'accoglienza dei migranti posti in essere dal Ministero dell'Interno in attuazione della legge di bilancio 2019. Il riferimento non riguarda la totalità di tali risorse, bensì dagli eventuali risparmi ulteriori alla soglia minima fissata dalla medesima legge di bilancio».

La previsione di un'ulteriore contrazione delle risorse destinate alla gestione dei Centri, inclusi i Centri di permanenza per il rimpatrio per soffermarsi esclusivamente sull'area di competenza del Garante nazionale, è un aspetto di forte preoccupazione che rischia di mettere a repentaglio il livello, già di per sé piuttosto critico delle condizioni di vivibilità delle strutture come il Garante nazionale ha più volte evidenziato in esito alla sua attività di monitoraggio.

Parere sull'articolo 15 recante rubrica "Disposizioni in materia di arresto in flagranza differita"

La norma proposta, abolendo il limite temporale (30 giugno 2020) previsto per la cosiddetta 'flagranza differita' rende questo istituto stabile nel nostro ordinamento. Il Garante nazionale invita il Parlamento all'approfondimento di discussione sull'introduzione attraverso un provvedimento d'urgenza di un istituto che ha incidenza rilevante sugli aspetti procedurali e sostanziali che coinvolgono la privazione della libertà delle persone.

Parere sull'articolo 16 recante rubrica "Modifiche agli articoli 61 e 131-bis del codice penale"

Il comma 1 lettera b) che modifica l'articolo 131-bis del codice penale di fatto riduce fin quasi alla sua abolizione il criterio di "particolare tenuità dell'offesa" per i delitti commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di violenza o minaccia (articolo 336 c.p.), resistenza (articolo 337 cp.p) e oltraggio a un pubblico ufficiale (articolo 341 bis c.p.). Rende, infatti, tale criterio applicabile solo nel caso di delitti punibili nel massimo fino a due anni e sei mesi di reclusione.

Il Garante nazionale legge tale previsione nel contesto di una riduzione del limite di apprezzamento lasciato all'autorità giudiziaria e nella tendenza a determinare automatismi che vadano proprio in tale direzione. Una direzione che il Garante invita a riconsiderare, lasciando alla valutazione del singolo caso la determinazione della gravità del fatto, secondo i fondamenti dell'istituto introdotto con l'articolo 131-bis c.p. ..

Nel presentare questo parere il Garante Nazionale ribadisce la piena disponibilità a cooperare per ogni possibile miglioramento normativo e per la piena attuazione dei processi di assicurazione della sicurezza collettiva e, al contempo, della tutela dei diritti fondamentali di ogni persona, nel solco della nostra Costituzione.

Roma, 31 luglio 2019

per il Collegio del Garante nazionale,
Il Presidente



Testo coordinato del decreto-legge 4
ottobre 2018, n. 113

in GAZZETTA UFFICIALE DEL 3 DICEMBRE 2018, N. 281

Testo del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 231 del 4 ottobre 2018), coordinato con la legge di conversione 1° dicembre 2018, n. 132 recante: «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». (18A07702) Vigente al: 3-12-2018.

→ *Leggi qui*

FONTE
Diritto e Giustizia

10 questioni di legittimità costituzionale

Il 17 dicembre 2018 si è tenuto presso l'Università degli Studi di Roma Tre un seminario a porte chiuse al quale hanno partecipato professori, magistrati ed avvocati ed avente ad oggetto gli eventuali profili di incostituzionalità del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con alcune modifiche, in legge 1° dicembre 2018, n. 132. Si riportano di seguito schematicamente i rilievi di incostituzionalità emersi durante l'incontro.

1. ABUSO DELLA DECRETAZIONE D'URGENZA

Carenza dei presupposti per il ricorso alla decretazione d'urgenza (con particolare riguardo alla ricorrenza dei "casi straordinari di necessità ed urgenza", quale condizione che legittima l'adozione da parte del Governo di "provvedimenti provvisori con forza di legge" ai sensi dell'art. 77 della Cost.) e disomogeneità del decreto. Si potrebbe persino ritenere il decreto-legge e la relativa legge di conversione incostituzionali *en bloc*, in quanto il "vizio formale" interessa l'atto in sé considerato, attesa la palese eterogeneità dei contenuti, e non solo le sue singole disposizioni.

