

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2018

IL RESPINGIMENTO DIFFERITO DISPOSTO DAL QUESTORE DOPO LA SENTENZA N. 275/2017 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Paolo Bonetti

Abstract: L'articolo analizza contenuti ed effetti della sent. n. 275/2017 della Corte costituzionale sul respingimento differito disposto dal questore ai sensi dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998. La sentenza dichiarando inammissibile la questione sollevata pare non pronunciarsi sulle importanti questioni di illegittimità costituzionale concernenti il respingimento differito per violazione delle riserve di legge e di giurisdizione e dei vincoli previsti dalle norme UE. Tuttavia essa compie una ricostruzione costituzionalmente conforme delle norme legislative sul respingimento differito e distingue tra le due modalità alternative per la sua esecuzione: la misura coercitiva dell'accompagnamento alla frontiera, da limitarsi ai soli casi di effettiva urgenza, e l'ordine del questore di lasciare entro 7 giorni il territorio italiano, da intendersi come sostitutivo dell'accompagnamento. Inoltre la sentenza rivolge al legislatore il monito di rendere conforme all'art. 13, comma 3 Cost. la vigente disciplina legislativa del respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera, il che ne conferma l'incostituzionalità. Perciò il respingimento differito dovrebbe essere eseguito nella prassi soltanto con ordine di allontanamento e non con accompagnamento, in attesa di un futuro e incerto intervento legislativo che rimedi ai suoi tanti profili di illegittimità, senza il quale il respingimento differito sarà dichiarato incostituzionale da una nuova sentenza della stessa Corte.

Abstract: The article is an analysis of the decision n. 275/2017 of the constitutional Court on the so-called "deferred refoulement" (art. 10. 2, legislative decree n. 286/1998). Declaring the inadmissibility of the question, the decision seems to avoid the serious doubts of constitutionality regarding the violation of the rule of law and of the jurisdictional clause, as well as the violation of EU obligations. Nevertheless, the decision offers an interpretation in conformity of the Constitution of the provisions about the "deferred refoulement", making a clear distinction between the two measures for its execution. So, the coercitive measure of removal to the border applies just in case of real urgency; in any other case, the measure applying is the order to leave the State's territory within seven days. In addition, the decision address a warning to Parliament: the Court suggests that the provisions about the "deferred refoulement" executed by coercitive measure of removal to the border should be amended in conformity with art. 13.3 of Italy's Constitution – thus implying the unconstitutionality of these provisions. Pending a future and uncertain legislative reform which will make constitutionally conform the "deferred refoulement" executed by coercitive measure of removal to the border, the "deferred refoulement" should be executed only through the order to leave the State's territory.

IL RESPINGIMENTO DIFFERITO DISPOSTO DAL QUESTORE DOPO LA SENTENZA N. 275/2017 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Paolo Bonetti*

SOMMARIO: 1. Il respingimento differito e i suoi profili di incostituzionalità. – 2. Il respingimento differito eseguito con ordine di lasciare il territorio nazionale che era oggetto del giudizio in cui era stata sollevata la questione di illegittimità costituzionale. – 3. L'intervento di ASGI nel giudizio di fronte alla Corte costituzionale e la sua inammissibilità: rilievi critici. – 4. La ricostruzione costituzionalmente orientata del respingimento differito sulla base delle sue due modalità (alternative) di esecuzione (accompagnamento e ordine di lasciare il territorio nazionale). – 5. Il monito al legislatore di adeguare all'art. 13, comma 3 della Costituzione la disciplina legislativa del respingimento differito eseguito con accompagnamento. – 6. Le prospettive di future questioni di legittimità costituzionali sul respingimento differito. – 7. Le prospettive di applicazione amministrativa del respingimento differito nelle more delle modifiche legislative richieste dalla Corte costituzionale. – 8. Le prospettive di riforma legislativa del respingimento differito.

1. Il respingimento differito e i suoi profili di incostituzionalità

Come è noto l'art. 10, d.lgs. n. 286/1998 prevede il respingimento dello straniero che si presenti al valico di frontiera privo dei requisiti previsti dalla legge per l'ingresso e il soggiorno. Tuttavia il respingimento non si applica agli asilanti o agli stranieri a cui siano applicabili forme di protezione temporanea (art. 10, co. 4), né agli stranieri che potrebbero subire il rischio di persecuzione o di torture o maltrattamenti nei Paesi di invio (art. 19, co. 1 e 1.1 d.lgs. n. 286/1998).

Più precisamente la disposizione legislativa prevede due tipi di provvedimento di respingimento:

a) il respingimento alla frontiera, cioè il respingimento disposto dalla polizia di frontiera con obbligo di presa in carico da parte dello stesso vettore che ha condotto lo straniero alla frontiera: è un provvedimento che comporta di norma soprattutto una limitazione della libertà di circolazione dello straniero – di cui non sempre è titolare lo straniero non ancora regolarmente soggiornante –, il che non pare confliggere con la riserva di legge prevista dall'art. 16 Cost., anche perché in materia devono applicarsi le norme dell'UE (art. 14 del regolamento UE che reca il codice frontiere Schengen);

* Professore associato confermato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Milano-Bicocca. Direttore del Master in Diritto degli stranieri e politiche migratorie.

b) il respingimento differito, cioè il respingimento disposto dal questore da eseguirsi con accompagnamento immediato alla frontiera nei confronti dello straniero che sia stato sorpreso subito dopo l'ingresso o che sia stato ammesso sul territorio soltanto per necessità di pubblico soccorso.

I problemi di legittimità costituzionale del respingimento differito sono gravi e numerosi, come ha più volte ricordato la dottrina, che li ha spesso accomunati ad analoghi problemi di costituzionalità che sembrano viziare anche quei provvedimenti disposti dalle autorità di pubblica sicurezza che prescrivono l'espulsione amministrativa dello straniero, l'allontanamento dello straniero espulso o respinto e il trattenimento nei Centri di permanenza temporanea dello straniero respinto o espulso¹.

1. Sui profili di illegittimità costituzionale dei provvedimenti di respingimento, dei provvedimenti amministrativi di espulsione, di trattenimento e di allontanamento previsti dall'ordinamento italiano cfr., per tutti, P. Bonetti, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi. Atti del Seminario "Amicus Curiae" tenutosi a Ferrara il 26 gennaio 2001, Torino, Giappichelli, 2001, p. 48; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Sezione I - Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, CEDAM ed., 2004, pp. 203-634 (soprattutto pp. 276-291, 426-564); A. Caputo, G. Fidelbo, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, dir. F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, Giappichelli ed., 2012, pp. 21 ss.; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Napoli, Jovene ed., 2012, pp. 145-221; R. Cherchi, *L'allontanamento dall'Italia dello straniero e del cittadino europeo*, in *Manuale breve di diritto dell'immigrazione*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Rimini, Maggioli ed., 2013, pp. 215-250; C. Favilli, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. intern.*, n. 3/2011, pp. 693-732; A. Liguori, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in questa *Rivista*, n. 3.2011, pp. 15-29; L. Masera, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012, a cura di A. Gaboardi, A. Gargani, A. Presotto, M. Serraino, Torino, Giappichelli ed., 2013, pp. 67-93; F.B. Morelli, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titolo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, a cura di O. Giolo e M. Pifferi, Torino, Giappichelli, 2009, p. 156 ss.; G. Savio, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in questa *Rivista*, n. 3.2011, pp. 30-50; A. Pugiotto, *"Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2010, p. 353 ss.; M. Savino, *Le libertà degli altri*, Milano, Giuffrè ed., 2012, p. 260 ss.; M. Veglio, *L'allontanamento del cittadino extracomunitario*, in *Lo straniero e il giudice civile. Aspetti sostanziali e processuali del diritto dell'immigrazione*, a cura di C.E. Germano, G. Ratti, S. Vitro, M. Veglio, Torino, UTET giuridica ed., 2014, pp. 157-243.

