

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo d'indagine. – 2. *Homo sacer?*. – 3. Sulla configurabilità di un diritto soggettivo alla sicurezza. – 4. Diritto al soggiorno e cittadinanza. – 5. L'espulsione e la giurisprudenza costituzionale (e delle corti europee) in materia. Cenni. – 6. La tutela processuale. Profili critici. – 6.1. Il respingimento. – 6.2. Il riparto di giurisdizione. – 6.3. Il problema del rapporto fra giudizi alla luce del principio di effettività della tutela. – 6.4. Ulteriori osservazioni sulla tutela dinanzi al giudice ordinario (competenza, termini, tutela cautelare, contraddittorio, procedura). – 7. Un'ulteriore compressione delle garanzie: il caso dello straniero sospettato di terrorismo. – 8. Breve conclusione: non c'è sicurezza, senza diritto.

1. Una constatazione innanzi tutto, forse ovvia, ma al contempo necessaria.

L'immigrazione è materia scottante, oggetto di quotidiano scontro politico a tutti i livelli, e catalizzatrice dell'interesse dei mezzi di informazione. Lo è, e in prospettiva è facile pensare che lo sarà in misura esponenziale, poiché i fenomeni migratori appaiono un dato strutturale e consustanziale alle profonde trasformazioni economico-finanziarie degli ultimi decenni, per tacere delle guerre e delle crisi umanitarie che ad esse si accompagnano<sup>1</sup>.

Inoltre, la prospettiva di inquadramento del problema è oggi fortemente condizionata, anzi permeata, dai temi della sicurezza e dell'ordine pubblico, aspetti che risultano, poco importa qui se per dati statistici reali o anche per una più o meno "orientata" percezione del problema<sup>2</sup>, intimamente collegati appunto alla questione immigrazione.

Pertanto a chi voglia tentare di affrontare in chiave scientifica e sistematica aspetti di un problema così multiforme e spigoloso, si impone una scelta di ordine metodologico, una delimitazione del campo di indagine e un tentativo preliminare di "neutralizzare" l'aspetto politico della questione.

Partendo da quest'ultimo profilo, ben si intende che nell'intento appena espresso non vi sia alcuna nostalgia del metodo orlandiano<sup>3</sup>. Tutt'altro. Si vedrà, piuttosto, come appaia imprescindibile un inquadramento delle illustrate problematiche che ad altre scienze richieda utili spunti, dalla prospettiva storica a quella filosofica e sociologica.

Peraltro il tema, nella sua intima connessione con la questione della sicurezza, si ripropone all'attenzione dei cultori del diritto pubblico secondo svariate prospettive di studio.

Si pensi alla rinnovata attenzione verso il c.d. diritto amministrativo dell'emergenza<sup>4</sup>, con riguardo ad esempio ai rapporti fra poteri d'ordinanza ed immigrazione<sup>5</sup>. Si rifletta, inoltre, per tornare al rischio della commistione della riflessione giuridica col contingente, sulle perplessità manifestate dalla più attenta dottrina proprio in occasione di note vicende della cronaca, e sulle discutibili modalità con cui esse sono state gestite<sup>6</sup>.

D'altronde la dottrina condivide la necessità di ritornare allo studio delle funzioni pubbliche tradizionali, forse troppo prematuramente abbandonato a favore del "nuovo" capitolo dei servizi pubblici e dei diritti

---

<sup>1</sup> Impossibile riassumere in una nota una bibliografia che è già sterminata. Si rinvia quindi a D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004, e alla ampia rassegna bibliografica ivi contenuta. Sui rapporti fra globalizzazione immigrazione e sicurezza v., fra i saggi più recenti, Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2008; A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2008; A. GIDDENS, *L'Europa nell'età globale*, Roma-Bari, 2007. Con riferimento specifico ai rapporti fra globalizzazione, sicurezza e terrorismo internazionale, v. V. BALDINI, *Globalizzazione, terrorismo internazionale e tutela della sicurezza: alla ricerca di un nuovo Leviatano?*, in AA.VV., *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, a cura di V. Baldini, Cassino, 2005, 61 ss.

<sup>2</sup> Sottolinea questo aspetto, e il rischio che le analisi ponderate lascino il posto a forme di <<spettacularizzazione del sapere scientifico>>, P. CIARLO, *Sicurezza e Stato di diritto*, in *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, cit., 19.

<sup>3</sup> Sul punto da ultimo v. l'ampio e documentato studio di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 685 ss. V. anche S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 597 ss., il quale fra l'altro nota come oggi, a differenza che all'inizio del secolo scorso in cui il diritto privato vantava l'anzianità di un millennio, l'analisi politologica ha raggiunto gradi di sviluppo superiori all'analisi giuridica. Sicché l'autorevole studioso conclude rilevando come devono essere i problemi e le domande, non rigidi steccati disciplinari, a dettare il metodo.

<sup>4</sup> Cfr. AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2006. Con riferimento specifico al tema della sicurezza, v. A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004.

<sup>5</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Annuario AIPDA*, cit., 89 ss.

<sup>6</sup> Ci si riferisce alle ordinanze contro i <<lavavetri>> del 25 agosto e dell'11 settembre 2007 del Comune di Firenze, criticate dalla dottrina sia in quanto considerate casi scolastici di provvedimento amministrativo nullo, sia perché considerate deboli sul piano della motivazione e inutili, potendosi (meglio) impiegare gli ordinari strumenti a disposizione delle autorità competenti o comunque ricercare strumenti nuovi, ma riconducibili entro parametri certi. Cfr. rispettivamente N. PAOLANTONIO, *Ordinanze contingibili ed urgenti e nullità (il "caso Firenze")*, in *www.giustamm.it*; M. CLARICH, *Senza nuovi strumenti giuridici per i sindaci le ordinanze <<collezionano>> illegittimità*, in *Guida al diritto*, n. 37/2007, 11. Nel tentativo di rafforzare e ricondurre entro parametri più certi i poteri dei Sindaci, il recente D.L. 23 maggio 2008, n. 92 ("Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica"), all'art. 6, ha riscritto l'art. 54 del D. Lgs. n. 267/2000.

“sociali”<sup>7</sup>. Si ripropone così, nella prospettiva dei rapporti immigrazione-sicurezza, l’esigenza di riconsiderare i classici procedimenti ablatori, magari aggiornandone l’analisi alla dimensione multilivello del c.d. diritto amministrativo globale<sup>8</sup>, dove come è noto attori non sono soltanto i singoli Stati.

Quest’ultimo passaggio porta con sé due rilevanti corollari: la disciplina da considerare nell’esame dei rapporti immigrazione-sicurezza, non è solo nazionale<sup>9</sup>, ed è inoltre di rilievo costituzionale o para-costituzionale: si pensi alle norme contenute nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Inoltre appare evidente come, se declinato in chiave europea ed internazionale, il problema vada inquadrato sotto l’ottica del fenomeno terrorismo, anch’esso ormai radicato nelle nostre vite quotidiane<sup>10</sup>. E pure riguardo questo argomento la letteratura, non solo sociologica e filosofica, ma anche giuridica e giuspubblicistica in particolare, negli ultimi anni ha avuto modo di mostrare segni di profonda rielaborazione dei temi in campo.

Sicché “neutralizzare” il fardello politico vuol semplicemente dire che la sicurezza dei cittadini è una esigenza imprescindibile che non ha colore politico. Piuttosto il confronto attiene al modo con il quale essa viene specificamente garantita, con quali sacrifici e per chi, con quali equilibri e contrappesi sul piano della salvaguardia dei diritti fondamentali e delle libertà<sup>11</sup>.

Nelle pagine che seguono misureremo questi punti prendendo in esame in particolare la questione della tutela processuale dell’immigrato in Italia. Ovviamente non si potrà darne conto in tutti i suoi variegati e complessi aspetti: ci si accontenterà, quindi, di metterne in luce i profili più critici, esaminando le varie forme di tutela dinanzi ai due plessi giurisdizionali competenti (ordinario e speciale), e dunque le questioni che si pongono sul piano del rispetto dei principi costituzionali fondamentali in materia (dall’effettività della tutela al contraddittorio), ferma restando – più a monte – la problematica questione del riparto, nonché dei rapporti fra giurisdizioni. In tal senso si vedrà, fra l’altro, come tornano d’attualità anche temi classici del processo, quali la disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario.

Il discorso poi dovrà essere ulteriormente calibrato sul rapporto immigrazione-sicurezza, nonché immigrazione-sicurezza-terrorismo.

Ma prima è necessario, come detto, accrescere il distacco dalla tumultuosa contingenza degli eventi, ovviamente per quanto ciò sia del tutto possibile, memori della fondamentale lezione dell’ermeneutica<sup>12</sup>.

Può essere utile, quindi, impostare il discorso partendo dai rami alti: quello filosofico prima, quello più strettamente giuridico poi, accennando al recente dibattito intorno alla configurabilità di un “diritto alla sicurezza” e poi alla disciplina sull’immigrazione in Italia, come “riscritta” dalla giurisprudenza, specie della Corte costituzionale.

2. <<At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidi non damnatur; nam lege tribunizia prima cavetur “si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit”. Ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet>><sup>13</sup>.

Si è rilevato come il giurista alle prese col fenomeno immigrazione non possa trascurare alcune tendenze di fondo della filosofia contemporanea. Come detto, la questione appare oggi strettamente connessa, almeno nella percezione comune, ai problemi della sicurezza e del terrorismo internazionale, islamico in particolare. In tal senso tra gli stessi filosofi si chiede una risposta radicale, di uscire dal <<sonno dogmatico>> dei

---

<sup>7</sup> Cfr. M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Torino, 2004, 91. Sulla stessa linea M. RENNA, *(Quasi) un lustro di monografie di diritto amministrativo*, in [www.grupposanmartino.it](http://www.grupposanmartino.it), il quale lamenta la carenza di contributi in materia di immigrazione, cittadinanza, ordine pubblico e sicurezza.

<sup>8</sup> Cfr. E. CHITI, *La prevalenza del diritto delle Nazioni Unite su quello europeo*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 150 ss.; G. DELLA CANANEA, *Una indebita limitazione del due process of law da parte delle Nazioni Unite e dell’Unione europea*, *ivi*, 155 ss..

<sup>9</sup> Cfr. sul punto AA.VV., *Questioni di diritto delle migrazioni. Fra diritto europeo, diritto internazionale e diritto interno*, a cura di D. Rinoldi, Milano, 2007.

<sup>10</sup> V. § 7.

<sup>11</sup> C.F. GROSSO, *La sicurezza non ha colore*, in *La Stampa*, 22 aprile 2008.

<sup>12</sup> Ci si riferisce alla nota teoria della “precompresione” formulata da H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1983. Su di essa v. le riflessioni di L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.

<sup>13</sup> <<Uomo sacro è, però, colui che il popolo ha giudicato per un delitto; e non è lecito sacrificarlo, ma chi lo uccide, non sarà condannato per omicidio; infatti nella prima legge tribunizia si avverte che “se qualcuno ucciderà colui che per plebiscito è sacro, non sarà considerato omicida”. Di qui viene che un uomo malvagio o impuro suole essere chiamato sacro>>. Si tratta di un passo di Festo, nel lemma <<sacer mons>> del Suo trattato *Sul significato delle parole*, richiamato da G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995-2005, 79.

luoghi comuni sfruttati incessantemente dal giornalismo e dalle amministrazioni governative, per rimettere in questione, nei fondamenti, i presupposti concettuali più essenziali del discorso filosofico<sup>14</sup>.

E' forse possibile affrontare questo compito andando a considerare come il pensiero contemporaneo, dal decostruzionismo al post-strutturalismo, passando per la teoria dei sistemi di Luhmann e quella biopolitica di Foucault, abbia in comune un approccio metodologico di carattere <<genealogico>><sup>15</sup>. Comprendere genealogicamente significa descrivere le modalità attraverso cui una determinata idea è stata storicamente efficace: la verità genealogica non mira all'accertamento storico di una genesi, bensì tenta di ricostruire la <<genesi dal punto di vista che vuole accertare>><sup>16</sup>.

Lo snodo attorno a cui tale prospettiva (che è già in Nietzsche)<sup>17</sup> ruota, per quel che qui più interessa, è dato da una profonda revisione critica della nascita e dell'affermazione del concetto di *sovranità* negli Stati moderni.

Limitiamoci a due pensatori a nostro avviso fondamentali.

Il <<dispositivo politico>> della modernità, secondo Foucault<sup>18</sup>, è composto da tre principali componenti: la sovranità, le discipline e il biopotere. In base alla prima, messa a punto dalle teorie contrattualistiche moderne, la volontà dei sudditi o dei cittadini di uno Stato viene sussunta sotto la volontà del sovrano che li rappresenta. Le discipline, invece, sono quei poteri che agiscono sull'individuo attraverso l'educazione, la formazione, l'addestramento, *producendo* l'individuo così come la modernità lo intende, come corpo utile e docile, *disciplinato* appunto. Infine il biopotere è il potere dello Stato moderno sulla vita della popolazione; è il governo della popolazione intesa come specie vivente: un potere che amministra la vita della popolazione garantendole sicurezza e proteggendola dai pericoli biologici<sup>19</sup>. L'aspetto interessante è che tutto ciò è connesso all'affermazione dello Stato liberale, alla nascita dell'economia politica, a quella pratica di potere che il filosofo francese chiama <<governamentalità liberale>><sup>20</sup>.

Carl Schmitt impiega la medesima prospettiva quanto alla genealogia della politica. Il Suo pensiero appare sotto svariati aspetti profetico<sup>21</sup>, e due concetti fondamentali, e ben noti, possono essere qui brevemente richiamati, in quanto hanno a che fare con il discorso sullo straniero e sui problemi della sovranità e del c.d. stato d'eccezione.

---

<sup>14</sup> J. DERRIDA, *Autoimmunità, suicidi reali e simbolici*, in G. Borradori (a cura di), *Filosofia del terrore. Dialoghi con J. Habermas e J. Derida*, Roma-Bari, 2003, 108.

<sup>15</sup> M. GUERRI, *Orientarsi dopo l'11 settembre: dalla <<instabilità semantica>> alla genealogia della politica. Alcune note su Carl Schmitt*, in [www.lettere.unimi.it](http://www.lettere.unimi.it).

<sup>16</sup> S. NATOLI, *Nietzsche retore e filosofo*, in ID., *Teatro filosofico. Gli scenari del sapere tra linguaggio e storia*, Milano, 1991, 102.

<sup>17</sup> Ci si riferisce al Nietzsche della *Genealogia della morale*. Tale approccio metodologico sarà ampiamente sviluppato da M. Foucault. Sul punto v. S. BERNI, *Nietzsche e Foucault. Corporeità e potere in una critica radicale alla modernità*, Milano, 2005.

<sup>18</sup> Si v. soprattutto le lezioni al Collège de France (1977-78 e 1978-79): M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano, 2005; ID., *Nascita della biopolitica*, Milano, 2004. Sul <<dispositivo totalitario>> v., fra i tanti, L. BERNINI, *Il dispositivo totalitario*, in AA.VV., M. Recalcati (a cura di), *Forme contemporanee del totalitarismo*, Torino, 2007, 142 ss.

<sup>19</sup> Il rilievo ermeneutico di tale prospettiva è ben colto, tra i pochi giuristi, da R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Dir. soc.*, 2006, 507.

<sup>20</sup> L'ipotesi – provocatoria – che la liberaldemocrazia possa essere considerata un'attualizzazione del <<dispositivo totalitario>> è all'origine di aspre critiche rivolte a Foucault. Si v. ad es. M. WALZER, *La politica solitaria di Michel Foucault*, in ID., *L'intellettuale militante*, Bologna, 1991, 259. Il filosofo francese ebbe a replicare che in realtà ha sempre stabilito differenze fra paesi totalitari e non, anche se tecnologie del potere possono essere trasferite, nel corso della storia, da un campo all'altro. Cfr. *Colloqui con Foucault*, D. Trombadori (a cura di), Roma, 1999, 117-118. La problematica può oggi riguardare la controversa questione del sistema frontaliero europeo di controllo e filtraggio dell'immigrazione, e più nello specifico i centri di permanenza temporanea ed assistenza, introdotti nell'ordinamento italiano con la legge n. 40/1998. Questi sono stati da taluni definiti luoghi di materializzazione di uno <<stato d'eccezione permanente>>, luoghi di <<non-diritto>>, di riduzione a <<nuda vita>>, dispositivi di interiorizzazione. Il richiamo è andato alle istituzioni totali e ai lager, accostamento certo eccessivo, ma che mette in luce l'incidenza di questi dispositivi di internamento sulla dignità di chi vi è sottoposto. Si noti come il recente D.L. n. 92/2008, art. 9, abbia mutato la denominazione <<centro di permanenza temporanea>> ovvero <<centro di permanenza temporanea ed assistenza>> in <<centro di identificazione ed espulsione>>. Anche le semplici definizioni, magari senza incidere sulla disciplina sostanziale di un determinato istituto, indicano lo spirito dei tempi... Peraltro si stenta a comprendere quale sia la necessità e l'urgenza che giustifichi il cambiamento di tale denominazione con decreto legge. Sul punto, oltre ai lavori di Agamben che si richiameranno, v. A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999. Fra i giuspubblicisti v. l'accurato lavoro di G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 204 ss.

<sup>21</sup> A differenza di Foucault, il pensiero di Schmitt ha trovato larga eco fra i giuspubblicisti italiani, si pensi agli scritti di Giannini, Predieri e Nigro. Si tratta peraltro di analisi fortemente critiche, specie in Giannini. C'è da dire che, al di là delle accuse di essere poco giurista e di non conoscere il diritto privato, delle critiche alla identificazione fra sovranità e potere di decidere sullo stato di eccezione e alla configurazione dello stato amministrativo, pesa molto su tali giudizi l'ambigua posizione di Schmitt nei confronti del nazismo, dunque una forte ipotesi di stampo ideologico. Sul punto v. G. MONTEDORO, *Attualità di Carl Schmitt nella lettura di Giannini e Nigro*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Da una parte si pone la nota distinzione fra amico (*Freund*) e nemico (*Feind*): tale contrapposizione è alla base della comprensione dell'autonomia del <<Politico>> rispetto alla morale, all'estetica e all'economia<sup>22</sup>. L'idea liberale di politica, la concezione borghese di sicurezza, sono così decostruite e destituite di fondamento: l'identità politica esiste solo mediante l'identificazione di un nemico e successivamente alla sua esclusione. La nostra stessa identità deriva dunque dall'esclusione, poggia continuamente sulla figura di ciò che è stato definito come nemico.

Può essere interessante notare come Schmitt identifichi il nemico con lo straniero (*der Fremde*)<sup>23</sup>. Al nostro sta quindi a cuore trovare il luogo in cui poter tracciare in modo sicuro i confini tra proprio ed estraneo, dentro e fuori, privato e pubblico, da cui soltanto possa emergere qualcosa come l'*identità* di un soggetto sovrano. Lo straniero, fin dal suo primo apparire, è potenzialmente un nemico da combattere. Si tratta di un punto di rottura con la tradizione del mondo antico<sup>24</sup>. Invero, nel mondo greco e in quello latino non vi è una stretta coincidenza fra straniero e nemico, come risulta dall'analisi dell'espressione *hostis*, che comunemente indica il nemico. Infatti lo straniero non è solo nemico (*hostis*: esterno e pubblico) ma può anche essere *hospes*, col quale appunto si stabiliscono rapporti di ospitalità. Peraltro in origine con il termine *hostis* si designava anche l'ospite, come in Grecia col termine *xenos*.

A Schmitt va anche ascritto il tentativo più rigoroso di costruire una teoria dello stato di eccezione. Come noto, il tema centrale torna ad essere la sovranità: <<Sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione (*Ausnahmezustand*)>><sup>25</sup>. L'idea è quella di collegare direttamente eccezione e sovranità, iscrivendo lo stato di eccezione in un contesto giuridico. Operazione potenzialmente paradossale, se non aporetica, perché ciò che deve essere iscritto nel diritto è qualcosa di essenzialmente esteriore ad esso<sup>26</sup>. Ma si tratta di una questione che è stata oggetto di ampio dibattito anche fra i nostri maggiori giuspubblicisti. Vi è chi<sup>27</sup>, infatti, concepisce lo stato di eccezione come parte integrante del diritto positivo, perché la necessità che lo fonda agisce come fonte autonoma del diritto e chi<sup>28</sup>, invece, considera stato di eccezione e la necessità che lo fonda come elementi di fatto sostanzialmente extra-giuridici, che possono eventualmente avere conseguenze nell'ambito del diritto.

E' merito di due filosofi italiani contemporanei avere colto, e sviluppato, le potenzialità esplicative del pensiero degli autori sopra ricordati.

Secondo Agamben l'<<eccezione>> non è che una specie dell'esclusione, di quel tipo di conflitto che segna l'emergenza del rapporto amico-nemico come gesto iniziale del "politico". In tal modo le due note proposizioni schmittiane stanno e cadono assieme<sup>29</sup>.

