

ANGELO MARLETTA

DETEZIONE “AMMINISTRATIVA” DELLO STRANIERO
E RISERVA DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI LIBERTÀ PERSONALE

SOMMARIO: 1. Le parole e le cose: “trattenimento”, “detenzione amministrativa”, “riserva di giurisdizione”. – 2. Alcune riflessioni sui contenuti necessari del controllo giurisdizionale. - 2.1 Un controllo negletto: la verifica della legittimità del provvedimento espulsivo presupposto. - 2.2 Controlli necessari: a) le “esigenze” legittimanti la detenzione amministrativa. - 2.3 segue: b) il rischio di fuga tra presunzioni iuris et de iure ed accertamento in concreto. - 2.4 segue: c) il principio di proporzionalità ed il comma 2-bis dell’art. 19 T.U. Imm. nell’ottica «caso per caso». – 3. Il controllo sulla detenzione in itinere. - 3.1 Mutamento dei presupposti, “riesame” a richiesta e revoca anticipata della detenzione. - 3.2 Il controllo in sede di proroga sul diligente espletamento delle attività amministrative legittimanti la detenzione. – 4. Conclusioni.

1. *Le parole e le cose: “trattenimento”,
“detenzione amministrativa”, “riserva di giurisdizione”*

Il “trattenimento” dello straniero, nelle due *species* del “pre-espulsivo” e del richiedente protezione umanitaria, è istituito attualmente disciplinato dagli artt. 14 del D. Lgs. 286/98 (d’ora in poi T.U. Imm.) e 21 del D. Lgs. 25/08.

Germinato dalla curiosa manipolazione di una misura cautelare penale tipica¹, esso rappresenta oggi la forma più intensa di intervento che lo Stato, perseguendo finalità diverse da quelle proprie dell’ordinamento penale, può operare sulla libertà personale di un individuo.

A prescindere dalle scelte nomenclatorie, è il diretto e immediato assoggettamento fisico all’altrui potere, tipico di una vera e propria «restrizione» della libertà tutelata dall’art. 13 Cost. a qualificarlo indiscutibilmente come strumento incidente sul diritto inviolabile riconosciuto e tutelato dall’art. 13 Cost.².

¹ La prima stabile introduzione dei centri di detenzione amministrativa per stranieri sottoposti ad espulsione si deve all’art. 12 della l. n. 40/98 (cd. “Turco-Napolitano”). Già in precedenza, con l’art. 7-sexies, comma 5, del d.l. 489/95 (cd. “decreto Dini”), era stata prevista una particolare applicazione allo straniero da espellere della misura cautelare dell’obbligo di dimora con divieto di allontanamento «dall’edificio o struttura indicati nel provvedimento e scelti fra quelli individuati con uno o più decreti del Ministero dell’interno», ai sensi dell’art. 283, comma 4, c.p.p.

² In tal senso è inequivoca la affermazione della Corte Costituzionale nella sentenza n. 105/01 che ha ricondotto il “trattenimento” alle «altre restrizioni della libertà personale» richiamate dal comma 2 dell’art.13 Cost. La Corte è pervenuta a tale conclusione guardando al «contenuto» della restrizione e delle sue modalità e debitamente valorizzandone l’«incidenza finale sul corpo» (secondo una espressione riferibile ad A. PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, p. 297). Nondimeno, è stato segnalato come nella sentenza n. 105/01 ricorra una commistione di criteri definitivi D. PICCIONE, *La*

Adeguando le parole alle cose, quindi, nel prosieguo del presente lavoro ci si riferirà all'istituto con il meno equivoco termine di "detenzione amministrativa"³ che, già su un piano intuitivo, permette di apprezzare meglio la dimensione dei valori in gioco.

Colta in tale prospettiva, la tematica si colora, a nostro parere, di tinte particolarmente forti che chiamano in causa una ulteriore precisazione a carattere preliminare e definitorio.

Cosa si deve intendere per "riserva di giurisdizione" quando si opera sul terreno della libertà personale e delle sue restrizioni?

La risposta può risultare meno scontata di quanto si possa credere, anche alla luce delle soluzioni offerte da alcuni approdi giurisprudenziali di cui daremo conto in seguito.

Ne tenteremo, comunque, fin d'ora una definizione.

Nella logica dell'art. 13 Cost., il concetto di "riserva di giurisdizione" si lega al concetto di «inviolabilità» ed esprime due particolari garanzie rispetto all'ingerenza statale nel diritto del singolo: da un lato, esso individua la specifica attribuzione soggettiva del potere restrittivo all'«autorità giudiziaria»⁴, organo preferito rispetto ad altri per la propria particolare posizione ordinamentale, caratterizzata da terzietà ed indipendenza rispetto agli altri poteri dello Stato; dall'altro – e questo più ci interessa – esso connota l'estensione e la qualità del controllo che a quella stessa autorità deve spettare nel caso concreto sui presupposti di legge.

Per risultare compatibile con la natura e le finalità di garanzia della riserva tale controllo deve essere pieno⁵: esso deve inerire a tutti i «casi» ed i «modi» previsti dalla legge e, deve, nelle ipotesi eccezionali del comma 3 dell'art. 13 Cost., investire anche lo scrutinio delle ragioni di «necessità» e «urgenza» tassativamente predeterminate dalla legge⁶.

Non sono ammissibili, pertanto, settori della vicenda restrittiva in concreto impermeabili al sindacato del giudice; ed anzi, dovrebbero considerarsi in conflitto con il significato della

crisi della giurisdizione sui provvedimenti limitativi della libertà personale estranei a fini penali, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3159, nota 8.

³ Con una precisazione doverosa: amministrativa, in tale caso, è solo la finalità perseguita dall'istituto e non la natura o la titolarità del potere restrittivo sulla libertà personale.

⁴ «Autorità giudiziaria» è concetto più ampio di quello di «giudice» ed include anche la figura del pubblico ministero: in materia di libertà personale, nondimeno, si è nel tempo affermata una interpretazione soggettivamente più stretta che limita al «giudice» la piena titolarità potere restrittivo. Su tale dibattito si rinvia a V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, 1974, p. 343 s. e G. AMATO, *Art. 13*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili (artt. 13-20)*, Zanichelli, 1977, p. 10

⁵ «È comunque la forza del precetto costituzionale dell'articolo 13 a imporre una accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida» In tal senso, sempre C. Cost. n. 105/01 ove, peraltro, si sottolineava l'incompatibilità con la Carta di un potere di controllo del giudice che si riducesse ad un «riscontro meramente esteriore» delle condizioni di validità del trattenimento e dell'atto ad esso presupposto. Che la riserva di giurisdizione dell'art. 13 Cost. implichi un «controllo pieno» è inoltre affermazione significativamente riscontrabile in un settore particolarmente prossimo a quello che ci interessa, quello delle misure di prevenzione cd. "atipiche": cfr. sul punto Cass. Pen., Sez. Un., 27 ottobre 2004, n. 44273, Labiola (in materia di obblighi di presentazione *ex art. 6*, comma 2, della l. 401/89).

