

PASSPORT

Credits to Unsplash.com

02.04.2019

[Paolo Oddi](#)

Difendere i migranti. Il punto di vista dell'avvocato immigrazionista

Per tutelare integralmente la persona del migrante nei tempi della costante erosione dei suoi diritti è necessario dotarsi di strumenti articolati e complessi, sino ai ricorsi dinnanzi alle giurisdizioni sovranazionali

[#CEDU](#) [#diritti umani](#) [#Europa](#) [#giustizia](#) [#immigrazione](#) [#normativa](#) [#Paolo Oddi](#) [#società](#) [#vittima](#)



Abstract. La riflessione proposta intende sviluppare alcuni nodi problematici del diritto dell'immigrazione, nel quadro di una costante precarizzazione della condizione giuridica dello straniero e della tendenza alla criminalizzazione del migrante irregolare. L'implementazione della detenzione amministrativa, anche volta alla mera identificazione del richiedente asilo, sollecita la messa in campo di nuove strategie atte a tutelare la libertà personale dello straniero.

SOMMARIO: 1. Il punto di vista dell'avvocato immigrazionista. – 2. L'involuzione della normativa sulla condizione giuridica dello straniero. L'equazione immigrazione-sicurezza. – 3. Il fastidio per le garanzie della funzione difensiva: dal d.l. Orlando-Minniti al d.l. Salvini. – 4. Il ricorso al diritto penale nei procedimenti di espulsione e l'implementazione della detenzione amministrativa per migranti e richiedenti asilo. – 5. L'urgenza della tutela dei diritti umani.

1. Il punto di vista dell'avvocato immigrazionista.

L'avvio di "Diritto Penale e Uomo" è un'ottima occasione per fare il punto sullo stato di salute del **diritto degli stranieri**, o dell'immigrazione, a poco più di vent'anni dall'entrata in vigore della sua prima (e unica) legge organica (la l. 6 marzo 1998, n. 40), poi Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), e a pochi mesi dal varo di un'ennesima (contro) riforma in chiave squisitamente securitaria (d.l. 4 ottobre 2018, conv. con mod. dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132).

Una disciplina la cui ricostruzione non può non tenere in debito conto gli innumerevoli interventi della Corte Costituzionale, della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sino a quelli della Corte europea dei diritti dell'uomo, i quali sono stati di decisiva importanza nel correggerne le più macroscopiche distorsioni, spesso tuttavia a distanza di anni dagli effetti nefasti prodotti nelle more.

Questo è il punto di vista di un avvocato immigrazionista, quindi un punto di vista molto pratico e per forza di cose parziale, di chi difende gli stranieri in quanto esseri umani e, dunque, di chi lavora a stretto contatto con i destinatari dell'**inarrestabile processo di precarizzazione e negazione** dei loro diritti, condividendone preoccupazioni e frustrazioni.



Al centro di ogni difesa c'è sempre la persona, l'uomo migrante. Al centro sempre la necessità di tutelarne la sua dignità



L'urgenza del momento è ineludibile per chi difende persone che, più di tutte, hanno visto mettere violentemente in discussione i loro diritti, a partire da quelli fondamentali di essere soccorse, salvate e non respinte verso paesi dove nulla è garantito, a partire dal bene della vita.

Al centro di ogni difesa c'è sempre la persona, l'uomo migrante. Al centro sempre la necessità di tutelarne la sua **dignità**.

2. L'involuzione della normativa sulla condizione giuridica dello straniero. L'equazione immigrazione-sicurezza.

In questi vent'anni è stata, più di tutte, la persona dello straniero a subire le furibonde oscillazioni di un legislatore, che a mo' di una fisarmonica impazzita e sull'onda di scelte cinicamente elettoralistiche, è intervenuto innumerevoli volte (negli anni 2002, 2004, 2008, 2009, 2011, 2012, 2014, 2017) a modificare in senso prevalentemente repressivo le norme del Testo Unico, con alcune eccezioni di segno diverso (e più equilibrato), dovute al recepimento (tardivo) di direttive europee in materia di ricongiungimento familiare, espulsione e protezione internazionale.

La **sovrapposizione del tema dell'immigrazione con quello della sicurezza** e l'abitudine a mutuare istituti e strumenti propri della legislazione penale sono una tendenza ormai costante dell'ultimo decennio.

Nei paesi anglosassoni si parla di "*crimmigration*", da intendersi come stretta correlazione tra il diritto penale (criminale) e il diritto dell'immigrazione^[1].