Sviluppando queste coordinate, due controversi istituti del diritto romano arcaico servono a tracciare una suggestiva genealogia della sovranità. Ci si riferisce alla *sacratio*<sup>30</sup> ed al *iustitium*<sup>31</sup>. La condizione dell'*homo sacer* è soggetta ad una doppia esclusione: la sua uccisione non è classificabile né come sacrificio né come omicidio. L'*homo sacer* rappresenterebbe così la figura originaria della (nuda) vita presa nel bando sovrano, la formula politica originaria dell'imposizione del vincolo sovrano, l'eccezione originaria, in cui la vita umana, esposta a un'uccidibilità incondizionata viene inclusa nell'ordine politico.

Il *iustitium*, invece, derivante da un *senatus consultum ultimum* col quale si chiedeva ai consoli di prendere qualsiasi misura che si rendesse necessaria per la salvezza dello stato, non rappresenterebbe una dittatura, ma uno spazio anomico, un arresto del diritto: gli atti commessi durante il *iustitium* non sono né

---

<sup>22</sup> C. SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, in Id., *Le categorie del "politico". Saggi di una teoria politica*, G. Miglio-P. Schiera (a cura di), Bologna, 1972, 108.

<sup>23</sup> C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 109. Si sofferma su tale aspetto C. RESTA, *L'altro tra ostilità e ospitalità: il Politico di Carl Schmitt*, in F. Bilancia, F.M. Di Sciullo, F. Rimoli (a cura di), *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Roma, 2008, 53 ss.

<sup>24</sup> Sul punto v. M. PONZI, *Topografia dell'estraneo*, in *Paura dell'altro*, cit., 15 ss.; U. CURI, *Sul concetto filosofico di straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2005, 42 ss., con interessanti richiami ad Omero, alla tragedia greca e a Platone.

<sup>25</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del politico*, cit., 33.

<sup>26</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 45. Sulle peculiarità dello stato d'eccezione, che implica la sospensione o l'abrogazione dell'ordinamento giuridico, mentre lo Stato come energia politica, ovvero come sovranità, continua a sussistere in virtù del proprio "diritto di autoconservazione", v. C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996. Più di recente sul tema v. AA. VV., *Eccezione*, Napoli, 2006.

<sup>27</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in Id., *Scritti minori*, I, Milano, 1990, 349 ss.; Id., *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 220 ss. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1962, 654 ss. Per una ricostruzione della teoria di Mortati v. L. CARLASSARRE, *Stati di eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in AA. VV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, 479 ss.

<sup>28</sup> G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1970; C.L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, II, New York, 1948.

<sup>29</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 21; Id., *Stato di eccezione*, cit., spec. 44 ss.

<sup>30</sup> Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 79 ss.

<sup>31</sup> Cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., 55 ss.

trasgressivi, né esecutivi, né legislativi: essi paiono situarsi, rispetto al diritto, in un assoluto non-luogo. Donde l'impossibilità di annettere immediatamente lo stato di eccezione al diritto.

Dal canto suo Roberto Esposito cerca di sviluppare la nozione di biopolitica presente in Foucault per rispondere al seguente paradosso: da un lato la crescente sovrapposizione tra l'ambito della politica, o del diritto, e quello della vita, dall'altro un'implicazione altrettanto stretta, che sembra derivarne, nei confronti della morte (la tanatopolitica dei regimi totalitari)<sup>32</sup>.

Anche qui si tratta di una rilettura critica della sovranità moderna. Essa viene condotta sulla base del paradigma di immunizzazione<sup>33</sup>. Nel paradigma immunitario *bios e nomos*, vita e politica, risultano due costituenti di un unico insieme: l'immunità è la relazione che connette la vita al potere; la politica è la possibilità, o lo strumento, per trattenere in vita la vita. Ciò che va immunizzata è la comunità stessa in una forma che insieme la conserva e la nega: per sopravvivere ogni comunità è costretta a introiettare la modalità negativa del proprio opposto.

In questo senso la prima è più influente figura immunitaria della modernità è proprio la sovranità. La rilevanza della filosofia di Hobbes sta nella assoluta nettezza con cui è colto questo passaggio: la questione della *conservatio vitae* viene a costituire l'oggetto di gran lunga prevalente della politica. Il paradigma immunitario che in modo dialettico unisce (e separa) gli individui alla sovranità, vale altresì per le categorie della proprietà e della libertà. Quanto a quest'ultimo concetto, è interessante notare come in chiave moderna in essa è iscritta, in un'accezione privativa, l'*invenzione* dell'individuo. A differenza delle antiche *libertates*, privilegi conferiti discrezionalmente a una serie di entità particolari (ceti, città, corpi, conventi), il baricentro semantico qui si sposta sulla "sicurezza". La libertà diviene così ciò che assicura l'individuo nei confronti delle ingerenze altrui attraverso la sua volontaria subordinazione a un ordine più potente che lo garantisce.

Al giurista l'arduo compito di ricomporre questi indirizzi disgregativi<sup>34</sup>.

E' a tutti evidente come si tratti di prospettive assolutamente lucide ma nel contempo desolanti, che non offrono adeguate risposte sul piano giuridico, forse proprio perché quest'ultimo è assorbito sin da subito nel Politico, nell'aporetica relazione dialettica originaria (esclusione/inclusione) di cui si è tentato di dare conto.

Si tratta, comunque, di importanti movimenti di pensiero che a nostro avviso la dottrina giuspubblicistica continua colpevolmente a trascurare<sup>35</sup>.

Infatti essi consentono di lumeggiare, per venire al nostro diretto oggetto di studio, attorno a situazioni-limite del trattamento sostanziale e processuale dell'immigrato, nonché a ulteriori questioni di ordine più generale, come si vedrà illustrando il dibattito intorno alla configurabilità di un diritto alla sicurezza<sup>36</sup>. Quanto poi in particolare allo stato d'eccezione, esso interessa gli attuali dibattiti sulle Costituzioni d'emergenza e sulla sospensione dei diritti e delle libertà negli Stati democratici a causa del fenomeno terrorismo: come si è detto tale aspetto incide in modo significativo sulle libertà personali, di circolazione e soggiorno, e sui diritti in generale, dello straniero<sup>37</sup>. Non solo. La riflessione di Agamben, che si incentra sulla prospettiva dello stato di eccezione <<permanente>>, ci pare in linea con recenti tendenze normative volte, come vedremo, a configurare una <<normalizzazione dell'emergenza>><sup>38</sup>, così definita perché con essa le misure eccezionali, nate come risposta immediata ad un'emergenza, vengono inserite in testi di legislazione ordinaria già vigente, e, in alcuni casi, sono raccolte nei codici.

Tuttavia lo studio dello statuto giuridico dell'immigrato, e in particolare della sua tutela giudiziaria, impone anche di percorrere "costruttivamente" la – seppure ardua – strada dei diritti fondamentali enunciati nella Costituzione e nelle Carte dei diritti europee e internazionali.

---

<sup>32</sup> Sulla quale v. il fondamentale saggio di H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1979.

<sup>33</sup> R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, 41 ss.

<sup>34</sup> Uno spunto in tal senso è desumibile, seppure nel contesto di una diversa tematica, dal lavoro di D. D'ORSOGNA, *Principio di eguaglianza e differenze possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, in F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, 26, nota 82.

<sup>35</sup> I più attenti notisti politici, invece, colgono tale connessione. Si pensi all'editoriale di G. D'AVANZO, dal titolo *La politica militarizzata*, in *La Repubblica*, 24 maggio 2008, il quale, commentando il recente decreto-legge in materia di sicurezza richiama il pensiero di Schmitt e di Agamben, e nota: <<E' coerente che, nella città della spazzatura non smaltita, si siano affrontate anche le questioni dell'immigrazione perché se i rifiuti minacciano l'integrità di Napoli, i "rifiuti umani", gli "scarti" della modernità, gli "esuberanti" impauriscono la società e inceppano la vita dello Stato. Così anche in questo caso sarà legittima, in forza della necessità, la sospensione dell'ordinamento giuridico, la produzione di quel "vuoto" che inghiotte i principi costituzionali, la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la convenzione europea dei diritti, il patto internazionale sui diritti civili e politici, liquidando per decreto lo "stato d'emergenza" in cui gli "scartati" sono costretti a vivere. *Necessitas legem non habet*>>.

<sup>36</sup> V. § 3.

<sup>37</sup> V. § 7.

<sup>38</sup> Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, Bologna, 2004, 202 ss.

In questo senso a nostro avviso il più fecondo apporto che la filosofia biopolitica sopra ricordata consegna al giurista è dato da una rigorosa critica del concetto di sovranità<sup>39</sup>.

Si badi, ciò vale anche per il “dogma” della sovranità popolare, al quale vanno attribuiti gli stessi difetti di qualsiasi altro tipo di sovranità. Ed infatti, se in un ordinamento come il nostro la sovranità popolare non può essere l’unica fonte di legittimazione del potere, allora bisogna ammettere che dell’originaria idea di sovranità resta ben poco: collocare un potere politico “sovrano” in un sistema di limiti giuridici significa porre le basi per una Costituzione democratica, da considerare appunto come sistema di limiti giuridici senza un sovrano<sup>40</sup>.

Si è consapevoli di aver spostato la complessa quadratura del cerchio su di un terreno altrettanto scivoloso quale quello della giurisdizionalizzazione dei diritti fondamentali, che a sua volta implica la crisi del principio di legalità e dell’acquietante metodo giuspositivistico ad esso riconnesso. Il dibattito è ben lungi dall’essere chiuso, come la recente polemica sul neocostituzionalismo ha mostrato<sup>41</sup>.

Di seguito cercheremo di individuare la stretta interrelazione sussistente tra i rami “alti” e quelli “bassi” delle forme di tutela dello straniero dinanzi agli atti del pubblico potere. Ed infatti, il problematico confronto con le quotidiane disagiati forme di tutela dello straniero va impostato, a nostro avviso, coniugando strettamente teoria del processo e teoria costituzionale dei diritti fondamentali.

In tal senso si è giustamente rilevato<sup>42</sup> come un elemento decisivo della posizione dello straniero è dato dalle possibilità (anche in termini di effettività della tutela) che egli abbia di accedere al giudizio: sicché, grazie all’opera creatrice della giurisprudenza, nel sistema italiano il principio di eguaglianza, alla cui luce la situazione dello straniero può essere portata allo scrutinio del giudice, produce l’estensione di una serie di diritti al di là della sfera della cittadinanza. Del resto non scopriamo certo qui il carattere euristico della giurisprudenza costituzionale in materia di principi fondamentali e diritti inviolabili, specie sulla base del principio di eguaglianza inteso sin da subito come ragionevolezza<sup>43</sup>. Peraltro lo sviluppo di un binario giurisprudenziale di normazione parallelo è, almeno in parte, figlio proprio della globalizzazione<sup>44</sup>. Piuttosto oggi si discute se il processo di integrazione europea porti con sé il progressivo abbandono del modello della giustizia costituzionale come <<giurisdizione delle libertà>> a vantaggio di un controllo di costituzionalità diffuso<sup>45</sup>, desunto anche dalle nuove e più elastiche tipologie di sentenze della Corte costituzionale, peraltro in un orizzonte teorico dove diviene sempre più rilevante un rapporto flessibile Corte-giudici più che Corte-legislatore<sup>46</sup> e si prospetta un ritorno al giusnaturalismo con gli strumenti propri del positivismo giuridico<sup>47</sup>.

Ci pare, questo, il più idoneo tentativo di risposta del giurista alla radicale sfida ontologica lanciata dalla più avvertita filosofia contemporanea.

3. Una riprova della necessità di affrontare i problemi in campo senza preconette visioni semplificatrici, ma sulla base di una complessa operazione di bilanciamento costituzionale, è offerta dal dibattito attorno alla configurabilità di un diritto alla sicurezza pubblica.

---

<sup>39</sup> Anche nella manualistica più recente ormai la sovranità dello Stato viene vista essenzialmente o come indipendenza, sul piano del rapporto fra Stati, o comunque se ne ridimensiona la portata, ritenendola non più un attributo dello Stato, ma del popolo, cioè di uno degli elementi dello Stato-ordinamento giuridico. Cfr. rispettivamente G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2006, 115; S. BATTINI-C. FRANCHINI-R. PEREZ-G. VESPERTINI-S. CASSESE, *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 2005, 49. Per una visione più tradizionale, in cui il concetto di sovranità viene attribuito sostanzialmente allo Stato, sia pure costituzionale, v. M.S. GIANNINI, *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 224 ss.

<sup>40</sup> Cfr. in tal senso A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, I, Milano, 1994, spec. 85 ss. Più di recente sul punto v. G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

<sup>41</sup> Ci si riferisce alla polemica fra R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* e A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, *ivi*.

<sup>42</sup> E. FERRARI, *L’uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 931 ss., spec. 943 ss.

<sup>43</sup> Cfr., anche per indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche, G. RAZZANO, *Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2006, 587 ss.

<sup>44</sup> Cfr. M.R. FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 103 ss.

<sup>45</sup> A. CARDONE, *Tutela dei diritti, Costituzione europea e giustizia costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 365 ss.

<sup>46</sup> C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la “rivoluzione della flessibilità”)*, in *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale*, a cura di A. Ruggeri-L. D’Andrea-A. Saitta-G. Sorrenti, Torino, 2007, 289 ss.

<sup>47</sup> Si pensi al noto lavoro di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, e, più di recente, all’idea che negli ordinamenti costituzionali contemporanei si abbandoni una sovranità soggettivizzata a favore di una sovranità oggettivizzata nei valori costituzionali (soprattutto in relazione ai diritti fondamentali): v. G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005.

Da un punto di vista sociologico la questione va declinata sulla base della già detta domanda di sicurezza derivante da una diffusa percezione di insicurezza da parte dei cittadini<sup>48</sup>, specie a fronte del fenomeno immigrazione. Dal canto loro i costituzionalisti da tempo studiano il problema, inquadrato nel più ampio contesto della discussione sui profili evolutivi e sulle dimensioni inedite dei diritti dell'uomo<sup>49</sup>.

Invero, si è affermato come nulla possa essere realmente e completamente nuovo, poiché ogni evoluzione assume la forma della rielaborazione, dell'approfondimento delle potenzialità espressive del dettato costituzionale<sup>50</sup> messo a confronto con le dinamiche umane e sociali. E la nostra Costituzione esprime questa ricerca progressiva e incessante proprio nelle categorie indeterminate che delineano il disegno personalista (artt. 2 e 3 Cost.)<sup>51</sup>.

In tal senso non si tratterebbe di diritti <<nuovi>> in quanto fondati su incerti referenti valoriali esterni al dato costituzionale, ma di nuove proiezioni di un materiale che è sempre e pienamente riconducibile alla Costituzione nel suo volto espresso, nel suo essere forma che tuttavia presuppone una sostanza fluida e naturalmente espansiva. Inoltre, si tratta di andare a fare emergere elementi che non si contrappongono semplicemente alle situazioni soggettive formalmente e originariamente protette, quanto piuttosto si affiancano ad esse, ne approfondiscono la portata sollecitando nuovi bilanciamenti ed elaborazioni<sup>52</sup>.

La sicurezza pubblica è inserita da taluni nel novero di questi nuovi diritti. Va detto prima di tutto come il concetto di sicurezza sia multidimensionale<sup>53</sup>, una sorta di <<vocabolario usato per individuare le sfide che attendono la comunità internazionale (e le comunità nazionali) agli inizi del XXI secolo>><sup>54</sup>.

A ciò si aggiunga l'incerto significato dell'espressione <<pubblica sicurezza>><sup>55</sup>, peraltro sovente complicato dalla difficoltà di individuare il vicino, ma distinto, concetto di ordine pubblico, sospeso a sua volta fra carattere *ideale* o (più correttamente, e in chiave costituzionalmente aggiornata) *materiale*<sup>56</sup>.

Dalla Carta costituzionale (artt. 16 e 17) sembra discendere una connotazione prevalentemente oggettiva del concetto di sicurezza, che peraltro ha del tutto superato l'antico carattere <<ideale>> dell'ordine pubblico. Si tratterebbe, quindi, di una condizione indispensabile per l'esercizio dei diritti umani, e, conseguentemente, più che di un vero e proprio diritto della persona, di un <<interesse obiettivo dello Stato, dell'ordinamento o della collettività nel suo complesso>><sup>57</sup>. In pratica il Costituente non sembra aver colto e dichiarato esplicitamente un legame tra il bene sicurezza ed il singolo quale possibile diritto a non temere per la propria incolumità<sup>58</sup>.

Si è inoltre sottolineato<sup>59</sup> che nel passaggio dall'America (v. le Dichiarazioni dei diritti contenute nelle Costituzioni delle ex colonie inglesi) all'Europa (Dichiarazione dell'Assemblea nazionale francese del 1789, art. 2; art. 8 della Costituzione del 1793)<sup>60</sup> la sicurezza ha perso il suo originario connotato di autonomo

<sup>48</sup> Cfr. sul punto M. CORSALE, *Bisogno di sicurezza e sistema di giustizia*, in *Legalità e giustizia*, 1999, 261; M. BARBAGLI, *La paura della criminalità*, in M. Barbagli-U. Gatti (a cura di), *La criminalità in Italia*, Bologna, 2002, 205 ss.

<sup>49</sup> V. AA.VV., *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2003, specie il saggio introduttivo di A. D'Aloia e quello di P. Torretta dedicato al <<diritto alla sicurezza>>, che in seguito verranno richiamati.

<sup>50</sup> A. RUGGERI, <<Nuovi>> *diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, II, Padova, 1995, 632.

<sup>51</sup> A. D'ALOIA, *Introduzione*, in *Diritti e costituzione*, cit., 14.

<sup>52</sup> A. D'ALOIA, *op. ult. cit.*, 20.

<sup>53</sup> P. TORRETTA, <<Diritto alla sicurezza>> e (altri) *diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in *Diritti e costituzione*, cit., 451 ss.

<sup>54</sup> R. LOHRMANN, *Emigranti, rifugiati e insicurezza. Una minaccia per la pace?*, in R. Papini (a cura di), *Globalizzazione: solidarietà o esclusione?*, Napoli, 2001, 85.

<sup>55</sup> Locuzione impiegata per indicare il fine di conservazione dello Stato e del mantenimento dell'ordinamento interno, v. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 9 ss., ovvero la funzione dei pubblici poteri diretta al perseguimento dell'ordine pubblico proteggendo lo Stato da ogni sorta di attentato, v. G. DE ROSA, *Sicurezza pubblica*, in *Dig. it.*, XXI, Torino, 1895-1902, 360. Sono evidenti i connotati oggettivi di queste ricostruzioni tradizionali.

<sup>56</sup> Sull'evoluzione del concetto di ordine pubblico, da ordine pubblico <<ideale>> a ordine pubblico <<materiale>> (il c.d. *ordre dans la rue*), e sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, v. G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 437 ss. V. anche M. MAZZAMUTO, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Dir. amm.*, 1998, 450 ss.; G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, 281 ss., il quale, anche sulla scorta del dato normativo recente (es. D. Lgs. n. 112/1998) ritiene che non ci si trovi dinanzi ad una dicotomia bensì a un'endiadi, trattandosi quindi di un unico concetto espresso per mezzo di due termini coordinati. Ciò sarebbe dovuto proprio all'affermazione dell'ordine pubblico nel suo risvolto <<materiale>>, là dove prima, quando rilevava la distinzione con l'ordine pubblico <<ideale>>, il concetto di ordine materiale veniva espresso con la locuzione <<sicurezza pubblica>>.

<sup>57</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 194.

<sup>58</sup> P. TORRETTA, <<Diritto alla sicurezza>> e (altri) *diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, cit., 459.

<sup>59</sup> S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. amm.*, 2006, 747 ss., spec. 752.

<sup>60</sup> Sull'attualità della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, v. T.E. FROSINI, *I diritti dichiarati sul serio*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), il quale si sofferma altresì sulla originaria caratteristica della sicurezza come aspetto del

diritto fondamentale del cittadino per divenire tratto saliente della libertà, indi garanzia dall'intromissione dei pubblici poteri nella libertà individuale. In tale accezione essa sarebbe oggi recepita all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, all'art. 5 della CEDU, ed infine all'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>61</sup>.

D'altra parte l'evoluzione del comune sentire e le situazioni di fatto dalle quali le istanze sociali originano imporrebbero oggi un superamento della originaria configurazione continentale della sicurezza pubblica come mero limite delle libertà e non già diritto della persona. In buona sostanza, la generica doverosità delle funzioni di polizia non sarebbe più sufficiente per fornire un'adeguata risposta alla domanda di sicurezza, che quindi meriterebbe <<un più visibile riscontro attraverso norme che disciplinino direttamente il diritto alla sicurezza>><sup>62</sup>.

Tale idea, seppure condivisibile sul piano dei profili storico-ricostruttivi, andrebbe a nostro avviso meglio precisata, prestandosi diversamente ad alcuni rilievi critici.

Come vedremo esaminando i punti più discussi della tutela giudiziale dell'immigrato, dietro tale visione di fondo c'è intanto un chiaro pericolo di graduale abbassamento della cultura garantista. I diritti, anche quando tale *nomen* viene usato impropriamente, esprimono bisogni umani che chiedono risposte, ed è proprio la mancanza di risposte che rischia di produrre lo slittamento del problema ad un livello astratto ed ideologico<sup>63</sup>.