⁶ Senza che possa fuorviare l'utilizzo di due diversi termini, all'interno della disposizione costituzionale, per descrivere le due forme dell'intervento giudiziario sul diritto in questione: quello di «atto motivato» (comma 2) e quello di «convalida» (comma 3). Anche il concetto di «convalida», infatti, presuppone un controllo pieno da parte dell'autorità giudiziaria, seppur operato su presupposti – tassativi e legislativamente previsti – diversi. Sul punto, si veda A. PACE, voce *Libertà personale*, cit., p. 313.

garanzia costituzionale tanto una disciplina dei casi e dei modi che avesse per effetto la totale sottrazione all'autorità giudiziaria di un tale sindacato (ad esempio con rigide presunzioni *iuris et de iure*⁷), quanto una disciplina che rendesse le ragioni addotte dalla autorità di pubblica sicurezza, in ordine alla legittimità del proprio intervento provvisorio, insondabili da parte dell'autorità giudiziaria.

Poste tali premesse, di seguito si affronteranno alcuni snodi critici della legislazione e della giurisprudenza sulla detenzione amministrativa degli stranieri: in particolare, ci interrogheremo sulla compatibilità delle norme e di alcune prassi rispetto a quei caratteri di effettività e pienezza che il controllo del giudice deve assumere in conformità alla Costituzione ed alle fonti sovranazionali che influenzano la materia⁸.

2. Alcune riflessioni sui contenuti necessari del controllo giurisdizionale

2.1. Un controllo negletto:

la verifica della legittimità del provvedimento espulsivo presupposto

Rispetto alla nozione costituzionale della riserva di giurisdizione sulla libertà personale, un primo ed importante punto di frizione del sistema è individuabile nei limiti che la prevalente giurisprudenza è solita apporre alla cognizione del giudice della convalida circa la possibilità di valutare, già in quella sede, la legittimità dell'atto presupposto.

Limitandoci, sul punto, alla detenzione amministrativa "pre-espulsiva", occorre ricordare che la vicenda detentiva disciplinata nell'art 14 T.U. Imm. presuppone l'emissione di un decreto di espulsione da parte del prefetto⁹.

Sebbene il nesso di dipendenza tra i due atti sia evidente¹⁰ e, nonostante, la stessa lettera dell'art. 14 comma 4 T.U. Imm. richiami la verifica dei «requisiti previsti dall'articolo 13», sono a tutt'oggi frequenti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione massime opinabili che affer-

⁷ Vedremo, più avanti, come l'utilizzo di presunzioni sia presente nella materia *de qua*. In termini critici può osservarsi come il ricorso a presunzioni assolute o anche l'abuso di presunzioni semplici, rischia di subordinare ed annullare la riserva di giurisdizione nella riserva di legge. Che una tale subordinazione della garanzia giurisdizionale sia ravvisabile nella norma costituzionale è assunto, quantomeno, discutibile. Sul punto, interessanti e problematiche riflessioni si rinvengono in V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Cedam, 1992, p. 47 s. e 67 s. e, più in generale, G. AMATO, *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1967, p. 325 s.

⁸ Il diritto dell'Unione europea e, in particolare, la nota Direttiva del Parlamento e del Consiglio 2008/115/CE nota anche come "direttiva rimpatri", attuata dal nostro Paese tardivamente ed in modo alquanto discutibile con il d. l. 89/11 (conv. nella l. 129/11).

⁹ Nella nostra analisi, per ragioni di brevità, ci si limiterà alle "ordinarie" espulsioni amministrative prefettizie dell'art. 13 comma 2 T.U. Imm. A volere essere più precisi ed analitici, l'*iter* che può portare al "trattenimento" nei casi di espulsione amministrativa "ordinaria" prevede l'adozione di tre distinti provvedimenti da parte di autorità amministrative diverse: il decreto di espulsione da parte del prefetto, il decreto di accompagnamento immediato da parte del questore (soggetto ad autonoma convalida) ed, infine, il decreto di trattenimento, sempre nella competenza del questore.

¹⁰ E ciò ritiene anche la Corte Costituzionale che nella sentenza n. 105/01 si è pronunciata esplicitamente sul tema.

mano l'insindacabilità del provvedimento di espulsione in sede di convalida del trattenimento¹¹.

Secondo l'impostazione che qui si critica, la ricostruzione restrittiva dei poteri del giudice del trattenimento deriverebbe dall'esistenza di una autonoma sede di impugnazione per il decreto prefettizio¹²: sarebbe solo il giudice di pace adito *ex art. 13* comma 8 T.U. Imm. a poter conoscere della legittimità dell'atto presupposto, secondo un rigido parallelismo tra ambito cognitivo e tipicità del potere di annullamento di un atto amministrativo.

Senonché, seguendo un tale ordine di idee, si dovrebbe convalidare il trattenimento (ed ancor prima il decreto di accompagnamento immediato) anche ove il decreto di espulsione risultasse palesemente illegittimo, con un triplice criticabile effetto di: 1) sacrificare ingiustificatamente – seppur in via temporanea fino all'esito del giudizio di opposizione *ex art. 13*, comma 8 T.U. Imm. – un bene «inviolabile» come quello della libertà personale; 2) menomare la riserva di giurisdizione nel suo significato costituzionale; 3) abrogare per via di fatto ed *in malam partem* la lettera dell'art. 14, comma 4 T.U. Imm., nella parte in cui è prescritta la verifica dei «requisiti previsti dall'art. 13».

Il sindacato incidentale sulla legittimità del presupposto decreto del prefetto deve, diversamente, ritenersi doveroso in sede di convalida della misura detentiva.

Ciò, peraltro, non si scontra con (né può ritenersi inibito dalla) circostanza che il potere di annullamento del decreto di espulsione sia riservato dalla legge ad una sede giurisdizionale distinta: ove ravvisasse l'illegittimità dell'atto presupposto, il giudice del trattenimento, infatti, non procederebbe all'annullamento dello stesso ma alla sua disapplicazione¹³,

¹¹ Tra le tante: Cass. Civ., Sez. I, 23 aprile 2002, sent. n. 5918 (in cui sul punto viene, molto curiosamente, richiamata e ribaltata nel suo significato letterale e di principio proprio la sentenza della C. Cost. 105/01), Cass. Civ., Sez. VI - 1, 29 novembre 2010, ord. n. 24166; Cass. Civ., Sez. VI - 1, 22 marzo 2012, ord. n. 4638; Cass. Civ., Sez. VI - 1, 10 ottobre 2011, ord. n. 20869 (la quale, in modo contraddittorio, ritiene che sussista in capo al giudice del trattenimento un potere di «limitato controllo» sull'esistenza ed efficacia del decreto di espulsione presupposto ma esclude espressamente che un siffatto sindacato possa attingere profili di validità dello stesso); Cass. Civ. Sez. VI - 1, 20 giugno 2012, ord. n. 10249; Cass. Civ., Sez. VI - 1, 21 giugno 2012, ord. n. 10369; Cass. Civ., Sez. VI - 1, 21 giugno 2012, ord. n. 10370. Le due pronunce da ultimo richiamate non riguardavano ipotesi di trattenimento disposto in conseguenza di espulsioni prefettizie ma casi di esecuzione dei – ben più problematici – decreti di respingimento “differito” *ex art. 10*, comma 2 *lett. a*) T.U. Imm., di cui i ricorrenti lamentavano l'intempestività; sul punto si rinvia a F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 2, 2009, p. 17 s.; si veda altresì A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento “differito” intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, in *Giur. merito*, n. 5, 2012, p. 1141 s.). In senso contrario esistono alcune, minoritarie, pronunce che parrebbero ammettere un controllo di validità sul decreto di espulsione, seppur in termini confusi: Cass. Civ., Sez. I, 3 giugno 2004, n. 10559, ove si parla di «necessità del controllo sull'esistenza (materiale e *giuridica*) del provvedimento espulsivo» (corsivo aggiunto); Cass. Civ., Sez. VI - 1, 10 luglio 2012, ord. n. 11598.