Con riferimento al solo respingimento differito si vedano altresì *Il respingimento, l'espulsione e l'esecuzione dell'espulsione, il trattenimento del cittadino di un paese terzo o di un altro paese dell'Unione europea*, a cura di R. Cherchi, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli ed., III^a ed., 2017, pp. 233-235; M. Malena, *Respingimenti, rinvii forzati e politiche di «non arrivo»*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci, Jovene, 2011, pp. 43 ss.; A. Marletta, *L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa* (nota a Giudice di pace Agrigento, 18.10.2011, n. 741), in *Giur. mer.*, 2012, 1138 ss.; F. Vassallo Paleologo, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, pp. 15-29.

I gravi dubbi di costituzionalità del respingimento differito sono stati oggetto anche di relazioni di Commissioni parlamentari² e di richiami al Parlamento da parte del Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale³.

È altrettanto nota la problematica individuazione dei mezzi di tutela giurisdizionale esperibili avverso i provvedimenti di respingimento (sia immediati che differiti), perché il legislatore nazionale italiano non li indica espressamente, anche se l'art. 14, par. 3 del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) prevede che le persone respinte abbiano diritto di presentare ricorso, pur senza efficacia sospensiva automatica, conformemente alla legislazione nazionale.

L'individuazione della giurisdizione è stata poi decisa dalle sezioni unite della Corte di cassazione con regolamento di giurisdizione, affermando la giurisdizione del giudice ordinario, perché il respingimento può concretamente incidere su diritti soggettivi⁴.

Il respingimento differito adottato dal questore nelle ipotesi indicate dall'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 è disposto in via ordinaria dal solo questore, senza alcun controllo dell'autorità giudiziaria, e perciò appare incostituzionale in violazione della riserva di giurisdizione e della riserva assoluta di legge previste dall'art. 13 Cost.; esso è oltretutto

2. Nella relazione del 3 maggio 2016 della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, istituita dalla Camera dei deputati, a pp. 105-106, si osserva: «La Commissione ritiene meritevole di attenzione anche un'ulteriore problematica, di ordine giuridico, relativa al rapporto tra l'istituto del respingimento eseguito con accompagnamento alla frontiera e la mancata previsione dell'obbligo di convalida da parte dell'Autorità giudiziaria, come previsto, invece, nell'esecuzione dell'espulsione. Sul punto, occorre ricordare che l'articolo 13 della Costituzione pone una riserva di giurisdizione da cui discende che ogni provvedimento che limita la libertà personale possa essere adottato dalla polizia giudiziaria in circostanze eccezionali, prima che sia disposto dall'Autorità giudiziaria, ma va sempre convalidato dal magistrato entro termini perentori. Il respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, costituisce, in effetti, un provvedimento limitativo della libertà personale che, per alcuni versi, ricade innegabilmente nel campo di applicazione dell'articolo 13 della Costituzione e che quindi non dovrebbe essere sottratto al controllo dell'Autorità giudiziaria [...]. In definitiva, il respingimento è considerato uno strumento semplificato, a disposizione delle Autorità di polizia preposte al controllo degli ingressi e del soggiorno degli stranieri, che a differenza dell'espulsione è soggetto alla registrazione solo da parte del questore».

3. La relazione al Parlamento del Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale, presentata alla Camera dei deputati il 21 marzo 2017, a p. 121 evidenzia il rischio di «gravi violazioni dei diritti fondamentali nel caso dei respingimenti differiti disposti negli *hotspot*. La notifica contestuale del provvedimento di allontanamento e della partenza del rimpatrio non dà di fatto modo alle persone di ricorrere prima che la misura sia messa in esecuzione. Se si considera che nel nuovo regolamento Frontex è previsto che l'Agenzia dia priorità – nella scelta delle operazioni di rimpatrio da finanziare – a quelle congiunte e a quelle operate dagli *hotspot* (art. 28, par. 9 del regolamento UE 2016/1624 del 14 settembre 2016), è necessario che al presumibile incremento dei respingimenti differiti corrispondano effettive garanzie sul fronte dei diritti fondamentali in un istituto già di per sé fragile sotto il mancato profilo del mancato controllo giurisdizionale».

4. Cass., SU, n. 14502 del 2013, sulla quale si veda, per tutti, G. Savio, *La Cassazione attribuisce al giudice ordinario la cognizione sulla legittimità dei respingimenti differiti*, in questa *Rivista*, n. 2.2013, p. 81 ss.

eseguito con accompagnamento alla frontiera, misura che secondo la sent. n. 105/2001 della Corte costituzionale consiste in una limitazione della libertà personale.

Inoltre nella prassi e nell'interpretazione precedente alla nuova interpretazione data dalla Corte costituzionale proprio nella sent. n. 275/2017 si riteneva (erroneamente, afferma la sentenza) che l'accompagnamento alla frontiera restasse sempre efficace quale effetto obbligatorio e inderogabile di ogni provvedimento di respingimento, ancorché in concreto esso non fosse stato materialmente possibile per ragioni oggettive, in presenza delle quali – dopo l'adozione del provvedimento di respingimento (com'è avvenuto nel caso concreto) o dopo la fine di un eventuale provvedimento di trattenimento – il questore può impartire al medesimo straniero respinto un distinto ordine scritto e motivato di lasciare il territorio dello Stato entro 7 giorni ai sensi dell'art. 14, co. 5-*bis* del d.lgs. n. 286/1998.

Il provvedimento di respingimento adottato dal questore *ex* art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 appare così in irrimediabile contrasto con l'art. 13, co. 2 Cost. e merita pertanto la dichiarazione di illegittimità costituzionale, e la stessa sent. n. 275/2017 lo preannuncia.

Né è possibile dare in alcun modo alla disposizione legislativa dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 un'interpretazione conforme alle norme costituzionali, dell'Unione europea e internazionali che la privi di ogni dubbio di illegittimità costituzionale, perché l'obbligo di intervento immediato dell'autorità giudiziaria sui provvedimenti restrittivi della libertà personale è ribadito anche dall'art. 5 della Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950.

Si possono infatti riassumere come segue i profili di illegittimità del respingimento differito.

Il primo profilo di illegittimità costituzionale della disciplina legislativa del respingimento differito, allorché sia eseguito con accompagnamento alla frontiera, consiste nel fatto che si prevede un provvedimento restrittivo della libertà personale adottato dalla autorità di pubblica sicurezza, che viola le garanzie concernenti tali provvedimenti previste nell'art. 13 Cost.

La regola generale prevista dall'art. 13, co. 2, Cost. prevede che ogni provvedimento restrittivo della libertà personale debba essere adottato con provvedimento motivato dalla sola autorità giudiziaria nei casi e nei modi previsti dalla legge.

Al comma 3 dell'art. 13 Cost. si consentono poi deroghe a questo principio generale, secondo cui l'autorità di pubblica sicurezza possa privare taluno della libertà personale soltanto con provvedimenti provvisori adottati «in casi eccezionali di necessità ed urgenza tassativamente previsti dalla legge» e sottoposti alla convalida di un giudice entro le successive 48 ore che deve convalidarli entro le successive 48 ore, a pena di decadenza fin dall'inizio.

