

159 ILLEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI RESPINGIMENTO «DIFFERITO»

GIUDICE DI PACE DI AGRIGENTO - 18 OTTOBRE 2011, N. 741 (DECR.) - GIUD. ALIOTO

Sicurezza pubblica - Stranieri (in particolare: extracomunitari) - In genere - Decreto di respingimento «differito» - Impugnazione - Giurisdizione ordinaria - Sussistenza.

1. L'esecuzione del respingimento «differito» implica inevitabilmente una coercizione della libertà personale dello straniero. In assenza di indicazioni espresse del legislatore circa i mezzi di impugnazione esperibili ed in ragione della situazione giuridica soggettiva incisa, occorre fornire una interpretazione dell'art. 10 d.lg. n. 286 del 1998 costituzionalmente conforme alla riserva di giurisdizione prescritta dall'art. 13 Cost. e ritenere ammissibile l'intervento del giudice ordinario, in analogia a quanto dettato dall'art. 13 d.lg. n. 286 del 1998 per i decreti di espulsione prefettizia.

Sicurezza pubblica - Stranieri (in particolare: extracomunitari) - In genere - Decreto di respingimento «differito» - Intempestività rispetto al rintraccio dello straniero - Illegittimità per eccesso di potere - Sussistenza.

2. La legittimità del provvedimento di respingimento «differito» è subordinata alla circostanza che la sua adozione sia intervenuta entro un termine ragionevolmente breve dal fermo dello straniero irregolare: ciò a tutela sia dell'effettività delle garanzie e della tempistica previste dall'art. 13 comma 3 Cost. sia dell'ambito di applicazione della distinta fattispecie espulsiva prevista dall'art. 13 comma 2, lett. a), d.lg. n. 286 del 1998. Pertanto, l'adozione da parte del questore di un provvedimento di respingimento «differito» a distanza di giorni dal fermo dello straniero configura attività amministrativa illegittima per eccesso di potere. [Fattispecie relativa ad un provvedimento di respingimento «differito» adottato cinque giorni dopo il fermo dello straniero. Durante tale periodo lo straniero era stato detenuto *sine titulo* presso il CPSA di Lampedusa]

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE. - Con atto depositato in Cancelleria in data 3 ottobre 2011, A. C., *ut supra*, riassume davanti a questo Ufficio Giudiziario il giudizio scaturito dal ricorso proposto in data 1 luglio 2011 innanzi al Giudice di Pace di Bologna avverso il provvedimento di respingimento in epigrafe indicato.

Evidenziava che, con provvedimento del 12 luglio 2011, l'adito Giudice di Pace aveva rilevato la propria incompetenza territoriale, dichiarando la competenza del Giudice di Pace di Agrigento. Richiamava, quindi, il contenuto del ricorso originario, reiterando le medesime doglianze ivi esplicitate.

Il ricorrente, in particolare — dopo aver preliminarmente dedotto in ordine alla sussistenza della Giurisdizione del Giudice Ordinario anche in caso di opposizione avverso il provvedimento di respingimento — deduceva l'illegittimità dell'atto opposto per eccesso di potere per sviamento e, comunque, per violazione di legge.

Ricostruiva il quadro normativo relativo alle varie tipologie dei provvedimenti amministrativi volti all'estromissione dello straniero irregolare dal territorio nazionale ed osservava come la tassatività degli ambiti di applicazione delle singole fattispecie espulsive dovesse intendersi, anzitutto, come orientata ad escludere la sovrapposibilità o la fungibilità dei diversi poteri a ciascuno di queste riconnessi. Precisava che i poteri attribuiti dalle norme di cui agli artt. 10

comma 2, lett. a), e 13 comma 2, lett. a), d.lg. n. 286 del 1998 non potevano in concreto essere utilizzati indiscriminatamente o promiscuamente dalle Autorità Amministrative rispettivamente competenti.

Deduceva, quindi, che il respingimento differito *ex art. 10 comma 2, lett. a)*, d.lg. n. 286 del 1998 potesse trovare rituale applicazione soltanto in presenza di una *specificata situazione di urgenza*, dovendo — l'adozione del provvedimento — verificarsi contestualmente al rintraccio dello straniero sul territorio nazionale. L'adozione di un decreto di respingimento non poteva, pertanto, ritenersi legittima tutte le volte in cui il lasso di tempo trascorso tra il rintraccio ed il respingimento fosse tale da decolorare il requisito indefettibile dell'urgenza, abilitando margini non ammessi di discrezionalità amministrativa e sconfinando nell'ambito della diversa fattispecie disciplinata dall'art. 13 comma 2, lett. a), d.lg. n. 286 del 1998 di competenza del Prefetto.

Esponeva che il suo rintraccio nel territorio nazionale era avvenuto in data 28 aprile 2011 mentre l'emanazione del provvedimento di respingimento era avvenuta soltanto in data 3 maggio 2011, cioè *ben sei giorni dopo*. E precisava che in tale lasso di tempo si era trovato in una situazione di restrizione della propria libertà personale presso il CPA di Lampedusa. Rilevava che il denunciato sviamento del potere amministrativo non era stato affatto innocuo poiché aveva inciso profondamente sulla propria sfera giuridica soggettiva, stante le diverse conseguenze giuridiche conseguenti all'adozione dell'uno ovvero dell'altro provvedimento.

Concludeva, quindi, previa sospensiva, per l'annullamento del provvedimento impugnato nonché di ogni altro atto consequenziale.

In subordine, chiedeva venisse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 comma 2, lett. a), d.lg. n. 286 del 1998 per la violazione degli artt. 3, 13, 24 e 117 Cost.

Il decreto di fissazione di udienza veniva ritualmente notificato alle parti.

All'udienza in camera di consiglio dell'11 ottobre 2011 compariva il citato difensore del ricorrente, il quale insisteva per l'accoglimento dell'opposizione.

Nessuno compariva per l'Amministrazione resistente.

Quindi, il sottoscritto Giudice di Pace si riservava per la decisione.

Ciò premesso, occorre osservare quanto segue.

Preliminarmente in rito, questo Decidente ritiene sussistente, nel caso di specie, la Giurisdizione del Giudice Ordinario.

Ed invero, in assenza di indicazioni del Legislatore (che nulla dice in ordine alla tutelabilità giudiziale avverso il provvedimento di respingimento alla frontiera *ex art. 10 comma 2 d.lg. n. 286 del 1998: c.d. respingimento differito*), la Giurisprudenza si è espressa in maniera difforme circa l'Autorità giudiziaria competente.