¹² Tale atto, come noto, è suscettibile di autonoma impugnazione (“opposizione”) innanzi al giudice di pace del luogo ove ha sede l'autorità amministrativa che lo ha adottato con le forme e le modalità indicate dal comma 8 dell'art. 13 T.U. Imm.

¹³ La disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario è istituito previsto dall'art. 5 della l. 2248/1865 all. E (nota come “legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo”) e deve intendersi come «potere processuale che implica, da parte del giudice ordinario, l'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo come antecedente logico-giuridico per la soluzione della controversia principale», cfr. F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Ann. Enc. Dir.*, III, 2010, Giuffrè,

come è pacifico che il giudice ordinario possa fare rispetto agli atti amministrativi illegittimi, quando si faccia «questione di un diritto civile o politico»¹⁴.

2.2. Controlli necessari:

a) le "esigenze" legittimanti la detenzione amministrativa.

Centrale, nella nostra prospettiva d'indagine risulta la verifica, in sede di udienza di convalida, delle ragioni che legittimano la richiesta del questore.

Le modifiche introdotte dal d. l. 89/11, in attuazione tardiva e non proprio fedele della cd. "direttiva rimpatri", complicano parecchio il quadro normativo e non solo, come vedremo, perché lo rendono di difficile lettura.

Secondo l'art. 14 comma 1 T.U. Imm., oggi, le «situazioni transitorie» che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione coattiva e, quindi, possono legittimare la detenzione amministrativa sono ravvisabili: a) nel «rischio di fuga» definito dall'art. 13, comma 4-bis T.U. Imm.; b) nella necessità di prestare soccorso allo straniero; c) nella necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità; d) nella necessità di acquisire i documenti di viaggio (il cd. "lasciapassare" sostitutivo del passaporto); e) nella esigenza di reperire un vettore idoneo¹⁵.

Le ultime quattro ragioni enunciate riproducono l'assetto normativo antecedente, mentre nuova è la menzione del «rischio di fuga» che, si noti, riveste, nella meccanica espulsiva una doppia funzione: da un lato è condizione ostativa alla concessione del termine per la partenza volontaria quando il prefetto decreta l'espulsione, dall'altro è condizione legittimante la detenzione amministrativa disposta in esecuzione di quella stessa espulsione.

Rispetto alla seconda funzione, vale la pena sottolineare come, nella attuale formulazione dell'art. 14 comma 1 T.U. Imm., il «rischio di fuga» parrebbe costituire una condizione o "esigenza di trattenimento" autonoma.

pag. 275 s. che richiama E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, 1950, p. 119. Sulla configurazione del potere di disapplicazione come un potere attribuito al giudice ordinario in via generale ed, in particolare, circa la sua riconduzione all'art. 101, comma 2 Cost. secondo una «lettura estremamente coerente ed organica del principio di legalità nella giurisdizione», cfr. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, 1995, p. 55 s. e, con riferimento alla materia penale, M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, *Enc. Giur. Treccani*, XIII Agg., 2004, p. 4 s.

¹⁴ Riprendendo la dizione usata dall'art. 2 della l. 2248/1865, all. E; si fatica a dubitare che il giudizio di convalida di una restrizione della libertà personale ricada in tale ambito. Ci sembra, inoltre, irrilevante, per negare il potere di disapplicazione da parte del giudice della convalida, che il potere di annullamento del decreto di espulsione sia stato anch'esso attribuito all'autorità giudiziaria ordinaria, seppur in una separata sede giurisdizionale.

¹⁵ La poco felice riscrittura della norma, è stato segnalato, pone un problema: se le «situazioni transitorie» debbano ritenersi esaurite nelle quattro elencate o se possano esisterne di ulteriori. Il dubbio, in effetti, potrebbe sorgere dal tenore letterale dell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 14 T.U. Imm., che esordisce con l'inciso «Tra le situazioni», formulazione che potrebbe lasciare intendere l'esistenza un insieme più ampio di ragioni legittimanti ulteriori ed "atipiche" rispetto a quelle elencate. Un tale interpretazione della norma, a nostro avviso, deve ritenersi preclusa in quanto risulterebbe incostituzionale rispetto alla riserva di legge dell'art. 13 Cost. Sul punto si rinvia a G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2011, p. 30 s.

La qual cosa, per vero, desta non pochi dubbi, che tratteremo in seguito.

Ci sia però permessa, prima, una considerazione: in realtà, anche le esigenze “originarie” e preesistenti alla modifica del 2011, volendone tentare una lettura ragionata, non possono che trovare la propria ragion d’essere nel rischio di fuga o, più precisamente, nel rischio che il destinatario del provvedimento possa sottrarsi all’esecuzione dell’espulsione.

Non si comprende, infatti, in che termini l’espletamento delle attività di identificazione, acquisizione del lasciapassare, reperimento di un vettore e, volendo, anche di soccorso dovrebbero, di per sé, richiedere la *adprehensio* fisica dello straniero da parte della pubblica amministrazione mediante l’imposizione di un vincolo detentivo¹⁶.

È solo il timore che lo straniero si dia alla fuga mentre si svolge una delle attività espressamente richiamate a giustificare, razionalmente e giuridicamente, la necessità di restringerne la libertà personale.

Ciò, chiaramente, non deve intendersi nel senso che sia possibile una surroga delle specifiche e tassative esigenze indicate dalla norma con una generica valutazione sul rischio di fuga, ma come rafforzamento della tipicità di quelle stesse esigenze declinate in una logica più genuinamente cautelare in cui risulti valorizzata la relazione tra il mezzo (detenzione amministrativa) ed il fine (effettiva esecuzione dell’espulsione).

In questo ordine di idee non basterebbe, ad esempio, la semplice da parte della pubblica amministrazione, della mancata identificazione del soggetto o della mancanza di passaporto a determinare automaticamente la detenzione di un soggetto il cui rischio di fuga, agli occhi del giudice risulti, in concreto, modesto o inesistente.

L’esito opposto, diversamente, realizzando una compressione non necessaria della libertà personale, entrerebbe in frizione con la sancita inviolabilità del diritto in questione e con il principio di proporzionalità¹⁷.

Con riferimento a tale ultimo principio ed agli obblighi di derivazione europea che impongono agli Stati Membri di dotarsi di un sistema articolato di misure per garantire l’effettività del rimpatrio si aprono, come vedremo, prospettive inedite per la disciplina che ci interessa.

2.3. segue b): il rischio di fuga

tra presunzioni iuris et de iure ed accertamento in concreto.

Quanto appena considerato ci conduce ad una delle questioni più spinose dell’attuazione italiana della “direttiva rimpatri”: quella della individuazione del «rischio di fuga» e del

¹⁶ Si tratta, infatti, di attività amministrative meramente “burocratiche” che, in sé, prescindono dalla disponibilità fisica dello straniero. Stessa cosa può dirsi per il soccorso che potrebbe espletarsi mediante il ricovero presso una comune struttura ospedaliera e non detentiva.