Riprendendo le suggestioni della biopolitica<sup>64</sup>, e dei modelli evolutivi delle forme di Stato e della sovranità, appare perciò da condividere il pensiero di chi<sup>65</sup> ritiene che mentre lo stato liberale di diritto sia caratterizzato dalla *certezza del diritto*, lo stato liberale e sociale si presenti come *stato di prevenzione* in cui l'ideale più enfaticamente auspicato non è la libertà, ma la sicurezza, da raggiungere con mezzi preventivi. Per cui: *a*) il diritto fondamentale come dovere di protezione (*Schutzpflicht*) dello stato, e *b*) il diritto fondamentale alla sicurezza (*Grundrecht auf Sicherheit*). Inoltre la logica della prevenzione è autoriflessiva: all'incalcolabilità della minaccia corrisponde la incalcolabilità della difesa del diritto, col rischio di una ideologica concessione allo stato ad intervenire sempre di più, in un sistema autoreferenziale e autolegittimante<sup>66</sup>. In questo senso si passa dall'originaria idea di sicurezza espressa nella classica formula di Wilhem von Humboldt, <<la certezza della libertà garantita dalle leggi>><sup>67</sup>, ad un'affermazione <<di un'attività statale in via di principio illimitata per tutelare il cittadino da rischi e pericoli sociali causati dalla tecnica o dall'ambiente o anche dal crimine>><sup>68</sup>.

Si è altresì rilevato che la costruzione di un autonomo diritto alla sicurezza per un verso è superflua, se significa la legittima domanda di sicurezza di tutti i diritti da parte di tutti i soggetti, e in questo senso sarebbe più corretto parlare di sicurezza dei diritti o di <<diritto al diritto>>, oppure è ideologica, se implica

---

diritto di libertà, ma sottolinea anche come oggi la sua titolarità oltre che in capo allo Stato sia riferibile a ciascun individuo, come diritto a un'esistenza protetta, indispensabile al godimento degli altri diritti di cui è titolare in condizioni di sicurezza.

<sup>61</sup> Cfr. sul punto E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una <<democrazia europea>>*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 301 ss. Secondo tale Autore, a differenza delle disposizioni contenute nella Dichiarazione universale e nella CEDU, l'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE consentirebbe di fare un passo avanti rispetto alla accezione meramente <<negativa>> della sicurezza (legata alla libertà personale), tale da garantire al cittadino europeo delle aspettative di vedere la propria libertà collegata saldamente ad una struttura organizzativa che affidi ad un sistema politico-rappresentativo, ed alla fonte normativa direttamente espressiva della sovranità, il baricentro di una nuova politica delle libertà fondamentali, di modo che sia possibile conciliare gli obiettivi della coesione economica con le esigenze del completo sviluppo di una democrazia pluralista. In tal senso il <<diritto alla sicurezza>> contemplato nella Carta europea assumerebbe i caratteri di una vera e propria posizione di portata legittimante una nuova realtà politico-sociale, dunque costituirebbe un diritto sociale di portata generale. Tale prospettiva va di pari passo con la riaffermazione della riserva di legge in materia di diritti fondamentali contenuta all'art. 52 della Carta europea.

<sup>62</sup> S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., 758. Un esempio di tal fatta può forse riscontrarsi nella legge regionale della Lombardia n. 8 del 21 febbraio 2000, nella quale l'impegno normativo della Regione nel sostenere progetti finalizzati a garantire la sicurezza dei cittadini finisce col tradursi anche nella costituzione di un fondo regionale a sostegno delle vittime della criminalità.

<sup>63</sup> A. D'ALOIA, *Introduzione*, cit., 51.

<sup>64</sup> V. *supra* § 2, e più specificamente i saggi di Foucault e di Esposito.

<sup>65</sup> E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, 75 ss. Lo stesso Autore è più di recente tornato sul tema, v. ID., *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione" e l'autonomia della persona*, in *Sicurezza e Stato di diritto*, cit., 45 ss.

<sup>66</sup> E. DENNINGER, *op. ult. cit.*, 91-92.

<sup>67</sup> W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Leipzig (senza anno), 118.

<sup>68</sup> E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, cit., 38; ID., *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione" e l'autonomia della persona*, cit., 54, secondo il quale <<Il carattere utopico-escatologico dell'idea di sicurezza si rafforza ancora di più nella concezione di un diritto fondamentale alla sicurezza, un diritto che da un lato dovrebbe garantire al cittadino prestazioni di sicurezza da parte dello stato, ma che dall'altro scatena l'attività statale e di conseguenza produce delle competenze di ampia portata>>.

la selezione di alcuni diritti di gruppi privilegiati e, nello stesso tempo, limitazioni per i diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione e nelle convenzioni internazionali<sup>69</sup>.

Il rischio è che la difesa della sicurezza collettiva torni a svolgere il ruolo che tradizionalmente le hanno assegnato i regimi autoritari, ossia quello della giustificazione della sempre più pervasiva ingerenza dei pubblici poteri nella sfera di libertà individuale dei singoli, sovente in forme note, e magari considerate retaggio del passato (es. uso della tortura), talvolta in modi nuovi e più insidiosi<sup>70</sup>.

C'è da dare conto, inoltre, di un altro problema: quello relativo al dibattito – tuttora in corso – sulla natura “aperta” o “chiusa” dei diritti inviolabili enucleati nella Costituzione<sup>71</sup>. Senza indugiare troppo su questa diatriba, è opportuno qui rilevare come la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul se tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. possa considerarsi compresa la sicurezza, abbia risposto negativamente propendendo per la manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale di alcune norme del c.p.p. nella parte in cui per alcune fattispecie di reato non consentono l'applicazione di misure cautelari al di fuori dei casi di arresto in flagranza<sup>72</sup>.

Certo questa interpretazione della Consulta, oltre a poter essere condizionata dal dibattito di fondo sulla natura più o meno aperta dei diritti inviolabili, potrebbe ritenersi di scarso peso ai nostri fini, trattandosi di rilievi brevi ed apodittici, che fanno credere che la Corte non abbia realmente voluto prendere posizione sul tema<sup>73</sup>.

Anche le tesi più generali sullo *stato di prevenzione* e sulla “sicurezza dei diritti”, se da un lato colgono la questione nel suo aspetto storico-evolutivo, e mettono in guardia dal rischio di pericolose derive ideologiche ed illiberali, dall'altro non sembrano insuperabili, e comunque vanno accompagnate da ulteriori argomentazioni di carattere più strettamente giuridico. Come si è visto, più in generale, a non lasciare del tutto soddisfatti è la stessa prospettiva poststrutturalista, decostruzionista e biopolitica di una certa filosofia contemporanea.

Cerchiamo allora di reimpostare il discorso partendo da un aspetto che appare incontrovertibile.

Si è detto come nel concetto di sicurezza è anche presente una componente negativa (propria delle libertà) che, nella sua accezione di <<sicurezza dei diritti>>, impedisce che interferenze dei pubblici poteri possano ledere la sfera di libertà dei cittadini garantita dalla Costituzione e dalle Carte internazionali ed europee a tutela dei diritti dell'uomo. Sicché appare inutile se non fuorviante, salvo che in una prospettiva esclusivamente <<genealogica>> volta alla verifica dell'evoluzione delle forme di Stato, separare la componente passiva e quella attiva del concetto di sicurezza.

Proprio dalla struttura di questo valore, quindi, discende la necessità di un costante bilanciamento del diritto alla sicurezza con altre posizioni giuridiche soggettive.

Quest'operazione, che si reitera in continuazione, non è altro che la tecnica del bilanciamento, resa necessaria dalla natura pluralistica del nostro ordinamento, che attribuisce dignità costituzionale a diversi valori senza che – in astratto – l'uno debba necessariamente prevalere sugli altri, ed in cui si ha un continuo misurarsi dei diritti e delle libertà con altri principi e valori alla ricerca di un punto di equilibrio tra tutte le istanze e le posizioni in gioco<sup>74</sup>. Ciò sulla base dei fondamentali principi di ragionevolezza e di proporzionalità, che, come vedremo, hanno costituito negli anni la stella polare di intervento della Corte costituzionale anche con riguardo a numerosi profili critici della disciplina della tutela dell'immigrato. Sicché la sicurezza, anche (e anzi proprio) nella sua declinazione individuale, dovrebbe procedere di pari passo con le libertà dell'individuo: un obiettivo cui deve tendere l'azione dello Stato, sempre però nel rispetto (almeno) del nucleo essenziale degli altri diritti garantiti dalla Costituzione<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *Dem. dir.*, 2000, 21.

<sup>70</sup> F. RIMOLI, *Più sicuri o più liberi? Uso della tortura e bilanciamento dei valori*, in AA.VV., *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di A. Giannelli e M.P. Paternò, Roma, 2004, 120. Ma si v. l'intera interessante raccolta di saggi.

<sup>71</sup> Sul problema v. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 18 ss., il quale ritiene che <<le relazioni categoriali o paradigmatiche di cui constano i singoli diritti fondamentali enumerati in Costituzione non lasciano alcuno spazio vuoto o interstizio>> e considera quindi, in linea con l'assetto consolidato della giurisprudenza della Corte costituzionale, l'art. 2 Cost. come sostegno qualificatorio rispetto a diritti esplicitamente o implicitamente riconducibili ad altre norme costituzionali.

<sup>72</sup> Corte cost., ord. 8 giugno 2001, n. 187, in *Giur. cost.*, 2001, 1434, con nota di A. PACE, *L'accesso alla categoria <<aperta>> dei diritti inviolabili incontra solo puntuali dinieghi o anche limiti?*, il quale ritiene che, pur essendo teoricamente possibile una enunciazione di <<nuovi diritti>>, tale enunciazione non dovrebbe urtare contro la stessa Costituzione nella quale questi diritti andrebbero ad inserirsi. In tal senso si conclude che qualora la Corte riconoscesse il carattere inviolabile del diritto alla sicurezza, esso si porrebbe in antitesi con le specifiche regole costituzionali che garantiscono la libertà personale.

<sup>73</sup> S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., 755.

<sup>74</sup> Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

<sup>75</sup> P. TORRETTA, <<Diritto alla sicurezza>> e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, cit., 482-483. Sulla correlazione tra libertà e sicurezza v. anche T. PITCH, *La notte non è uguale per tutti. Il circolo virtuoso fra sicurezza e libertà*, in *Dem. dir.*, 2000, 241.

A questo punto non resta che intendersi sulle categorie giuridiche da impiegare. Ed infatti, quest'ultima fondamentale notazione appare condivisa dagli stessi sostenitori del <<diritto alla sicurezza>>, i quali però ritengono che *proprio* l'affermazione della sicurezza come diritto soggettivo della persona possa consentire che il rapporto con le libertà sia visto <<in termini di contemperamento, di bilanciamento degli interessi, e non come prevalenza delle seconde sulla prima>><sup>76</sup>.

Si può anche accogliere tale prospettiva, ma avendo cura di precisarne meglio i contorni e le possibili caratterizzazioni deteriori. In tal senso il discorso non riguarda il riconoscimento dei soli "diritti" all'interno dello Stato, ma anche il modo in cui il fenomeno si estende, emblematicamente, all'ordinamento comunitario. Nel quale, peraltro, il diritto alla sicurezza, con riferimento alla libertà di circolazione e soggiorno, viene oggi a inquadrarsi nel c.d. sistema di Schengen, definito come una sorta di costituzione in senso materiale dell'Europa per quanto concerne i confini e la cittadinanza<sup>77</sup>.

A proposito della vicenda dei <<diritti>> a livello comunitario, si è messo in guardia dal rischio che tale disegno ci consegna un giusnaturalismo rudimentale e *naïf*, in cui il valore del soggetto di diritto finisce per essere sempre il medesimo, quasi il soggetto sia una realtà esistenziale fundamentalmente identica all'interno di qualsiasi vicenda giuridica, e che quindi paradossalmente rischia di sfociare nel suo opposto, ovvero nel giusformalismo più radicale<sup>78</sup>.

Proprio perché le posizioni giuridiche soggettive sono ritenute nella cultura giuridica contemporanea il frutto di un bilanciamento comparativo degli interessi dei soggetti, sarebbe più opportuno diversificarle. In questo senso, la costruzione di una effettiva cittadinanza europea, che passa anche, in chiave identitaria, per l'enunciazione di uno statuto dei diritti, non può fare trascurare: *a*) la complessità insita nel bilanciamento dei diritti e dei valori; *b*) che questa complessità si accresce ulteriormente a conforto con lo straniero, con l'altro da noi, e dunque con le difficoltà del multiculturalismo<sup>79</sup>; *c*) che ciò è testimoniato dalle grandi difficoltà di definizione di tale *plafond* identitario anche all'interno della Comunità che vieppiù si estende verso l'est, con ricadute sulla coerenza dello stesso discorso dei diritti all'interno del perimetro comunitario; *d*) che tale complessità implica l'abbandono definitivo della certezza nel valore totalizzante della legge e la consapevolezza di una tendenza sempre più invasiva, e a tutti i livelli, alla giurisdizionalizzazione dei diritti; *e*) che ciò a sua volta impone che la tutela giudiziaria dello straniero, non solo per quanto attiene la pienezza ma anche il contraddittorio, possa e debba effettivamente realizzarsi, in quanto costituente un *pruis* indispensabile sul quale può poi impostarsi un discorso fondato su di una effettiva giurisprudenza dei valori e

---

<sup>76</sup> S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., 754. Invero la più consapevole dottrina osserva che valori e diritti "nuovi" fanno già parte della pratica giuridica del nostro tempo, e si inverano in quotidiane tecniche di bilanciamento. Altro discorso è, seppure in un'ottica metodologica di ispirazione sostanziale-assiologica e non formale-astratta, ritenere più opportuna la costituzionalizzazione formale di tali nuovi diritti, implicante una condivisione assiologica degli stessi e non una divisione ideologica, e pur sempre nel rispetto del valore fondamentale – e incompressibile – della dignità umana. Il riferimento è ad A. RUGGERI, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>77</sup> E. BALIBAR, *Il diritto al territorio*, Prefazione a E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Roma, 2007, 14. Da alcuni Schengen viene inquadrato come un momento della storia europea del confine (dopo Vestfalia, Vienna, Berlino, Versailles, Potsdam). Si tratta anche in questo caso di una lettura biopolitica, questa volta avanzata da un giuspubblicista. Secondo G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 205, nota 17, infatti, Schengen in quanto confine crea un al di qua e un al di là, definisce amici e nemici, solo che questa definizione non passa più attraverso la distinzione fra esterno ed interno che ha storicamente caratterizzato le pratiche securitarie dello stato moderno. Con Schengen, dunque, le minacce non vengono più da altri paesi, ma da un agglomerato di minacce transnazionali che vanno dall'immigrazione al terrorismo dalla droga al crimine organizzato. Si crea in tal modo un confine "reticolare", che non interessa tanto i margini di un territorio, ma piuttosto il metodo di governo, in cui le questioni migratorie assumono rilievo centrale. Alla base di Schengen sta dunque l'idea secondo la quale l'abolizione delle frontiere interne doveva necessariamente accompagnarsi ad una serie di misure collaterali in grado di garantire sicurezza nello spazio che tale nuovo confine perimetra (es. controllo delle frontiere esterne, cooperazione giudiziaria e tra polizie, politica comune in materia di visti, immigrazione ed asilo). Al confine esterno Schengen ha così aggiunto quel confine che si distende reticolarmene sull'intero territorio, aggiungendo al classico confine disciplinare un confine a controllo diffuso, dove il secondo integra il primo. Sulla competenza e le politiche comunitarie in tema di immigrazione dopo il Trattato di Amsterdam (col quale gli accordi di Schengen sono stati <<incorporati>>, in virtù di un protocollo allegato sia al trattato CE, sia al trattato UE, <<nel quadro dell'Unione Europea>>), e sui risultati conseguiti e i problemi rimasti aperti nei vertici di Tampere I e II, v. N. PARISI, *Ai confini d'Europa. Politiche migratorie e diritto d'asilo*, in *Questioni di diritto delle migrazioni*, cit., 45 ss. Quanto alla tutela giurisdizionale, dai Trattati istitutivi di Comunità e Unione emerge la tendenza al ravvicinamento delle disposizioni processuali nazionali (v. artt. 61, lett. c e 65 CE; art. 31, lett. c, TUE). Questi devono introdurre misure che stabiliscono la prevenzione di conflitti di giurisdizione nonché le garanzie minime per la protezione della persona coinvolta nel procedimento, con particolare attenzione alla condizione dell'imputato. Sulle garanzie processuali previste nella CEDU e nella Carta di Nizza, e sulla relativa applicazione giurisprudenziale europea, v. *infra* nel testo.

<sup>78</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *I "diritti" tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario*, in pubblicazione.

<sup>79</sup> In chiave comparatistica v. G.C. FERRONI, *L'esperienza tedesca di multiculturalismo: società multietnica e aspirazioni di identità etnoculturale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), la quale peraltro mette in guardia dai rischi di un multiculturalismo indiscriminato e che non tenga conto del principio di reciprocità.

degli interessi<sup>80</sup>; f) che, infine, sul piano metodologico l'accento debba porsi su di un modello di "pluralismo comprensivo" capace di porre l'accento più sulle comunità che sull'individuo e che sia funzionale più al mantenimento e alla promozione, che alla negazione, delle diversità<sup>81</sup>.

Se si accettano queste precisazioni, ci pare intanto che la diatriba strettamente giuridica possa ridimensionarsi e trovare dei proficui punti di intersezione, ed inoltre che si possa fare un passo avanti rispetto alle secche delle impostazioni onnivalenti ed unilaterali, del giuspubblicista come del filosofo.

Su questa base metodologica si può così meglio impostare il discorso che segue.

4. Alcune prospettive teoriche tendono a contrapporre radicalmente, nel più ampio contesto della crisi dello Stato<sup>82</sup>, Stato e cittadinanza da un lato a diritti fondamentali della persona ed uguaglianza dall'altro. Seguendo questa linea la cittadinanza finisce per essere uno strumento (tendenzialmente reazionario) a disposizione dello Stato per limitare i diritti della persona<sup>83</sup>.

D'altra parte si è osservato come nel corso del tempo si sia affermato un atteggiamento, culturale prima che strettamente giuridico, che ha finito per rendere evanescente il collegamento fra cittadinanza e il conferimento dei diritti fondamentali, che sembrano essere sempre più spesso l'attributo ineliminabile di chiunque sia fisicamente presente nel territorio dello Stato. In buona sostanza i diritti del cittadino *pensati* come diritti dell'uomo<sup>84</sup>.

Si è al riguardo ricordata quella giurisprudenza costituzionale che ha avuto modo di superare il riferimento dell'art. 3 Cost. ai soli cittadini grazie a una lettura combinata con gli artt. 2 e 10, comma 2, Cost. Con la precisazione, peraltro, che applicabilità del principio di eguaglianza anche agli stranieri non significa assoluta parità di trattamento fra questi e i cittadini neppure per ciò che attiene al godimento e all'esercizio dei diritti fondamentali. In tal senso tanto l'uso dei criteri per valutare la diversità/omogeneità tra le situazioni, quanto la scelta delle modalità di trattamento, sono assoggettati al controllo di ragionevolezza<sup>85</sup>.

Peraltro la dottrina maggioritaria tuttora ritiene che la suddetta tendenza all'equiparazione dei diritti fondamentali non tocchi il c.d. diritto d'incolato<sup>86</sup>. Infatti, nonostante significativi passi per individuare dei condizionamenti rispetto a una piena libertà degli Stati di negare l'ingresso sul proprio territorio<sup>87</sup>, non pare contestabile che la Costituzione italiana, e anche il diritto comunitario, tengano fermo il potere dello Stato di disciplinare l'ingresso e la permanenza nel territorio degli stranieri. Una vera e propria mutua implicazione fra territorio e cittadinanza, anzi, forse l'ultima barriera a presidio della cittadinanza, coesistente alla esistenza degli Stati contemporanei, che trova conferme nell'affermazione della cittadinanza europea<sup>88</sup>.

---

<sup>80</sup> A livello comunitario è importante ricordare l'evoluzione della giurisprudenza CEDU nell'interpretazione delle garanzie enunciate dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Con l'*arret Golder* del 1975, infatti, tale norma viene arricchita nella sua portata precettiva dalla nuova garanzia del «diritto di accesso ai tribunali», a sua volta caratterizzato dal principio di effettività della tutela (che – anche a livello internazionale – ha tradizionalmente caratterizzato la tutela dei diritti fondamentali). Il processo in tal modo diviene anche «strumento inteso a tradurre in un sistema di rimedi la realtà con il suo sostrato di aspirazioni e conflittualità; è anche catalizzatore di nuove esigenze emergenti in un contesto sociale, garantendo così in pari tempo l'evoluzione del diritto». Così N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l' "azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 35 ss.

<sup>81</sup> Cfr. M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, in una prospettiva volta a superare le aporie insite nell'approccio comunitarista e in quello individualista e ad analizzare le varie forme di pluralismo (metodologico e sostanziale; di fatto, normativo, limitato e comprensivo) e le ricadute di esse sulla teoria dell'interpretazione.