Tuttavia, poiché l'esecuzione del respingimento implica inevitabilmente una coercizione della libertà personale dello straniero, il sottoscritto ritiene di fornire una interpretazione del citato art. 10 d.lg. n. 286 del 1998 conforme alla *riserva di giurisdizione* di cui all'art. 13 Cost. e di ritenere ammissibile l'intervento del Giudice Ordinario in analogia a quanto dettato dall'art. 13 d.lg. n. 286 del 1998 nel caso di provvedimento di espulsione disposto dal Prefetto (cfr. i principi ricavabili dalle sentenze nn. 105 del 2001 e 222 del 2004 della Corte costituzionale).

Peraltro, il provvedimento di respingimento alla frontiera rappresenta — per omogeneità contenutistica e funzionale — una *species* appartenente al *genus* provvedimento di espulsione (cfr. Tar Napoli n. 6441 del 2007; Tar Catanzaro n. 432 del 2007; da ultimo Tar Sicilia n. 510 del 2009, i quali hanno dichiarato il difetto di Giurisdizione del Giudice Amministrativo), differenziandosi dal secondo per il fatto che viene adottato nei confronti dello straniero che, entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, venga fermato *all'ingresso o subito dopo* ovvero *temporaneamente ammesso nel territorio per necessità di pubblico soccorso*.

Quanto al merito del ricorso, occorre osservare quanto segue.

Risulta provato che il rintraccio del ricorrente nel territorio nazionale da parte della Polizia di frontiera è avvenuto in data 28 aprile 2011. Tale circostanza, infatti, risulta espressamente attestata nella parte motiva dello stesso atto impugnato.

Ora, la difesa del ricorrente ha contestato la legittimità del provvedimento medesimo sulla base del lasso di tempo (cinque giorni) trascorso tra la data del rintraccio dello straniero e quella della adozione del provvedimento opposto.

Tale assunto appare condivisibile.

È vero che l'art. 10 comma 2 d.lg. n. 286 del 1998 non prevede alcun termine entro il quale possa essere adottato il provvedimento di respingimento cd. *differito*.

Tuttavia: poiché il presupposto per l'adozione del provvedimento di respingimento *differito* è rappresentato dal fermo dello straniero (che fa ingresso nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera) contestualmente allo stesso ingresso o *subito dopo*; poiché il provvedimento stesso viene emesso da un'Autorità di Polizia (il Questore); poiché l'esecuzione dello stesso, sia che si traduca nell'accompagnamento coattivo alla frontiera e sia (come nel caso di specie) che costituisca presupposto per l'adozione del correlativo provvedimento di trattenimento (ex art. 14 d.lg. n. 286 del 1998), implica necessariamente una coercizione della libertà personale del destinatario; tutto ciò considerato, ritiene questo Giudice di Pace che la legittimità del provvedimento di respingimento c.d. *differito* debba essere necessariamente ricollegata alla sua adozione entro un termine ragionevolmente breve dal fermo dello straniero irregolare.

Peraltro, se così non fosse, si potrebbe assistere — come in effetti è avvenuto nel caso in esame — ad un *trattenimento di fatto* dello straniero, in condizioni di restrizione e/o limitazione della sua libertà personale, non sorretto da alcun provvedimento motivato dell'Autorità Giudiziaria in palese violazione dell'art. 13 Cost., per un tempo indefinito ed indeterminato demandato alla più ampia discrezionalità della P.A.

Del resto, l'art. 13 comma 2, lett. a), d.lg. n. 286 del 1998 prevede l'ipotesi della espulsione disposta dal Prefetto proprio nei confronti di quello straniero che, entrato nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera, non sia stato respinto ai sensi dell'art. 10. E ciò fa implicitamente ritenere che il respingimento ad opera del Questore debba essere causalmente e temporalmente ricollegato al rintraccio dello straniero irregolare nell'imminenza dell'ingresso. Diversamente opinando, si verrebbe a svuotare quasi del tutto l'ambito di applicazione dell'espulsione prefettizia di cui all'art. 13, comma 2, lett. a), d.lg. n. 286 del 1998, limitandosi alle sole ipotesi (alquanto rare nella provincia di Agrigento) in cui uno straniero faccia ingresso clandestino nel territorio nazionale e non venga rintracciato nemmeno *subito dopo* l'ingresso.

Infine, ritiene questo Giudice di Pace che i presupposti del respingimento differito devono oggi, ancora di più, essere interpretati restrittivamente, dal momento che lo Stato Italiano — avvalendosi della facoltà di cui all'art. 2, par. 2, Direttiva 2008/115/CE in occasione dell'attuazione della direttiva medesima — ha deciso di non applicare le disposizioni di essa — certamente più favorevoli per i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio dello Stato Membro sia irregolare rispetto a quelle preesistenti — agli stranieri sottoposti a respingimento alla frontiera.

Per tali ragioni, a parere di questo Decidente, l'adozione di un provvedimento di respingimento *differito* a distanza di giorni dal rintraccio dello straniero, in luogo della trasmissione degli atti al competente Prefetto per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza, appare una attività amministrativa illegittima per eccesso di potere.

Alla luce delle peculiarità della fattispecie controversa e della non uniformità degli indirizzi assunti con la presente decisione, appare ragionevole disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M. - Il Giudice di Pace di Agrigento, nella persona dell'Avv. Giuseppe Alioto, letti gli atti ed i documenti prodotti, visti gli artt. 737 c.p.c. e 13-bis d.lg. n. 286 del 1998, in accoglimento del ricorso, annulla il provvedimento di respingimento con accompagnamento alla frontiera n. 1341, emesso dal Questore della Provincia di Agrigento in data 3 maggio 2011.

Compensa integralmente fra le parti le spese di lite.

L'ILLEGITTIMITÀ DEL RESPINGIMENTO «DIFFERITO» INTEMPESTIVO TRA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE E LEGALITÀ AMMINISTRATIVA

L'Autore, muovendo dall'analisi di una innovativa pronuncia del giudice di pace di Agrigento, approfondisce le problematiche inerenti le modalità di impugnazione ed i presupposti di legittimità del decreto di respingimento «differito» ex art. 10 comma 2, lett. a), d.lg. n. 286 del 1998, dedicando particolare attenzione ai profili costituzionali e sovranazionali che interessano la materia.

Sommario 1. Premessa. — 2. Un provvedimento limitativo della libertà personale senza giudice? — 3. L'intempestività come causa di illegittimità del provvedimento. — 4. Conclusioni.

1. PREMESSA

Il provvedimento del Giudice di pace di Agrigento che si annota risolve in modo originale ⁽¹⁾ due profili di grande interesse teorico ed applicativo della disciplina del respingimento «differito» degli stranieri irregolari e getta luce su quel cono d'ombra normativo che negli ultimi anni ha visto fiorire prassi amministrative e giudiziarie poco commendevoli.

Nel labirintico sistema di allontanamento dello straniero, il respingimento ex art. 10 d.lg. n. 286 del 1998 ⁽²⁾ rappresenta un istituto scarsamente considerato dalla giurisprudenza e solo di rado fatto oggetto delle attenzioni della dottrina.

