

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2019

I PRIMI ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI DEL C.D. DECRETO IMMIGRAZIONE E SICUREZZA SALVINI

Convegno del 14 novembre 2018, Roma



INDICE

I. LE PRINCIPALI QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ DEL C.D. DECRETO SALVINI E LE POSSIBILI LETTURE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE

Le principali questioni di legittimità costituzionale3

Primi orientamenti interpretativi dei principali profili giuridici 12

II. IL DIRITTO DI ASILO COSTITUZIONALE E IL RISPETTO DEGLI OBBLIGHI COSTITUZIONALI E INTERNAZIONALI

L'irretroattività della abrogazione dell'istituto della protezione umanitaria e il diritto di asilo costituzionale.....16

III. LE NUOVE IPOTESI DI TRATTENIMENTO, DI PROCEDURA ACCELERATA E DI FRONTIERA

Le nuove ipotesi di detenzione amministrativa dei richiedenti asilo e dei cittadini stranieri e il ruolo ipotizzabile nell'approccio *hotspot*.....27

Le nuove procedure di frontiera e accelerate in rapporto all'approccio *hotspot* 31

I

LE PRINCIPALI QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ DEL C.D. DECRETO SALVINI E LE POSSIBILI LETTURE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE

LE PRINCIPALI QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

di Antonello Ciervo*

Proverò in queste brevi note ad individuare i principali e più evidenti profili di illegittimità costituzionale del decreto legge n. 113, ormai convertito nella legge n. 132/2018.

1. Partirei dalla strutturale disomogeneità del decreto legge: la materia della protezione internazionale è già stata oggetto di un intervento legislativo, nel corso del 2017 da parte del precedente Governo che ha legiferato anche in materia di sicurezza, sempre con decretazione d'urgenza. Nella passata legislatura, tuttavia, si decise di approvare due decreti legge distinti, uno in materia di immigrazione e protezione internazionale, l'altro in materia di sicurezza: il fatto che, invece, nel decreto legge n. 113/2018 siano ricomprese entrambe le materie appare una violazione dell'art. 77 Cost., anche tenuto conto di quanto stabilisce l'art. 15, terzo comma della legge n. 400/1988. Come più volte rilevato dalla Corte costituzionale negli ultimi anni – e come autorevolmente evidenziato da tutti i costituzionalisti nelle audizioni in Commissione Affari Costituzionali del Senato – infatti, ormai dal 2012 la Consulta è costante nell'affermare che il contenuto dei decreti legge debba avere un contenuto omogeneo, trattandosi di un requisito costituzionalmente imposto dall'art. 77 Cost.

2. Per quanto riguarda, più specificamente, l'abrogazione del permesso di soggiorno per protezione umanitaria, mi sembra che siamo di fronte ad una riforma regressiva del nostro ordinamento giuridico che si pone in netta contrapposizione rispetto a quanto affermato dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione sin dalla sentenza n. 19393/2009. Come è noto, infatti, con questa importante decisione la Suprema Corte – evidenziando come il c. d. «diritto d'asilo costituzionale» *ex* art. 10, terzo comma Cost. fosse completamente assorbito dall'articolazione delle norme in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione umanitaria di derivazione internazionale ed europea – riconosceva a quest'ultima forma di tutela un carattere

* Avvocato e socio ASGI.

alternativo, residuale ma soprattutto atipico rispetto allo status di rifugiato e a quello della protezione sussidiaria.

Invece, la nuova tipologia residuale di tutela prevista dalla legge n. 132 – la c.d. «protezione speciale» – appare completamente tipizzata dal legislatore, sia con riferimento ai nuovi permessi di soggiorno tassativamente previsti dalla novella, sia anche con riferimento a quanto previsto – quale *extrema ratio* – dall'art. 32, terzo comma del Decreto legislativo n. 25/2008. La novella, al riguardo, parla di permesso di soggiorno per «protezione speciale», rilasciato dal Questore competente per territorio sulla base della valutazione svolta sulla situazione giuridica soggettiva del richiedente asilo da parte della Commissione territoriale competente, nei casi in cui quest'ultima non accolga la domanda di protezione internazionale ma rilevi comunque che lo straniero non possa ritornare nel proprio Paese di origine perché rischia di essere sottoposto a persecuzione, tortura o comunque a trattamenti inumani e degradanti. Questo «nuovo» permesso di soggiorno ha validità di un anno, può essere rinnovato, previo parere favorevole della Commissione territoriale, e consente allo straniero di svolgere attività lavorativa, ma non può essere convertito in un permesso di soggiorno per motivi di lavoro alla sua scadenza.

Le strade che si aprono all'interprete, quindi, per provare a recuperare una forma di protezione residuale equivalente a quella del precedente permesso di soggiorno per protezione umanitaria sono sostanzialmente due:

a) una riapertura degli spazi applicativi diretti dell'art. 10, terzo comma Cost. in questo ambito, nelle modalità con cui, ad esempio, in materia di diritto del lavoro, la magistratura ordinaria negli anni Sessanta e Settanta applicò l'art. 36, primo comma Cost. per quanto riguardava la remunerazione equa e proporzionale del lavoro svolto. Ritengo che non ci siano, in punto di stretto diritto, motivi ostativi ad una simile applicazione dell'art. 10, terzo comma Cost., al fine di ampliare la latitudine applicativa dell'attuale permesso per protezione speciale, così da estenderlo a tutti quei casi che potevano prima rientrare astrattamente nell'ambito della protezione umanitaria;

b) ciò detto, a mio avviso, alcuni margini per ampliare gli spazi applicativi di questo permesso speciale a tutte quelle ipotesi atipiche ed escluse dalla nuova tipizzazione legislativa sono comunque possibili, se solo si pensa che, per quanto concerne le ipotesi residuali di tutela, la Corte di Cassazione ha più volte ribadito che esse devono trovare un fondamento innanzitutto nei parametri costituzionali che, nel nostro caso, sono gli artt. 2, 3 e 10, terzo comma Cost., oltre che nell'art. 8 CEDU che integra l'art. 117, primo comma Cost. Se così stanno le cose, allora, si potrebbe prospettare la seguente tesi e cioè che comunque i giudici di merito debbano sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, terzo comma del decreto legislativo n. 25/2008, chiedendo alla Corte costituzionale se l'abrogazione della clausola dei «seri motivi di carattere umanitario» che dovevano essere valutati dal

giudice *a quo* per il rilascio di un permesso di soggiorno umanitario, sia comunque ancora oggi implicita negli obblighi costituzionali e internazionali vigenti in materia.

Si tratterebbe, in sintesi, di sollecitare il Giudice delle leggi a svolgere una valutazione del corretto esercizio della discrezionalità politica del legislatore in termini di ragionevolezza, al fine di verificare se la clausola dei «seri motivi di carattere umanitario» oggi abrogata sia comunque ancora desumibile dai parametri costituzionali di riferimento citati, oltre che da una serie di obblighi internazionali a tutela dei diritti umani a cui il nostro ordinamento giuridico si è vincolato, primo fra tutti la CEDU. L'esito di una simile questione di legittimità costituzionale potrebbe essere, come spesso avviene in questi casi, una sentenza additiva di principio della Corte che vincoli i giudici ordinari ad una valutazione in concreto, caso per caso, della situazione giuridica soggettiva del richiedente asilo il quale – per i seri motivi di carattere umanitario accertati nel processo principale – non potrà comunque essere espulso dal territorio italiano e a cui, conseguenzialmente, dovrà essere riconosciuto un permesso per protezione speciale, andando anche al di là della tipizzazione delle causali di rilascio dello stesso, così come formulata dal legislatore nella recente novella.

Si tratta di una mera ipotesi teorica che tuttavia potrebbe presto essere fatta valere nelle sedi giudiziarie competenti, al fine di recuperare quel carattere ontologicamente atipico che in passato aveva la protezione umanitaria e che oggi, a normativa vigente, sembrerebbe essere venuta meno in ragione dell'entrata in vigore del permesso per «protezione speciale».

In realtà, ci sarebbe una terza tesi, per così dire mediana rispetto alle due sin qui considerate, secondo la quale si dovrebbe concepire la protezione umanitaria come una norma a contenuto costituzionalmente obbligato e, pertanto, non sarebbe nella disponibilità del legislatore la sua abrogazione. Questa tesi è senz'altro suggestiva, ma si scontra con un problema teorico assai dibattuto in dottrina ossia quello della c.d. reviviscenza delle norme abrogate dal legislatore a seguito di una declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Consulta. Con la sentenza n. 13/2012, infatti, la Corte Costituzionale ha stabilito sul punto un importante precedente che potrebbe essere di una qualche rilevanza nel nostro caso: al riguardo afferma la Corte che soltanto nei casi di norme che abrogano esplicitamente altre norme, una declaratoria di illegittimità sull'abrogazione farebbe rivivere la normativa abrogata dal legislatore.

Tuttavia, nel nostro caso, mi sembra sia una strada difficile da percorrere, anche perché l'unico precedente in cui la Corte ha dato applicazione effettiva a questo principio sono state le sentenze nn. 162 del 2012 e 94 del 2014 – aventi ad oggetto il Codice del processo amministrativo con riferimento alla giurisdizione competente a valutare le sanzioni comminate dalla Consob e dalla Banca d'Italia che erano state trasferite – con l'entrata in vigore del c.p.a. – dal giudice ordinario alla giurisdizione del TAR Lazio.

In queste decisioni, infatti, la Consulta, nel dichiarare l'incostituzionalità del Codice del processo amministrativo con riferimento a questo punto specifico, ricondusse in automatico sotto la giurisdizione della Corte d'Appello di Roma, la giustiziabilità di tali provvedimenti amministrativi. Si tratta, in conclusione, di un precedente rilevante ai fini del nostro tema, ma di difficile riconducibilità alle questioni normative che riguardano l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari e la sua "sostituzione" con il nuovo permesso di soggiorno per «protezione speciale».

Resta in ogni caso il problema della conversione del permesso per «protezione speciale», in quanto il legislatore ha esplicitamente precluso *ex lege* la sua conversione in un permesso per motivi di lavoro, ovvero in un permesso per attesa occupazione: al riguardo, con la sentenza n. 476 del 2018, la III sezione del Consiglio di Stato ha stabilito il principio della tassatività delle ipotesi di conversione dei permessi di soggiorno previste dalla legge. Si tratterebbe, ad avviso della sezione del Consiglio di Stato, di un principio generale imperativo dell'ordinamento giuridico connesso a ragioni di tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza e che precluderebbe in maniera assoluta al giudice ordinario la possibilità di riconoscere conversioni "atipiche" dei permessi di soggiorno, attraverso percorsi argomentativi ovvero operazioni ermeneutiche, oppure attraverso il ricorso a forme di analogia *legis* o *iuris*.

3. Passiamo ora a considerare l'art. 3 della legge n. 132/2018 che introduce l'istituto del trattenimento a fini identificativi del richiedente asilo: in pratica, un richiedente asilo che sbarca sulle coste italiane e formalizza immediatamente la propria domanda di protezione internazionale, può essere detenuto per un periodo massimo di 180 giorni in un CPR, di cui i primi 30 in un centro *hotspot*, nell'ipotesi – che tra l'altro si verifica assai di frequente – in cui non abbia con sé documenti idonei ad attestare la propria identità personale. A ben vedere, la formulazione della norma non è chiara, visto che non si comprende se il periodo di trattenimento massimo stabilito dalla legge sia di 180 ovvero di 210 giorni (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, ai sensi della riforma, lo straniero può essere detenuto fino ad un massimo di 180 giorni).

