

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Istituzioni, Mercati, Diritti e Tutele

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/G1

Settore Scientifico disciplinare: JUS 17

La detenzione amministrativa degli stranieri
Nuove frontiere in materia di privazione della libertà personale

Presentata da: Dott.ssa Francesca Cancellaro

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Relatore

Chiar.mo Prof. Massimo Pavarini

Esame finale anno 2015

INDICE

<i>Introduzione</i>	
Una materia di frontiera per il penalista. Le ragioni del presente studio	7
Capitolo 1. Il 'caso Lampedusa'	11
Introduzione	11
1. Il contesto	12
2. Il Centro di Primo soccorso e Accoglienza di Lampedusa.....	14
3. La privazione della libertà personale nel CSPA: una detenzione <i>de facto</i>	16
4. Le violazioni delle garanzie in materia di trattenimento amministrativo degli stranieri	20
5. Quali rimedi giurisdizionali? I ricorsi esperiti e i loro esiti.....	27
6. Conclusioni e linee di sviluppo del lavoro	30
Capitolo 2. Lo statuto costituzionale della privazione della libertà personale dello straniero	33
Introduzione	33
1. La libertà personale nella Costituzione.....	34
1.1. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana	35
1.2. La nozione di libertà personale accolta dalla Costituzione	36
1.2.1. Libertà rispetto alle misure coercitive	37
1.2.2. Libertà dalle misure restrittive <i>degradanti della dignità o del prestigio personali</i>	39
1.2.3. Libertà <i>fisica e morale</i> della persona.....	41
1.2.4. La libertà personale <i>sub specie</i> di <i>integrità psicofisica</i>	42
1.3. Le garanzie della libertà personale	43
1.3.1. La riserva di legge	43
1.3.2. La riserva di giurisdizione	45
1.3.3. La convalida delle misure provvisorie adottate “nei casi eccezionali di necessità e urgenza” dall’ autorità di pubblica sicurezza	46
2. Lo statuto costituzionale dello straniero	48
2.1. La posizione della dottrina	49
2.2. La posizione della giurisprudenza costituzionale.....	51
2.3. L’ esercizio effettivo dei diritti costituzionali	54
3. Il diritto alla libertà personale e il trattenimento amministrativo dello straniero nella Costituzione.	55
4. Brevi note conclusive	59
Capitolo 3. La tutela della libertà personale dello straniero: principi sovranazionali	61
Introduzione	61
1. La tutela multilivello dei diritti fondamentali.....	63
2. Le fonti sovranazionali rilevanti. Una panoramica.....	63

3. Il diritto internazionale: La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.....	66
3.1. L’articolo 5 CEDU	68
3.2. Principio di legalità: Art. 5 § 1 CEDU	71
3.3. Tre fondamentali pronunce della Corte EDU in materia di detenzione amministrativa degli stranieri: i principi di necessarietà e proporzionalità.....	72
3.4. Le garanzie procedurali: l’art. 5 § 2 e § 4 CEDU	75
4. (segue): L’International Covenant on Civil and Political Rights	77
5. (segue): il diritto d’accesso alla giustizia.....	80
6. Il diritto dell’Unione Europea.....	83
6.1. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea	85
6.2. L’adesione dell’Unione europea alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo.....	88
6.3. La detenzione amministrativa e il diritto dell’Unione Europea.....	89
6.3.1. I controlli alla frontiera e il trattenimento volto ad impedire l’ingresso non autorizzato nel territorio statale	91
6.3.2. I requisiti di necessarietà e proporzionalità	93
6.3.3. La durata del trattenimento nel diritto UE.....	94
6.3.4. Garanzie procedurali del trattenimento	95
7. Brevi note conclusive	97

Capitolo 4. La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia. Storia, disciplina e criticità..... 100

Introduzione.....	100
1. La storia della detenzione amministrativa in Italia. Breve sguardo d’insieme.	101
2. Dalla c.d. disciplina per circolari alla Legge Martelli	101
3. La detenzione amministrativa degli stranieri negli anni ‘90	103
4. La c.d. Legge Bossi-Fini (legge 189/2002)	107
5. Le sentenze costituzionali n. 222 e 223 e la riforma del 2004 e la riforma che vi ha fatto seguito.....	109
6. Il c.d. <i>Pacchetti sicurezza</i> del 2008-2009.....	113
7. La “Direttiva Rimpatri” e la sentenza della Corte di Giustizia <i>El Dridi</i>	115
8. Il recepimento della Direttiva rimpatri: la riforma del 2011	119
9. Un passo indietro rispetto alle tendenze degli ultimi 30 anni: le riforme del 2014	123
10. Brevi note conclusive	128