¹⁷ Quello di proporzionalità è, oggi, un principio cardine della materia. Anzitutto perché, ragionando secondo schemi costituzionalistici classici, esso rappresenta la proiezione della natura «inviolabile» del diritto alla libertà personale. In secondo luogo perché costituisce un principio fondamentale del diritto dell’Unione Europea, la cui rilevanza, per la materia che ci interessa, oltre a fondare sulla lettera della direttiva 2008/115/CE (cfr. sul punto *i considerando* nn. 13 e 16, nonché l’art. 15 §1) è stata significativamente ribadita da parte della Corte di Giustizia nella nota sentenza *El Dridi*, (C-61/11 PPU): cfr., in particolare, i par. 41, 43 e 57 della sentenza in data 28 aprile 2011. Sul tema si tornerà più approfonditamente *infra*, sub 2.4.

ruolo del giudice nel suo accertamento.

La definizione del rischio era stata concretamente rimessa dalla direttiva 2008/115/CE alla legislazione degli Stati Membri¹⁸.

Nella legislazione italiana *post-d. l. 89/11* questa definizione è rinvenibile nell'art. 13 comma 4-*bis* T.U. Imm.¹⁹, che individua cinque "indici di rischio": *a*) il mancato possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità; *b*) la mancanza di idonea documentazione attestante la disponibilità di un alloggio; *c*) l'aver in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; *d*) l'aver violato il termine per la partenza volontaria, non avere ottemperato ad un ordine di allontanamento, avere violato un divieto di reingresso; *e*) avere violato una delle misure cautelari coercitive disposte obbligatoriamente dal questore ai sensi dell'art. 13 comma 5.2.

Si tratta di indici discutibili per la loro stessa sostanza²⁰. Per un verso rivelano la perdurante "ossessione coercitiva" del legislatore italiano. Per altro verso non è dato comprendere in che termini siano ricollegabili al «rischio di fuga». Infatti, se ad una prima lettura il tenore letterale della norma parrebbe suggerire una presunzione del «rischio» al ricorrere di «almeno una» delle circostanze contenute nell'elenco, non si dovrebbe giustificare il riferimento nella medesima unità normativa all'accertamento «caso per caso» da parte del prefetto del pericolo che «lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione».

Affiora un contrasto nella lettera della legge tra necessità di accertamento in concreto e presunzione *iuris et de iure* del rischio: contrasto che, tenuto conto dei valori in gioco e, soprattutto, delle conseguenze coercitive che l'integrazione troppo automatica del «rischio di fuga» può implicare²¹, non può che risolversi a favore dell'accertamento in concreto.

Occorre considerare che in materia di libertà personale il ricorso a presunzioni (*iuris et de iure*, ma anche *iuris tantum*, se esasperato dal legislatore²²), aumenta la probabilità

¹⁸ Cfr. art. 3, § 1, n. 7) della direttiva 2008/115/CE.

¹⁹ In coda ad un lungo catalogo di autonome situazioni ostative alla concessione del termine per la partenza volontaria, tra le quali la mancata richiesta dello straniero (art. 13, comma 4).

²⁰ Particolarmente incisive ed argomentate appaiono le considerazioni svolte da G. SAVIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 37 ed A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed il decreto legge di attuazione n. 89/11. Prime riflessioni a caldo*, p. 10 in *www.penalecontemporaneo.it*. Toni non meno critici sono rinvenibili anche nella Relazione della Corte di Cassazione sul d. l. 89/11, licenziata "a prima lettura" il 4 luglio 2011 (Rel. n. III/08/2011 reperibile su *www.cortedicassazione.it*).

²¹ Sia sul piano della mancata concessione del termine che sul piano – che più immediatamente ci interessa – della convalida della detenzione amministrativa.

²² Significativamente, in tal senso, E. MARZADURI, *Garanzia giurisdizionale e libertà personale degli extracomunitari nella disciplina dell'espulsione*, in *Soggetti deboli e giustizia penale*, Giappichelli, 2003, p. 30 che sottolinea come sia lo stesso requisito di «inviolabilità» della libertà personale a stridere con il ricorso a «momenti presuntivi». Più in generale, ci sembrano sempre attuali le considerazioni svolte da G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 346 che conclude: «Sarà illegittima [...] la legge che non predetermini in modo sufficientemente specifico la discrezionalità dell'applicatore, ma lo sarà altresì quella che, senza lasciargli alcuno spazio, categorizzi direttamente le ipotesi di restrizione delle libertà costituzionali, in modo non congruo ai fini che le consentono».

di esiti, in concreto, sproporzionati oltre che di inaccettabili livellamenti di situazioni che dovrebbero rimanere distinte²³.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata nel prisma del controllo pieno ed effettivo, impone di rigettare una ricostruzione di tipo presuntivo.

Pertanto, a voler fare un esempio, la precedente declinazione o attestazione di false generalità potrebbe, nel singolo caso, assumere un valore relativo rispetto alla risalenza nel tempo dell'episodio di mendacio e, altrettanto, potrebbe dirsi della stessa mancanza di passaporto, qualora risulti incolpevole o, comunque, non riconducibile alla chiara volontà dello straniero di ostacolare la propria identificazione²⁴.

La norma richiamata (art. 13 comma 4-*bis*) riguarda l'accertamento del rischio finalizzato ai provvedimenti amministrativi di espulsione e trattenimento ma, inevitabilmente, si riflette nel potere cognitivo del giudice.

Al controllo di quest'ultimo, non può essere preclusa, la valutazione, anche nel merito, delle circostanze addotte dal prefetto e dal questore a fondamento del rischio²⁵: valutazione da effettuare nell'udienza di convalida, previo contraddittorio fra gli interessati.

Con una precisazione: nel caso che il giudice non riscontri in assoluto il rischio di fuga, il diniego di convalida deriverà dalla disapplicazione del decreto di espulsione presupposto, mentre nel caso in cui il rischio sussista ma in concreto non sia di intensità tale da giustificare la massima forma di restrizione della libertà personale, il diniego dovrà giustificarsi alla stregua del principio di proporzionalità.

Rimane, infine, la questione della individuazione del rischio di fuga quale autonoma "esigenza" di trattenimento, slegata cioè da necessità di soccorso, identificazione, acquisizione di documenti per il viaggio e reperimento del vettore. La formulazione della norma è chiara nell'alludere a una rilevanza autonoma del requisito: nondimeno sembra difficile immaginare i margini per una tale applicazione in un sistema in cui l'accompagnamento alla frontiera dovrebbe essere «immediato». Detta in altri termini, non si vede per quale ragione debba essere differita l'espulsione di uno straniero "ad alto rischio di fuga", identificato, munito di titolo di viaggio e con vettore idoneo già individuato.

Il rischio di fuga è quindi un criterio per valutare, rispetto alle "classiche" esigenze dell'art. 14, comma 1 T.U. Imm., la necessità di restringere la libertà dello straniero ed, eventualmente, con quale grado di coercizione (mezzo).

²³ Opera una significativa connessione tra principio di eguaglianza e necessità che la legge assicuri la «massima rispondenza del fatto storico e fatto giuridicamente rilevato», G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 327.