A mio avviso, deve essere data preferenza alla prima ipotesi interpretativa, anche perché appare quella più garantista e più costituzionalmente conforme agli artt. 3 e 13 Cost.: 180 giorni, infatti, è il periodo massimo di detenzione in un CPR che può essere comminato al migrante economico in attesa di esecuzione dell'espulsione amministrativa. In questo caso, infatti, siamo di fronte ad uno straniero che ha pendente nei propri confronti un'espulsione amministrativa che deve essere eseguita, 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. Del resto, come potrebbe averli? Come è noto, chi scappa da guerre

o da persecuzioni difficilmente porta con sé documenti identificativi e se anche dovesse averli, spesso è costretto a consegnarli agli scafisti che utilizzano questo espediente come arma di ricatto per costringere le persone ad attraversare il Mediterraneo con mezzi di fortuna, anche a rischio della loro stessa vita.

La norma appare incostituzionale *a fortiori* se si considera l'art. 11 della legge n. 191/1978 che prevede il fermo a fini identificativi – della durata massima di 24 ore – per tutti i cittadini italiani che si rifiutano di farsi identificare ovvero che consegnano all'autorità di pubblica sicurezza documenti palesemente alterati. Si tratta, tra l'altro, al contrario di quanto accade per lo straniero richiedente asilo, di un fatto imputabile al cittadino italiano il quale, pur avendo con sé il proprio documento identificativo, decide volontariamente 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: se, infatti, arrivassero in Italia una mamma, un papà ed il loro bambino e chiedessero asilo politico, in mancanza di documenti identificativi bisognerà identificarli all'interno di un *hotspot*, prima, e di un CPR, poi. Ebbene, se all'intero nucleo familiare dovesse essere applicato il trattenimento a fini identificativi, il minore (essendo accompagnato dai propri genitori) con chi andrebbe in carcere, visto che – come è noto – nei CPR, come in ogni altro luogo di detenzione, vige la separazione tra uomini e donne?

A questo scenario a dir poco inquietante, si aggiunga quanto stabilisce il successivo art. 4 della legge n. 132/2018, quando afferma che, con riferimento all'esecuzione del provvedimento dell'espulsione nei confronti dei migranti economici, è possibile la limitazione della libertà personale in strutture diverse dai CPR, comunque idonee ai fini detentivi, nella piena disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza, strutture queste che potranno essere individuate in sede di convalida dell'esecuzione dell'espulsione dal competente Ufficio del Giudice di pace, di volta in volta, su richiesta della Questura competente.

Per quanto faccia salva la riserva di giurisdizione, tuttavia, la novella legislativa non stabilisce in maniera tassativa quali siano questi luoghi “idonei” alla detenzione dello straniero, in palese violazione quindi con la riserva di legge assoluta in materia, stabilita all'art. 13 Cost.: è vero che nella relazione introduttiva al decreto legge si fa riferimento a questi luoghi, con un elenco non esaustivo ed approssimativo, ma – come è noto - la relazione tecnica esplicativa dei contenuti di un decreto legge non ha alcuna rilevanza normativa, né evidentemente si potrà fare riferimento ad essa da parte del giudice per colmare questa evidente lacuna legislativa che rischia di trasformarsi in un “buco nero” giuridico, una palese violazione delle garanzie connesse all'*habeas corpus* che non trova precedenti simili nella storia repubblicana.

4. L'articolo 5-*bis* della legge n. 132, introdotto con il maxi-emendamento approvato dal Senato, colma finalmente una lacuna del Testo Unico dell'Immigrazione con riferimento alla procedura di convalida in sede di respingimento dello straniero entrato irregolarmente nel territorio italiano. Proprio di recente, infatti, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 275/2017, aveva rivolto un monito al legislatore affinché colmasse questa lacuna dell'ordinamento e il legislatore così ha fatto, introducendo però una nuova sanzione penale in materia.

In sintesi, nel caso di inottemperanza dello straniero al divieto di reingresso nel territorio italiano a seguito della convalida del respingimento, per un periodo di tempo che potrà variare dai tre ai cinque anni, è prevista la reclusione da uno a tre anni che, in caso di reiterazione della condotta, aumenta da uno a quattro anni. A mio avviso, la novella sembra porsi chiaramente in contrasto con quanto, *mutatis mutandis*, ha stabilito la Corte di Lussemburgo con la nota sentenza *El Dridi*, con riferimento all'inottemperanza dell'ordine del questore al reingresso in caso di espulsione amministrativa.

Il successivo art. 7-*bis*, invece, anch'esso introdotto in sede di conversione con un maxi-emendamento approvato al Senato, stabilisce che – con un Decreto del Ministro dell'Interno – verrà definita una lista di «Paesi di origine sicura». Pertanto, gli stranieri che giungeranno in futuro da uno di questi Paesi e chiederanno protezione internazionale in Italia, a meno che non siano in grado di dimostrare che rischiano una persecuzione personale nel proprio Paese di origine, si presumeranno non essere a rischio di persecuzione e la loro domanda di protezione dovrà essere dichiarata infondata.

La norma in questione altro non fa che recepire quanto stabilito all'art. 36 della Direttiva n. 32/2013, anche se la formulazione della normativa interna appare in contrasto con quanto stabilito dalla Direttiva, perché stabilisce che la decisione con cui viene rifiutata la domanda di asilo deve essere motivata dando atto «esclusivamente» del fatto che il richiedente non abbia dimostrato la sussistenza di gravi motivi di persecuzione nei confronti della propria persona.

È proprio quell'avverbio «esclusivamente» a creare problemi di compatibilità con il diritto europeo, in quanto – da una prima lettura della disposizione – sembrerebbe sufficiente che il provvedimento di diniego della protezione internazionale possa essere considerato rispettoso della norma anche a fronte di una mera «motivazione apparente» da parte della Commissione territoriale, una motivazione cioè in cui non sarà necessario svolgere alcun tipo di valutazione in concreto della storia e della condizione personale del richiedente. In questo caso, quindi, il rischio è una violazione sistematica dell'articolo 4 del protocollo n. 4 della CEDU, in quanto tutti i richiedenti asilo provenienti da un Paese di origine sicura si vedranno notificato un diniego di riconoscimento della protezione internazionale in ragione di una presunzione normativa e sulla base di un provvedimento di diniego motivato dall'autorità ministeriale

semplicemente con la presa d'atto formale dell'origine sicura del Paese da cui il richiedente asilo proviene.

5. L'art. 13 della legge n. 132 stabilisce nuove norme in materia di iscrizione anagrafica per il richiedente asilo: la disposizione appare chiaramente incostituzionale in quanto, secondo la novella legislativa, il permesso di soggiorno per richiedenti asilo non consente l'iscrizione anagrafica, pur essendo considerato come un valido documento di riconoscimento che attesta la regolare presenza sul territorio italiano dello straniero. A parte che l'art. 6, comma 7 del TU stabilisce l'iscrizione anagrafica a parità di condizioni tra cittadino e straniero, purché quest'ultimo abbia un titolo idoneo di identificazione (e tale è il permesso di soggiorno per richiesta asilo ai sensi della stessa legge n. 132); a parte poi anche il fatto che il decreto legislativo n. 142/2015, all'art. 4, comunque consente l'accesso ai servizi sociali essenziali nel luogo di domicilio dello straniero, in ogni caso le Sezioni unite civili della Corte di Cassazione n. 449 del 2000, hanno stabilito che il diritto all'iscrizione anagrafica è un diritto soggettivo perfetto rispetto al quale il Sindaco, svolgendo funzione di rappresentante del Governo sul territorio, non può esercitare alcuna forma di potere di natura discrezionale, ma è tenuto ad iscrivere lo straniero all'anagrafe in quanto atto dovuto.

La norma, quindi, appare chiaramente incostituzionale perché se il permesso di soggiorno per richiesta asilo è un titolo valido per soggiornare sul territorio dello Stato (e questo è quanto afferma la stessa novella legislativa) non si capisce, in ogni caso, perché gli altri stranieri che hanno un regolare permesso di soggiorno, quale che esso sia, possano iscriversi all'anagrafe e i richiedenti asilo invece no.

6. Da ultimo, bisogna considerare l'art. 14 della legge n. 132 che, nel modificare il testo dell'art. 10-*bis* della legge n. 91/1992, prevede una nuova ipotesi di revoca della cittadinanza, applicabile soltanto agli stranieri che l'abbiano acquisita ai sensi degli artt. 4, secondo comma (in quanto nati in Italia, al compimento della maggiore età), 5 (per matrimonio con cittadino italiano) e 9 (nelle ipotesi tassativamente previste di concessione per c. d. "naturalizzazione") e che risultano condannati in via definitiva per i reati previsti dall'art. 407, comma 2, lettera a), n. 4 c.p.p., nonché per i reati di cui agli artt. 270-*ter* e 270-*quinquies*.2 c.p.

Il provvedimento di revoca deve essere adottato, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna, con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'Interno: la novella appare incostituzionale sotto molteplici aspetti, innanzitutto perché introduce una ipotesi processuale unica nel nostro ordinamento giudiziario, in quanto la Presidenza della Repubblica potrà essere chiamata in causa dall'ormai ex cittadino, quale parte convenuta davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, nell'ipotesi di impugnazione del provvedimento di revoca.

Appare poi evidente la violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, con riferimento alla revoca automatica della cittadinanza italiana soltanto per coloro che l'abbiano acquisita per concessione ovvero per matrimonio, in questo modo discriminando di fatto, in ragione della loro condizione personale, i cittadini italiani *iure soli* rispetto ai cittadini italiani *iure sanguinis*.

In ogni caso, le ipotesi di revoca già contemplate dalla legge n. 91/1992 non prevedono alcuna forma di automatismo, ma sono tutte condizionate al verificarsi di determinati presupposti procedurali (il Governo deve intimare al cittadino italiano di porre termine ad un determinato comportamento), ovvero sostanziali (evitare in ogni caso, come nell'ipotesi della revoca dello *status* di adottato, che il cittadino cada in una situazione di apolidia). Tra l'altro, i reati per cui è prevista la revoca automatica sono – come si è accennato – di natura politica, il che sembrerebbe rendere la novella in contrasto con l'art. 22 Cost. il quale prevede esplicitamente che nessuno possa essere privato *per motivi politici* della cittadinanza italiana.

In ogni caso, la novella appare in contrasto con l'art. 117, primo comma Cost. nella parte in cui lo straniero che abbia acquisito la cittadinanza italiana non abbia contestualmente perso la cittadinanza del proprio Paese di origine, il che farebbe piombare drammaticamente l'ormai ex cittadino italiano in una situazione di apolidia, in evidente contrasto con il divieto previsto dall'art. 8, primo paragrafo della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia, adottata il 30 agosto 1961 e sottoscritta anche dall'Italia, che ne ha tra l'altro dato esecuzione proprio di recente, con la legge n. 162/2015.

La revoca automatica della cittadinanza appare altresì in contrasto con l'art. 27, terzo comma Cost. in quanto, pur trattandosi di una sanzione amministrativa di natura accessoria conseguente alla condanna definitiva in sede penale, tuttavia sembra assumere da un lato una funzione repressiva di natura sostanzialmente penale, in quanto incide sullo *status* giuridico soggettivo dello straniero, e dall'altro una natura general-preventiva sproporzionata rispetto agli stessi obiettivi di prevenzione criminale che pure intende tutelare. Se, infatti, lo scopo della sanzione, in una società democratica, è quello di reinserire il reo all'interno del tessuto sociale reintegrandolo, la perdita della cittadinanza è per definizione una sanzione anti-socializzante, che mira proprio all'opposto e cioè ad escludere definitivamente il reo dal consesso sociale.