Più esattamente ogni provvedimento restrittivo della libertà personale può essere adottato in via provvisoria dall'autorità di pubblica sicurezza soltanto se sussistono tutti e sei i requisiti previsti dall'art. 13, co. 3, Cost. (è sufficiente che ne manchi uno perché il provvedimento sia incostituzionale):

a) *eccezionalità*; essa nella disciplina legislativa del respingimento differito manca del tutto: sempre e soltanto l'autorità di p.s. può disporlo e in nessun caso lo può disporre fin dall'inizio l'autorità giudiziaria. In proposito la Corte costituzionale ha precisato che l'eccezionalità deve intendersi legata non già alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria (sent. n. 64/1977), ma non può certo consentire che alla riserva di giurisdizione posta dal secondo comma dell'art. 13 Cost. siano apportate deroghe aventi una sfera di applicabilità talmente ampia ed esaustiva da tradursi, a loro volta, in regola assoluta, così collocandosi agli antipodi di ciò che si intende per eccezionalità (sent. nn. 74/1985 e 503/1989);

b) *necessità*; ci può essere nelle ipotesi di ingresso a cui si applica il respingimento, ma appare irragionevole che la legge non preveda l'obbligo di fare una verifica caso per caso, come invece è previsto dall'art. 13, d.lgs. n. 286/1998 per i provvedimenti amministrativi di espulsione in attuazione della citata direttiva europea sui rimpatri;

c) *urgenza*; nei casi di respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento immediato c'è senz'altro l'urgenza, come ricorda la stessa sent. n. 251/2017, ma anche per tale profilo può apparire irragionevole che la legge non preveda l'obbligo di fare una verifica caso per caso;

d) *previsione legale*; nel respingimento c'è;

e) *tassatività*; nella disciplina dei presupposti del respingimento il rispetto della tassatività della previsione legale è molto dubbio non soltanto con riferimento alle norme dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 e della direttiva UE sui rimpatri degli stranieri in situazione di soggiorno irregolare, ma anche con riguardo all'art. 13 dello stesso d.lgs. n. 286/1998, che prevede ipotesi identiche quali presupposti per l'adozione da parte del prefetto del diverso provvedimento amministrativo di espulsione, il che consente all'autorità di p.s. un'illimitata discrezionalità nello strumento da scegliere che contrasta con l'essenza stessa di ogni riserva di legge;

f) *convalida giurisdizionale entro 48+48 ore*; nel respingimento differito la convalida giudiziaria non è prevista a livello legislativo, fermo restando che la convalida (prima della quale – secondo la sent. n. 222/2004 della Corte costituzionale – l'autorità di p.s. non dovrebbe mai eseguire alcun accompagnamento) è istituito del tutto differente rispetto al ricorso giurisdizionale di fronte al giudice ordinario individuato dalle sezioni unite della Corte suprema di Cassazione: la convalida incide sull'essenza stessa del provvedimento, deve essere sempre prevista e si svolge d'ufficio e la sua mancata adozione nei termini

determina cessazione del provvedimento, mentre il ricorso giurisdizionale è soltanto eventuale e presentato dall'interessato e il suo esito è incerto e risolto in tempi incerti.

È evidente invece che nell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 il questore che dispone il respingimento differito interviene sempre in via ordinaria a prescindere da qualsiasi provvedimento dell'autorità giudiziaria, anche in via di convalida.

Il secondo profilo di illegittimità costituzionale del respingimento differito consiste nella violazione della riserva di legge prevista dall'art. 10, co. 2, Cost. e dall'art. 13 Cost. nella determinazione dei presupposti del respingimento differito.

Ciò appare evidente per almeno due aspetti.

In primo luogo è evidente la genericità di uno dei presupposti (l'essere fermato lo straniero «subito dopo» l'ingresso nel territorio), che non può neppure essere colmata mediante una interpretazione conforme alle norme UE, con riferimento all'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare («fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno»).

In secondo luogo il medesimo presupposto del respingimento differito (l'ingresso nel territorio dello Stato dello straniero sprovvisto dei presupposti per l'ingresso o il soggiorno o eludendo i controlli di frontiera) è previsto anche dall'art. 13, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 286/1998 quale presupposto del provvedimento amministrativo di espulsione.

Ciò significa che il legislatore dà all'amministrazione statale un illimitato potere di scelta circa il nesso temporale e/o spaziale tra ingresso e respingimento, sia circa il tipo di provvedimento da adottare nel caso concreto in ipotesi in cui sarebbe adottabile o il respingimento differito o il provvedimento amministrativo di espulsione, anche se il respingimento ha garanzie e procedure molto meno garantiste rispetto a quelle previste in materia di provvedimento amministrativo di espulsione: in presenza dei medesimi presupposti all'amministrazione è dunque data la facoltà di decidere quasi liberamente quale tipo di provvedimento (respingimento o espulsione) adottare nei confronti dello straniero che abbia appena fatto ingresso irregolare.

Un terzo profilo di illegittimità costituzionale del respingimento differito attiene a una violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. e dell'art. 10, co. 2, Cost., perché il presupposto del respingimento differito dello straniero fermato «subito dopo» l'ingresso irregolare è previsto dalla legge nazionale italiana in violazione dell'obbligo di conformità delle leggi sulla condizione giuridica degli stranieri alle norme internazionali vigenti applicabili anche agli

stranieri (art. 10, co. 2, Cost.) e in particolare viola gli obblighi internazionali previsti nell'art. 5 CEDU.

Infatti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 5 CEDU si ricava che, affinché il principio di legalità sia rispettato, non basta la previsione di una disposizione legislativa nazionale che istituisca una determinata misura restrittiva della libertà personale, ma è necessario che la norma nazionale sia sufficientemente conoscibile e preveda in modo preciso e chiaro i casi nei quali la libertà personale può essere limitata, così da consentire alla persona di poter prevedere le conseguenze di un determinato comportamento, evitando così il rischio di comportamenti arbitrari delle autorità.

Del resto la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sent. *Khlaifia c. Italia* richiama quella sua giurisprudenza proprio allorché si è trovata a giudicare un caso in cui si era fatta applicazione anche del respingimento differito previsto dall'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998: proprio in quella sentenza la Corte ha ricordato che la riserva di legge prevista per ogni misura restrittiva della libertà personale dall'art. 5 CEDU esige che ognuna di tali misure sia prevista dalla legge nazionale in modo chiaro e conoscibile dagli interessati.

Infatti al §92 di quella sentenza la Corte europea richiamando la sua giurisprudenza «sottolinea che nel caso di una privazione di libertà, è particolarmente importante soddisfare il principio generale della certezza del diritto. Di conseguenza, è essenziale che le condizioni di privazione della libertà in virtù del diritto interno siano definite chiaramente e che la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione, in modo da soddisfare il criterio di “legittimità” stabilito dalla Convenzione, che esige che ogni legge sia sufficientemente precisa per permettere al cittadino – che eventualmente potrà avvalersi di consulenti illuminati – di prevedere, ad un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto».

Nella medesima sentenza la Corte europea parve non ravvisare tali caratteristiche di certezza proprio nella disposizione legislativa italiana che consente al questore di disporre il respingimento con accompagnamento alla frontiera «subito dopo l'ingresso», presupposto ben poco determinato previsto dall'art. 10 d.lgs. n. 286/1998 che consente l'adozione del provvedimento anche molti giorni dopo l'arrivo irregolare dello straniero o la sua ammissione per necessità di pubblico soccorso sul territorio italiano, come la Corte EDU rilevava essere accaduto nel caso sottoposto al suo giudizio.

