

## IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO IN ATTESA DI ESPULSIONE: UNA “TERRA DI NESSUNO” TRA ORDINE GIURIDICO E FATTO POLITICO

di Iside Gjergji

*«Donec sancta Themis  
scelerum tot monstra catenis vincita tenet,  
stat res, stat tibi tuta domus»\**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La disciplina dell'espulsione degli stranieri dall'unità nazionale alla Repubblica, tra diritto e prassi. - 2.1. La condizione giuridica dello straniero dall'unità nazionale alla prima guerra mondiale. - 2.2. La condizione giuridica dello straniero durante la prima guerra mondiale. - 2.3. La condizione giuridica dello straniero dal periodo fascista alla seconda guerra mondiale. - 2.4. L'espulsione dello straniero nella prassi amministrativa dello Stato liberale e fascista. - 2.5. L'influenza del diritto coloniale nella costruzione del diritto italiano sugli stranieri. - 3. I diritti dello straniero nella Costituzione del 1948. - 4. La disciplina dell'espulsione nella legislazione ordinaria. - 5. L'ingresso e l'evoluzione dell'istituto del *trattenimento* nell'ordinamento giuridico italiano. - 5.1. La legge n.40/1998. - 5.2. La legge n.189/2002. - 5.3. La legge n.271/2004. - 5.4. La legge n.155/2005. - 6. Alcune problematiche costituzionali dell'istituto del trattenimento. - 7. Il ruolo della Corte costituzionale. - 8. Brevi riflessioni sul ruolo dei *Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza* nell'attuale contesto socio-politico.

### 1. PREMESSA

Scopo del presente lavoro è quello di analizzare un profilo particolarmente controverso della disciplina sulla condizione giuridica dello straniero, ossia quello relativo al *trattenimento* dello stesso in un *Centro di Permanenza Temporanea e Assistenza*. Si vuole, cioè, esaminare e specificare il contenuto dell'istituto del trattenimento, quale disciplinato dalla legislazione in vigore e valutarne la compatibilità con i principi e le norme della Costituzione.

L'istituto del trattenimento degli stranieri espellendi, simbolo delle attuali politiche migratorie in Italia, è entrato di recente a far parte dell'ordinamento statale. Non può considerarsi, tuttavia, un'esperienza del tutto nuova nelle vicende dell'ordinamento giuridico dello Stato italiano. Nella legislazione liberale e fascista se ne possono trovare, infatti, alcune tracce significative.

Si è ritenuto opportuno, pertanto, iniziare il percorso analitico attraverso un'indagine storica delle linee essenziali della disciplina dell'*espulsione* degli stranieri (a partire dall'unità d'Italia ad oggi), nella consapevolezza che un approccio di tipo storico consente di evitare il rischio di astrattismi concettuali e di individuare, viceversa, le dinamiche reali che determinano il sorgere degli istituti giuridici<sup>1</sup>.

---

\* «Finché la santa Legge tiene tanti scellerati in catene, sta sicuro lo stato e la proprietà» [Distico iscritto sulla porta dell'ergastolo dell'isola di Santo Stefano e riportato in L. SETTEMBRINI, *Ricordanze della mia vita*, Editore A. Martello, Milano, 1944, p.87].

<sup>1</sup> Per un'analisi del rapporto tra “*jus*” e storia si veda il fondamentale saggio di G. FERRARA, *Il diritto come storia*, in “Diritto pubblico”, n.1/2005, pp.1-18.

## 2. LA DISCIPLINA DELL'ESPULSIONE DEGLI STRANIERI DALL'UNITÀ NAZIONALE ALLA REPUBBLICA TRA DIRITTO E PRASSI

### 2.1. La condizione giuridica degli stranieri dall'unità nazionale alla prima guerra mondiale

La condizione giuridica dello straniero, all'indomani dell'unificazione nazionale, era formalmente delineata dall'art.3 del codice civile del 1865, che così recitava: «*Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini*». La norma affermava - superando il principio di reciprocità, presente in quasi tutte le codificazioni europee dell'epoca, - «un principio di piena ed incondizionata equiparazione dello straniero al cittadino»<sup>2</sup>. Tale equiparazione non mancò di suscitare problemi interpretativi ed ampi dibattiti dottrinali, in particolare su ciò che concerneva la qualificazione giuridica del *diritto di soggiorno* dello straniero nello Stato. Si dibatteva, infatti, in dottrina, se il diritto di soggiorno rientrasse nella categoria dei diritti civili, spettanti ad ogni individuo indipendentemente dalla nazionalità, oppure se si dovesse considerare, piuttosto, come un vero e proprio diritto politico, attribuibile in modo assoluto al solo cittadino, in quanto membro dello Stato.

Una parte della dottrina affermava il carattere privato del diritto di soggiorno. Si sosteneva infatti che, essendo lo straniero parificato ai cittadini per il godimento dei diritti privati, gli era riconosciuto, in base all'art.3 del codice civile, anche il diritto di soggiorno. A questo orientamento aderiva Ferdinando Laghi, il quale partendo dal presupposto che «si può pensare l'uomo non già isolato, come fecero erroneamente taluni, ma membro solamente della società umana, dell'umanità, [...] membro, socio di una particolare società organizzata politicamente dallo Stato», affermava, di conseguenza, che allo straniero «il diritto di soggiorno [...] gli appartiene come uomo per le ragioni sovra esposte, gli appartiene come cittadino perché, entrando in uno speciale consorzio politico, indubbiamente partecipa, fra gli altri diritti sociali, anche a quello di muoversi e rimanere in modo invariabile nel territorio sociale». Di qui la conclusione che «il diritto di soggiorno non nasce esclusivamente dall'unione sociale sopra un territorio, ma logicamente preesiste a tale unione; è quindi un diritto privato, non un diritto politico»<sup>3</sup>. Anche Oreste Ranalletti, autore della trattazione più sistematica sul tema, sosteneva che «nel nostro ordinamento pubblico, come del resto in quello di tutti i paesi liberi, allo straniero è riconosciuta la facoltà di entrare nel territorio dello Stato, ed a lui, come al cittadino, è riconosciuto ancora il diritto di portarsi e fissare la propria sede in quel luogo, ove i suoi interessi lo possono chiamare», riconoscendo così anche allo straniero i diritti di libertà civile, intesi quali «facoltà dell'individuo della piena disponibilità dell'essere suo, in quelle direzioni, nelle quali l'attività tende agli scopi, che egli può avere come uomo, indipendentemente dalla qualità di membro dello Stato»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 1999, p.2

<sup>3</sup> F. LAGHI, *Il diritto internazionale privato nei suoi rapporti colle leggi territoriali*, Vol. I, Tip. L. Battei, Parma, 1888, p.204. Anche F. BIANCHI, *Un quesito sull'art.3 del Codice Civile italiano: osservazioni*, Tip. A. Bargellini, Siena, 1881, p.11, afferma che il *diritto di incolato* non appartiene alla categoria dei diritti politici, ma a quelli puramente civili, in virtù di quanto sancito dall'art.3 del Codice Civile. Egli osserva, infatti, che «la residenza personale è una facoltà che ha per oggetto un modo di esercizio della libertà individuale, che non è altro che un attributo naturale della persona umana, senza che implichi una partecipazione qualunque ai poteri dello Stato. E' dunque uno dei diritti inerenti alla qualità di uomo e di persona, che appunto per ciò si dicono civili o privati, e che la legge nostra ha voluto (come esigono la ragione ed il diritto naturale) che siano riconosciuti e rispettati anche dallo straniero».

<sup>4</sup> O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, Vol. IV, P.I, Soc. ed. libraria, Milano, 1904, p.999. Citazione riportata anche in C. CORSI, *Lo straniero e lo Stato*, Cedam, Padova, 2001, p.35.

La maggior parte della dottrina considerava, però, il diritto di soggiorno dello straniero quale diritto appartenente esclusivamente alla categoria dei diritti politici<sup>5</sup>. Si affermava, infatti, che il *diritto di incolato* era un diritto esclusivo del cittadino, in quanto esso derivava «dal rapporto pubblico, che, mediante la cittadinanza viene a stabilirsi tra lui ed il Governo, ed è naturale che non possa competere allo straniero». A questi può spettare pure il diritto di rimanere nel territorio dello Stato, ma «fino a tanto che non abbia perduto la facoltà di soggiornarvi, che in sostanza è la facoltà naturale che a ciascun uomo appartiene dell'uso innocuo della libertà in tutto il mondo»<sup>6</sup>.

Ovvio che dalla diversa interpretazione dell'art.3 del codice civile del 1865 scaturivano differenti interpretazioni in merito al potere dello Stato di espellere lo straniero: se il diritto di soggiorno avesse dovuto considerarsi un diritto privato, lo straniero non avrebbe potuto essere espulso, essendo un suo diritto quello di restare sul territorio dello Stato; se invece il diritto medesimo avesse dovuto considerarsi di natura politica, nessuno straniero avrebbe potuto invocarlo, così come non avrebbe potuto invocare altri diritti politici, riservati esclusivamente al cittadino. La diretta conseguenza di quest'ultima considerazione era che lo Stato avrebbe potuto esercitare nella maniera più discrezionale il potere di espulsione, poiché non avrebbe fatto altro che ritirare quella facoltà, che a solo titolo di cortesia e di favore, aveva accordato allo straniero nel momento in cui egli aveva chiesto ed ottenuto ospitalità sul territorio nazionale.

Il legislatore italiano, ispiratosi prevalentemente alle leggi francesi in materia di espulsione<sup>7</sup>, senza peraltro attingere al «grande modello delle costituzioni rivoluzionarie settecentesche»<sup>8</sup>, e aderendo sostanzialmente alla dottrina che considerava il diritto di soggiorno un diritto attinente esclusivamente alla categoria dei diritti politici, aveva finito per attribuire all'esecutivo un potere di espulsione pressoché illimitato.

---

<sup>5</sup> Cfr. P. ESPERSON, *Condizione giuridica dello straniero secondo le legislazioni italiana ed estere*, Tip. Bocca, Roma, 1892; P. FIORE, *Diritto internazionale privato, o Principii per risolvere i conflitti tra legislazioni diverse in materia di diritto civile e commerciale*, Le Monnier, Firenze, 1869.

<sup>6</sup> P. FIORE, *Diritto internazionale privato*, op. cit., p.288.

<sup>7</sup> Così sostiene, infatti, R. GARZIA, *L'espulsione degli stranieri*, Tip. S. Lapi, Città di Castello, 1899, p.18-19, il quale osserva come in Francia, la disciplina dell'espulsione fosse stata oggetto di vari interventi legislativi, e più precisamente egli afferma che: «nel 1792 il Governo francese aveva emanato una legge con la quale ordinava l'espulsione di tutti gli stranieri appartenenti agli Stati con i quali la Francia era in guerra. Nel 1832 una nuova legge, provocata dai timori di contagio dei moti rivoluzionari che attraversavano gli Stati europei vicini, autorizzava il Governo a designare un *domicilio fisso* ai rifugiati stranieri, e ad espellerli con un ordine firmato da un ministro. La legge del 3 dicembre 1849 concedeva al Ministro dell'Interno il diritto di espellere dal territorio francese, come misura di polizia, gli stranieri viaggianti o residenti. Nei dipartimenti di frontiera, il diritto di espulsione fu affidato ai Prefetti con l'obbligo di riferirne al Ministro dell'Interno. Chi non obbediva a questa misura e rientrava nel territorio francese dopo essere stato espulso, veniva condannato ad un mese di detenzione, scontata la qual pena veniva nuovamente condotto al confine. La legge del 1882 prevedeva la possibilità per il ministro dell'interno di ordinare, come misura di polizia, ad uno straniero viaggiante o residente in Francia, l'uscita dal territorio francese e la riconduzione alla frontiera, quando si trattava di cittadini stranieri condannati dai tribunali francesi od esteri, per crimini e delitti di diritto comune. Ogni straniero che comprometteva la sicurezza dello Stato poteva essere espulso in virtù di un decreto del Consiglio dei Ministri». Anche il decreto del Presidente della Repubblica, del 3 ottobre 1888, che si rivolgeva in particolare alla categoria degli stranieri residenti, introducendo per questi ultimi l'obbligo di dichiarazione di soggiorno, confermava sostanzialmente il potere del Governo francese in materia di espulsione. Con il decreto del 2 aprile 1917 furono, poi, imposte maggiori restrizioni in materia di ingresso dello straniero in Francia. Cfr., sul tema, anche G. NOIRIEL, *Le creuset français*, Seuil, Paris, 1988.

<sup>8</sup> U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Il Mulino, Bologna, 1989, p.501. L'A. afferma inoltre che «nella storia del liberalismo italiano, le insufficienze di garanzia e di realizzazione delle libertà fondamentali dei cittadini, in forma individuale e di gruppo, sono [...] quelle che spiccano di più a prima evidenza» (p.500).

Il codice penale dell'epoca prevedeva, infatti, agli artt.439 e 446<sup>9</sup>, la possibilità per l'autorità giudiziaria di espellere, quale sanzione penale accessoria, gli stranieri condannati per i reati di mendicizia e vagabondaggio, ma soltanto previa autorizzazione del Ministro dell'Interno<sup>10</sup>. La legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865, n.2248, allegato B, all'art.73<sup>11</sup>, attribuiva, inoltre, un potere *suppletivo* di espulsione degli stranieri, già condannati dall'autorità giudiziaria per i reati di ozio e vagabondaggio, all'autorità politica<sup>12</sup>. Questa veniva così autorizzata a tradurre gli stranieri ai confini dello Stato e, qualora si trattava di stranieri di incerta nazionalità, era previsto che la stessa autorità politica potesse assegnare loro «*un luogo di confino*»<sup>13</sup>, sino a che non fosse stato possibile procedere all'espulsione. Lo stesso trattamento era riservato anche agli stranieri che erano stati condannati per reati contro la proprietà.

L'enorme potere di espulsione attribuito agli organi amministrativi dello Stato post unitario si ergeva, quindi, come un invalicabile limite nell'esercizio pieno dei diritti formalmente riconosciuti allo straniero dall'art.3 del codice civile del 1865. Il potere di espulsione dei suddetti organi era ulteriormente rafforzato dall'art.9 della legge 20 marzo 1865, n.2248, - che attribuiva agli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza il compito di «*vegliare all'osservanza delle leggi ed al mantenimento dell'ordine pubblico*» - e da un sistema di circolari amministrative che, spesso, travalicando anche il potere legislativo, arrivavano a costituire un sistema "normativo" autonomo<sup>14</sup>.

Verso la fine del secolo, la disciplina dell'espulsione dello straniero - a seguito dell'entrata in vigore del codice penale Zanardelli (1889) e del nuovo T.U. di pubblica sicurezza, Legge 30 giugno 1889, n.6144, e del relativo regolamento di esecuzione - subiva alcune modifiche. Il codice penale Zanardelli cancellava quelle norme che prevedevano l'espulsione dal territorio nazionale quale sanzione penale accessoria, attribuendo così all'espulsione soltanto una funzione preventiva e non più afflittiva. L'intera disciplina dell'espulsione dello straniero era, dunque, regolamentata dagli artt.90, 91, 92 e 93 della nuova legge di pubblica sicurezza e 87, 88, 89, 90 del relativo regolamento di attuazione.

L'art.90 della legge di pubblica sicurezza prevedeva il potere del Ministro dell'Interno di ordinare «*per motivi di ordine pubblico*» l'espulsione e la conduzione alla frontiera dello «*straniero di passaggio o residente nel Regno*» e l'art.92 della sopra citata legge stabiliva che i Prefetti delle Province di confine potevano, «*per motivi di ordine pubblico, allontanare dai Comuni di frontiera in caso di urgenza e riferendone al ministro, gli stranieri di cui*

<sup>9</sup> L'art.439 del codice penale disponeva che: «*Ove i vagabondi dichiarati tali siano stranieri, saranno espulsi dai Regii Stati; ed in caso che vi rientrassero saranno puniti col carcere estensibile ad un anno*». L'art.446, comma 2, del codice penale stabiliva che: «*Se il mendicante è straniero, avrà luogo quanto disposto dall'art.439*».

<sup>10</sup> In base all'art.86 del Regolamento di attuazione, Regio Decreto 18 maggio 1865, n.2336, l'espulsione dello straniero dallo Stato, non poteva aver alcun effetto senza la preventiva approvazione del Ministro dell'Interno. Cfr. G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, op.cit. p.3.

<sup>11</sup> Art.73 della Legge 20 marzo 1865, n.2248, allegato B, così disponeva: «*Quindici giorni prima che il condannato per ozio o vagabondaggio abbia scontata la pena, Il Ministero Pubblico ne darà avviso all'autorità politica del circondario. Scontata la pena, se si tratta di non regnicolo, l'autorità politica potrà farlo tradurre ai confini, per essere espulso dallo Stato. Qualora non sia possibile conoscerne la nazionalità ed il luogo dove possa essere avviato o ricevuto, la stessa autorità politica potrà assegnargli un luogo di confino, sino a che si possa procedere alla sua espulsione. Lo stesso si praticherà per i non regnicoli stati condannati per i reati contro la proprietà*».

<sup>12</sup> «Con le leggi del 1865 e quella successiva del 1889 si impianta e si perfeziona nel nostro ordinamento quel sistema delle misure di sicurezza *ante-delictum*, destinato a sopravvivere fino ai nostri giorni, sia pure con significative trasformazioni, e che rappresenta senza alcun dubbio l'aspetto più sintomatico della debolezza intrinseca del modello di tutela statutario della libertà personale», P. CARETTI, *La libertà personale nella Costituzione*, in "Questione giustizia", n.2-3/2004, p.227.

<sup>13</sup> Questa previsione costituisce, senza dubbio, una sorta di «*peccato originale*» in tema di detenzione degli stranieri in attesa di espulsione.

<sup>14</sup> Cfr. sul punto G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, op.cit., p.3.

*all'art.90, e respingere dalla frontiera gli stranieri che non sappiano dar contezza di sé, o siano sprovvisti di mezzi».*

La notevole imprecisione del legislatore nella formulazione della norma contenuta nell'art.92 diede luogo a differenti interpretazioni. Parte della dottrina riteneva, infatti, che il legislatore, con questa disposizione, avesse voluto, in certi casi, accordare ai Prefetti di frontiera la stessa facoltà del Ministro dell'Interno. Altri sostenevano, invece, che, esaminando attentamente lo spirito e la lettera della legge, si poteva evincere che il legislatore, affermando che «*i Prefetti delle Province di confine possono, per motivi di ordine pubblico, allontanare dai Comuni di frontiera [...] gli stranieri...*», non intendeva accordare ai Prefetti la facoltà di espellere gli stranieri dal territorio del Regno «bensì la facoltà d'internarli maggiormente nel Regno, allontanandoli così dalla frontiera, allo scopo di metterli maggiormente sotto la sorveglianza e la mano della autorità italiana»<sup>15</sup>. In base a questo orientamento dottrinale, ai Prefetti venivano attribuiti due distinti poteri: a) quello di inviare, temporaneamente, verso l'interno gli stranieri condannati e pericolosi («*allontanare dai Comuni di frontiera [...] gli stranieri di cui all'art.90*») e b) quello di respingere alla frontiera gli stranieri che non erano in grado «*di dar contezza di sé*», oppure perché privi di mezzi economici.

Per tutti coloro che trasgredivano all'ordine di allontanamento emanato dal Ministro o dal Prefetto, era prevista la pena di cui all'art.434 del codice penale<sup>16</sup>.

Appare opportuno, inoltre, sottolineare che l'espressione «*per motivi di ordine pubblico*», adoperata dal legislatore dell'epoca, rappresentava una formula fin troppo vaga ed incompleta, che finiva, inevitabilmente, per consegnare al Ministro dell'Interno il totale arbitrio del potere di espulsione.

Con il R.D. 14 novembre 1901, n.466, si tentò di limitare la facoltà dell'espulsione degli stranieri, deferita dalla legge di pubblica sicurezza al Ministro dell'Interno, prescrivendo (all'art.1, n.12) che sulle proposte di espulsione si dovesse acquisire il parere del Consiglio dei Ministri. Tale previsione normativa aveva come obiettivo quello di circondare i provvedimenti di espulsione di maggiori controlli da parte del Governo, al fine di evitare eventuali ripercussioni nell'ambito della politica estera.

Può affermarsi, quindi, che durante il periodo liberale la disciplina dell'espulsione, era totalmente affidata alla discrezionalità del Governo e dell'autorità amministrativa<sup>17</sup>.

Questa sconfinata discrezionalità del potere esecutivo non incontrava limiti neanche in ambito giurisdizionale, in quanto la normativa all'epoca vigente non esplicitava quali fossero le garanzie giurisdizionali a cui avrebbe potuto far ricorso lo straniero ingiustamente colpito dal provvedimento ministeriale, o prefettizio, di espulsione. Sul punto la dottrina appariva divisa. Alcuni studiosi affermavano che lo straniero interessato avrebbe potuto ricorrere al Tribunale al fine di ottenere il riconoscimento del *diritto a soggiornare* nel territorio dello Stato. L'autorità giudiziaria veniva considerata competente a trattare la controversia, non tanto perché in grado di sospendere od annullare un atto amministrativo, ma perché avrebbe potuto, quanto meno, rilevare l'esistenza di un diritto violato. Nell'ipotesi di conflitto creatosi tra la sentenza del Tribunale ed il decreto di espulsione, la decisione definitiva doveva comunque essere attribuita al Consiglio di Stato<sup>18</sup>. Altri studiosi sostenevano, invece, che l'unica possibilità di opposizione al provvedimento di espulsione

<sup>15</sup> R. GARZIA, *L'espulsione degli stranieri*, op. cit., p.27.

<sup>16</sup> L'art.434 del codice penale Zanardelli disponeva che: «*Chiunque trasgredisce ad un ordine legalmente dato dall'Autorità competente, ovvero non osserva un provvedimento legalmente dato dalla medesima per ragione di giustizia o di pubblica sicurezza, è punito con l'arresto sino ad un mese o con l'ammenda da lire venti a trecento*».

<sup>17</sup> «La discrezionalità ricorre quando è rimesso all'autorità il completamento di concetti pratici di valore, ossia di quei concetti concernenti il valore o il disvalore di una realizzazione», M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, p.35.

<sup>18</sup> Cfr. F. GARZIA, *L'espulsione degli stranieri*, op.cit., pp.54-66.

era rappresentata dal ricorso in via straordinaria al Re (comunque privo di ogni garanzia di contraddittorio), oppure era da considerare del tutto improponibile, in quanto il provvedimento di espulsione rientrava tra gli atti compiuti dall'autorità amministrativa nell'esercizio del potere politico<sup>19</sup>.

## 2.2. La condizione giuridica dello straniero durante la prima guerra mondiale

L'avvento della prima guerra mondiale determinò un decisivo peggioramento della condizione giuridica dello straniero. Il conflitto mondiale trasformò gli stranieri da «persone solo potenzialmente pericolose [...] in persone immediatamente sospette, da assoggettare ad un sistema rigido di controlli»<sup>20</sup>. Il provvedimento che segnò una svolta decisiva nelle politiche legislative riguardanti la condizione giuridica dello straniero fu il Regio Decreto 2 maggio 1915, n.634 (reiterato più volte fino al 1922 e, in seguito, adottato dal legislatore fascista nel 1923), il quale ampliò in maniera significativa i limiti alla libertà di movimento e di soggiorno degli stranieri in Italia. Da quel momento in poi nessuno straniero poteva far ingresso in Italia se non munito di passaporto e di visto d'ingresso (art.1 del R.D. citato). Venne, pertanto, cancellata la possibilità di dimostrare diversamente l'identità personale. Si stabilì inoltre l'obbligo per gli stranieri, anche di passaggio, di presentarsi all'autorità di polizia, entro ventiquattro ore dall'ingresso nel territorio, per rilasciare una dichiarazione di soggiorno al fine di dare contezza circa: *a)* le generalità complete; *b)* il luogo di provenienza; *c)* il tempo già trascorso nel Regno; *d)* i motivi dell'ingresso in Italia; *e)* il periodo da trascorrere in Italia; *f)* il luogo di domicilio; *g)* le proprietà possedute nel Regno e le condizioni economiche generali; *h)* l'adempimento degli obblighi di servizio militare presso lo Stato di provenienza (art.2).

L'obbligo di presentarsi all'autorità di polizia sussisteva per ogni successivo spostamento di domicilio (art.3). Le dichiarazioni indicate negli artt.2 e 3 del R.D. n.634/1915 dovevano essere fatte «*in iscritto*» (art.4). Inoltre, ogni rapporto di tipo lavorativo, compresi anche quelli di tipo commerciale, tra cittadini italiani e cittadini stranieri doveva essere denunciato all'autorità di polizia (artt.10 e 14). Si stabiliva, oltre al resto, l'obbligo dello straniero di sottoporsi a rilievi fotografici, dattiloscopici ed antropometrici qualora vi fossero fondati motivi «*di dubitare delle generalità*» (art.15) e si estendeva ulteriormente il potere del Prefetto (previa autorizzazione del Ministro dell'Interno) di espellere gli stranieri, compresi coloro che venivano denunciati (seppur non condannati) per la violazione di semplici contravvenzioni (art.17).