«Fratello minore» dell'espulsione, esso ha tuttavia conosciuto negli ultimi anni una crescente applicazione in occasione dei sempre più frequenti sbarchi di migranti provenienti dal Nord Africa sulle coste siciliane ⁽³⁾.

Due le spinose questioni affrontate dalla pronuncia in commento: da un lato, a chi spetti la giurisdizione sull'impugnativa del decreto di respingimento; dall'altro, come vada interpretato il presupposto temporale previsto per l'adozione della fattispecie più ricorrente tra quelle contemplate dall'art. 10 comma 2 T.U. imm., ovvero quella descritta dalla lett. a) ⁽⁴⁾.

Un rapido inquadramento dell'istituto del respingimento si rende indispensabile per la corretta comprensione delle motivazioni — e delle condivisibili conclusioni — del provvedimento del Giudice di pace di Agrigento.

Anzitutto, va precisato che sotto l'etichetta di «respingimento» la norma racchiude

⁽¹⁾ Si tratta del più recente di una serie di provvedimenti simili nel contenuto riferibili ad uno stesso giudicante.

⁽²⁾ D'ora in poi T.U. imm.

⁽³⁾ Nel 2011, gli stranieri destinatari di provvedimenti di respingimento «differito» nella sola provincia di Agrigento sono stati diverse migliaia. Anche negli anni passati, comunque, i numeri del fenomeno risultavano niente affatto trascurabili. Ne dà ra-

pidamente conto VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, 2, 17 e, più recentemente VASSALLO PALEOLOGO, *Dall'accoglienza alla detenzione amministrativa: gli effetti di uno stato di emergenza permanente*, in www.meltingpot.org.

⁽⁴⁾ Su cui ritorneremo più analiticamente *infra*.

tre distinte fattispecie, tutte accomunate dalla medesima funzione ma estremamente eterogenee quanto a forme e contenuti ⁽⁵⁾.

La prima fattispecie disciplina l'inibizione opposta dalla polizia di frontiera agli stranieri che si presentino ai valichi senza i requisiti per l'ingresso sul territorio nazionale ⁽⁶⁾; la seconda fattispecie, ricorrente nel caso di specie, contempla l'accompagnamento alla frontiera disposto con decreto motivato del questore di quegli stranieri che, «sottraendosi ai controlli», siano entrati nel territorio dello Stato e siano stati «fermati all'ingresso o subito dopo» ⁽⁷⁾; la terza riguarda l'accompagnamento alla frontiera sempre disposto con decreto motivato questorile, dei soggetti che, pur difettando dei requisiti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato, siano stati temporaneamente ammessi «per necessità di pubblico soccorso» ⁽⁸⁾.

Già ad un primo sguardo, appare evidente la non sovrapponibilità delle diverse tipologie di respingimento descritte quanto a legittimazioni attive, presupposti e, soprattutto, sul versante passivo, situazioni giuridiche soggettive su cui incidono ⁽⁹⁾.

Il respingimento «immediato» è infatti provvedimento ⁽¹⁰⁾ obbligatorio, in sé scevro di contenuti coercitivi, che imponendo allo straniero il rispetto di un divieto, limita la libertà di circolazione e di autodeterminazione in un momento in cui l'ingresso sul territorio nazionale non è ancora avvenuto; diversamente, il respingimento «differito» — in entrambe le forme disciplinate dall'art. 10 comma 2 T.U. imm. — è un provvedimento che presuppone l'avvenuto ingresso dello straniero sul territorio nazionale ⁽¹¹⁾ e realizza un intervento coercitivo sulla persona fisica del migrante per ricondurlo alla frontiera di provenienza.

A differenza del respingimento «immediato», quindi, quello «differito» non si limita a comprimere la libertà di circolazione o di autodeterminazione dello straniero ma incide

⁽⁵⁾ Dalle tre forme respingimento disciplinato dall'art. 10 T.U. imm. va ulteriormente distinto il c.d. «respingimento in alto mare con immediato rimpatrio», disciplinato dall'art. 12 commi 9-bis, 9-ter, 9-quater e 9-sexies T.U. imm. Si tratta di una fattispecie altamente problematica introdotta dalla l. 30 luglio 2002, n. 189 che esula dall'ambito della nostra trattazione e per il cui approfondimento si rinvia a PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, *Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti tenutosi a Cagliari il 16-17 ottobre 2009*, in www.astrid-online.it.

⁽⁶⁾ Il c.d. respingimento «immediato», il vero e proprio *refoulement*, previsto al comma 1.

⁽⁷⁾ Il c.d. respingimento «differito», previsto al comma 2, lett. a).

⁽⁸⁾ Ipotesi di «respingimento «differito», per così dire, «umanitario» del comma 2, lett. b).

⁽⁹⁾ Sul punto BONETTI, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, in AA.VV. (a cura di BIN - BRUNELLI - PUGIOTTO - VERONESI), *Stranieri tra i diritti*.

Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione. Atti del Seminario «Amicus Curiae» tenutosi a Ferrara il 26 gennaio 2001, Torino, 2001, 48; MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in AA.VV. (a cura di GIOLO - PIFFERI), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, 2009, 156 s.; PUGIOTTO, «Purché se ne vadano», cit.

⁽¹⁰⁾ Che anche il respingimento «immediato», nonostante la lacunosa lettera della legge, assuma forma di provvedimento e non di mera attività di polizia è conclusione imposta dal Regolamento CE 562/06 che ne esige la forma scritta, la motivazione e l'impugnabilità. Sul punto cfr. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano», cit.

⁽¹¹⁾ Sottolinea come tale circostanza avvicini significativamente il respingimento «differito» all'espulsione NASCIBENE, *Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero*, in AA.VV. (a cura di SALERNO), *Diritti dell'Uomo, estradizione ed espulsione: Atti del Convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini 29-30 ottobre 1999*, Padova, 2003, 212.

ben più significativamente sulla sua libertà personale, con modalità del tutto analoghe a quelle considerate dalla Corte costituzionale nelle fondamentali pronunce in materia di accompagnamento immediato alla frontiera nell'ambito dell'espulsione ⁽¹²⁾.

Tale essendo la dimensione dei principi in gioco può facilmente intuirsi il peso delle problematiche affrontate nella pronuncia e la necessità di procedere ad una trattazione separata delle questioni, muovendo da quella, logicamente prioritaria, sulla giurisdizione.

2. UN PROVVEDIMENTO RESTRITTIVO DELLA LIBERTÀ PERSONALE SENZA GIUDICE?

È fin troppo scarna la disciplina del respingimento: il legislatore del 1998, affiancando a quella tradizionale del respingimento «immediato» le inedite fattispecie «differite», non ha probabilmente colto la maggior pregnanza dell'istituto di nuovo conio.