Capitolo 5. I centri dell’immigrazione: modelli, tipologie, criticità 130

Introduzione.....	130
1. I Centri dell’immigrazione in Italia. Uno sguardo d’insieme.....	130
2. I Centri d’Accoglienza (CDA) e i Centri di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA).....	133
3. I Centri d’Accoglienza per Richiedenti Asilo (CARA).....	136
4. I Centri di Identificazione ed espulsione (CIE).....	138
4.1 Il Rapporto della Commissione straordinaria del Senato sui CIE	139
4.2. Il trattenimento nei CIE e la convalida giurisdizionale	141

4.3 La giurisprudenza del 2014 in materia di sindacato giurisdizionale sul trattenimento nei CIE.....	146
Conclusioni. Detenzione <i>di fatto</i> e garanzie del <i>diritto</i>	150
1. La tutela giurisdizionale della libertà personale dello straniero irregolare. Un lusso che <i>dobbiamo</i> concederci	151
2. Alla ricerca dei principi dell' <i>habeas corpus</i> perduti	152
2.1. L'illegittimità costituzionale dell'art. 14 del D.lgs. n. 286/1998.....	153
2.2. L'art. 23 del DPR n. 394/1999: l'interpretazione della norma.....	153
2.3. L'azione cautelare ex art. 700 c.p.c.	155
3. Nuove frontiere nell'ambito della tutela della libertà personale	157
 Bibliografia	 160

Introduzione

Una materia di frontiera per il penalista.

Le ragioni del presente studio

Oggigiorno la *detenzione amministrativa*¹ degli stranieri appartiene alle ordinarie misure di controllo dell'immigrazione irregolare di cui si avvalgono i Paesi occidentali. Alla luce di tale considerazione si spiega il grande interesse per la materia mostrato dalla dottrina internazionale²; un interesse che inizia a trovare riscontro anche nella letteratura italiana, sebbene con un po' di ritardo rispetto ad altre esperienze.

¹ Secondo la definizione di detenzione amministrativa degli stranieri (immigration detention) comunemente riconosciuta, essa può essere definita come: “*the holding of foreign nationals, or non-citizens, for the purposes of realising an immigration-related goal*” cfr. S.J. SILVERMAN – E. MASSA, *Why Immigration Detention is Unique? Population, Space and Place*, 11/2012, Vol. 18, Issue 6, p. 679.

² K. AAS - M. BOSWORTH, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion* Oxford University Press, 2013; A. ALIVERTI, *Crimes of Mobility: Criminal Law and the Regulation of Immigration*, Routledge, 2013; J. BANKS, *The criminalisation of asylum seekers and asylum policy*, *Prison Service Journal*, 175, 2008, p. 43–49; M. BOSWORTH, *Inside Immigration Detention*, Oxford University Press, 2014 ; M. BOSWORTH, *Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales*, *Citizenship Studies* 5/15, 2011, p. 583–595; M. BOSWORTH, *Immigration detention*, *Criminal Justice Matters* 71(1), 2009, p. 24–25; G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights: rethinking territorial sovereignty*, Martinus Nijhoff, 2010; M. DOW, *Designed to punish: immigration detention and deportation*, *Social Research*, 74, 2, 2007, p. 533–546; M. FORDHAM-J. STEFANELLI-S. ESER, *Immigration Detention and the Rule of Law*, *British Institute of International and Comparative Law*, 2013; A. HALL, *Border Watch: Cultures of Immigration, Detention and Control*, Pluto Press, 2012; H. O'NIONS, *No right to liberty: the detention of asylum seekers for administrative convenience*, *European Journal of Migration and Law* 10 (1), 2008, p. 149–185; S.J. SILVERMAN, S. J. – E. MASSA, *Why Immigration Detention is Unique*, cit., 2012; D. WILSHER, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge University Press, 2012; D. WILSHER, *Liberty of foreigners: a history, law and politics of immigration detention*, Wolf Legal Publishers, 2008; D. WILSHER, *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*, in A. BALDACCINI-E. GUILD-H. TONER (Ed.), *Whose Freedom, Security and Justice?* Hart Pub Limited, 2012; D. WILSHER, *Detention of Asylum Seekers and Refugees and International Human Rights Law*, in Shah, P. (Ed.), *The Challenge of Asylum to Legal Systems*, Routledge, 2005.