<sup>82</sup> V. M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino, 2004.

<sup>83</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Teoria pol.*, 1993, 63 ss.

<sup>84</sup> M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 203 ss., spec. 208.

<sup>85</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 213-217.

<sup>86</sup> Cfr. I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995, 186, 400 ss.; G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 41; ID., *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 755-756; M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 817-819; C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 797 ss.

<sup>87</sup> C. CORSI, *op. ult. cit.*, 798, e in nota 13. Sul tema torna di recente Corte cost., 18 maggio 2008, n. 148, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it). «La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione; tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli».

<sup>88</sup> M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur. (agg.)*, IV, Roma, 1996, 8. Sulla «comunitarizzazione» della materia, accompagnata da una rinnovata attenzione per la cittadinanza dell'Unione, dalla quale discende una nozione di «straniero» che, assumendo come termine di riferimento l'appartenenza o meno ad uno Stato dell'Unione, designa colui che non possiede lo *status* di cittadino europeo, v. G. D'AURIA, *Immigrazione (dir. amm.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 2881.

Tale impostazione risulta confermata dal D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e successive integrazioni e modifiche, che ha regolato distintamente per gli stranieri una serie di diritti fondamentali che la Costituzione riserva ai soli cittadini, come appunto la libertà di circolazione, soggiorno ed espatrio (art. 16 Cost.).

Questo dato in qualche modo strutturale va a questo punto inquadrato nel contesto di quanto già rilevato: si comprenderà, quindi, come la contrapposizione cittadino/straniero paia destinata a rafforzarsi ulteriormente a causa dei fenomeni generali sopra descritti; nello stesso tempo, e a maggior ragione, bisogna subito cercare di sviluppare i “correttivi” metodologici già individuati.

Iniziamo allora col dire che le libertà la cui garanzia costituzionale sia espressamente riferita a *tutti* non devono consentire differenziazioni fondate sulla cittadinanza, mentre tali differenziazioni potranno ritenersi consentite in presenza di libertà riferite testualmente ai soli cittadini, il che non esclude la possibilità di parificare cittadini e stranieri quando ciò appaia *ragionevole*. Inoltre, bisogna notare che a differenza che per l'ingresso, per la disciplina dell'espulsione sono senz'altro indicati dei limiti nella normativa internazionale, in virtù proprio del legame che si è venuto a creare tra lo straniero e il territorio in cui egli soggiorna<sup>89</sup>.

Premesso ciò appare utile sviluppare tale aspetti, vedendo sinteticamente in che modo la giurisprudenza della Corte costituzionale, e delle corti europee, si è occupata di alcuni profili critici riguardanti la disciplina italiana delle espulsioni, specie nel caso in cui essa vada ad impattare proprio su diritti inviolabili non riferibili ai soli cittadini: dalla libertà personale (art. 13 Cost.) al diritto di agire e difendersi in giudizio (art. 24 Cost.) anche contro gli atti della p.a., e in quest'ultimo caso senza alcuna limitazione quanto a particolari mezzi di impugnazione e a determinate categorie di atti (art. 113 Cost.). In seguito considereremo in modo più approfondito talune questioni ancora aperte di stretto diritto processuale, meglio calibrando in questa sede l'analisi di taluni aspetti di persistente criticità (e contrarietà alla Costituzione) della normativa.

5. Il T.U. del 1998, incisivamente modificato dalla L. 30 luglio 2002 n. 189 (legge Bossi-Fini), prevede varie tipologie di espulsione<sup>90</sup>:

a) provvedimenti amministrativi di espulsione adottati con decreto del Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 13, comma 1); contro tale provvedimento è ammesso ricorso al TAR del Lazio (art. 13, comma 11). Il Ministro, o su sua delega anche il prefetto, può inoltre adottare una particolare espulsione <<per motivi di prevenzione del terrorismo>> (art. 3 della D.L. 27 luglio 2005, n. 144, conv. Dalla L. 31 luglio 2005, n. 155);

b) provvedimenti amministrativi di competenza del prefetto, disposti nei confronti di violazioni gravi delle norme sull'ingresso o sul soggiorno nel territorio dello Stato, oppure nei confronti di persone sospette e sottoponibili a misure di prevenzione o di sicurezza previste dalle discipline di contrasto alla criminalità mafiosa e al traffico di stupefacenti (art. 13, comma 2). Mentre spetta al giudice ordinario (giudice di pace) la tutela giurisdizionale rispetto ai provvedimenti in materia di espulsione, il sindacato sugli atti amministrativi ad essa presupposti – di regola costituiti da dinieghi (di rilascio di permesso di soggiorno, di rinnovo, di istanze di regolarizzazione, etc.) – spetta al giudice amministrativo;

c) una misura di sicurezza, disposta da parte del giudice nella sentenza di condanna dello straniero per reati medio-gravi in presenza della sua pericolosità sociale (art. 15); una sanzione sostitutiva della detenzione applicata dal giudice con la sentenza di condanna, ovvero alternativa alla detenzione, applicata dal magistrato di sorveglianza, quando la pena irrogata o da espiare non superi i due anni (art. 16, commi 1 e 5)<sup>91</sup>.

Quanto all'esecuzione dell'espulsione, nel sistema originariamente delineato dalla legge Napoletano-Turco essa era affidata, in via generale, all'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Solo in casi particolari (indicati dagli artt. 13 e 14) l'amministrazione poteva far ricorso alle misure dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, o, nei casi in cui non fosse stato possibile eseguire immediatamente il provvedimento<sup>92</sup>, disporre il trattenimento nei centri di permanenza temporanea ed

<sup>89</sup> C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, cit., 800-801.

<sup>90</sup> Per un dettagliato commento di tali norme si rinvia a P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2004, 201 ss.

<sup>91</sup> L'art. 1 del D.L. n. 92/2008 ha modificato gli artt. 235 e 312 c.p., prevedendo l'allontanamento dal territorio dello Stato anche del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea che: sia condannato alla reclusione per un tempo superiore a due anni; sia condannato ad una pena restrittiva della libertà personale per aver commesso un delitto contro la personalità dello Stato.

<sup>92</sup> Per la necessità di accertamenti supplementari circa l'identità e la nazionalità dello straniero, per motivi di salute dello straniero, per indisponibilità di mezzi di trasporto. Il recente D.D.L. approvato dal Consiglio dei Ministri in data 21 maggio 2008, contenente “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, oltre a introdurre la discussa fattispecie penale dell'ingresso illegale nel territorio dello Stato (prevedendosi altresì l'espulsione conseguente a sentenza di condanna), prolunga il periodo di permanenza in un centro di permanenza e assistenza, portandolo sino ad un termine massimo di diciotto mesi. Attualmente il termine è di trenta giorni, prorogabile di ulteriori trenta giorni da parte del giudice (art. 14, comma 5 T.U.). La previsione di tale trattenimento ha suscitato

assistenza. La legge Bossi-Fini ribalta il principio dell'eccezionalità dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, che quindi diviene la regola, salvi i casi previsti dall'art. 13, comma 5<sup>93</sup>, e, di nuovo, il caso in cui non sia possibile eseguire l'espulsione con immediatezza: anche in tal caso il questore dispone il trattenimento in un centro di permanenza temporanea.

Quanto alla tutela giurisdizionale, specie dopo le modifiche del 2002, essa si caratterizza per un rito differenziato (per spazi difensivi, tempistica, cadenze), e per una differenza di riti a seconda dei giudici volta a volta competenti, che ha fatto parlare di un sottosistema punitivo, coerente con gli scopi ideologico-culturali della riforma legislativa, volto a <<declassare il processo a meccanismo procedurale di assicurazione del risultato espulsivo, dove l'esecuzione dell'espulsione precede e sovrasta l'accertamento delle responsabilità e la difesa si riduce a legittimazione ancillare delle attività di un giudice-burocrate>><sup>94</sup>. Ma sul punto si avrà modo di tornare.

E' soprattutto a partire dalla metà degli anni '90 che la Corte costituzionale afferma con sempre maggior frequenza che le disparità di trattamento fra cittadini e stranieri sul terreno dei diritti fondamentali debbono essere ragionevoli, e adotta così un approccio teso a riconoscere agli stranieri importanti garanzie<sup>95</sup>.

Non si dimentichi che tra i diritti fondamentali rientrano i diritti alla tutela giurisdizionale e nei rapporti con la pubblica amministrazione (compreso l'accesso ai pubblici servizi), relativamente ai quali è stabilito che la parità di trattamento è riconosciuta a tutti gli stranieri (regolari e irregolari) <<nei limiti e nei modi previsti dalla legge>><sup>96</sup>.

In tal senso, si è osservato come, al di là di prese di posizione in favore o contro l'immigrazione, e della discussione su diritti e/o interessi fissati dalle norme sostanziali, il diritto processuale, dinanzi a ogni scelta di diritto sostanziale, abbia comunque il dovere di prestare tutela adeguata alle situazioni già riconosciute dal sistema, soprattutto quando un tale impegno lo si è assunto espressamente (art. 2, comma 5, T.U.). Diversamente, ove da un parte si riconoscesse il diritto ma dall'altra non si accordasse a quel diritto sufficiente e/o adeguata tutela, si userebbe il processo in modo deviato, e lo si trasformerebbe da tecnica di attuazione dell'ordinamento a subdolo strumento per cancellare o degradare situazioni di interesse riconosciute invece come degne di tutela dalle norme sostanziali<sup>97</sup>.

---

molteplici perplessità e interrogativi di costituzionalità. Intanto si è riscontrato che queste forme di internamento e restrizione della libertà personale prescindono dalla commissione di un reato: da questo punto di vista c'è da notare che l'eventuale trasformazione in illecito penale dell'immigrazione clandestina finirebbe per dare una maggiore legittimazione a detti centri. Peraltro il trattenimento degli irregolari si è spesso rivelato scarsamente efficiente al fine di garantire l'effettività del sistema delle espulsioni, sicché ha assunto più che altro una funzione simbolica, tranquillizzante per quelle fasce di opinione pubblica nazionale che vede nell'immigrazione esclusivamente un pericolo. Per non parlare delle drammatiche condizioni di vita all'interno di questi centri, condizioni da tempo denunciate da inchieste giornalistiche e dalle associazioni ed ONG impegnate su questi temi. Infine, si è sottolineato come tali centri costituiscano una componente di primo piano di un più ampio processo in atto di "privatizzazione della sicurezza", <<introducendo nello spazio europeo quel modello di gestione privatizzata della detenzione già in uso negli Stati Uniti ed in Inghilterra e confermando quanto la clandestinità possa divenire un buon affare per l'economia, non solo informale>>. Come dimostrano le relazioni annuali della Corte dei conti, infatti, il sistema dei centri risulta economicamente oneroso per la collettività ed assai vantaggioso per i gestori, che, grazie al perdurante stato d'emergenza in materia di immigrazione, vengono scelti dai Prefetti con trattative riservate e con criteri scarsamente trasparenti. Così G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 214, anche in nota.

<sup>93</sup> <<Nei confronti dello straniero che si è trattenuto nel territorio dello Stato quando il permesso di soggiorno è scaduto di validità da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo, l'espulsione contiene l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni. Il questore dispone l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento>>.

<sup>94</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 203.

<sup>95</sup> Non è possibile in questa sede dare conto di tutte le sentenze sul tema della Corte costituzionale. Si pensi all'importante sentenza n. 223/2004, con la quale la Corte ritorna sul reato di ingiustificato trattenimento sul territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento del questore, già oggetto della precedente sentenza n. 5/2004, dichiarando incostituzionale la previsione dell'obbligatorietà dell'arresto per tale reato, meramente contravvenzionale e per di più punito con la detenzione (da sei mesi ad un anno) decisamente inferiore a quella prevista dal codice per l'applicazione di misure coercitive. Altre importanti pronunce saranno comunque più avanti richiamate nell'affrontare più specifici temi di diritto processuale.

<sup>96</sup> Art. 2, comma 5, D.Lgs. n. 286/1998. Si ricordi che già l'art. 13 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici sancisce espressamente il diritto dello straniero di far valere le ragioni che militano contro la propria espulsione di fronte alla <<autorità competente>>, salvo che a ciò ostino <<compelling reasons of national security>>; inoltre, l'art. 1 del settimo protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, aperto alla firma il 22 novembre 1984, e ratificato dall'Italia in base alla legge 9 aprile 1990, n. 94, prevede che lo straniero regolarmente residente in uno Stato, oltre a non poter essere espulso se non in esecuzione di un provvedimento <<adottato ai sensi di legge>>, deve comunque <<poter far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione, far esaminare il suo caso e farsi rappresentare a tali fini davanti all'autorità competente>>, e che tali diritti devono poter essere esercitati *prima* dell'espulsione, salvo che questa sia necessaria <<nell'interesse dell'ordine pubblico>> o motivata da <<ragioni di sicurezza nazionale>>.

<sup>97</sup> M.G. CIVININI-A. PROTO PISANI-G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dei cittadini extracomunitari*, in *Foro it.*, 2000, I, 3346.

Bisogna segnalare innanzi tutto due fondamentali sentenze riguardanti proprio il rapporto fra esecuzione del provvedimento di espulsione e tutela giurisdizionale. Come vedremo, in esse si affermano principi generali che vanno ben oltre quest'ultimo aspetto.

La disciplina dell'accompagnamento coattivo alla frontiera delineata dalla legge Napoletano-Turco non prevedeva alcuna forma di convalida giurisdizionale di tale misura: fu quindi oggetto, nel novembre del 2000, di alcune eccezioni di costituzionalità da parte del Tribunale di Milano.

Con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte dichiara "sottovoce"<sup>98</sup> – trattasi di una pronuncia interpretativa di rigetto – importanti principi. Basti la seguente affermazione generale: «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». La Corte, richiamando la distinzione dottrinale fra provvedimenti coercitivi e provvedimenti meramente obbligatori<sup>99</sup>, ritiene che tanto l'accompagnamento quanto il trattenimento costituiscono limitazioni della libertà personale e quindi debbono essere sottoposti a convalida giurisdizionale, ai sensi dell'art. 13 Cost.<sup>100</sup>

Inoltre essa afferma un ulteriore fondamentale principio, che sarà ripreso nel 2004, sostenendo che la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, comma 3, Cost., implica che il giudice possa realizzare un controllo giurisdizionale pieno e non un riscontro meramente esteriore, con le intuibili conseguenze anche sul piano dell'adeguata motivazione del provvedimento della p.a.<sup>101</sup>

Ed infatti nel 2004 la Consulta ritorna nuovamente sulla questione<sup>102</sup>, imputando al legislatore di non aver colto il messaggio contenuto nella sentenza n. 105/2001, ove si era rimarcato che il controllo del giudice sul trattenimento doveva estendersi anche all'accompagnamento coattivo, dovendo il giudice esaminare i motivi che avevano indotto l'amministrazione precedente a disporre l'accompagnamento. Anche in tale occasione la ponderazione degli interessi in gioco - garanzia della libertà personale e del diritto di difesa e di contraddittorio da una parte e esigenze di presidio delle frontiere e di contenimento dei flussi migratori dall'altra - porta i giudici a valorizzare libertà personale e diritto di difesa, anche superando una eccezione di inammissibilità per presunta irrilevanza della questione.

---

<sup>98</sup> In *Foro it.*, 2001, I, 2701, con nota di R. ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione: la Corte costituzionale afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*, v. anche la nota di V. ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni il compito di proseguire*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, 67 ss.

<sup>99</sup> Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 169 ss., secondo cui l'accompagnamento coattivo rientra fra i provvedimenti di carattere coercitivo, che, a differenza di quelli a carattere meramente obbligatorio, devono considerarsi come misure restrittive della libertà personale. Prima di questa importante pronuncia la Corte costituzionale non aveva mai chiarito definitivamente il confine tra libertà personale e libertà di circolazione, ed anzi in taluni casi si era spinta a negare che la misura dell'accompagnamento coattivo costituisse una limitazione della libertà personale, facendo leva sul carattere «non duraturo» della restrizione (così, Corte cost., 2 febbraio 1972, n. 13, relativamente all'art. 15, comma 2, T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, che prevedeva l'accompagnamento coattivo disposto dall'autorità di pubblica sicurezza in caso di inottemperanza all'ordine di comparire emesso dalla stessa autorità). Tale problema veniva sottolineato dalla più consapevole dottrina, v. M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, cit., 820. Sul tema, in generale, v. anche L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, 367 ss.

<sup>100</sup> In realtà la Consulta si riferiva all'accompagnamento alla frontiera quale logico presupposto del trattenimento e non come misura autonoma. In quest'ultima ipotesi si registrava un vuoto di tutela, che spinse il legislatore, con D.L. n. 51/2002, convertito nella L. n. 106/2002, a delineare una procedura di convalida della misura dell'accompagnamento coattivo alla frontiera. Sulle vicende che hanno portato all'approvazione e conversione in legge del decreto-legge n. 51/2002, v. P. BONETTI, *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, in *Dir. imm. cit.*, 2002, 13 ss.

<sup>101</sup> Così R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 2709, il quale, richiamando il pensiero di V. ANGIOLINI (*Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 165 ss.) ritiene necessaria una forma di «giurisdizionalizzazione» del potere della pubblica amministrazione, obbligando la stessa a pronunciare provvedimenti che possano essere controllati dal giudice, anziché accettare un'«amministrativizzazione» della funzione giudiziaria. Prospetta una diversa soluzione P. SIRACUSANO, *Denuncia, mancata regolarizzazione ed espulsione dell'immigrato: una limitazione in via amministrativa delle libertà fondamentali?*, nota a Cons. St., sez. IV, 14 luglio 2004, n. 5089, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 3550 ss., secondo il quale se la riserva di giurisdizione si intendesse in senso soggettivo, quale che sia la natura dell'attività ulteriore alla legge, giurisdizionale o amministrativa, essa dovrebbe essere esercitata da organi con le garanzie istituzionali previste per quelli giudiziari, che in tal modo potrebbero esercitare poteri amministrativi. Questo tema è collegato al discorso sul carattere giurisdizionale – e non di volontaria giurisdizione – della tutela, ed attiene altresì all'effettività del contraddittorio dinanzi al giudice di pace. V. *infra*.

<sup>102</sup> Corte cost., 15 luglio 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 4. Per un commento v. A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

La sentenza n. 222 ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-*bis*, «nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie del diritto della difesa»<sup>103</sup>. A seguito della sentenza n. 222/2004, il legislatore è nuovamente intervenuto, delineando la nuova procedura di convalida di cui all'art. 13, comma 5-*bis*, T.U., introdotta con il D.L. n. 241/2004 convertito anche sul punto con modificazioni dalla L. n. 271/2004.

A livello europeo, a dispetto della imponente normativa che si viene accumulando su tali materie, e nonostante l'estensione delle competenze operatasi ad Amsterdam interessi anche questioni riguardanti l'immigrazione<sup>104</sup>, la Corte di giustizia ha dato luogo ad una giurisprudenza abbastanza «gracile», e comunque fortemente condizionata da un approccio ai diritti di stampo prevalentemente funzionalista ed economicistico, che declina la loro affermazione e garanzia nel quadro degli scopi fondamentali perseguiti dalle Comunità, a scapito invece della componente più propriamente emancipativa<sup>105</sup>.

E' stata quindi la CEDU ad affermare i principi più rilevanti: se infatti è vero che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non garantisce allo straniero il diritto di non essere espulso, ed anzi gli organi della Convenzione hanno ribadito a più riprese la potestà degli Stati contraenti a decidere riguardo ingresso soggiorno e allontanamento degli stranieri dal proprio territorio, è pur vero che la giurisprudenza di Strasburgo ha riconosciuto una serie di diritti agli individui sottoposti ad espulsione, enucleando una serie di limiti al potere statale di allontanamento, riconducibili agli obblighi che la Convenzione pone, segnatamente nelle ipotesi di: tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3), libertà personale (art. 5), diritto ad un equo processo (art. 6), rispetto della vita privata e familiare (art. 8), ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale (art. 13). Si pensi ai reiterati richiami al principio di proporzionalità per la legittimità del provvedimento espulsivo, o, per quel che qui più interessa, all'attenzione verso questioni quali i termini per la presentazione dei ricorsi e la loro efficacia sospensiva, le varie procedure accelerate previste a livello nazionale per l'esame delle richieste d'asilo, ma anche alle condizioni e alle modalità delle restrizioni della libertà personale.

Quel che più interessa, al di là del merito delle singole questioni, è che a livello comunitario si stia dando vita complessivamente ad una giurisprudenza aperta a diversi esiti, i quali a loro volta vanno contestualizzati in un quadro di tutela multilivello dei diritti, caratterizzato da una presenza dialogica non solo di testi, ma anche di giudici e di interpreti. Sicché in ambito CEDU, il progressivo avvicinamento delle discipline in materia di immigrazione, dovuto ai processi di comunitarizzazione della materia, permette alle Corti di ridurre i margini di apprezzamento riconosciuti allo Stato interessato. Il formarsi di un sempre più spiccato «consenso europeo» attorno ad una serie di nodi chiave delle politiche migratorie consente quindi alla CEDU di intervenire più incisivamente nel limitare le autonomie nazionali partendo da una nozione di società democratica quale sintesi aperta e in costante divenire degli apporti provenienti dalle varie esperienze nazionali in tema di diritti<sup>106</sup>.