Poche e poco significative, dunque, le previsioni espresse: esclusa la norma relativa al divieto di *refoulement* del soggetto che possa fruire di misure di protezione internazionale ⁽¹³⁾, i tre rimanenti commi si limitano a dettare disposizioni essenzialmente operative in ordine agli obblighi per i vettori di presa in carico dei respinti, all'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera ed alla registrazione dei provvedimenti di respingimento da parte della autorità di pubblica sicurezza.

A distanza di dieci anni dalla sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 2001 la disciplina rimane immutata nella sua lacunosità, così come irrisolti rimangono i dubbi di legittimità costituzionale in essa ravvisati dalla dottrina più accorta ⁽¹⁴⁾.

Nel prisma dell'art. 13 Cost. il respingimento «differito» svela, infatti, gravi distonie costituzionali: la più lampante è senz'altro la totale assenza di giurisdizionalità nel dato positivo di riferimento ⁽¹⁵⁾.

Due silenzi avvolgono, infatti, i rapporti tra il provvedimento di pubblica sicurezza

⁽¹²⁾ Si vedano le sentenze C. cost. nn. 105 del 2001 e 222 del 2004. Come è noto, la Corte costituzionale è intervenuta a più riprese sulla disciplina del l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero espulso, riconoscendone espressamente l'incidenza sulla libertà personale e la conseguente ineranza alla sfera delle garanzie dell'art. 13 Cost. In particolare, la Consulta, nella sentenza n. 105 del 2001, ha dichiarato che l'accompagnamento alla frontiera «inerisce alla materia regolata dall'art. 13 Cost., in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione». Si noti, a dimostrazione di quanto l'efficacia coercitiva sia direttamente riconducibile al provvedimento di respingimento «differito», che a differenza dell'art. 13 T.U. imm., dove la vicenda espulsiva presenta struttura «bifasica» e richiede l'intervento di due diverse autorità di pubblica sicurezza (decretazione da parte del prefetto dell'espulsione seguita dall'esecuzione

con accompagnamento coattivo disposta dal questore), nell'art. 10 comma 2 T.U. imm. l'accompagnamento coattivo non costituisce un atto separato: esso è elemento strutturale dello stesso provvedimento del questore con cui viene decretato il respingimento.

⁽¹³⁾ Si fa riferimento, come noto, alla facoltà di presentare istanza di asilo politico, protezione sussidiaria, protezione umanitaria.

⁽¹⁴⁾ In termini espliciti CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, 16 s.; PUGIOTTO, «Purché se ne vadano», cit., e, diffusamente, VASSALLO PALEOLOGO *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, cit. Rilevi critici sulla legittimità dell'istituto del respingimento «differito» erano emersi anche in seno alla Commissione De Mistura, istituita nel 2007 presso il Ministero dell'Interno dall'allora Ministro Giuliano Amato, cfr. 18 della *Relazione finale*, in www.interno.it.

⁽¹⁵⁾ Parla di «tutela giurisdizionale assente per scelta legislativa» PUGIOTTO, «Purché se ne vadano», cit., 16.

e l'intervento dell'autorità giudiziaria: nulla è previsto rispetto alla convalida giurisdizionale dell'accompagnamento coattivo incorporato nel provvedimento di pubblica sicurezza e, parimenti, nulla è riferito circa le modalità di impugnazione del decreto di respingimento.

Omissioni distinte ⁽¹⁶⁾, ma entrambe particolarmente significative rispetto all'esigenza di legalità sottesa alla materia.

Sebbene anche il *silentium legis* sulla convalida ponga seri problemi ⁽¹⁷⁾, esigenze di omogeneità nella trattazione impongono di limitare il discorso alla sola impugnabilità del respingimento «differito», espressamente trattata nella pronuncia del Giudice di pace di Agrigento.

Il cuore del problema, come spesso accade in materia di immigrazione, si annida nella formulazione delle norme o, meglio, nelle norme che mancano.

A differenza della disciplina in materia di espulsione, che prevede e disciplina puntualmente il ricorso al Giudice di pace ⁽¹⁸⁾, nessuno specifico mezzo di impugnazione è individuato per il decreto di respingimento «differito», né nella specifica *sedes materiae* né in alcuna altra disposizione del T.U.

Un confuso, indiretto, riferimento si rinviene solo in una fonte secondaria, il regolamento di attuazione del T.U. imm. ⁽¹⁹⁾ dove, all'art. 3 comma 3, è previsto che tra le «comunicazioni allo straniero» sia resa, anche rispetto al provvedimento di respingimento, l'indicazione delle «eventuali modalità di impugnazione».

Non sembra in discussione, ad ogni modo, l'astratta impugnabilità del provvedimento: lo esigerebbe, in ogni caso, oltre che la tutela del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., anche il principio sancito dall'art. 113 Cost. alla stregua del quale «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi» ⁽²⁰⁾.

Nel nostro specifico caso, poi, anche il diritto comunitario impone la impugnabilità del provvedimento di respingimento («differito» o meno), seppur «conformemente alla legislazione nazionale» ⁽²¹⁾.

Il punto, quindi, diviene essenzialmente quello di individuare quale giudice e quale mezzo di impugnazione, nel silenzio della legge ordinaria, siano dati allo straniero per

⁽¹⁶⁾ Sottolinea che «la riserva di giurisdizione ha natura diversa dall'esercizio del diritto alla difesa previsto dall'art. 24 Cost.: il preventivo vaglio giurisdizionale dei provvedimenti limitativi della libertà personale è una garanzia diversa e distinta dal diritto dato all'interessato di esercitare una tutela giurisdizionale contro tali provvedimenti.» E che, quindi, «la garanzia della riserva di giurisdizione deve dunque essere prevista insieme alla tutela giurisdizionale» BONETTI, *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2000, 4, 25.

⁽¹⁷⁾ Per una compiuta disamina del problema si rinvia a MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero*, cit., 162; VASSALLO PALEOLOGO, *Il re-*

spingimento differito disposto dal questore, cit., 17; PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit., 17.

⁽¹⁸⁾ Si veda l'art. 13 comma 8 T.U. imm.

⁽¹⁹⁾ Si tratta del d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394.

⁽²⁰⁾ Ed ancor più significativamente il comma 2 dell'art. 113 Cost. sancisce che: «tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

⁽²¹⁾ Cfr. art. 13 comma 3 Regolamento CE 562/06. Segnala questo argomento MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero*, cit., 163, sottolineando come l'assenza di regolamentazione a livello nazionale dei modi e delle forme renda assai difficoltoso l'esercizio del diritto di impugnazione da parte dello straniero.

tutelare la propria libertà personale di fronte ad un provvedimento di respingimento illegittimo.