2. ILLEGITTIMITÀ DELLA PROCEDURA DI CONVERSIONE IN LEGGE

La presentazione di un maxi-emendamento innovativo sul quale è stata posta la questione di fiducia, ha caricato l'atto governativo di ulteriori vizi di legittimità formale ai sensi dell'art. 72 Cost., essendo stata preclusa "una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta". Se il procedimento di conversione diviene un mero strumento di ratifica parlamentare delle scelte compiute dal Governo, la conversione in legge perde la funzione di controllo che le assegna la Costituzione, determinandosi in tal modo una lesione dell'art. 77 Cost.

3. MONOCAMERALISMO DI FATTO

Se nella prima Camera (il Senato nel nostro caso) il procedimento di approvazione della legge avviene mediante il maxi-emendamento e la questione di fiducia e anche nel secondo ramo del Parlamento si pone la questione di fiducia per il mantenimento dell'articolo unico del disegno di legge di conversione, come precedentemente confezionato, la

seconda Camera è, in sostanza, chiamata alla sola ratifica di quanto è stato deciso nella prima, determinando una “deviazione dell’assetto procedimentale rispetto alla logica del bicameralismo” perfetto di cui all’art. 70 della Cost.

4. ABROGAZIONE DELLA PROTEZIONE UMANITARIA

La protezione umanitaria (riconosciuta per seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato italiano) permetteva la piena attuazione del diritto di asilo costituzionale previsto dall’art. 10 comma 3 della Costituzione e l’effettivo esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona (art. 2 Cost.). Gli obblighi costituzionali ed internazionali dell’Italia hanno però valore di fonte sovraordinata e non possono essere cancellati da una legge ordinaria: dovrà, quindi, essere comunque data loro concreta attuazione, altrimenti l’abrogazione della protezione umanitaria (art. 1) comporta la violazione degli art. 10 comma 3 e 2 della Costituzione, nonché violazione dell’art. 117, primo comma, Cost. (con riguardo a quest’ultimo parametro, che interessa il rispetto dei vincoli derivanti dal diritto comunitario e dagli obblighi internazionali, vengono in rilievo, in primo luogo, la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato e la direttiva 2013/33/Ue).

5. TRATTENIMENTO DEI RICHIEDENTI ASILO

L’art. 3 introduce l’istituto del trattenimento a fini identificativi del richiedente protezione internazionale. La norma viola l’art. 117, primo comma, Cost. per il mancato rispetto della direttiva 2013/33/Ue che vieta il trattenimento del richiedente asilo per il solo fatto di aver presentato una domanda di protezione internazionale, in quanto ciascuno Stato membro dell’Ue ha l’obbligo di prevedere in maniera tassativa le ipotesi in cui ritiene necessario procedere alla limitazione della libertà personale del richiedente. Ulteriori profili di incostituzionalità (per violazione degli artt. 3 e 13 della Costituzione) si ravvisano nella durata massima del trattenimento (in hotspot e in Cpr) del richiedente asilo.

6. TRATTENIMENTO NEGLI HOTSPOT A FINI IDENTIFICATIVI

Il trattenimento negli hotspot ai fini identificativi, in assenza di convalida dell’autorità giudiziaria e della previsione di un ricorso contro l’arbitraria detenzione, viola l’art. 13 della Cost. e gli artt. 5 e 13 della Cedu.

7. TRATTENIMENTO IN “LUOGHI IDONEI”

L'art. 4 ha introdotto le espressioni “locale idoneo” e “struttura idonea” per indicare i luoghi dove lo straniero destinatario di un provvedimento di rimpatrio forzato, in attesa della definizione del procedimento di convalida, può essere temporaneamente trattenuto. L'indeterminatezza nel lessico della norma può generare arbitri e incertezze sull'autorità e le modalità per stabilire l'idoneità di un locale ai fini del trattenimento. A queste osservazioni si aggiunge poi una riflessione sulla necessaria connotazione di tassatività che deve avere la norma. Tali fattori comportano la violazione degli obblighi che discendono dall'art. 13 della Costituzione e dall'art. 5 Cedu.