²⁴ E, qui, l'analisi potrà e dovrà necessariamente muovere dalle condizioni personali dello straniero: si pensi alle donne presumibilmente vittime di tratta, il cui passaporto viene sovente "sequestrato" dalle organizzazioni criminali.

²⁵ In tal senso, ricorda come proprio in relazione alle ipotesi di cui all'art. 13, comma 3, Cost. vi debba essere tra le «valutazioni dell'«autorità giudiziaria» e quelle dell'«autorità di pubblica sicurezza» [...] che le hanno precedute, una certa omogeneità di impianto sostanziale, un'identità o affinità di caratteri» V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione*, cit., p. 167.

2.4. segue c): *il principio di proporzionalità ed il comma 2-bis dell'art. 19 T.U. nell'ottica «caso per caso»*

Restando in argomento, ci sembra quanto mai opportuna una breve digressione sul principio di proporzionalità e su una sua specifica applicazione.

Il principio di proporzionalità²⁶ costituisce l'architrave della disciplina ormai multilivello dei rimpatri e della connessa detenzione amministrativa: esso è alla base della logica «caso per caso»²⁷ e svolge un ruolo fondamentale nell'ambito di un sistema di "cautele" posto a garanzia dell'effettività del rimpatrio che le fonti europee esigono plurale e diversificato.

Nel senso che maggiormente rileva ai nostri fini, la proporzionalità è un criterio di scelta che tra più mezzi idonei disponibili orienta verso quello meno restrittivo²⁸.

In questi termini, il principio fornisce un criterio-guida al giudice in sede di convalida della detenzione amministrativa.

Pertanto, nell'udienza, il giudice dovrebbe respingere la richiesta del questore e negare la convalida della detenzione amministrativa, qualora dal contraddittorio emergesse che il rischio di fuga potrebbe ragionevolmente essere neutralizzato con altra misura meno afflittiva²⁹.

In relazione a tale opzione si dovrebbe, peraltro, riflettere sulle criticabili limitazioni

²⁶ Si tratta di un principio fondamentale del diritto europeo: originariamente elaborato dall'esperienza giuridica tedesca (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) esso è stato recepito – e, nel tempo, affinato – a livello comunitario dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. La "genesi" comunitaria del principio può ricondursi alle sentenze della Corte di Giustizia *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità* del 29 novembre 1956 (C-8/55) e *Mannesmann AG c. Alta Autorità* del 13 luglio 1962 (C-19/61). Ci sembra opportuno sottolineare come la proporzionalità si sia storicamente affermata nell'ambito del controllo giudiziale sull'esercizio di un potere pubblico. Esso, quindi, pur potendo costituire una regola di condotta per i pubblici poteri, è anzitutto uno strumento nelle mani del giudice per verificarne il corretto esercizio. In tali vesti, esso si struttura come un *test* a due, o tre, "gradini" (a seconda che se ne sposi la concezione "minimalista" o "massimalista"): l' idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto. Per una approfondita analisi dei concetti: D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998 e S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, 2008. Per la materia processuale penale una significativa ricostruzione e trasposizione del principio e dei criteri applicativi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca è stata offerta da R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia. Volume II - Procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 560.

²⁷ Sul punto G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni*, cit., p. 32 che valorizza significativamente l'argomento in chiave di interpretazione conforme.

²⁸ È il profilo della cd. "necessarietà", concetto spesso riassunto nella «imposizione del mezzo più mite». D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 17 s. Definisce la "necessarietà" («indispensabilità») come un «criterio misto di razionalità pratica e di opportunità politica», R. ORLANDI, *loc. ult. cit.*

²⁹ Misure identiche ma distinte da quelle previste dall'art. 13, comma 5.2. Si tratta di 1) consegna del passaporto; 2) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato; 3) obbligo di presentazione periodica alla autorità di p.s. territorialmente competente. Le singole misure sono espressamente cumulabili tra loro.

poste nella norma da ultimo richiamata per accedere alle misure meno afflittive: il possesso di passaporto³⁰ ed il non essere l'espulsione stata disposta per la cd. "pericolosità sociale"³¹.

Un'applicazione specifica e rafforzata del principio³², inoltre, potrebbe aversi nel caso in cui la richiesta di detenzione amministrativa riguardi soggetti «vulnerabili» riconducibili alle categorie del nuovo art. 19, comma 2-*bis*, T.U. Imm.³³: in questi casi, il giudice potrebbe non solo scrutinare con maggiore rigore l'intensità del rischio di fuga ma, anche, la maggiore afflittività della massima misura sullo specifico soggetto.

Si pensi, in particolare, alle vittime di tratta – "ospiti" non infrequenti dei nostri C.I.E. – per le quali la stessa ineluttabilità dell'esecuzione dell'espulsione potrebbe venir meno mediante l'attivazione di un percorso di protezione sociale *ex art.* 18 T.U. Imm.³⁴.

³⁰ La restrizione oltre a non trovare fondamento nelle previsioni europee, innesta nella disciplina interno l'ennesimo discutibile momento presuntivo *contra libertatem*. Sul punto si richiama ancora la citata Relazione della Corte di Cassazione del 4 luglio 2011 (Rel. n. III/08/2011). Non sembra, peraltro, inconcepibile l'idea di una disapplicazione *in bonam partem* della norma interna restrittiva per contrasto con la direttiva del 2008 nella parte in cui questa, esigendo l'esistenza di misure sufficienti ma meno coercitive del trattenimento, la cui applicazione debba valutarsi in relazione al caso concreto (art. 15 §1), ne postula anche l'effettiva fruibilità. L'abrogazione del limite per via legislativa, peraltro, sarebbe la soluzione preferibile.

³¹ In particolare, quella statisticamente più ricorrente prevista dall'art. 13, comma 2, *lett. c*). Si consideri che in tale ipotesi risulta a monte ed *ex lege* esclusa la possibilità di richiedere ed ottenere il rimpatrio volontario con concessione di termine (art. 13, comma 4, *lett. a*) e, quindi, l'unico "binario espulsivo" è quello totalmente coercitivo. Ciò, desta non poche perplessità, se si considera che tali soggetti vengono normalmente espulsi al momento della dimissione da un istituto penitenziario (ove, peraltro, se "definitivi", avrebbero già dovuto essere sottoposti alle procedure amministrative propedeutiche all'espulsione *ex art.* 16, comma 5, T.U. Imm.); si rischia così una irragionevole "continuità coercitiva" oltre che la mutazione del "trattenimento" *ex art.* 14 T.U. Imm. in una sorta di inquietante misura di sicurezza detentiva applicata da un giudice di pace.

³² Applicazione in cui viene in gioco, a parere di chi scrive, il "terzo gradino" del *test*: quello relativo alla cd. "proporzionalità in senso stretto": «criterio essenzialmente politico» (R. ORLANDI, *loc. ult. cit.*) che implica una ponderazione "sostanziale" tra mezzo e fine. Si tratta di una valutazione comparativa in cui il giudice rapporta, in concreto, tre elementi: 1. l'incisività dell'intervento nella sfera del singolo; 2. il peso e l'urgenza dell'interesse generale; 3. il peso dell'interesse individuale protetto dall'ordinamento. In tale ordine relazionale, ove l'incisività dell'intervento dovesse superare una certa soglia, l'interesse generale da curare (ed il mezzo che tende a realizzarlo in modo sproporzionato per eccesso) potrebbe recedere del tutto a fronte dell'interesse individuale. Sul punto D. U. GALETTA, *op. ult. cit.* p. 20

³³ Che riprende la definizione dell'art. 3 § 1 n. 9) della direttiva; riguardo a tale categoria di persone, benché non sia *tout court* vietata dalla fonte europea la detenzione amministrativa, deve comunque essere «prestata particolare attenzione».