Problema in sé di non poco momento, che una prassi poco sensibile alla tutela dei diritti ha oggi incancrenito fino al punto da rendere il respingimento «differito» di fatto inoppugnabile ⁽²²⁾.

Questa la situazione concreta: in primo luogo, ci sono i modelli prestampati delle questure che indicano all'interessato la possibilità di ricorso entro sessanta giorni al Tar territorialmente competente. L'indicazione è fuorviante e probabilmente dettata dalla semplicistica convinzione che la sola provenienza dell'atto da una Pubblica Amministrazione basti in sé e per sé a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, qualunque sia la situazione giuridica su cui esso incida.

In secondo luogo, con ricadute ben più gravose sui diritti dello straniero, ci sono i dinieghi incrociati di giurisdizione tra giudici di pace e Tar che, quasi sistematicamente, si rinviano i ricorsi fino a farli accomodare sul binario morto dell'indecidibile: quindi, che si adisca il Tar — secondo l'indicazione delle questure — ovvero il giudice di pace — in analogia alla disciplina dell'espulsione — l'esito risulta identico, un insuperabile difetto di giurisdizione.

Pressoché univoca la giurisprudenza dei Tar ⁽²³⁾ i quali negano la propria giurisdizione sulle impugnative relative ai decreti di respingimento «differito», riconoscendo nella situazione soggettiva su cui incide il provvedimento amministrativo un diritto soggettivo perfetto e non un interesse legittimo.

Del resto, rispetto alla libertà personale, attinta «nella quasi totalità dei casi» dai provvedimenti in questione ⁽²⁴⁾, la conclusione appare «a rime obbligate», prima ancora che condivisibile: non può più ritenersi seriamente sostenibile, che un provvedimento amministrativo di Pubblica Sicurezza possa degradare giuridicamente un diritto soggettivo definito «inviolabile» ⁽²⁵⁾ ed in questi termini riconosciuto anche allo straniero ⁽²⁶⁾.

Se, quindi, non vi è «affievolimento» da diritto soggettivo ad interesse legittimo, non vi è neppure ragione di spostare la giurisdizione dal giudice ordinario a quello ammi-

⁽²²⁾ Offre una ampia ricostruzione critica degli orientamenti giurisprudenziali VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore*, cit., 21 s.

⁽²³⁾ Si vedano: Tar Calabria 26 aprile 2006, sent. breve n. 432 del 2006; Tar Sicilia 7 novembre 2006, sent. breve n. 2706 del 2006; Tar Calabria 23 febbraio 2007, sent. breve n. 112 del 2007; Tar Campania 3 luglio 2007, sent. breve n. 6441 del 2007; Tar Sicilia 22 gennaio 2009, sent. brevi nn. 89 del 2009, 90 del 2009, 91 del 2009, 92 del 2009, 93 del 2009, 94 del 2009, 95 del 2009; Tar Sicilia 17 marzo 2009, sent. breve n. 510 del 2009; Tar Sicilia 7 aprile 2009, sent. breve n. 668 del 2009.

⁽²⁴⁾ In questi esatti termini si esprime la sentenza breve del Tar Sicilia n. 668 del 2009 cit., pubblicata in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2009, 2, 195.

⁽²⁵⁾ Si possono richiamare, in tal senso, le considerazioni svolte in generale da PACE, *Libertà perso-*

nale (dir. cost.), in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 304.

⁽²⁶⁾ Nonostante in passato tale tesi sia stata autorevolmente sostenuta (PACE, *op. cit.*, 306), deve oggi escludersi che lo straniero non goda a pieno titolo della garanzia dell'art. 13 Cost.; in tal senso, a parte l'esplicito riconoscimento a favore dello straniero «comunque presente alla frontiera o nel territorio» dei «diritti fondamentali della persona umana» contenuto nell'art. 2 comma 1 T.U. imm., milita la sentenza C. cost. n. 105 del 2001: «Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultare minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri

nistrativo, il quale, come noto, conosce dei diritti soggettivi solo nei casi di giurisdizione esclusiva.

Le poche pronunce amministrative che riconoscono la giurisdizione sui provvedimenti di respingimento⁽²⁷⁾, sovente ed a sproposito richiamate nei provvedimenti dei giudici ordinari per negare la propria e rinviare i ricorsi ai Tar, non a caso si riferiscono tutte ad ipotesi di respingimento «immediato», fattispecie in cui, come chiarito sopra, la libertà personale non viene implicata, distinguendosi in questo dal respingimento «differito».

Orbene, se il diniego del giudice amministrativo sembra correttamente giustificato dall'applicazione dei normali principi di riparto della giurisdizione vigenti nel nostro ordinamento⁽²⁸⁾, appare per contro poco comprensibile l'orientamento maggioritario dei giudici di pace che, obliterando gli ormai decennali insegnamenti della Corte costituzionale, continuano ad opporre un discutibile *non possumus* in base a due discutibili asserzioni secondo le quali il respingimento «differito», per un verso, inciderebbe sulla sola libertà di circolazione dello straniero⁽²⁹⁾ e, per l'altro, costituirebbe un provvedimento ad alto tasso di «discrezionalità» amministrativa⁽³⁰⁾.

In controtendenza rispetto a tali criticabili prese di posizione, la pronuncia del Giudice di pace di Agrigento risponde con una opportuna interpretazione costituzionalmente conforme della disciplina del T.U. imm., dopo aver riconosciuto l'inevitabile incidenza del respingimento «differito» sulla libertà personale dello straniero.

Risposta netta, quindi: nei domini dell'art. 13 Cost., la giurisdizione non può che esser quella del giudice ordinario.

Corretta, inoltre, si ritiene anche l'estensione analogica ai casi di respingimento «differito» di quanto previsto dall'art. 13 comma 8 T.U. imm. circa le forme per l'impu-

umani».

⁽²⁷⁾ Si tratta delle pronunce Tar Friuli - Venezia Giulia 23 agosto 2002, sent. n. 610; Tar Lazio 28 maggio 2003, sent. n. 4830; Tar Piemonte 19 luglio 2005, sent. breve n. 2561; T.R.G.A. Bolzano 23 marzo 2006, sent. n. 119; Tar Friuli - Venezia Giulia 29 gennaio 2007, sent. breve n. 102.

⁽²⁸⁾ Le stesse pronunce costituzionali che hanno riconosciuto margini di discrezionalità al legislatore nella diversificazione della tutela giurisdizionale hanno comunque sottolineato la rilevanza della tipologia e del contenuto del provvedimento impugnabile quale parametro di valutazione della ragionevolezza della scelta legislativa (cfr. C. cost., ord. n. 414 del 2001). Ad ogni modo, la scelta discrezionale del legislatore di diversificare tutele e giurisdizioni in tanto è ammessa in quanto venga espressamente e positivamente esercitata. Diversamente, nel caso di specie, è un vuoto normativo a discriminare posizioni sostanzialmente assimilabili.