## 2.3. La condizione giuridica dello straniero dal periodo fascista alla seconda guerra mondiale

Il regime fascista, con il Regio Decreto 25 gennaio 1923, n.64<sup>21</sup>, il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (Regio Decreto 18 giugno 1931, n.773) ed il rispettivo Regolamento di attuazione (Regio Decreto 6 maggio 1940, n.635), ha sostanzialmente attribuito carattere di stabilità alla normativa sviluppatasi durante il periodo della prima guerra mondiale<sup>22</sup>, recependo quasi integralmente il contenuto delle norme sancite nel Regio Decreto 2 maggio 1915, n.634. Si trattava senza dubbio di norme «la cui funzione essenziale era quello di

<sup>19</sup> Cfr. P. ESPERSON, *Il decreto di repulsione e la IV sezione del Consiglio di Stato*, in "Arch. Giur.", Vol.LV, p.598; F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Riccardo Marghieri di Giuseppe edit., Tip. Angelo Trani, Napoli, 1890.

<sup>20</sup> G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, op. cit., p.11

<sup>21</sup> Il R.D. 25 gennaio 1923, n.64, provvedeva a cancellare la norma che stabiliva l'obbligo di munirsi di passaporto e visto di ingresso e aumentava il limite di tempo entro il quale bisognava presentarsi all'Autorità di pubblica sicurezza a seguito dell'ingresso (da ventiquattro ore a tre giorni).

<sup>22</sup> G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, op.cit., p.12, rileva che: «il fascismo conferisce a questa normativa carattere stabile [...] in un primo tempo, col R.D.L. 25 gennaio 1923, n.64, e successivamente trasfondendone in modo pressoché integrale il contenuto del nuovo T.U. di pubblica sicurezza e nel relativo regolamento».

controllare gli spostamenti e l'attività del singolo straniero»<sup>23</sup>. Ciò si evince con estrema chiarezza osservando anche il tenore letterale delle norme contenute nel Capo II del Titolo V del T.U.L.P.S. sopra citato, interamente dedicato agli stranieri «*da espellere e da respingere dal regno*».

L'espulsione poteva avvenire sia tramite l'accompagnamento coattivo alla frontiera, sia con il foglio di via obbligatorio, ma gli stranieri muniti di foglio di via obbligatorio non potevano allontanarsi dall'itinerario tracciato dalla polizia, pena l'arresto da uno a sei mesi (art.152, comma 3, del T.U.L.P.S.). L'espulsione aveva carattere definitivo (almeno fino a quando lo straniero non fosse riuscito ad ottenere dal Ministro dell'Interno una speciale autorizzazione di reingresso), e per i trasgressori era prevista la pena dell'arresto da due a sei mesi (art.151 del T.U.L.P.S.). L'art.262<sup>24</sup> del regolamento di attuazione del T.U.L.P.S. (R.D. 6 maggio 1940, n.635), trasformava, allo stesso tempo, la dichiarazione di soggiorno dello straniero in un «*nulla osta*», conferendo, così, una «*ambigua potestà*»<sup>25</sup> all'autorità di pubblica sicurezza. La «*ricevuta*» prevista dall'art.262 sopra menzionato, che avrebbe dovuto essere una mera certificazione della regolare esibizione dei documenti dello straniero al momento del suo ingresso in Italia, si trasformò, in questo modo, e col passare del tempo in un vero e proprio «*permesso di soggiorno*». Tale processo fu reso possibile anche a causa dell'illimitata discrezionalità dell'autorità di polizia.

L'art.271 del regolamento di attuazione provvedeva, invece, a disporre, «*in ogni caso*» il respingimento alla frontiera, o l'espulsione, di tutti gli stranieri «*indigenti*», oppure di tutti coloro che esercitavano «*il meretricio o mestieri dissimulanti l'ozio o il vagabondaggio o la questua*».

Il codice Rocco<sup>26</sup> reintrodusse, inoltre, la fattispecie dell'espulsione nel codice penale, quale misura di sicurezza avente carattere obbligatorio<sup>27</sup> e, quindi, sottratta alla concreta valutazione del giudice, in virtù di una valutazione preventiva operata dal legislatore penale<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, Annali XIV, in *Storia d'Italia*, a cura di L. VIOLANTE, Einaudi, Torino, 1998, p.1035.

<sup>24</sup> Art.262, del R.D. n.635/1940, stabiliva che: «*L'autorità di pubblica sicurezza, esaminati i documenti che lo straniero esibisce per comprovare la sua dichiarazione, ed accertata l'identità del dichiarante, gli rilascia ricevuta, qualora nulla osti alla permanenza di lui nel regno, e trasmette al questore il duplicato della scheda*».

<sup>25</sup> F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, op.cit., p.1036.

<sup>26</sup> Nel progetto iniziale del codice penale Rocco si prevedeva, all'art.241 (art.235 del codice penale), che lo straniero, il quale trasgrediva all'ordine di espulsione dal territorio dello Stato, emesso dal giudice, doveva essere assegnato a una *colonia agricola* o ad una *casa di lavoro* per un tempo non inferiore ad un anno. Tale disposizione, tuttavia, venne successivamente modificata in sede di approvazione definitiva del codice penale, in quanto si ritenne inutile stabilire misure speciali quando lo scopo di sicurezza, che si intendeva conseguire, si poteva ottenere parimenti con l'applicazione delle sanzioni stabilite dalla legge di pubblica sicurezza (art.152 del T.U.L.P.S.) per il caso di infrazione all'ordine di espulsione emanato dall'autorità amministrativa. Ciò anche in considerazione del fatto che l'ordine di espulsione, nonostante fosse emanato dal giudice, rientrava comunque nella categoria dei provvedimenti che imponevano misure di sicurezza, conservando quindi un carattere obiettivamente amministrativo. L'ipotesi dell'infrazione dell'ordine di espulsione riguardava, inoltre, l'esecuzione del provvedimento, che, a tutti gli effetti, era affidata all'Autorità di pubblica sicurezza. Cfr. la relazione del Ministro Guardasigilli Rocco, presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930, per l'approvazione del testo definitivo del nuovo codice penale, pubblicata in *Disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale* (R.D. 28 maggio, n.601), *corredata dalle relazioni a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli*, Utet, Torino, 1931, pp.86-87.

<sup>27</sup> L'art.235 del codice penale Rocco disponeva che: «*L'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato è ordinata dal giudice, oltre che nei casi espressamente preveduti dalla legge, quando lo straniero sia condannato alla reclusione per un tempo non inferiore a dieci anni*», mentre l'art. 312 del codice penale sanciva che: «*Lo straniero, condannato a una pena restrittiva della libertà personale per taluno dei delitti preveduti da questo titolo, è espulso dallo Stato*».

<sup>28</sup> Cfr. V. MANZINI, *Diritto penale*, Utet, Torino, 1942, p.316.

#### 2.4. L'espulsione dello straniero nella prassi amministrativa dello Stato liberale e fascista

Nella fase applicativa delle norme contenute nelle varie leggi di pubblica sicurezza «la prassi amministrativa ha svolto un ruolo decisivo di *integrazione normativa*»<sup>29</sup>.

La prassi amministrativa si formava, essenzialmente, sulla base delle direttive emanate dagli uffici ministeriali centrali e gerarchicamente superiori, a quelli periferici e di grado inferiore. Lo strumento utilizzato per trasferire i contenuti di tali direttive era la circolare che, tra le possibili interpretazioni della norma statale, imponeva l'osservanza di quella prescelta dal Ministero. Attraverso le circolari si dettavano i tempi e le modalità di attuazione delle leggi e dei regolamenti e, nel contempo, si legittimava il consolidamento di prassi non previste dalla normativa, e spesso contrastanti con quest'ultima. Le circolari del Ministero dell'Interno, ad esempio, stabilivano le ipotesi in cui intere categorie di stranieri - indipendentemente dai comportamenti effettivi - dovevano essere espulse e prevedevano inoltre gli strumenti mediante i quali l'espulsione doveva avvenire: con foglio di via obbligatorio oppure con accompagnamento coattivo alla frontiera<sup>30</sup>. Tra le modalità di esecuzione delle espulsioni imposte dalle circolari ministeriali erano previste anche ipotesi non contemplate dall'ordinamento. Ciò avveniva, ad esempio, nel caso delle c.d. espulsioni «*a rischio e pericolo*» dello straniero. L'espulsione «*a proprio rischio e pericolo*» (definizione del Ministero dell'Interno) consisteva nel porre gli stranieri colpiti dal provvedimento di espulsione, e sprovvisti di mezzi e/o documenti, nelle condizioni di attraversare clandestinamente la frontiera dei Paesi confinanti con l'Italia<sup>31</sup>. L'esigenza di ricorrere a questa particolare modalità di allontanamento veniva principalmente giustificata dalla difficoltà di reperire i documenti degli stranieri espellendi e dall'impossibilità concreta di far fronte alle spese necessarie per il rimpatrio degli stessi nei Paesi di appartenenza. Gli stranieri espulsi venivano esposti, in questo modo, al rischio di sanzioni amministrative e penali da parte delle autorità di polizia dei Paesi confinanti con l'Italia (Jugoslavia, Austria, Svizzera e Francia). Accadeva spesso, infatti, che gli espulsi secondo le modalità indicate dal Ministero venissero respinti nuovamente in Italia, poiché considerati «clandestini» dalle autorità dei Paesi stranieri in cui avevano irregolarmente fatto ingresso.

Per l'esecuzione dell'espulsione «*a rischio e pericolo dello straniero*», il Ministero dell'Interno aveva predisposto un sistema operativo efficace, in collaborazione con le Prefetture e gli uffici della polizia di frontiera<sup>32</sup>. Prova ne sono i frequenti quesiti posti, al

<sup>29</sup> F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, op.cit. p.1035. Cfr., in tal senso, anche P. VIRGA, *Il diritto di soggiorno degli stranieri*, in «Rivista di Polizia», 1952, pp.542 e ss.; D. A. CAPONERA, *Gli stranieri in Italia: condizione giuridico-amministrativa secondo la legislazione italiana*, Giuffrè, Milano, 1957; A.M. CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Giuffrè, Milano, 1980; B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>30</sup> Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno, prot.n.443/56007 del 12 marzo 1938 (Arch. Centrale dello Stato, Massime di P.S., Busta 27), che testualmente recita: «In occasione di fermo di stranieri sprovvisti di mezzi e di documenti, vengono adottati i seguenti provvedimenti: 1) se il Consolato competente attesti la cittadinanza dello straniero fermato e fornisca di un foglio di legittimazione valido per l'uscita da Regno, si adotta il provvedimento di allontanamento dall'Italia munendolo di *foglio di via obbligatorio* per la frontiera che vorrà prescegliere; 2) se il Consolato competente dichiara di non essere in grado di riconoscere la sudditanza dello straniero fermato e se ne disinteressa, si fa luogo *all'accompagnamento alla frontiera a mezzo di agenti di polizia*; 3) se il Consolato subordina il rilascio del documento d'identificazione all'esito delle informazioni che richiede in patria e che sovente pervengono dopo alcuni mesi, ad evitare ulteriore detenzione dello straniero fermato, si provvede al suo accompagnamento alla frontiera che vorrà prescegliere perché *a suo rischio e pericolo* abbandonare il territorio nazionale».

<sup>31</sup> Cfr. in particolare le circolari del Ministero dell'Interno n.47381/443 e n.47382/443 del 1939 (Arch. Centrale dello Stato, Massime di P.S., Busta 26).

<sup>32</sup> Esplicativa appare, a tal proposito, una relazione del Sottoprefetto di Trieste, inviata al Ministero dell'Interno in data 3 ottobre 1925, prot.n.104-672 Gab., (Arch. Centrale dello Stato, Massime di P.S., Busta 26), che così recita: «Pregiomi trasmettere copia d'un rapporto recentemente presentatomi dal Commissario di P.S. di confine in ordine ad inconvenienti, che si verificherebbero in conseguenza del fatto che settimanalmente

Ministero dell'Interno, dagli uffici periferici dello Stato, oppure le informazioni che questi inviavano al Ministero circa i valichi di frontiera meno controllati o le più opportune modalità di fuoriuscita clandestina degli stranieri dall'Italia<sup>33</sup>.

Un altro profilo rilevante, che emerge dalla lettura delle circolari ministeriali e delle comunicazioni riservate tra il Ministero dell'Interno e gli uffici periferici dello Stato, è quello del "trattenimento" di fatto degli stranieri in attesa di espulsione. Il "trattenimento" avveniva solitamente presso gli uffici di polizia dei valichi di confine (molto spesso a tempo indeterminato proprio perché si trattava di un "trattenimento" abusivo) ed era frequentemente disposto nei confronti degli stranieri sprovvisti di documenti di identità oppure nei confronti di coloro che, espulsi a loro «rischio e pericolo», venivano nuovamente respinti in Italia<sup>34</sup>.

La prassi che si era determinata, durante il periodo liberale e fascista, nell'ambito dell'esecuzione dell'espulsione degli stranieri, ed anche nella definizione concreta della loro condizione giuridica, subì un notevole peggioramento durante gli anni della seconda guerra mondiale.

Le circolari contenenti ordini sull'internamento, il confinamento, l'invio nei campi di concentramento, l'espulsione degli ebrei (stranieri e non) e degli zingari<sup>35</sup> appaiono particolarmente rilevanti nella costruzione concreta delle suddette prassi.

## 2.5. L'influenza del diritto coloniale nella costruzione del diritto italiano sugli stranieri

Il potere assoluto conferito al Governo ed alla autorità di polizia nella gestione della mobilità fisica e lavorativa degli "stranieri" (qui intesi anche come categoria che include tutti gli "estranei" - stranieri, oppositori politici, lavoratori<sup>36</sup>, ebrei<sup>37</sup>, zingari - al sistema

vengono dall'interno avviate qui persone da far uscire dal regno a proprio rischio e pericolo. Effettivamente il servizio è alquanto imbarazzante, perché molte volte si tratta di gruppi piuttosto numerosi ed occorre dividerli, trattenerne qualcuno in carcere per aver tempo di accompagnare in camion, per via ordinaria e nelle ore serali, gli altri allo scopo di farli nella notte condurre da pattuglie di Guardia di Finanza in qualche punto nei boschi, che sono sulla linea di confine, e così farli uscire. Più volte capita che con questi tali vi siano donne e bambini, e la cosa, che non può del tutto celarsi alla gente che vive di qua del confine, assume un aspetto difficile a definirsi».

<sup>33</sup> Cfr. nota del 24 settembre 1939 del Prefetto di Torino, inviata al Ministero dell'Interno, ove si comunica che: «Valichi stradali et ferroviario et intera linea frontiera questa provincia sono particolarmente sorvegliati in considerazione attuale situazione politico-militare. Est quindi impossibile far tentare at stranieri uscita Regno clandestina loro rischio e pericolo tanto che locale Questura in casi consimili si est ultimamente avvalsa valico frontiera Svizzera provincia Novara». Di simile tenore anche la circolare del Ministero dell'interno, del 13 giugno 1936, n.443/56533, inviata ai Prefetti di Fiume e di Trieste, ove, tra l'altro, si chiedono informazioni circa i valichi di frontiera austriaci e jugoslavi, considerati tra i valichi di frontiera meno controllati dalle autorità di polizia dei rispettivi Stati esteri.

<sup>34</sup> Cfr. la comunicazione che la Questura di Roma inviava al Ministero dell'Interno, in data 29 agosto 1920, prot.n.803 Gab. (Arch. Centrale dello Stato, Massime di P.S., Busta 27), nella quale si dichiarava: «Negli ultimi mesi sono state espulse dall'Italia e poi inviate in Austria moltissime persone sprovviste di documenti personali e del relativo decreto di bando. Fra queste vi erano sedicenti cittadini austriaci ed altri che asserirono di essere sudditi ceco-slovacchi, ungheresi, rumeni, russi, bulgari, polacchi, ecc.. In difetto di documenti personali in tutti questi casi il Capitanato distrettuale non era in grado di constatare né pertinenza, né cittadinanza ed anche le pratiche officiose esperite poi per stabilire ...[illeggibile] in riguardo ai cittadini esteri in tutti i casi senza risultato positivo, cosicché queste persone dovettero venir trattenute per diverse settimane ed anche per parecchi mesi». Che il trattenimento degli stranieri espellendi fosse una prassi frequente è confermato anche dalla nota della Prefettura della Venezia Tridentina inviata al Ministero dell'interno in data 13 febbraio 1925, n.503, (Arch. Centrale dello Stato, Massime di P.S., Busta 26), con la quale si comunica che: «gli stranieri respinti si ripresentano ai nostri Uffici predetti, i quali li trattengono in attesa di disposizioni»

<sup>35</sup> Cfr. E. COLLOTTI, *Il fascismo e gli ebrei, Le leggi razziali in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

<sup>36</sup> Numerose infatti erano le norme che vietavano e punivano severamente l'immigrazione "illegale" in città dei lavoratori italiani provenienti dalla campagna. Le Prefetture del Regno e le autorità di polizia erano impegnate massicciamente e assiduamente nel controllo della mobilità interna dei lavoratori italiani (Cfr. le circolari del Ministero dell'Interno in Arch. Centrale dello Stato, Massime di P.S., Busta 150).

politico ed al progetto di Stato e di società che il regime fascista intendeva realizzare) rappresenta l'impronta inequivocabile di un momento storico in cui le politiche legislative coincidevano, inscindibilmente, con «le dottrine razziali e la *pratica* della dominazione, delle occupazioni, delle guerre italiane ai popoli di Libia, d'Etiopia, dell'Africa orientale, dell'Albania, della Jugoslavia, con il loro corredo civilizzatore di eccidi di colonizzati [...], di espropri, di semina su larga scala di bombe, di uso di gas (una *première* nella storia del colonialismo), di deportazioni di massa, lager e via dicendo»<sup>38</sup>.

Appare opportuno, infatti, porre in luce, anche nell'ambito della scienza giuridica, l'influenza esercitata dal colonialismo sulla legislazione italiana<sup>39</sup>. Per cogliere la logica di fondo della legislazione liberale e fascista sugli stranieri e per evidenziare la sostanziale continuità nelle vicende dell'ordinamento italiano, occorre, invero, demistificare una impostazione analitica, per troppo tempo dominante, che ha considerato, acriticamente, la legislazione coloniale come una legislazione separata da quella italiana. La storia giuridica dell'Italia liberale e fascista non è separabile da quella coloniale, perché lo spazio coloniale era parte integrante del territorio del Regno<sup>40</sup>. Lo sviluppo del diritto coloniale<sup>41</sup> ha consentito, infatti, di introdurre, agevolmente, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, una concezione del diritto e dello Stato per cui "l'eccezione vale come regola". L'esperienza coloniale va considerata, pertanto, come un laboratorio in cui venivano sperimentati e messi a punto i meccanismi e i dispositivi funzionali dello stato di eccezione<sup>42</sup>, inteso come paradigma di governo – un paradigma che sarebbe stato, successivamente, esteso in tutto il territorio italiano.

---

<sup>37</sup> Accanto a tutte le leggi sulla condizione giuridica degli stranieri in generale, un posto di tutto rilievo occupano, per ovvie ragioni, le leggi razziali sugli ebrei, stranieri e non, del 1938 e 1939, che completano il quadro della disciplina giuridica sugli stranieri in Italia.

<sup>38</sup> P. BASSO, *Razze schiave e razze signore. Vecchi e nuovi razzismi*, F. Angeli, Milano, 2000, p.86. Per una esaustiva analisi della storia coloniale italiana, si vedano gli approfonditi saggi di G. ROCHAT, *Il colonialismo italiano*, Loescher, Torino, 1988; A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale*, 4 voll., Laterza, Roma-Bari, 1976-1984; Id., *Gli italiani in Libia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 1986-1988; Id., (a cura di), *Le guerre coloniali del fascismo*, Laterza, Roma-Bari, 1991; Id., (a cura di), *Adua: le ragioni di una sconfitta*, Laterza, Roma-Bari, 1997; Id., *I gas di Mussolini*, Editori Riuniti, Roma, 1996; L. GOGLIA, F. GRASSI., *Il colonialismo italiano da Adua all'Impero*, Laterza, Roma-Bari, 1993.

<sup>39</sup> Il diritto coloniale, che sin dai suoi esordi si è caratterizzato per la sua indole repressiva e discriminatoria nei confronti dei popoli colonizzati, ha avuto indubbiamente una grande influenza anche sulla legislazione italiana sugli stranieri (e non solo) in Italia. Non è un caso, ad esempio, che subito dopo l'entrata in vigore, del R.D.L. n. 880/1937, che vietava il *madamismo* e il matrimonio degli italiani coi "*sudditi delle colonie africane*", altre leggi di spiccata indole razzista vennero approvate dal parlamento italiano. Di lì a poco, infatti, furono emanati una serie di decreti legge che hanno costituito il *corpus* delle leggi razziali in Italia. Si fa riferimento in particolare al: a) R.D.L. 5 settembre 1938, *Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista*; b) R.D.L. 7 settembre 1938, *Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri*; c) R.D.L. 23 settembre 1938, *Istituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica*; d) R.D.L. 15 novembre 1938, *Integrazione e coordinamento in testo unico delle norme già emanate per la difesa della razza nella Scuola Italiana*; e) R.D.L. 17 novembre 1938, *Provvedimenti per la razza italiana*; f) R.D.L. 29 giugno 1939, *Disciplina per l'esercizio delle professioni da parte dei cittadini di razza ebraica*.

<sup>40</sup> Nella nozione giuridica di "*territorio dello Stato*" rientravano, indiscutibilmente, anche i territori coloniali e gli altri luoghi soggetti alla sovranità dello Stato. Cfr. sul punto la relazione del Ministro Guardasigilli Rocco, presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930, per l'approvazione del testo definitivo del nuovo codice penale, pubblicata in *Disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale* (R.D. 28 maggio, n.601), *corredata dalle relazioni a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli*, op. cit., p.26.

<sup>41</sup> Il razzismo e la discriminazione razziale, seppur inizialmente non codificati in leggi e regolamenti, permeavano prassi sociali e disposizioni governative già in epoca liberale. Con la guerra d'Etiopia e la fondazione dell'Impero, la discriminazione razziale si è trasformata da prassi in sistema giuridico. L'Italia, unica fra le potenze europee, si è fatta promotrice di una legislazione di segregazione razziale che non ha conosciuto paragoni in Africa se non nell'esperienza dell'apartheid sud-africano.

<sup>42</sup> Cfr. F. SAINT-BONNET, *L'Etat d'exception*, Puf, Paris, 2001, p.28, il quale rileva come lo stato di eccezione rappresenti sempre «un punto di squilibrio fra diritto pubblico e fatto politico», mentre A. FONTANA, *Du droit de résistance au devoir d'insurrection*, in AA.VV. *Le droit de resistance*, a cura di J-C.

### 3. I DIRITTI DELLO STRANIERO NELLA COSTITUZIONE DEL 1948.

Per conoscere il sistema dei diritti che la Costituzione italiana riconosce e garantisce allo straniero, occorre, in primo luogo, analizzare il rapporto intercorrente tra l'art.2 e l'art.10, comma 2, della Costituzione. L'indagine non potrà limitarsi, tuttavia, alla sola «ricostruzione di un quadro logicamente coerente delle disposizioni costituzionali», ma dovrà spingersi ad individuare, innanzitutto, «le radici di queste norme, il loro fondamento ideologico»<sup>43</sup>.

L'art.2 della Costituzione recepisce, nella sua essenza, il principio personalista che «individua una priorità di valore»<sup>44</sup>: lo sviluppo della persona umana. L'art.2 si rivolge, infatti, ad ogni uomo garantendo il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili, nell'ambito di una organizzazione sociale protesa all'adempimento «dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»<sup>45</sup>. Non vi è dubbio, peraltro, che nel concetto di «uomo» espresso dall'art.2 Cost., siano compresi anche i cittadini stranieri, sicché le disposizioni concernenti i diritti di libertà e i diritti sociali si rivolgono alla persona umana, a prescindere dall'appartenenza statale<sup>46</sup>. I diritti sociali sono da considerarsi, del resto, diritti inviolabili «unitariamente riferibili alla persona umana e non sono da collegarsi unicamente allo *status* di cittadino»<sup>47</sup>. Essi caratterizzano, infatti, la forma di Stato della Repubblica italiana, che è fondata sul lavoro e riconosce l'appartenenza della sovranità al popolo (art.1 Cost.).