A questo punto possiamo scendere a considerare taluni profili di criticità nel modello della tutela giurisdizionale dello straniero. Trattasi come si è detto di una tutela differenziata, complicata e per molti versi tuttora fortemente deficitaria e in potenziale contrasto con la Carta costituzionale.

In questo senso appare particolarmente calzante la riflessione di chi<sup>107</sup> ha ritenuto che nelle società multiculturali possa tornare a valere la tesi di una stretta consonanza tra diversificata disciplina sostanziale e

---

<sup>103</sup> Muovendo dall'affermazione che i provvedimenti di accompagnamento coattivo alla frontiera costituiscono (così come il trattenimento) limitazioni della libertà personale (e non semplicemente della libertà di circolazione), soggette alla riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., la Corte esclude che la convalida possa essere soltanto «cartolare», priva di contraddittorio: è necessaria dunque l'audizione dell'interessato, assistito da un legale, nominato eventualmente d'ufficio, che al più tardi in udienza, attraverso il contatto con il suo assistito, possa acquisire ogni elemento utile alla difesa (cfr. Corte cost., ord. n. 385/2001, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 146). Rappresentando la tutela giurisdizionale rispetto a un provvedimento provvisoriamente restrittivo della libertà personale, la convalida non può essere priva di effetti concreti sull'atto sottoposto a controllo con esito negativo, come accadeva con la normativa dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 222/2004.

<sup>104</sup> La Corte di Giustizia è, infatti, competente in via pregiudiziale per le materie ricomprese nel titolo IV TCE, tra cui appunto asilo, immigrazione e libera circolazione delle persone.

<sup>105</sup> Per tale considerazione, e per un esame della giurisprudenza comunitaria in materia, v. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 234 ss.

<sup>106</sup> G. BASCHERINI, *op. ult. cit.*, 247, 257.

<sup>107</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 77 ss., spec. 81, il quale ritiene oggi non del tutto convincente la tesi proposta negli anni '70 (soprattutto da Proto Pisani) che vede nei riti differenziati la traduzione processuale di statuti giuridici sostanziali differenziati (dell'operaio, dell'agricoltore, dell'imprenditore, dello studente), anche se non esclude che tale interpretazione potrebbe rivelarsi una delle chiavi di lettura del domani prossimo venturo (con espresso riferimento proprio alle minoranze etico-culturali nell'epoca della globalizzazione: e, in questo senso, non si può nascondere che effettivamente la lettura sostanzialista appare particolarmente centrata, anche se non più in chiave di trattamento di favore della singola categoria, tutt'altro!). In questo senso appare particolarmente conferente la proposta di

forme di tutela, pur in una condivisibile prospettiva (tutta processualistica) di superamento, che abbia come base unificante l'idea di giusto processo.

6. Di seguito si esamineranno taluni punti di criticità della tutela giurisdizionale del migrante, a nostro avviso particolarmente emblematici.

Ci si riferisce a: la disciplina del respingimento; il sistema di riparto della giurisdizione in materia di espulsione e il problema dell'effettività della tutela nel rapporto fra giudizio ordinario e giudizio amministrativo; contraddittorio ed effettività della tutela nel giudizio dinanzi al giudice di pace (in particolare: legittimità della devoluzione di tali questioni al giudice onorario; termini per ricorrere, tutela cautelare, contraddittorio, procedura).

Non ci occuperemo invece dei numerosi aspetti critici riguardanti il processo penale dell'immigrato. Si tratta di questioni di pari rilievo, anch'esse caratterizzate da una potenziale violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e del contraddittorio: si pensi ai reati di cui agli artt. 13, commi 12 e 13-*bis* e 14, commi 5-*ter* e 5-*quater* del D.Lgs. n. 286/1998, per i quali si procede con rito direttissimo, del quale si è evidenziata la "atipicità" rispetto al modello codicistico, la secca ed assoluta obbligatorietà del rito, l'estrema ristrettezza propria dei tempi di svolgimento dello stesso, che producono indubbiamente limitazioni delle garanzie dell'imputato e, segnatamente, del diritto di difesa<sup>108</sup>.

6.1. Si è osservato che il rafforzamento delle garanzie del diritto dello straniero "a stare" sul territorio si realizza su una pluralità di piani: disposizioni contenute in fonti primarie e secondarie che riducono – o addirittura eliminano – la discrezionalità dell'amministrazione<sup>109</sup>; garanzie procedurali; garanzie giurisdizionali. Considerati questi tre aspetti, il respingimento alla frontiera si configura come il meno garantito tra gli istituti previsti dalla polizia degli stranieri<sup>110</sup>.

Nella vigente legislazione i respingimenti (art. 10 T.U. n. 286/1998) sono provvedimenti immediatamente eseguibili in base a due distinte ipotesi:

a) il respingimento disposto dalla polizia di frontiera nei confronti degli stranieri che si presentino ai valichi di frontiera senza avere i requisiti necessari per l'ingresso nel territorio dello Stato;

b) il respingimento disposto dal Questore con accompagnamento alla frontiera nei confronti degli stranieri che: entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o *subito dopo*; ovvero di coloro che, pur essendo stati fermati dopo essere entrati illegalmente nel territorio dello Stato, abbiano dovuto essere accolti al momento del loro ingresso illegale per <<necessità di pubblico soccorso>>.

E' interessante considerare soprattutto la seconda fattispecie. Qui non si ha propriamente a che fare con un respingimento alla frontiera, bensì con un respingimento adottato a discrezione del Questore nei confronti di uno straniero che già si trova nel territorio dello Stato.

La formula impiegata dal legislatore appare estremamente vaga (<<che siano fermati all'ingresso o subito dopo>>), sicché l'autorità di pubblica sicurezza dispone di una ampia (*rectius*: eccessiva) discrezionalità, poiché non sono indicati i criteri per l'individuazione del <<subito dopo>>, sicché, specie nelle località di confine, si possono adottare respingimenti così differiti da equivalere in sostanza ad un'espulsione. Non solo. In tal modo si finisce per consentire indirettamente all'amministrazione di "scegliersi" il suo giudice: ed infatti il TAR è competente in materia di ricorsi contro i respingimenti, il giudice di pace è competente in materia di ricorsi contro i provvedimenti amministrativi di espulsione<sup>111</sup>.

---

cambiare prospettiva, privilegiando una diversa ottica di stampo "processuale", dove a prevalere più che il "quando" della differenziazione (legata non più tanto allo statuto sostanziale della persona ma a generiche esigenze di accelerazione e deflazione del contenzioso) è il "come", con ampi margini circa la scelta dei modi, pur nel rispetto del principio costituzionale del giusto processo.

<sup>108</sup> Si rinvia a L. PARLATO, *Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un "giusto processo minore"?*, in *Cass. pen.*, 2004, 346 ss.

<sup>109</sup> Secondo Corte cost., 16 maggio 2008, n. 148, cit., il c.d. automatismo espulsivo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa>>. La Consulta, sulla base di tale motivazione, ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 4, comma 3, e dell'art. 5, comma 5, del D. Lgs. n. 286/1998, nella parte in cui impedisce allo straniero che risulti condannato per una serie di reati, anche a seguito di patteggiamento della pena, di ottenere il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, senza che residui alcuno spazio all'autorità amministrativa per la valutazione della pericolosità sociale dello straniero la quale è presunta *ex lege*, avendo il provvedimento carattere vincolato. Come vedremo, però, non tutta la disciplina su respingimenti ed espulsioni può dirsi a carattere vincolato, sicché appaiono minate alla base le deduzioni del Giudice delle leggi.

<sup>110</sup> G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 891, 893.

<sup>111</sup> P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., 280.

Dal punto di vista della conformità costituzionale della disciplina *de qua*, si è giustamente sottolineato come essa per più aspetti non pare rispettare l'art. 13, comma 4, Cost. ed i requisiti da esso imposti per i provvedimenti limitativi della libertà personale adottabili dall'autorità di pubblica sicurezza: eccezionalità, tassatività, necessità e urgenza, riserva assoluta di legge e riserva di giurisdizione<sup>112</sup>.

Manca l'eccezionalità perché il respingimento è disposto in casi nei quali il potere di adottare il provvedimento è conferito in via ordinaria all'autorità amministrativa e non al giudice. Sul requisito della tassatività si è appena detto trattando dei presupposti che legittimano l'adozione del respingimento disposto dal Questore. I requisiti della necessità e dell'urgenza, se possono essere presenti nel caso di respingimento disposto nei confronti dello straniero fermato subito dopo l'ingresso illegale nel territorio italiano, non paiono configurabili nei confronti dello straniero ammesso nel territorio italiano per necessità di pubblico soccorso, poiché il soccorso da prestare conferma che non si trova nelle condizioni fisiche tipiche della persona capace di sottrarsi all'esecuzione di provvedimenti di allontanamento dal territorio dello Stato. Infine a mancare del tutto è la fondamentale garanzia della riserva di giurisdizione. Richiamando al caso di specie le considerazioni<sup>113</sup> della dottrina e della giurisprudenza costituzionale sulla portata della libertà personale garantita dall'art. 13 Cost. e sui rapporti fra essa e libertà di circolazione e soggiorno, e tenuta ferma la distinzione fra provvedimenti coercitivi e provvedimenti meramente obbligatori, è certo che fra i provvedimenti coercitivi debbano farsi rientrare quanto meno tutti quei casi in cui lo straniero respinto non resti nell'area del valico di frontiera, né lasci il territorio italiano, ma venga coattivamente condotto nel territorio dello Stato per essere trattenuto nel centro di permanenza temporanea e assistenza e/o sia rintracciato e respinto quando già si trova sul territorio dello Stato.

Il legislatore non prevede però alcun tipo di controllo obbligatorio da parte dell'autorità giudiziaria prima o dopo l'adozione del respingimento, e la Corte costituzionale non è intervenuta sul punto. Inoltre si rileva come nei casi di trattenimento dello straniero respinto, a differenza di ciò che è previsto nel caso dello straniero espulso e trattenuto, il giudice della convalida teoricamente non possa esaminare la sussistenza dei requisiti del provvedimento di respingimento (l'art. 14, comma 4, T.U. non richiama infatti i provvedimenti di respingimento previsti dall'art. 10 T.U.)<sup>114</sup>.

Si è quindi messa in luce l'irrazionalità di una disciplina che lascia incerto e labile il confine fra respingimento previsto dall'art. 10, comma 2, lett. *a* T.U. ed espulsione di cui all'art. 13, comma 2, lett. *a*, da disporsi ad opera del Prefetto nei confronti dello straniero che sia entrato nel territorio sottraendosi ai controlli di frontiera e non sia stato fermato ai sensi del predetto art. 10: nonostante si tratti di un discrimine di incerta valutazione, e comunque meramente *quantitativo*<sup>115</sup>, ben diversa sarebbe la natura giuridica dei provvedimenti e la conseguente possibilità di tutela giurisdizionale. Mentre l'espulsione è un provvedimento tipico, impugnabile nei termini e modi di legge, nel caso del respingimento saremmo di fronte ad una mera attività materiale di polizia<sup>116</sup>, per la quale si prevede la sola registrazione successiva (art. 10, comma 6), con evidenti conseguenze circa lo svuotamento di effettività della tutela giurisdizionale.

In effetti in origine il legislatore del 1998 intendeva configurare il respingimento quale <<atto materiale di polizia>><sup>117</sup>. Il problema va oggi però ridimensionato<sup>118</sup>, poiché l'art. 3, comma 3, del regolamento D.P.R. n. 394/1999 ha reintrodotto alcune garanzie formali circa il provvedimento di respingimento: esso deve essere idoneamente comunicato allo straniero, in una lingua a lui comprensibile (o, se ciò non è possibile, in una delle lingue inglese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'interessato), deve essere scritto e motivato e contenere le modalità di impugnazione. Il respingimento è quindi un vero e proprio provvedimento amministrativo e non una mera operazione materiale esecutiva. Peraltro, in ogni caso v'è da notare come con l'entrata in vigore della legge n. 15 del 2005 non dovrebbe più potersi dubitare della piena estensione della garanzia del procedimento anche alle esecuzioni amministrative<sup>119</sup>.

Ciò nondimeno resta il fatto che il provvedimento di respingimento è immediatamente esecutivo ed è eseguito da parte delle forze di polizia. L'esecuzione di tale provvedimento però, a differenza del provvedimento di espulsione, non produce altri effetti, nel senso che non comporta per lo straniero respinto alcun divieto di rientro nel territorio italiano. Si è così notato che nella maggioranza dei casi, stante

<sup>112</sup> V. ancora P. BONETTI, *op. ult. cit.*, 287.

<sup>113</sup> V. *supra* § 5.

<sup>114</sup> P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., 287.

<sup>115</sup> M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, cit., 823.

<sup>116</sup> In tal senso M. CUNIBERTI, *op. ult. cit.*, 822; G. SIRIANNI, *op. ult. cit.*, 893; G. BASCHERINI, *Immigrazione*, in *Enc. giur.*, XV, App., Roma, 2000, 7.

<sup>117</sup> P. BONETTI, *op. ult. cit.*, 288.

<sup>118</sup> P. BONETTI, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>119</sup> Così M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 842.

l'esecuzione immediata del provvedimento, il ricorso al giudice amministrativo dovrà ritenersi inammissibile per carenza di interesse, salvo forse le ipotesi in cui lo straniero voglia far valere l'illegittimità del provvedimento di respingimento fondandola sulla violazione del divieto di respingimento verso Paesi in cui vi sia il pericolo di subire persecuzioni previsto dall'art. 19 T.U.<sup>120</sup>

Dunque un altro profilo di ineffettività della tutela, una volta escluso l'obbligatorio controllo del giudice in sede di convalida.

Il tema si intreccia con la più generale questione delle garanzie di effettività della tutela di un sistema in cui – in generale – la proposizione del ricorso non ha effetti sospensivi, a fronte dell'immediata esecutività del provvedimento impugnato. Per cui sul punto bisognerà ritornare.

Qui piuttosto, e in conclusione, bisogna sottolineare l'ipotesi di una persistenza dell'interesse a ricorrere sganciata dalla tutela reintegratoria<sup>121</sup>, e collegata invece alla diversa possibilità di una tutela risarcitoria (consistente almeno nelle spese di viaggio e, per gli stranieri che erano già regolarmente soggiornanti, nell'ingiusta interruzione della propria occupazione lavorativa o di studio e della propria vita familiare). Ma anche qui il discorso ha implicazioni di ordine più generale e comporta una seria riflessione di analisi economica del diritto volta a verificare i costi che implica l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale, anche quando esso non sia giuridicamente censurabile: se ne vedrebbe probabilmente la grande inefficienza sul piano dei costi/benefici, ed un aumento delle diseconomie interne inversamente proporzionale ai controlli di qualità ed alle garanzie giuridiche offerte ai destinatari di detti provvedimenti<sup>122</sup>.

6.2. Nel previgente sistema di cui alla L. n. 39/1990 (legge Martelli) la giurisdizione in materia di espulsione prefettizia, assieme al contenzioso relativo al diniego e alla revoca del permesso di soggiorno, era attribuita al giudice amministrativo. L'art. 11, comma 8, della L. n. 40/1998, trasfuso nell'art. 13 D. Lgs. n. 286/1998, ne ha prevista la devoluzione all'autorità giudiziaria ordinaria.

La giurisdizione risulta così attualmente suddivisa:

a) giudice amministrativo, per quanto attiene al contenzioso relativo ai provvedimenti questorili concernenti il permesso di soggiorno (con attribuzione in primo grado al TAR competente per il territorio ove ha sede la Questura che ha emanato l'atto impugnato) ed al contenzioso relativo ai decreti ministeriali di espulsione (con attribuzione al TAR del Lazio). Sempre il TAR ha competenza in materia di espulsione degli stranieri per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3 L. n. 155/2005);

b) giudice ordinario (giudice di pace del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione in base al D.L. n. 241/2004, convertito nella L. n. 271/2004) per quanto attiene ai decreti prefettizi di espulsione.

Si è osservato<sup>123</sup> come la scelta del legislatore del 1998, più che basarsi sulla situazione soggettiva tutelabile, sia stata dettata dall'esigenza eminentemente pratica di vedere definita nel più breve tempo possibile la situazione della permanenza irregolare dello straniero nel territorio italiano, poiché solo il giudice ordinario ha una struttura e una organizzazione diffuse sul territorio tali da consentirgli di operare nel breve tempo previsto dalla legge n. 40/1998. Peraltro nella Relazione del Governo si è sostenuta la sistematicità della scelta, in quanto in altre occasioni il tradizionale criterio di riparto è venuto meno, come nelle ipotesi di opposizione a sanzioni amministrative. Premesso che il fatto che si giustifichi una scelta legislativa facendo riferimento ad un'altra non appare decisivo<sup>124</sup>, oggi è venuta meno anche la giustificazione dei rapidi tempi di decisione, poiché i termini sono passati da quindici (cinque per la proposizione del ricorso più dieci per la decisione) ad ottanta (art. 13, comma 8 T.U.: sessanta per la proposizione più venti per la decisione).

Ma, a parte queste considerazioni, l'attuale sistema di riparto va incontro a rilievi di carattere teorico, oltre che pratico.

Evidentemente la scelta del legislatore sembra configurare in capo allo straniero posizioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi, ma se questo è vero si è rilevato come il quadro complessivo non appaia

---

<sup>120</sup> P. BONETTI, *op. ult. cit.*, 292; G. SIRIANNI, *op. ult. cit.*, 913.

<sup>121</sup> Sul fatto che una volta ammesso il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi l'interesse alla decisione possa essere costituito anche solo dall'interesse all'accertamento della illegittimità del provvedimento ai fini di un risarcimento del danno, v. per tutti A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 204.

<sup>122</sup> Un cenno in tal senso è in P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Espulsione e danno: la normativa italiana sull'allontanamento dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 31 ss. spec. 45-46.

<sup>123</sup> G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, cit., 898; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 328.

<sup>124</sup> F. FIGORILLI, *op. e loc. ult. cit.*

omogeneo, poiché nell'ipotesi di espulsione disposta per motivi ordine pubblico o di sicurezza dello Stato il ricorso va proposto avanti al TAR<sup>125</sup>.

Invero in giurisprudenza si è evidenziato che il verificarsi di una delle fattispecie previste dall'art. 13, comma 2, T.U. n. 286/1998 comporta l'automatica emanazione del provvedimento di espulsione, senza la necessità di indagini finalizzate ad individuare la sussistenza di ragioni di ordine pubblico tali da giustificare l'adozione in quanto, tipizzate le situazioni che impongono l'emissione del decreto, sarebbe precluso l'esercizio di un potere discrezionale<sup>126</sup>. E' stata altresì sottolineata la differenza con le valutazioni relative all'ordine pubblico, all'integrazione sociale e alle possibilità di lavoro, che attengono al procedimento di concessione o di rinnovo del permesso stesso<sup>127</sup>.

Anche tale giustificazione presta il fianco ad alcuni rilievi.

In primo luogo, anche se il provvedimento amministrativo di espulsione è configurato dalla legge come obbligatorio, esso non può considerarsi davvero scontato ogni volta che si verificano i presupposti previsti dalla legge. Si è osservato<sup>128</sup>, infatti, che di fronte ad uno straniero sprovvisto di un valido titolo di soggiorno il Prefetto ha comunque un margine di discrezionalità circa l'emanazione del provvedimento amministrativo di espulsione, margine che varia a seconda della più o meno lunga permanenza regolare dello straniero in Italia. Si pensi altresì alla <<forza maggiore>> richiesta dall'art. 13, comma 2, lett. b T.U., come possibile causa giustificativa del ritardo nella richiesta del permesso di soggiorno. Infine, si è rilevato che le norme legislative e regolamentari consentono numerosi casi di conversione del permesso di soggiorno, con i quali si intende prevenire il verificarsi di uno dei presupposti del provvedimento amministrativo di espulsione, cioè la revoca o il mancato rinnovo del permesso di soggiorno, e prevedono anche diversi casi di regolarizzazione.

Altri<sup>129</sup> hanno distinto le ipotesi *sub a* e *b* dell'art. 13, comma 2 (ingresso nel territorio dello Stato con sottrazione ai controlli di frontiera e trattenimento nel territorio dello Stato senza permesso di soggiorno o quando questo è stato revocato o annullato) dai casi di cui al punto *c* (appartenenza a categorie di persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità ovvero indiziate di appartenere ad associazioni di stampo mafioso o camorristico). In quest'ultima ipotesi l'attività amministrativa sarebbe vincolata nell'adozione dell'atto, mentre, nell'accertamento dei relativi presupposti, in quanto connotata dall'utilizzo di peculiari cognizioni di tecnica investigativa e poliziesca, può richiedere l'utilizzo di discrezionalità tecnica.