⁽²⁹⁾ In tal senso si veda il decreto del Trib. Agrigento 26 marzo 2009, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2009, 2, 194. Più di recente le argomentazioni della pronuncia da ultimo citata sono state riproposte in molteplici provvedimenti del Giudice di

pace di Agrigento non pubblicati. Per completezza occorre segnalare l'ordinanza Cass. civ., sez. I, 8 marzo 2010, n. 5612, inedita, che, pronunciandosi su un decreto del giudice di Pace di Trapani in materia di respingimento, sembrerebbe escludere la sussistenza della giurisdizione ordinaria. In realtà, la pronuncia della Cassazione, pur incidentalmente affermando che «si tratta di un provvedimento diverso dal decreto di espulsione, non disciplinato dal d.lg. n. 286 del 1998, artt. 13 e 14 e non riconducibile ai provvedimenti per i quali è stabilita la competenza del giudice di pace a conoscer dell'opposizione» non ha affrontato il merito della questione ritenendo formato si giudicato implicito sul punto.

⁽³⁰⁾ Affermazione che, oltre ad essere palesemente erronea nella premessa (la «discrezionalità» cui si allude in quel contesto sarebbe patologica, trattandosi di provvedimenti a carattere vincolato), non tiene conto nelle conclusioni di quanto affermato in ordine al riparto di giurisdizione dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 127 del 1998. È un postulato privo di fondamento quello che riconnette al provvedimento amministrativo a carattere vincolato la giurisdizione ordinaria ed al provvedimento discrezionale la giurisdizione amministrativa.

gnazione dei decreti di espulsione amministrativa adottati dal prefetto: se si considera la forte omogeneità contenutistica tra le due tipologie di provvedimenti⁽³¹⁾ oltre alle esigenze di effettività sottese ai valori in gioco, sembra ragionevole anche consentire le medesime modalità di accesso alla tutela giurisdizionale.

Alla luce della legislazione vigente, la soluzione adottata dal Giudice di pace agrigentino risulta quella più idonea a garantire una tutela effettiva e rapida dei diritti dello straniero.

Ove non si volesse accedere ad una tale ricostruzione, ad ogni modo, la contrapposta lettura rigoristica del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione dovrebbe quantomeno portare a dubitare della tenuta costituzionale degli artt. 10 e 13 T.U. imm., nella parte in cui escludendo l'esperibilità del ricorso al giudice di pace anche contro i decreti di respingimento «differito», intaccano in modo irrazionale il nucleo essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale e del diritto di difesa⁽³²⁾ dello straniero in una materia costituzionalmente fin troppo sensibile⁽³³⁾.

3. L'INTEMPESTIVITÀ COME CAUSA DI ILLEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO. IL LASSO DI TEMPO «RAGIONEVOLE» TRA IL FERMO DELLO STRANIERO E L'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI RESPINGIMENTO

La pronuncia offre una condivisibile interpretazione della fattispecie di respingimento «differito» disciplinata dalla lett. a) dell'art. 10 T.U. imm.

I presupposti sottesi a tale ipotesi di respingimento si presentano, appunto, vaghi: come già detto, essa riguarda indistintamente gli stranieri che siano colti e fermati al momento dell'ingresso irregolare sul territorio dello Stato ovvero «subito dopo»; ed è proprio in forza di tale clausola — «subito dopo» — che hanno indebitamente preso piede le prassi devianti cui prima si alludeva.

Negli ultimi anni, infatti, le questure che maggiormente si sono occupate del feno-

⁽³¹⁾ Provvedimenti che si pongono tra loro in un rapporto da *species* a *genus* in modo tanto evidente da far ravvisare alla dottrina nel respingimento «differito» una forma di «espulsione anticipata». In questi termini cfr. NASCIBENE, *Convalida e diritti della persona*, in AA.VV. (a cura di BIN - BRUNELLI - PUGIOTTO - VERONESI), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, cit., 145 ed NASCIBENE, *Le garanzie nel procedimento di espulsione*, cit., 211.

⁽³²⁾ Non si tratta di discriminazioni astratte: sul piano pratico si consideri che l'esclusione del respingimento «differito» dall'ambito di applicazione dell'art. 13 comma 8 T.U. imm. comporta anche l'esclusione dalla «speciale» e più favorevole disciplina del patrocinio a spese dello Stato ivi prevista. Questione non di poco momento ove si consideri, rispetto alla disciplina ordinaria del patrocinio a spese dello Stato, le difficoltà che può incontrare nel documentare le proprie condizioni reddituali lo straniero che sia stato trattenuto appena sbarcato.

⁽³³⁾ La via del giudizio di legittimità costituzionale potrebbe apparire, in astratto, quella tecnicamente più corretta. Tuttavia, essa rischierebbe di scontare seri limiti di effettività; si consideri, infatti, che il decreto di respingimento «differito» della cui impugnabilità si discute è provvedimento dotato di esecutorietà immediata, caratteristica questa che, nelle more del giudizio di costituzionalità, potrebbe determinare effetti irreversibili a carico dello straniero (l'effettiva esecuzione del rimpatrio illegittimamente decretato), quando non anche l'irrelevanza sopravvenuta della stessa questione di legittimità (per il venir meno della materia del contendere nel giudizio *a quo*). Si tenga presente, inoltre, che, fuori dalla materia processuale penale, il ricorso all'analogia rispetto ai mezzi di impugnazione non si scontra con rigidità simili a quelle poste dall'art. 568, comma 1 c.p.p. e che l'art. 13 comma 8 d.lg. n. 286 del 1998 non sembra rivestire in termini così netti quel carattere di norma «eccezionale» ai sensi dell'art. 14 disp. prel., che potrebbe inibirne in modo assoluto l'estensione ad un caso sostanzialmente analogo.

meno hanno adottato letture eccessivamente larghe dei presupposti applicativi dettati dalla norma, giungendo ad emanare provvedimenti di respingimento «differito» a distanza di giorni, e talvolta anche di settimane, dall'ingresso e contestuale «fermo» dello straniero.

In concreto, nella stragrande maggioranza dei casi, accade questo: lo straniero appena sbarcato viene fermato e ristretto *de facto* presso un centro di detenzione amministrativa⁽³⁴⁾; solo dopo diversi giorni, viene emesso e notificato il provvedimento di respingimento, il più delle volte seguito da un formale decreto di trattenimento presso uno dei diversi Centri di Identificazione ed Espulsione presenti sul territorio nazionale.

Lo straniero viene quindi trasferito coattivamente presso un Centro di Identificazione ed Espulsione dove si convalida un trattenimento solo apparentemente in termini e che si fonda, a sua volta, un provvedimento di respingimento adottato intempestivamente⁽³⁵⁾.