L'uomo viene posto, dunque, al centro dell'organizzazione sociale e ciò implica il riconoscimento del valore della personalità, la cui tutela non può essere circoscritta solo a taluni aspetti od a taluni soggetti «frazionando, dividendo, quel che è unico ed unitario». La Costituzione italiana «proprio al fine di valorizzare pienamente la persona umana e di sviluppare la democrazia sostanziale» assume, infatti, le caratteristiche di «una Costituzione-programma, i cui connotati sono identificabili per l'intreccio fra i valori della democrazia

---

Zancarini, Ens, Paris, 1999, p.16, osserva come lo stato di eccezione si collochi in una «frangia ambigua e incerta, all'intersezione fra il giuridico e il politico». Dello stesso parere anche G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p.10, il quale definisce lo stato di eccezione come «la terra di nessuno», situata «fra il diritto pubblico e il fatto politico, fra l'ordine giuridico e la vita».

<sup>43</sup> C. CORSI, *Lo straniero e lo Stato*, op.cit., p.99.

<sup>44</sup> P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, p.136.

<sup>45</sup> Nell'ordine del giorno Dossetti, presentato all'inizio dei lavori della I sottocommissione della Commissione dei 75, cui l'Assemblea costituente aveva affidato il compito di predisporre il progetto di Costituzione, si legge: «La prima sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri ad una visione soltanto individualistica, esclusa quella che si ispira ad una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo Statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda, mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale [...]; c) che perciò affermi l'esistenza sia dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato». Citazione rinvenibile in P. CARETTI, *La libertà personale nella Costituzione*, in *I diritti fondamentali*, op.cit., p.230-231.

<sup>46</sup> «Esiste un collegamento stretto tra il riconoscimento costituzionale dei diversi diritti sociali ed i principi di solidarietà, di eguaglianza e di giustizia sociale enunciati dagli articoli 2 e 3 della nostra Costituzione. Da qui l'obbligo per la Repubblica di riconoscere e garantire questi diritti e la richiesta di adempiere ai doveri di solidarietà; da qui altresì il compito, assegnato alla Repubblica, di intervenire per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto l'effettivo godimento del diritto», G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in Id., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Giappichelli, Torino, 2000, p.61.

<sup>47</sup> G. BUCCI, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Vol.I, Giappichelli, Torino, 2005, p.446.

politica, della democrazia economica e della democrazia sociale<sup>48</sup>. I diritti di libertà e quelli sociali sono stati, pertanto, concepiti dal costituente come diritti della persona<sup>49</sup> e non collegabili unicamente allo *status* di cittadino. L'ampia tutela della personalità trova origine nell'ideologia e nei valori di fondo che hanno ispirato i Costituenti, la cui volontà era orientata non già verso il raggiungimento di «un qualunque compromesso», ma verso «un accordo di validità universale, oltre il nostro ambito nazionale, e quindi ancorato a principi generali di umanità e civiltà più vastamente ammessi, capaci in qualche modo di interpretare il comune sentire umano dopo la grande catastrofe della guerra»<sup>50</sup>.

Le precedenti considerazioni consentono, pertanto, di comprendere come l'art.2 Cost. rappresenti un imprescindibile parametro di valutazione, ponendosi «in una posizione condizionante»<sup>51</sup> rispetto alla disposizione di cui all'art.10, comma 2, Cost.. Questa norma dispone che: «*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*». Essa impone, quindi, al legislatore un duplice vincolo: da un lato, con riguardo alla scelta degli strumenti legislativi (vale a dire la legge ordinaria) che devono regolare la condizione dello straniero e, dall'altro, con riguardo al contenuto, prescrivendo al legislatore il rispetto dei limiti derivanti dalle norme internazionali. La scelta del Costituente venne ispirata, in riferimento al primo vincolo, dall'urgente esigenza di garantire lo straniero rispetto all'esercizio di poteri discrezionali dell'esecutivo. L'affidamento della competenza esclusiva al Parlamento avrebbe consentito di «garantire allo straniero una normativa più aperta e, soprattutto, di escludere la possibilità di interventi discriminatori di carattere poliziesco»<sup>52</sup>. Con riferimento, invece, al secondo vincolo, il Costituente ha voluto che il legislatore «adeguasse le leggi ordinarie ai parametri vigenti nella comunità internazionale»<sup>53</sup>.

Gli atti internazionali rappresentano, dunque, un punto di riferimento importante, «sia per lo spirito di apertura verso la comunità internazionale che caratterizza la Costituzione, sia perché il nostro sistema delle fonti non può non risentire dell'evoluzione avvenuta nell'ambito internazionale ed in particolare nell'ambito europeo»<sup>54</sup>.

Si è rilevato, però, sia in dottrina che nella giurisprudenza costituzionale<sup>55</sup>, come il vincolo del rispetto delle norme internazionali non implichi che si debba *aprioristicamente* presupporre la legittimità costituzionale di tutte le leggi ordinarie emanate in esecuzione di trattati internazionali. Si verrebbe a creare, in questo modo, uno spazio di legislazione ordinaria sottratto al controllo di costituzionalità<sup>56</sup>.

<sup>48</sup> Cfr., sul punto, il fondamentale saggio di S. d'ALBERGO, *Economia e diritto nella dinamica delle istituzioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol.I, Cedam, Padova, 1998, pp.11-12.

<sup>49</sup> G. BUCCI, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, op.cit., p.447.

<sup>50</sup> G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, in AA.VV., *I valori della Costituzione italiana*, a cura di S. MAROTTA, Atti del Convegno «*La costituzione della Repubblica oggi. Principi da custodire, istituti da riformare*», La Città del Sole, Napoli, 1996, p.169. Citazione rinvenibile anche in A. CAPUTO, *La libertà delle persone. Diritto penale e coercizione personale nella crisi dello Stato costituzionale*, in «*Questione giustizia*», n.2-3/2004, p.219.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> A. CASSESE, *Commento all'art.10 e 11*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1975, p.510.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> G. BUCCI, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, op.cit., p.451.

<sup>55</sup> Cfr. Corte cost., sent. 21 giugno 1979, n.54, che afferma: «è vero che la condizione giuridica dello straniero - secondo il capoverso dell'art. 10 Cost. - «è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali», ma ciò non significa che si debba presumere la legittimità costituzionale di tutte le leggi ordinarie emanate in esecuzione dei trattati stessi», poiché sempre «s'impone la comune esigenza di verificare la conformità delle leggi e delle fonti equiparate rispetto ad ogni norma o principio costituzionale».

<sup>56</sup> M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in «*Riv.crit.dir.priv*», 1992, p.233.

Non appare sufficiente, pertanto, rinviare la disciplina della condizione dello straniero alla sola normativa internazionale perché così «non si coglierebbe il cammino storico del costituzionalismo moderno che ha inteso [...] sancire il rispetto della persona umana, in quanto tale, nei suoi testi costituzionali». Ciò appare ancor più vero se si tiene conto del fatto che «la normativa internazionale, sebbene abbia compiuto dei passi importantissimi, presenta ancora significative carenze; da un lato [...] le divergenze in ordine all'individuazione e codificazione delle norme consuetudinarie; dall'altro, la normativa pattizia ancorché certamente ampia, mostra significative lacune in ordine alle tecniche di tutela e mostra ancora eccessiva genericità nelle enunciazioni»<sup>57</sup>.

Per cogliere, in tutte le sue implicazioni, la tutela garantita dalla Costituzione allo straniero occorre, inoltre, considerare le disposizioni degli artt.3 e 11 della Costituzione<sup>58</sup>. La giurisprudenza costituzionale e gran parte della dottrina<sup>59</sup>, ritengono che l'eguaglianza non debba essere considerato un principio rivolto esclusivamente alla condizione di cittadino<sup>60</sup>. Il principio di uguaglianza (formale e sostanziale) andrebbe applicato, quindi, a tutti gli esseri umani. Occorre tuttavia specificare che la Corte costituzionale riconosce l'eguaglianza tra cittadini e stranieri nel solo ambito dei diritti fondamentali. Si è ritenuto, infatti, lecito che, nelle situazioni concrete, possano presentarsi, «fra soggetti uguali differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità»<sup>61</sup>, avendo come unico limite quello della razionalità nell'apprezzamento. Questo orientamento della Corte ha suscitato, però, perplessità e critiche da parte della dottrina. Si è osservato, in primo luogo, che la limitazione della garanzia del principio di eguaglianza alla sola tutela dei diritti fondamentali adombra «la possibilità che per le altre situazioni esso non operi»<sup>62</sup>. Questa distinzione, operata dalla Corte, tra straniero e cittadino nel godimento e nella titolarità dei diritti ha realizzato, infatti, una «protezione effettiva assai limitata dei diritti del non cittadino», poiché ha lasciato «pressoché intatta la discrezionalità del legislatore in materia»<sup>63</sup>. Si è rilevato, inoltre, che il riferimento all'eguale trattamento per i diritti fondamentali non vale per tutti quei diritti che pure sono definibili come tali (ad esempio: i diritti politici). Il riferimento fatto dalla Corte alla categoria dei diritti fondamentali appare, quindi, di non facile determinazione. «La prima difficoltà in cui si imbatte chi tenti di dare applicazione pratica al criterio interpretativo», così come delineato dalla giurisprudenza costituzionale, «risiede proprio nella scarsa riconoscibilità del discrimine esistente tra situazioni giuridiche soggettive definibili come “diritti fondamentali” e altre»<sup>64</sup>. La categoria dei diritti fondamentali «tende infatti a ampliarsi o a restringersi a seconda del punto di vista da cui si pone l'interprete, condizionato nella sua opera da un gran numero di fattori di ordine storico, sociale o culturale»<sup>65</sup>.

Nell'interpretazione di alcuni precetti costituzionali occorre, inoltre, tenere presente che l'utilizzo del termine “cittadino”, deve intendersi riferito «all'uomo in genere, ancorché sprovvisto di cittadinanza». La necessità di tradurre il termine “cittadino” in quella di

<sup>57</sup> C. CORSI, *Lo straniero e lo Stato*, op. cit., p.88.

<sup>58</sup> «I diritti fondamentali e inalienabili dell'uomo, oltre ad essere eguali, sono anche di eguale rilevanza, di eguale importanza. La “dignità umana” costituisce il fondamento della libertà, della giustizia, della pace. S'impone il rispetto dell'uomo in quanto tale. Senza il rispetto della dignità dell'uomo non vi può essere libertà, giustizia, pace duratura», G. BUCCI, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, op.cit., p.446.

<sup>59</sup> Cfr. G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, (Appunti per una ricostruzione), in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Tomo secondo, Giuffrè, Milano, 1974.

<sup>60</sup> C. CORSI, *Lo straniero e lo Stato*, op.cit., p.120, sottolinea che: «riconoscere una titolarità di diritti senza accompagnarla all'eguaglianza significherebbe svuotare di senso il riconoscimento stesso del diritto».

<sup>61</sup> Cfr., in tal senso, Corte costituzionale, sentt. n.120/1967, n.104/1969 e n.54/1979.

<sup>62</sup> C. CORSI, *Lo straniero e lo Stato*, op.cit., p.78.

<sup>63</sup> F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, op.cit., pp.1085-1086.

<sup>64</sup> M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, op.cit., p.162.

<sup>65</sup> Ibidem.

“uomo” risulta evidente e «la correzione è possibile senza ricorrere, in genere, ad interpretazioni extratestuali». Basti pensare, ad esempio, alle disposizioni contenute negli artt.3, comma 1, 16, commi 1 e 2 (per la sola libertà di uscire dal territorio), 17, 18, commi 1 e 2, 38, comma 1, e 120, comma 3. Tutte queste norme trattano, infatti, «di libertà e diritti fondamentali tradizionali dell’uomo, che sarebbe assurdo ritenere attribuiti ai soli cittadini, come avviene, invece, per altri diritti presupponenti la piena capacità politica»<sup>66</sup>.

Il costituente, mediante la previsione dell’art.11 Cost., ha voluto rompere con un certo tipo di nazionalismo e, contemporaneamente, ha inteso imporre una apertura del nostro ordinamento alla comunità internazionale<sup>67</sup>. I concetti di pace e giustizia, contenuti nella disposizione, non riguardano esclusivamente i fini della politica estera. Non si riferiscono, cioè, esclusivamente al raggiungimento concreto dell’obiettivo di realizzare una convivenza pacifica tra popoli e Stati, ma si riferiscono anche ai singoli individui. Si può dedurre, di conseguenza, che «la pace e la giustizia tra i popoli hanno fra i loro pilastri fondamentali il riconoscimento e il rispetto dei diritti umani, per cui tale riconoscimento viene a fare parte dei fini fondamentali dello stato democratico»<sup>68</sup>. L’art.11 Cost. impone, quindi, allo Stato «di contribuire, mediante lo sforzo nazionale e la collaborazione con gli altri paesi, a soddisfare il diritto degli individui come tali, e dunque senza riferimento alla cittadinanza, al lavoro, all’istruzione, all’assistenza, ecc.»<sup>69</sup>.

I diritti inviolabili, cui l’art.2 Cost. fa sinteticamente riferimento, «trovano negli artt.13 e ss. una individuazione ed una disciplina»<sup>70</sup>. Si può, pertanto, ritenere che, «salvi i diritti politici, tutti gli altri diritti di libertà vadano riconosciuti anche agli stranieri e che lo stesso deve dirsi quanto all’imposizione dei doveri [...]»<sup>71</sup>.

Nella Carta costituzionale non emerge, dunque, una netta contrapposizione tra la figura dello “straniero” e quella del “cittadino”, essendo essa fondata principalmente sul lavoro ed ispirata al valore della “persona” socialmente qualificata. Il lavoro rappresenta, del resto, «la connotazione principale della democrazia italiana, poiché il Costituente volle assumere come fondamento della Repubblica la condizione umana nella contemporaneità, più estesa, più comune, e più significativa di valori concreti, materiali ed immateriali, economici, sociali, di cultura, quella dedotta dalla durezza dello sforzo produttivo di merci e servizi, o dalla ansia e dalla costanza della ricerca, della cura delle persone, della elaborazione delle tecniche e della capacità di realizzazioni, dalla tensione a trasmettere conoscenze e valori»<sup>72</sup>. Al lavoro, come fondamento della Repubblica, si collega «l’incipit dell’articolo 3 della Costituzione che riconosce a tutti i cittadini “pari dignità sociale”, perché solo “pari” e “sociale” può essere infatti la dignità umana»<sup>73</sup>.

Considerata in questa prospettiva, l’accezione “giuridico-formale” della cittadinanza, vale a dire l’accezione che attribuisce alla cittadinanza il significato di “appartenenza nazionale”, appare superata dalla concezione “sostanzialistica” della cittadinanza<sup>74</sup>: nel senso che

<sup>66</sup> C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984, p.751.

<sup>67</sup> Per una analisi approfondita del fondamento ideologico dell’art.11 della Costituzione si veda il fondamentale saggio di C. DE FIORES, «L’Italia ripudia la guerra»? *La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Ediesse, Roma, 2002.

<sup>68</sup> C. CORSI, *Lo straniero e lo Stato*, op. cit., p.90.

<sup>69</sup> U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, op.cit., p.192.

<sup>70</sup> G. BUCCI, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell’era della mondializzazione dell’economia*, op. cit., p.445.

<sup>71</sup> P. CARETTI, *I diritti fondamentali nella Costituzione italiana: quadro generale*, in *I diritti fondamentali*, op. cit. p.95.

<sup>72</sup> G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), p.1.

<sup>73</sup> Ivi, p.2.

<sup>74</sup> Il concetto di cittadinanza è diventato negli ultimi anni oggetto di studio e di analisi da parte di diversi studiosi delle discipline sociali. E’ stato comunque osservato che manca in tutti questi approcci un riferimento

«cittadino non è tanto chi è definito come tale da una legge dello Stato, ma chi di fatto partecipa attivamente alla vita economica, sociale e politica della comunità in cui vive»<sup>75</sup>.

Questa visione trova un'ulteriore conferma anche nel contenuto dell'art.15 della "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" - «atto normativo di eccellente valore giuridico e politico»<sup>76</sup> - le cui disposizioni hanno carattere vincolante per il nostro ordinamento<sup>77</sup>. Il primo comma dell'art.15 recita: "Ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza", e al secondo comma si stabilisce che: "Nessun individuo può essere privato arbitrariamente della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza". Il primo comma dell'art.15 citato «definisce la cittadinanza come diritto soggettivo universale, come tale inviolabile, irriducibile quanto a contenuto, indefettibile», mentre il secondo comma «libera detto diritto da ogni condizionamento, lo definisce come disponibile da parte del titolare quanto a luogo, cioè, allo stato cui riferirlo». La prima, chiara, conseguenza di questi assunti è la recisione di «ogni rapporto o limite di tipo naturalistico alla titolarità del diritto di cittadinanza», poiché «al *Blut* ed al *Boden*, congiunti o separati che siano, sostituisce la dignità, la libertà, la piena soggettività umana».

L'art.22 della Costituzione italiana («Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome») appare del resto «in perfetta coerenza con tale concezione della cittadinanza» e «non è casuale, né priva di significato la successione delle varie situazioni giuridiche soggettive che vengono enunciate e poi garantite come diritti costituzionalmente protetti». Dalla disposizione dell'art.22 della Costituzione emerge, in tutta evidenza, il carattere personalissimo del diritto alla cittadinanza. L'esplicito riconoscimento di ciascuno di tali diritti a "tutti" («Nessuno può essere privato...»), significa che a tutti gli individui deve essere riconosciuto la capacità giuridica, una cittadinanza, un nome. Ciò comporta che lo straniero - in base anche a quanto previsto dall'art.15 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo - dispone del diritto di cambiare la propria cittadinanza, cioè del diritto di scegliere liberamente l'ordinamento giuridico cui afferire. Ne consegue, in tale senso, «l'obbligo degli stati di riconoscere il diritto degli stranieri ad ottenere la cittadinanza se richiesta». La cittadinanza non appare, quindi, identificarsi con l'appartenenza ad uno stato o con la sudditanza nei confronti di questo. Essa si identifica, invece, «con l'integrità dei diritti che un ordinamento statale riconosce, con le tutele che offre, e con le situazioni soggettive di svantaggio, attive e passive, che impone. In quanto tale la cittadinanza si pone come determinata qualificazione della posizione che la persona umana assume nel mondo del diritto, segnando il grado di civiltà complessivo finora raggiunto».

Ciò è ancora più vero se si considera l'attuale contesto globale di rapporti interstatali, contesto in cui i confini appaiono assai mobili, sottoposti ad un processo continuo di definizione e ri-definizione. In un simile contesto l'unica valida accezione della cittadinanza

---

alla dimensione costituzionale del problema, «quasi che la Costituzione non avesse nulla da dire al riguardo e, specularmente le scelte che in questo settore si compiono non concorressero esse stesse a definire un modello di Stato e di Costituzione», M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, op.cit., p.2. Nell'ambito della riflessione socio-politica è stato, invece, rilevato che il termine "cittadinanza", inflazionato quasi quanto il termine "Europa", è diventato «un filone quasi inesauribile di discorsi [...] sulle virtù civiche e sulla loro attitudine a risolvere tutti i nostri problemi, così come sull'importanza dei diritti dell'uomo e – non dimentichiamolo - del cittadino. [...] L'onnipresenza di questo termine di "cittadinanza" è diventata tale che perfino agli occhi di alcuni suoi promotori, il senso ne esce "svalutato e diluito". In breve, è il tema che per eccellenza "non mangia pane", e di cui si può dire senza alcun rischio che non disturba nessuno», E. KOUVELAKIS, *Critica della cittadinanza: Marx e la "Questione ebraica"*, in "Marxismo oggi", n.1/2005, p.45.

<sup>75</sup> P. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, op.cit., p.514.

<sup>76</sup> G. FERRARA, "Sul diritto di cittadinanza", intervento pronunciato nell'Audizione informale innanzi alla prima Commissione permanente "Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni", il 30 marzo 2004, rintracciabile sul sito [www.camere.it](http://www.camere.it). Tutte le citazioni che seguono sono dello stesso autore.

<sup>77</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., sent. n.2035/1967.

può essere quella di «istituto regolatore della convivenza». Al diritto di avere una cittadinanza, cioè quella liberamente scelta, deve necessariamente corrispondere un obbligo. L'obbligo non può che essere «quello di accogliere, è quello di aprire l'ordinamento alla diffusione della cittadinanza, al riconoscimento del diritto alla cittadinanza, ponendo condizioni, sì, ma che siano quelle stesse che tendano all'inclusione, non all'esclusione»<sup>78</sup>.

#### 4. LA DISCIPLINA DELL'ESPULSIONE NELLA LEGISLAZIONE ORDINARIA

Nell'evoluzione della disciplina giuridica degli stranieri, il periodo fascista rappresenta una fase basilare, poiché molte delle norme contenute nel T.U.L.P.S. del 1931 sono rimaste in vigore per lungo tempo. Alcune, addirittura, fino all'entrata in vigore della legge n.40/1998. Ciò significa che, nonostante il radicale mutamento del modello politico ed istituzionale, conseguente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948, ispirata soprattutto al principio personalista ed internazionalista, gran parte della legislazione di polizia sugli stranieri, prodotta durante il periodo fascista, è sopravvissuta ed ha concretamente definito la condizione giuridica degli stranieri in Italia (per più di cinquanta anni)<sup>79</sup>.

Fino al 1986, anno in cui è entrata in vigore la prima legge sulla condizione giuridica dello straniero, il *corpus* delle norme che riguardavano lo straniero era rinvenibile: *a*) nelle norme contenute nel T.U.L.P.S. del 1931 e nel relativo regolamento di esecuzione del 1940; *b*) nel decreto legislativo n.50/1948 (che imponeva a chiunque l'obbligo di segnalazione agli uffici di pubblica sicurezza degli stranieri a cui veniva offerta ospitalità o lavoro); *c*) nella legge n.152/1975 (nota come "legge Reale") che contemplava diverse ipotesi di respingimento alla frontiera e di espulsione, «tutte caratterizzate da un'ampia discrezionalità, circondate di scarse garanzie e sostanzialmente inefficaci rispetto agli scopi ufficiali perseguiti, tanto da tradursi in pratica in strumento di criminalizzazione attraverso l'irrogazione della sanzione penale prevista dall'art.152 Tulp»<sup>80</sup>; *d*) negli artt.215, 235 e 312 del codice penale; *e*) nella legge n.685/1975 («*Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope*»).

Si trattava, sostanzialmente, di misure di controllo amministrativo e di repressione penale. Era del tutto carente invece – eccezion fatta, ovviamente, per l'art.16 disp. prel. del codice civile, ai sensi del quale «*lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali*» - il quadro normativo che avrebbe dovuto definire la condizione giuridica dello straniero con riferimento agli altri aspetti della sua vita durante la permanenza nel territorio dello Stato (e cioè: diritti civili, sociali e politici).

Questa lacuna «era impropriamente colmata da una lunga serie di circolari ministeriali»<sup>81</sup>, le quali hanno dato vita ad un fenomeno di «sovertimento del rapporto tra leggi e prassi, con il prevalere di quest'ultima addirittura come fonte di diritto»<sup>82</sup>. Si era venuta a creare,

<sup>78</sup> G. FERRARA, «*Sul diritto di cittadinanza*», op.cit., p.3 del dattiloscritto.

<sup>79</sup> V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell'apolide*, in «Foro.amm.», I, IV, 1957, pp.10 e ss., sottolinea che la legislazione sugli stranieri era del tutto incompatibile con il carattere democratico e personalistico della Costituzione.

<sup>80</sup> M. PASTORE, *La nuova legge sugli stranieri extracomunitari: disciplina innovativa o razionalizzazione dell'esistente?*, in «Questione Giustizia», n.2/1990, pp.331-332.

<sup>81</sup> Ivi, p.332.

<sup>82</sup> L. PEPINO, P.L. ZANCHETTA, *L'Italia degli stranieri: il controllo amministrativo e penale*, in «Questione Giustizia», n.3/1989, p.658. G. CERMINARA, *Prassi discutibili e incerte prospettive per il soggiorno degli stranieri in Italia*, in «Questione giustizia», n.1/1987, p.21, sottolinea che «è certo normale che le prassi interpretative diano specifiche connotazioni alle norme di legge, ma quando il destinatario delle norme non ha una capacità di contrattazione o di pressione sociale, quando non può creare neanche un minimo di aggregazione difensiva o di controllo, succede che viene posta in atto un'opera di snaturamento della previsione legislativa, spesso sostituita con contenuti sensibili, più che da istanze di legalità, a impulsi burocratici e a deteriori spinte politiche».

quindi, una sorta di «*quasi-disciplina interstiziale*»<sup>83</sup>, *legibus soluta*, derivante prevalentemente da fonti non legislative.