La mancata conformità all'art. 5 CEDU indirettamente conferma che la norma legislativa sul respingimento differito viola anche la riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost. e dall'art. 10, co. 2, Cost.⁵

5. Per un commento sulla sent. CEDU, Grande Chambre, *Khlaifia c. Italia*, 15.12.2016, si rinvia a P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quad.*

Un quarto profilo di illegittimità costituzionale del respingimento differito attiene ad un'ulteriore violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., poiché esso non è conforme ad un obbligo previsto nelle norme dell'Unione europea, cioè non ha tutti i requisiti previsti dall'art. 4, par. 4 della direttiva UE 2008/115/CE sui rimpatri degli stranieri in situazione di soggiorno irregolare: non si prevede alcuna norma nazionale utile a vigilare affinché il trattamento e il livello di protezione che sono accordati agli stranieri respinti siano non meno favorevoli rispetto a quelli previsti dalla medesima direttiva all'art. 8, parr. 4 e 5 (limitazioni del ricorso alle misure coercitive), all'art. 9, par. 2, lett. a) (possibilità di rinvio dell'allontanamento a causa dello stato fisico o mentale dello straniero) e agli artt. 16 e 17 (condizioni di trattenimento).

Alla luce di questi elementi è perciò molto probabile una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998, come conferma la stessa sent. n. 275/2017.

Un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale non lascerebbe alcuna lacuna, essendo previsto dall'art. 13, co. 2, lett. a) d.lgs. n. 286/1998 il provvedimento amministrativo di espulsione per la medesima situazione di ingresso irregolare, così evitando ogni violazione degli obblighi per lo Stato previsti dalle norme UE di controllare le frontiere esterne: il respingimento differito scomparirebbe e basta, pur rimanendo per la medesima ipotesi l'espulsione amministrativa.

2. Il respingimento differito eseguito con ordine di lasciare il territorio nazionale che era oggetto del giudizio in cui era stata sollevata la questione di illegittimità costituzionale

Malgrado i motivi di incostituzionalità del respingimento differito siano così gravi e palesi, la sent. n. 275/2017 dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sottoposta alla Corte e così non si pronuncia espressamente su di essi, pur facendo un severo monito al legislatore che preannuncia una dichiarazione di incostituzionalità in mancanza di successive modifiche legislative.

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal Tribunale di Palermo nell'ambito di un giudizio su una vicenda frequente a tanti stranieri entrati irregolarmente sul territorio italiano. Si trattava del caso di un cittadino pakistano giunto via mare sulle coste siciliane il 28 dicembre 2015 e condotto poi al punto di crisi (*hotspot*) di Trapani, in cui era stato sottoposto alle ordinarie procedure di identificazione; non avendo inizialmente manifestato la volontà di richiedere la protezione internazionale (ma risulta che l'abbia poi fatto in un momento successivo), tale cittadino straniero fu considerato un migrante

cost., n. 1/2017, pp. 176-180. Sulla sentenza nel precedente grado di giudizio *Khlaifia e altri c. Italia*, sent. 1.9.2015, ric. n. 16483/12, v. M. Savino, *L'“amministrativizzazione” della libertà personale dei migranti e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 50 ss.

economico irregolarmente presente sul territorio nazionale. Il 3 gennaio 2016 la questura di Trapani gli notificò perciò un decreto di respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, adottato sul presupposto (esplicitato nel decreto) che fosse «entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera».

Il questore, emesso il decreto di respingimento differito impugnato dal cittadino pakistano nel giudizio *a quo*, avrebbe dovuto darvi immediata esecuzione o, in caso di temporanea impossibilità di eseguire l'accompagnamento (eventualità che si è verificata in concreto, come accade molto spesso nella prassi in casi analoghi), avrebbe dovuto disporre il trattenimento dello straniero in un Centro di identificazione ed espulsione (CIE), oggi Centro di permanenza temporanea per il rimpatrio, in vista della preparazione del rimpatrio (acquisizione dei documenti per il viaggio, intesa con le autorità diplomatiche dello Stato di appartenenza del migrante, disponibilità di un mezzo di trasporto). Tuttavia, constatata anche la impossibilità di trattenimento in un CIE, il questore della Provincia di Trapani adottò – contestualmente al decreto di respingimento – un ordine di allontanamento da eseguire entro sette giorni, ai sensi dell'art. 14, co. 5-*bis*, d.lgs. n. 286/1998.

Tale prassi amministrativa, frequente nel quadro della gestione amministrativa dei migranti stranieri sbarcati irregolarmente sulle coste italiane o salvate nel mare internazionale, sembra dare luogo alla sequenza «atto di respingimento differito-ordine di allontanamento» non appena terminata la procedura di identificazione nei Centri *hotspot*.

Poiché però l'art. 10, co. 4, d.lgs. n. 286/1998 espressamente esclude il respingimento nei casi in cui sia in gioco il diritto di asilo, la successiva richiesta di protezione internazionale proposta dal ricorrente il 4 gennaio 2016 indusse la questura di Trapani a sospendere l'esecutività del decreto di respingimento e dell'ordine di allontanamento in pendenza della decisione della Commissione territoriale competente per il riconoscimento della protezione internazionale.

Entro i termini previsti, il ricorrente ha impugnato il decreto di respingimento con accompagnamento alla frontiera emesso dal questore della Provincia di Trapani, ma prima di decidere sul ricorso, il Tribunale di Palermo aveva rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 in relazione agli artt. 10, co. 2, 13, co. 2 e 3, e 117, co. 1, Cost.

3. L'intervento di ASGI nel giudizio di fronte alla Corte costituzionale e la sua inammissibilità: rilievi critici

Una volta fissata la data di inizio del giudizio di fronte alla Corte costituzionale, l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), in qualità di principale

associazione italiana di studiosi e operatori del diritto degli stranieri, aveva poi presentato un denso atto di intervento⁶ nell'ambito del giudizio di fronte alla Corte stessa.

Nell'atto di intervento si ricordava che ASGI è l'unico ente italiano composto di soli giuristi regolarmente iscritto sia nel registro degli enti che operano in favore degli stranieri legalmente costituito presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale ai sensi dell'art. 42 d.lgs. n. 286/1998, sia nel registro degli enti abilitati alla presentazione di azioni giudiziarie antidiscriminatorie ai sensi degli artt. 43 e 44 d.lgs. n. 286/1998, cioè nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni di cui all'art. 6 d.lgs. 9.7.2003, n. 215.

Nell'atto di intervento si rilevava che l'intervento era motivato anche in ragione della notevole rilevanza giuridica generale della questione sollevata, che al contempo presentava numerosi profili di novità, anche in rapporto agli sviluppi recenti del diritto dell'Unione e della giurisprudenza delle Corti europee in questo ambito.

ASGI era convinta che una accurata valutazione della questione proposta rappresentasse un passaggio decisivo verso una sempre più incisiva opera di riallineamento della disciplina italiana dell'immigrazione ai principi dettati dalla Costituzione italiana e dalle altre Carte europee dei diritti. Nell'atto di intervento ASGI specificava, infatti, che l'accoglimento delle censure proposte avrebbe consentito di espungere dal tessuto normativo una disposizione che viola sotto vari profili la disciplina costituzionale dell'*habeas corpus*.

Tuttavia, la sentenza n. 275/2017 preliminarmente – in conformità alla giurisprudenza della Corte costituzionale – dichiara che l'intervento di ASGI nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è inammissibile, perché l'associazione non è una parte del giudizio *a quo*, né è titolare di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, che la legittimi a intervenire.

Secondo la Corte, infatti, ASGI non vanta una posizione giuridica individuale suscettibile di essere pregiudicata immediatamente e irrimediabilmente dall'esito del giudizio incidentale (*ex plurimis*, si veda sul punto l'ordinanza n. 227 del 2016).

È noto che la giurisprudenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità dell'intervento di terzi non precedentemente costituitisi parte nei giudizi di legittimità costituzionale è assai restrittiva⁷, molto più che di fronte ad altre Corti internazionali o di altri Stati.