Non ci soffermiamo su quest'ultimo aspetto, che, come è noto, costituisce tuttora un vero e proprio capo delle tempeste in dottrina e in giurisprudenza. Né è il caso di servirsi di un ulteriore argomento, anch'esso particolarmente controverso: quello secondo cui – in generale – il carattere vincolato dell'espulsione prefettizia non costituirebbe condizione di per sé sufficiente a dimostrare la posizione di diritto soggettivo anziché di un interesse legittimo in capo al destinatario del decreto espulsivo, poiché bisogna verificare se la norma attributrice della potestà sia collegabile alla cura diretta ed immediata di un interesse della collettività<sup>130</sup>.

A completare il quadro dei rilievi critici si richiama l'applicabilità al procedimento di espulsione delle norme contenute nella legge n. 241 del 1990, e soprattutto la contraddittorietà di una scelta legislativa che devolve – a costituzione invariata – le medesime controversie prima al giudice amministrativo e poi al giudice ordinario: stante il criterio di riparto imposto dalle norme costituzionali uno dei due sistemi dovrebbe essere ritenuto non conforme a tali norme<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 137. In ogni caso, pur ammettendo che si tratti di diritti soggettivi, si stenta a comprendere quella giurisprudenza che, in contrasto con un pacifico orientamento che ammette il ricorso straordinario al Capo dello Stato a prescindere dalla natura della situazione giuridica da tutelare, partendo dal presupposto che le controversie sul decreto di espulsione rientrano nella cognizione del giudice ordinario, ritiene inammissibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso tale decreto. Ci si riferisce a Cons. St., sez. I, 6 giugno 2007, n. 2021/2007, in *Giur. amm.*, 2008, I, 206. Devo questa segnalazione a Fabio Saitta.

<sup>126</sup> Cass. civ., sez. I, 9 aprile 2002, n. 5051, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 614.

<sup>127</sup> Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2001, n. 15414, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 2100.

<sup>128</sup> P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., 439.

<sup>129</sup> R. CAPONIGRO, *La tutela giurisdizionale dello straniero avverso l'espulsione amministrativa prefettizia*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 3563 ss.

<sup>130</sup> Argomento, che richiama l'impostazione maggioritaria della giurisprudenza amministrativa, fatto acriticamente proprio dall'Autore citato alla nota precedente, il quale non tiene affatto in conto le autorevoli obiezioni di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988,

<sup>131</sup> R. CAPONIGRO, *op. ult. cit.* Anche secondo G. SIRIANNI, *op. cit.*, 902-903, si tratterebbe di una motivazione che prova troppo: anche nel regime della precedente legislazione il potere di espellere era, infatti, subordinato all'accertamento di presupposti fissati dalla legge, senza margini di discrezionalità, senza che però si fosse mai dubitato della competenza del giudice amministrativo. Inoltre, secondo tale Autore, non si dovrebbe confondere fra il bene della vita costituito dalla possibilità dello straniero di soggiornare, e beni della vita ulteriori e conseguenti, compendati nella formula <<diritti in materia civile>> che l'art. 2, comma 2,

Sicché le alternative, comunque non prive di difficoltà di ordine sistematico, sembrerebbero essenzialmente due: o si ritorna alla giurisdizione amministrativa, introducendo tuttavia, secondo il modello francese, speciali norme di procedura<sup>132</sup>, ovvero si estende la giurisdizione civile su tutti i provvedimenti relativi all'ingresso e al soggiorno degli stranieri, magari argomentando attraverso il riconoscimento della natura di diritto soggettivo al titolo di soggiorno stabile, proseguendo nella strada già intrapresa in materia di diritto all'unità familiare e di asilo politico<sup>133</sup>.

Tuttavia si è consapevoli del carattere ibrido e controvertibile di quest'ultima soluzione, a fronte di posizioni soggettive che sono, e restano, di interesse legittimo<sup>134</sup>. In tal senso si è anche sostenuto che, a fronte della difficoltà di dimostrare che la riforma del 1998 abbia determinato il mutamento dalla posizione soggettiva dello straniero, si debba giungere ad ammettere un nuovo caso di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, di dubbia compatibilità col dettato costituzionale<sup>135</sup>.

Di più. Un sostegno al recupero della giurisdizione del giudice amministrativo, configurata questa volta come giurisdizione esclusiva, potrebbe venire dalle recenti tendenze legislative, che hanno ricevuto l'autorevole avallo della Corte costituzionale, a concentrare dinanzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche per la tutela di diritti fondamentali <<e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost. di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa>><sup>136</sup>.

Tale giurisprudenza dà una risposta, forse sbagliata in quanto non pienamente conforme all'art. 103 Cost.<sup>137</sup>, ad un problema reale, e consente forse di impiegare una aggiornata chiave di lettura della problematica, atta forse a superare l'ardua questione del riparto *in subiecta materia*.

Ed infatti, dall'analisi della recente giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale in tema di *translatio iudicii*<sup>138</sup> è possibile trarre un filo conduttore comune: esse sono giunte alla medesima conclusione, seppure per strade diverse, traendo le loro argomentazioni dal principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. e da una precisa concezione di questo. Sicché non è più tanto la scelta della pluralità dei giudici ad essere contrastata, quanto l'idea che questa implichi incomunicabilità e separazione, risolvendosi in un'inaccettabile diminuzione della tutela. I principi di effettività e certezza della tutela giurisdizionale impongono una lettura del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo non in termini di separazione, ma in termini di specialità tra giudici appartenenti allo stesso ordine<sup>139</sup>.

Si tratta di un aspetto da mettere in debita evidenza, poiché costituisce una preziosa chiave di lettura della questione, indicando a quali condizioni possa considerarsi costituzionalmente giustificato il mantenimento dell'attuale sistema di riparto. Come si dirà, il problema è venuto alla luce qualche anno fa proprio con riferimento al singolare assetto sopra descritto, quando si è trattato di configurare il rapporto fra giudizio avverso il diniego, l'annullamento o la revoca del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione.

---

T.U. del 1998 riconosce allo straniero, in condizione di eguaglianza rispetto al cittadino italiano, solo in quanto regolarmente soggiornante.

<sup>132</sup> G. SIRIANNI, *op. ult. cit.*, 913. Sui differenti regimi di tutela previsti dall'ordinamento francese relativamente al respingimento e all'espulsione v. F.J. LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, Paris, 2000, 161 ss. 1 182 ss.

<sup>133</sup> Cfr. N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 27 ss., spec. 39. In tal senso anche Magistratura democratica. Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, *Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*, in *Foro it.*, V, 2006, 293.

<sup>134</sup> In tal senso G. SIRIANNI, *op. cit.*, 913; R. CAPONIGRO, *op. cit.*; A. CACCIARI, *La tutela giurisdizionale nelle vicende del cittadino extracomunitario*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 3913.

<sup>135</sup> F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, cit., 326; G. SIRIANNI, *op. cit.*, 904.

<sup>136</sup> Ci si riferisce all'art. 1, comma 552, L. n. 311/2004, nella parte in cui assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le vertenze proposte nei confronti dei provvedimenti concernenti impianti di generazione di energia elettrica, senza fare eccezione per la tutela di diritti fondamentali. Più di recente una simile scelta è stata fatta in materia di gestione dei rifiuti dall'art. 4 del D.L. 23 maggio 2008, n. 90. La sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'infondatezza della questione è: Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, I, 2007, con nota critica di G. VERDE, *E' ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.?*

<sup>137</sup> G. VERDE, *op. ult. cit.* A favore della riserva al giudice ordinario della tutela di <<situazioni soggettive dotate di particolare rilievo costituzionale>>, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 141 ss.

<sup>138</sup> Si tratta delle note sentenze n. 4109/2007 della Corte di Cassazione e n. 77/2007 della Corte costituzionale, che hanno ricevuto numerosi commenti. V. ad es. R. ORIANI, *E' possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 796.

<sup>139</sup> A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1112-1113.

Un caso emblematico, e tuttora particolarmente controverso, che sta a dimostrare, a nostro avviso, la correttezza di quelle tesi che prospettano il superamento del modello introdotto dalla legge del 1865, in favore di una tutela tendenzialmente piena affidata alla competenza del giudice ordinario<sup>140</sup>.

6.3. Ed infatti la duplicità delle sedi di tutela si scontra con la stretta, “genetica”, correlazione fra i due atti con cui lo Stato esprime il proprio diniego circa la presenza (o permanenza) dello straniero sul territorio: atto presupposto del Questore di rifiuto, di diniego di rinnovo o di revoca del permesso di soggiorno, ovvero di diniego di regolarizzazione o di legalizzazione, e decreto di espulsione del Prefetto (*ex art. 13, comma 2, lett. b T.U.*), salvo che lo straniero sia inespellibile ai sensi dell’art. 19 del T.U.

Si è posto, e si pone, il problema se il giudice ordinario, adito con il ricorso avverso il decreto di espulsione dello straniero emesso dal prefetto, abbia o meno la possibilità di sindacare incidentalmente, e quindi di disapplicare, l’atto amministrativo presupposto. Ovvero se sia almeno possibile l’impiego dell’istituto della sospensione del giudizio civile, in attesa dell’esito di quello amministrativo, *ex art. 295 c.p.c.*<sup>141</sup>

Un restrittivo orientamento della Cassazione sviluppatosi soprattutto nel corso dell’ultimo quinquennio ritiene <<non consentito al giudice dell’opposizione all’espulsione sindacare *incidenter tantum* la legittimità di un atto assunto a premessa della stessa espulsione>><sup>142</sup>.

In genere la giurisprudenza fa leva sui seguenti passaggi argomentativi:

a) il giudizio relativo al permesso di soggiorno riguarda interessi legittimi, in quanto il provvedimento impugnato esprime esercizio di discrezionalità amministrativa; il giudizio avverso l’espulsione sottende invece diritti soggettivi, in quanto è in gioco non solo la libertà di circolazione ma anche la libertà personale;

b) inoltre, come si è detto, l’espulsione rappresenta un’attività vincolata della p.a., esercitabile nei casi tassativamente previsti dalla legge;

c) sicché i due giudizi riguarderebbero piani giuridici distinti e il giudicato amministrativo comporterebbe solo effetti materiali sull’espulsione ma non ne costituirebbe l’antecedente logico-giuridico. L’atto di espulsione produce effetti che durano nel tempo, e su tali effetti soltanto avrà efficacia la decisione dei giudici amministrativi in ordine al permesso, consentendo all’espulso, in caso di esito positivo del suo ricorso, di domandare nuovamente il permesso stesso e chiedere la revoca dell’espulsione e comunque rientrare in Italia prima del termine finale di divieto posto dalla legge;

d) dunque il giudice ordinario deve limitarsi ad attestare l’esistenza della revoca (o comunque del diniego o dell’annullamento del titolo di soggiorno), posto che questa, in via immediata, e quand’anche penda ricorso innanzi al giudice amministrativo sulla sua legittimità, ha fatto venir meno il diritto dello straniero a trattarsi in Italia. Il giudice ordinario non potrebbe quindi sindacare né disapplicare l’atto presupposto, sottoposto alla cognizione del TAR, ed ignorare i limiti del proprio sindacato, attestati sulla presenza di una condizione legittima ed efficace di inesistenza in capo allo straniero di alcun titolo di soggiorno;

e) da qui l’esclusione di qualsiasi rapporto di pregiudizialità del processo amministrativo rispetto a quello pendente innanzi al giudice ordinario e avente ad oggetto la verifica della legittimità dell’espulsione; da qui anche la non configurabilità della sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*

Tale indirizzo giurisprudenziale ha fatto parlare di <<giudice notaio>>, e di una giurisprudenza che trascura la portata della storica sentenza della Corte costituzionale n. 105/2001, la quale ha invece affermato che il controllo giurisdizionale sull’espulsione e sul trattenimento deve essere <<pieno, e non un riscontro meramente esteriore>>, in quanto afferisce a misure incidenti sulla libertà personale dello straniero<sup>143</sup>. Sicché le uniche possibilità in mano al giudice ordinario per accertare se sussistano *concretamente*, e non astrattamente, i presupposti giustificanti la limitazione della libertà personale dello straniero sono: o

<sup>140</sup> Al già citato lavoro di F. FIGORILLI può aggiungersi S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, V, Milano, 2003, 4867 ss.

<sup>141</sup> Sul punto v. N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all’espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, cit.; Id., *Il diritto di difesa dello straniero nel rapporto tra giudizio amministrativo e giudizio ordinario. Commento alle recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, 71 ss.; L. GILI, *Ancora sul diritto di difesa dello straniero, nel rapporto tra il giudizio ordinario e quello amministrativo*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, 28 ss.; P.L. DI BARI, *Doppia tutela giurisdizionale in materia di soggiorno ed espulsione dello straniero ovvero la strada tortuosa per raggiungere un giudice a Berlino*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 101 ss.

<sup>142</sup> Cass., Sez. un., n. 22217 e 22221 del 2006 in *Dir. e giust.*, 2006, f. 41, 21 ss., con nota di F.A. GENOVESE, *Quegli atti a fondamento dell’espulsione. Se l’operato del questore non si discute*, Cass., 17 dicembre 2004, n. 23577, in *Giust. civ. mass.*, 2005, f. 1; Cass., 11 febbraio 2005, n. 2868, in *Giust. civ. mass.*, 2005, f. 2.

<sup>143</sup> N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all’espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, cit., 33.

sospendere il giudizio, *ex art. 295 c.p.c.*, nell'attesa che si formi il giudicato sull'atto presupposto, o disapplicare detto atto nella misura in cui sia considerato illegittimo.

Invero a ben guardare la giurisprudenza non appare così granitica. Infatti nel 2005 le Sezioni Unite, investite di un ricorso con cui la prefettura lamentava che il giudice ordinario - chiamato a decidere della legittimità del decreto di espulsione, avendo conosciuto, attraverso il sindacato sull'archiviazione dell'istanza di regolarizzazione, del provvedimento con il quale si era concluso il procedimento di rilascio del permesso di soggiorno - avesse superato i limiti della propria giurisdizione invadendo la sfera riservata al giudice amministrativo, hanno così statuito: <<ben può il giudice adito, chiamato a pronunciarsi su un ricorso proposto avverso un atto amministrativo che investa diritti soggettivi, sindacare in via incidentale l'atto che costituisca presupposto dell'atto impugnato, senza che ciò comporti il superamento dei limiti della sua giurisdizione>><sup>144</sup>. Più di recente tale tendenza estensiva viene ripresa da alcuni giudici di pace, che valutano la legittimità del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, costituente l'atto presupposto all'emissione del provvedimento di espulsione sottoposto alla loro diretta cognizione, e lo disapplicano valendosi della potestà di cui all'art. 5 L. n. 2248/1865 all. E.<sup>145</sup>

Anche con riferimento alla configurabilità della sospensione *ex art. 295 c.p.c.* l'orientamento non è uniforme. Vi sono infatti pronunce secondo cui lo straniero, nei cui confronti siano stati emanati, anche contestualmente, il provvedimento di espulsione e quello di diniego del permesso di soggiorno, può impugnare entrambi dinanzi ai giudici rispettivamente competenti e chiedere al tribunale ordinario la sospensione necessaria del procedimento fino alla definizione di quello instaurato dinanzi al giudice amministrativo. Altre volte è stato annullato con rinvio il decreto col quale il giudice ha rigettato il ricorso proposto dallo straniero contro il decreto di espulsione poiché il giudice di merito non ha motivato in ordine alla richiesta di sospensione del procedimento *ex art. 295 c.p.c.*, per la pendenza, davanti al giudice amministrativo, dell'impugnativa contro il rifiuto di concessione del permesso di soggiorno<sup>146</sup>.

Ad avviso di chi scrive merita adesione l'orientamento che ammette la disapplicazione del giudice ordinario dell'atto presupposto. Questo sia per argomenti che riguardano nello specifico il potere di disapplicazione del giudice ordinario, sia per la già rilevata ragione che fa leva sulla compatibilità costituzionale di un sistema di doppia giurisdizione che garantisca l'effettività del diritto di difesa, in quanto le due giurisdizioni possano <<comunicare>> tra loro proprio attraverso l'esercizio del potere di disapplicazione.

L'adesione all'orientamento possibilista, inoltre, ridimensiona la questione della sospensione del giudizio, e i dubbi avanzati in dottrina circa la persistenza di una pregiudiziale amministrativa dopo la riforma al rito civile portata dalla L. n. 353 del 1990<sup>147</sup>. Come è stato rilevato in dottrina, infatti, l'art. 295 c.p.c. deve essere coordinato con gli artt. 4 e 5 della L. n. 2248/1865: sicché la sospensione non può essere disposta in quei casi in cui il giudice ordinario abbia il potere di disapplicare l'atto amministrativo<sup>148</sup>.

Quanto agli aspetti generali riguardanti il potere di disapplicazione del giudice ordinario non è qui certo il caso di ripercorrere questioni ampiamente arate dalla dottrina<sup>149</sup>, sebbene tuttora non pacifiche. Ci limitiamo alla lucida constatazione secondo cui il sistema si è sviluppato in base ad una scelta autoritaria, e di privilegio in favore della p.a.: tale privilegio vuole che il provvedimento invalido sia considerato efficace, quando l'efficacia gioca a favore dell'amministrazione, ed inefficace nell'ipotesi inversa. In tal senso, i limiti alla disapplicazione (c.d. principale) dinanzi al giudice ordinario derivano dalla regola sostanziale secondo cui il provvedimento illegittimo affievolisce i diritti dei singoli; regola che è stata quindi tradotta in una proposizione processuale: il giudice ordinario non ha giurisdizione diretta sul provvedimento amministrativo<sup>150</sup>.

Su tali aspetti intanto c'è da considerare che la giurisprudenza del giudice penale, tradizionalmente caratterizzata da una ben maggiore ingerenza nei confronti dei provvedimenti amministrativi, si esprime a

---

<sup>144</sup> Cass., Sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20125, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 131 ss. Negli stessi termini, un'ulteriore pronuncia delle Sezioni Unite, n. 20121/2005, *ivi* pubblicata, 130 ss.

<sup>145</sup> V. Giudice di pace di Forlì, decreto 11 aprile 2007, in *Dir. imm. citt.*, 2007, 129, che richiama l'ordinanza n. 414/2001 della Corte costituzionale, sulla quale v. *infra*.

<sup>146</sup> Si tratta rispettivamente di: Cass. 20 giugno 2000, n. 8381 e Cass., 9 giugno 2000, n. 7867, pubblicate in *Dir. imm. citt.*, 2001, 104 ss.

<sup>147</sup> Si sofferma sulla questione, con richiami alla dottrina processualcivile L. GILI, *Ancora sul diritto di difesa dello straniero, nel rapporto tra il giudizio ordinario e quello amministrativo*, cit., 29 ss.

<sup>148</sup> S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, cit., 4915; Id., *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, IV, Agg., Roma, 1995, 7 ss.; Id., *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLIII, 39 ss.

<sup>149</sup> Cfr. per tutti: A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22 ss.; G. VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 42 ss.; S. CASSARINO, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 864 ss.

<sup>150</sup> G. VERDE, *op. ult. cit.*, 45 ss.

volte per la disapplicazione non operando questa volta in chiave autoritaria e *in malam partem*, ma a favore dello straniero, come nell'emblematico caso del sindacato giurisdizionale in sede di accertamento della fattispecie di ingiustificata inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14, comma 5-*bis* del T.U.<sup>151</sup>

Ragioni di coerenza del sistema, quindi, vorrebbero che lo stesso principio valga per il giudice civile.

Inoltre, vi è chi non ritiene condivisibile la tesi restrittiva sopra richiamata in quanto essa applicherebbe alla materia dell'immigrazione concetti giuridici ormai superati, come la dicotomia interesse legittimo - diritto soggettivo<sup>152</sup>. Si argomenta così nel senso che nella materia in esame l'espulsione afferisca a un diritto soggettivo e pertanto non vi sarebbe ragione per negare che il giudice ordinario possa disapplicare l'atto presupposto, ovverosia l'imprescindibile antecedente logico-giuridico della lesione del diritto. In realtà tale tesi, che sembra evocare quella giurisprudenza della Cassazione secondo cui il meccanismo degradatorio resta escluso solo in presenza di diritti fondamentali della persona a copertura costituzionale, finisce per risolvere la questione aggirando il problema, e prospettando, sulla base di una configurazione tutta incentrata sul diritto soggettivo, la devoluzione di tutte le questioni che coinvolgono il migrante al giudice ordinario<sup>153</sup>.

A nostro avviso non è questa la soluzione dei problemi. Si tratta di una prospettiva *de iure condendo*, peraltro non in linea come si è visto coi recenti orientamenti legislativi in tema di giurisdizione esclusiva e diritti fondamentali. Inoltre non pare corretto, per le ragioni più volte considerate, cristallizzare attorno all'onnicomprensivo diritto soggettivo una complessità (anche assiologica) di problematiche ed aspetti, che merita uno strumentario di tutele più ampio e differenziato<sup>154</sup>.

Infine questa tesi ci pare discutibile in quanto resta invischiata nella logica tradizionale, lasciando ferma la confusione fra il piano sostanziale e quello processuale. Ma nel nostro caso un problema di degradazione del diritto non può porsi, poiché sull'espulsione resta competente, per scelta legislativa, il giudice ordinario.