Il *diritto degli stranieri* si configurava, dunque, come un vero e proprio *diritto di polizia*, «caratterizzato da una normativa instabile e fluttuante»<sup>84</sup> che, spesso, - a causa anche dell'incessante produzione di circolari che ne scandivano i tempi e le modalità di attuazione - veniva ridotto alla «sfera del puro e semplice arbitrio, ispirato, nel migliore dei casi, agli orientamenti congiunturali della c.d. politica dell'immigrazione»<sup>85</sup>.

La disciplina dell'espulsione era sostanzialmente definita dagli artt.150, 151, 152 T.U.L.P.S. e dagli artt.25 della legge n.152/1975 e 271 del regolamento di attuazione del T.U.L.P.S.. L'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato poteva, quindi, avvenire per diversi motivi: irregolarità nel soggiorno; denuncia per contravvenzione alle norme sul soggiorno; motivi di ordine pubblico; condanna per delitto; incapacità di dare contezza di sé o di dimostrare la sufficienza e la liceità dei mezzi di sostentamento; esercizio di mestieri dissimulanti l'ozio, il vagabondaggio o la questua. Gli organi competenti ad adottare il provvedimento erano: il Ministro dell'Interno ed i prefetti<sup>86</sup>. L'esecuzione era, invece, affidata ai questori, che potevano avvalersi di una pluralità di istituti giuridici: *a*) l'espulsione; *b*) l'allontanamento; *c*) l'accompagnamento; *d*) il rimpatrio; *e*) l'avviamento alla frontiera mediante foglio di via obbligatorio. Questo rappresentava, in realtà, lo strumento maggiormente utilizzato e consisteva in un provvedimento amministrativo che obbligava lo straniero, pena l'arresto da uno a sei mesi, a presentarsi, entro una certa data, dinanzi ad una autorità di frontiera, specificata nel provvedimento. Si trattava di un provvedimento completamente privo di garanzie giurisdizionali, in quanto, pur essendo formalmente previsto sia il ricorso amministrativo per via gerarchica<sup>87</sup>, sia quello al tribunale amministrativo, tali ricorsi non potevano sospendere l'efficacia del provvedimento. Si è osservato, a questo proposito, che l'impossibilità di ottenere una pronuncia di sospensione poneva lo straniero in una «situazione a dir poco assurda ed emblematica»<sup>88</sup>. Egli, per poter proporre ricorso ed organizzare una adeguata difesa, avrebbe dovuto permanere nel territorio nazionale, violando l'art.152 del T.U.L.P.S. e provocando, di conseguenza, l'intervento dell'autorità giudiziaria.

La legge 30 dicembre 1986, n.943 («*Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*») - che

<sup>83</sup> L'espressione è di G. GHEZZI, *Il lavoratore extracomunitario in Italia problemi giuridici e sindacali*, in «Politica del diritto», XIII, n.2, giugno 1982, p.195.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> «Il fascismo [...] assegnò il potere di espulsione al ministro degli interni in quanto intrinseco all'indirizzo politico governativo. Era previsto, comunque, che l'atto di espulsione per motivi di ordine pubblico (motivo che evidentemente aveva una maggiore rilevanza politica) avesse una particolare eccezionalità, tanto che il decreto del ministro degli interni doveva essere preceduto da parere del ministro degli affari esteri e soprattutto dall'assenso del capo del governo. L'eccezionalità dell'atto rimane ovviamente anche in un regime democratico in cui un organo governativo non solo adempie la volontà politica della compagine di cui fa parte, ma assume la responsabilità politica del suo provvedimento. Questa eccezionalità di forme e contenuti, è stata sovvertita nella pratica. E' successo così che i prefetti, i quali avevano solo il potere sussidiario di inviare alla frontiera lo straniero in attesa della decisione ministeriale (i prefetti hanno il potere di espulsione solo in caso di condanna o di denuncia dello straniero) sono diventati di fatto gli effettivi titolari dell'azione di espulsione, esonerando così il ministro da ogni responsabilità politica. Questo scarso rispetto di forme e contenuti fa sì che nella pratica i motivi di espulsione sono indicati, nei provvedimenti prefettizi, con un apodittico uso della formula "per motivi di ordine e di sicurezza pubblica" e senza alcun riferimento alle situazioni concrete», G. CERMINARA, *Prassi discutibili e incerte prospettive per il soggiorno degli stranieri in Italia*, op.cit., p.24.

<sup>87</sup> Per una più approfondita conoscenza dei rimedi amministrativi contro i provvedimenti di espulsione cfr. D. A. CAPONERA, *Gli stranieri in Italia, Condizione giuridico-amministrativa secondo la legislazione italiana*, op.cit., p.83.

<sup>88</sup> L. PEPINO e P.L. ZANCHETTA, *L'Italia degli stranieri: il controllo amministrativo e penale*, op.cit., p.662.

costituisce anche «il primo tentativo di disciplinare organicamente il collocamento e il trattamento dei lavoratori stranieri»<sup>89</sup> - non ha apportato alcuna sostanziale modifica alla disciplina sull'espulsione. Soltanto con la legge 28 febbraio 1990, n.39 («*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n.416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo*») venivano abrogate alcune delle disposizioni del T.U.L.P.S. del 1931 (artt.150 e 152) e del relativo regolamento di esecuzione (art.267). Nella disciplina dell'allontanamento dello straniero si introducevano importanti modifiche<sup>90</sup>: a) il potere di *respingimento* veniva attribuito alla polizia di frontiera<sup>91</sup> (art.3, comma 5); b) si stabilivano nuove competenze prefettizie in materia di espulsione (art.7, comma 4); c) aumentava la casistica dei presupposti necessari all'espulsione dello straniero (art.7, commi 1, 2, 3); d) si introduceva una nuova figura di espulsione amministrativa (facoltativa) per motivi di pericolosità sociale.

La legge stabiliva la possibilità di ricorso giurisdizionale al «*Tribunale amministrativo regionale del luogo di domicilio eletto dallo straniero*» (art.5, comma 3), oltre che la temporanea sospensione dell'esecuzione (fatta salva l'ipotesi dell'espulsione del Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato). Nei confronti dello straniero che non osservava l'intimazione o che comunque si tratteneva nel territorio dello Stato oltre il termine prefissato era previsto l'immediato accompagnamento alla frontiera (art.7, comma 9).

La legge prevedeva altresì il potere del questore del luogo in cui si trovava lo straniero di richiedere al tribunale un regime di «*sorveglianza speciale*», con o senza l'obbligo di soggiorno, in una determinata località quando, a seguito di provvedimento di espulsione, era necessario procedere: 1) ad accertamenti supplementari in ordine all'identità ed alla nazionalità dello straniero da espellere; 2) all'acquisizione di documenti o visti; 3) in ogni altro caso in cui non si poteva procedere immediatamente all'esecuzione dell'espulsione (art.7, comma 11).

Il questore, nei casi di particolare urgenza, avrebbe potuto richiedere al presidente del tribunale l'applicazione provvisoria della misura della «*sorveglianza speciale*», anche prima dell'inizio del procedimento. In caso di violazione degli obblighi derivanti dalle misure di sorveglianza speciale era previsto l'arresto e la pena con la reclusione fino a due anni (art.7, comma 12).

Si può senz'altro affermare che tale previsione normativa costituisce, seppur in modo approssimativo, l'antecedente storico dell'istituto del *trattenimento* che verrà, successivamente, introdotto nell'ordinamento con la legge n.40/1998 (meglio nota come «*legge Napolitano-Turco*»).

La prevista misura della sorveglianza speciale aveva, tuttavia, un carattere marginale nella concreta esecuzione dei provvedimenti di espulsione, poiché la disciplina dell'espulsione era prevalentemente fondata sull'istituto dell'intimazione ad abbandonare il territorio dello Stato. La misura dell'accompagnamento alla frontiera era prevista soltanto in caso di inottemperanza.

<sup>89</sup> A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari. Norme interne e internazionali*, Il Mulino, Bologna, 1992, p.16.

<sup>90</sup> Cfr. B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano. Appendice di aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 1990, pp.5 e ss..

<sup>91</sup> Ai sensi dell'art.3, comma 5, della legge n.39/1990, la Polizia di frontiera poteva respingere con decreto motivato - oltre che stranieri già espulsi o segnalati come persone pericolose per la sicurezza dello Stato o appartenenti ad organizzazioni di tipo mafioso o dedite al traffico illecito di stupefacenti o ad organizzazioni terroristiche - anche chi fosse munito di regolare visto di ingresso, ma ritenuto «*manifestamente sprovvisto di mezzi di sostentamento in Italia*».

La disciplina dell'espulsione contenuta nella legge n.39/1990 evidenzia come la legge, nonostante in parte ispirata anche da propositi garantisti, abbia eccessivamente potenziato i poteri di polizia, riproducendo sostanzialmente le disposizioni normative del T.U.L.P.S. del 1931. Non si è potuto registrare, insomma, una decisiva «emancipazione della legislazione ordinaria sulla condizione giuridica degli stranieri dalla tradizionale prospettiva dell'ordine pubblico»<sup>92</sup>.

Negli anni successivi la produzione legislativa in materia di immigrazione ha conosciuto un considerevole incremento. Lo strumento legislativo più utilizzato è stato la decretazione d'urgenza. Si fa riferimento in particolare al decreto legge n.187 del 1993 («*Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*»), successivamente convertito con modificazioni nella legge n.296/1993<sup>93</sup>, ed al decreto legge n.489 del 1995 («*Disposizioni urgenti in materia di politica dell'immigrazione e per la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno nel territorio nazionale dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea*»), reiterato cinque volte, fino al 1996, senza essere poi convertito in legge.

Questo decreto legge prevedeva il potere dell'autorità giudiziaria di disporre - quando occorreva procedere ad accertamenti in relazione all'identità dello straniero da espellere, in relazione all'acquisizione dei documenti necessari per il viaggio, oppure in caso di pericolo di fuga - la misura dell'«*obbligo di dimora*» di cui all'art.283 c.p.p., per il tempo necessario e, comunque, non oltre trenta giorni. La misura dell'obbligo di dimora consisteva nella prescrizione di non allontanarsi dalla struttura o edificio indicati nel provvedimento e scelti fra quelli individuati con uno o più decreti del Ministro dell'Interno, pena la reclusione fino ad un anno.

Fecero così ingresso nell'ordinamento italiano, per la prima volta, le strutture detentive per stranieri in attesa di espulsione, che, in seguito, «costituiranno uno dei punti di forza della successiva legge Napolitano-Turco»<sup>94</sup>. La legge n.40/1998, infatti, senza inventare molto sul piano giuridico-formale, si è limitata ad attribuire carattere di stabilità alla normativa che si era precedentemente sviluppata in forma frammentaria.

## **5. L'INGRESSO E L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DEL TRATTENIMENTO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO**

L'istituto del *trattenimento*, come è noto, è stato introdotto nell'ordinamento italiano con la legge 6 marzo 1998, n.40 («*Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*»), successivamente confluita nel «*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*»<sup>95</sup> (decreto legislativo

<sup>92</sup> Cfr. A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in «Questione Giustizia» n.3/1999, p.425.

<sup>93</sup> Per ciò che concerne la disciplina dell'espulsione degli stranieri, nella legge n.296/1993, si introducevano due nuove fattispecie: la prima, c.d. «*espulsione a richiesta*», consisteva nell'espulsione dello straniero sottoposto a custodia cautelare per delitti diversi da quelli previsti nell'art.407, comma 2, lett.a), numeri da 1 a 6 c.p.p. o condannato per una pena non superiore a tre anni (anche nelle ipotesi in cui tale periodo costituiva la parte residua della pena); e la seconda fattispecie consisteva nell'espulsione quale misura di prevenzione, disposta dal pretore su richiesta del pubblico ministero.

<sup>94</sup> Ivi, p.428.

<sup>95</sup> Il testo unico sull'immigrazione, d.lgs. n.286/1998, - emanato in attuazione dell'art.47 della legge n.40/1998 - riuniva e coordinava inizialmente le disposizioni contenute nella legge n.40/1998, quelle contenute nella legge 30 dicembre 1986, n. 943, e quelle dell'articolo 3, comma 13, della legge 8 agosto 1995, n. 335. I successivi provvedimenti legislativi in materia di immigrazione - [decreto legislativo n.380/1998 («*Disposizioni correttive al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*»); decreto legislativo n.113/1999 («*Disposizioni correttive al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*»); legge n.106/2002 («*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 aprile 2002, n. 51, concernente disposizioni urgenti recanti misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzie per soggetti colpiti da*

25 luglio 1998, n.286). Questa legge ha previsto, infatti, la possibilità di sottoporre ad «un'inedita forma di *custodia giudiziaria coattiva* con funzione preventiva» lo straniero per cui si dispone l'espulsione con accompagnamento alla frontiera, oppure il respingimento, con lo scopo di assicurarne l'effettività. Tale misura, definita "trattenimento", è passata al vaglio di più legislature e di diverse maggioranze parlamentari e potrebbe affermarsi che, ormai, costituisce un elemento stabile dell'ordinamento dello Stato. Nel corso di questi ultimi anni, però, l'istituto del trattenimento ha subito rilevanti modifiche. La sua attuale configurazione non coincide, infatti, con quella originaria, prevista dalla legge n.40/1998. La conoscenza delle problematiche e della logica di fondo di tale istituto non può che iniziare, quindi, dall'analisi del suo percorso evolutivo.

### 5.1. La legge n.40/1998

La legge n. 40/1998 costituisce la prima legge organica in materia di immigrazione. Questa legge, ispirata essenzialmente al binomio "integrazione e sicurezza", accoglie «alcuni modelli ed esperienze di integrazione adottate in altri paesi» (quali Francia, Inghilterra, Germania e Svizzera) e, quindi, appare «composta di più anime, di più paradigmi»<sup>96</sup>. La legge tenta, in buona sostanza, di fare coesistere l'anima "egualitarista" e "promozionale" (rivolta principalmente ai cittadini stranieri c.d. "regolari") con quella della "tolleranza zero" (con particolare riferimento ai cittadini stranieri non in regola con le norme sull'ingresso ed il soggiorno). A questa particolare dottrina sembra ispirarsi la disciplina dell'espulsione che non si allontana di molto a quella già prevista nella legge n.39/1990 (completamente abrogata ad eccezione dell'art.1). La casistica dei presupposti dei provvedimenti di espulsione rimanda, infatti, a quella già prevista nel sistema previgente: a) violazione delle norme sull'ingresso e sul soggiorno nel territorio dello Stato; b) condanna per taluni delitti; c) pericolosità sociale (appartenenza ad una delle categorie previste dagli artt.1 della legge n.1423/1956<sup>97</sup> e 1 della legge n.575/1965<sup>98</sup>) ; d) pericolosità per la sicurezza pubblica.

La legge non muta di molto il quadro delle diverse forme di espulsione. Sono infatti previste: 1) l'espulsione come misura di sicurezza; 2) l'espulsione come misura alternativa alla detenzione; 3) l'espulsione disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello stato; 4) l'espulsione amministrativa disposta dal prefetto. Come nuova tipologia di espulsione si introduce l'espulsione come sanzione sostitutiva alla detenzione<sup>99</sup>.

---

*provvedimenti di accompagnamento alla frontiera»*); legge n.189/2002 («*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*»); legge n.289/2002 («*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*» - legge finanziaria 2003); d.lgs. n.87/2003 («*Attuazione della direttiva 2001/51/CE che integra le disposizioni dell'articolo 26 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985*»); legge n.271/2004 («*Conversione in legge con modificazioni del decreto legge 4 settembre 2004, n.241, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione*»); legge n.155/2005 («*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*»)] - si limitano alla modifica e all'integrazione del testo unico citato. Il frequente intervento del legislatore ha trasformato la disciplina in un intricatissimo labirinto. Ciò rende particolarmente difficile l'esatta individuazione di tutte le caratteristiche della condizione giuridica dello straniero in Italia.

<sup>96</sup> F. PEROCCO, *L'apartheid italiano*, in AA.VV., *Gli immigrati in Europa. Disuguaglianze, razzismo, lotte*, a cura di P.BASSO e F.PEROCCO, F.Angeli, Milano, 2004, p.222.

<sup>97</sup> Si fa riferimento a coloro che sono abitualmente dediti ai traffici delittuosi, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, oppure che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

<sup>98</sup> Il riferimento è a coloro che sono indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni mafiose, comunque localmente denominate.

<sup>99</sup> Cfr. A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, op.cit., p.428. L'A., analizzando la trasformazione dell'espulsione a richiesta in espulsione a titolo sostitutivo (art.16, T.U. immigrazione), osserva che: «l'abnorme dilatazione dei presupposti applicativi [...], la mancata previsione della richiesta dell'interessato, la carenza di parametri normativi per l'esercizio della discrezionalità attribuita al giudice nell'applicazione della misura (con evidenti profili di contrasto con il principio di legalità), l'irrogabilità della

Per quanto riguarda, invece, gli strumenti di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di espulsione, la legge n.40/1998, modificando in senso più garantista il sistema previgente, dispone che il ricorso sia indirizzato al pretore e non più al Tribunale amministrativo regionale. Tuttavia, non può non sottolinearsi che la tutela giurisdizionale dello straniero risulta di fatto indebolita da altre disposizioni normative contenute nella legge n.40/1998, posto che, avverso il decreto di espulsione, è consentito presentare ricorso solamente entro cinque giorni dalla sua comunicazione. Il termine della presentazione del ricorso è di trenta giorni soltanto qualora l'espulsione venga disposta con accompagnamento immediato alla frontiera.

La misura del «trattenimento»<sup>100</sup> - in base a quanto disposto dall'art.12 della legge n.40/1998 (art.14 del testo unico sull'immigrazione) - deve essere disposta dal questore nei confronti degli stranieri sprovvisti di valido titolo di soggiorno, quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante l'accompagnamento alla frontiera, allorché vi è la necessità di procedere al loro soccorso, ad accertamenti supplementari in relazione alla loro identità o nazionalità, oppure in relazione all'acquisizione dei documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettori o altri mezzi di trasporto. In tali casi «*il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo necessario presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'Interno, di concerto con i Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro*» (art.12, comma 1). Ai sensi del comma 5, dell'art.12, sopra menzionato, la permanenza nel centro di permanenza temporanea ed assistenza può protrarsi sino a venti giorni, prorogabili dal giudice di altri dieci solo in determinati casi, e cioè qualora sia «*imminente l'eliminazione dell'impedimento all'espulsione o al respingimento*».

Il Governo ha chiarito, nella relazione di accompagnamento della legge, che il trattenimento nei centri di permanenza temporanea ed assistenza, già presente in diversi ordinamenti europei<sup>101</sup> (fattore, questo, ritenuto rassicurante), è da considerarsi del tutto estraneo al circuito penitenziario e conforme a quanto previsto dall'art.5, comma 1, lett.f) della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (ratificata in Italia con legge 4 agosto 1955, n.848).

Gli sforzi argomentativi dei presentatori della legge non hanno però cancellato le ambiguità di fondo del nuovo istituto, descritto con una «terminologia che sembra voler esprimere, edulcorandola, una situazione assai diversa da quella reale»<sup>102</sup>. La misura del trattenimento appare, infatti, «compatibile con la misura della custodia cautelare in carcere»<sup>103</sup>. Non a

sanzione anche sulla base di una sentenza non definitiva (in contrasto con la presunzione di non colpevolezza), la previsione di limite minimo di durata (ben cinque anni) ma non di un limite massimo (in contrasto con l'art.25 della Costituzione), sono aspetti che attribuiscono a questa figura di espulsione i connotati di un vero e proprio *mostro* giuridico» (p.429).

<sup>100</sup> F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, op.cit., p.1077, nota 118, osserva che sarebbe più opportuno l'impiego del termine "custodia", piuttosto che quello di "trattenimento", utilizzato dal legislatore, poiché «il primo sembra più chiaro ed appropriato in quanto, sebbene sia stabilito che "lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità" e che "è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno" (art.14, comma 2 del T.U.), è anche previsto che "il questore, anche avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura nel caso venga violata" » (art.14, comma 7, del T.U.).

<sup>101</sup> Per una analisi comparata della disciplina dell'espulsione e della detenzione degli stranieri in attesa di espulsione nei Paesi dell'Unione europea, si veda B. NASCIMBENE (a cura di), *Expulsion and detention of aliens in the European Union countries*, Giuffrè, Milano, 2001.

<sup>102</sup> R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e di assistenza*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Giappichelli, Torino, 2001, p.11.

<sup>103</sup> Ibidem.

caso, infatti, il legislatore ha previsto l'obbligo del questore di informare l'autorità giudiziaria entro quarantotto ore dall'adozione del provvedimento di trattenimento. Spetta, infatti, all'autorità giudiziaria valutare, entro le quarantotto ore successive, la sussistenza dei presupposti del provvedimento di trattenimento.

La legge stabilisce, inoltre, che il procedimento di convalida sia disciplinato dagli artt. 737 e ss. del c.p.c., riguardanti disposizioni relative ai procedimenti in camera di consiglio. Questi ultimi sono previsti dal codice di procedura civile per quelle materie di interesse generale che, di regola, non risolvono controversie e, di conseguenza, risultano circondati di minori garanzie giuridiche rispetto a quelle previste per il processo di cognizione ordinaria<sup>104</sup>. Il decreto di convalida del trattenimento non è però "reclamabile", come avviene per gli altri provvedimenti assunti nell'ambito dei procedimenti camerati, perché la legge consente soltanto il ricorso per Cassazione, ma privo di efficacia sospensiva.

Le modalità di trattenimento dello straniero nei centri di permanenza temporanea ed assistenza, sono disciplinate dall'art. 21 del regolamento di attuazione del testo unico sull'immigrazione, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, il quale stabilisce che, fermo restando «l'assoluto divieto di allontanarsi dal centro»<sup>105</sup>, allo straniero trattenuto devono comunque essere garantiti: a) i diritti fondamentali della persona (art. 21, comma 1); b) la libertà di colloquio con i visitatori, il difensore che lo assiste ed i ministri di culto; c) la libertà di corrispondenza, anche telefonica.

Il d.P.R. n. 394/1999 prevede che il trattenimento avvenga soltanto presso i centri di permanenza individuati con decreto dal Ministro dell'Interno, ma, nei casi in cui lo straniero necessiti di cure mediche, è prevista la possibilità che lo straniero sia trattenuto nei luoghi di cura, mediante l'accompagnamento e la vigilanza della forza pubblica (art. 21, commi 4 e 5). L'introduzione dell'istituto del trattenimento, con tutte le ambiguità semantiche e giuridiche di cui si circonda, ha rappresentato sin dall'origine – come in seguito meglio si argomenterà – un aspetto estremamente controverso, se non un vero e proprio punto di rottura, degli assetti democratici dello Stato italiano.

## 5.2. La legge n. 189/2002

Con la legge 30 luglio 2002, n. 189 («*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*») – nota anche come "legge Fini-Bossi" – sono state introdotte rilevanti modifiche al testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998). Tra le più importanti innovazioni legislative si possono elencare: a) la subordinazione degli ingressi alle necessità del sistema economico; b) la drastica riduzione delle ipotesi di ricongiungimento familiare, cioè dello

<sup>104</sup> Si è soliti parlare, in questi casi, di "giurisdizione volontaria", proprio per sottolineare il carattere non contenzioso dei procedimenti in camera di consiglio. La "giurisdizione volontaria" ha, infatti, come caratteristiche principali: l'assenza di una controversia; l'istruzione probatoria deformalizzata, con la previsione di una mera e generica assunzione di informazioni da parte del giudice, a carattere officioso; il carattere non sanzionatorio dei provvedimenti, che peraltro sono tutti "tipici"; la mancanza di definitività del provvedimento stesso, che, sia pure "reclamabile", è normalmente revocabile e modificabile dallo stesso giudice, escludendo che possa diventare "cosa giudicata" ed essere impugnato con il ricorso per Cassazione. Sul tema la bibliografia è amplissima. Tra i testi più citati si vedano: G. MONTELEONE, *Camera di consiglio (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, I, Utet, Torino, 1980, pp. 986-987; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in "Riv. dir. civ.", I, 1990, pp. 393-458; G. ARIETA, *Giurisdizione camerale e sindacato contenzioso*, in "Riv. dir. proc.", 1995, pp. 1039-1088; M. PAGANO, *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in "Dir. e giur.", 1988, pp. 11-107; A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in "Riv. Dir. Civ.", I, 1987, pp. 431 e ss.; D. MALTESE, *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela di diritti soggettivi*, in "Giur. it.", IV, 1986, pp. 127 e ss.; C. MANDRIOLI, *C.d. "procedimenti camerati su diritti" e ricorso straordinario per cassazione*, in "Riv. dir. proc.", 1988, pp. 921-931.