6. Il testo dell'atto di intervento di ASGI è pubblicato nel presente numero di questa *Rivista* nella sezione *Espulsione e allontanamento*.

7. Per una ricostruzione (critica) dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di intervento di terzi non costituiti nei giudizi di legittimità costituzionale e dell'esigenza di ampliamento del contraddittorio nei giudizi di fronte alla Corte costituzionale, si rinvia a A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè ed., 2012, pp. 220-221; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, V^a ed., Torino, Giappichelli ed., 2016, pp. 119-121; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 332-333; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V^a ed., Torino, Giappichelli ed., 2014, pp. 236-237.

Si deve però osservare che simili decisioni di inammissibilità degli interventi di soggetti terzi potrebbero essere ripensate, allorché si tratti dell'intervento di un ente regolarmente iscritto a registri istituiti sulla base di norme legislative, in quanto si tratta di enti esponenziali di interessi diffusi ritenuti per legge meritevoli di protezione proprio da parte di enti qualificati e perciò legalmente abilitati ad intraprendere apposite azioni giudiziarie (come accade, p. es., per le azioni antidiscriminatorie).

Almeno per simili ipotesi l'orientamento giurisprudenziale di inammissibilità potrebbe essere rivisto in senso di apertura agli eventuali interventi nei giudizi concernenti questioni in cui siano coinvolti quegli interessi generali per i quali l'ente iscritto in albi e registri pubblici è abilitato a presentare azioni giudiziarie. Ciò potrebbe avvenire non soltanto qualora il giudizio riguardi un ricorso inizialmente presentato dall'ente stesso, ma anche qualora l'ente esponenziale intervenga *ad adiuvandum* nel giudizio stesso o nel successivo giudizio in via incidentale che si svolge di fronte alla Corte costituzionale.

4. La ricostruzione costituzionalmente orientata del respingimento differito sulla base delle sue due modalità (alternative) di esecuzione (accompagnamento e ordine di lasciare il territorio nazionale)

Nella prima parte della sent. n. 275/2017 la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Palermo è dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza.

Per giungere a tale conclusione la sentenza deve però invertire l'ordine logico astratto delle questioni di legittimità costituzionale da esaminare a riguardo della disciplina legislativa del respingimento su cui deve decidere, seguendo anzitutto un ordine logico di tipo concreto-processuale che è insito nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Infatti nel valutare la sussistenza del requisito della rilevanza nel giudizio *a quo* di queste importanti questioni di legittimità costituzionale la sentenza sembra comunque non pronunciarsi sul merito di quelle questioni concernenti la vaghezza della descrizione legislativa dei presupposti del respingimento e cioè sulla violazione delle riserve di legge previste negli artt. 10 e 13 Cost.

La necessaria verifica preventiva sulla sussistenza del requisito della rilevanza della questione sottoposta al suo giudizio (condizione preliminare essenziale in ogni giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale) conduce la sentenza ad approfondire anzitutto l'essenza stessa del controllo giurisdizionale sui respingimenti differiti, il quale deve ritenersi costituzionalmente obbligatorio soltanto allorché il respingimento differito sia eseguito con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera, misura che fin dalla sent. n. 105/2001 la Corte ritiene consista in una restrizione della libertà personale.

Tuttavia la sentenza giudica questioni che erano state sollevate nell'ambito di un giudizio concernente un provvedimento di respingimento differito che non era stato poi effettivamente eseguito con accompagnamento alla frontiera, ma che alla fine, nell'impossibilità dell'accompagnamento coattivo, era stato eseguito dal questore con la mera intimazione a lasciare il territorio nazionale entro 7 giorni.

La sentenza perciò fa un'altra importante scelta interpretativa, perché confuta la tesi secondo cui nell'ipotesi di esecuzione del respingimento differito mediante la mera intimazione vi sia una restrizione attuale della libertà personale.

Ciò però comporta che la sentenza implicitamente conferma che ogni provvedimento di respingimento differito che sia eseguito con accompagnamento immediato alla frontiera – inclusi i casi in cui sia disposto il trattenimento dello straniero respinto in un Centro di permanenza temporanea nelle more della rimozione degli ostacoli che impediscono l'accompagnamento – comporta una restrizione effettiva della libertà personale.

In ogni caso secondo la Corte nel respingimento differito eseguito con intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro 7 giorni non sussiste una effettiva restrizione della libertà personale che debba essere sottoposta all'esame costituzionalmente obbligatorio di un giudice ai sensi dell'art. 13 Cost. e neppure si tratta di una limitazione della libertà personale futura e incerta, perché la sentenza afferma con precisione che l'intimazione sostituisce e non sospende l'efficacia dell'accompagnamento.

Tutto ciò fa concludere la sentenza per il difetto di rilevanza della questione sollevata dal Tribunale di Palermo.

Per giungere a questa conclusione l'itinerario logico della sentenza confuta l'interpretazione fatta dal giudice *a quo* delle norme legislative che regolano il respingimento differito ed enuncia una nuova interpretazione costituzionalmente conforme delle due modalità alternative di esecuzione del respingimento differito, quello eseguito con accompagnamento e quello eseguito con ordine di lasciare il territorio dello Stato.

Infatti la sentenza, proseguendo nell'esame del requisito preliminare della rilevanza della questione sottoposta alla Corte, giunge a dare un'interpretazione rigorosa (e sostanzialmente innovativa rispetto alle prassi amministrative fino a quel momento praticate) delle disposizioni legislative che regolano l'esecuzione dei respingimenti differiti affermando che l'accompagnamento alla frontiera e l'intimazione del questore a lasciare il territorio nazionale devono ritenersi modalità esecutive alternative e non sostitutive, essendo entrambe finalizzate espressamente a porre fine alla situazione di soggiorno irregolare dello straniero; sicché una volta che, anche dopo che sia stato disposto un trattenimento del respinto, sia stata verificata l'impossibilità di eseguirne l'effettivo accompagnamento alla frontiera (misura che la Corte ribadisce essere provvedimento urgente e restrittivo della libertà personale) e si sia perciò adottato l'ordine di

allontanamento, l'efficacia dell'accompagnamento dello straniero respinto non può ritenersi sospesa, né si può ritenere che l'accompagnamento sia comunque eseguibile in qualsiasi momento successivo a discrezione dell'autorità di polizia senza che, dopo la convalida giudiziaria dell'accompagnamento, sia previsto alcun ulteriore controllo da parte dell'autorità giudiziaria al momento dell'effettiva esecuzione dell'accompagnamento.

Poiché dunque nel giudizio *a quo* in cui è sorta la questione di legittimità costituzionale l'efficacia coattiva dell'accompagnamento era già venuta meno, essendo stato sostituito dall'intimazione, si deve ritenere insussistente la rilevanza della questione di legittimità costituzionale concernente il respingimento da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera.

Queste affermazioni della sentenza paiono molto interessanti, significative e suscettibili di immediati effetti positivi (che si spera siano subito recepiti dalla prassi amministrativa e magari da una circolare del Ministero dell'interno) perché costituiscono una oggettiva ricostruzione costituzionalmente conforme dell'esecuzione del respingimento differito mediante ordine del questore allo straniero respinto di lasciare il territorio nazionale, ordine che secondo la Corte deve ritenersi del tutto sostitutivo (e non meramente sospensivo) dell'esecuzione con accompagnamento alla frontiera, il quale è misura restrittiva della libertà personale al contrario dell'ordine questorile.