Tendenza che in Italia trova la sua massima espressione nell'introduzione, all'interno del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, dell'art. 10-*bis* (*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*), il c.d. reato di clandestinità, ad opera della l. 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*), dalla natura puramente simbolica, norma "manifesto" ancora in vigore sebbene fosse stata inserita nella lista dei reati da abrogare nella scorsa legislatura anche su sollecitazione di molte Procure della Repubblica italiana.

“

La sovrapposizione del tema dell'immigrazione con quello della sicurezza e l'abitudine a mutuare istituti e strumenti propri della legislazione penale sono una tendenza ormai costante dell'ultimo decennio.

3. Il fastidio per le garanzie della funzione difensiva: dal decreto legge Orlando-Minniti al decreto legge Salvini.

A questa tendenza si aggiunga il fastidio per le garanzie nelle procedure e nei ricorsi riguardanti gli stranieri, chiaramente espresso con le ultime due leggi in materia: la legge 13 aprile 2017, n. 46, di conversione con modificazioni del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (c.d. Orlando-Minniti)^[2] e la legge 1 dicembre 2018, n. 132, di conversione del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. Salvini)^[3].

La prima si caratterizza per la scelta, in nome di una dichiarata esigenza di accelerare i procedimenti (giudiziari) in materia di protezione internazionale, di sopprimere il grado d'appello nei medesimi, modificandone altresì sensibilmente il rito sino a ritenere superflua (perché solo in via residuale) l'udienza di comparizione del richiedente asilo – udienza oggi solo temporaneamente reintrodotta dalla giurisprudenza di legittimità in attesa che l'amministrazione metta a disposizione della giurisdizione la video-registrazione delle audizioni del richiedente protezione innanzi alle Commissioni territoriali^[4] –.

Si consideri che tale normativa introduce, nei casi in cui il giudice rigetti integralmente il ricorso avverso i dinieghi da parte delle commissioni per inammissibilità o per manifesta infondatezza della domanda di protezione, la previsione della **revoca del beneficio del patrocinio a spese dello Stato**, salvo che lo stesso giudice non indichi le ragioni per cui non ritenga le pretese manifestamente infondate^[5].

La più recente l. 1 dicembre 2018, n. 132 – oltre alla **cancellazione della protezione umanitaria** e ad altri svariati interventi su una eterogeneità di fonti normative – arriva a modificare il Testo unico delle spese di giustizia (D.P.R. n. 115/2002) prevedendo l'**esclusione dei compensi al difensore** dello straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato quando l'impugnazione per cassazione sia dichiarata inammissibile^[6].



Credits to Pixabay.com

4. Il ricorso al diritto penale nei procedimenti di espulsione e l'implementazione della detenzione amministrativa per migranti e richiedenti asilo.

Ciò che rende interessante e unico il diritto degli stranieri è la sua *interdisciplinarietà*. Profili civili, amministrativi e penali hanno dato vita a una regolamentazione complessa, che obbliga il difensore a una notevole elasticità nel rintracciare gli strumenti da utilizzare. La sfida è sempre quella di **alzare il livello della difesa**, ricorrendo quando necessario anche alle **giurisdizioni superiori, sia nazionali che sovranazionali**. Dalle questioni di costituzionalità, allo stimolare i giudici al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per le norme di derivazione euro-unitaria, sino ai ricorsi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: tutto deve essere contemplato.

La **torsione del diritto dell'immigrazione verso il diritto penale ed istituti ad esso assimilabili**, soprattutto in tema di espulsioni, immette avvocati e loro assistiti in un circuito dai contorni incerti, soprattutto quando si ha a che fare con le due modalità principali scelte dal legislatore italiano per dare esecuzione alle espulsioni con accompagnamento alla frontiera del migrante: l'ordine questorile di allontanamento e la detenzione amministrativa.

È solo grazie alla direttiva rimpatri (2008/115/CE) e all'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia dell'Unione Europea (sentenza 28 aprile 2011, Hassan El Dridi, Causa C-61 PPU) che le previsioni dell'arresto obbligatorio e della reclusione a pena detentiva per lo straniero inottemperante all'**ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato** vengono cancellate dal nostro ordinamento perché ritenute in contrasto con gli articoli 15 e 16 della stessa direttiva – la quale si prefigge l'obiettivo di rendere efficace l'allontanamento e non di immettere lo straniero nel sistema penale, vanificandone così il suo effetto utile –.