Infine, la revoca automatica della cittadinanza appare in contrasto anche con la CEDU e, dunque, ancora una volta, ma sotto un diverso profilo, con l'art. 117, primo comma Cost., in quanto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in materia di sanzioni amministrative aventi contenuto sostanzialmente penale, ha elaborato una serie di criteri, i cc. dd. «criteri Engel», che vietano sanzioni automatiche formalmente amministrative ma dal contenuto afflittivo general-preventivo, in ragione del divieto di *bis in idem* previsto all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

PRIMI ORIENTAMENTI INTERPRETATIVI DEI PRINCIPALI PROFILI GIURIDICI

di Cecilia Pratesi*

Proverò ad offrire una piccola carrellata delle questioni che la Sezione di Roma ha iniziato a studiare in questa fase di prima applicazione del c.d. decreto Salvini.

1. Anzitutto l'abrogazione *tout court* della protezione umanitaria è l'aspetto di più significativa incidenza sui giudizi di protezione che in molti casi, oggi, si concludono con il riconoscimento di una protezione umanitaria. E dunque è la prima questione che ci siamo posti. Noi pensiamo che lo svuotamento di questa tutela, che era stata individuata come la norma di completamento dell'articolo 10, comma 3 della Costituzione, crei uno spazio vuoto difficilmente colmabile. E quindi che in linea teorica si dovrebbe porre una questione di costituzionalità. Tuttavia non è un passo che pensiamo di fare in questa fase iniziale, in primo luogo perché – attraverso riflessioni che proverò a sintetizzare e che non sono solo nostre ma condivise da colleghi che si occupano di protezione pressoché in tutta l'Italia – riteniamo la norma non retroattiva e non di immediata applicazione: dunque una questione di costituzionalità sarebbe priva di rilevanza in questo momento. L'altro motivo è meno ostensibile, ed è che una questione di costituzionalità dovrebbe essere lungamente ponderata, perché un eventuale esito negativo finirebbe per limitare ancor di più lo spazio – ad esempio – per interpretazioni costituzionalmente orientate della norma. Riteniamo dunque che la norma non sia retroattiva perché pensiamo che lo straniero che giunge in Italia arriva con una posizione di diritto già conformata. Perché il suo diritto a ricevere una tutela da parte dello Stato italiano sorge a partire dalla situazione d'impedimento che vive nel proprio paese. In questa lettura ci conforta la sentenza che della Cassazione 4455/18 in tema di protezione umanitaria (estensore Maria Acierno), laddove sollecita un riferimento alla condizione di partenza di colui che viene in Italia ed a comparare tale situazione con la prospettiva di vita maturata in Italia. Per cui anche quando la protezione umanitaria sorge per esigenze che a prima vista sono maturate in un momento successivo, come potrebbe essere il caso dei motivi di salute sopraggiunti o della integrazione nel tessuto sociale del paese di accoglienza, in realtà il riferimento è sempre all'origine, alla ragione che ha spinto lo straniero a partire. Ed è da lì, dalla situazione di deprivazione di partenza, che nasce la motivazione all'espatrio. E allora vuol dire che il diritto esiste già quando lo straniero giunge in Italia. Vuol dire che c'è una posizione di diritto che è già maturata all'arrivo nello Stato italiano; per questo la

* Giudice del Tribunale ordinario di Roma, Sezione Specializzata.

norma non può applicarsi retroattivamente, facendo venir meno un diritto che è già sorto prima della sua entrata in vigore. Vorrei citare a questo proposito il costituzionalista che è anche il Presidente della nostra scuola superiore della magistratura, che in un convegno abbastanza recente ci ha invitato a tenere presente che i diritti fondamentali che riguardano la protezione dello straniero non possono essere distinti in diritti civili, politici e sociali perché le libertà di cui parla l'articolo 10 comma 3 Cost. possono esistere nella loro concretezza solo a partire da un minimo di sussistenza; cito ancora la sentenza della Cassazione 4455/18, nel passo in cui si richiama il diritto inalienabile ad una condizione che garantisca il nucleo minimo della dignità del vivere umano. Penso che, nella maggior parte dei casi che andiamo ad esaminare e nei quali poi attualmente riconosciamo la protezione umanitaria, dobbiamo riconoscere, indipendentemente dalle motivazioni che ci portano ad affermare il diritto a questo tipo di tutela, che al momento dell'espatrio lo straniero si trovava al di sotto di queste condizioni minime.

Dalle riflessioni maturate in merito all'irretroattività discende anche la riflessione sul momento da cui deve decorrere la possibile operatività delle nuove norme.

Astrattamente sono possibili diverse soluzioni.

Potremo dire che il d.l. 113/18 è applicabile a tutte le domande di protezione formulate dopo il 5 ottobre 2018, ovvero ai ricorsi giudiziali successivi al 5 ottobre, o infine alla posizione di coloro che sono giunti in Italia dopo il 5 ottobre. Quest'ultima è la soluzione che in questo momento la Sezione è orientata ad applicare, in conseguenza delle riflessioni appena svolte, secondo cui lo straniero giunge in Italia con una posizione di diritto già conformata. Dunque laddove emerga un elemento indicatore dell'arrivo dell'ospite straniero in Italia prima del 5 ottobre 2018 continueremo a fare applicazione della normativa previgente. Non riteniamo di ostacolo il comma 9 dell'articolo 1 del decreto, che appare riferito unicamente al trattamento dello straniero che ha ricevuto la protezione umanitaria in commissione e non ha ancora ottenuto il permesso di soggiorno dal questore: la disposizione è rivolta a soggetti determinati del procedimento amministrativo e tratta di un segmento temporale molto ben definito, per cui riteniamo che non abbia alcun tipo di vincolatività sull'attività giurisdizionale.

Il dispositivo della decisione in cui verrà fatta applicazione della normativa previgente sarà presumibilmente articolato con riferimento al «permesso di cui all'articolo 5 comma 6 d.lv. 286/98 nel testo antecedente alla entrata in vigore del d.l. 113/2018».

Si può aggiungere peraltro che questa soluzione evita possibili disparità di trattamento tra cittadini stranieri che si trovano in situazioni identiche, cioè che hanno presentato domanda di protezione nello stesso momento e che hanno ricevuto alcuni una decisione favorevole corretta e altri una decisione sfavorevole dalla commissione reversibile, cioè destinata ad essere modificata in sede giurisdizionale, per cui sarebbe ovviamente assurdo che alcuni di costoro potessero avere tutela e altri no. Va

ricordato che l'articolo 3 della Costituzione solo apparentemente opera nei confronti dei *cittadini*, perché sappiamo che è universalmente letto – e la Corte Costituzionale lo ha ribadito a più riprese – come applicabile, in tema di diritti fondamentali, anche nei confronti dei non cittadini ed è operativo anche nei rapporti tra non cittadini, cioè tra straniero e straniero, che si trovino in situazioni totalmente sovrapponibili.

Dunque dicevamo che la Sezione adotta per il momento questa soluzione e che per questo al momento accantoniamo la possibilità di sollevare questioni di costituzionalità delle norme abrogative della protezione umanitaria.

Ci sarà poi una fase in cui dovremo confrontarci ineluttabilmente con il d.l. n. 113, e stiamo riflettendo sulle possibili alternative.

Una di queste è sicuramente l'azione diretta ai sensi dell'articolo 10, comma 3, della Costituzione che però lascia il problema di come riempire di contenuto la tutela che si intende accordare riconoscendo il diritto di asilo; secondo alcuni potrebbe richiamarsi il comma 9 già citato dell'art. 1 del d.l., ed individuare quindi un contenuto ricalcato su tale norma; da altri si sostiene che essendo stato in parte svuotato il contenuto dell'articolo 10 comma 3 attraverso la cancellazione della protezione umanitaria, ed essendo rimaste a presidio del diritto d'asilo soltanto le due forme maggiori di protezione, l'unica possibilità residua sarebbe quella di applicare analogicamente tali forme residue di protezione, ed accordare una protezione del medesimo contenuto. Lo dico con tutti i punti interrogativi possibili, perché come interpretazione analogica forse potrebbe essere un po' forzata. Altra soluzione potrebbe essere quella di limitarsi a dichiarare il diritto d'asilo, affermare che lo straniero ha diritto a soggiornare sul territorio, e lasciare alle autorità amministrative la discrezionalità dell'individuazione del titolo, ma si tratta di soluzione evidentemente rischiosa. Dal punto di vista tecnico la soluzione più corretta è certamente la via della questione di legittimità costituzionale, ma sono riflessioni ancora da approfondire.

Nel frattempo altre possibilità applicative per garantire un ampliamento della tutela si rinviene in possibili letture estensive delle forme di protezione che sono rimaste in vita anche dopo il d.l. n. 113. Non parlo tanto dell'articolo 19, comma 1 e 1.1 del TU, perché sono forme di protezione di applicazione estremamente limitata, per lo più ai casi in cui esistono cause ostative al riconoscimento della protezione maggiore, visto che le situazioni prefigurate conducono per le vie ordinarie (cioè in mancanza di cause di esclusione) al riconoscimento normalmente dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria. Mi riferisco invece soprattutto ai casi speciali, per esempio al caso dei gravi motivi di salute, che potrebbe ricevere sicuramente un'interpretazione estensiva, tenuto conto del fatto che la gravità dei motivi di salute non può essere individuata facendo riferimento ad un manuale di patologia medica ma deve essere valutata in senso relativo, rispetto alle possibilità di cura e accudimento che una determinata patologia riceve in contesti diversi da quello nazionale. Per cui anche una malattia apparentemente banale come un'appendicite può essere mortale in determinati

contesti, un'infezione, o uno stesso disturbo post traumatico da stress perché le possibilità di assistenza variano a seconda dei contesti di provenienza.

Resta il fatto che quel tipo di tutela oggi riveste in base al d.l. un contenuto minimale e dunque potrebbe per l'interessato risultare poco vantaggioso vedersi riconoscere in via di estensione o analogia un permesso per motivi ad esempio di salute che poi non è di fatto convertibile, ha una durata breve e finirebbe per far rientrare la persona rapidamente nel circuito del *non diritto*.

C'è anche in linea con questo filone chi ha fatto riferimento al permesso per calamità, proponendo di aprire il dizionario e leggere la parola calamità nel senso più ampio possibile, quindi come "sciagura", "sfortuna", dunque applicabile ben oltre l'ambito della calamità naturale.

2. La scelta di un rito diverso per le forme di protezione per casi speciali, ci lascia estremamente perplessi. È vero che anche in precedenza, con il decreto Minniti, la protezione umanitaria in teoria aveva un rito a se stante, ed è vero che nel nuovo sistema la collegialità è stata introdotta in certo senso quale contrappeso dell'eliminazione dell'appello. Personalmente non comprendo però l'esigenza di un rito separato che tra l'altro creerà molti problemi di gestione da parte delle cancellerie.

Tuttavia così come in precedenza si affermava la natura unitaria della domanda di protezione, ritenendo di trattare in un unico processo le forme di protezione maggiore e l'umanitaria (peraltro anche al di là del contenuto della domanda), analogo discorso può farsi anche per il sistema novellato, per cui credo che saranno estremamente rari i casi in cui verrà fatta applicazione del rito sommario collegiale.

Ritengo anche che – nonostante il fatto che il legislatore abbia cercato di escludere completamente dal circuito della protezione internazionale i casi speciali di protezione – se la questione emergesse nell'ambito di un processo di protezione potrebbe essere esaminata e decisa nel relativo ambito, anche se non preventivamente individuata e non proceduta da un diniego del questore.