La detenzione amministrativa degli stranieri, pur condividendo il carattere tipicamente afflittivo e stigmatizzante delle *pene*, non si fonda sulla commissione di un reato e non gode delle medesime garanzie previste dal sistema della giustizia penale. Un preliminare interrogativo merita allora di essere sollevato: perché un studioso di diritto penale dovrebbe occuparsi di detenzione amministrativa dello straniero? Quali sono i profili d'interesse – e di pertinenza – rispetto a questo settore disciplinare? La risposta a questi interrogativi è di non poco momento ai fini dello studio che ci si è proposti di svolgere perché informa sia il piano del contenuto che quello metodologico.

In un famoso saggio sulle forme di tutela *ante delictum*³, Franco Bricola dedicava una lunga nota alle norme sull'immigrazione contenute nel testo unico delle leggi di polizia, chiedendosi come mai le misure contemplate da tali norme - applicabili al di fuori di ogni intervento dell'autorità giudiziaria - non fossero state oggetto di eccezioni di illegittimità costituzionale. Le ragioni addotte a fondamento di tale interrogativo erano di varia natura: la "collocazione di questi istituti in una di quelle zone di confine fra rami diversi del diritto che finiscono per essere le più trascurate"; "l'immediata esecutività dei provvedimenti" che spesso rendeva di fatto impossibile l'accesso al giudice in sede di impugnazione; "il segreto convincimento circa la "politicità" della materia e circa il necessario affidamento di questi provvedimenti a quel potere (esecutivo) che più direttamente interpreta la volontà "politica" dello Stato"⁴. Queste riflessioni, pubblicate più di trent'anni fa, sono ancora oggi di enorme attualità: esse centrano il cuore dei problemi posti dalla disciplina dell'immigrazione con riferimento alle garanzie della libertà personale, ma soprattutto legittimano la prospettiva del penalista, il cui sguardo – secondo lo studioso – non deve

³ BRICOLA F., *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*. Atti del convegno di studi "Enrico De Nicola", Giuffrè, 1975, ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, 1997, pp. 96 ss.

⁴ CAPUTO A., *Giurisprudenza costituzionale e immigrazione illegale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 400 ss.

trascurare quelle "zone di confine" tra i diversi rami dell'ordinamento. E' dalla convinzione dell'indispensabilità di non lasciare inesplorate tali "zone di confine", quali banco di prova per la tenuta complessiva del sistema, che muove il presente lavoro.

L'oggetto dell'indagine e il piano di lavoro

La lente sotto cui si è inteso indagare la materia è rappresentata dal tema dello svilimento – e in alcuni casi della mancanza – delle garanzie, sostanziali e procedurali, nell'ambito delle pratiche di trattenimento amministrativo degli stranieri irregolari. A ben vedere, la questione dell'affievolimento dei diritti fondamentali non è stata risolta neppure dalla progressiva *normalizzazione* e *burocratizzazione* che hanno caratterizzato recentemente il fenomeno della detenzione amministrativa.

Nel nostro ordinamento la progressiva normalizzazione di tale misura di controllo dell'immigrazione irregolare ha fornito solo *l'illusione* che essa fosse conforme ai principi dello Stato di diritto. L'inadeguatezza della legislazione, l'ampio margine di discrezionalità rimesso all'autorità di pubblica sicurezza nella gestione dei Centri per l'immigrazione, nonché il debole potere di sindacato giurisdizionale rimesso all'autorità giudiziaria, costituiscono il terreno sul quale si sviluppa il presente studio. Tali questioni raggiungono il loro apice problematico nell'ambito delle pratiche di privazione della libertà personale che hanno per destinatari gli stranieri maggiormente vulnerabili, ossia quelli appena giunti sul territorio e il cui *status* giuridico non è ancora stato accertato (c.d. situazione di *pre-admittance*). E' proprio sulla loro condizione che il presente lavoro si focalizza maggiormente. Le detenzioni *de facto* degli stranieri in condizione di *pre-admittance* costituiscono un preoccupante *vulnus* al sistema di diritti e delle garanzie del nostro Stato di diritto, verranno analizzate a partire dal "caso Lampedusa", descritto alla

luce dell'indagine sul campo condotta dall'Autrice nell'estate 2011, all'indomani della c.d. Primavera Araba. In questo modo il "caso Lampedusa" costituisce il *fil rouge* che guida una più ampia riflessione sul diritto alla libertà personale degli stranieri nel Nostro Paese.