Per quasi dieci anni le aule delle convalide degli arresti e dei processi per direttissima si erano affollate di stranieri inottemperanti e dei loro difensori, in un corpo a corpo con la carcerazione penale che ha prodotto molte ingiustizie, nella consapevolezza da parte di tutti gli operatori del diritto dell'assoluta inutilità di questo reato.

Diverso andamento, invece, ha subito e subisce il ricorso alla **detenzione amministrativa**, carcerazione “senza reato” e prodromica all’esecuzione dell’espulsione, da ultimo fortemente rilanciata dalla l. n. 132/2018^[7], che amplia i presupposti ed estende la durata trattenimento nei C.P.R. (centri di permanenza per i rimpatri; prima C.I.E., centri di identificazione e espulsione; prima ancora C.P.T., centri di permanenza temporanea) degli espellendi^[8].

Questa particolare carcerazione a fini espulsivi, molto criticata dalla dottrina^[9] sin dalla sua introduzione (anno 1998) per diversi profili di contrasto con le norme costituzionali in materia di libertà personale, è stata tuttavia mantenuta nel nostro ordinamento dalla Corte Costituzionale con una pronuncia di quasi vent’anni fa (sentenza n. 205 del 2001)^[10] – quindi in un contesto normativo sia nazionale che europeo molto diversi –, e comunque legittimata dalla direttiva rimpatri, che ne consente l’utilizzo, sia pure come *extrema ratio*, per un periodo fino a diciotto mesi.



Per quasi dieci anni le aule delle convalide degli arresti e dei processi per direttissima si erano affollate di stranieri inottemperanti e dei loro difensori, in un corpo a corpo con la carcerazione penale che ha prodotto molte ingiustizie, nella consapevolezza da parte di tutti gli operatori del diritto dell’assoluta inutilità di questo reato

La dibattuta questione dell’**inutilità del prolungamento della durata del trattenimento**, in assenza di accordi di riammissione con i paesi di provenienza degli stranieri da espellere, non ha comunque fermato il legislatore nazionale, che non solo estende oggi fino a 180 giorni il periodo di detenzione^[11] ma ne amplia le condizioni sia «a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento»^[12] sia in presenza del c.d. pericolo di fuga dello straniero^[13], in netto contrasto con il parametro costituzionale della riserva assoluta di legge in tema di restrizione della libertà personale (ai sensi dell’art. 13 Cost.).

Desta altresì forti preoccupazioni la previsione del **trattenimento del richiedente asilo finalizzato alla determinazione o alla verifica della sua identità e cittadinanza** «per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture di cui all’art. 10-ter, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286»^[14].

Tali strutture, denominate **hotspot o punti di crisi**, poste sulle frontiere meridionali e volute dall’Unione Europea con l’illusione di fronteggiare meglio la crisi migratoria del biennio 2013-2015, sono ancora oggi sprovviste di base giuridica e hanno fatto ingresso nella nostra legislazione con il d.l. Orlando-Minniti attraverso un mero richiamo (all’art. 17) alla l. 29 dicembre 1995, n. 563, istitutiva di strutture di accoglienza al tempo dell’esodo dei cittadini albanesi verso le coste pugliesi^[15].

Il richiedente asilo poteva essere già oggetto di misure incidenti sulla sua libertà di circolazione o restrittive della libertà personale, anche per un periodo fino a 12 mesi, a seguito del recepimento delle direttive europee (accoglienza, qualifiche e procedure), ma è la prima volta che se ne prevede un trattenimento generalizzato (fino a 30 giorni), pure a fronte della premessa, ad opera della direttiva 2013/33/UE del 26 giugno 2013, secondo la quale «gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente» (art. 8, par. 1).

La moltiplicazione dei luoghi, alcuni ancora da definire, a disposizione e a discrezione dell’autorità di pubblica sicurezza, dove potere recludere in via generalizzata il richiedente, accompagna lo **smantellamento del sistema più evoluto di protezione dei richiedenti asilo** (S.P.R.A.R., di competenza degli enti locali) – da riservarsi oggi solo a chi ha già

ottenuto il riconoscimento di una protezione e ai minori stranieri non accompagnati –, così da potersi affermare provocatoriamente che si sta passando **dall'accoglienza diffusa al trattenimento diffuso** di coloro che sono in fuga dai paesi di origine.

5. L'urgenza della tutela dei diritti umani.

Mai come oggi il difensore dello straniero si trova di fronte al tema della tutela dei diritti umani fondamentali della persona, a fronte delle molteplici violazioni poste in essere dalle autorità amministrative competenti a gestire il fenomeno migratorio.