3. Per quanto riguarda il trattenimento negli *hotspots*, non mi sembra che la norma sia molto chiara sotto il profilo della convalida. Cioè la convalida è agganciata, mi sembra, neanche molto chiaramente, al secondo trattenimento, cioè al caso in cui si passi da questo *hotspot* al CPR. Nulla si dice, almeno espressamente, della fase precedente. C'è chi sostiene che non vi sia alcun dubbio che la convalida giudiziale debba intervenire, come richiederebbe indubbiamente l'art. 13 della Costituzione, ma non vi sono ancora dati sul funzionamento concreto.

Se ci troveremo in sede di convalida di fronte ad un richiedente asilo trattenuto che ha presentato richiesta di asilo nel periodo di trattenimento e ci dovesse risultare in qualsiasi modo che tutto l'iter è stato preceduto da un trattenimento a fini identificativi non seguito da convalida, dovremmo riflettere sulla possibilità di convalidare il

successivo trattenimento, perché preceduto da una forma di privazione della libertà al di fuori della legalità costituzionale. Osserviamo che l'espressione legislativa «il richiedente può essere altresì trattenuto», non sembra affatto rispettosa del principio di legalità che presidia la materia, perché del tutto generica sui termini e le condizioni del trattenimento.

4. Appare inoltre criticabile la previsione della possibilità di individuare in sede amministrativa *spazi idonei di detenzione*. È una espressione che evoca immagini di un passato sinistro, e la previsione di una autorizzazione preventiva del giudice di pace non vale a cancellare il senso di inquietudine che si prova nel leggerla.

Da ultimo con riferimento alla previsione normativa di elenchi di paesi sicuri o spazi interni sicuri, ritengo che si tratti di attività amministrativa che non potrà spiegare effetti vincolanti sulle decisioni del tribunale, tenuto comunque a formulare valutazioni individualizzate sulle singole posizioni dei richiedenti asilo, ed a tener conto dei continui possibili mutamenti delle condizioni geopolitiche dei luoghi di provenienza.

II

IL DIRITTO DI ASILO COSTITUZIONALE E IL RISPETTO DEGLI OBBLIGHI COSTITUZIONALI E INTERNAZIONALI

L'IRRETROATTIVITÀ DELLA ABROGAZIONE DELL'ISTITUTO DELLA PROTEZIONE UMANITARIA E IL DIRITTO DI ASILO COSTITUZIONALE

di Nazzarena Zorzella*

1. Provo a semplificare la questione che è stata affrontata nel precedente panel, proponendo un'interpretazione che secondo me, un po', faciliterebbe la vita agli avvocati e ai magistrati, ma soprattutto ai richiedenti protezione.

Innanzitutto è chiaro ed evidente che l'obiettivo del decreto legge è quello di eliminare, abrogare la protezione umanitaria, tant'è che nella relazione viene espressamente indicata come il principale profilo di criticità: «nell'attuale sistema sono individuabili nell'anomala sproporzione verificatasi dai numeri di riconoscimento della protezione internazionale (cioè rifugio e sussidiaria) e la protezione umanitaria». Per cui il decreto legge elimina non solo la parola «umanitaria» da tutto il TU, dal regolamento d'attuazione, dalla normativa sulla protezione internazionale, etc., ma cerca di dare una soluzione alle esigenze di tutela, individuandone alcune che chiama espressamente «protezione speciale» (anche la nuova denominazione è significativa di quello che è il reale intendimento del legislatore, a sottendere un'eccezionalità o straordinarietà) ed introducendo nuove figure quali il permesso «cure mediche» e quello per «calamità». Di queste alternative forme di tutela, sostitutive nel disegno del d.l. n. 113 della protezione umanitaria, solo una è di competenza delle Commissioni territoriali, mentre le altre sono di competenza direttamente del Questore. Quella di competenza delle Commissioni territoriali, che si chiama per l'appunto «protezione speciale» ed è il novellato articolo 32, co. 3 del d.lgs. 25/2008, è speciale perché riferita esclusivamente alla verifica dei presupposti dei divieti di espulsione e respingimento dell'articolo 19, co. 1 e 1.1 del TU. Cioè due ipotesi, su cui provo però a dare un'interpretazione che sia nel senso della garanzia dei diritti.

Il 19 co. 1 e 1.1 contiene due ipotesi: il rischio di persecuzione e il rischio di tortura. È già stato detto, può essere inteso come riguardante situazioni nelle quali astrattamente potrebbero riconoscersi il rifugio politico o la protezione sussidiaria o il rischio di tortura, ma in presenza di cause ostative (che ora il decreto legge stesso tra l'altro amplia) per le quali quelle protezioni non possono essere riconosciute ma, esistendo uno

* Avvocata e socia ASGI.

di questi due rischi (persecuzione o tortura) in caso di rimpatrio, viene data questa protezione speciale, che è speciale anche nel contenuto perché comunque provvisoria nella misura in cui non può essere convertita ed ha una durata annuale.

In realtà, secondo me è necessario guardare bene al contenuto innanzitutto dell'articolo 19, co. 1 e 1.1. Il 19 co. 1 vieta il respingimento per fattori che sono più ampi di quelli del rifugio politico: rifugio politico ne ha cinque (razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale, o opinioni politiche) mentre il 19, co. 1 ne ha quattro in più (razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o condizioni sociali). Ora, se il sesso può coincidere con l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, sicuramente il fattore lingua no (pensiamo ai curdi per esempio, che non possono, in Turchia, usare la loro lingua), ma nemmeno le condizioni personali e sociali sono sovrapponibili all'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, perché la condizione personale è appunto soggettiva e quindi individuale e non necessariamente coincide con l'appartenenza ad un gruppo sociale. Questo significa che va verificata l'effettiva condizione del richiedente a cui corrisponda il rischio per uno di quei fattori indicati nell'art. 19, co. 1 TU, sia da parte delle Commissioni che dell'autorità giudiziaria, per accertare quale sia effettivamente il rischio persecutorio.

Per quanto riguarda la tortura, secondo me va fatto un discorso più preciso e ancora più ampio.

È vero che il rischio tortura richiama gli articoli 3 e 15 della CEDU, di inderogabile divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, ma il comma 1.1. dell'art. 19 comprende situazioni più ampie. Sicuramente il rischio di tortura "classico", ma anche su di esso bisogna intendersi se è riferibile alla definizione dell'ordinamento penale italiano come introdotta dalla legge 110 del 2017, l'art 613-*bis*, che però ha una definizione diversa da quella contenuta nella Convenzione ONU del 1984 contro la tortura. Premesso che una prima differenza sta nel fatto che la Convenzione ONU individua un reato proprio del pubblico ufficiale, mentre il 613-*bis* riguarda chiunque, ciò che rileva ai nostri fini è che la Convenzione ONU parla di qualsiasi atto, mentre il 613-*bis* del c.p. parla di più condotte; la Convenzione parla di infliggere ad una persona dolore o sofferenza acuta fisiche o psichiche, il 613 bis invece parla di acute sofferenze fisiche, escludendo quelle psichiche per le quali richiede un verificabile trauma psichico, cioè condizioni sicuramente diverse e più restrittive, nel senso più difficili da dimostrare. Questo per evidenziare che, per quanto riguarda il rischio tortura, non ci si può limitare alla definizione penalistica italiana, perché se c'è una Convenzione ratificata dall'Italia e attuata attraverso la legge 110 del 2017, nel momento in cui c'è una difformità di attuazione o di definizione del concetto di tortura, non possiamo non tenere conto di quella che è la fonte originaria, cioè la Convenzione ONU, pena la violazione dell'articolo 10 co. 2 della Costituzione per difformità della legge italiana rispetto a quella internazionale.

Ma il punto secondo me è anche un altro. L'articolo 19, co. 1.1 TU, dopo aver vietato il respingimento e l'espulsione per il rischio tortura, stabilisce che per la valutazione di tali motivi, cioè i fondativi motivi di rischio di tortura, si tiene conto anche dell'esistenza in tale nello Stato di appartenenza della persona straniera, di violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani. Ora, l'avverbio «anche» riferito ai diritti umani consente secondo me di estendere il rischio generalmente di tortura, e dunque anche la protezione, a situazioni nelle quali il richiedente, pur non essendo a rischio di condotta tipica della tortura, è assoggettato ad una *condizione analoga*, cioè con effetto analogo alla tortura. Si tratta, a mio avviso, di una situazione diversa dalla tortura "classica". Se io sono vittima di violazioni sistematiche dei diritti umani, l'effetto di questa violazione sistematica è analogo a quello della tortura e perciò rientra nell'ambito della protezione speciale.

2. Come detto, questa è la protezione speciale di competenza oggi delle Commissioni territoriali.

Quanto alle altre tipologie di permessi, si tratta del permesso per «cure mediche», di quello per «calamità» e dei «casi speciali» riferibili ai già esistenti artt. 18, 18-*bis* e 22, co. 12-*quater* TU, i quali hanno una durata commisurata al bisogno di tutela. Per queste ultime ipotesi il testo attuale prevede la conversione, che invece è espressamente esclusa solo per il permesso «calamità» (esclusione che vale solo per il lavoro), mentre per il «cure mediche», non essendo espressamente escluso va considerato possibile.

È evidente che è profondamente cambiato il quadro giuridico, perché se prima l'articolo 5, co. 6 del TU, rinviando agli obblighi costituzionali ed agli obblighi internazionali, oltre che ai seri motivi, era una fattispecie autonoma ampia e non tipizzata, essendo oggi abrogata la parte della norma che a detti obblighi rinviava, si potrebbe pensare che sia venuta meno la protezione umanitaria. Ritengo, però che non sia così. La si potrà chiamare protezione umanitaria, o Pippo, Pluto o Paperino, non ha importanza, è un elemento di dettaglio ma ciò che è fondamentale è comprendere che l'abrogazione del rinvio espresso agli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano non comporta affatto, e l'ha detto anche Mattarella, l'abrogazione di quegli obblighi.

Peraltro, va considerato che il TU conserva l'articolo 2 co. 1, che riconosce allo straniero comunque presente sul territorio nazionale i diritti fondamentali della persona previste dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali. Questo cosa significa? Significa che tutti i diritti fondamentali ai quali corrisponda un obbligo costituzionale o un obbligo internazionale possono essere aditi direttamente all'autorità giudiziaria da parte della persona che si ritenga titolare di quel diritto.

Quali possono essere questi diritti? Provo a dare alcuni esempi che chiaramente non sono esaustivi. Tutti i diritti fondamentali riconoscibili dalla Costituzione direttamente o per interpretazione giurisprudenziale e tutti i diritti previsti dalle

convenzioni internazionali o dai trattati internazionali riconosciuti dall'Italia, quelli richiamati dall'articolo 10 della Costituzione. Diritti fondamentali che a mio avviso sono quantomeno tutti quelli della prima parte della Costituzione, dei diritti e delle libertà della persona, e per gran parte possono essere anche riassunti, ricompresi nell'articolo 10 co. 3 della Costituzione. Articolo 10 co. 3 della Costituzione che riconosce l'asilo alla persona che appartiene a un paese nel quale non sia effettivamente riconosciuto l'esercizio effettivo delle libertà fondamentali previste dalla nostra Costituzione. È chiaro che nell'articolo 10 co. 3 c'è una coincidenza di molte libertà di tutta la prima parte della Costituzione, per cui potrebbe anche semplicemente richiamarsi l'applicazione diretta di tale disposizione, che già vent'anni fa le Sezioni Unite della Cassazione hanno indicato come direttamente applicabile anche in assenza di norma ordinaria, essendo immediatamente precettiva che non ha bisogno di un'interposizione legislativa. La sentenza 4674 del 1996 e le Sezioni Unite la n. 907 del 1999, sono estremamente chiare in proposito e adesso dovranno essere riprese e rivitalizzate.