In quasi tutti i casi, si noti, l'intempestività risulta *per tabulas* dallo stesso decreto di respingimento, che riporta nella motivazione la data del rintraccio e del fermo dello straniero ed in calce una diversa e di molto successiva data di adozione e notifica del provvedimento.

La pronuncia in commento afferma che il ritardo nell'adozione del provvedimento di respingimento determina la sua illegittimità per «eccesso di potere per sviamento» e ne impone l'annullamento.

A prescindere dalla specifica patologia individuata⁽³⁶⁾, l'esito decisorio è condivisibile come condivisibili appaiono i tre argomenti sviluppati in motivazione.

Un primo argomento è imposto dalla Costituzione: il provvedimento di respingimento «differito» è una misura restrittiva della libertà personale attuata dall'autorità di polizia ed in quanto tale deve conformarsi alla cornice dell'art. 13 comma 3 Cost. che, come noto, legittima tali poteri, in via solo provvisoriamente sostitutiva dell'autorità

⁽³⁴⁾ Nell'esperienza degli ultimi anni, peraltro, gran parte di queste strutture hanno conservato uno statuto giuridico più che dubbio: hanno una struttura «chiusa» (non si entra e non si esce liberamente) ma non sono formalmente né Centri di Identificazione ed Espulsione né Centri di Primo Soccorso ed Assistenza. Dubbi ancora maggiori emergono riguardo le strutture di «smistamento» create *ad hoc* nella scorsa primavera, quando sulla scorta della dichiarazione dello stato di emergenza con il d.p.c.m. 12 febbraio 2011, si sono attuate modalità di detenzione amministrativa completamente *extra ordinem*, culminate nella vicenda dei «CIE galleggianti».

⁽³⁵⁾ Solo in rari casi i giudici di pace chiamati a pronunciarsi sui trattenimenti di cui si parla hanno negato la convalida o la proroga degli stessi. Clamoroso è stato il caso del diniego opposto il 17 giugno 2011 dal Giudice di pace di Torino a ben 22 convalide di trattenimenti «smistati» da Lampedusa e fondati su respingimenti differiti «intempestivi». Nella stra-

grande maggioranza delle ipotesi, al contrario, i giudici di pace, forti di una giurisprudenza di Cassazione molto restrittiva in materia di convalida e proroga del trattenimento, si astengono dal verificare la legittimità del provvedimento presupposto (di espulsione o respingimento che sia).

⁽³⁶⁾ L'eccesso di potere configura il più sfuggente tra i vizi tipici del provvedimento amministrativo. Con riferimento alla figura di eccesso di potere per sviamento richiamata dalla pronuncia, questa può definirsi come «distanza tra il contenuto obiettivo di un provvedimento e la «causa» della relativa potestà esercitata, e dunque, seppure sul piano teleologico, l'erronea applicazione della norma attributiva del potere», in questi termini si veda CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 1266. Non-dimeno, si ritiene che la patologia ricorrente nel caso di specie sia da individuarsi, più correttamente, nella più generale ed autonoma figura della violazione di legge.

giudiziaria, «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge».

La fattispecie e tutti i suoi elementi vanno letti tassativamente e declinati alla luce della «necessità» e dell'«urgenza» costituzionalmente imposte: la clausola temporale che vuole l'adozione del decreto contestualmente al fermo e «subito dopo» l'ingresso⁽³⁷⁾ esprime, allora, l'eccezionale e tipica «urgenza» di questa specifica tipologia di provvedimento e non può esser letta in termini così ampi da falsare la tempistica imposta dalla Costituzione stessa per la convalida giurisdizionale dell'accompagnamento coattivo⁽³⁸⁾.

In quest'ottica, rigorosa, sarebbe intempestivo anche un decreto di respingimento adottato solo 48 ore dopo l'ingresso dello straniero⁽³⁹⁾.

Ciò anche in ragione del secondo argomento affrontato nella pronuncia.

Il T.U. imm., infatti, disciplina una specifica fattispecie espulsiva concettualmente affine a quella del respingimento «differito» di cui si tratta: l'espulsione prefettizia di cui all'art. 13 comma 2, lett. a) è infatti prevista nei confronti dello straniero che «è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'art. 10».

Urgenza e tassatività delle restrizioni, *in subiecta materia*, esigono, oltre ad una lettura rigorosa delle singole molecole normative, anche che le singole fattispecie non siano tra loro sovrapponibili o fungibili: lo straniero che ha fatto ingresso sul territorio nazionale senza averne i requisiti non può quindi essere indistintamente fatto oggetto di un decreto di respingimento «differito» ovvero di un decreto di espulsione del prefetto.

Il coordinamento tra le due ipotesi, imposto in astratto dalla clausola di sussidiarietà contenuta nell'art. 13 comma 2, lett. a), deve essere operato in concreto attraverso un discrimine di natura cronologica: nell'esercizio dei rispettivi poteri il fattore tempo determina cerchie di «urgenza» decrescenti.

Alla stregua di ciò, il respingimento risulta esperibile solo nell'immediatezza dell'ingresso irregolare o subito dopo di esso, purché il differimento permetta una regolare convalida dell'accompagnamento coattivo cui il «fermo» dello straniero è preordinato, mentre l'espulsione prefettizia dovrebbe riespandersi, in via ordinaria, ogniqualvolta ciò non risulti possibile.

Se, diversamente e per vie di fatto, dilatando il presupposto temporale di cui si

⁽³⁷⁾ La norma recita «il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri [...] che, entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo».

⁽³⁸⁾ Sul punto, con un ragionamento riferito all'espulsione amministrativa ma estensibile al caso di specie, si veda MARZADURI, *Sul rispetto dei diritti fondamentali della persona nella disciplina dell'espulsione*, Tavola rotonda su *Controllo dell'immigrazione, espulsione e tutela dei diritti costituzionali*, in *Legisl. pen.*, 2002, 1026. L'Autore, in particolare, sottolinea come il rispetto dell'art. 13 comma 3 Cost.

imponga al legislatore di costruire fattispecie espulsive che permettano di apprezzare, anche normativamente, l'eccezionalità e l'urgenza dell'intervento dell'autorità di polizia.