<sup>105</sup> Ai sensi dell'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 286/1998, «*il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura nel caso questa venga violata*».

strumento più importante nell'inserimento degli immigrati nel contesto sociale; c) l'introduzione del "contratto di soggiorno", cioè di un istituto giuridico che stabilisce un legame indissolubile tra soggiorno e contratto di lavoro<sup>106</sup>.

Appare evidente che i movimenti migratori vengono concepiti dal legislatore del 2002, quale «variabile dipendente dal mercato e, in particolare, dalle esigenze del mondo delle imprese»<sup>107</sup>. Questa visione del movimento migratorio pone al centro la questione dell'ordine pubblico e delle supposte esigenze securitarie. Nell'ambito di questa prospettiva è stata, infatti, costruita l'intera disciplina degli allontanamenti, che ha conosciuto «un'ulteriore spinta verso l'amministrativizzazione dei diritti»<sup>108</sup>. La reale fisionomia della condizione giuridica dello straniero si può percepire in tutta la sua essenza proprio nella nuova disciplina dell'espulsione, che presenta numerose novità rispetto alla disciplina previgente.

La legge n.189/2002 prevede, innanzitutto, che l'espulsione dello straniero sia disposta «con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato»<sup>109</sup>. L'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica è disposta in tutti i casi, ad eccezione dell'ipotesi in cui lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato con il permesso di soggiorno scaduto e senza averne chiesto il rinnovo entro i sessanta giorni stabiliti dalla legge. Anche in questo caso, però, la legge prevede che il questore possa disporre «l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento».

La tutela giurisdizionale contro i provvedimenti di espulsione - nonostante formalmente garantita dalla disposizione che consente di proporre, anche dall'estero, ricorso entro 60 giorni dalla comunicazione del provvedimento - si fonda essenzialmente su «una procedura

<sup>106</sup> L'introduzione dell'istituto del "contratto di soggiorno" nell'ordinamento giuridico ci riporta ai modelli di organizzazione sociale tipica dei sistemi feudali e schiavistici, dove il potere di attribuire uno *status* di rilevanza pubblica è consegnato nelle mani del datore di lavoro. La condizione giuridica (vale a dire la condizione di "regolare" o di "clandestino") del lavoratore straniero in Italia dipende, quindi, dalla mera volontà dell'imprenditore che lo assume. Cfr., a tal proposito, L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", n.3/2002, pp.9-21; P. BASSO, F. PEROCCO, *Gli immigrati in Europa, op. cit.*, p.18. A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in "Questione giustizia", n.5/2002, p.973, rileva anche che «il legame costruito dalla legge Bossi-Fini tra il rapporto di lavoro e il mantenimento delle condizioni per il soggiorno regolare del migrante è strettissimo: non solo la durata del permesso di soggiorno coincide con quella prevista dal contratto di soggiorno, ma viene ridotto da un anno a sei mesi il periodo minimo di iscrizione nelle liste di collocamento concesso al lavoratore straniero che ha perso il posto di lavoro per trovarne uno nuovo. A ciò si aggiunga che la nuova legge ha reintrodotto un requisito per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro già contemplato dalla legislazione del 1986 e successivamente abrogato per le disfunzioni cui aveva dato origine: la verifica preventiva della indisponibilità di altri lavoratori iscritti nelle liste di collocamento, verifica circoscritta ai lavoratori nazionali e comunitari, con significativa esclusione di quelli extracomunitari».

<sup>107</sup> L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, op.cit., p.11.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> La legge prevede anche l'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale, e non in stato di custodia cautelare in carcere. In questo caso l'espulsione può avvenire previo nulla osta dell'autorità giudiziaria. All'autorità giudiziaria viene però limitata l'autonomia nella valutazione, posto che il nulla osta all'espulsione può essere negato «solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa» e quando si procede per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nonché dall'articolo 12 del testo unico sull'immigrazione («Disposizioni contro le immigrazioni clandestine»). Il nulla osta si intende, peraltro, concesso anche quando l'autorità giudiziaria non provveda entro quindici giorni dalla data di ricevimento della richiesta. In attesa della decisione sulla richiesta di nulla osta, il questore può comunque adottare la misura del *trattenimento* presso un centro di permanenza temporanea. La legge prevede anche che l'espulsione con accompagnamento alla frontiera sia applicata anche nei confronti dello straniero sottoposto a procedimento penale, dopo che sia stata revocata o dichiarata estinta, per qualsiasi ragione, la misura della custodia cautelare in carcere.

meramente cartolare [...] che non contempla neppure la necessaria audizione dell'espellendo»<sup>110</sup>.

In un quadro normativo in cui l'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera rappresenta lo strumento principale a cui si ricorre per l'esecuzione dell'allontanamento dello straniero, l'istituto del *trattenimento* assume un ruolo fondamentale. Non a caso, infatti, il periodo di permanenza nel centro è protratto fino a trenta giorni, prorogabile dal giudice di altri trenta, «qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità, ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà» (art.13, comma 1, della legge n.189/2002).

Quando i termini di permanenza nel centro siano inutilmente trascorsi senza aver eseguito l'espulsione o il respingimento, lo straniero viene "liberato" ed «il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni». La medesima norma stabilisce, inoltre, che lo straniero trattenutosi senza giustificato motivo nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore, debba essere punito con l'arresto da sei mesi ad un anno<sup>111</sup>.

La legge n.189/2002 scarica, dunque, sullo straniero la responsabilità del mancato rimpatrio, nei confronti del quale si spalancano, qualora inottemperante, le porte del circuito penitenziario. Questo stretto collegamento tra espulsione, trattenimento e pena detentiva in carcere rappresenta una sorta di *spirale detentiva* (giudiziaria ed amministrativa) dalla quale non è affatto facile uscirne<sup>112</sup>.

Altra importante novità introdotta dalla legge n.189/2002 è il trattenimento dei richiedenti asilo presso i centri di identificazione<sup>113</sup>. L'art.32 della legge n.189/2002 prevede la possibilità di trattenere il richiedente asilo, ma soltanto per il tempo strettamente necessario alla definizione delle autorizzazioni alla permanenza nel territorio dello Stato, e cioè nei seguenti casi: *a)* per verificare o determinare la nazionalità o l'identità del richiedente asilo, oppure quando questi abbia presentato, al suo arrivo nello Stato, documenti risultati falsi (comma 1, lett.a); *b)* per verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo, qualora tali elementi non siano immediatamente disponibili (comma 1, lett. b); *c)* in dipendenza del procedimento concernente il riconoscimento del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato (comma 1, lett.c). In base all'art.32 della legge sopra citata, il trattenimento deve, invece, essere sempre disposto quando: *a)* il richiedente asilo sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo, o, comunque, in condizioni di soggiorno irregolare (comma 2, lett.a); *b)* il richiedente asilo risulti già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento (comma 2, lett.b).

Il trattenimento previsto dal comma 1, lettere *a)*, *b)* e *c)*, e dal comma 2, lettera *a)*, avviene nei c.d. «centri di identificazione»<sup>114</sup> secondo le norme previste dal d.P.R. 16 settembre

<sup>110</sup> L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, op. cit., p.11.

<sup>111</sup> La legge n.271/2004 prevede ora la reclusione da uno a quattro anni.

<sup>112</sup> A questo proposito, si ricorda che la Corte di Cassazione, I Sez. penale, con la recente sentenza n.19436 del 2006, ha affermato che, nei confronti dello straniero ripetutamente inottemperante l'ordine di allontanamento emesso dal questore, «può soltanto disporsi il trattenimento presso un centro di permanenza per i necessari accertamenti sulla identità e nazionalità del medesimo in vista dell'esecuzione coattiva del provvedimento» e non la custodia cautelare. Secondo il giudizio della Suprema Corte, la legge sull'immigrazione esprime «l'intenzione del legislatore di ammettere quale unica forma di esecuzione del nuovo provvedimento di espulsione adottato nei confronti dello straniero, già condannato per non aver volontariamente ottemperato all'ordine di allontanamento impostogli dal questore, quella dell'accompagnamento alla frontiera».

<sup>113</sup> Per una approfondita analisi della nuova disciplina in materia di riconoscimento dello status di rifugiato si vedano L. TRUCCO, *Le modifiche della legge n.189/2002 in tema di asilo*, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", n.3/2002, pp.102-113; G. VITALE, *La nuova procedura di riconoscimento dello status di rifugiato: dall'audizione avanti la Commissione territoriale all'impugnativa giurisdizionale*, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", n.4/2005, pp.47-65.

<sup>114</sup> I Centri di identificazione sono istituiti con decreto del Ministro dell'interno, sentite la Conferenza unificata, le regioni e le province autonome interessate, le quali sono tenute ad esprimere un parere entro trenta

2004, n. 303 («Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato»)<sup>115</sup>.

Il trattenimento previsto dal comma 2, lettera *b*), avviene, invece, in un centro di permanenza temporanea ed assistenza e, quindi, si osservano le disposizioni contenute nell'articolo 14 del testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

Il trattenimento dei richiedenti asilo nei centri di identificazione costituisce «una ulteriore applicazione del principio della ritenzione delle persone con privazione della loro libertà in assenza di fatto costituente reato»<sup>116</sup>. Questa norma presenta evidenti profili di illegittimità costituzionale, poiché il trattenimento dei richiedenti asilo nei cosiddetti «centri di identificazione» è sprovvisto anche di quelle minime garanzie giuridiche, già formalmente previste per il trattenimento nei centri di permanenza temporanea e assistenza degli stranieri espellendi. Per il trattenimento dei richiedenti asilo (provvedimento adottato dal questore) non è, infatti, previsto alcun specifico mezzo di tutela giurisdizionale e da più parti viene segnalato che «nella prassi attuativa della nuova procedura, il trattenimento sta divenendo a tutti gli effetti strettamente inerente la fase di esame di merito dell'istanza di asilo»<sup>117</sup>. Ciò si pone in aperto contrasto anche con la normativa vigente, che prevede l'ipotesi del trattenimento soltanto nella fase anteriore, e cioè in quella dove avviene la valutazione dell'autorizzazione a rimanere sul territorio.

Le modifiche apportate dalla legge n.189/2002 al testo unico sull'immigrazione dimostrano, in via generale, che la disciplina giuridica dello straniero continua a soffrire del suo “peccato originale”, e cioè del suo inquadramento nell'ambito del *diritto di polizia* e, di conseguenza, della sua totale sottomissione alla discrezionalità dell'amministrazione.

Per ciò che concerne la specifica disciplina dell'espulsione, appare evidente che il legislatore ha voluto rendere lo straniero un soggetto estraneo al diritto. La dimezzata o inesistente soggettività giuridica emerge con forza: *a*) nella previsione dell'esecuzione dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera come strumento ordinario di esecuzione dei provvedimenti di espulsione; *b*) nella impossibilità di sospendere l'esecuzione del provvedimento espulsivo quando è sottoposto a gravame o impugnativa; *c*) nella debole o inesistente tutela giurisdizionale; *d*) nell'indebolimento del ruolo e dell'autonomia dell'autorità giudiziaria, costretta a svolgere il ruolo di un mero *travet* della autorità di polizia<sup>118</sup>.

### 5.3. La legge n.271/2004

Il legislatore è nuovamente intervenuto a modificare la disciplina giuridica dello straniero con il decreto legge n.241/2004 (noto anche come decreto “salva espulsioni”), convertito con modificazioni nella legge n.271/2004<sup>119</sup>. Tale modifica ha avuto come pretesto l'emanazione delle sentenze n.222 e n.223 del 2004 della Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 222/2004, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-bis del decreto legislativo n. 286/1998, così come

giorni. Quando, però, se ne ravvisi la necessità, il Ministro dell'Interno, può disporre con proprio decreto, anche temporaneamente, l'istituzione di nuovi centri o la chiusura di quelli esistenti (art.4 del d.P.R. n.303/2004).

<sup>115</sup> Il trattenimento del richiedente asilo nei centri di identificazione non può superare un periodo massimo di venti giorni (art.3 del d.P.R. n.303/2004).

<sup>116</sup> L. TRUCCO, *Le modifiche della legge n.189/2002 in tema di asilo*, op.cit., p.103.

<sup>117</sup> D. CONSOLI, G. SCHIAVONE, *Analisi della procedura semplificata, della procedura ordinaria e delle collegate misure di trattenimento dei richiedenti asilo*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, n.2/2005, p.25.

<sup>118</sup> Cfr. A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in “Questione giustizia” n.2-3/2004, p.378.

<sup>119</sup> Per una analisi più approfondita delle modifiche apportate dalla legge n.271/2004 si veda G. SAVIO, *Prime riflessioni sulle modifiche penali introdotte dalla legge n.271 del 2004*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, n.3/2004, pp.71 e ss.; A. CAPUTO, *Prime note sulle modifiche alle norme penali del testo unico sull'immigrazione*, in “Questione giustizia”, n.2/2005, pp.245-263.

successivamente modificato ed integrato, «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 della difesa». La sentenza fa seguito a quella n. 105 del 2001, con la quale già si anticipava la valutazione della Corte costituzionale, secondo cui «il decreto di espulsione con accompagnamento [...] non può restare estraneo al controllo dell'autorità giudiziaria ... [in quanto] l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione [...]».

Con la sentenza n.223/2004, la Corte costituzionale ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies, del decreto legislativo n. 286/1998, così come successivamente modificato ed integrato, «nella parte in cui stabilisce che per il reato previsto dal comma 5-ter del medesimo art. 14 è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto». In altre parole, la Corte ha dichiarato incostituzionale quella parte della norma, introdotta nel *corpus* normativo del testo unico sull'immigrazione dalla legge Fini-Bossi, che prevedeva l'arresto obbligatorio (da 6 mesi ad un anno) degli stranieri che si erano trattenuti nel territorio dello Stato, nonostante l'ordine di allontanamento. Trattandosi di semplice contravvenzione, per la quale il codice di procedura penale non consente neppure l'arresto facoltativo, la Corte ha ritenuto di dichiararne l'incostituzionalità.

A seguito di queste dichiarazioni di incostituzionalità, la legge n.271/2004 - operando un generale «*restyling* del testo unico sull'immigrazione»<sup>120</sup> - ha provveduto a trasformare, in primo luogo, le contravvenzioni in delitto, al fine di consentire l'esecuzione degli arresti e, in secondo luogo, ha attribuito al giudice di pace la competenza relativa alle procedure di convalida dei provvedimenti amministrativi incidenti sulla libertà personale (accompagnamento alla frontiera e trattenimento) e della impugnazione avverso i decreti di espulsione.

Le ragioni politiche di quest'ultima modifica sono state individuate nella «maggiore 'affidabilità' [*leggi conformazione*] rispetto ai giudici togati, "rei" di aver sollevato troppe (non infondate) questioni di legittimità costituzionale e, più in generale, eccessiva indipendenza»<sup>121</sup>.

Attraverso questa scelta<sup>122</sup>, che si fatica a considerarla una svista, appare chiarissima l'intenzione di svuotare di senso e privare di effettività molti diritti dello straniero espulso e sottoposto alla misura del trattenimento. Il giudice di pace, pur occupando un ruolo importante nell'attuale sistema giudiziario, non appare, invero, l'organo idoneo ad esercitare il controllo sulla legittimità della coercizione personale provvisoria disposta dall'autorità di polizia, in quanto la fisionomia ordinamentale della figura onoraria, fondata principalmente sulla dimensione conciliativa, appare inadatta allo svolgimento di funzioni di garanzia. Il volto mite del giudice di pace si manifesta, del resto, anche in ambito penale. Le disposizioni contenute nel decreto legislativo n.274/2000 («*Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace*») delineano, infatti, un «sistema penale alternativo, nel quale il ricorso alla pena, pecuniaria o paradetentiva, ma non più quella detentiva, viene inteso come

<sup>120</sup> L. SEMERARO, *Allontanamento dei migranti irregolari e diritto penale*, in "Questione giustizia", n.6/2005, p.1336. L'A. sottolinea che attraverso le previsioni contenute nella legge n.271/2004, «il legislatore è ritornato a piegare il diritto sostanziale e quello processuale a finalità ad esse estranee: l'aggravamento della pena non è infatti giustificato da un diverso disvalore del fatto, l'arresto non è neanche funzionale all'applicazione di una misura cautelare: consapevole di aver stabilito una regola, quella dell'accompagnamento alla frontiera, che non è in grado di attuare, il legislatore scarica il problema sull'immigrato, criminalizzandolo».

<sup>121</sup> Nota di presentazione del n.3/2004 della redazione della rivista "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", p.11.

<sup>122</sup> A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", n.3/2004, p.13, osservano che si tratta di una scelta sbagliata «perché nasce "in risposta" alla pronuncia di incostituzionalità di cui alla sentenza della Corte costituzionale n.222/2004 e con l'evidente intento di svilirne il significato garantistico [...]».

extrema ratio cui si perviene solo a seguito della mancata composizione del conflitto»<sup>123</sup>. Il ruolo del giudice di pace viene quindi stravolto dalla legge n.271//2004, perché gli vengono attribuite «competenze non in linea con il significato costituzionale della riserva di giurisdizione»<sup>124</sup>.

Il legislatore, unitamente all'attribuzione al giudice di pace della competenza relativa alle procedure di convalida dei provvedimenti amministrativi incidenti sulla libertà personale (accompagnamento alla frontiera e trattenimento) e della impugnazione avverso i decreti di espulsione, ha provveduto anche a modificare alcune norme poste a garanzia del contraddittorio e dell'effettività del diritto di azione e difesa dello straniero trattenuto.

Si segnala, in particolare, la modifica apportata al comma 4, dell'art.14 del d.lgs. n.286/1998, il quale, ora, dispone che: «*L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito[...].Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le 48 ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dall'art.13 e dal presente articolo, escluso il requisito della vicinanza del centro di permanenza temporanea, di cui al comma 1, e sentito l'interessato, se comparso [...]*».

Con questa modifica normativa, il legislatore ha eliminato, in primo luogo, la possibilità che il giudice della convalida del trattenimento possa verificare e valutare il rispetto del requisito della vicinanza del centro di permanenza temporanea, previsto dal comma 1, dell'art.14 del testo unico sull'immigrazione. Il comma 1 dell'articolo sopra citato, infatti, nel sancire il potere del questore di disporre il trattenimento dello straniero, per il tempo strettamente necessario, prevede anche che il trattenimento avvenga «*presso il centro di permanenza e assistenza più vicino*». Questa specifica previsione trova il suo fondamento giuridico nella necessità di garantire, anche allo straniero trattenuto, un giudice naturale precostituito per legge, come garanzia dell'imparzialità del suo giudizio. La precostituzione del giudice per legge - previsto dall'art.25, comma 1, della Costituzione, in base al quale: «*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*» - consiste nella determinazione della competenza, in relazione a fattispecie astrattamente realizzabili in futuro, e non, quindi, *a posteriori*. Non è consentito, dunque, ipotizzare una alternativa fra un giudice ed un altro, con provvedimento singolo, risolubile *a posteriori*, in relazione a un dato procedimento, poiché, la «precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri tra i quali non si ravvisa una possibile conciliazione»<sup>125</sup>.

Il novellato comma 4, dell'art.14, del testo unico sull'immigrazione, attraverso la previsione che toglie al giudice della convalida il potere di verificare la sussistenza del requisito formale della vicinanza del CPTA rispetto alla sede del questore che ha disposto il trattenimento, rischia, di fatto, di attribuire all'autorità di pubblica sicurezza la decisione relativa all'individuazione del giudice della convalida del trattenimento. In altre parole, disporre a Palermo l'espulsione con accompagnamento alla frontiera dello straniero (non in regola con le norme sull'ingresso ed il soggiorno) e ordinare il trattenimento dello stesso nel CPTA di Torino, significa stabilire che il giudice della convalida del trattenimento sia il giudice di Torino, e non quello di Palermo, il quale, in base alla nuova norma in esame, non potrà neanche più verificare il rispetto del requisito della vicinanza del CPTA.

Occorre sottolineare, inoltre, come la verifica del rispetto del requisito della vicinanza del CPTA sia stato, ancor prima dell'intervento del legislatore del 2004, ritenuto non rilevante – e non, invece, una condizione indefettibile per l'individuazione del giudice precostituito per

<sup>123</sup> E. MARZADURI, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione?*, in *Giudice di pace e processo penale*, Utet, Torino, p.9.

<sup>124</sup> A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, op.cit., p.13.

<sup>125</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n.88/1962. Per una analisi approfondita della giurisprudenza costituzionale successiva a tale sentenza cfr. A. PIZZORUSSO, *Giudice naturale*, in Enc. Giur., XV, Giuffrè, Milano, 1988; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Lezioni* (Capp. III-IV), Cedam, Padova, 1984, pp.83-86.

legge – da parte del giudice della convalida<sup>126</sup>. Ciò ha contribuito, in parte, all'ampliamento del c.d. fenomeno di *dislocazione* degli stranieri trattenuti che, spesso, vengono collocati in centri di permanenza temporanea e assistenza assai distanti dalla sede del questore che dispone il trattenimento. Si è osservato, a questo proposito, che la *dislocazione* degli stranieri trattenuti contribuisce anche ad indebolire le possibilità concrete nell'organizzazione di una adeguata difesa legale (specie quando si tratta di stranieri che - seppur clandestinamente - hanno vissuto per qualche tempo in Italia, costruendo anche importanti reti sociali in grado di offrire sostegno).

Il diritto alla difesa, così come delineato dal novellato comma 4, dell'art.14 del testo unico sull'immigrazione, risulta affievolito anche dalla previsione che stabilisce per lo straniero trattenuto la possibilità di farsi assistere da «*un difensore*» qualsiasi, e non dal suo difensore di fiducia.

Il segno di un ulteriore aggravamento delle tutele giurisdizionali dello straniero trattenuto è contenuto anche in quella parte della norma che prevede la possibilità che lo straniero sia sentito, ma solo «*se comparso*».

#### 5.4. La legge n.155/2005

Appare utile considerare in questa sede anche le novità introdotte dal decreto legge n.144/2005 convertito con modificazioni nella legge 31 luglio 2005, n.155, recante: «*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*». Tale decreto, nonostante non abbia apportato alcuna modifica all'istituto del trattenimento, rispetto alla legislazione previgente, aggrava tuttavia sensibilmente la disciplina dell'espulsione<sup>127</sup>. L'art. 3 prevede, infatti, la possibilità che il Ministro dell'Interno o, su sua delega, il prefetto possa disporre l'espulsione dello straniero nei cui confronti vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali<sup>128</sup>. Il prefetto può, inoltre, anche in deroga alla normativa in vigore, omettere, sospendere o revocare il provvedimento di espulsione quando è necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di attività terroristiche,

<sup>126</sup> Ciò emerge anche dalla circolare del Ministero dell'Interno, Dip. della P.S., Servizio immigrazione, n.300/C/2003/797/P/12.214.14/1°, emessa l'1° aprile 2003. Attraverso questo messaggio, avente come oggetto: «*Mancata convalida dei provvedimenti di trattenimento presso il CPT di Modena*», si specifica che: «[...] l'interpretazione dell'espressione "centro di permanenza più vicino" data dal Tribunale in questione (*ndr. quello di Modena*) pecca, ad avviso di quest'Ufficio, di formalismo, poiché dalla lettura della relativa disposizione non si desume che il legislatore abbia inteso stabilire un parallelo così rigido tra la potestà del questore di disporre il trattenimento e quella del giudice di convalidarlo; dall'espressione sembrerebbe invece evincersi l'esplicazione di un criterio di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, che viene indubbiamente snellita qualora il trattenimento venga effettuato verso una località che, per distanza chilometrica, comporta minor aggravio, tanto nei costi quanto nell'impiego alla luce di quanto sopra la diversa interpretazione proposta dall'Amministrazione, ovvero con l'espressione "centro più vicino" debba essere riferita al centro più vicino in cui vi è un'effettiva disponibilità di posti appare non solo conforme al dettato della legge, ma anche più aderente al suo spirito di quella propugnata dal Tribunale monocratico di Modena (tant'è vero che, a quanto risulta a questa Direzione centrale, viene normalmente fatta propria da tutti gli altri tribunali monocratici preposti alla convalida dei trattenimenti). Né si potrebbe obiettare che questa, rimettendo alla discrezionalità dell'Autorità di Polizia la determinazione del luogo in cui disporre il trattenimento violerebbe il principio del giudice naturale; appare infatti evidente *ictu oculi* che la disponibilità di posti nei centri dipende da circostanze di fatto che non sono preventivabili quali, in primo luogo, il numero degli stranieri per i quali si renderà necessario disporre i trattenimenti».