Sicché conviene continuare a ragionare sul piano dei rapporti fra giudizi; diversamente il problema della disapplicazione finisce per essere semplicemente aggirato nell'attesa di una auspicata riforma, che potrebbe non arrivare mai.

Peraltro si ha una sempre maggiore consapevolezza del fatto che il giudizio amministrativo, con le sue regole, non possa e non debba condizionare i poteri del giudice ordinario. Si è avuta una riprova di tale tendenza con la sentenza n. 500/1999 della Cassazione, seppure superata dalle successive vicende legislative in tema di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, e non si dimentichi l'affermazione giurisprudenziale secondo cui il potere di disapplicazione non resta escluso per effetto della inoppugnabilità del provvedimento dinanzi al giudice amministrativo<sup>155</sup>. Più in generale nelle controversie nei confronti della p.a. un problema di disapplicazione dell'atto presupposto si pone sovente nei giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione ed oggi, con specifico riferimento alle cause di pubblico impiego, se vengono in questione atti amministrativi presupposti, il giudice procede, se li riconosce illegittimi, alla loro disapplicazione (art. 63, comma 1, D. Lgs. n. 165/2001).

Si ritorna così al tema della giurisdizione piena del giudice ordinario<sup>156</sup>. Senonché a questo punto il discorso rischia di restare monco se non si affronta la vicenda sul piano dei rapporti fra giurisdizioni, riletti in base alla chiave interpretativa del principio di effettività.

Come si è accennato la questione è stata già affrontata dalla Corte costituzionale con almeno due pronunciamenti, a torto sottovalutati dalla giurisprudenza che nega la possibilità di disapplicazione<sup>157</sup>.

---

<sup>151</sup> Cfr. A. CAPUTO, *Ordine di allontanamento del questore e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2005, 85 ss. In generale sul tema v. R. VILLATA, <<Disapplicazione>> dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, 1980.

<sup>152</sup> N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, cit., 32 ss.

<sup>153</sup> N. ZORZELLA, *op. ult. cit.*, 36 ss.

<sup>154</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *I "diritti" tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario*, cit.; Id., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss. Peraltro, la stessa N. ZORZELLA, *op. ult. cit.*, 38, pur rilevando che <<il titolo di soggiorno...sempre più corrisponde ad un diritto soggettivo e sempre meno ad un interesse legittimo>>, ammette che <<può essere certamente configurabile come una situazione giuridica complessa in cui l'interesse ed il diritto si intrecciano e coesistono>>.

<sup>155</sup> Cfr. sul punto F.A. GENOVESE, *Quegli atti a fondamento dell'espulsione. Se l'operato del questore non si discute*, cit. Sul fatto che il potere di disapplicazione non resta escluso per effetto della inoppugnabilità dell'atto dinanzi al giudice amministrativo v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 198; G. VERDE, *op. ult. cit.*, 59; in giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 29 aprile 2003, n. 6627, in *Giust. civ. mass.*, 2003, f. 4.

<sup>156</sup> Ed alla più moderna interpretazione dei suoi poteri discendente da una lettura che pone al centro del sistema non già la L. n. 2248/1865 all. E, ma l'art. 113 Cost. Sul punto, oltre alla dottrina citata alla nota 140, v. G. BERTI, *Commento all'art. 113*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Roma, 1987, 87, e più di recente F. SAIITA, *Art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, III.

<sup>157</sup> La sentenza n. 22217/2006 delle Sezioni Unite, ad esempio, pur richiamando l'ord. n. 414/2001, liquida la questione in modo lapidario: <<tale affermazione non ha portata decisiva>>.

Si fa riferimento all'importante ordinanza n. 414 del 2001<sup>158</sup>. La Corte era stata investita, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., di una questione di legittimità costituzionale nella parte in cui il T.U. del 1998 non devolve ad un unico giudice (segnatamente, al giudice amministrativo), le controversie relative al soggiorno degli stranieri in Italia. La Corte costituzionale, con la citata ordinanza, ha dichiarato manifestamente infondata la questione. Ai nostri fini risulta particolarmente importante la motivazione. La Consulta ha escluso che fosse ravvisabile una palese irragionevolezza nella scelta discrezionale del legislatore di attribuire la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione alla giurisdizione del giudice ordinario, per le implicazioni, nella quasi totalità dei casi, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero. In particolare: <<non si può configurare una violazione dell'art. 24 della Costituzione, quando il sistema giurisdizionale preveda, in termini chiari e conoscibili, una effettiva ed ampia possibilità di tutela per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto, ripartendola tra distinti procedimenti giurisdizionali, per alcuni atti avanti al giudice ordinario e per altri avanti al giudice amministrativo, secondo una scelta non palesemente irragionevole o manifestamente arbitraria>>. Ed ha significativamente aggiunto che: <<dovendosi escludere l'esistenza di pregiudizialità amministrativa nella materia considerata>>, <<il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione davanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo del permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita>> (corsivo di chi scrive).

Più di recente, una indiretta conferma della possibilità per il giudice ordinario investito dall'impugnazione del decreto prefettizio di impugnazione di disapplicare l'atto presupposto, sembra potersi ricavare dalla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2005<sup>159</sup>.

Di fronte ad indicazioni tanto chiare, e stante la più ampia tendenza ad ammettere la pluralità di fori nel rispetto del principio della pienezza ed effettività della tutela, liquidare sbrigativamente tali importanti pronunce, pare (questa sì!) – si passi il gioco di parole – una indebita disapplicazione (dei principi costituzionali sul diritto di difesa) da parte del giudice.

6.4. a) Con il D.L. n. 241/2004, convertito con modificazioni nella L. n. 271/2004, il legislatore ha attribuito al giudice di pace la competenza sui ricorsi avverso i provvedimenti di espulsione amministrativa e sulle convalide dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento nei centri di permanenza temporanea ed assistenza.

Visto quanto appena rilevato circa la sensibilità costituzionale di cui hanno dato prova taluni giudici di pace con riguardo alla questione della disapplicazione dell'atto presupposto, verrebbe ironicamente da salutare con favore questa innovazione in punto di competenza.

Senonché le cose non stanno esattamente in questo modo e v'è più di un motivo per dubitare della costituzionalità e dell'opportunità della scelta.

Si è infatti ritenuto<sup>160</sup> che l'attribuzione al giudice di pace delle suddette competenze sia estranea alla fisionomia e al ruolo di tale figura onoraria nel nostro ordinamento: la prospettiva conciliativa mal si adatta, infatti, al controllo su misure di polizia coercitive della libertà personale dello straniero. Il problema di fondo è, quindi, l'opportunità di affidare a giudici non professionali competenze in tema di provvedimenti *de libertate*. Inoltre l'esigenza deflattiva presuppone la degradazione a <<bagattelle>> dei diritti fondamentali dei migranti. Per non parlare delle notevoli difficoltà tecnico-giuridiche delle questioni quotidianamente sottoposte all'attenzione del giudice. *Last but not least*, si pone il problema di una lettura <<sostanziale>> e <<forte>> della riserva di giurisdizione, rispetto alla quale sarebbe incompatibile la fisionomia del giudice pace, incentrata sulla temporaneità e sulla non esclusività dell'esercizio giurisdizionale, aspetti che rendono il giudice della conciliazione incompatibile col principio dell'*habeas corpus*.

<sup>158</sup> In *Dir. imm. citt.*, 2002, 151 ss.

<sup>159</sup> In *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 289. Con questa sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 7, lett. c, della L. n. 189/2002 e dell'art. 1, comma 8, lett. c, del D.L. n. 195/2002, convertito con modificazioni nella L. n. 222/2002, nella parte in cui facevano derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla presentazione di una denuncia per uno dei reati per i quali gli artt. 380 e 381 c.p.p. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza. La questione di legittimità non era stata sollevata solo da Tribunali amministrativi regionali, ma anche da alcuni tribunali ordinari, i quali, in punto di rilevanza, avevano precisato che: <<la questione sollevata è decisiva nei rispettivi giudizi in quanto dal suo eventuale accoglimento potrebbe derivare la disapplicazione del provvedimento di espulsione impugnato che è teleologicamente connesso con quello di rigetto dell'istanza di regolarizzazione cui direttamente si riferisce la disposizione censurata>>.

<sup>160</sup> Cfr. sul punto A. CAPUTO-L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, 13 ss.; A. RAUTI, *Espulsione dello straniero e controllo del giudice di pace*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 851 ss. Sulla necessità che la titolarità della giurisdizione sui ricorsi contro i provvedimenti di espulsione sia restituita al giudice togato si è anche espressa Magistratura democratica. Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, *Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*, cit., 293.

La non avvenuta conversione del D.L. 29 dicembre 2007, n. 249, che all'art. 2 restituiva le dette competenze al tribunale ordinario in composizione monocratica, oltre alle inevitabili ripercussioni negative sul piano dell'organizzazione degli uffici giudiziari, rappresenta quindi un'occasione mancata.

b) I termini di proposizione del ricorso al giudice di pace sono stati portati a sessanta giorni dall'art. 12, comma 1, della L. n. 189/2002 (v. art. 13, comma 8, T.U.). Nel testo originario del 1998 il termine era di cinque giorni dalla comunicazione del decreto o del provvedimento ovvero di trenta qualora l'espulsione fosse stata eseguita con accompagnamento immediato. Tale scelta, peraltro, è uscita indenne dal vaglio della Corte costituzionale la quale, richiamando precedente giurisprudenza, ha ritenuto che: <<le determinazioni circa la fissazione dei termini processuali rientrano nella piena discrezionalità del legislatore, con il solo limite della ragionevolezza>>, sempre che l'impugnazione e il successivo contenzioso siano disciplinati in modo da non comportare <<lo svolgimento di indagini particolari, accertamenti complessi, etc.>><sup>161</sup>.

E' importante sottolineare come la Corte risolva pressoché contestualmente il problema dell'effettività della tutela, con riguardo all'adottabilità di misure cautelari da parte del giudice. La locuzione <<con unico provvedimento>>, contenuta all'art. 13, comma 8 T.U., sembra infatti mirare a precludere al giudice la possibilità di adottare pronunce interlocutorie o comunque sospensive. Secondo la Corte la tutela cautelare anticipatoria non è necessaria là dove per il procedimento siano stabiliti termini talmente rapidi da far sì che la decisione sia temporalmente contigua alla introduzione del procedimento stesso, anche se non è escluso che il procedimento non si concluda nei termini fissati (dieci giorni, prima della riforma del 2002): ove ciò accada, secondo la Corte la tutela cautelare anticipatoria sarebbe sempre possibile<sup>162</sup>.

Si tratta di un ulteriore importante *obiter dictum*, che ha poi inciso sull'interpretazione dei poteri del giudice, anche nella fase di cognizione. Sotto quest'ultimo aspetto, pur se è opportuno sottolineare che in ossequio ai principi di legalità e di riserva di legge il legislatore avrebbe dovuto superare le restrizioni imposte dagli artt. 4 e 5 della L. n. 2248/1865 all. E indicando con chiarezza la legittimazione del giudice ordinario a intervenire direttamente sul provvedimento<sup>163</sup>, sembra pacifico che per ragioni di effettività e completezza della tutela il giudice possa disporre l'annullamento del provvedimento<sup>164</sup>.

Inoltre, quanto appena detto sulla tutela cautelare fa comprendere come la situazione oggi sia solo formalmente migliorata. Infatti, pur essendo il termine aumentato a sessanta giorni, i provvedimenti amministrativi impugnabili sono in quasi tutte le ipotesi eseguibili con accompagnamento immediato alla frontiera e sono immediatamente esecutivi, anche se sottoposti ad impugnativa da parte dell'interessato. Sicché la radicale modifica del sistema delle esecuzioni finisce per dilatare i <<casi particolari ed eccezionali>> nei quali, come ha affermato la sentenza n. 161/2000, è necessario riconoscere una tutela cautelare allo straniero espellendo<sup>165</sup>. Da qui le numerose critiche al modello processuale introdotto dalla L. n. 189/2002, considerato che pur di raggiungere l'obiettivo dichiarato, cioè l'allontanamento dello straniero, si è disposti a sacrificare l'effettività del controllo giurisdizionale, il diritto alla parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale di diritti ed interessi legittimi (art. 2 T.U.), varie norme costituzionali (artt. 10, comma 2, 13, 24, 111, 113), l'art. 6 CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali<sup>166</sup>.

Il *dies a quo* è indicato dall'art. 13, comma 8 T.U., come modificato dalla L. n. 189/2002, nella data del provvedimento di espulsione. Tale definizione imprecisa va interpretata alla luce della evidente natura recettizia del provvedimento (v. art. 3 D.P.R. n. 394/1999 e art. 21-*bis* L. n. 241/1990), sicché il termine per ricorrere decorre soltanto dal momento in cui lo straniero è effettivamente venuto a conoscenza del provvedimento di espulsione che deve essere motivato e completo delle indicazioni sulle modalità di impugnazione e della traduzione in una lingua a lui conosciuta, o, in mancanza, in lingua inglese, francese o spagnola<sup>167</sup>.

<sup>161</sup> Corte cost., ord. 25 ottobre 2000, n. 485, in *Giur. cost.*, 2000, 6.

<sup>162</sup> Corte cost., 31 maggio 2000, n. 161, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 93. Tale strumento normativo a disposizione del giudice per disporre la sospensione del provvedimento impugnato è stato individuato dalla giurisprudenza ricorrendo non solo all'art. 700 c.p.c. (che sarebbe inconciliabile con la procedura applicabile dal giudice di pace), ma anche ad altri istituti, desunti in via analogica, come quello di cui all'art. 22, ultimo comma, L. n. 689/1981 in tema di opposizione ad ordinanza-ingiunzione e quello di cui agli artt. 669-*sexies* e 669-*octies* c.p.c., v. Trib. Bologna, ord. 14 agosto 2003, in *Dir. imm. citt.*, 2003, 121 ss.

<sup>163</sup> F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, cit., 334.

<sup>164</sup> S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, cit., 4898-4899; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 137.

<sup>165</sup> Si pensi al caso di chi alleghi l'esistenza di uno dei divieti all'espulsione a norma dell'art. 19 T.U. (rischio di persecuzioni razziali, sessuali, religiose, etc. nel paese di destinazione, ovvero lo stato di gravidanza non facilmente, rapidamente e attendibilmente accertabile stando l'espulso all'estero).

<sup>166</sup> A. CASADONTE-P.L. DI BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza. Garanzie minime e incertezza delle divergenti vie del controllo giurisdizionale. Conseguenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 33 ss., spec. 42-44.

<sup>167</sup> Cfr. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., 542.

Anche in questo importante ambito la Corte costituzionale ha avuto modo di intervenire a più riprese<sup>168</sup>, analizzando ad esempio la questione di legittimità dell'art. 13, comma 8 T.U. in relazione al rapporto fra la tempestività del ricorso contro il decreto di espulsione e l'omessa traduzione del decreto stesso in lingua conoscibile allo straniero. L'orientamento della Consulta sul punto è così riassumibile: la traduzione del decreto di espulsione è preordinata ad assicurare la sua effettiva conoscibilità, tale conoscibilità è a sua volta presupposto essenziale per l'esercizio del diritto di difesa dello straniero. Senonché tale chiaro orientamento deve essere integrato con quello, non sempre di facile armonizzazione, espresso dalla Corte di Cassazione<sup>169</sup>.

c) La legge Bossi-Fini del 2002 ha inoltre abrogato l'art. 13, comma 9 T.U., abolendo così l'esplicito riferimento all'audizione obbligatoria dell'interessato in sede di ricorso avverso il provvedimento prefettizio di espulsione.

Sicché nulla è più previsto in ordine alla garanzia del contraddittorio, con evidente violazione degli artt. 24, comma 2 e 111, commi 1 e 2, Cost.<sup>170</sup> Tale violazione, peraltro, non colpisce soltanto il diritto di difesa dello straniero, ma anche la possibilità di un migliore accertamento della verità, in quanto l'indagine del giudice trae alimento dallo scontro dialettico, senza il quale non può dirsi completa.

Ed infatti l'art. 13, comma 8 T.U. si limita a prevedere un modello di opposizione al decreto di espulsione del prefetto a struttura unilaterale, non rispondente agli indirizzi garantistici indicati dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale<sup>171</sup>: un mero simulacro difensivo che consente un controllo solo formale, se non addirittura cartolare, del provvedimento. Solo in sede penale, e in modo comunque giudicato criticamente dagli studiosi del processo penale<sup>172</sup>, l'art. 17 T.U. disciplina per lo straniero l'autorizzazione a rientrare in Italia <<per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza>>.

Inoltre si tratta di un giudizio rientrante nella giurisdizione contenziosa, e non di volontaria giurisdizione<sup>173</sup>: da un lato la situazione dedotta è una posizione di diritto soggettivo, dall'altro la statuizione del giudice sul ricorso è sostanzialmente decisoria e definitiva, non essendo prevista <<la facoltà dell'interessato di instare in ogni momento, e senza vincoli di giudicato, per la modifica o la revoca>> della statuizione sul ricorso ai sensi dell'art. 742 c.p.c. Sicché, considerata l'attitudine della decisione a costituire giudicato formale, con l'esclusione della possibilità di revoca e modifica e con l'aggiunta del ricorso per Cassazione di cui all'art. 13-*bis*, comma 4 T.U., si impone il rispetto dall'art. 111, commi 1 e 2, Cost.

Infine la mancanza di garanzia di contraddittorio con lo straniero appare se possibile più grave là dove, al contrario, l'art. 13-*bis*, comma 1 T.U. prevede la notifica, a cura della cancelleria, del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio al Prefetto, di modo che l'autorità amministrativa sia messa nelle condizioni di fornire, così come previsto dall'art. 18, comma 2 D.P.R. n. 394/1999, le proprie osservazioni. In difetto di tale verifica sussiste una violazione del principio del contraddittorio che travolge la decisione adottata dal giudice. E' evidente che in tal modo venga ad essere violato altresì il principio della parità e dell'eguaglianza delle armi.

d) Le perplessità non finiscono qui. Infatti il secco *vulnus* al principio del contraddittorio e della parità delle parti va collegato al <<vuoto delle procedure>> che si è avuto per effetto dell'abrogazione dell'art. 13, comma 9 T.U.<sup>174</sup>. Nel testo vigente dell'art. 13, comma 8, nulla è previsto in ordine al modello procedimentale da seguire per la trattazione del giudizio. Detto <<vuoto delle procedure>> è divenuto

<sup>168</sup> Cfr. Corte cost., n. 198 e 227 del 2000, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 82; n. 257/2004, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2004.

<sup>169</sup> Ad esempio, la nozione di <<impossibilità>> della traduzione del decreto di espulsione nella lingua dello straniero è stata oggetto di varie interpretazioni, che spaziano da quella estremamente rigorosa secondo la quale la traduzione in lingua francese, inglese e spagnola sia possibile solo nell'ipotesi di mancata identificazione del paese di provenienza dello straniero, ovvero di accertata provenienza da un paese la cui lingua, per la sua rarità, non consente l'agevole reperimento di un traduttore (v. Cass., n. 879/2002, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 129), ad una più largheggiante che ravvisa la sufficienza, ai fini del ricorso alle lingue c.d. internazionali, della sola allegazione da parte dell'amministrazione, ad esempio, del mancato reperimento immediato di un traduttore (v. Cass., n. 3006/2004, in *Giust. civ. mass.*, 2004, f. 2).

<sup>170</sup> Le obiezioni critiche riportate nel testo sono riprese dallo studio di M. PACILLI, *I profili del contraddittorio nel procedimento di impugnazione del decreto prefettizio di espulsione dello straniero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 953 ss.

<sup>171</sup> V. le già richiamate sentenze n. 105/2001 e 222/2004 della Corte costituzionale. Dal canto suo il giudice di legittimità ha ritenuto che: <<Nel procedimento conseguente al ricorso avverso il decreto prefettizio di espulsione dello straniero, il giudice deve in ogni caso...sentire l'interessato e non può, senza tale audizione, decidere con decreto che rigetti il ricorso>> (v. Cass., 17 novembre 2000, n. 14902, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 2358). Invero la giurisprudenza continua a ritenere che: <<Anche dopo le modifiche apportate dalla legge n. 189 del 2002, il provvedimento che definisce il giudizio conseguente al ricorso dello straniero avverso il decreto di espulsione è nullo solo se l'opponente non è stato posto in condizione di essere sentito in camera di consiglio...con conseguente lesione del suo diritto di difesa (v. Cass., 25 febbraio 2004, n. 3745, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 376).

<sup>172</sup> L. PARLATO, *Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un "giusto processo minore"?*, cit.

<sup>173</sup> Cass., 21 gennaio 1999, n. 1082, in *Dir. imm. citt.*, 1999, 146 ss.

<sup>174</sup> Sul punto v. M. PACILLI, *op. cit.*, 966 ss.; A. CASADONTE-P.L. DI BARI, *op. cit.*, 47.

comune, oltre che alla procedura di convalida dell'accompagnamento coattivo (art. 13, comma 5-*bis* T.U.), anche alla procedura di convalida del trattenimento nei c.p.t.a. (art. 14, comma 4 T.U.).