Mai come oggi è spesso **necessario interpellare le corti superiori, nazionali e sovranazionali**, per fornire adeguata tutela alla richiesta di giustizia da parte dello straniero conculcato nel suo diritto all'unità familiare, in quello all'*habeas corpus* o nel diritto di non essere discriminato nell'accesso alle prestazioni sociali a parità di condizioni con i cittadini italiani e europei.

Se il processo di esternalizzazione delle frontiere esterne dell'Unione ai fini del controllo dei flussi attraverso accordi con paesi non aderenti alle convenzioni internazionali – per il rispetto del diritto d'asilo e dei diritti umani in generale – sta producendo uno sconquasso in termini di gravissime violazioni dei diritti fondamentali di migranti e profughi fuori dai territori della UE (si pensi a quanto sta succedendo in Libia), la condizione di chi riesce ad essere soccorso in mare e condotto in un porto sicuro (*place of safety*) è, comunque, assai precaria e richiede una forte attivazione da parte dei difensori su un terreno che fino a ieri sembrava essere ancora abbastanza garantito, quello del diritto a manifestare la volontà di richiedere protezione internazionale.

Sarà dunque negli *hotspot* e negli altri luoghi ancora indefiniti di privazione della libertà personale dei profughi che ci si misurerà più aspramente, come difensori, per cercare di offrire tutela legale a persone appena approdate e in una fase di massima vulnerabilità.



Mai come oggi è spesso necessario interpellare le corti superiori, nazionali e sovranazionali, per fornire adeguata tutela alla richiesta di giustizia da parte dello straniero

Le complesse questioni qui (inevitabilmente) solo accennate necessiteranno di ulteriori approfondimenti, giuridici ma anche dal punto di vista delle tante discipline e materie che esse coinvolgono.

Si tratta, infatti, di un fenomeno – quello dell'immigrazione – che riguarda la società tutta e il grado della nostra civiltà, spaziando dal concetto di cittadinanza, alla regolamentazione della migrazione economica, alle problematiche del traffico delle persone. Argomenti aperti al contributo di professionisti, studiosi e ricercatori che proficuamente si confronteranno in Diritto Penale e Uomo.

- [1] Cfr. G.L. Gatta, [La 'materia penale' oltre oceano: una storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlate all'espulsione dello straniero](#), in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 5/2018, p. 360.
- [2] D.I. 17 febbraio 2017, n. 13 – [Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale](#).
- [3] D.I. 4 ottobre 2018, n. 113 – [Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata](#).
- [4] Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2018, n. 17717. Cfr. G. Serra, [Mancanza di videoregistrazione del colloquio dinnanzi alla Commissione territoriale di obbligatorietà dell'udienza di comparizione delle parti nel giudizio di protezione internazionale](#), in *Questione Giustizia on-line*, 13 settembre 2018.
- [5] D.I. 17 febbraio 2017, n. 13, art. 17.
- [6] D.I. 4 ottobre 2018, n. 113, art. 15.
- [7] L. 1 dicembre 2018, n. 132 – [Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata](#).
- [8] Secondo il legislatore devono essere trattenuti i migranti irregolari colpiti da un provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera ogni volta che si presentano ostacoli in ordine alla sua effettiva esecuzione e quando ricorrono determinate condizioni. Sino alle modifiche operate dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito, con modificazioni nella l. 2 agosto 2011, n. 129 (recante [Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari](#)), e poi dal d.l. 17 febbraio 2017 già sopra citato, le ipotesi di trattenimento erano riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o altri documenti di trasporto.
- [9] Tra i tanti A. Caputo, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2000, p. 51 e ss. Per uno sguardo molto approfondito sul tema cfr. D. Loprieno, [Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018](#), in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, Fascicolo 1/2019.
- [10] Corte Cost., 4 giugno 2001 (dep. 22 giugno 2001), n. 105.
- [11] D.I. 4 ottobre 2018, n. 113, art. 2.
- [12] D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico immigrazione), art. 14, c. 1.
- [13] *Id.*, art. 13, c. 4-bis.
- [14] Così il nuovo comma 3-bis dell'art. 6 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, come introdotto dall'art. 3 della l. n. 132 del 2018.
- [15] Legge 29 dicembre 1995, n. 563, recante [Disposizioni urgenti per l'ulteriore impiego del personale delle Forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella regione Puglia](#).