<sup>127</sup> Per una approfondita disamina delle nuove norme introdotte dalla legge n.155/2005 si veda P. BONETTI, *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali*. 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> parte, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", n.3-4/2005, pp.13-41 e 13-46.

<sup>128</sup> Tale espulsione è eseguita immediatamente, anche in deroga alle disposizioni previste dall'art.13 del d.lgs. n.286/1998.

ovvero per la prosecuzione delle indagini o delle attività informative dirette alla individuazione o alla cattura dei responsabili dei delitti commessi con finalità di terrorismo.

Avverso il decreto di espulsione, emesso ai sensi dell'art.3 sopra menzionato, è ammesso ricorso al tribunale amministrativo competente per territorio, ma il ricorso giurisdizionale non può sospendere, in nessun caso, l'esecuzione del provvedimento. La legge prevede, inoltre, la sospensione, fino a due anni, del procedimento giudiziario nei casi in cui il governo decida di apporre il segreto sugli atti preliminari al decreto di espulsione.

Ciò che la legge n.155/2005 realizza è un'ulteriore amministrativizzazione dei diritti, oltre che una facile criminalizzazione degli immigrati<sup>129</sup>, che sembra manifestarsi come un altro "effetto collaterale" degli attentati terroristici e delle guerre preventive che si sono susseguite negli ultimi anni<sup>130</sup>.

## 6. ALCUNE PROBLEMATICHE COSTITUZIONALI DELL'ISTITUTO DEL TRATTENIMENTO

L'istituto del trattenimento, fin dalla sua iniziale configurazione, ha presentato diversi profili di possibile incostituzionalità. I dubbi di legittimità costituzionale investono in primo luogo il fondamento dell'istituto del trattenimento che, in considerazione anche delle sue modalità di esecuzione, si configura come «una vera e propria detenzione amministrativa»<sup>131</sup>, limitativa della libertà personale.

La fondatezza di questo assunto si evince, del resto, sia dalla premura del legislatore nel prevedere l'intervento dell'autorità giudiziaria nei tempi e nei modi previsti dall'art.13 Cost., sia dalla intensità della coercizione, atta ad integrare gli estremi di un assoggettamento alla volontà altrui<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> Sul processo di criminalizzazione degli immigrati nelle società occidentali cfr. M. STRAZZERI, *La società criminogena*, in H. LÉVY-BRUHL, *Sociologia del diritto*, a cura di M. STRAZZERI, Pensa Multimedia, Lecce, 2005, p.244 e ss.. L'A. sottolinea, infatti, che il processo di criminalizzazione degli immigrati si manifesta nella «natura oggettivamente criminogena di un'operazione che finisce per co-produrre ciò che dovrebbe combattere nella misura in cui tale processo, amplificato dai media, è utilizzato dai politici come risposta ai sentimenti xenofobi diffusi nella popolazione» (pp.244-245). La costruzione sociale della paura e del crimine è analizzata attentamente anche da L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milano, 2000. L'A. osserva che: «in Europa gli stranieri, gli immigrati non occidentali detti di "seconda generazione" e le persone di colore, ossia le categorie più vulnerabili sul mercato del lavoro e meno tutelate dal settore assistenziale dello Stato, sono decisamente sovrarappresentate in seno alla popolazione carceraria in maniera per certi versi paragonabile alla "sproporzione" che colpisce i neri negli Stati Uniti» (p.78). Si vedano anche, per un'analisi comparativa, D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, Mondadori, Milano, 2002; A. DAL LAGO, (a cura di), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, Costa & Nolan, Genova, 1998.

<sup>130</sup> L'assoggettamento della forza-lavoro immigrata alla normativa antiterroristica crea le condizioni per un «rapido adeguamento coatto, eseguibile *manu militari*, dell'offerta alla domanda di lavoro», V. FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'USA Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"*, in "Questione giustizia", n.2-3/2004, p.294 e ss..

<sup>131</sup> A. PUGIOTTO, *"Ieri e oggi": fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op.cit., p.168. Anche altri autori sostengono che il trattenimento nei centri di permanenza rappresenta una «detenzione amministrativa [...] che incide pesantemente sul diritto inviolabile alla libertà personale», G. BUCCI, L. PATRUNO, *Osservazioni preliminari alla lettura del rapporto di Amnesty International sui Centri di permanenza Temporanea ed Assistenza*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>132</sup> A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, op.cit., p.431, osserva che: «per individuare la natura giuridica della misura non è necessario scomodare la dottrina propensa a dare una lettura della nozione di libertà personale più ampia di quella di libertà fisica, né appellarsi alla giurisprudenza costituzionale che, sulla base della stessa ispirazione, per definire l'ambito di operatività della garanzia prevista dall'art.13 della Costituzione, fa riferimento al concetto di "degradazione giuridica". Il trattenimento è una misura detentiva che, anche se eseguita in istituti non facenti capo all'amministrazione penitenziaria (ma a quella degli interni!) e non ostativa della libertà di comunicazione con l'esterno, incide sul diritto fondamentale alla libertà personale tutelato dall'art.13 della Costituzione (pacificamente riconosciuto anche agli stranieri)». Una parte della dottrina ha sostenuto, tuttavia, che l'istituto del trattenimento sia da considerare essenzialmente «non sussumibile nelle limitazioni della libertà personale», R. BIN, *Molti dubbi, un'unica certezza*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op.cit., p.37; Cfr. in tal senso anche G. D'ELIA, *La "legittima*

Le garanzie dell'art.13 della Costituzione non possono, inoltre, subire attenuazioni quando si riferiscono agli stranieri<sup>133</sup>, anche perché, diversamente ragionando, la negazione allo straniero delle garanzie previste dal medesimo articolo, trasformerebbe, inevitabilmente, i diritti inviolabili in "privilegi" dei soli cittadini italiani<sup>134</sup>.

Nell'ambito di questa prospettiva risulta evidente l'illegittimità costituzionale dell'istituto del trattenimento, in quanto la misura restrittiva è assunta in assenza di commissione di un reato e «senza che sia richiesta una valutazione di pericolosità del sottoposto alla misura»<sup>135</sup>. Non si intende negare che nell'ordinamento costituzionale le misure di restrizione della libertà personale possano anche essere sganciate dalla commissione effettiva di fatti penalmente rilevanti<sup>136</sup>. Il secondo comma dell'art.13 Cost., disponendo che le restrizioni alla libertà personale possono essere disposte soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, non esclude che le suddette restrizioni possano superare il limite normale della garanzia giudiziaria, né esclude che, quando alla necessità si unisca l'urgenza, possano essere adottati, anche dall'autorità di pubblica sicurezza, provvedimenti provvisori di limitazione della libertà<sup>137</sup>. In tali ipotesi, tuttavia, le restrizioni della libertà personale, proprio perché ispirate a finalità diverse dalle esigenze di giustizia penale, devono necessariamente «essere collegate alla tutela di beni costituzionali di rilievo primario, in grado cioè di giustificare la compressione di un diritto inviolabile come quello alla libertà personale»<sup>138</sup>.

Non si può, inoltre, ritenere che tali requisiti sussistano solo in virtù di un generico riferimento all'esigenza di assicurare la "pacifica" convivenza civile, "minacciata" dall'ingresso incontrollato di cittadini stranieri nel territorio dello Stato. Ciò che, invece, appare importante è verificare che il legislatore abbia rispettato i criteri costituzionali della necessità, dell'urgenza e della tassatività, oltre che la compatibilità delle disposizioni legislative con i principi fondamentali contenuti negli artt.2 e 3 della Costituzione. In altre parole, per quanto il movimento migratorio "irregolare" possa essere percepito come grave problema di ordine pubblico, in nessun caso può essere scalfito il carattere universale della libertà personale, che spetta a tutti gli uomini, in quanto tali.

In questa prospettiva, risulta essenziale effettuare una comparazione tra l'art.14 del testo unico sull'immigrazione, relativo al trattenimento, e le disposizioni del codice di procedura

*difesa" dello Stato contro l' "aggressione" dello "straniero clandestino", in AA.VV. Stranieri tra i diritti, op.cit., p.75.*

<sup>133</sup> Cfr. sent. n.62/1994 della Corte costituzionale, dove si afferma che quando si fa riferimento «*al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo, qual è nel caso della libertà personale, il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero*». In tal senso anche le sentt. n.120/1967 e n.198/2000 della Corte costituzionale.

<sup>134</sup> A. PACE, *Libertà personale*, Enc. Dir., Giuffrè, Milano, 1974, p.304, considera, tuttavia, che le garanzie e le tutele previste dall'art.13 Cost. siano applicabili ai soli cittadini italiani, poiché, «per quanto possa sembrare antistorico, va riaffermato [...] che lo straniero trova la disciplina costituzionale delle sue situazioni soggettive nel solo art.10, comma 2» e che «l'art.3 si limita a garantire eguaglianza di trattamento unicamente ai cittadini», in quanto «la Costituzione è soprattutto un fatto politico concernente la regolamentazione e la tutela dei cittadini».

<sup>135</sup> M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione. La disciplina legislativa e amministrativa tra programmazione dei flussi, tentativi di integrazione e persistente emergenza*, in "Rass. parlam", 1999, pp. 281.

<sup>136</sup> Cfr. P. BONETTI, *Considerazioni generali sul fondamento giuridico-costituzionale del trattenimento*, in AA.VV., *Diritto degli stranieri*, op.cit., p.603 e ss.. Anche la Corte costituzionale, con la sent. n.27/1959, ha affermato che: «*l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire. E questa una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione*».

<sup>137</sup> Cfr. anche Corte cost., sent. n.27/1959.

<sup>138</sup> M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Problemas constitucionales de la inmigracion: una vision desde Italia y Espana*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p.272.

penale in materia di misure cautelari detentive (artt.272 e ss.), dato che sussiste una similitudine di disciplina<sup>139</sup>. Utilizzando le disposizioni del codice di procedura penale, circa le misure cautelari personali, come parametro di comparazione, si è osservato che i profili di illegittimità costituzionale dell'art.14 del testo unico sull'immigrazione, sono almeno due: «il primo attiene alla individuazione dei presupposti, il secondo alla tutela giurisdizionale»<sup>140</sup>.

L'art.273 del codice di procedura penale individua, infatti, in maniera rigorosa ed inequivoca i presupposti necessari per l'adozione delle misure cautelari detentive, ossia quando sussistono: 1) gravi indizi di colpevolezza in relazione a delitti per cui sono previste pene superiori a determinati limiti edittali; 2) esigenze cautelari (e cioè: a) quando vi è attuale e concreto pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova; b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga; c) quando sussiste il concreto pericolo che la persona sottoposta ad indagini possa commettere gravi delitti oppure reiterare lo stesso reato per cui si procede). La norma sopra menzionata dispone, inoltre, che l'autorità giudiziaria, nell'esercizio dell'effettivo controllo giurisdizionale, debba ispirarsi ai principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Si può desumere, di conseguenza, come la coercizione personale assuma nell'ordinamento italiano una «posizione di *extrema ratio* che sola la rende compatibile con il principio personalistico accolto dalla [...] Costituzione»<sup>141</sup>.

Ciò non può di certo affermarsi per l'istituto del trattenimento, il quale si configura come *strumento ordinario* nell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, dato che l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica rappresenta ormai l'unica modalità di espulsione<sup>142</sup>. L'art.14 del testo unico sull'immigrazione, relativo al trattenimento, non appare, dunque, idoneo a soddisfare il requisito dell'eccezionalità richiesto dal comma 3, dell'art.13 della Costituzione, il quale non consente che alla riserva di giurisdizione possano apportarsi deroghe aventi una sfera di applicabilità talmente ampia da tradursi in regola, collocandosi così agli antipodi di ciò che si intende per requisito di eccezionalità<sup>143</sup>. La disposizione sopra menzionata (art.14 del T.U. sull'immigrazione) risulta priva anche del requisito della tassatività, perché residua in capo all'autorità di polizia, un ampio margine di discrezionalità, sia nella valutazione del pericolo che lo straniero si sottragga al provvedimento espulsivo, sia nella determinazione della cosiddetta pericolosità sociale.

Il fondamento giuridico-costituzionale del trattenimento è stato individuato, da parte di alcuni<sup>144</sup>, anche nella previsione dell'art.5, comma 1, lett.f) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che, in base alla riserva di legge rinforzata prevista

<sup>139</sup> Cfr., in tal senso, A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, op.cit., pp.424-437; R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattamento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e di assistenza*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op.cit., pp.1-22; A. PUGIOTTO, *"Ieri e oggi": fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op.cit., pp.167-180.

<sup>140</sup> A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, op.cit., p.433.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Si ricorda, comunque, che l'unica eccezione alla disciplina generale si realizza soltanto nell'ipotesi in cui lo straniero si trattiene nel territorio dello Stato con il permesso di soggiorno scaduto e senza averne chiesto il rinnovo entro i sessanta giorni. In questo caso l'espulsione può avvenire anche con l'intimazione del Prefetto a lasciare il Paese entro quindici giorni.

<sup>143</sup> Cfr. Corte cost. sent. n.74/1985 e n.503/1989.

<sup>144</sup> Cfr. P. BONETTI, *Considerazioni generali sul fondamento giuridico-costituzionale del trattenimento*, in AA.VV., *Il diritto degli stranieri*, op.cit., p.600. Secondo l'A. non è «sul fondamento sostanziale di qualsiasi misura di trattenimento degli stranieri che si debbono indirizzare i rilievi di legittimità costituzionale: anche se può apparire inopportuno o se può contraddire le intime convinzioni politico-sociali dell'interprete, si deve però riconoscere che dal punto di vista giuridico e in astratto la previsione di misure di trattenimento dello straniero che debba essere respinto od espulso dal territorio dello Stato non presenta di per sé dubbi di legittimità costituzionale» (p.607).

dall'art.10, comma 2, Cost., sarebbe vincolante per il nostro ordinamento. L'art.5, comma 1, lett.f) della C.E.D.U. consente "l'arresto o la detenzione regolare di una persona" quando occorre "impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio", oppure quando "è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione".

Si può osservare, a questo proposito, come la norma della C.E.D.U. sia eccessivamente generica e, quindi, inadatta ad offrire un valido fondamento giuridico-costituzionale all'istituto del trattenimento dello straniero<sup>145</sup> (non in regola con le norme sull'ingresso e sul soggiorno oppure in attesa di espulsione). Essa, inoltre, garantisce una tutela della libertà personale dello straniero più debole di quella garantita dalla Costituzione. L'ordinamento costituzionale deve, del resto, considerarsi, aperto solo ad integrazioni ampliative delle garanzie e dei diritti<sup>146</sup>, in linea con il *favor humanae libertatis* che caratterizza l'intera Carta costituzionale. Sono escluse, pertanto, le involuzioni nella tutela dei diritti costituzionali<sup>147</sup>. Si può dedurre, infine, che l'istituto del trattenimento dello straniero in attesa di espulsione, o di respingimento, non possa trarre una diretta legittimazione dalla previsione dell'art.5, comma 1, lett.f) della sopra citata Convenzione.

L'art.14 del testo unico sull'immigrazione presenta - come s'è detto - profili di dubbia legittimità costituzionale anche con riferimento alla tutela giurisdizionale. La prima osservazione concerne il provvedimento di convalida che assume un ruolo centrale e fondamentale nella valutazione dei profili di illegittimità costituzionale del trattenimento, poiché «attraverso il procedimento di convalida la situazione eccezionale ed anomala rientra nella regolarità costituzionale, attraverso la riappropriazione del potere in questione da parte del legittimo titolare»<sup>148</sup>. I dubbi di legittimità costituzionale sollevati in dottrina concernono soprattutto l'assenza di potere del giudice della convalida nella graduazione del periodo di trattenimento<sup>149</sup>. La convalida del provvedimento di trattenimento comporta, infatti, automaticamente, il soggiorno nel centro di permanenza temporanea per un periodo pari a trenta giorni, prorogabili di altri trenta dal giudice, spesso sulla base di richieste dell'amministrazione, fondate anche su mere asserzioni apodittiche circa l'impossibilità di reperire veicoli o documenti per il rimpatrio dello straniero<sup>150</sup>. Il provvedimento di convalida

<sup>145</sup> L'inidoneità della sopra citata norma della C.E.D.U. ad offrire un valido fondamento giuridico-costituzionale all'istituto del trattenimento risulta ancora più evidente se si considera il fatto che attualmente la durata complessiva del trattenimento è di 60 giorni, e non di poche ore.

<sup>146</sup> Cfr. A. BARBERA A., *Art. 2 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Roma-Bologna, 1975, p.8.

<sup>147</sup> Circa i principi fondamentali e i diritti inviolabili della Costituzione come "controlimiti" al primato del diritto internazionale ed europeo si veda M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, pp.95 e ss.. Appare opportuno segnalare che la Corte costituzionale, pur avendo affermato che le norme della C.E.D.U. costituiscono uno strumento di *eterointegrazione* della Costituzione, ha anche affermato che non tutti i principi contenuti nella C.E.D.U. trovano *eco* nella nostra Costituzione. Ciò, ad esempio, è stato ribadito nella sentenza n.202 del 1985 della Corte costituzionale, dove, a proposito della durata ragionevole del processo, si afferma che «la problematica dei tempi processuali, recepita all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo [...] non trova *eco* nella Carta costituzionale».

<sup>148</sup> R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op.cit., p.12.

<sup>149</sup> M. CUNIBERTI, *Il controllo giurisdizionale sulle modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione e le garanzie costituzionali: riserva di giurisdizione, diritto alla difesa, contraddittorio*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op.cit., p.60, evidenzia che «le norme in questione [...] non sembrano lasciare al giudice spazi per una autonoma determinazione della durata del trattenimento».

<sup>150</sup> I motivi posti a fondamento dei provvedimenti amministrativi di trattenimento sono spesso indipendenti dal comportamento effettivo dello straniero. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui risulta impossibile reperire un vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, oppure alla difficoltà di acquisire i documenti per il viaggio di rimpatrio. Tali motivi sfuggono, quindi, ad una concreta valutazione dell'autorità giudiziaria. Il controllo giurisdizionale sul provvedimento di trattenimento non può che ridursi, così, ad un mero controllo burocratico e formale. Si è osservato, infatti, che l'art.14 del testo unico configura «un potere autonomo di coercizione

produce, quindi, un duplice effetto: a) la legittimazione dell'operato della pubblica amministrazione e b) l'autorizzazione della misura restrittiva della libertà per i successivi trenta giorni (30 + 30).

Anche in questa specifica prospettiva è stato rilevato il contrasto con la disciplina dettata dal codice di procedura penale in situazioni analoghe.

Altro aspetto problematico della tutela giurisdizionale dello straniero trattenuto è quello relativo alle modalità di svolgimento del procedimento di convalida del trattenimento. Tale procedimento, come già accennato nel precedente paragrafo, si svolge secondo le modalità previste dagli artt. 737 e ss. del codice di procedura civile, che disciplina i procedimenti in camera di consiglio. Come si è già rilevato, questo tipo di procedimento si caratterizza, da un lato, per la non incidenza sui diritti<sup>151</sup> e, dall'altro, per il limitato potere istruttorio del giudice, che «consiste nella mera possibilità [...] di assumere informazioni»<sup>152</sup>. Le modalità previste dagli artt. 737 e ss. c.p.c. non offrono, quindi, garanzie sufficienti all'esercizio pieno del diritto alla difesa dello straniero trattenuto.

Sul punto si è rilevato che le garanzie ridotte del contraddittorio e dell'assunzione delle prove nell'ambito del procedimento di convalida si pongono in netto contrasto anche con le procedure previste dagli artt. 291 e ss. del codice di procedura penale, relativi alla forma e all'esecuzione dei procedimenti cautelari. Si può quindi dedurre che, il legislatore, con questo specifico provvedimento abbia voluto «sterilizzare il controllo giurisdizionale sull'operato dell'autorità amministrativa, privandolo di ogni *chance* di effettività»<sup>153</sup>.

## 7. IL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La sintetica ricostruzione dell'evoluzione della disciplina dell'espulsione e, in particolare, del trattenimento, oltre che delle relative problematiche costituzionali, consente ora di sviluppare alcune considerazioni sul ruolo svolto dalla Corte costituzionale in questo controverso e delicato ambito.

Prima di passare, però, all'analisi della specifica giurisprudenza costituzionale, va anticipato come l'orientamento della Corte relativo alla disciplina sulla condizione giuridica dello straniero appaia piuttosto articolato e non sempre condivisibile. Si rileva, in particolare, la tendenza generale della Corte al riconoscimento della diretta applicabilità di molte garanzie costituzionali nei confronti dello straniero. La Corte sembra aver abbandonato, dunque, l'orientamento assunto fino a pochi anni fa, in base al quale sarebbe lecito che, nelle situazioni concrete, possano presentarsi «fra soggetti uguali differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità», avendo come limite soltanto la razionalità del suo apprezzamento. L'applicazione allo straniero delle garanzie costituzionali era quindi mediato dal «riscontro della ragionevolezza di determinate differenziazioni di trattamento»<sup>154</sup>.

L'audacia dimostratasi nel superamento delle incertezze teoriche non si è tradotta però – come, invece, sarebbe stato auspicabile – in decisioni concrete, in grado di incidere sull'effettività dei diritti e delle garanzie costituzionali riconosciute allo straniero. La Corte ha preferito, infatti, nella valutazione concreta delle questioni di incostituzionalità, soluzioni “prudenti” e “morbide”, volte principalmente ad offrire interpretazioni adeguate delle

---

nell'ambito del quale «i rapporti tra autorità di polizia e giurisdizione risultano capovolti rispetto al disegno costituzionale», A. PUGIOTTO, *“Ieri e oggi”: fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op.cit., p.174.

<sup>151</sup> Cfr. A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, op.cit., p.433.

<sup>152</sup> R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, op.cit., p.14.

<sup>153</sup> A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, op.cit., p.434.

<sup>154</sup> M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, op. cit., pp. 243-244.

disposizioni oggetto di giudizio, astenendosi così dall'intervenire con pronunce di accoglimento.

Una specificazione di tale orientamento, con riferimento alla specifica disciplina del trattenimento, si è avuta con la sentenza interpretativa di rigetto n.105 del 2001. La Corte, con questa sentenza, ha affermato, in primo luogo, che *«il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art.13 della Costituzione»*. La limitazione della libertà personale si verifica anche quando la misura del trattenimento non sia disgiunta da una finalità di assistenza, poiché si determina comunque *«quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»*.

La Corte ha ritenuto, tuttavia, che le garanzie previste dall'art.13 Cost. debbano comunque considerarsi assicurate, in quanto il legislatore ha formalmente previsto un controllo giurisdizionale sulla misura del trattenimento<sup>155</sup>.

Con questa decisione<sup>156</sup> si è posto un importante punto fermo nell'analisi dell'istituto del trattenimento e, in generale, può trarsi un atteggiamento di apertura e di inclusione nei confronti dello straniero, rappresentato dal riconoscimento anche a questi delle garanzie costituzionali previste dall'art.13 della Costituzione. La decisione suscita, però, forti perplessità in ordine alla valutazione dell'estensione del controllo giurisdizionale e, in particolare, con riferimento alla sua concreta effettività<sup>157</sup>.

Con la medesima sentenza, la Corte ha anche dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di quella parte dell'art.14, comma 5, del d.lgs. n.286/1998 che non prevede la possibilità che la permanenza nel centro consegua a provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria per il periodo di tempo da questa indicato, nel rispetto del limite massimo di trattenimento<sup>158</sup>. Sul punto, la Corte ha soltanto affermato che il periodo di trattenimento non costituisce *«un tempo di restrizione della libertà personale che deve essere consumato interamente»*, poiché all'art.14, comma 1, del testo unico sull'immigrazione, è previsto che lo straniero debba essere trattenuto *“per il tempo strettamente necessario”* e, quindi, *«concorrendone le condizioni, la misura deve cessare prima dello spirare del termine ultimo»*. La sentenza giunge alla fine ad affermare che non costituisce alcuna violazione della riserva di giurisdizione posta dall'art.13 della Costituzione *«il fatto che la convalida si riferisca all'operato dell'autorità di pubblica sicurezza e, insieme, costituisca titolo per l'ulteriore trattenimento»* fino al limite massimo previsto dalla legge.

<sup>155</sup> La misura del trattenimento, a parere della Corte, non è altro che *«la modalità organizzativa prescelta dal legislatore per rendere possibile [...] che lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, sia accompagnato alla frontiera ed allontanato dal territorio nazionale»*.