Negli ultimi anni l'isola di Lampedusa non ha rappresentato solo una delle principali frontiere, d'Italia e d'Europa, ma si è mostrata come un *luogo di confine, anche rispetto allo stato di diritto* e ai suoi principi. Questo lavoro si propone pertanto di mettere in luce una evidente falla nel sistema delle garanzie che merita di essere approfondito.

Al fine di condurre lo studio che ci si è proposti, nel primo capitolo si presenterà il "caso Lampedusa"; nel secondo capitolo, si ricostruirà lo statuto della libertà personale dello straniero sulla base dei principi costituzionali; nel terzo capitolo si darà conto dei principi che informano il diritto alla libertà personale nell'ambito delle fonti sovranazionali, con particolare riferimento al diritto dell'Unione Europea e al sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; sulla scorta dei principi indagati, nel quarto capitolo si tratterà l'evoluzione legislativa in materia di detenzione amministrativa dello straniero in Italia; mentre nel quinto capitolo verrà approfondito il tema dei Centri dell'immigrazione e delle regole che li disciplinano; nelle conclusioni, infine, si tenterà di tirare le fila del percorso tracciato, analizzando gli strumenti di tutela in grado di prevenire le pratiche di privazione *informali* e di garantire uno *standard* minimo nella tutela della libertà personale, anche nelle *zone di frontiera* del nostro ordinamento.

Capitolo 1

Il 'caso Lampedusa'

SOMMARIO: Introduzione – 1. Il contesto. – 2. Il Centro di Primo soccorso e Accoglienza di Lampedusa. – 3. La privazione della libertà personale nel CSPA: una detenzione *de facto*. – 4. La violazione delle garanzie in materia di trattamento amministrativo degli stranieri – 5. Quali rimedi giurisdizionali? I ricorsi esperiti e i loro esiti. – 6. Conclusioni e linee di sviluppo del lavoro.

Introduzione

Il *case-study* oggetto del presente capitolo riguarda le pratiche di limitazione della libertà personale poste in essere nel Centro di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA) di Lampedusa. Tali pratiche saranno analizzate attraverso l'esposizione di quanto appreso dall'indagine "*sul campo*" effettuata dall'autore e, in seconda battuta, attraverso una prima valutazione rispetto alla compatibilità di queste prassi con la disciplina in materia di immigrazione. Infine, si porrà criticamente il tema dell'impossibilità d'accesso alla giustizia di coloro venivano sistematicamente privati della libertà personale a Lampedusa.

Il *case* trae origine dall'attività di monitoraggio e assistenza giuridica rivolta agli "ospiti" del Centro di accoglienza dell'Isola di Lampedusa nell'estate 2011, nell'immediatezza della c.d. "Primavera Araba". Il progetto, promosso dall'ARCI e autorizzato dal Ministero dell'interno ai sensi degli artt. 21, co. 7 del Regolamento attuativo del T.U. imm. (d.p.r. 394/1999) e 15, co. 4 della c.d. Direttiva rimpatri (Direttiva 2008/115/CE) era finalizzato a coadiuvare le

organizzazioni internazionali (UNHCR e OIM) già stabilmente presenti nel Centro.

Fin dal primo contatto con le pratiche poste in essere nel CPSA di Lampedusa è emerso il preoccupante contrasto tra la sistematica privazione della libertà personale degli stranieri arrivati sull'isola e la violazione – altrettanto sistematica – delle più elementari garanzie tipiche dello Stato di diritto. Tali prassi, che si sono verificate sia negli anni precedenti che negli anni successivi al 2011, hanno mostrato tutte le lacune di un sistema giuridico evidentemente privo di sufficienti *anticorpi* rispetto alle aggressioni a tutela del bene giuridico della libertà individuale poste in essere dalle istituzioni e dalle forze di pubblica sicurezza.

1. Il contesto

A partire dalla fine del 2010 numerose sollevazioni popolari hanno interessato la regione del nord Africa, dando vita alla *c.d. Primavera Araba*: i conflitti che ne sono scaturiti e che hanno portato alla caduta del regime di Ben Ali in Tunisia e quella del colonnello Gheddafi in Libia hanno prodotto massicce ondate migratorie, sia all'interno della stessa area Nord Africana che verso l'Europa.