⁽³⁹⁾ Che è il termine entro cui va inoltrata la richiesta all'autorità giudiziaria di convalida dell'accompagnamento coattivo e dell'eventuale conseguente decreto di trattenimento. Se si considera, infatti, che il presupposto del respingimento è costituito dal fermo dello straniero, superato il limite di 48 ore, si creerebbe un interstizio temporale di detenzione amministrativa *sine titulo*. Su questo argomento si veda VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore*, cit., 19 s.

discute e ritardando l'adozione del provvedimento, la Pubblica Amministrazione⁽⁴⁰⁾ si pone nella condizione di scegliere tra i due distinti strumenti coercitivi, si ricade nel patologico: da un lato, infatti, si annulla il requisito dell'«urgenza» specificamente sottesa all'esercizio dei due distinti poteri, dall'altro si destruttura la «necessità» del potere di respingimento «differito», posto che dove c'è scelta, di norma, c'è discrezionalità⁽⁴¹⁾ e che ciò che è discrezionale, in termini logici, è difficilmente predicabile come necessario⁽⁴²⁾.

Emerge nelle pieghe di questa prassi una discrezionalità amministrativa che stona con le rigidità dell'art. 13 comma 3 Cost. ed il cui esercizio non risulta indolore per la condizione giuridica dello straniero ed il suo diritto di difesa⁽⁴³⁾.

In assenza dell'interpretazione costituzionalmente orientata sopra segnalata, infatti, lo straniero destinatario di un decreto di respingimento «differito» (adottato in luogo di una ordinaria espulsione ex art. 13 T.U. imm.) si trova in una posizione meno tutelata e deteriore rispetto allo straniero espulso.

In tal senso, va letto anche il terzo argomento sviluppato nella pronuncia.

Come è noto, in materia di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti, l'Unione Europea si è dotata di un *corpus* «orizzontale» di norme volto a perseguire due obiettivi distinti ma coordinati: l'efficienza del sistema di rimpatrio e la tutela dei diritti fondamentali degli stranieri nelle relative procedure⁽⁴⁴⁾.

La direttiva, attuata tardi e male nel nostro ordinamento, prevede una serie di garanzie fondamentali che rischiano di essere indebitamente sterilizzate rispetto ai respingimenti «differiti» intempestivi.

Il legislatore comunitario, infatti, permette espressamente di escludere il respingimento⁽⁴⁵⁾ dall'applicazione delle garanzie minime fissate con la direttiva in questione, riconoscendo così la peculiarità di tale specifico strumento rispetto alle ordinarie forme di rimpatrio.

⁽⁴⁰⁾ Da considerarsi unitariamente, comprensiva del questore legittimato al respingimento e del prefetto titolare del potere di espulsione ex art. 13 T.U. imm.

⁽⁴¹⁾ Discrezionalità patologica, posto che il provvedimento di cui si discute dovrebbe essere a carattere vincolato.

⁽⁴²⁾ Sottolinea il nesso tra indeterminatezza della fattispecie di cui si tratta, discrezionalità amministrativa e lesione del diritto di difesa dello straniero respinto PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit. L'Autore, ritenendo sussistente la giurisdizione del Tar sul respingimento, sottolinea, tra l'altro, come l'opzione tra l'una o l'altra misura permetta alla pubblica amministrazione anche di scegliersi il proprio giudice.

⁽⁴³⁾ Si consideri, ad esempio, quanto sopra detto in materia di tutela giurisdizionale avverso il decreto di respingimento «differito».

⁽⁴⁴⁾ Si tratta della nota direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 c.d. «rimpatri». L'impianto della direttiva presenta molteplici luci ed ombre ma con-

tiene anche indubbe norme di garanzia per lo straniero. Non è possibile analizzare specificamente tali previsioni in questa sede ma è opportuno sottolineare come esse investano direttamente i punti nevralgici della disciplina di settore, spesso con disposizioni di dettaglio che innalzano gli *standard* nazionali: dalla tutela della libertà personale (con la priorità assegnata al rimpatrio con concessione di termine ed alla espressa qualificazione del trattenimento amministrativo come *extrema ratio* in un sistema di misure «cautelari» che deve essere il più articolato e graduale possibile), al diritto di difesa (con l'espressa previsione dell'impugnabilità della decisione di rimpatrio oltre che del riesame periodico, anche a richiesta dello straniero, delle condizioni per il protrarsi del trattenimento), alla tutela dell'unità familiare e dei soggetti particolarmente vulnerabili.

⁽⁴⁵⁾ L'art. 2 comma 2, lett. a) e b), Direttiva 2008/115/CE permette di escludere dall'ambito di applicazione dello «*horizontal set of rules*» i respingimenti alla frontiera, le procedure di estradizione ed i rimpatri che costituiscano sanzione penale o sua conseguenza.

Se ciò è vero⁽⁴⁶⁾, allora, ancor più necessaria risulta una stretta interpretazione delle norme che disciplinano l'anomalo istituto nostrano del respingimento «differito» al fine di scongiurare elusioni del diritto comunitario, magari per il tramite di prassi che mascherino sotto quella etichetta delle cripto-espulsioni.

Anche in ragione di ciò, pertanto, la tempistica di adozione del provvedimento rispetto al momento del fermo dovrà essere scandita in termini rigorosi.

4. CONCLUSIONI

Riassumendo, son due le risposte fornite dal provvedimento: in rito, sussiste la giurisdizione ordinaria del giudice di pace sul respingimento «differito», analogamente all'impugnazione del decreto di espulsione del prefetto; nel merito, il decreto di respingimento «differito» adottato a distanza di cinque giorni dal fermo dello straniero è illegittimo per «eccesso di potere per sviamento» e deve essere annullato.

Risposte garantiste ed apprezzabili nel quadro normativo vigente.

A quattordici anni dall'emanazione del T.U. imm., ad ogni modo, sarebbe auspicabile, da parte del legislatore, una attenta rimediazione critica dell'istituto che considerasse anche l'eventualità della sua abrogazione, come del resto era già stato suggerito dalla Commissione De Mistura nel 2007.

Un tale esito, considerato il complessivo impianto delle misure espulsive già esistenti, non creerebbe vuoti significativi nel sistema di controllo delle frontiere e dei flussi migratori ma, anzi, ne innalzerebbe il livello di coerenza rispetto a quei diritti fondamentali ed inviolabili che spettano senz'altro anche allo straniero.

⁽⁴⁶⁾ In tal senso FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini dei Paesi Terzi, in OsservatorioSullefonti.it*, n. 2 del 2009. Ritiene, diversamente, che la direttiva si applichi direttamente anche alle ipotesi di respingimento «differito» VASSALLO PALEOLOGO, *Illegittimi i respingimenti «differiti» disposti dalla Questura di Agrigento*, in *www.asgi.it*. In effetti, l'art. 2 comma 2, lett. a), nelle versioni plurilingue del testo, a fronte

della nostrana traduzione in «respingimento alla frontiera» parla di «*refus d'entrée*» (testo francese) e «*refusal of entry*» (testo inglese) che parrebbe alludere al solo «classico» respingimento «immediato». Non sarebbe, ad ogni modo, peregrina l'idea di un futuro rinvio pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E. per ottenere un chiarimento in merito dalla Corte di giustizia.