8. PROCEDURE ACCELERATE E DOMANDE REITERATE

L'art. 9 ridimensiona fortemente il riconoscimento del diritto alla protezione internazionale con le disposizioni relative alla “domanda manifestamente infondata” e alla “domanda reiterata” che palesano contrarietà alle direttive europee e conseguente violazione dell'art. 117 della Cost.

9. IMMEDIATA ESPULSIONE E PROCEDIMENTO IMMEDIATO PER CHI HA SUBITO CONDANNA NON DEFINITIVA

L'art. 10 prevede che in caso di sottoposizione a procedimento penale o di condanna anche non definitiva per reati di particolare allarme sociale, la Commissione territoriale competente a valutare la richiesta di protezione internazionale si pronuncia con “procedimento immediato”; in caso di diniego si procede subito a espulsione. Si tratta di fattispecie che può porre problemi di compatibilità non solo con l'art. 27, secondo comma, Cost. (presunzione di innocenza) ma anche con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. – principio supremo dell'ordinamento secondo la giurisprudenza costituzionale – impedendo di fatto la possibilità di difendersi davanti al giudice in un procedimento penale che non ha ancora condotto a sentenza definitiva di condanna.

10. REVOCA DELLA CITTADINANZA

L'art. 14 introduce la possibilità di revoca della cittadinanza in caso di condanna definitiva per taluni reati di particolare gravità, in contrasto con gli artt. 2 e 22 Cost. Si pone un problema persino di violazione del principio di eguaglianza, perché si trattano in modo diverso cittadini a seconda che lo siano per nascita o meno. È una discriminazione diffi-

cilmente giustificabile sul piano costituzionale: soltanto alcuni cittadini (quelli che non lo sono per nascita) potranno perdere la cittadinanza in conseguenza di sentenza definitiva di condanna.

Quadro sinottico dei vizi di legittimità
sostanziali degli articoli 1, 2, 3, 4, 9, 10, 13 e 14
del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113

DISPOSIZIONE	NORME COSTITUZIONALI VIOLATE	NORME EUROPEE E INTERNAZIONALI VIOLATE
Disposizioni in materia di permesso di soggiorno per motivi umanitari e disciplina di casi speciali di permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario, art. 1	art. 10, co. 2-3; art. 2; art. 117	art. 33 Convenzione di Ginevra; artt. 3 e 8 Cedu; art. 19 Carta; Convenzione di Istanbul; art. 11 Patto internazionale diritti economici e sociali
Prolungamento della durata massima del trattenimento dello straniero nei centri di permanenza per i rimpatri e disposizioni per la realizzazione dei medesimi centri, art. 2	art. 13	
Trattenimento per la determinazione o la verifica dell'identità e della cittadinanza dei richiedenti asilo, art. 3	art. 3; art. 13; art. 117	artt. 5, 13 Cedu; art. 8, co 1, direttiva 2013/33/Ue
Disposizioni in materia di modalità' di esecuzione dell'espulsione, art. 4	art. 13; art. 117	artt. 5, 13 Cedu

DISPOSIZIONE	NORME COSTITUZIONALI VIOLATE	NORME EUROPEE E INTERNAZIONALI VIOLATE
Disposizioni in materia di domanda reiterata e di domanda presentata alla frontiera, art. 9, co.1, lett D	art. 117	direttiva 2013/32/Ue
Procedimento immediato innanzi alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, art. 10	art. 24; art. 27, co.2	
Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica, art. 13	art. 3; art. 117	art. 2 Protocollo n.4 Cedu; art. 12 Patto internazionale sui diritti civili e politici
Disposizioni in materia di acquisizione e revoca della cittadinanza, art. 14	art. 3; art. 2; art. 22	

ABBREVIAZIONI

art.	Articolo
Cass.	Cassazione
Cort. Cost.	Corte costituzionale
Corte Edu	Corte europea dei diritti dell'uomo
Cedu	Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Cost.	Costituzione
C.p.c.	Codice di procedura civile
Cpr	Centri di permanenza per i rimpatri
Cpsa	Centro di primo soccorso e accoglienza
d.l.	Decreto legge
d.lvo	Decreto legislativo
d.p.r.	Decreto Presidente della Repubblica
ord.	Ordinanza
sez.	Sezione
sent.	Sentenza
Sop	<i>Standard Operating Procedures</i> , Procedure operative standard
Tui	Testo unico immigrazione, Decreto legislativo 286/98