L'interpretazione secondo la quale l'adozione dell'intimazione a lasciare il territorio nazionale comporta la sostituzione definitiva e non la mera sospensione temporanea dell'esecutività del respingimento mediante accompagnamento sembra ricavabile mediante una rigorosa interpretazione sistematica delle vigenti norme sul respingimento differito in senso il più possibile conforme alle riserve di legge in materia di condizione degli stranieri e di libertà personale previste dagli artt. 10, co. 2 e 13 Cost. Infatti il requisito che prevede l'art. 13 Cost. della tassatività della previsione legislativa comporta di non lasciare alcuna forma di discrezionalità implicita all'autorità di pubblica sicurezza nella scelta circa i tempi e i modi dell'adozione e dell'esecuzione di provvedimenti restrittivi della libertà personale al di fuori di quelli espressamente previsti in una disposizione legislativa. Ciò significa altresì che non è possibile neppure trarre conseguenze interpretative in via implicita da una norma legislativa allorché esse comportino effetti restrittivi della libertà personale, e cioè che non è possibile ritenere che l'ordine di lasciare il territorio impartito allo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento differito non sostituisca, ma sospenda soltanto l'efficacia dell'accompagnamento dello straniero e che possa perciò essere effettuato comunque in qualsiasi momento senza ulteriore controllo giurisdizionale.

In apparenza la sentenza sembra dunque incentrarsi soprattutto su una significativa interpretazione che distingue i diritti fondamentali eventualmente lesi dal respingimento sulla base del tipo di modalità prescelta caso per caso dall'autorità di pubblica sicurezza per

dare esecuzione allo stesso provvedimento di respingimento differito da essa stessa adottato (accompagnamento alla frontiera o intimazione a lasciare il territorio nazionale entro 7 giorni), mirando entrambe le modalità allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero destinatario del provvedimento di respingimento differito.

Qualora l'esecuzione del respingimento differito sia quella coercitiva dell'accompagnamento immediato la Corte afferma perciò che il legislatore dovrebbe intervenire sulla sua vigente disciplina legislativa per renderla conforme all'art. 13 Cost., il che significa che oggi non lo è.

Qualora invece il questore ritenga impossibile l'esecuzione del respingimento differito da esso adottato con l'accompagnamento alla frontiera, neppure a seguito di un trattenimento del respinto, e allora prescriva come modalità di esecuzione del respingimento differito l'ordine di abbandonare il territorio nazionale entro sette giorni dalla notifica dello stesso ai sensi dell'art. 14, co. 5-*bis*, d.lgs. n. 286/1998, allora tale modalità esecutiva non comporta alcuna limitazione della libertà personale, sicché in tale ipotesi la vigente disciplina legislativa non comporta alcuna violazione dell'art. 13 Cost., perché l'ordine non comporta coercizione e non sospende, ma fa cessare l'efficacia dell'eventuale accompagnamento alla frontiera dello straniero respinto.

La sentenza in apparenza può apparire poco convincente perché da un lato la Corte conferma che ogni accompagnamento coattivo privo di controllo giurisdizionale è illegittimo (conformemente alle sue due precedenti sentenze n. 105/2001 e 222/2004), dall'altro lato sembra fare dipendere l'eventuale intervento giurisdizionale sul respingimento differito da una scelta del tutto contingente del questore, il quale potrebbe sottrarsi così all'immediato controllo giurisdizionale qualora opti per la modalità esecutiva dell'ordine di lasciare il territorio nazionale, misura non restrittiva della libertà personale.

Così inteso il significato della sentenza, la prospettiva di valutazione sembrerebbe spostarsi dall'istituto del respingimento differito in sé e per sé considerato (con gli innegabili dubbi di legittimità costituzionale rispetto ai suoi vaghi presupposti sotto il profilo della violazione delle riserve di legge) alla modalità esecutiva del respingimento differito scelta dal questore.

Tuttavia per confutare l'impressione che la sentenza finisca col lasciare una opinabile discrezionalità al questore di decidere caso per caso il tipo di modalità esecutiva del respingimento differito (e dunque il suo giudice) occorre soffermarsi sul monito rivolto dalla sentenza stessa al legislatore.

5. Il monito al legislatore di adeguare all'art. 13, comma 3 della Costituzione la disciplina legislativa del respingimento differito eseguito con accompagnamento

Un secondo aspetto caratteristico della sent. n. 275/2017 consiste nel severo e preciso monito rivolto al legislatore:

«L'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, co. 3, Cost.».

A tale proposito è evidente che la Corte ha voluto pronunciarsi con sentenza e non con una mera ordinanza soprattutto al fine di non sottrarsi all'opportunità di esplicitare – ed è un merito della pronuncia – che, malgrado l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale nel giudizio *a quo*, più in generale che la vigente disciplina del respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera previsto dall'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 è meritevole di immediato intervento legislativo per adeguarla all'art. 13, comma 3 Cost., il che significa che i dubbi di costituzionalità in merito già ora appaiono in qualche modo fondati. Perciò alla fine della sentenza la Corte, dopo avere già confermato che il respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera è in quanto tale provvedimento restrittivo della libertà personale, implicitamente conclude che la sua disciplina legislativa dovrebbe prevedere (almeno) la convalida giurisdizionale prevista dall'art. 13, co. 3, Cost.

Il monito al legislatore si fonda peraltro su un presupposto interpretativo importante e comporta effetti futuri altrettanto importanti che riguardano anche altre questioni di legittimità costituzionale concernenti il respingimento differito e in particolare quelle che si riferiscono ai presupposti legislativi dello stesso, in ipotesi vaghi, e al connesso ruolo dell'autorità giudiziaria.

In primo luogo, infatti, il monito menziona l'esigenza che il legislatore rispetti il ruolo del giudice fa esplicito riferimento non già alla più generale e piena riserva di giurisdizione su tutti i provvedimenti restrittivi della libertà personale prevista nell'art. 13, co. 2, Cost., bensì soltanto all'ipotesi speciale e derogatoria del mero controllo giurisdizionale sui provvedimenti provvisori adottati dall'autorità di pubblica sicurezza consentita dall'art. 13, co. 3, Cost.

Il significato del riferimento della sentenza al comma 3 e non al comma 2 dell'art. 13 Cost. deve essere inteso non già in senso riduttivo, bensì in senso pienamente garantista della libertà personale e al contempo conservatore delle disposizioni legislative vigenti e appare la logica conseguenza dell'interpretazione costituzionalmente conforme che la stessa sentenza dà del respingimento da eseguirsi con accompagnamento immediato alla frontiera.

Infatti il richiamo all'art. 13 co. 3, Cost. significa che la norma legislativa dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 – che prevede il respingimento differito disposto dal questore eseguito con accompagnamento alla frontiera – può essere costituzionalmente legittima non soltanto se vi sia una convalida giurisdizionale, bensì soltanto se vi siano anche tutti gli altri requisiti indicati nell'art. 13, co. 3, Cost. e cioè soltanto se il presupposto del provvedimento sia delineato dalla norma in ipotesi di necessità e di urgenza che siano eccezionali (e non configurate come da adottarsi in via generale e ordinaria), che siano tassativamente descritte dalla disposizione legislativa e per le quali sia prevista la convalida giurisdizionale.

In secondo luogo è evidente che questo monito congiunto a quel riferimento all'art. 13, co. 3, Cost. conferma che la vigente disciplina legislativa del respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera ai sensi dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 è al momento priva di quei requisiti costituzionalmente prescritti.