³⁴ Percorsi con cui, spesso, la detenzione amministrativa interferisce in modo deleterio: da un lato ostacolandone l'avvio con la traumatizzazione dei soggetti realmente vulnerabili (si pensi alla giovane prostituta che venga detenuta insieme a prostitute più "anziane" e magari inserite nella stessa organizzazione che la sfrutta), dall'altro, soprattutto rispetto ai soggetti per così dire più "scafati", incentivando la strumentalizzazione dell'istituto come espediente per uscire dal C.I.E. e reinserirsi nel contesto deviante (come i pratici sanno, non è infrequente il fenomeno delle false denunce).

3. Il controllo sulla detenzione in itinere

3.1. Mutamento dei presupposti,

"riesame" a richiesta e revoca anticipata della detenzione

L'innovazione più contestata e contestabile della Direttiva 2008/115/CE ha riguardato l'innalzamento del limite massimo della detenzione amministrativa a 18 mesi³⁵.

Ciò rende ancor più pressante l'esigenza di una riflessione sul ruolo di controllo che il giudice deve assumere rispetto al protrarsi della detenzione.

Il sistema del T.U. Imm. e, segnatamente, il meccanismo "convalida-proroghe" già nell'assetto precedente presentava notevoli elementi di criticità che il legislatore del 2011 non ha ritenuto di dover affrontare mentre attuava – qui sì, entusiasticamente – le previsioni della direttiva sulla durata della detenzione nella loro massima estensione.

Ciò risulta ancora più stridente se si pensa che la stessa fonte europea prevede la possibilità³⁶ per i legislatori nazionali di implementare un apposito strumento per temperare l'«estenuante durata dei trattenimenti»³⁷: quello del riesame giudiziario ad intervalli regolari (*regular reviews*) attivabile a richiesta dello straniero o d'ufficio.

È stato correttamente sottolineato³⁸ come rispetto ad un tale meccanismo di garanzia non possa considerarsi equivalente l'istituto della proroga disciplinato dall'art. 14 comma 5 T.U. Imm., *in primis* perché non è attivabile dallo straniero.

Nella prospettiva che ci siam dati, a nostro modo di vedere, l'analisi della compatibilità delle norme del T.U. Imm. con la Costituzione e con la fonte europea passa, in questo punto, per una riconsiderazione della asserita rigidità dei termini di trattenimento: risale alle prime applicazioni dell'istituto, come noto, l'interrogativo se esistesse o meno il potere del giudice della convalida o della proroga di modulare in concreto la durata della restrizione³⁹.

La Corte Costituzionale, ha affrontato la questione già nel 2001, nella più volte richiamata sentenza n. 105, ritenendo «non affetta di irragionevolezza» la predeterminazione rigida da parte della legge dei singoli "segmenti restrittivi"⁴⁰; successive pronunce hanno poi

³⁵ L'art. 15 ai §§ 5 e 6 della direttiva prevede due segmenti massimi di durata: il primo "ordinario" di 6 mesi, subordinato alla permanenza delle condizioni che secondo la direttiva giustificano il trattenimento in origine (la sussistenza del rischio di fuga ovvero un comportamento dello straniero volto ad evitare od ostacolare la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento); il secondo di ulteriori 12 mesi nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa della mancata cooperazione da parte del cittadino di un Paese Terzo interessato, ovvero di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi Terzi.

³⁶ Art. 15 § 3 della direttiva.

³⁷ G. SAVIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 42.

³⁸ G. SAVIO, *loc. ult. cit.*

³⁹ Cfr. M. MASSENZ, *L'estensione dei poteri del giudice in sede di convalida del trattenimento: profili di costituzionalità in relazione all'art. 13 Cost.*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione. Atti del seminario tenutosi a Ferrara il 26 gennaio 2001*, Giappichelli, 2001, p. 140.

⁴⁰ Seppur con affermazioni non del tutto univoche: dopo aver sancito la citata «non irragionevolezza»

ribadito l'orientamento, dichiarando manifestamente infondate le successive ed analoghe questioni di legittimità⁴¹.

In questo quadro, le prassi meno garantiste, a nostro parere con una vistosa forzatura, hanno ritenuto che il potere di intervento del giudice sulla detenzione convalidata o prorogata rimanesse *medio tempore*, tra una udienza e l'altra, "congelato": secondo tale impostazione, il «giudice che procede» ex art. 14 T.U. Imm., dovrebbe intendersi come una sorta di giudice *ad acta*⁴², intermittente, che non può "metter bocca" sulla concreta durata della restrizione né, al di fuori del contesto della proroga, conoscere degli eventuali mutamenti dei presupposti⁴³.

Il giudice, quindi, non potrebbe revocare anticipatamente la detenzione.

Oggi, valorizzando anche le fonti europee, si può avanzare una riconsiderazione del tema.

Con una precisazione, però.

A ben vedere, il principale attrito tra una tale ricostruzione e la nozione costituzionale di riserva di giurisdizione non sta, in sé, nella natura "fissa" e non modulabile della durata dei singoli segmenti (30 o 60 giorni).

Una predeterminazione legale della durata massima della coercizione è ammissibile ed ammessa dal sistema: ne conosciamo un esempio nella materia processuale penale dove il giudice non ha (salvo una peculiare ipotesi⁴⁴) il potere di determinare in concreto la durata della restrizione cautelare ma può sempre essere sollecitato ex art. 299 c.p.p. dall'interessato a rivalutare i presupposti e le modificazioni eventualmente sopravvenute rispetto al

lezza», infatti, la Corte ha posto l'accento sulla previsione – tutt'ora – contenuta nell'art. 14 comma 1 T.U. Imm. secondo la quale lo straniero «è trattenuto per il tempo strettamente necessario». Importante, ci sembra, la conclusione che da ciò trae la Corte per far salvo il meccanismo e, cioè, che «concorrono le condizioni, la misura deve cessare prima dello spirare del termine ultimo». Cfr. punto 7 del «considerato in diritto». In dottrina, si vedano D. PICCIONE, *La crisi della giurisdizione*, cit., p. 3169 s. e F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in AA.VV., *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, 2009, p. 177.

⁴¹ C. Cost. ord. n. 385/01; C. Cost. ord. n. 35/02.

⁴² Si noti che, peraltro, esiste una norma che espressamente prevede un intervento giurisdizionale *in itinere*: l'art. 21, comma 6, del d.P.R. 394/99. Tale norma prevede che il «giudice che procede» possa autorizzare l'allontanamento temporaneo dello straniero dal centro nei casi di «imminente pericolo di vita di una familiare o un convivente» o per «altri gravi motivi di carattere eccezionale». Il riferimento all'eccezionalità contenuto nella norma, nonché la sua natura isolata e regolamentare sono però facilmente strumentalizzabili – e, spesso, sono stati strumentalizzati – in termini di «*ubi lex voluit...*» per escludere la continuità del potere di controllo sulla detenzione del «giudice che procede» al di fuori delle ipotesi di convalida e proroga.