CURATORE

GENNARO SANTORO

Avvocato. Specializzato in diritto penale, tutela dei diritti umani, diritto delle migrazioni. Membro del direttivo Antigone e consulente legale della Cild. Ha scritto saggi, articoli ed organizzato convegni sulla pena e sui diritti umani. Ha curato per Cild le guide *Know your rights*:

- Breve guida ai tuoi diritti davanti alla polizia;
- I diritti del consumatore di cannabis (con E. De Caro);
- Guida alla solidarietà in mare I;
- Guida alla solidarietà in mare II (con F. Delle Cese);
- Anagrafe e diritti: cosa cambia con il decreto Salvini (con M. Surace).

AUTORI

SILVIA ALBANO

Giudice presso la sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale di Roma.

ANTONELLO CIERVO

Avvocato Cassazionista, socio Asgi. Abilitato di II fascia in Diritto Costituzionale. Collabora con la Fondazione Lelio e Lisli Basso.

FLAMINIA DELLE CESE

Legal and Policy Officer per la Cild. Praticante avvocato con specializzazione in tutela dei diritti umani e diritto delle migrazioni.

FRANCESCO FERRI

Specializzato in diritto delle migrazioni. Ha collaborato in progetti di orientamento legale dei minori stranieri non accompagnati, di approfondimento sull'approccio hotspot in Italia e in Grecia e sulla tutela dei diritti in frontiera.

PATRIZIO GONNELLA

Presidente di Antigone. Insegna sociologia del diritto alla Università degli Studi Roma Tre. Ha scritto saggi e articoli sulla pena e sui diritti umani. Collabora in veste di editorialista e autore da oltre vent'anni con testate giornalistiche e radiofoniche.

ADELAIDE MASSIMI

Specializzata in diritto delle migrazioni, operatrice del progetto In Limine di Asgi. Ha collaborato in progetti di studio delle dinamiche e delle politiche migratorie.

LEONARDO PACE

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre.

MAURO PALMA

Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

MARCO RUOTOLO

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Prorettore e Direttore Master di II livello “Diritto penitenziario e Costituzione”, Università degli Studi Roma Tre.

THOMAS VLADIMIR SANTANGELO

Operatore legale specializzato in diritto delle migrazioni e diritto di asilo. Ha partecipato a diverse ricerche collettive, sia in Italia che all'estero, per ciò che attiene al monitoraggio delle normative relative alle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale.

MARIKA SURACE

Avvocato. Specializzato in diritto penale e diritto delle migrazioni. Responsabile comunicazione di Cild.



Nata nel 2014, la Coalizione Italiana per le Libertà e i Diritti civili (CILD) è una rete di 38 organizzazioni della società civile che lavora per difendere e promuovere i diritti e le libertà di tutti, unendo attività di advocacy, campagne pubbliche e azione legale. Le aree tematiche di cui CILD si occupa sono soprattutto diritti di migranti e rifugiati, diritti LGBTI, giustizia, diritti di Rom e Sinti e libertà di espressione.

Ha collaborato alla realizzazione del volume
la dott.ssa Flaminia Delle Cese.
Si ringraziano per il supporto le dott.sse
Chiara Liberati e Laura Montemitro.

Il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, entrato in vigore il 5 ottobre 2018 e convertito, con alcune modifiche, in legge 1° dicembre 2018, n.132 (c.d. decreto sicurezza e immigrazione) interviene su materie non omogenee: sicurezza urbana, diritti fondamentali dello straniero, disciplina dei subappalti, vendita dei beni confiscati, introduzione di una nuova forma di reato per chi protesta in strada sono solo alcuni dei temi disparati oggetto dei 73 articoli di cui si compone la nuova legge. Il volume intende fornire uno strumento di lavoro per gli operatori di diritto su alcuni profili di possibile illegittimità costituzionale della legge.

Abbiamo scelto la forma dell'*e-book*, liberamente e gratuitamente scaricabile on-line, al fine di assicurarne la massima diffusione. Abbiamo voluto dare a quei pareri, a quegli articoli e a quelle tesi proposte dai singoli autori che hanno contribuito la possibilità di raggiungere tutti i luoghi di discussione e azione del diritto in modo da offrire a più persone possibili argomenti contro quella che è una legge 'ingiusta'.