In terzo luogo quel monito congiunto alla precedente interpretazione del respingimento differito e al successivo riferimento all'art. 13, co. 3, Cost. afferma che l'interpretazione della norma legislativa è costituzionalmente obbligatoria, nel senso che il respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera è di per sé misura da attuarsi nelle ipotesi urgenti in cui sia effettivamente attuabile con immediatezza o nei termini massimi in cui sia possibile il trattenimento del respinto in un Centro di permanenza temporanea e che perciò può essere prevista e disposta non certo come modalità generale di esecuzione del respingimento differito, ma soltanto in quelle ipotesi eccezionali (che il legislatore deve prevedere in modo tassativo, cosa che ancora non ha fatto) nelle quali l'accompagnamento stesso sia effettivamente possibile, lasciando perciò tutte le altre ipotesi di esecuzione del respingimento differito alla mera intimazione allo straniero respinto a lasciare il territorio nazionale.

In quarto luogo il monito costituisce il preannuncio che la Corte costituzionale potrà dichiarare costituzionalmente illegittima la norma legislativa del respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera prevista nell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 qualora il legislatore non modifichi la disciplina legislativa nel senso indicato nella sentenza, cioè almeno prevedendo ipotesi tassative ed eccezionali di necessità ed urgenza in cui il respingimento differito è eseguito con accompagnamento immediato alla frontiera (da limitarsi ai soli casi urgenti – che dovranno essere espressamente previsti – in cui sia davvero eseguibile con immediatezza la previa convalida giurisdizionale prima dell'esecuzione del respingimento differito).

È dunque evidente che il richiamo fatto nella sentenza all'obbligo di rispettare l'art. 13, co. 3, Cost. implicitamente accoglie almeno in parte due dei profili di illegittimità costituzionale che erano stati sollevati nella questione sottoposta all'esame della Corte, cioè non soltanto la violazione della riserva di giurisdizione, ma anche la violazione della riserva

assoluta di legge. Infatti il richiamo evoca una disposizione costituzionale che prescrive anche l'esigenza inderogabile di rispettare la definizione tassativa dei presupposti di quel tipo respingimento differito, il che indirettamente conferma la illegittima vaghezza dei presupposti del respingimento differito previsti dalle disposizioni vigenti e ne impone al legislatore una riscrittura.

6. Le prospettive di future questioni di legittimità costituzionali sul respingimento differito

Dalla prima parte della sent. n. 275/2017 si può ricavare che un'eventuale futura sentenza che dichiari l'illegittimità costituzionale del respingimento differito previsto dall'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 per violazione dell'art. 13 Cost. potrà essere pronunciata soltanto allorché la questione sia stata sollevata all'interno di un giudizio *a quo* nel quale l'oggetto sia un respingimento differito da eseguirsi mediante accompagnamento alla frontiera.

Ciò concretamente potrebbe avvenire in sede di esecuzione di un provvedimento di accompagnamento del respinto (nel caso ipotetico in cui il ricorso di fronte al Tribunale ordinario contro il respingimento sia pendente e il respingimento non ancora eseguito), ma soprattutto contestualmente ad un procedimento giurisdizionale di convalida o di proroga del trattenimento in un CPT dello straniero che sia stato oggetto di un provvedimento di respingimento differito disposto dal questore ed eseguito con accompagnamento.

In quella sede peraltro il giudice e l'autorità amministrativa dovranno disapplicare, in quanto contraria alla necessaria convalida giurisdizionale del respingimento ai sensi dell'art. 13, co. 3, Cost., la norma regolamentare prevista dall'art. 20, co. 3, d.p.r. n. 394/1999 che impedisce al Giudice di pace, a cui spetta pronunciarsi sulla convalida del trattenimento dello straniero respinto, di pronunciarsi anche sulla legittimità del provvedimento di respingimento che ne costituisce il presupposto, prevedendo che «lo svolgimento della procedura di convalida del trattenimento non può essere motivo del ritardo dell'esecuzione del respingimento». Tale disposizione regolamentare pone in evidente e ulteriore contrasto la complessiva disciplina legislativa del respingimento con il sistema costituzionale, considerato che la giurisprudenza costituzionale, a tutela della disciplina della libertà personale e dell'effettività del ruolo dell'autorità giudiziaria, nella sent. n. 222/2004 ha stabilito l'illegittimità costituzionale di una disposizione allora vigente del medesimo d.lgs. n. 286/1998 in materia di esecuzione di provvedimenti espulsivi allorché «il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale. È, quindi, vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost., e cioè la

perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria nelle successive quarantotto ore».

Proprio a seguito della citata sent. n. 222/2004, il legislatore introdusse nel d.lgs. n. 286/1998 l'art. 13, co. 5-*bis*, che prevede la convalida giurisdizionale del provvedimento di accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione. Tuttora, invece, nessuna norma legislativa prevede la convalida da parte di un giudice dell'accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento di respingimento.

L'abnormità della violazione dei parametri costituzionali è assai evidente nelle ipotesi in cui il decreto di respingimento sia immediatamente eseguibile con l'effettivo accompagnamento alla frontiera dello straniero respinto senza che si debba provvedere ad un suo formale trattenimento.

Come evidenziato dalla citata sentenza della CEDU nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*, spesso uno straniero giunto via mare sulle coste italiane è cittadino di un Paese terzo con il quale è in vigore un accordo di riammissione che ne consenta il celere rimpatrio. In tale ipotesi nella prassi amministrativa una volta terminate le procedure di identificazione dello straniero che si svolgono nel Centro di primo soccorso e accoglienza (CPSA) adibito a punto di crisi o Centro *hotspot* (oggi svolte ai sensi dell'art. 10-*ter*, d.lgs. n. 286/1998) viene direttamente condotto a mezzo della forza pubblica dal predetto Centro al luogo dell'imbarco sul mezzo di trasporto (aereo) con il quale viene eseguito l'accompagnamento. Tale rimpatrio avviene, appunto, in base a un decreto di respingimento differito, con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica disposto ai sensi dell'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 286/1998 (la presenza di agenti di polizia è assicurata anche a bordo dell'aereo), senza che su tale misura intervenga alcuna convalida giudiziale⁸.

La sentenza della Corte costituzionale afferma che la norma legislativa su cui si fonda questo tipo di respingimenti differiti deve essere modificata e adeguata all'art. 13, co. 3, Cost., il che significa che oggi è incostituzionale. Perciò oggi, almeno fino a che non interverrà il legislatore, ogni questore dovrebbe astenersi dall'applicare quella disposizione legislativa incostituzionale prima della sua modifica legislativa, essendo anche altamente probabile che quel provvedimento sarebbe impugnato in sede giudiziaria e sarebbe successivamente rinviato alla Corte costituzionale, con elevate probabilità di pronuncia di una sentenza di accoglimento della nuova questione sollevata.

8. Su questi temi si veda la ricostruzione delle norme, delle prassi e della giurisprudenza delle fasi di soccorso, di prima accoglienza e di identificazione dei migranti stranieri sbarcati e i connessi gravi profili di illegittimità (anteriori all'avvenuta disciplina nel 2017 dei punti di crisi nell'art. 10-*ter*, d.lgs. n. 286/1998) in L. Masera, G. Savio, *La "prima accoglienza"*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, a cura di M. Savino, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 35 ss.

Peraltro, al di là del monito contenuto nella sentenza, nulla impedisce di riproporre in altro giudizio *a quo* anche la medesima questione di legittimità costituzionale concernente i presupposti stessi di qualsiasi tipo di respingimento differito, comunque eseguito, inclusi i casi di esecuzione con mera intimazione, con riguardo alla violazione delle riserve di legge nella disciplina legislativa dei presupposti del respingimento, sulla quale la sent. n. 275/2017 non si è pronunciata.