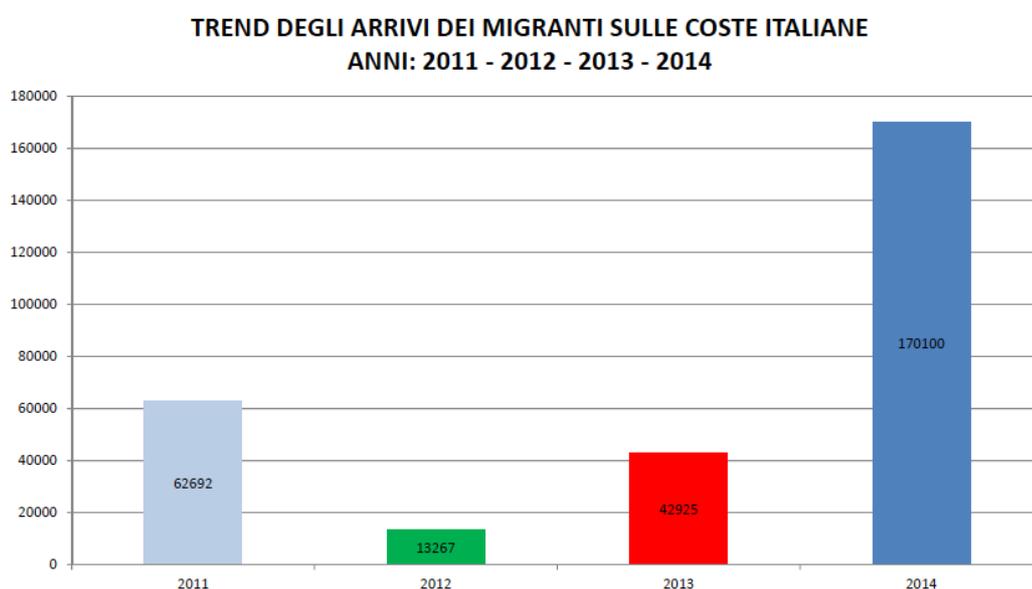
L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati ha calcolato che solo nei primi nove mesi del 2011 le persone arrivate via mare a Lampedusa sono state più di 55.000, per metà di nazionalità tunisina, per metà provenienti dalla Libia⁵.

Nel periodo successivo, l'instabilità del contesto geopolitico, in particolare la guerra civile in Siria e in Mali, ha dato origine a ulteriori ondate di sbarchi sulle coste Italiane. Il 2015 promette di superare l'anno record 2014 sul fronte

⁵ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (COE), *Ad hoc Committee on large scale arrivals of irregular migrants, asylum seekers and refugees on Europe's southern shores*, in *www.assembly.coe.int*, 30.9.2011, p.2.

degli arrivi via mare, complice la situazione politica in Libia, Paese da cui si registra la grande maggioranza delle partenze. Secondo i dati diffusi dal Viminale, sono infatti 7.882 i migranti sbarcati sulle coste italiane nei primi due mesi dell'anno, il 43% in più rispetto allo stesso periodo del 2014, quando gli stranieri arrivati via mare furono 5.506.

La tabella illustra il *trend* degli sbarchi sulle coste italiane forniti dal Ministero dell'Interno a partire dal 2011⁶



Nel corso degli ultimi anni, sono state numerose le immagini che i *media* ci hanno consegnato sui “viaggi della speranza” e sui drammatici sbarchi, o sovente naufragi, di coloro che hanno tentato di raggiungere le nostre coste; meno risalto è stato tuttavia dedicato a quanto accadeva *dopo* che, terminate le prime operazioni di soccorso effettuate sul molo dell’isola, gli stranieri venivano trasferiti nel Centro di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA).

⁶ I dati e la tabella riportati sono consultabili sul sito del Ministero dell’Interno: www.mininterno.it

Sulla gestione e sul funzionamento del Centro lampedusano, nonché sul destino dei migranti ivi trattenuti, non sono state fornite all'opinione pubblica puntuali informazioni, anche perché ai *media* non era consentito l'accesso al Centro: dall'1 aprile 2011, infatti, ai giornalisti, nonché ad altri soggetti quali i parlamentari e le associazioni diverse dalle poche autorizzate, era stato vietato l'accesso a tutti i Centri dell'immigrazione⁷. Proprio nell'ambito di queste rare autorizzazioni concesse dal Ministero al mondo associativo, è stato possibile per chi scrive assistere in prima persona durante le attività svolte a stretto contatto con gli stranieri ivi ristretti alle anomale situazioni e alle gravi violazioni dei diritti fondamentali che ci si accinge ad illustrare.