Credo però che non tutto si esaurisca nell'asilo costituzionale, sia pur inteso in senso così ampio, nel senso che ci sono altri obblighi costituzionali e internazionali a cui corrispondono dei diritti che hanno fonte direttamente nella Costituzione o nelle norme internazionali in essa richiamate. Penso per esempio all'articolo 2 della Costituzione, il diritto alla dignità personale, il riconoscimento a tutte le persone dei diritti inviolabili; all'articolo 3 della Costituzione, il diritto all'uguaglianza sostanziale e alla non discriminazione; l'insieme dei quali ci consente di individuare come diritto umano inviolabile e fondamentale obbligo costituzionale e internazionale dello Stato, il diritto ad essere sollevato ed emancipato dalla condizione *di grave povertà*.

Questo è un punto che secondo me sarà fondamentale nel prossimo futuro, nel presente, perché ci potrà consentire, attraverso una rigorosa lettura dei diritti costituzionali e internazionali, di superare quella irragionevole, perché non fondata, distinzione tra migranti economici e profughi politici o richiedenti protezione internazionale. Questo perché? Perché il diritto a non essere in una condizione di grave povertà, è un diritto umano inviolabile non perché lo dico io ma perché lo dicono i Principi ONU proprio su povertà estrema e diritti umani, adottati il 27 settembre del 2012. Leggo solo un piccolo passaggio di questi principi, varrebbe la pena veramente studiarceli: «la povertà è di per sé un problema urgente che attiene alla sfera dei diritti umani, insieme causa e conseguenza di violazione dei diritti umani, è una condizione che porta ad altre violazioni, la povertà estrema è caratterizzata da molteplici interconnessioni con altri diritti civili, politici, economici, sociali e culturali» (mi viene in mente la relazione del Presidente emerito della Corte Costituzionale, Silvestri, di cui parlava la dott.ssa Pratesi prima). Continua questo passaggio dei principi ONU: «le persone che vivono in povertà si vedono esposte con regolarità alla negazione della propria dignità» e obiettivo dei principi è «offrire un orientamento in merito alle

modalità di applicazione delle norme in materia di diritti umani alle iniziative di lotta alla povertà» e «l'attuazione dei Principi guida deve essere considerata come parte degli obblighi degli Stati ai sensi del diritto internazionale» (par. 11).

A me pare evidente il richiamo agli articoli 2 e 3 della nostra Costituzione, oltre che obbligo internazionale, dunque riconoscibili direttamente anche in assenza di legge ordinaria.

Quanto ad altri obblighi internazionali (ripeto sto accennando a situazioni che sono al di fuori dell'articolo 10 co. 3 della Costituzione, che sono richiamabili attraverso l'articolo il co. 2 della medesima norma costituzionale) viene in mente l'articolo 8 della CEDU, non tanto sotto il profilo del diritto e il rispetto della vita familiare (la vita familiare ha comunque conservato, per ora, significativa tutela nella normativa italiana) ma con riguardo al diritto e al rispetto della *vita privata* anche del singolo e c'è tutta una giurisprudenza della CEDU proprio sulla necessità di bilanciare il diritto al rispetto della vita privata, intesa come relazioni sociali, vita privata sociale. Questo può essere un altro spunto.

Se è vero quanto sinora detto, se è vero che eliminato fisicamente il rinvio, il richiamo agli obblighi costituzionali e internazionali, questi sopravvivono perché hanno fonte direttamente nella Costituzione, chi è l'autorità competente a riconoscerli?

Sicuramente l'autorità giudiziaria, perché essa di fronte alla richiesta di una persona di vedersi riconosciuto quel tal diritto non può sottrarsi a verificare se esso esista o meno. Le citate Sezioni Unite della Cassazione di vent'anni fa possono aiutare in questo senso, perché parlano di diretta applicazione della norma costituzionale. Credo però che si debba fare uno sforzo ulteriore e sostenere che anche l'autorità amministrativa – penso sia alle Commissioni territoriali che all'autorità di pubblica sicurezza e quindi al Questore, come già avveniva prima dell'abrogazione dell'ultima parte dell'articolo 5, co. 6 – abbia il dovere di verificare, a fronte di apposita domanda dell'interessato, l'esistenza o meno di uno di questi obblighi costituzionali o internazionali, perché anche la pubblica amministrazione è soggetta alla Costituzione e non c'è alcuna norma che vieti il riconoscimento di un diritto avente fonte nella Costituzione direttamente da parte della pubblica amministrazione. Ci può non essere una norma che lo consente (anche se una base può essere, indirettamente, l'art. 5, co. 9 TU in riferimento all'art. 2, co. 1 TU), ma non c'è nemmeno una norma che lo vieta.

3. Un accenno rispetto al *diritto intertemporale*. Se è vero quanto sopra detto (ma non vedo come possa diversamente interpretarsi), cioè la non avvenuta abrogazione degli obblighi costituzionali e internazionali, se è vera anche la possibilità che siano accertati direttamente dall'autorità giudiziaria e pure dall'autorità amministrativa, questo chiude ogni discorso sulla retroattività o irretroattività delle disposizioni del decreto n. 113, perché non intaccano quello che è comunque un diritto riconoscibile direttamente al di fuori di una specifica regolamentazione legislativa.

Sul piano processuale si tratterà di avere degli accorgimenti per i giudizi in corso, nel modificare forse le conclusioni, richiedendo l'applicazione dell'articolo 10, comma 3 della Costituzione oppure un altro degli obblighi costituzionali o internazionali, ma può essere riconosciuta direttamente anche da parte dell'autorità giudiziaria perché la normativa che comunque consentiva prima, e con normativa intendo la Costituzione non l'articolo 5, co. 6, esisteva prima ed esiste anche adesso, per cui non vedo questa grande difficoltà di applicazione, di continuare ad effettuare l'applicazione degli obblighi costituzionali e internazionali anche ai giudizi in corso e ovviamente anche a quelli futuri.

Per quanto riguarda quelli futuri, dal punto di vista astratto è indifferente se l'estensione della richiesta di accertamento di uno dei diritti costituzionali o internazionali avvenga in sede di impugnazione della decisione negativa delle Commissioni territoriali oppure se possa essere proposta direttamente un'azione autonoma. Indifferente stante il dovere dell'autorità giudiziaria di valutare anche l'esistenza degli obblighi costituzionali e internazionali. Dal punto di vista del richiedente, ovviamente, è più tutelante l'azione autonoma perché non essendo normata il richiedente può scegliere di fare un'azione, un 702-*bis*, un'azione sommaria di cognizione, che come tutte le cause ordinarie ha tre gradi di giudizio, ha l'appello sostanzialmente, non è soggetto al taglio delle impugnazioni che abbiamo assistito ormai già da più di un anno.

Comunque secondo me si può tutto ricomprendere all'interno di questo ragionamento.

Nello specifico delle disposizioni intertemporali dell'art. 1, co. 8 e 9, d.l. n. 113/2018, vale quanto detto sull'applicazione diretta e comunque sulla "sopravvivenza" degli obblighi costituzionali ed internazionali prima richiamati dall'art. 5, co. 6 TU (nella parte oggi abrogata).

Applicazione o "sopravvivenza" necessarie per evitare che sia illegittimamente discriminatorio il trattamento riservato a coloro che, del tutto casualmente, hanno avuto una decisione entro il 5 di ottobre, e quelli che invece, pur avendo manifestato la volontà prima, non sono riusciti ad avere la decisione, per i tempi amministrativi o per i tempi giudiziari in concreto determinatesi.

Il comma 9 dispone che «Nei procedimenti in corso, alla data di entrata in vigore del presente decreto, per i quali la Commissione territoriale non ha accolto la domanda di protezione internazionale e ha ritenuto sussistenti gravi motivi di carattere umanitario allo straniero è rilasciato un permesso di soggiorno recante la dicitura «casi speciali» ai sensi del presente comma, della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato. Alla scadenza del permesso di soggiorno di cui al presente comma, si applicano le disposizioni di cui al comma 8».

Evidente il trattamento più favorevole del comma 9 rispetto al comma 8, non solo e non tanto per la diversa denominazione «casi speciali», ma soprattutto per la durata

biennale e la espressa convertibilità in lavoro (valgono le stesse considerazioni svolte per l'attesa occupazione).

Solo se non convertito, il titolare sarà assoggettato alla disciplina di cui al comma 8.

La dizione letterale sembrerebbe limitare la fattispecie a decisioni già assunte dalle CT ma non ancora notificate e in questo senso è certamente la Relazione al Senato e la circolare del Ministero dell'interno del 15.10.2018.

Tuttavia, la previsione normativa deve essere interpretata ed applicata in maniera costituzionalmente corretta, per evitare che si produca una irragionevole discriminazione tra soggetti che, per fattori totalmente casuali, subiscono un trattamento peggiore rispetto agli altri. In alternativa, l'irragionevole discriminazione imporrebbe il rinvio della norma alla Corte costituzionale.

Dunque, i procedimenti in corso sono tutti quelli iniziati con la manifestazione di volontà del richiedente protezione, in quanto è definito richiedente colui che ha manifestato la volontà di chiedere il riconoscimento della protezione internazionale (art. 2, d.lgs. 142/2015).

Manifestazione di volontà che è il momento di inizio di un preciso iter amministrativo, cui seguirà la formalizzazione della domanda sul Modello C3, l'inserimento nel sistema Vestanet, l'audizione davanti alla Commissione territoriale, la decisione della stessa.

Procedimento complesso, ma che non può definirsi a formazione progressiva e dunque soggetto al principio *tempus regit actum*, perché il diritto alla protezione ha natura dichiarativa e non costitutiva e pertanto il suo riconoscimento formalizza sotto il profilo amministrativo (o giudiziale) uno status che preesiste.

La protezione umanitaria – ritenuta dalla giurisprudenza diritto fondamentale della persona straniera e attuazione del diritto d'asilo costituzionale (*ex multis*: Cass. nn. 11535/2009, 19393/2009, 19577/2010, 10686/2012, 16362/2016, 5059/2017, 28015/2017, n. 4455/2018) – sottende una condizione giuridica che preesiste al suo riconoscimento, alla pari della protezione internazionale e del diritto d'asilo costituzionale (Cass. SU nn. 4674/97 e 907/99), traendo origine in obblighi costituzionali o internazionali che originano nella specifica condizione di partenza del richiedente dal Paese di appartenenza, in cui non possa fare rientro per il rischio di violazione di diritti fondamentali (Cass. 4455/2018).

Come visto, oggi la protezione umanitaria è stata espunta dalla normativa ma non sono stati espunti gli obblighi costituzionali ed internazionali e pertanto quei principi della giurisprudenza valgono anche per il riconoscimento odierno.

Fermo restando quanto dianzi detto con riguardo al dovere anche per le CT di riconoscere gli obblighi costituzionali ed internazionali – che rende irrilevante ogni interpretazione delle disposizioni cd. transitorie o intertemporali – va comunque sottolineato che *il comma 9 reca una disposizione intertemporale solo per quanto*

riguarda i permessi di soggiorno, non i criteri di riconoscimento degli obblighi costituzionali ed internazionali.