⁴³ Tale ordine di idee, molto caro ai giudici di pace, ci sembra rintracciabile anche nella giurisprudenza della Cassazione rispetto alla irrevocabilità della decisione di convalida (quando, peraltro, il procedimento era espressamente disciplinato col richiamo all'art. 737 c.p.c.): Cass. Civ., Sez. I, 16 aprile 2002, n. 5462; Cass. Civ., Sez. I, 15 giugno 2004, n. 11268.

⁴⁴ Nel caso di misura cautelare disposta per l'esigenza probatoria di cui all'art. 274, comma 1, *lett. a)* c.p.p. Cfr. sul punto anche l'art. 292, comma 2, *lett. d)* c.p.p. che impone tale adempimento al giudice a pena di nullità.

momento applicativo della misura⁴⁵.

Con riferimento alla detenzione amministrativa ciò che manca e stride, quindi, non è tanto il fatto che il giudice non possa prorogare per 40 giorni piuttosto che per 60; ma, semmai, che il giudice non possa al decimo – o al quarantesimo giorno – dalla convalida valutare elementi sopravvenuti che incidano sui presupposti ed addivenire ad una revoca o una sostituzione della detenzione anche prima della nuova udienza di proroga: si pensi al grado del «rischio di fuga»⁴⁶, nonché ai mutamenti sul piano della proporzionalità rispetto alle condizioni di salute del soggetto, ovvero in ordine alla «ragionevole prospettiva di allontanamento»⁴⁷.

Oggi, l'irragionevolezza di tale complessivo assetto potrebbe essere oggetto di una nuova questione di legittimità costituzionale, anche in forza di una disparità di trattamento innescata nel T.U. Imm. dalle modifiche del 2011.

Omesso per il trattenimento, il meccanismo di “riesame” a richiesta, consigliato dalla direttiva, è stato invece espressamente attuato per le sole misure coercitive minori previste dall'art. 14 comma 1-*bis* T.U. Imm.: tali misure, infatti, risultano espressamente sostituibili o revocabili dal giudice di pace «su istanza dell'interessato, sentito il questore».

Non si comprende la *ratio* di una simile, paradossale discriminazione. Per quale motivo lo straniero sottoposto alla restrizione massima della libertà personale dovrebbe godere di un “diritto in meno” di quello le cui libertà siano ristrette in modo più blando? Per quale motivo lo straniero che, dopo la convalida o la proroga della detenzione, dovesse rientrare nella disponibilità del proprio passaporto o nella possibilità di documentare un domicilio non dovrebbe poter beneficiare di una misura più lieve?

3.2. *Il controllo in sede di proroga sul diligente espletamento delle attività amministrative legittimanti la detenzione*

Con riferimento al controllo giurisdizionale in sede di proroga, un aspetto di particolare interesse sembra quello connesso alla diligenza dell'attività amministrativa volta alla soddisfazione delle esigenze legittimanti la detenzione amministrativa.

L'art. 15 § 1 direttiva 2008/115/CE contiene due fondamentali regole di condotta (“durata minore possibile” e “diligente adempimento delle modalità di rimpatrio”) gravanti sulle autorità degli Stati Membri preposte al “trattenimento” e delle quali solo la prima trova espressa e generale menzione nel T.U. Imm.⁴⁸.

Il legislatore, recependo le previsioni europee e riscrivendo – male⁴⁹ – i presupposti

⁴⁵ Il parallelo è affrontato in F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale*, cit. p. 177.

⁴⁶ Si pensi, ad esempio al caso in cui emerga la disponibilità di un domicilio e la documentazione idonea a dimostrarla, ovvero lo straniero rientri nella disponibilità del proprio passaporto, etc.

⁴⁷ Art. 15 § 4 della direttiva.

⁴⁸ Ci si riferisce alla previsione (preesistente alle modifiche del 2011) contenuta nel comma 1 dell'art. 14 T.U. Imm che prescrive il mantenimento della detenzione «per il tempo strettamente necessario».

⁴⁹ Il comma 5 dell'art. 14 detta i presupposti legittimanti la proroga in termini irrazionali: secondo la lettera della legge, la prima proroga (di 30 giorni) dopo la convalida sarebbe, infatti, giustificabile

per le proroghe interne al primo limite massimo di 180 giorni non ha inserito riferimenti alla qualità dell'azione amministrativa da svolgersi tra un segmento di restrizione e l'altro; il requisito dell'“ogni ragionevole sforzo”, invece, riappare (in termini che sanno più di “copia-incolla” del testo della direttiva che di meditata scelta legislativa) nel novero dei presupposti della seconda serie di proroghe le quali possono estendersi per periodi di 60 giorni⁵⁰ fino al limite ultimo di ulteriori 12 mesi.

Il tema non si risolve solo in una questione di difformità dell'attuazione legislativa⁵¹: nella prassi, capita fin troppo spesso di riscontrare un controllo eccessivamente blando sulle modalità con cui la pubblica amministrazione si attiva, nel corso del precedente periodo di trattenimento, per porre fine alle «situazioni transitorie» che tale detenzione avevano in origine legittimato.

In particolar modo, quando le richieste della Questura sono fondate su esigenze di identificazione o acquisizione del cd. “lasciapassare”, può capitare (e spesso capita) che la proroga venga concessa a fronte di “giustificativi” quantomeno discutibili rispetto all'obbligo di diligenza, quale un semplice *fax* di sollecito trasmesso all'autorità consolare straniera nella stessa data della richiesta di proroga o in altra di poco antecedente⁵².

In tali casi, lo scrutinio di diligenza è quanto mai doveroso: anche nel corso dei primi 180 giorni il giudice dovrebbe sempre poter chiedere ragione alla pubblica amministrazione delle iniziative prese per ottenere una risposta dalle autorità consolari e valutare, ad esempio, il numero e la risalenza dei solleciti, la congruità – anche in ragione della detenzione presofferta – dei mezzi impiegati per interloquire⁵³. Diversamente, si potrebbe giungere a giustificare la restrizione di un diritto inviolabile sulla base di presupposti ed impedimenti che la stessa pubblica amministrazione potrebbe aver generato con la propria inerzia⁵⁴.

qualora si siano verificate «gravi difficoltà» rispetto alle sole esigenze di identificazione ed acquisizione di documenti di viaggio – quindi per un novero di presupposti più stretto di quelli legittimanti la convalida; mentre la proroga successiva (la prima di 60 giorni), diversamente, può di nuovo fondarsi su tutti i requisiti del comma 1 dell'art. 14 T.U. Imm (quindi anche soccorso, reperimento del vettore, pericolo di fuga, ove la si ritenesse esigenza autonoma) a prescindere dal fatto che sussistano le «gravi difficoltà» prescritte per la proroga precedente; stesso assetto per la terza proroga (la seconda di 60 giorni) che esaurisce il primo “scaglione” ordinario (180 giorni) dei termini massimi previsti dalla direttiva.

⁵⁰ «Di volta in volta, non superiore a» recita la legge; si noti che, qui, potrebbe mutare completamente la prospettiva che ha portato la Corte Costituzionale a far salva la natura “rigida” dei termini di proroga.