<sup>156</sup> La sentenza n.105 del 2001 è una sentenza interpretativa e secondo la maggior parte della dottrina tali sentenze sono reputate non vincolanti, e cioè «non foriere di un vincolo tassativo che renda cogente l'applicazione degli enunciati contenuti in motivazione da parte dei giudici comuni o di altri soggetti dell'ordinamento», 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 di proseguire*, in “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, n.2/2001, p.68. La Corte ha ritenuto, quindi, che i dubbi di costituzionalità si potessero superare con una interpretazione adeguatrice degli articoli di cui veniva denunciata l'incostituzionalità.

<sup>157</sup> Cfr., in tal senso, A. CASADONTE e 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 “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, n.3/2002, pp.33-57.

<sup>158</sup> La sentenza n.105/2001 della Corte costituzionale è intervenuta prima della emanazione della legge n.189/2002, che ha aumentato il termine massimo del trattenimento nel centro di permanenza temporanea e assistenza da 30 (20+10) a 60 (30+30) giorni.

Le argomentazioni addotte dalla Corte in merito alla decisione di ritenere infondata la questione inerente la flessibilità del periodo di trattenimento, entro il limite massimo di legge non appaiono persuasive. A tal proposito, la Corte, senza offrire alcun canone interpretativo definitivo, ha semplicemente ricordato che la misura del trattenimento dovrà essere adottata solo per «*il tempo strettamente necessario*», lasciando così alla totale discrezionalità del giudice della convalida la decisione di una anticipata cessazione del trattenimento<sup>159</sup>.

L'orientamento assunto dalla Consulta, con la sentenza n.105 del 2001, in materia di convalida del trattenimento, è stato poi confermato anche nell'ordinanza n.385 del 2001.

Con l'ordinanza n.35 del 2001, la Corte ha, invece, avuto modo di pronunciarsi sulla questione inerente l'inadeguatezza del procedimento camerale di cui all'artt.737 e ss. c.p.c.<sup>160</sup> ad assicurare la pienezza del contraddittorio e l'esplicazione delle difese. La Corte costituzionale ha sostenuto, in proposito, che «*la procedura camerale, quando sia prevista senza l'imposizione di specifiche limitazioni del contraddittorio, non viola di per sé il diritto di difesa*» poiché «*non risultano violati né il principio di contraddittorio né altre regole generali del processo*». A parere della Corte, inoltre, il giudice della convalida non è affatto privo di sufficienti poteri istruttori e di verifica, poiché «*l'art.738, comma 3, c.p.c., applicabile allo speciale procedimento di convalida previsto dal testo unico sull'immigrazione, attribuisce al giudice il potere di "assumere informazioni", esercitando il quale può controllare la reale sussistenza degli impedimenti addotti dall'autorità di polizia ad una immediata esecuzione dell'accompagnamento alla frontiera ed accertare se ricorrano ipotesi di divieto di espulsione*». Il potere di «*assumere informazioni*»<sup>161</sup> sarebbe inoltre assai più ampio di quello attribuito al giudice dall'art.213 c.p.c., non avendo questi come unico destinatario la pubblica amministrazione e potendosi indirizzare nei confronti di soggetti pubblici e privati. Ciò significa «*che le risposte possono essere fornite con qualsiasi mezzo di comunicazione, compresi quelli più moderni e tecnologicamente avanzati, dei quali l'autorità giudiziaria, in procedimenti caratterizzati da speditezza e tuttavia concernenti la libertà personale, deve essere dotata*».

Si è notato che, con questa pronuncia, si è «*toccata con mano la siderale distanza tra la Consulta e le alette dei C.P.T. in cui si tengono le udienze di convalida che, di norma, non sono munite nemmeno di una linea telefonica*»<sup>162</sup>.

Le decisioni della Corte costituzionale prese in considerazione dimostrano, come già detto, la tendenza generale della Consulta a riconoscere allo straniero, in linea di principio, molti dei diritti garantiti dalla Costituzione, senza però effettuare una concreta valutazione circa l'effettività degli stessi. Occorre, oltre a ciò, rilevare che il riconoscimento dei diritti costituzionali attraverso «*l'utilizzo di tecniche decisorie che all'intervento diretto sulla normativa di legge, preferiscono la valorizzazione di percorsi interpretativi volti ad armonizzare la disciplina vigente ai dettati costituzionali*»<sup>163</sup>, comporta anche l'affidamento al giudice dell'interpretazione costituzionale delle norme. Questa scelta della Corte, seppur condivisibile in linea di principio, appare assai discutibile quando si riferisce ad un settore così controverso e delicato, quale quello dell'espulsione e del trattenimento, che vede implicati diritti fondamentali dello straniero. Non si può, infatti, non sottolineare che la tutela della piena riserva di giurisdizione ed il concreto esercizio dei diritti (*in primis* il

<sup>159</sup> Cfr., sul punto, 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 di proseguire*, op.cit., pp.70-71.

<sup>160</sup> Per una più approfondita analisi circa le caratteristiche della procedura camerale si veda C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino, 1995, p.358 e ss..

<sup>161</sup> Cfr. Corte cost., ord. n.140/2001.

<sup>162</sup> G. SAVIO, *Brevi note sulla pronuncia della Corte costituzionale n.35/2001 in tema di convalida del trattenimento nei C.P.T.*, in "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza", n.1/2002, p.107.

<sup>163</sup> M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 274.

diritto alla difesa) rappresentano per lo straniero espellendo l'unica (e probabilmente l'ultima) garanzia per la preservazione dei diritti fondamentali (e cioè di quei diritti che secondo la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale spettano anche agli stranieri), quali il diritto ad una vita dignitosa o alla stessa incolumità fisica. L'espulsione avviene spesso, infatti, verso paesi in cui le condizioni politiche, sociali ed economiche pongono a rischio la vita e l'incolumità fisica degli stranieri<sup>164</sup>. Affidare il rispetto di queste garanzie vitali alla sensibilità costituzionale del singolo giudice rappresenta una rischiosa scommessa<sup>165</sup>. Ciò anche in considerazione del fatto che, come è stato notato in dottrina, «non può essere sottovalutato il rischio che, accanto a magistrati coraggiosi e disposti ad interpretazioni adeguate ai limiti della forzatura del dettato letterale, vi siano magistrati maggiormente ossequiosi della lettera della legge e meno disposti ad assumere il ruolo di difensori dei principi costituzionali, nel ristretto spazio loro consentito dalle norme di legge che ne regolano l'attività»<sup>166</sup>.

Lo strumento decisorio utilizzato dalla Corte non sembra, inoltre, essere stato in grado di porre un sicuro argine allo svuotamento di ogni effettività dei diritti dello straniero da parte del legislatore ordinario. In altre parole, è accaduto che «mentre la Corte punta a valorizzare al massimo il ruolo delle valutazioni autonome del giudice e la sua libertà interpretativa, dall'altra parte il legislatore persegue lucidamente un disegno volto a svuotare completamente il ruolo del giudice, riducendo al minimo o azzerando lo spazio lasciato alle sue valutazioni»<sup>167</sup>.

## 8. BREVI RIFLESSIONI SUL RUOLO DEI CENTRI DI PERMANENZA TEMPORANEA E ASSISTENZA NELL'ATTUALE CONTESTO SOCIO-POLITICO

La prospettiva giuridica rappresenta un presupposto indispensabile per la comprensione della logica di fondo delle istituzioni<sup>168</sup>, ma l'analisi scientifica, per essere esaustiva, necessita del confronto con altri punti di vista, specie se si considera il fatto che la disciplina dell'immigrazione risulta essere caratterizzata da una forte *politicalità*, vale a dire da una forte

<sup>164</sup> Human Rights Watch ha pubblicato nel settembre 2006 un rapporto dal titolo: “*Arginare i flussi: Abusi contro migranti, richiedenti asilo e rifugiati*” (www.hrw.org). Vi si documentano le modalità con cui le autorità libiche hanno proceduto all'arresto arbitrario di stranieri privi di documenti, maltrattati durante la detenzione, e rimpatriati con la forza in paesi in cui sono stati esposti alla persecuzione o alla tortura. Secondo i dati ufficiali forniti dalla Libia, dal 2003 al 2005, il governo ha rimpatriato all'incirca 145.000 stranieri. Secondo il Rapporto di H.R.W. «l'Italia, il paese maggiormente interessato dalle migrazioni dalla Libia, ha violato ampiamente il diritto internazionale durante l'ultimo governo del primo ministro Silvio Berlusconi. [...] Tra il 2004 e il 2005, il governo ha espulso verso la Libia più di 2.800 migranti – compresi molto probabilmente rifugiati e altre persone che necessitavano di protezione internazionale – e il governo libico li mandava poi nei loro paesi di origine. In alcuni casi le autorità italiane hanno effettuato espulsioni collettive di grandi gruppi di persone senza un adeguato esame del loro potenziale status di rifugiati. Il governo italiano ha negato a Human Rights Watch l'accesso al principale centro di detenzione per le persone provenienti dalla Libia, situato sull'isola di Lampedusa, ma testimoni oculari hanno riferito condizioni insalubri, sovraffollamento e abusi fisici da parte delle guardie».

<sup>165</sup> Gli operatori della giustizia, ivi compresi i magistrati, non sono certo immuni da condizionamenti esterni. F. QUASSOLI, *Il sapere dei magistrati: un approccio etnografico allo studio delle pratiche giudiziarie*, in AA.VV., *Un certo sguardo. Introduzione all'etnografia sociale*, a cura di A. DAL LAGO, R. DE BLASI, Laterza, Roma-Bari, 2002, p.214, osserva, infatti, che: «gli attori che partecipano al processo penale giustificano le decisioni prese nello svolgimento delle *routine* lavorative usando la conoscenza di senso comune della struttura sociale di cui dispongono per creare resoconti adeguati, nel senso di plausibili e persuasivi». Ciò significa che esiste il concreto pericolo che i giudici della convalida del trattenimento dello straniero possano essere maggiormente influenzati dall'*ordine del discorso* sull'immigrazione (*foucaultianamente* inteso), piuttosto che dai precetti costituzionali.

<sup>166</sup> M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 274.

<sup>167</sup> Ivi, p.275.

<sup>168</sup> Cfr. sul punto V. ACCATTATIS, *Il sistema carcerario italiano fra repressione e mistificazione*, in AA.VV., *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all'oppressione*, a cura di F. BASAGLIA e F. BASAGLIA ONGARO, Einaudi, Torino, 1975, p.213.

«*pertinenza* al potere esecutivo che si traduce nella centralità del ruolo dell'autorità di polizia»<sup>169</sup>.

Nel dibattito pubblico sul trattenimento degli stranieri espellendi nei centri di permanenza temporanea e assistenza si sono potuti registrare, in questi ultimi anni, diversi approcci e valutazioni. Nella letteratura contemporanea, di carattere spiccatamente critico, la definizione ricorrente del CPTA è quella di “campo”, inteso quale «spazio d'eccezione» in cui «non dimorano dei soggetti giuridici ma delle nude esistenze»<sup>170</sup>. L'attenuazione o la sospensione delle garanzie giuridiche degli immigrati trattenuti si configurerebbe, quindi, come la «materializzazione dello stato di eccezione divenuto permanente»<sup>171</sup>, poiché quando «all'ineguaglianza di diritti, di opportunità, di trattamento si sovrappone l'isolamento - spaziale, sociale e simbolico - di un gruppo minoritario oppure l'internamento di una determinata categoria di persone entro spazi sottratti al diritto ordinario, siamo di fronte a un processo che di fatto tende a privare gli individui appartenenti a certi gruppi, categorie o popolazioni perfino dello *status* di persona»<sup>172</sup>.

La condizione di isolamento dei trattenuti<sup>173</sup> ed il loro totale assoggettamento al controllo e volontà altrui ha portato altri studiosi ad inquadrare i CPTA nel sistema delle “istituzioni totali”<sup>174</sup>. Questa particolare prospettiva di analisi appare utile alla comprensione delle condizioni materiali degli immigrati trattenuti e delle dinamiche organizzative interne dei CPTA, ma un'analisi esaustiva deve, però, necessariamente, spingersi all'individuazione

<sup>169</sup> A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in “Questione giustizia”, n.2-3/2004, p.360. Sulla “politicità” della materia dell'immigrazione cfr. anche F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante-delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno di studi “Enrico De Nicola”, Giuffrè, Milano, 1975.

<sup>170</sup> G. AGAMBEN, *Non più cittadini, ma solo nuda vita*, “Il manifesto”, 3 novembre 1998.

<sup>171</sup> A. RIVERA, *Estranei e nemici. Discriminazione e violenza razzista in Italia*, DeriveApprodi, Roma, 2003, p.54.

<sup>172</sup> Ivi, p.53.

<sup>173</sup> Il comma 7, dell'art.21 del regolamento di attuazione del testo unico sull'immigrazione, d.P.R. n.394/1999, prevede la possibilità che nei CPTA possano avere accesso, oltre al personale addetto alla gestione e agli appartenenti alla forza pubblica, al giudice competente e all'autorità di pubblica sicurezza, anche i familiari conviventi e il difensore delle persone trattenute. Sulla base della stessa disposizione regolamentare possono fare ingresso nel centro anche i ministri di culto, il personale della rappresentanza diplomatica o consolare, e gli appartenenti ad enti, associazioni del volontariato e cooperative di solidarietà sociale, previa sottoscrizione di appositi progetti di collaborazione concordati con il prefetto della provincia in cui è istituito il centro. E' accaduto però che, nella fase applicativa della norma sopramenzionata, si sia adottata da parte delle autorità dello Stato una ingiustificata interpretazione restrittiva, al punto da arrivare a condizionare l'ingresso degli avvocati di fiducia degli immigrati trattenuti all'autorizzazione del Prefetto o del Questore del luogo in cui si trova il CPTA.

<sup>174</sup> «L'indecifrabilità di molte delle operazioni quotidiane o la difficoltà di comprendere il senso delle regole, la rigida gerarchizzazione dei ruoli, la non condivisione delle informazioni e delle decisioni, il dover rinunciare all'immagine abituale di sé, del proprio corpo - ai propri abiti, ad esempio, o a quell'insieme di piccoli oggetti in apparenza banali e tuttavia così necessari nel salvaguardare i confini del proprio mondo privato - il mancato accesso da parte della popolazione esterna allo svolgimento delle attività istituzionali dunque, l'impossibilità di valutarne il grado di legittimità o l'efficacia: queste alcune delle caratteristiche che, con grado ed espressioni diverse, possiamo riconoscere in non poche istituzioni totali. In esse una riflessione critica sul dispositivo istituzionale è per definizione esclusa: le regole sono date come ovvie. La conseguenza, per chi si trova al loro interno è, indipendentemente dal livello di consapevolezza, un crescente senso di impotenza, di fragilità, di passivizzazione o di disorientamento. Se questo vale per le istituzioni totali in genere, possiamo in via d'ipotesi immaginare che questi aspetti o almeno alcuni fra essi possano essere drammaticamente amplificati nel contesto dei centri di permanenza temporanea: anche dalla scarsa conoscenza della lingua e del contesto, dal senso di smarrimento, dall'incertezza sul proprio futuro e su quello dei propri familiari così frequentemente sperimentata da chi vive in condizioni di clandestinità. Sebbene non abbia mai visitato personalmente un CPT, non è difficile ipotizzare che sia alto il rischio di veder riprodotta la stessa logica delle istituzioni totali», R. BENEDEUCE, *Nuove forme dell'istituzione totale. Per «alieni»*, “Il manifesto”, 30 Novembre 2002. Cfr., in tal senso, anche E. QUARTA, *Le istituzioni totali dei giorni nostri. I Centri di “accoglienza” e di “permanenza temporanea”*. Una indagine sul campo, Guerini, Milano, 2006.

delle motivazioni sociali, politiche ed economiche che possono aver determinato la loro genesi e proliferazione.

L'esame dell'attuale processo di sdruciolamento dello *stato di diritto*<sup>175</sup> verso lo *stato di eccezione* dovrebbe, quindi, essere collocato in una dimensione più ampia, nell'ambito, cioè, del processo di globalizzazione dell'economia che vede moltiplicarsi «le zone d'ombra dello stato di diritto»<sup>176</sup>. La globalizzazione economica ha visto crescere, da un lato, la velocità di trasferimento del capitale finanziario<sup>177</sup> e, dall'altro, ha conosciuto una sostanziale immutabilità nella «concentrazione dei mercati e delle vendite che rimane fissata principalmente nei paesi di origine delle imprese multinazionali»<sup>178</sup>. Potrebbe affermarsi, dunque, che la globalizzazione economica consiste essenzialmente nella «maggiore capacità di manovra del capitale finanziario e speculativo», oltre che in «una maggiore attività di concentrazione in termini proprietari delle imprese» e nella «riduzione della capacità contrattuale della forza-lavoro»<sup>179</sup>. Il mutamento del panorama della divisione internazionale del lavoro<sup>180</sup> e la crescita delle disuguaglianze tra paesi occidentali e resto del mondo costituiscono la conseguenza diretta di questo processo. Gli organismi internazionali, quali la Banca Mondiale ed il Fondo Monetario Internazionale, hanno approntato strategie

<sup>175</sup> Per una attenta riflessione sull'attuale crisi dello *stato di diritto*, si veda J-C. PAYE, *La fine dello Stato di diritto*, Manifestolibri, Roma, 2004.

<sup>176</sup> A. DAL LAGO, *Polizia globale, guerra e conflitti dopo l'11 settembre*, Ombre Corte, Verona, 2003, p.79. Cfr. sullo stesso tema, Id. *Controllo sociale e nuove forme della devianza*, in "Questione giustizia", n.2-3/2004, pp.345-358. L'A. sottolinea, in questo saggio, che «liberismo e paranoia globale appaiono come facce di uno stesso meccanismo di subordinazione degli individui a poteri impersonali. [...] Più che a poteri occulti siamo di fronte a poteri al tempo stesso conosciuti da tutti ma incontrollabili, sia per la loro dimensione planetaria, sia per la nuova legittimazione che ottengono in una situazione di insicurezza globale. Società finanziarie transnazionali, grandi poteri mediatici, sigle come il Wto, la manca mondiale o il Fmi, forze di sicurezza di ogni tipo, alleanze militari ad hoc, accordi di cooperazione internazionale in materia di sicurezza, sistemi di schedatura elettronica e così via sfuggono per definizione ai controlli dei singoli parlamenti. In Europa gli stati nazionali hanno delegato da molti anni i loro poteri in questi campi, con il beneplacito di gran parte delle forze politiche, di destra o di sinistra. Stiamo dunque assistendo all'affermarsi di un controllo sociale globale, al tempo stesso pluralistico [...]».

<sup>177</sup> F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000, pp.95-96, osserva che il potenziamento della circolazione finanziaria e delle merci «ha favorito la pervasiva dominanza delle multinazionali più forti che, divenute sopranazionali, hanno dislocato le proprie attività produttive, per approfittare delle economie offerte dai mercati del lavoro meno protetti o, comunque, più convenienti; hanno de-territorializzato le risorse finanziarie, non più assoggettabili ad alcun potere fiscale, perché introvabili; hanno, successivamente, conseguito la conformazione dei sistemi politici alla nuova realtà materiale, allo scopo di ottenere un *Nomos della Terra* compatibile con la propria configurazione strutturale».

<sup>178</sup> R. FINELLI, *Il diritto a una prassi futura*, in Id., *Tra moderno e postmoderno. Saggi di filosofia e di etica del riconoscimento*, Pensa Multimedia, Lecce, 2005, p.302.

<sup>179</sup> Ibidem. L'A. sottolinea inoltre che «la globalizzazione, anziché l'inizio di una più equilibrata distribuzione delle risorse e della localizzazione produttiva tra le varie zone del pianeta, si mostra essere invece nella sua realtà più vera la cornice di un intensificarsi delle differenze, naturalmente non in senso assoluto ma in senso relativo: delle differenze economiche, culturali, di opportunità di vita, tra Nord e Sud del pianeta, tra paesi sviluppati e paesi sottosviluppati, ma non solo, finanche delle differenze di reddito e di qualità della vita tra ceti e classi nei paesi sviluppati» (pp.302-303).

<sup>180</sup> «A legare centro e periferie all'interno del mercato mondiale è stato ed è il meccanismo della *divisione internazionale del lavoro*, che si è costituita sulla base di un'autentica spoliazione ("originaria") delle aree colonizzate da parte dei paesi colonizzatori; che si è poi definita suddivisione del mondo in un'immensa campagna fornitrice di beni agricoli e materie prime per le metropoli monopolizzatrici dell'industria; per assumere infine, oggi, una fisionomia assai più complicata, poiché anche un buon numero di paesi dominati sono produttori di beni industriali, ma che è pur sempre segnata da una *netta linea di demarcazione* tra i paesi (e gli stati) che stanno "sopra" e danno gli ordini, e quelli che stanno "sotto" e devono eseguirli, tra i paesi (e gli stati) che incamerano profitti ovunque e quelli obbligati a cedere a forze esterne una quota-parte, più o meno larga a seconda dei casi, dei profitti prodotti all'interno del proprio territorio», P. BASSO, *Sviluppo diseguale, migrazioni, politiche migratorie*, in AA.VV., *Gli immigrati in Europa*, op.cit, p.84. Per una approfondita analisi storica delle origini delle egemonie mondiali cfr. G. ARRIGHI, B.J. SILVER, *Caos e governo del mondo*, Mondadori, Milano, 2003.

finalizzate, apparentemente, ad una re-distribuzione della ricchezza mondiale, ma, in realtà, protese ad «offrire uno sbocco all'eccedenza di capitali attraverso sconsiderate politiche di privatizzazione»<sup>181</sup>. Le potenti istituzioni economiche internazionali impongono ai paesi del Sud e dell'Est del mondo l'attuazione dei cosiddetti “*piani di aggiustamento strutturale*”, che consistono principalmente nell'avvio di politiche di “liberalizzazione” e di “deregolamentazione” dell'economia<sup>182</sup>. La messa in opera di queste politiche economiche ha consentito una progressiva e costante diffusione, su scala globale, della forma del lavoro salariato e, quindi, dei rapporti sociali capitalistici che sostituiscono e sussumono altri modi di produzione. Si tratta, in altre parole, dell'espansione della forma di sfruttamento peculiare del lavoro salariato, cui si accompagna una enorme crescita della polarizzazione sociale interna alle singole società delle *periferie*. Si vengono così ad ampliare due forme di povertà (a volte compresenti, a volte no): la povertà assoluta (nei casi in cui le persone non raggiungono neanche la sussistenza e sono private delle forme minime di protezione/diritti sociali) e la povertà relativa (che, appunto, cresce al crescere della polarizzazione sociale). L'attuale processo di internazionalizzazione dell'economia ha prodotto, quindi, «abissali disuguaglianze [...] tra paesi e strati sociali nel mondo intero»<sup>183</sup>. Le popolazioni impoverite sono costrette, di conseguenza, a cercare migliori condizioni di vita, spostandosi dalle *periferie* del pianeta verso il suo *centro*. I movimenti migratori internazionali, che «si sviluppano esattamente a misura che il capitale centrale penetra nelle periferie»<sup>184</sup>, sono causati prevalentemente da questo processo di ristrutturazione del capitale. Ignorare o, ancora peggio, negare tale connessione, equivale a «cancellare surrettiziamente la verità oggettiva della situazione dell'immigrato»<sup>185</sup>. Il processo migratorio va considerato, prima di tutto, senza per questo ignorare gli aspetti di carattere soggettivo che pure lo caratterizzano, come «un sistema di rapporti determinati, necessari e indipendenti dalle volontà individuali». In relazione a tale sistema si organizzano, appunto, «tutte le condotte, tutte le relazioni così come tutte le rappresentazioni del mondo sociale in cui si è costretti a vivere»<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> P. BARRUCCI, *Economia globale e sviluppo locale. Per una dialettica della modernità avanzata*, Felici Editore, Pisa, 1998, p.29.

<sup>182</sup> La *liberalizzazione* si traduce esclusivamente nel “liberarsi”, da parte del mercato e dell'impresa, di qualsiasi vincolo e controllo di natura pubblica, mentre per *deregolamentazione* si intende, appunto, la cancellazione delle norme che regolano i vincoli ed i controlli pubblici. Occorre specificare che la *deregolamentazione* rappresenta, invero, una diversa regolamentazione, o una ri-regolamentazione. Ciò è accaduto, ad esempio, anche in Italia, dove, attraverso la c.d. liberalizzazione-deregolamentazione del mercato del lavoro, si è, in realtà, introdotta una nuova regolamentazione. L'entrata in vigore del c.d. “pacchetto Treu” e, successivamente, della “legge Biagi”, ha comportato una moltiplicazione delle forme contrattuali, producendo, di conseguenza, una *plus* di regolazione. Sul punto cfr. P. BARRUCCI, *Economia globale e sviluppo locale*, op.cit. p.52, nota 106, il quale osserva come «la cosiddetta “deregulation” non corrisponda in realtà ad una diminuzione *tout court* delle regole, bensì solo di quelle che nella nuova fase che si è aperta vengono ritenute, dalle forze dominanti, troppo vincolanti il potere d'impresa e troppo “protettive” di interessi e bisogni ormai ritenuti incompatibili con le esigenze dell'accumulazione. Lo Stato che deve venire meno, secondo questa prospettiva, è solo quello Stato che ha in qualche modo garantito per una determinata fase un certo compromesso sociale tra le classi (“compromesso fordista”), oggi ritenuto dal capitale troppo oneroso. Lo Stato continua invece ad essere chiamato, e forse più di prima, a sostenere in ogni forma il processo di accumulazione del capitale, e quindi a produrre nuove *regole* adeguate allo scopo».