Questo significa che i criteri di riconoscimento, anche per quanto riguarda i procedimenti iniziati prima del 5 ottobre, sono quelli previgenti, poiché il trattamento del cittadino straniero non può dipendere dai tempi amministrativi per il riconoscimento di un diritto fondamentale, che preesiste, per quanto detto, al suo riconoscimento.

Al riguardo, va ricordato che il procedimento inizia proprio con la manifestazione della volontà (artt. 1 e 2, d.lgs. 142/2015) e la tempistica è quella delineata dal d.lgs. 25/2008. In ogni caso, l'effettivo rispetto dei termini di legge per la definizione del procedimento dipende dall'organizzazione della PA (questure e CT), variando peraltro da territorio a territorio, cioè da elementi del tutto casuali ed indeterminati.

È, dunque, irragionevole ritenere che la disposizione transitoria recata dal comma 9 possa applicarsi automaticamente ed indistintamente a partire dal 5 ottobre, data di entrata in vigore del d.l. n. 113, a tutti i procedimenti iniziati ben prima.

Irragionevolezza che crea una illegittima discriminazione tra soggetti – i richiedenti asilo – che pur versando in una medesima condizione subiscono un trattamento peggiore.

Ma crea anche una lesione alle legittime aspettative, suscettibili di ristoro economico qualora il diritto alla protezione umanitaria che sarebbe stato riconoscibile prima del 5 ottobre sia negato in virtù della norma sopravvenuta, con applicazione (illegittima) del principio *tempus regit actum*.

Irragionevolezza che, se non fatta propria dalle CT, dovrà necessariamente portare la questione alla Corte costituzionale.

Per queste ragioni, i permessi rilasciabili all'esito di domande presentate prima del 5 ottobre 2018 dovranno essere quelli descritti nell'art. 1, co. 9, d.l. n. 113/2018.

Al medesimo risultato si giunge considerando la sorte dei *giudizi in corso* alla data dell'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 ed a quelli proposti successivamente, rispetto a decisioni assunte ai sensi del comma 9 ed anche a quelle che interverranno successivamente. Il d.l. n. 113/2018 non reca alcuna disposizione transitoria con riguardo ai giudizi ma non incide neppure sui criteri di riconoscimento della protezione umanitaria, cioè sull'accertamento degli obblighi costituzionali o internazionali, poiché, come detto, discendono direttamente dalla Costituzione.

In ogni caso, la nuova normativa è inapplicabile anche in ossequio al principio di irretroattività della legge, ex art. 11 preleggi al c.c., non essendo mutata la disciplina sostanziale della tutela umanitaria ma semmai – a tutto concedere – la procedura amministrativa di riconoscimento del diritto fondamentale in questione.

In questo senso, peraltro, si pone tutta la giurisprudenza di merito che sino ad oggi si è espressa sulla questione.

4. Volevo solo fare un'ultima annotazione per quanto riguarda le *conversioni* che sono possibili in tutta la cosiddetta disciplina transitoria dei commi 8 e 9. È importante evidenziare e sottolineare che i permessi umanitari in corso di validità (comma 8) possono essere convertiti e solo se non convertiti potranno essere rinnovati a condizione, però, che la Commissione territoriale ritenga esistente il rischio persecuzione o il rischio tortura ex art. 19, co. 1 e 1.1. TU.

Conversione che riguarda non solo il lavoro ma tutti i motivi previsti dal TU (lavoro, famiglia, studio, motivi religiosi, ecc.).

Per quanto riguarda il lavoro, va precisato che deve comprendere anche l'attesa occupazione, previa iscrizione ai Centri per l'impiego, in quanto la nozione di lavoratore comprende anche la ricerca di lavoro, sia pur formalizzata con la suddetta iscrizione. Iscrizione ai Centri per l'impiego che potrà avvenire anche per coloro che, pur titolari di permesso umanitario, abbiano perso la residenza, in quanto l'art. 11, co. 1, lett. c) del d.lgs. n. 150/2015, nel riorganizzare il Servizio regionale per il lavoro, stabilisce il principio della «c) disponibilità di servizi e misure di politica attiva del lavoro a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla regione o provincia autonoma di residenza».

Se si prescinde dalla regione o provincia autonoma di residenza, è evidente che con la locuzione «a tutti i residenti sul territorio italiano» non possa intendersi l'iscrizione anagrafica ma quella civilistica (art. 43 c.c.).

È bene chiarirlo perché sarà una delle tante battaglie che si dovranno fare per imporre ai Centri per l'impiego di iscrivere i richiedenti protezione, ma anche i titolari di permesso in corso di validità o quelli che ancora devono avere il rilascio avendo avuto già il riconoscimento dalle commissioni, che abbiano perso la residenza.

Nel caso in cui, invece, non vi siano i presupposti per nessuna conversione, il Questore rilascia un permesso «protezione speciale» ma solo se la CT valuta la sussistenza di una delle ipotesi di cui all'art. 19, co. 1 e 1.1. TU 286/98.

Questo tipo di permesso ha durata annuale, rinnovabile se sussistenti i medesimi requisiti valutati dalla CT, non convertibile in lavoro (può, però, essere convertito negli altri motivi, visto che non è previsto un divieto espresso; si pensi, ad esempio, al permesso famiglia, all'art. 31, co. 3 TU).

Volevo provare a contrastare un possibile orientamento giurisprudenziale che possa optare per la retroattività del d.l. n. 113. Se è vera, infatti, l'immediata precettività dell'articolo 10 co. 3 (inteso in senso ampio, comprensivo di tutta una serie di diritti), se è vera la natura dichiarativa e non costitutiva della tutela che adesso non possiamo più chiamare umanitaria, se è vero che ha origine nella condizione di partenza della persona, la quale non possa più tornare nel proprio paese perché subirebbe violazioni gravi di diritti fondamentali (Cass. 4455/2018), se è vero che è un diritto

che preesiste, perché dovrebbe essere negato all'autorità giudiziaria accertarlo, a fronte chiaramente della richiesta del richiedente (perché nessun diritto, neanche il più inviolabile, può essere imposto alla persona perché equivarrebbe a negarle il diritto di libertà e di autodeterminazione)?

Questo ragionamento vale sia per i giudizi in corso, sia per quelli futuri, con l'unica specificazione che per i giudizi in corso si tratta di adottare delle tecniche processuali che possono essere quelle nei giudizi di merito, cioè eventualmente modificare le conclusioni o sostenere l'irretroattività ex art. 11 preleggi al c.c., o fare memorie integrative.

Teniamo conto che quella che è stata modificata è una procedura amministrativa di riconoscimento di una tutela, non la tutela/diritto ad esso sotteso, nei termini che ho prima esposto. Perché se condividiamo che l'intero articolo 10 della Costituzione, così come il 2 e il 3 della Costituzione, esistono e possono essere applicati immediatamente, secondo me più di tanto non c'è da dire, il diritto preesiste, deve essere solo riconosciuto. È indubbio che i problemi si sposteranno sul piano amministrativo, nel senso che non c'è una denominazione espressa per il titolo di soggiorno che sarà rilasciato né sono indicati espressamente i diritti civili ad esso sottesi, ma è chiaro che questi ultimi non potranno essere inferiori a quelli riconosciuti nell'ambito della protezione internazionale o, in estrema ipotesi, dei «casi speciali» ex art. 1, co. 9, d.l. n. 113, per evitare illegittime diversità di trattamento a fronte di condizioni analoghe.

III

LE NUOVE IPOTESI DI TRATTENIMENTO, DI PROCEDURA ACCELERATA E DI FRONTIERA

LE NUOVE IPOTESI DI DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEI RICHIEDENTI ASILO E DEI CITTADINI STRANIERI E IL RUOLO IPOTIZZABILE NELL'APPROCCIO *HOTSPOT*

di Lucia Gennari*

Questa mia relazione verterà prevalentemente, anche se non solo, sul trattenimento negli *hotspot*. E il primo punto da sottolineare, anche se probabilmente è già chiaro a tutti, è che gli *hotspot* – sia come luoghi che come metodo – sono stati introdotti in Italia, così come in Grecia, non sulla base di una modifica legislativa, ma sulla base di documenti di indirizzo politico e di tipo amministrativo; in particolare penso all'Agenda sulle migrazioni, e, più nello specifico in Italia, alla Roadmap e alle SOP.

Il primo accenno legislativo agli *hotspot*, chiamati anche punti di crisi, è contenuto nel decreto Minniti, il quale però ne stabiliva solo l'esistenza, facendo riferimento alla legge Puglia, e definiva poi le procedure da seguire all'interno di questi luoghi. La questione del trattenimento è ovviamente centrale anche per far sì che gli *hotspot*, come strutture, possano davvero funzionare come un filtro, come uno strumento di selezione fra i cosiddetti migranti economici e i richiedenti asilo; di fatto poi, hanno ristretto sempre di più, come andremo a vedere, lo spazio dell'accesso alla protezione internazionale. Peraltro il trattenimento è una pratica che è sempre stata posta in essere all'interno degli *hotspot* in maniera informale ed anche in maniera diversa a seconda della struttura specifica oltre che del periodo storico. Per cui, per esempio, è noto che a Lampedusa esiste una forma di trattenimento che non è propriamente attuata perché le persone possono di fatto entrare e uscire; in altri *hotspot*, come quello di Trapani, il trattenimento, almeno negli ultimi mesi, avveniva in modo sistematico e rigoroso, sia pur informalmente. C'è stato un momento in cui gli *hotspot* sono diventati tali, nel 2016, e in quel periodo il trattenimento poteva durare anche mesi e dipendeva dal pratico svolgimento delle procedure di preidentificazione e di identificazione. Effettivamente la necessità di avere la disponibilità fisica, in alcune zone di frontiera, delle persone era così fondamentale che poi di fatto era una pratica che è stata in

* Avvocata e socia ASGI.

qualche modo istituzionalizzata con tutta una serie di problematiche che cercherò di riassumere.

Il decreto n. 113 del 2018, per quanto riguarda il trattenimento, contiene delle disposizioni che riguardano sia il trattenimento del richiedente asilo che il trattenimento di persone in attesa di essere espulse, quindi non richiedenti asilo. Per quanto riguarda la prima questione, è previsto il trattenimento fino a 30 giorni per fini identificativi il quale, poi, può trasformarsi in trattenimento nei CPR fino a 180 giorni. Per quanto riguarda il trattenimento dei non richiedenti asilo – e questo secondo me è anche importante leggerlo nell’ottica in cui il metodo *hotspot* è per l’appunto un metodo e quindi non solo una struttura – è previsto, in alcune circostanze, il trattenimento in luoghi diversi dai CPR e questo, come già si diceva, è un fatto particolarmente grave, perché presta il fianco a tutta una serie di pratiche di tipo amministrativo e di polizia difficilmente controllabili; il trattenimento viene infine esteso passando il periodo massimo da 90 a 180 giorni.

Per quanto riguarda il trattenimento dei richiedenti asilo, è stato modificato l’art. 6 del decreto n. 142 del 2015 e viene prevista una nuova ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo a fini identificativi. La norma dice che la persona che ha manifestato la volontà di chiedere protezione in Italia potrà essere trattenuta per il tempo strettamente necessario e comunque non superiore a 30 giorni in appositi locali che sono le strutture di cui all’art. 10-ter del TU. Vuol dire che questo tipo di trattenimento a fini identificativi potrà avvenire non solo presso gli *hotspot*, ma anche presso i centri governativi di prima accoglienza quindi presso i cosiddetti *hub*. C’è anche chi sostiene che il trattenimento possa avvenire nelle questure ma questo è meno chiaro.