2. Il Centro di Primo soccorso e Accoglienza di Lampedusa

Il Centro di Lampedusa, dove gli stranieri vengono condotti dopo lo sbarco sull'isola, è un Centro di primo di Soccorso e Accoglienza (CSPA)⁸. La

⁷ Il divieto in parola era stato introdotto mediante *Circolare protocollo numero 1305 del 1 aprile 2011*. Il Ministero dell'Interno aveva fornito il tassativo elenco dei soggetti autorizzati all'ingresso dei Centri per migranti dislocati sul territorio nazionale: "Alto commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), Croce Rossa Italiana (CRI), Medici senza frontiere, Amnesty International, Save the Children, Caritas, nonché tutte le associazioni che avevano in corso col Ministero dell'Interno progetti in fase di realizzazione nelle strutture di accoglienza, finanziati con fondi nazionali o europei". Di fatto veniva cancellata la circolare Amato n. 1305/2007, che permetteva un accesso decisamente più ampio, costituendo uno dei risultati ottenuti dalla Commissione d'inchiesta De Mistura sui centri di detenzione amministrativa.

Il 13/12/2011 l'allora Ministro dell'Interno Cancellieri ha emanato una direttiva, che revocava la circolare del Ministro dell'interno, con cui si consente agli organi di informazione di entrare nelle strutture destinate all'accoglienza, al trattenimento e all'assistenza degli immigrati. (consultabile sul sito del Ministero, www.mininterno.it). Tuttavia, essa continua a lasciare un margine di discrezionalità tale all'amministrazione, al punto di non garantire un effettivo diritto d'accesso alle strutture.

⁸ Come si vedrà nel dettaglio nella ricostruzione sistematica svolta nel quinto capitolo, in Italia sono previste tre macro categorie di Centri: i Centri di Accoglienza

disciplina che si occupa di questi Centri – che verrà analizzata compiutamente nell’ambito del terzo capitolo – prevede una succinta regolamentazione, che si giustifica alla luce della funzione che i CSPA avrebbero dovuto rivestire nel complesso sistema delineato dal Testo Unico dell’Immigrazione: una brevissima parentesi – nel rispetto del dettato Costituzionale – dovuta dalla necessità di prestare immediato soccorso a soggetti giunti nel nostro Paese in condizioni di difficoltà, prima del loro inserimento nel circuito di garanzie giurisdizionali che regola il trattenimento nei CIE (Centri di Identificazione ed espulsione) o l’accoglienza nei CARA (Centri di Accoglienza per Richiedenti Asilo)⁹.

Nella prassi, invece, nonostante la funzione che la legge attribuisce a questa tipologia di centri, la permanenza nel CSPA di Lampedusa si è trasformata per migliaia di migranti e richiedenti asilo in un vero e proprio periodo di detenzione *de facto*.

Come si vedrà nel prosieguo, agli stranieri “accolti” nel Centro non era concesso, per nessuna ragione, né di uscire dalla struttura, né di muoversi liberamente al suo interno, per periodi che, in taluni casi, potevano protrarsi anche fino a un mese prima del trasferimento in altri Centri o del rimpatrio.

La descritta privazione della libertà personale veniva attuata senza alcuna base giuridica, cioè in mancanza di qualsiasi fondamento legale relativo ai presupposti del trattenimento, nonché nella totale assenza di convalida giurisdizionale, in frontale violazione delle garanzie discendenti dalla Costituzione (in primo luogo dagli artt. 13 e 24) e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (*in primis* quelle previste all’art. 5). Tali pratiche trovano conferma anche in numerosi Rapporti degli organismi istituzionali, nazionali

(CDA) – tra i quali rientra anche il CSPA di Lampedusa –, i Centri di Identificazione ed espulsione (CIE) e i Centri accoglienza richiedenti asilo (CARA).