<sup>183</sup> L. GALLINO, *Globalizzazione e diseguglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p.71.

<sup>184</sup> «La migrazione del *Rest* nel *West* avviene a seguito della penetrazione neo-coloniale del *West* nel *Rest*, come un suo effetto obbligato e insieme come una forma di resistenza delle popolazioni del Sud del mondo all'espropriazione organizzata da parte delle *élite* del Nord», F. COIN, *Introduzione. Gli immigrati, il lavoro, la casa: tra segregazione e mobilitazione*, in AA.VV., *Gli immigrati, il lavoro, la casa: tra segregazione e mobilitazione*, a cura di F. COIN, FrancoAngeli, Milano, 2004, p.31-32.

<sup>185</sup> A. SAYAD, *La doppia assenza*, Cortina, Milano, 2002, p.220.

<sup>186</sup> *Ibidem*. L'A. sottolinea, poi, che: «tra le numerose caratteristiche naturali che formano un sistema emigrazione, al primo posto figurano i rapporti di dominio prevalenti su scala internazionale» (p.220).

Questa prospettiva di analisi consente di comprendere la rilevanza politica che i movimenti migratori assumono nell'ambito dei conflitti sociali, in particolare, nel conflitto capitale-lavoro<sup>187</sup>. La gestione poliziesca (quasi bellica) dei movimenti migratori provenienti dal Sud e dall'Est del mondo, la criminalizzazione degli immigrati e la contrazione della loro soggettività giuridica<sup>188</sup> creano le condizioni per un adeguamento dei movimenti migratori alle necessità del mercato del lavoro, ed in particolare a quello sommerso<sup>189</sup>. I rigidi controlli alle frontiere, la militarizzazione delle coste, le deportazioni coatte, i progetti di inserimento di *chip* elettronici su visti di ingresso e su permessi di soggiorno, il sistema centralizzato dei dati e delle impronte digitali di tutti gli immigrati (regolari e non), il legame indissolubile tra contratto di lavoro e permesso di soggiorno, l'attribuzione del potere di definizione dello *status* dello straniero alla discrezionalità dell'autorità di polizia,

<sup>187</sup> P. BASSO, F. PEROCCO, *Gli immigrati in Europa*, in AA.VV., *Gli immigrati in Europa*, op.cit. p.7, osservano, giustamente, che «la massa dei nuovi immigrati» è « composta nella sua quasi totalità di *lavoratori*, di donne e uomini “senza riserve”, forzati all'emigrazione dalla regressione economica sociale che affligge vastissime aree del Sud del mondo». Può, quindi, affermarsi che «la questione dell'immigrazione riguarda, al di là degli immigrati, l'insieme del mondo del lavoro, nel Nord e nel Sud del mondo, e al di là dei lavoratori, il futuro destino dell'intera umanità».

<sup>188</sup> «Si è venuto formando, in questo modo, un nuovo proletariato, discriminato giuridicamente e non più solo economicamente e socialmente. I nuovi lavoratori immigrati infatti, soprattutto se clandestini, non hanno diritti, e sono perciò esposti al massimo sfruttamento. Il fenomeno non è nuovo. Sempre le diverse generazioni delle classi operaie sono state formate e alimentate da flussi migratori: dall'emigrazione dalle campagne che fece nascere il primo proletariato industriale in Inghilterra; da quella italiana e irlandese negli Stati Uniti tra la fine dell'Ottocento e il primo Novecento; dal Sud al Nord dell'Italia nel nostro secondo dopoguerra. Sempre i nuovi venuti sono stati oggetto di discriminazioni e messi in concorrenza con il vecchio proletariato. Ma oggi lo sfruttamento e l'oppressione sociale si avvalgono anche delle disuguaglianze giuridiche che intervengono, nello *status civitatis*, tra cittadini e stranieri», L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?*, in AA.VV., *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, a cura di M. BOVERO, Laterza, Roma-Bari, 2004, p.181.

<sup>189</sup> A. BURGIO, *La guerra delle razze*, Manifestolibri, Roma, 2001, pp. 28-29, osserva che: «in un paese (l'Italia) nel quale – stando all'ultimo rapporto dell'Eurispes – cinque milioni e mezzo di persone (il 25% della forza-lavoro complessiva) lavorano “in nero” (producendo circa 550 mila miliardi di lire all'anno), impiegare lavoro sommerso consente in primo luogo agli imprenditori (in parte attivi in quel ‘terzo settore’ sovente accreditato di una presunta estraneità a logiche mercantili) di moltiplicare il saggio di plusvalore lucrando sul mancato versamento degli oneri contributivi e imponendo bassi salari, massima flessibilità e precarietà, pesanti condizioni di lavoro in termini di ritmi, orari, sicurezza e nocività. Non solo. Mettere al lavoro “irregolari” e potere disporre di persone che la “clandestinità” costringe a mitissime pretese (sopravvivere è già molto quando si ha alle spalle un vissuto di fame e di guerra) permette altresì alle imprese di brandire una clava molto persuasiva dinanzi ai lavoratori “regolari”, vizati dall'indebita tutela di norme, contratti e sindacati. In altri termini (e con buona pace dello sciocchezzaio novista, impegnato a teorizzare l' “obsolescenza” del conflitto di classe), il nesso che si istituisce tra alterità etnica e radicalizzazione dello sfruttamento dà corpo a una “razza operaia” cui è affidato il duplice compito di garantire il rapporto tra capitale e lavoro nazionale e di tenere sotto controllo le dinamiche nell'interesse del padronato». Cfr., in tal senso, anche P. BASSO-F. PEROCCO, *Gli immigrati in Europa*, in AA.VV., *Gli immigrati in Europa. Disuguaglianze, razzismo, lotte*, a cura di P. BASSO-F. PEROCCO, FrancoAngeli, Milano, 2003, pp.7-54. Esempi concreti di come le attuali politiche sull'immigrazione puntino alla svalorizzazione della forza-lavoro immigrata al fine di realizzare uno sfruttamento più intenso della stessa, si possono avere dalla lettura dell'articolo-inchiesta del giornalista F. GATTI, “Io schiavo in Puglia” (L'Espresso, n.35, anno LII, 7 settembre 2006). Appare qui utile riportare un brano significativo: «Sono partiti dalla Libia e sono venuti qui perché sapevano che qui d'estate si trova lavoro. Inutile pattugliare le coste, se poi gli imprenditori se ne infischiano delle norme. Ma da queste parti se ne infischiano anche della Costituzione: articoli uno, due e tre. E della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Per proteggere i loro affari, agricoltori e proprietari terrieri hanno coltivato una rete di caporali spietati: italiani, arabi, europei dell'est. Alloggiano i loro braccianti in tuguri pericolanti, dove nemmeno i cani randagi vanno più a dormire. Senza acqua, né luce, né igiene. Li fanno lavorare dalle sei del mattino alle dieci di sera. E li pagano, quando pagano, quindici, venti euro al giorno. Chi protesta viene zittito a colpi di spranga. Qualcuno si è rivolto alla questura di Foggia. E ha scoperto la legge voluta da Umberto Bossi e Gianfranco Fini: è stato arrestato o espulso perché non in regola con i permessi di lavoro».

sono elementi che vedono convergere le politiche sull'immigrazione verso un comune obiettivo: svalORIZZARE la forza-lavoro su scala mondiale<sup>190</sup>.

In questo sistema, che appare finalizzato alla produzione di lavoratori immigrati precari e senza diritti - di cui hanno sempre più bisogno le imprese occidentali - i centri di trattenimento sembrano assumere un ruolo fondamentale. Nella catena di istituti giuridici preposti alla *produzione* di "clandestini"<sup>191</sup>, i centri di permanenza temporanea e assistenza rappresentano l'anello più importante e decisivo, perché è al loro interno che la condizione di inferiorizzazione viene suggellata pubblicamente e stabilmente. Appare utile ricordare, a questo proposito, come l'art. 7, comma 1, lett. a), della legge n.189/2002 (nota come legge Fini-Bossi) escludeva dalla "regolarizzazione" i lavoratori stranieri espulsi con la modalità dell'accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Tale norma, oltre a «*porsi in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, che, oltre al divieto di trattare in modo eguale situazioni soggettive profondamente diverse, impone, altresì, la ragionevolezza delle scelte legislative*»<sup>192</sup>, evidenzia anche la discriminazione operata nei confronti degli stranieri "clandestini" che avevano *soggiornato* nei CPTA<sup>193</sup>, rispetto agli altri "clandestini", più fortunati, ai quali era stato notificato soltanto il c.d. "foglio di via".

Il trattenimento degli immigrati nei CPTA, disposta in assenza di provata commissione di un reato, sembra in realtà assumere come obiettivo principale quello della *razionalizzazione* e della *normalizzazione* dell'intero processo di clandestinizzazione della "manodopera internazionale di riserva".

La veridicità di quanto appena affermato non può che discendere dall'analisi dei dati relativi all'attuale numero di centri di trattenimento, oltre che dal rapporto tra il numero di immigrati trattenuti ed il numero di quelli effettivamente rimpatriati, senza dimenticare i dati relativi ai costi reali di gestione.

Attualmente sono attivi sul territorio nazionale tredici CPTA e cinque centri cosiddetti "polifunzionali"<sup>194</sup> (luoghi dove possono essere "ospitati" sia i "clandestini" che i richiedenti

<sup>190</sup> La svalorizzazione della forza-lavoro immigrata avviene attraverso pratiche poliziesche e meccanismi giuridici complessi e inferiorizzanti che mirano, in primo luogo, a *produrre* "clandestini", utilissimi alle imprese occidentali che hanno sempre più bisogno di forza-lavoro flessibile e senza diritti. F. COIN, *Introduzione. Gli immigrati, il lavoro, la casa: tra segregazione e mobilitazione*, in AA.VV., *Gli immigrati, il lavoro, la casa: tra segregazione e mobilitazione*, a cura di F. COIN, FrancoAngeli, Milano, 2004, p.29, rileva che: «la fase attuale di fortissima centralizzazione del capitale [...] esplicita essenzialmente che l'imposizione e la riproduzione dello sfruttamento economico delle popolazioni oppresse è un processo articolato che "prevede" prima l'espropriazione materiale e poi l'inferiorizzazione sociale. Una inferiorizzazione che deve essere necessariamente istituzionalizzata attraverso [...] la segregazione delle popolazioni sfruttate e la normalizzazione della divisione sociale tra proprietari ed espropriati». J. ARRIOLA, L. VASAPOLLO, *L'uomo precario. Nel disordine globale*, JacaBook, Milano, 2005, p.220, osserva, inoltre, che: «in Europa i lavoratori migranti sono necessari per costituire l'esercito industriale di riserva. Mantenendo un livello di disoccupazione che faciliti l'imposizione delle condizioni del capitale nel processo di lavoro. Altra funzione che esercitano è di lavorare a bassi salari nella produzione di beni di consumo di massa, rendendo più economico il costo di riproduzione della forza lavoro; ciò permette di ridurre la parte del valore che si paga in forma di salari all'insieme dei lavoratori».

<sup>191</sup> La vigente disciplina sugli stranieri appare infatti orientata a determinare e a perpetuare lo *status* di clandestinità dei lavoratori immigrati. Sul punto cfr. E. RIGO, *Razza clandestina. Il ruolo delle norme giuridiche nella costruzione di soggetti-razza*, in AA.VV., *L'immigrazione: tra diritti e politica globale*, a cura di C. B. MENGHI, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 107-142.

<sup>192</sup> Cfr. TAR Puglia - Lecce, Sez.I, 19 marzo 2003.

<sup>193</sup> Gran parte degli stranieri espulsi tramite provvedimenti emessi con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera vengono trattenuti nei CPTA, dai quali sono spesso liberati alla fine dei 60 giorni di trattenimento, senza che l'espulsione sia stata effettivamente eseguita.

<sup>194</sup> Si segnala, inoltre, che in base alla nota presentata il 27 settembre 2006 dal Ministro dell'interno, Giuliano Amato, nell'audizione dinanzi alla 1° Commissione Affari Costituzionali della Camera, in cui si delineano le linee di una possibile revisione del testo unico sull'immigrazione, i CPTA dovrebbero sdoppiarsi: una tipologia sarà destinata a chi è «socialmente pericoloso» e si chiameranno «Centri per l'esecuzione dell'espulsione»

asilo). Secondo gli ultimi dati del *Dossier Statistico Caritas/Migrantes* del 2006, sono stati *trattenuti* presso questi centri, dal gennaio al dicembre 2005, 16.163 immigrati “clandestini” ed il numero degli stranieri *trattenuti* effettivamente rimpatriati è stato pari al 68,6% del totale. E’ importante rammentare, anche al fine di una più completa analisi, che al 2004, gli immigrati *trattenuti* effettivamente espulsi rappresentavano solo il 50% e che fino al 2002, gli espulsi rappresentavano solo il 36,5% del totale.

Da questi dati si può desumere che i CPTA non sono “efficienti”, in quanto non riescono a garantire l’esecuzione del decreto espulsivo e, nel contempo, non offrono neanche “sicurezza” ai cittadini autoctoni, dato che il numero effettivo degli immigrati *trattenuti* è decisamente inferiore rispetto al numero degli immigrati “clandestini” in circolazione<sup>195</sup>. Appare, pertanto, legittimo interrogarsi sulle ragioni della loro esistenza. L’interrogativo diviene ancora più stringente se si prende in considerazione il processo di *de-localizzazione* dei centri di *trattenimento* (per immigrati cosiddetti economici e per rifugiati) in altri paesi e continenti.

Questi centri, costruiti in molti paesi non comunitari (Marocco, Libia, Algeria, Albania, Croazia, Ucraina, Moldavia, ecc.), costituiscono l’ultima deriva delle politiche europee in tema di immigrazione. La proposta di realizzarli al di fuori dei confini comunitari era stata inizialmente avanzata dal governo britannico<sup>196</sup>, ma tale proposta è stata successivamente condivisa anche da altri paesi europei nel corso del Consiglio UE a Veria (Grecia), che ha avuto luogo il 28 marzo 2003.

Da allora le espulsioni effettuate dallo Stato italiano verso la Libia sono state innumerevoli. Dall’ultimo rapporto del Ministero dell’Interno sullo stato di sicurezza in Italia (2005), si evince che l’Italia sta costruendo in Libia almeno tre centri di *trattenimento*. Nel suddetto rapporto si rende noto che: «*nell’ambito della collaborazione con la Libia sono state perfezionate [...], le procedure che porteranno alla costruzione, in località Garyan, non distante dalla capitale libica, del primo centro (dei 3 previsti) per il trattenimento degli stranieri irregolari da rimpatriare, con una capacità ricettiva di mille posti*».

---

(C.E.E.), mentre gli altri «saranno vere e proprie strutture di accoglienza». Occorre evidenziare, tuttavia, che nella realtà quotidiana già si registra l’esistenza di un’altra tipologia di centri di detenzione amministrativa: i c.d. “CPTA-*just in time*”. Trattasi di spazi di detenzione, non autorizzati formalmente a svolgere le funzioni di un CPTA, che vengono allestiti in situazioni di “emergenza”. Ciò è accaduto più volte nella “roultopoli” di Bari Palese, in diverse zone della Sicilia e, di recente, anche nel Comune di Roma, dove circa 150 rom rumeni sono stati *trattenuti*, in attesa di rimpatrio, in una struttura territoriale messa a disposizione dal comune. Alcuni giornalisti hanno segnalato che «per quattro giorni nessuno è potuto entrare, nemmeno gli avvocati di alcune delle persone rinchiusi nel “Cpt transitorio”», E. MARTINI, *Un cpt comunale per i rom romani*, “Il Manifesto”, 6 ottobre 2006. Per una più esaustiva panoramica circa il numero dei CPTA esistenti, la loro storia e il loro quotidiano funzionamento cfr. il rapporto di Medici Senza Frontiere ([www.msf.it](http://www.msf.it)) che nell’anno 2003 ha effettuato un monitoraggio di quattro mesi all’interno dei CPTA italiani. Cfr anche L. LEONE (a cura di), *Centri di Permanenza Temporanea ed Assistenza. Anatomia di un fallimento*, SinnoS – MSF Onlus, Roma, 2005; L. PERRONE, *Risultati di un’indagine sui centri di accoglienza e di permanenza temporanea del Salento*, in AA.VV., *CPT: né qui né altrove. I luoghi della sospensione del diritto*, a cura di R. DE LUCA, M.R. PANAREO, Manni, Lecce, 2004, pp.123-162.

<sup>195</sup> E’ sufficiente qui ricordare che nell’ultima sanatoria sono stati regolarizzati circa settecentomila “clandestini”.

<sup>196</sup> H. DIETRICH, *Campi profughi ai nuovi confini esterni. Come si allarga l’Europa*, in AA.VV., *I confini della libertà. Per un’analisi politica delle migrazioni contemporanee*, a cura di S. MEZZADRA, DeriveApprodi, Roma, 2004, p.117, rileva che: «il documento britannico [...] prevede, oltre a zone di raccolta per i profughi attorno alle zone di guerra e alle porte dell’Ue, l’istituzione dei cosiddetti *Transit Processing Center* (Tpc). In questi centri, i richiedenti asilo dovrebbero essere *trattenuti*, esaminati e selezionati da un futuro Ufficio asilo della Ue, coadiuvato da Aenur e dall’OIM. A poco a poco tutte le procedure d’asilo potrebbero essere trasferite dalla Ue in questi centri».

Esponenti di associazioni (*Amnesty International, Human Rights Watch, ecc.*) e del mondo politico<sup>197</sup> hanno più volte denunciato la totale assenza di chiarezza negli accordi governativi, siglati in gran segreto nell'agosto del 2004, tra l'Italia e la Libia.

Se si tiene conto di questo scenario, i CPTA, più che l'espressione di una politica miope, sembrano essere espressione di un autoritarismo puro, espressione del potere che *sceglie, separa, distingue*<sup>198</sup>. Un potere che interviene direttamente nel controllo della divisione internazionale del lavoro "passando al setaccio" i lavoratori immigrati in Occidente. Questo intervento contribuisce a rendere i lavoratori stranieri più ricattabili, più deboli, anche nel momento del loro re-inserimento all'interno del mercato del lavoro occidentale. Coloro che hanno conosciuto l'esperienza del trattenimento sono, infatti, materialmente e psicologicamente, più ricattabili<sup>199</sup> e, quindi, maggiormente disponibili ad accettare condizioni di sfruttamento più gravi, anche rispetto agli altri lavoratori "clandestini" che non hanno (ancora) conosciuto l'esperienza della detenzione amministrativa.

Il trattenimento degli immigrati nei centri di permanenza temporanea e assistenza – lungi dal rappresentare un istituto giuridico volto a garantire la "legalità" o l'esecuzione del decreto di espulsione – rappresenta, più semplicemente, uno snodo istituzionale del governo dall'alto dell'attuale, razzistica, divisione internazionale del lavoro.

L'istituto del trattenimento contribuisce, quindi, non solo alla stigmatizzazione dello straniero come *nemico* e come *minaccia* (così da far assolvere allo straniero, come da tradizione, la funzione di *caprio espiatorio* per le difficoltà e le sofferenze patite dalle classi subalterne appartenenti alla popolazione autoctona), ma realizza, allo stesso tempo, le condizioni necessarie per l'attuazione di un nuovo modello di sfruttamento della manodopera immigrata. La detenzione amministrativa nei CPTA, da un lato crea le condizioni per un più intenso sfruttamento dei lavoratori immigrati (attraverso la *razionalizzazione* del processo di clandestinizzazione) e, dall'altro, realizza un circuito di valore, attraverso il processo di "trattenimento" dei loro corpi. La custodia dei corpi degli immigrati rappresenta infatti per diverse organizzazioni, cooperative e fondazioni del settore "*non profit*", una considerevole fonte di profitto<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> In una intervista rilasciata a "Il Manifesto", il 18 agosto 2005, la senatrice Tana de Zulueta, vicepresidente della Commissione sui diritti umani del Consiglio UE, ha dichiarato: «Suscita preoccupazione questo rafforzamento dei rapporti tra Italia e Libia che, lo voglio ricordare, si basa su un accordo che non è mai stato presentato al parlamento e che quindi viola i principi della nostra costituzione. Vale lo stesso per le risorse finanziarie che il governo ha deciso di impiegare per questi progetti: non sappiamo nulla di preciso».

<sup>198</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Atti del Convegno Nazionale, Roma, 26-28 ottobre 1981, Cedam, Padova, 1983, pp.95-144. L'A. spiega come la funzione del potere consista essenzialmente nel "separare", "dividere", "distinguere", "allontanare", "passare al setaccio". Attività che sono tutte racchiuse concettualmente e semanticamente nella parola "secernere" (se-cernere), dalla quale deriva la parola "secretus". L'A., infatti, osserva che: «nel quadro delle strutture ordinamentali, sono le grandi sedi decisorie e quindi del potere quelle in cui maggiormente oppugnano – in una dialettica continua – "segretezza" e "pubblicità" ora prevalendo o facendosi prevalere l'una, ora l'altra» (p.115).

<sup>199</sup> Si fa qui riferimento anche agli episodi di maltrattamenti fisici e psicologici denunciati dagli stranieri trattenuti nei centri di permanenza temporanea e assistenza. In un solo caso questi maltrattamenti sono stati giudizialmente accertati (1° grado di giudizio), con la conseguente condanna dei gestori del CPTA ("Regina Pacis" di San Foca a Lecce), di alcuni operatori sanitari e delle forze dell'ordine che avevano compiti di vigilanza nel centro (cfr. sentenza di condanna di primo grado pubblicata sul sito [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it)). Un'inchiesta giornalistica che ha fatto molto scalpore è stata quella del giornalista F. GATTI, che, fingendosi immigrato "clandestino", è riuscito ad entrare in un CPTA siciliano, dove ha raccontato di aver vissuto per otto giorni in condizioni disumane e senza che fosse intervenuto alcun giudice a convalidare il provvedimento di trattenimento nel centro (Cfr. "L'Espresso" del 13 ottobre 2005). Per una maggiore conoscenza delle condizioni di vita degli immigrati trattenuti nei CPTA si vedano: R. DE LUCA, M.R. PANAREO, *Introduzione*, in AA.VV., *CPT: né qui né altrove*, op.cit., pp.7-36; M. ROVELLI, *Lager italiani*, Bur, Milano, 2006.

<sup>200</sup> La legge finanziaria del 2004 ha stanziato 105 milioni di euro per la gestione dei CPTA e circa 25 milioni di euro per la costruzione di nuovi centri, a fronte di meno di 11 milioni di euro per le azioni positive nei

E' proprio questo aspetto, questo *duplice sfruttamento* (o *sfruttamento totale*) dello straniero, come lavoratore e come corpo, che induce a considerare i *Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza* dei laboratori di processi economico-sociali, politici e culturali, protesi a consolidare e perpetuare le condizioni di sfruttamento e di alienazione dell'intero mondo del lavoro salariato.

---

confronti degli immigrati, quali l'assistenza agli stranieri (6 milioni) e il Programma Nazionale Asilo (5 milioni). Anche nella legge finanziaria del 2005 si registra una sproporzione rilevante tra i fondi destinati agli interventi a favore degli immigrati e quelli destinati alla detenzione amministrativa: cinque milioni di euro destinati al Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, 6 milioni a favore di «stranieri bisognosi» e «spese per trasporto di ammalati fino alla frontiera», 136 milioni per i «servizi d'accoglienza» presso i valichi di frontiera, 122 milioni di euro per la gestione e la manutenzione dei CPTA. I CPTA appaiono essere, pertanto, altamente redditizi, sia per gli ampi *profitti* derivanti dalla loro gestione, sia per le ricadute economiche esterne derivanti dalla loro attività. I finanziamenti del governo riguardano non solo la costruzione degli edifici destinati al trattenimento degli stranieri, ma anche la gestione ed il funzionamento dei CPTA, ivi compresi i servizi di vigilanza, i servizi sanitari, i servizi legali, la ristorazione, ecc..