7. Le prospettive di applicazione amministrativa del respingimento differito nelle more delle modifiche legislative richieste dalla Corte costituzionale

Dalle affermazioni della prima parte della sentenza n. 275/2017, che ri-costruisce la disciplina legislativa del respingimento quale provvedimento eseguibile o con una mera intimazione a lasciare il territorio nazionale o con un provvedimento di accompagnamento alla frontiera, e dal successivo monito al legislatore che richiama l'esigenza di adeguare la disciplina legislativa del respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera all'art. 13 co. 3, Cost. si possono ricavare prospettive utili anche all'applicazione amministrativa del respingimento differito.

Infatti alla luce delle affermazioni contenute nella sentenza è ragionevole ritenere che la modalità ordinaria di esecuzione di ogni respingimento differito sia soltanto quella dell'ordine di lasciare il territorio entro i successivi 7 giorni (che è una forma di partenza volontaria), perché l'esecuzione con accompagnamento deve intendersi come limitata a quei «casi eccezionali di necessità ed urgenza» consentiti dall'art. 13, co. 3, Cost., ipotesi che peraltro spetta al solo legislatore disciplinare in modo tassativo ai sensi dello stesso art. 13, co. 3, Cost., con nuove norme legislative che però al momento non sono in vigore, e che la scelta circa le modalità di esecuzione del respingimento differito non può comunque essere affidata caso per caso alla mera discrezionalità di ogni questore.

È così intuibile che le conseguenze dell'interpretazione ricavabili da questa sentenza della Corte costituzionale sono molto più importanti e immediate di ciò che potrebbe apparire da una sua lettura superficiale.

Si deve insomma concludere che nel vigente ordinamento legislativo il respingimento differito deve ritenersi costituzionalmente non illegittimo soltanto nelle ipotesi in cui sia eseguito con l'intimazione del questore a lasciare il territorio nazionale entro 7 giorni.

Poiché peraltro la Corte non si è pronunciata sulla questione irrisolta e sempre aperta della violazione delle riserve di legge sulla disciplina legislativa dei presupposti del respingimento differito resta tuttora il dubbio di illegittimità costituzionale circa tali presupposti.

Invece si deve ritenere che nessun provvedimento di respingimento differito eseguito con accompagnamento alla frontiera sia disciplinato dalle vigenti norme legislative in modo

costituzionalmente legittimo fino a quando non sarà in vigore una nuova disposizione legislativa che indichi in modo tassativo quali siano i casi di necessità e urgenza nei quali all'autorità di pubblica sicurezza è consentita l'adozione di questa misura restrittiva della libertà personale e disciplini la successiva convalida giurisdizionale.

In tal senso la sentenza finisce col togliere all'autorità amministrativa ogni discrezionalità circa la scelta delle modalità di esecuzione del respingimento differito: essendo incostituzionale la vigente disciplina legislativa del respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera, il questore può oggi dare esecuzione legittima al respingimento differito mediante una sola delle due modalità, cioè quella della intimazione e non già quella dell'accompagnamento alla frontiera, visto che manca una norma legislativa che delinei in modo preciso i presupposti del respingimento.

Ovviamente ogni questore potrebbe pure adottare ancora respingimenti differiti eseguiti con accompagnamento, ma, come si è sopra ricordato, vi sono oggi elevate probabilità che questo tipo di respingimento sia impugnato di fronte al giudice che alla luce della sent. n. 275/2017 lo rinvierebbe alla Corte costituzionale, che pronunciarebbe l'inesorabile dichiarazione di illegittimità costituzionale.

8. Le prospettive di riforma legislativa del respingimento differito

La futura e incerta disciplina legislativa del respingimento differito eseguito con accompagnamento, essendo tale forma di restrizione della libertà personale limitata soltanto ad ipotesi eccezionali di necessità e urgenza, consentirà al legislatore non soltanto di disciplinare la convalida giurisdizionale, ma anche di precisare quali siano i presupposti del respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento.

Ciò inevitabilmente provvederà a precisare meglio e a restringere via via i presupposti del respingimento differito da eseguirsi in via generale con mero ordine di lasciare il territorio dello Stato entro 7 giorni e i presupposti di quei casi «eccezionali di necessità e urgenza» nei quali il respingimento differito si potrà eseguire con accompagnamento, differenziandoli così rispetto ai presupposti del provvedimento amministrativo di espulsione disposto nei confronti dello straniero che sia entrato irregolarmente nel territorio dello Stato senza esserne stato respinto. Così l'intervento legislativo rimediarebbe ad una delle altre censure sollevate contro il respingimento differito, in riferimento alla violazione della riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost.

La futura e incerta riforma legislativa sarà l'occasione per prevedere altresì tutte quelle garanzie nei confronti degli stranieri respinti che la direttiva UE sui rimpatri esige; il mancato rispetto di tali garanzie costituiva la terza censura di legittimità rivolta alla vigente disciplina del respingimento differito.

Tuttavia occorre ricordare che, come è noto, i moniti che in alcune sue pronunce la Corte costituzionale ha rivolto al legislatore sono stati spesso inascoltati e che talvolta sono stati pure considerati una forma di intrusione della Corte stessa nell'agenda politica del Governo e del Parlamento⁹.

Tuttavia la sent. n. 275/2017 non si limita a richiedere al legislatore di provvedere ad una riforma, ma indica anche il solo modo costituzionalmente legittimo col quale il legislatore potrebbe provvedere a ridisciplinare il respingimento differito.

Non si tratta dunque di un mero monito di opportunità di una determinata politica legislativa, bensì di un vero e proprio monito di legittimità costituzionale¹⁰, cioè di una indicazione «di quel che si deve fare per non incorrere in censure di incostituzionalità»¹¹.

Dare un seguito legislativo alla sentenza della Corte pare dunque non rinviabile, ma di per sé il legislatore non ha alcun obbligo giuridico di farlo.

Si deve peraltro osservare che la sentenza non comporta neppure per il legislatore un qualche vincolo giuridico a mantenere nell'ordinamento legislativo italiano l'istituto del respingimento differito, che di per sé non è affatto indispensabile. Infatti sarebbe altrettanto legittima la scelta dell'abrogazione legislativa del respingimento differito, poiché, come si è ricordato, i suoi presupposti sono i medesimi già previsti dall'art. 13 d.lgs. n. 286/1998 per il provvedimento amministrativo di espulsione, che potrebbe comunque restare in vigore.

Tuttavia una riforma legislativa del respingimento che recepisce la richiesta dalla Corte, ma omettesse di distinguere e limitare bene i presupposti dei vari provvedimenti e delle loro diverse modalità esecutive, finirebbe per rendere ancor più simili (e perciò ancor più sospetti di incostituzionalità per violazione della riserva di legge) i presupposti e le modalità esecutive del respingimento differito eseguito con mero di allontanamento entro 7 giorni e del provvedimento amministrativo di espulsione eseguito con la concessione di un termine, non inferiore a 7 giorni, per la partenza volontaria.

È evidente peraltro che qualsiasi maggioranza parlamentare voglia mantenere norme legislative che diano ai questori la facoltà di adottare provvedimenti di respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera dovrebbe prima approvare le modifiche legislative indispensabili per rendere le norme che lo regolano conformi all'art. 13, co. 3, Cost. secondo le indicazioni della sent. n. 275/2017.

9. Cfr. sul punto C. Mezzanotte, in AA. VV. *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè, 1989, p. 45.

10. Sulla distinzione tra moniti di legittimità costituzionale e moniti di politica legislativa che travalicherebbero il ruolo costituzionale della Corte cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 412-414.

11. Così V. Crisafulli, *La corte costituzionale ha venti anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di Occhiocupo, Bologna, il Mulino, 1978, ristampato da Cedam, Padova, 1984, p. 80.