⁵¹ Anche se riteniamo che proprio su tale difformità possa e debba fondarsi l'interpretazione conforme dei requisiti previsti dall'art. 14, comma 5, T.U. Imm. per le singole proroghe adeguandoli tutti all'obbligo di diligenza previsto dalla fonte europea.

⁵² Magari rispetto ad una originaria richiesta di identificazione trasmessa, sempre a mezzo *fax*, uno o due mesi prima.

⁵³ Ed, in tal senso, potrebbe apparire incongruo, alla seconda o terza proroga, un mero sollecito via *fax*.

⁵⁴ Ricordano come il requisito della doverosa diligenza da parte dello Stato di espulsione sia richiesto anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, F. VIGANÒ - L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 567.

3. Conclusioni

Le questioni affrontate – seppur in modo rapsodico e senza alcuna pretesa di esaustività – pongono alcuni spunti per riflettere sulla compatibilità con la Costituzione e con il diritto europeo della riserva di giurisdizione disegnata dal T.U. Imm. e dalle prassi applicative fin qui affermatesi.

Dopo il 2011, a nostro parere, si pone in termini sempre più pressanti la necessità di una interpretazione doppiamente conforme (alla Costituzione e alla direttiva) di alcune norme del T.U. Imm., al fine di garantire maggior effettività al controllo giurisdizionale sulla detenzione amministrativa: in particolare, si pensa alla interpretazione delle norme che prevedono il controllo sulla legittimità del provvedimento di espulsione presupposto e di quelle che definiscono il rischio di fuga.

Per altre questioni⁵⁵, invece, si apre (o riapre) la via dell'incidente di costituzionalità. A nostro parere, in alcuni casi, tale scrutinio andrebbe invocato rispetto all'art. 13 comma 2 Cost. richiamando la necessità del "controllo pieno" indicato da C. Cost. n. 105/01.

Un'altra strada, inoltre, potrebbe dischiudersi per il tramite del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di Giustizia dell'Unione⁵⁶.

È, in ogni caso, auspicabile una pacata e complessiva rimediazione legislativa che riporti a razionalità e conformità una normativa ormai troppo stratificata e "pasticciata"⁵⁷.

In una prospettiva di riforma, un punto critico merita infine di essere segnalato: l'attribuzione a un giudice onorario del controllo sulla detenzione amministrativa..

Rimeditando in chiave europea l'intera disciplina viene, infatti, da chiedersi se la logica che nel 2004⁵⁸ aveva portato a modificare la competenza funzionale a favore del giudice di pace possa conservare ancora una sua validità.

All'epoca, il quadro normativo prevedeva la coercizione come forma ordinaria di espulsione ed il trattenimento come unica misura possibile⁵⁹: il timore di un sovraccarico del

⁵⁵ Ci riferiamo, in particolare, alla possibilità del riesame periodico della detenzione amministrativa a richiesta dello straniero. Sullo specifico tema, ulteriori parametri potrebbero ravvisarsi negli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. connesso all'art. 15 § 3 della direttiva 2008/115/CE, anche considerando che l'art. 14, comma 1-bis, T.U. Imm. attua l'istituto del riesame a richiesta, ma solo rispetto alle misure coercitive diverse dal trattenimento.

⁵⁶ Si pensi, in particolare, al possesso del passaporto quale limite all'accesso alle misure *ex art.* 14, comma 1-bis, T.U. Imm. Cfr. le considerazioni svolte da A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE*, cit., pp. 10 e 13 ove si sottolinea la natura sostanzialmente elusiva della norma rispetto agli obblighi comunitari.

⁵⁷ La «qualità del diritto nazionale» è un requisito necessario per la legittimità della detenzione ai sensi dell'art. 5 § 1, lett. f) CEDU, secondo costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Cfr. in tal senso, le sentenze rese nei casi *Chahal c. Regno Unito*, 25 ottobre 1996, ric. 22414/93, §112; *Amuur c. Francia*, 20 maggio 2006, ric. 19776/92, §50; *Rashed c. Repubblica Ceca*, del 27 novembre 2008, ric. 298/07, § 73. Che, oggi, gli artt. 13 e 14 del D. Lgs. 286/98 e le altre norme *extra-vaganti* in materia di detenzione amministrativa degli stranieri – quali gli artt. 21 e 35 del D. Lgs. 25/08 – rispettino tali *standard* di qualità è lecito dubitare.

⁵⁸ Si tratta del d. l. 241/2004 conv. nella l. 271/04.

⁵⁹ Ovviamente, non considerando l'ordine di allontanamento del vecchio art. 14, comma 5-bis, T.U. Imm.

tribunale monocratico poteva quindi apparire giustificato, ancorché non risolutivo. Aleggiava, inoltre, la convinzione – erronea – che gli automatismi coercitivi introdotti dalla cd. legge “Bossi-Fini”⁶⁰ rendessero di fatto il giudizio sui provvedimenti espulsivi e sulle restrizioni ad essi riconnesse, tutto sommato, semplice e “sommalizzabile”⁶¹.

Oggi le cose non stanno più così. È lecito dubitare di premesse reputate valide in passato⁶².

In un contesto in cui la detenzione amministrativa può sì protrarsi per un periodo significativo ma deve sempre costituire l'*extrema ratio* sia la normativa europea⁶³ sia la nostra Costituzione consiglierebbero, nella materia *de qua*, il ripristino della competenza giurisdizionale in capo all'organo che per posizione ordinamentale, poteri istruttori, competenze tecniche ed *habitus* mentale appare più idoneo a conoscere e tutelare il diritto alla libertà personale⁶⁴.

⁶⁰ L. n. 189/2002.

⁶¹ Esprime bene i termini di un tale *arrière pensée* la critica svolta da A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero. Relazione al convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Cagliari il 16-17 ottobre 2009, p. 10 reperibile all'indirizzo www.astrid-online.it.

⁶² Ricorda come la Corte Costituzionale (ord. n. 109/06) abbia schivato la censura sul punto con una strategia argomentativa poco convincente ed essenzialmente fondata sulla non manifesta irragionevolezza della scelta discrezionale del legislatore, A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, p. 34.

⁶³ È noto come anche la Direttiva 2008/115/CE a livello europeo sia stata fatta oggetto di aspre critiche delle ONG, specialmente rispetto all'innalzamento della durata massima della detenzione amministrativa ivi contemplato. In questi termini si è parlato, in passato, di “direttiva della vergogna”. Nondimeno, pur nella consapevolezza della natura non sempre univoca delle politiche migratorie dell'UE, riteniamo che un giudizio più equilibrato sulla direttiva in questione non possa non tener conto dell'esistenza, in quel *corpus* normativo, di un chiaro ed autonomo scopo di garanzia dei diritti fondamentali e della libertà personale. L'aspetto è, a nostro parere, correttamente valorizzato nella attenta lettura delle norme europee svolta da F. VIGANÒ - L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni*, cit., p. 564.

⁶⁴ Una critica netta alla scelta di attribuire al giudice di pace la competenza sulla convalida dell'accompagnamento e del trattenimento è stata svolta all'indomani della l. n. 271/04 da A. CAPUTO - L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2004, p. 13 s. Più di recente (in occasione del precedente innalzamento della durata massima della detenzione operato dalla l. n. 94/09), la critica è stata riproposta da A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, p. 28 e da P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 4, 2009, p. 94.