Il motivo del trattenimento è la determinazione o la verifica dell’identità o della cittadinanza, quando non sia già stato possibile verificare o determinare, appunto, l’identità o la cittadinanza. Questo trattenimento potrà essere prolungato fino a 180 giorni nei CPR. Questa norma pone una serie di questioni che riguardano sia i presupposti del trattenimento, che il luogo del trattenimento, la durata e le garanzie connesse. Siccome alcuni profili sono stati già affrontati dal punto di vista della compatibilità con la Carta costituzionale, vorrei porre in evidenza le questioni di compatibilità, sempre costituzionali, ma con riferimento poi alla normativa europea sul trattenimento dei richiedenti asilo. Per quanto riguarda la prima questione, è collegata al presupposto del trattenimento e ciò vuol dire che un richiedente asilo non è identificato quando non ha un documento con sé o ha un documento di identità non considerato vero dalla polizia, perché ad esempio potrebbe essere stato contraffatto ecc. Si apre, quindi, uno scenario che riguarda con grandissima frequenza i richiedenti asilo che sono entrati illegalmente sul territorio e che apre spazi a scelte discrezionali nell’attività della pubblica amministrazione estremamente ampie. E questo, a mio avviso, si pone in contrasto con il principio secondo cui il richiedente non può essere

trattenuto per il solo fatto di aver fatto la domanda d'asilo, come peraltro ribadito sia dalla direttiva accoglienza all'art. 8 e al considerando 15, sia dalla direttiva procedure che, soprattutto, dalla Convenzione di Ginevra che vieta forme di sanzioni ai richiedenti protezione in ragione dell'aver chiesto la protezione. Chiaramente un trattenimento previsto in modo sistematico può sicuramente essere considerato una forma di sanzione.

Per quanto riguarda gli altri profili che hanno a che vedere con il contrasto con l'art. 13 e con l'art. 3 della Costituzione, va sottolineato che c'è anche tutto un piano europeo che bisogna considerare. C'è una problematica che è quella dei luoghi del trattenimento che, come dicevo, possono essere i punti di crisi – gli *hotspot* – ma anche i centri governativi di prima accoglienza e secondo alcuni potrebbero essere anche le questure. In ogni caso è evidente che non c'è chiarezza sui luoghi in cui questo tipo di misura verrà applicata. E questo appunto ci sembra che sia espressamente in contrasto sia con l'art. 13 della Costituzione nella parte in cui pone la riserva di legge su modi e luoghi della privazione della libertà personale, sia con la direttiva accoglienza che all'art. 10 precisa che il trattenimento dei richiedenti asilo deve avvenire di regola in appositi centri di trattenimento. È stato sostenuto che, poiché questa norma dice «di regola», non sempre il trattenimento dei richiedenti asilo deve avvenire in specifici luoghi appositamente dedicati e che non c'è quindi una violazione della direttiva. Invece credo che la lettura più corretta di questa norma, se la si legge fino alla fine, sia quella per cui il trattenimento dei richiedenti asilo avviene «di regola» negli appositi centri e, eccezionalmente, in carcere. Quindi la regola è costituita dal centro specifico per il trattenimento, l'eccezione dal carcere in alcune condizioni specifiche, ma non credo ci sia una terza opzione.

Dopodiché è problematico tutto l'aspetto relativo alle garanzie del trattenimento e nello specifico mi riferisco al fatto che non vengono determinati i tempi e i modi della convalida. Potrebbe dirsi che siccome questa norma rientra nell'art. 6 del decreto 142 del 2015, allora si applica quella disciplina sulla convalida del trattenimento, ma in ogni caso è una lacuna molto grave. Non si dice nulla nemmeno sulle garanzie che devono essere rispettate nei confronti dei richiedenti asilo che vengono trattenuti e quindi, per esempio, di come devono essere gli spazi del trattenimento dei richiedenti asilo e non c'è nulla sul diritto di visita. Questi sono aspetti molto importanti perché nella pratica gli *hotspot* sono stati luoghi in realtà completamente inaccessibili per esempio per gli avvocati o per i familiari delle persone che si trovavano lì, trattenute o meno, e via dicendo. È quindi evidente il contrasto con l'art. 13, sempre con riferimento alla riserva di legge, riguardante i tempi e i modi della privazione della libertà personale, oltre a tutta una serie di violazioni della direttiva accoglienza per quanto riguarda le garanzie e i tempi del trattenimento del richiedente asilo, anche per quanto riguarda la possibilità di chiedere il riesame della misura nell'arco perlomeno dei primi 30 giorni nell'*hotspot*. Si pone poi la questione sulla durata del trattenimento,

e quindi se questi 30 giorni più 180 si debbano sommare a quelli di cui all'art. 6, e si pone anche una questione di rispetto del principio di uguaglianza per cui il richiedente asilo verrebbe sottoposto evidentemente ad un trattenimento a fini identificativi della durata molto più lunga di quello previsto per gli stranieri non richiedenti asilo nei CPR e di quello previsto dall'art. 11 del d.l. 59/1978 che prescinde dalla nazionalità e dallo status giuridico. E c'è quindi tutto un problema di raccordo con la disciplina del trattenimento dei non richiedenti asilo.

Per quanto riguarda invece il trattenimento dei non richiedenti asilo, l'art. 10 del d.l. n. 113 impone delle modifiche. Una, all'art. 14 del TU, riguarda il tempo massimo del trattenimento aumentandolo da 90 a 180 giorni, l'altra è una modifica molto importante all'art. 13, co. 5-*bis* sempre del TU sull'esecuzione dell'espulsione. Infatti, questa norma prevede che se non ci sono posti disponibili nei CPR del circondario del tribunale competente per la persona che deve essere espulsa, allora è possibile il trattenimento, sia prima dell'udienza di convalida sia dopo, in luoghi diversi dal CPR. Prima dell'udienza di convalida il giudice di pace può, nel decreto di fissazione dell'udienza, autorizzare il trattenimento della persona che deve essere espulsa in strutture diverse e idonee nella disponibilità delle autorità di pubblica sicurezza. Dopo l'udienza di convalida, se permangono quelle stesse condizioni, allora il giudice di pace può autorizzare, nel decreto di convalida, il trattenimento in locali idonei presso l'ufficio di frontiera. Nel maxi emendamento è stato aggiunto un periodo alla norma in cui si dice che in tutti questi luoghi di trattenimento, diversi dal CPR, devono essere garantite condizioni di trattenimento dignitose per la persona interessata.

In concreto significa che il trattenimento prima dell'udienza di convalida può avvenire nei luoghi nella disponibilità della pubblica sicurezza dove verosimilmente si effettuano anche le operazioni di identificazione. Si apre uno spazio assolutamente indefinito, sia con riferimento a questi luoghi sia con riferimento a quelli dell'ufficio di frontiera in cui per 48 ore può essere trattenuta la persona dopo l'udienza di convalida, che potrebbero essere gli aeroporti, come viene anche scritto nella relazione illustrativa al decreto-legge, ma anche per esempio i porti, o anche per esempio si potrebbe pensare a un nuovo trattenimento nell'*hotspot*. In ogni caso queste incertezze su quali siano i posti idonei, ci dà l'idea della genericità della normativa. Non c'è nessun obbligo, come nel caso del trattenimento negli *hotspot* o nell'*hub*, di un'indicazione specifica di quali siano questi luoghi o la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei luoghi in cui effettivamente possa avvenire il trattenimento, lasciando margini di discrezionalità enormi alla pubblica amministrazione in violazione dell'art. 13 della Costituzione. L'art. 16 della direttiva rimpatri dice più o meno quello che diceva l'art. 10 della direttiva accoglienza, e cioè che il trattenimento deve essere fatto in luoghi specifici di norma o, eccezionalmente, nelle carceri. Inoltre si pone ovviamente una questione di come in concreto riuscire a controllare che non si verificano situazioni di trattenimento in condizioni che possono essere considerate disumane e degradanti nell'ottica di

verificare appunto che ci sia sempre il rispetto delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

LE NUOVE PROCEDURE DI FRONTIERA E ACCELERATE IN RAPPORTO ALL'APPROCCIO *HOTSPOT*

di Salvatore Fachile*

Parto dalla fine perché questo è un argomento particolare, nel senso che sulle procedure accelerate e sulle procedure di frontiera, c'è chi ci ha lavorato e chi ci lavora, ma non sono tantissimi. Ci sono persone, operatori, avvocati, che sono stati in frontiera in alcune parti di Italia, ma non sono molti. Anche se non sono mancati degli approfondimenti interessanti, come per esempio quelli registrati presso la Corte d'Appello di Napoli.

Anzitutto vorrei descrivere come il d.l. n. 113 immagina il cambiamento dell'accesso alla procedura di asilo e dell'intera procedura. Quello che fa il d.l. n. 113 è di anticipare e di portare in Italia una discussione che è stata anzitutto europea. La proposta di regolamento procedure è stata, infatti, avanzata dalla Commissione Europea nel 2016, è stata poi approvata anche dal Parlamento europeo ed in questo momento è in fase di triloghi (con il Consiglio). Semplificando, essa può definirsi (tra l'altro) come un tentativo della Commissione Europea di rivedere l'intero assetto del diritto di asilo, anche tramite una sorta di "spinta" verso le frontiere, per relegarlo nelle frontiere medesime, contraendo in modo significativo i diritti del richiedente: una operazione in netta contrapposizione a quello che è stato fino ad adesso il meccanismo della regola e dell'eccezione. La regola è costituita dalla procedura ordinaria che conosciamo per esempio qui a Roma, cioè un periodo di sei mesi-dieci mesi durante il quale il richiedente si prepara alla Commissione dentro una struttura di accoglienza che può essere lo SPRAR o il CAS e poi in caso di diniego si rivolge con pieni diritti di fronte all'autorità giudiziaria. L'eccezione è sempre stata, e adesso la si vuole trasformare a livello europeo sostanzialmente in regola (che il decreto 113/118 anticipa), che una persona presenta domanda d'asilo in un luogo ristretto con una libertà di circolazione limitata o limitatissima; questa domanda viene sottoposta ad una procedura accelerata, quindi molto rapida, in cui sostanzialmente la persona si prepara in tempi rapidissimi ad una Commissione, e lo fa in un luogo lontano dalla società civile e non necessariamente in una struttura d'accoglienza; inoltre, in caso di diniego, questo è sì, impugnabile, ma con dei diritti molto più circoscritti. In pratica, si può impugnare (in molteplici ipotesi) il diniego nei termini di 15 giorni invece che 30 e soprattutto il ricorso non ha un effetto sospensivo automatico, ma semplicemente è consentito chiedere al giudice di sospendere l'effetto espulsivo del diniego, a cui seguirà una decisione *inaudita altera parte* in tempi rapidissimi e senza una istruttoria

* Avvocato e socio ASGI.

approfondita. L'effetto finale è che si accede alla procedura esclusivamente in frontiera, lo si fa in stato di trattenimento e comunque l'esame della domanda di asilo, anche per chi non è trattenuto, avverrà possibilmente in frontiera, con procedure accelerate. Il tutto in un luogo, in frontiera, forse anche in stato di trattenimento, che contrae in modo notevolissimo la concreta possibilità di esercitare il proprio diritto; la reale capacità di affrontare la Commissione e di illustrare le proprie ragioni a quest'ultima, ed eventualmente in sede giurisdizionale, è ridotta all'osso dalla lontananza, dalla celerità, dalla contrazione dei diritti e dall'isolamento. Questo è il quadro effettivo che viene a delinarsi. La procedura accelerata in frontiera, ancor di più se in stato di trattenimento, può significare per esempio che una persona, dopo pochi giorni che è arrivata a Lampedusa, senza incontrare alcun operatore specializzato, si impatta con un diniego e da lì ha necessità di organizzarsi in quindici giorni per presentare un ricorso contenente una istanza cautelare che senza ulteriori approfondimenti deve risultare già abbastanza strutturata da convincere un magistrato a riconoscere il beneficio della sospensiva, in modo da non rischiare di essere rimpatriato forzatamente ancor prima che il ricorso venga esaminato nel merito. Il diritto di asilo sembra voler essere riconosciuto solo formalmente e negato nella maggior parte dei casi da un punto di vista pratico.