Prima della novella del 2002 erano espressamente richiamate le disposizioni del procedimento in camera di consiglio di cui agli artt. 737 c.p.c. Lo scopo dichiarato del legislatore era quello di non ingenerare equivoci su modalità di svolgimento dell'udienza e mezzi di impugnazione, tenuto conto del limite di applicabilità per il giudice di pace a norma dell'art. 311 c.p.c. della procedura di cui agli artt. 737 ss. Alla luce delle persistenti gravi incertezze sulla procedura da seguire, l'intento non può certo dirsi raggiunto. Una parte della giurisprudenza ha ipotizzato che l'assenza di richiamo ad alcuna norma processuale sottintenda il rinvio al procedimento ordinario<sup>175</sup>; in realtà i tempi previsti per la decisione (venti giorni) nonché l'espressa previsione di un unico provvedimento decisorio di accoglimento o di rigetto appaiono incompatibili con la scansione del processo di cognizione di cui all'art. 180 c.p.c., cosicché l'unico riferimento utilizzabile resta quello della procedura in camera di consiglio, per la quale opta la giurisprudenza prevalente<sup>176</sup>.

Se è così, all'incertezza del rito si aggiunge la questione, venuta fuori durante la vigenza del richiamo agli artt. 737 ss. c.p.c., della compatibilità della procedura in camera di consiglio con le forme di giurisdizione contenziosa (c.d. cameralizzazione delle forme di tutela dei diritti).

E' aperto in dottrina e giurisprudenza il dibattito circa l'idoneità del procedimento camerale ad assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti<sup>177</sup>. La Corte costituzionale, in generale e anche nello specifico della procedura di convalida del trattenimento, ha respinto i dubbi di legittimità costituzionale sull'adeguatezza di tale procedura rispetto al modello costituzionale del giusto processo<sup>178</sup>: anche in questo caso, però, secondo i giudici il modello risulta costituzionalmente valido se e solo se sia possibile riempire la procedura camerale di contenuti nel senso dell'effettività del diritto di difesa e di azione e del controllo giurisdizionale.

Ma, se è così, si osserva criticamente<sup>179</sup> come la ridotta regolamentazione del rito, la mancanza perfino del richiamo agli artt. 737 ss. c.p.c. e alla necessaria audizione dell'interessato, finiscono col demandare al giudice la concreta gestione del processo e la concreta scelta delle modalità di tutela degli interessi delle parti, con violazione dei principi scolpiti all'art. 101, comma 2 e 111, comma 1, Cost., secondo cui <<i>giudici sono soggetti soltanto alla legge>> ed il <<i>giusto processo>> è <<i>regolato dalla legge>>, che esigono che la disciplina del processo venga stabilita in norme primarie. Ne deriva un'ulteriore compromissione del diritto di difesa, stante l'impossibilità per le parti di conoscere preventivamente le regole che governano il giudizio e potersi preventivamente determinare al riguardo.

7. Come si è avuto modo di osservare la "dittatura", lo stato d'assedio, lo stato d'eccezione non sono fenomeni estranei, ma una dimensione immanente, una costante presenza nella nostra storia costituzionale d'epoca liberale. In tal senso si è perspicuamente osservato che <<i>nei giorni feriali lo Stato era costituzionale e liberale, la domenica e nei giorni festivi prendevano sopravvento la dittatura, lo stato d'assedio, i cavalli di frisia, la sospensione e la crisi dei diritti>><sup>180</sup>.

Che la sfida del terrorismo internazionale faccia parte integrante di questo scenario, ed anzi vada ben oltre, implicando forme sempre più estese di <<i>normalizzazione dell'emergenza>>, è affermazione corrente. Come ben nota è la necessità dei legislatori e dei giudici di praticamente tutti i Paesi occidentali di bilanciare le esigenze della sicurezza con la tutela dei diritti ben consolidati nell'esperienza del moderno stato costituzionale, come la libertà personale, il diritto alla tutela giurisdizionale, il diritto alla riservatezza<sup>181</sup>.

Praticamente tutti gli Stati hanno sistemi penali e costituzionali per la gestione delle emergenze, anche se questi ultimi possono essere diversificati<sup>182</sup>: si va dalla previsione dello stato d'eccezione nella Costituzione

<sup>175</sup> Trib. Torino, 27 giugno 2003, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2003.

<sup>176</sup> Trib. Bologna, 14 agosto 2003, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2003.

<sup>177</sup> Sulla questione v. per tutti E. FAZZALARI, *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 909 ss.; A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431 ss.

<sup>178</sup> Corte cost., 26 febbraio 2002, n. 35, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 155.

<sup>179</sup> V. ancora M. PACILLI, *op. cit.*, 970-971, il quale osserva: <<E' bene precisare che non è certo qui in discussione la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale caratterizzato da celerità e semplificazione, venendo, d'altronde, in considerazione la sicurezza e l'ordine pubblico suscettibili di essere compromessi da flussi migratori incontrollati, bensì la legittimità o meno del suo esercizio>>.

<sup>180</sup> R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, in *www.forumcostituzionale.it*.

<sup>181</sup> Cfr. M. SIMONCINI, *Legislazione antiterrorismo e tutela della privacy*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 959 ss.

<sup>182</sup> V. sul punto l'ampia trattazione di P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, nonché B. ACKERMAN, *La costituzione d'emergenza*, con prefazione di A. Ferrara, Roma, 2005. I costituzionalisti hanno già avuto modo di approfondire tali tematiche qualche anno fa, al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Bari, 17-18 ottobre 2003), dedicato a *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, i cui Atti sono consultabili on-line (si tratta delle relazioni di:

a sistemi, come quello italiano, che non ammettono eccezioni alla Costituzione al di fuori dello stato di guerra. Il problema viene sempre più affrontato a livello internazionale: si pensi alle convenzioni europee contro il terrorismo nell'ambito del Consiglio d'Europa, a strumenti come Europol ed Eurojust e il mandato d'arresto europeo. Come si è detto, inoltre, sempre più spesso si ha a che fare con esigenze di composizione fra ordinamenti, come dimostrano i problemi, costituzionali e di salvaguardia dei diritti fondamentali, della compilazione internazionale e comunitaria di elenchi di persone o enti sospettati di terrorismo<sup>183</sup>.

Un dato è comunque certo: nella nuova stagione dell'emergenza post 11 settembre pressoché tutti i paesi occidentali, a partire dagli Stati Uniti, si sono dotati di una legislazione repressiva<sup>184</sup>. A importanti limitazioni, se non addirittura sospensioni, dei diritti degli stranieri si sono accompagnate vistose deroghe alle ordinarie regole processuali.

D'altro canto negli stessi ordinamenti in cui è intervenuta una legislazione *ad hoc* per la lotta al terrorismo internazionale, i giudici hanno reagito nel senso di ridurre l'impatto delle leggi restrittive delle libertà costituzionali. Per fare solo alcuni esempi, si va dalle note pronunce della Corte suprema statunitense, che hanno ben presto iniziato a smussare le asperità più evidenti di taluni provvedimenti<sup>185</sup>, ad talune pronunce dei *Law Lords*, massima autorità giurisdizionale britannica, che hanno ritenuto che l'Anti-terrorism, Crime and Security Act fosse <<*incompatibile with articles 5 and 14 of the European Convention insofar as it is disproportionate and permits detention of suspected international terrorists in a way that discriminates on the round of nationality or immigration status*>><sup>186</sup>. A proposito di proporzionalità e adeguatezza delle misure, si può notare come in taluni stati si sono dovuti affrontare difficilissimi dilemmi: si pensi alla questione dell'abbattimento preventivo degli aerei usati per attacchi suicidi che ha dovuto affrontare il *Bundesverfassungsgericht*<sup>187</sup>.

Insomma inevitabilmente il giudice, e soprattutto il giudice costituzionale, finisce per diventare il giudice della ragionevolezza delle norme adottate in periodi di gestione di situazioni d'emergenza e di prevenzione e repressione del terrorismo, il giudice della necessità, ma anche della proporzionalità e congruità delle misure adottate a tutela della sicurezza<sup>188</sup>.

Non possiamo indugiare oltre su questi – pur affascinanti e sempre più centrali – temi.

Sicché a chiusura del presente lavoro non resta che considerare, tornando al nostro Paese, la L. n. 155 del 2005, di conversione del D.L. n. 144/2005, recante misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale (c.d. decreto Pisanu). Tale complessa disciplina prevede il rafforzamento delle difese dello Stato rispetto al terrorismo con svariate linee di intervento: dalla previsione di nuove sanzioni penali a misure di prevenzione e premiali, all'estensione dei poteri di organi di polizia nonché dei Servizi di informazione e sicurezza<sup>189</sup>.

In questa sede interessa la previsione di una nuova forma di espulsione, disposta dal Ministro dell'interno o, su sua delega, dal Prefetto, per lo straniero appartenente ad una delle categorie di cui all'art. 18 della L. n. 152/1975 o nei casi in cui ricorrano fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato

---

E. DENNINGER, U. DE SIERVO, L. FERRARI BRAVO, G. DE VERGOTTINI, P.A. CAPOTOSTI, G. STONE, S. CECCANTI), al sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>183</sup> V. P. BONETTI, *op. ult. cit.*, 91 ss., e gli scritti di E. Chiti e G. della Cananea citati *supra*, nota 8.

<sup>184</sup> Per un quadro generale, anche con riferimenti bibliografici, v. M. TONDINI-J.P. PIERINI, *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>185</sup> Ci si riferisce a quelle sentenze che hanno riconosciuto ai prigionieri di Guantanamo il diritto di difesa e ad essere portati davanti a un giudice, a cui sia possibile presentare istanze di scarcerazione: Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507; Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 507; Rasul v. Bush, 542 U.S. 466; Hamdam v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006). Per un commento v. T.E. FROSINI-C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo. Dossier-I. Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di A. Di Giovine, Torino, 2005, 75 ss.

<sup>186</sup> Par. 73 della sentenza UKHL 56 (2004), in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), con nota di C. BASSU, *La Camera dei Lords giudica illegittima la legislazione britannica anti-terrorismo*.

<sup>187</sup> Sul punto v. C. PANARA, *I dilemmi del dopo 11 settembre: l'abbattimento <<preventivo>> degli aerei usati per attacchi suicidi è compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla vita? Una risposta parzialmente negativa viene dal Bundesverfassungsgericht*, in *Giur. cost.*, 2006, 1793 ss.

<sup>188</sup> P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, cit., 35. Cfr. anche A. BARAK, *Democrazia, terrorismo e corti di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2002, 3385 ss., per interessanti riflessioni sul fondamentale ruolo dei giudici per la tutela dei diritti umani nelle democrazie moderne, specialmente con riguardo alla delicatissima operazione di bilanciamento fra la sicurezza e le libertà dell'individuo.

<sup>189</sup> Per un ampio commento alla legge v. P. BONETTI, *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali. I. L'applicazione agli stranieri delle norme comuni sul terrorismo*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3/2005, 13 ss., *II. Il terrorismo nelle norme speciali e comuni in materia di stranieri, immigrazione ed asilo*, *ivi*, n. 4/2005, 13 ss.; I. PELLIZZONE, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la <<normalizzazione dell'emergenza>>*, in *Giur. cost.*, 2006, 1765 ss. Come è noto il sistema di *intelligence* italiano è stato oggetto di una recente importante riforma, contenuta nella L. n. 124/2007. Per un primo commento, volto ad evidenziarne luci ed ombre, v. M. SAVINO, *Solo per i tuoi occhi? La riforma del sistema italiano di intelligence*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 121 ss.

possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali (art. 3, comma 1, L. n. 155/2005).

Intanto bisogna sottolineare come si tratti di condotte descritte in modo piuttosto vago, in presenza delle quali si attribuisce al Ministro o al Prefetto una notevolissima discrezionalità. Peraltro la medesima (eccessiva) vaghezza è propria dei casi di espulsione disposta dal Ministro per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 13, comma 1 T.U.), tanto che nella prassi amministrativa recente il Ministro dell'interno ha emanato quest'ultimo provvedimento eccezionale di espulsione proprio nei confronti di stranieri per i quali la magistratura ha disposto l'assoluzione per reati di terrorismo, ma che le autorità di pubblica sicurezza sospettavano di appartenere ad associazioni criminose con finalità di terrorismo<sup>190</sup>. Come diremo si è posto il problema della sovrapposibilità delle due discipline, con conseguente estensione all'espulsione di cui all'art. 13, comma 1 T.U. delle restrittive forme di tutela previste dall'art. 3 della L. n. 155/2005.

Quanto alle norme di tutela giurisdizionale, si prevede la competenza del TAR competente per territorio (art. 3, comma 4, L. n. 155/2005), e viene espressamente esclusa la possibilità di sospensione dell'esecuzione del provvedimento in sede giurisdizionale (art. 3, comma 4-*bis*).

Vi sono inoltre due previsioni temporanee (efficaci sino al 31 dicembre 2007). Con la prima si prevede che l'espulsione è eseguita immediatamente, salvo che si tratti di persona detenuta, e soprattutto, in deroga alle disposizioni del T.U. del 1998 (modificate dopo i reiterati pronunciamenti della Consulta), senza alcun intervento o convalida dell'autorità giudiziaria (art. 3, comma 2). Con la seconda, invece, si prevede che il ricorso giurisdizionale dell'espulso possa essere sospeso fino a due anni, qualora la definizione del giudizio dipenda dalla cognizione di atti coperti dal segreto d'indagine o di Stato (art. 3, comma 5).

E' facile a questo punto constatare come la prima delle due disposizioni temporanee si ponga in netto contrasto con l'art. 13 Cost., e con le sopra riportate decisioni della Corte costituzionale n. 105 del 2001 e 222 del 2004; peraltro dagli atti parlamentari si desume chiaramente che Parlamento e Governo erano ben consapevoli della possibilità di introdurre una norma contrastante con l'art. 13 Cost.<sup>191</sup>

Il rischio, inoltre, è quello della c.d. <<normalizzazione dell'emergenza>> dato dal fatto che nel medesimo testo normativo sono presenti sia norme a termine sia norme prive di termine<sup>192</sup>. In ogni caso la norma in questione non è stata colpita da una sentenza di incostituzionalità, anche perché probabilmente è prevalsa l'idea che il termine, nella disciplina in esame, lungi dal rendere legittimi provvedimenti *extra ordinem* dettati dalla necessità, fornisca comunque un elemento in più in base al quale la Corte possa valutare la ragionevolezza del bilanciamento tra diritti e sicurezza operato dal legislatore<sup>193</sup>. Anche se v'è da dire che i profili di dubbia legittimità costituzionale permangono, poiché l'assenza di qualunque previsione di intervento dell'autorità giurisdizionale che convalidi tali misure restrittive pare scontrarsi con l'art. 13 Cost., che già prevede un procedimento *ad hoc* per <<casi di necessità e urgenza>><sup>194</sup>.

In ogni caso bisogna ritenere come tale norma abbia comunque smesso di produrre i suoi effetti, sicché non incide su tale aspetto la mancata conversione del D.L. n. 249/2007, che all'art. 1 espressamente abrogava la norma in questione e ripristinava la convalida del tribunale in composizione monocratica secondo le disposizioni di cui all'art. 13, comma 5-*bis*, del D. Lgs. n. 286/1998<sup>195</sup>. Una lettura costituzionalmente orientata della questione impone di considerare quest'ultima disposizione una mera superfetazione normativa, sicché a prescindere dalla sua vigenza dal 2 gennaio 2008, torna ad applicarsi la generale disciplina contenuta nel T.U. Stesso discorso può farsi per la norma che determina la sospensione fino a due anni del giudizio amministrativo, qualora la definizione del giudizio dipenda dalla cognizione di atti coperti dal segreto d'indagine o di Stato.

La Corte costituzionale si è invece pronunciata su altre due questioni riguardanti la suddetta disciplina<sup>196</sup>. Si tratta di una sentenza che presenta dei chiaroscuri. Viene intanto dichiarata l'inammissibilità della questione con riguardo all'ipotizzata sovrapposibilità dell'espulsione ministeriale ex art. 3 D.L. n. 144/2005 con quella ex art. 13, comma 1 T.U. 286/1998, che secondo il TAR remittente aveva come conseguenza l'estensione a quest'ultima delle restrizioni in termini di tutela indicate per gli espellendi sospetti di

<sup>190</sup> Cfr. P. BONETTI, *Il terrorismo nelle norme speciali e comuni in materia di stranieri, immigrazione ed asilo*, cit., 17, 26.

<sup>191</sup> P. BONETTI, *op. ult. cit.*, 19.

<sup>192</sup> I. PELLIZZONE, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la <<normalizzazione dell'emergenza>>*, cit., 1789.

<sup>193</sup> I. PELLIZZONE, *op. ult. cit.*, 1788.

<sup>194</sup> I. PELLIZZONE, *op. ult. cit.*, 1789.

<sup>195</sup> Il decreto legge, infatti, è stato pubblicato nella G.U. n. 1 del 2 gennaio 2008, mentre le disposizioni richiamate si applicano fino al 31 dicembre 2007.

<sup>196</sup> Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 432, in *Dir. imm. citt.*, n. 4/2007, 118 ss, con il commento di N. Zorzella.

terrorismo<sup>197</sup>. La Corte afferma che non è affatto scontata tale sovrapposibilità, potendo al contrario configurarsi dalla lettura del sistema una autonomia delle due fattispecie, così da escludere che all'art. 13, comma 1 T.U. possano estendersi le restrizioni giurisdizionali del decreto Pisanu. Si tratta comunque di una importante affermazione, anche se la questione non viene affrontata in modo *tranchante*.

Invece la Corte ha perso un'importante occasione per intervenire in merito ai fondati dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla preclusione normativa al potere giudiziario di sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento espulsivo<sup>198</sup>, disposizione peraltro tuttora vigente in quanto non sottoposta a termini di efficacia.

Si tratta di una previsione fortemente distonica rispetto ai generali principi processuali, anche dopo i reiterati interventi della Corte costituzionale la quale ha precisato che la tutela cautelare è un elemento essenziale della tutela giurisdizionale amministrativa e che il potere del giudice di sospendere gli effetti dei provvedimenti amministrativi è un elemento connaturale del giudizio di impugnazione<sup>199</sup>.

Tuttavia a questo punto si può amaramente constatare, in conclusione, che neanche tale norma derogatoria ci stupisce più di tanto, dopo aver passato in rassegna gli svariati punti critici della generale disciplina di tutela dello straniero.

8. Contro la prospettiva desolante della <<normalizzazione dell'eccezione>> e della sospensione indefinita dei diritti fondamentali, fra i quali campeggia la tutela giurisdizionale, non resta allora che auspicare una maggiore sensibilità del legislatore, nella consapevolezza dell'importanza delle corti, presidi fondamentali degli ordinamenti democratici moderni, anche rispetto alle incontrollate oscillazioni dell'opinione pubblica.

I principi fondamentali di uno Stato democratico non possono essere scardinati per effetto di atti terroristici che quei principi vorrebbero eliminare, né, *a fortiori*, per affrontare i delicatissimi fenomeni dell'immigrazione e del <<problema sicurezza>> ad essa legato.

Dai giudici della Corte suprema israeliana, appartenenti ad un popolo abituato a convivere con una dolorosa emergenza quotidiana, ci viene un prezioso insegnamento in tal senso.

Essi, alla fine di una sofferta sentenza con la quale dichiarano la parziale illegittimità del tracciato muro di sicurezza eretto nei territori occupati palestinesi, affermano: <<*Il nostro compito è difficile... Noi siamo membri della società israeliana. Sebbene qualche volta ci troviamo in una torre d'avorio, quella torre si trova pur sempre nel cuore di Gerusalemme, che non infrequentemente è colpita da un terrorismo impietoso... Noi siamo coscienti che nel breve periodo questa decisione non renderà più facile la lotta dello Stato contro coloro che gli si levano contro. Ma noi siamo giudici. Quando affrontiamo un giudizio noi siamo soggetti (soltanto) al diritto... Non c'è sicurezza, senza diritto...*>><sup>200</sup>.

Non riusciamo a trovare più eloquente conclusione per riassumere il senso ultimo della nostra indagine.

---

<sup>197</sup> Il *vulnus* al principio di effettività della tutela opererebbe dunque su due fronti concorrenti: la preclusione della sospensione cautelare del provvedimento e la probabile impossibilità di accertamenti istruttori, a causa dell'opposizione del segreto di Stato e della conseguente sospensione del procedimento per un periodo presumibile di due anni, a sua volta incidente sulla tempestività ed effettività della tutela, in un sistema in cui l'esecuzione immediata del provvedimento è la regola.

<sup>198</sup> La declaratoria di inammissibilità sul punto è stata resa in quanto il TAR remittente non ha comunicato alla Corte l'esito della fase cautelare nel giudizio *a quo*, impedendole in tal modo di valutare la rilevanza della questione.

<sup>199</sup> V. sul punto l'ampio contributo di M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e <<civilizzazione>>*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 505 ss., spec. 560.

<sup>200</sup> H.C.J. sent. 30 giugno 2004, n. 2056/04, *Beit Sourik Villane Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*, par. 86.