Questo, insieme a ciò che si diceva sulla disponibilità della persona fisica durante tutta la fase della procedura, potrebbe indurre a pensare che sia tutto volto al rimpatrio forzato delle persone straniere a cui non viene riconosciuto il diritto a una protezione internazionale. Ma così in realtà non è, e basta vedere i numeri ridottissimi dei rimpatri realizzati per rendersene conto. Allora, queste persone, che subiscono una procedura accelerata e ricevono un diniego finale (reso realistico dalle difficoltà di apprestare una difesa strutturata e tempestiva), avranno esercitato e consumato in fretta la loro unica chance di acquisire una autorizzazione a restare in Italia. Il Governo realisticamente sa che queste stesse persone non saranno destinatarie di un rimpatrio forzato (che è ostacolato da moltissimi fattori e che rimarrà verosimilmente numericamente circoscritto), ma potrà immetterle sul resto del territorio nazionale (nelle città per intenderci come Roma, Palermo, Milano) in qualità di soggetti "irregolari" che salvo eccezioni ridottissime (legate principalmente al diritto di famiglia) non potranno ottenere in futuro alcun permesso di soggiorno. Ed è in tal ottica che deve leggersi anche la riforma della disciplina sulla domanda reiterata, che in un certo senso chiude il cerchio, ossia completa questo tentativo di svuotare di fatto il contenuto del diritto di asilo e di conseguenza incrementare la presenza sul territorio di persone straniere che non hanno quasi nessuna possibilità di vivere in Italia con un permesso di soggiorno.

Fino ad adesso se dovevamo assistere una persona che aveva già consumato una domanda d'asilo, perché non aveva avuto la possibilità di fare la Commissione decentemente e un ricorso decentemente, si tentava di presentare un'altra domanda, la famosa domanda reiterata. E comunque c'erano già una serie di ostacoli, una serie di

pericoli intrinseci nella possibilità di fare una seconda domanda: la possibilità che potesse essere considerata una persona irregolare e trattenuta in un CPR.

Vediamo adesso come l'art. 9 del d.l. n. 113/18 ha trasformato la domanda reiterata: ha anticipato di un passo, così come suggerito dalla Commissione Europea, in verità, le conseguenze più negative per un richiedente asilo che prova a fare la seconda domanda. Di regola la persona ha diritto a restare in Italia, e questa sua seconda domanda (ossia il modulo C3) andrà direttamente in Commissione territoriale, che giudicherà se questa domanda sia o meno identica alla prima. Se la considera identica alla prima, senza nemmeno dover più avvisare la persona che sta per adottare un decreto di inammissibilità, quindi senza ascoltarla, la dichiara inammissibile. Una procedura dunque della durata di 5 giorni (come prima), senza più il diritto del richiedente asilo di essere avvisato e di poter integrare con delle memorie la procedura prima della dichiarazione in inammissibilità. A fronte di tale rigetto, a seguito della riforma normativa del d.l. n. 113/18, il richiedente ha diritto di restare sul territorio nazionale per i successivi 15 giorni (dalla notifica) al fine di presentare ricorso, ma non ha più diritto di attendere in Italia la risposta del magistrato sulla richiesta di sospensione degli effetti espulsivi del rigetto stesso. In caso di terza domanda di asilo (ulteriore domanda dopo la dichiarazione di inammissibilità), il richiedente asilo non avrà più neppure il diritto di formalizzare la domanda stessa, ma potrà essere soggetto a un rimpatrio forzato immediatamente dopo la manifestazione della volontà (che dunque non sarà mai esaminata dalla Commissione).

Queste le nuove regole, ma andiamo a vedere l'eccezione che è ancora più inquietante, perché veramente elimina di fatto la reale possibilità di ottenere una protezione internazionale a seguito della presentazione di una seconda domanda (magari presentata perché la prima domanda era stata esaminata in modo eccessivamente celere e senza neppure un reale esercizio del diritto di difesa). L'eccezione è quella prevista dalla modifica dell'articolo 29-*bis*: la domanda reiterata in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento. Se la regola è quella per cui il richiedente asilo in sede di seconda domanda formalizza la sua richiesta tramite un modulo C3 che viene trasmesso alla Commissione; la nuova eccezione stabilisce che se la volontà di fare una seconda domanda viene manifestata durante la fase di esecuzione di un provvedimento di espulsione, saranno le forze di polizia a considerare la seconda domanda inammissibile. La seconda domanda di asilo non verrà neppure trasmessa alla Commissione. Ma che cosa vuol significare «fase di esecuzione di un provvedimento esecutivo»? Il richiedente che, ad esempio, ha fatto la prima domanda a Pozzallo, l'ha esaurita in una settimana, ricevendo un diniego che non è riuscito a impugnare; successivamente arriva a Roma e fa una seconda domanda, ma con già un ordine di allontanamento della Questura di Pozzallo, si trova in fase esecutiva di un provvedimento di espulsione? A mio parere no, ma non può nascondersi il timore di una interpretazione eccessivamente estensiva di tale concetto da parte delle forze di polizia.

La seconda domanda diventa, anche per noi che suggeriamo o potremmo suggerire una seconda domanda, impraticabile, perché il rischio del rimpatrio forzato immediato aumenta notevolmente. Questa domanda reiterata in fase di espulsione ha sicuramente dei profili di illegittimità per violazione in combinato dell'articolo 117 della Costituzione e della direttiva 32 e più in particolare degli articoli 40 e 41, che riconoscono sempre al richiedente il diritto a rimanere sul territorio italiano anche in caso di seconda domanda di asilo. Questa possibilità di saltare del tutto la Commissione, dalla direttiva non è prevista, è illegittima per contrasto con il 117.

La seconda questione che affronta il d.l. n. 113 riguarda tutte le ipotesi di procedura accelerata. Sostanzialmente viene modificato radicalmente l'art. 28-*bis* del d.lg. n. 25 del 2008. Il 28-*bis* stabilisce quando applicare una procedura accelerata con le conseguenze che abbiamo visto, una contrazione dei diritti in fase di impugnazione. Sostanzialmente adesso l'art. 28-*bis* diventa potenzialmente omnicomprensivo: quasi tutte le domande di asilo possono essere soggette a una procedura accelerata. Perché rispetto all'ipotesi precedente, si aggiungono adesso tutte le ipotesi di trattenimento quindi anche le nuove ipotesi a scopo meramente identificativo. Inoltre, si aggiungono anche tutte le procedure di frontiera. Ossia la disamina di tutte le procedure svolte in frontiera. Vengono istituite cinque commissioni per le frontiere. Quindi le procedure accelerate per lo più camminano con le procedure di frontiera, che vengono svolte da Commissioni *ad hoc* in luoghi predeterminati dal Governo, in stato di isolamento e potenzialmente in fase di trattenimento.

Non solo. Infatti il d.l. n. 113/18 aggiunge le ipotesi di procedura accelerata in tutti i casi in cui il richiedente proviene da un cosiddetto Paese di origine sicuro. Secondo la attuale direttiva, l'istituzione di una lista di paesi di origine sicura è facoltativa e lo Stato italiano fino ad ora aveva deciso di non istituirla. Viceversa, il nuovo d.l. n. 113/18 opta per la sua istituzione e vi associa, tra l'altro, l'espletamento di una procedura accelerata. Una decisione che potrebbe avere un impatto enorme, soprattutto qualora nello stilare la lista dei paesi sicuri, il Governo decidesse di inserirvi un numero elevato di paesi di origine degli attuali richiedenti asilo.

Ma vi è dell'altro. Infatti, tra le ipotesi di procedure accelerate rientrano anche i casi di manifesta infondatezza. Una nozione che viene notevolmente ampliata dal d.l. n. 113/18: adesso che ne vengono annoverate tantissime. Non solo i casi di provenienza da un Paese di origine sicuro, ma anche molte altre, come per esempio quella in cui il richiedente ha indotto in errore l'autorità presentando documenti falsi o omettendo informazioni e documenti riguardanti la sua identità o cittadinanza, e quella di chi è entrato illegalmente nel territorio nazionale e vi ha prolungato il soggiorno illegalmente senza aver presentato tempestivamente domanda; ma anche l'ipotesi di chi ha eluso o ha solo tentato di eludere la frontiera. Quindi praticamente è sempre. Soprattutto se si considera che la nozione di elusione di frontiera, e i magistrati di Roma lo ricorderanno bene, veniva utilizzata – nel precedente assetto normativo – per l'invio al CARA, con

una interpretazione della pubblica amministrazione come mera mancanza di visto. Mentre, sembra molto più corretta una interpretazione che intende l'elusione della frontiera come il tentativo attraversare la frontiera. Ma anche questo, come l'intera nuova normativa in tema di manifesta infondatezza necessita di un approfondimento *ad hoc*.

Infine, in questa velocissima panoramica di nuovi istituti, merita di essere menzionato il nuovo procedimento immediato, in chiaro odore di illegittimità costituzionale: una nuova forma di procedura, non prevista dalla direttiva, molto discussa in sede di conversione del decreto 113/18. Si prevede adesso la possibilità che la domanda d'asilo sia portata immediatamente dinnanzi alla Commissione, che decide in tempi rapidi e in caso di diniego il richiedente non ha diritto di rimanere in Italia neppure per il tempo necessario per presentare ricorso. Una tale procedura è prevista in casi di sentenza di primo grado di condanna del richiedente asilo per reati di medio-bassa gravità e in alcuni casi di trattenimento determinato da una dichiarazione di pericolosità sociale (quindi anche in mancanza di una sentenza di primo grado di condanna). Sono molteplici i dubbi di costituzionalità che suscita una tale previsione, non da ultimo determinati dal fatto che un tale istituto non sia previsto dalla direttiva, il cui elenco di procedure anomale (che contraggono i diritti del richiedente) deve essere considerato tassativo, con il conseguente divieto per i singoli Paesi membri di introdurre nei propri ordinamenti delle ipotesi differenti. Per non parlare del principio costituzionale della presunzione di innocenza.

Chiudo dicendo che ovviamente l'urgenza sarà quella di sollevare le necessarie questioni di legittimità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia, ma anche di portare avanti delle letture costituzionalmente orientate delle nuove norme introdotte e in generale di quelle che regolano questo insidioso istituto delle procedure accelerate. Come nel recente passato è stato fatto, per esempio, dalla Corte d'Appello di Napoli che ha stabilito che tutte le procedure prioritarie e accelerate devono essere espletate con delle garanzie minime e nei termini sanciti dalla legge, con la conseguenza, in caso contrario, di perdere il tipico effetto di contrazione del diritto di difesa in caso di diniego. O per meglio dire, la Corte di appello di Napoli afferma un tale principio con riguardo alla pericolosa procedura di manifesta infondatezza, ma lo fa in termini tali da poter ritenere possibile e corretta una interpretazione simile anche per tutti gli altri casi di procedura accelerata.