⁹ Cfr. CANCELLARO F., MASERA L., ZIRULIA S., *Report dal Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, isola di illegalità ai confini di uno Stato di diritto*, consultabile sul sito www.meltingpot.org

e internazionali: ad esempio il Rapporto della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato¹⁰ e il Rapporto dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE), che ha istituito un *ad hoc sub-Committee* per monitorare la situazione del rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, con particolare riferimento al caso di Lampedusa¹¹.

D'altro canto, volgendo lo sguardo al diverso profilo del trattamento ricevuto dagli stranieri nel CSPA – che pur non costituisce oggetto della presente trattazione – occorre evidenziare come il perdurante sovraffollamento e la complessiva inidoneità delle strutture ad ospitare persone per periodi prolungati si traducessero in condizioni di vita inumane e degradanti, anch'esse in violazione

dei diritti individuali della persona, come cristallizzati sia nelle norme nazionali (*in primis* gli artt. 2, 10 della nostra Costituzione) che in quelle sovranazionali (*in primis* l'art. 3 CEDU che, come noto, stabilisce che nessuno può essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti).

3. La privazione della libertà personale nel CSPA: una detenzione *de facto*

Il Centro di Primo Soccorso e Accoglienza è situato presso la località di Contrada Imbriacola, isolato tra le brulle colline dell'entroterra dell'Isola di Lampedusa. All'epoca dell'attività di monitoraggio, si presentava come una struttura circondata da mura e filo spinato, presidiata dai militari e dalle forze di polizia, presenti in grande numero sia all'ingresso che all'interno del

¹⁰ COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI DEL SENATO, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia, approvato il 6 marzo 2012*, pp. 114 ss. Consultabile al sito: www.senato.it

¹¹ cfr. Report relativo alla visita presso Lampedusa effettuata in data 23-24 maggio 2011 dai membri dell'*Ad hoc Committee on large scale arrivals of irregular migrants, asylum seekers and refugees on Europe's southern shores*, 30.09.2011, *cit.*

Centro. Un check point di militari bloccava la via di accesso alla struttura a circa duecento metri dall'ingresso, pertanto anche l'esterno Centro non era visibile per coloro che non sono autorizzati a entrarvi.

La struttura era divisa in tre parti: una prima sezione in cui erano collocati gli uffici della polizia, il presidio sanitario, gli alloggi delle famiglie e dei minori stranieri non accompagnati ¹², nonché le sedi delle organizzazioni abilitate a svolgere attività di assistenza alla gestione dei migranti nell'ambito del Progetto *Praesidium*¹³; due successive sottosezioni, definite in gergo "le gabbie" (tra loro non comunicanti, ed entrambe separate dalla prima sezione da un cancello alto circa 3 metri, sempre controllato a vista dai militari) destinate ad ospitare rispettivamente gli stranieri provenienti dal Nord-Africa (in gran maggioranza tunisini) e quelli provenienti dai Paesi subsahariani.

All'interno del Centro gli stranieri vivevano in una condizione di totale privazione della libertà personale: da un lato, era vietato lasciare la "gabbia" a cui erano stati assegnati per recarsi nella prima sezione (ad esempio per raggiungere l'infermeria), senza la previa autorizzazione dei militari, i quali concedevano il passaggio con estrema difficoltà (e comunque dopo

¹² La maggioranza dei minori sbarcati a Lampedusa era condotta presso la ex base militare Loran, nella quale era stato allestito un altro Centro destinato a donne e minori, ma anche presso il CSPA i minori presenti non hanno ricevuto un trattamento privilegiato rispetto agli adulti. Le testimonianze dirette degli operatori parlano, oltre che delle pessime condizioni di vita, di vere e proprie lacune giuridiche: né presso la base Loran, né presso il CSPA venivano attivate le procedure di tutela né la richiesta di permesso di soggiorno per minore età per tutta la durata della permanenza sull'isola. La privazione della libertà personale patita era altresì assimilabile a quella degli adulti. A tal proposito si veda: L. MANCONI- S. ANASTASIA (a cura di), *Lampedusa non è un'isola. Profughi e migranti alle porte d'Europa*, Larticolotre, 2012, in particolare si vedano le pp. 79 ss.

¹³ Il progetto *Praesidium*, finanziato da Commissione Europea e Ministero dell'Interno, è stato realizzato in partnership con l'Alto Commissariato dell'Onu per i rifugiati (UNHCR), l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM), la Croce Rossa Italiana e l'ONG *Save the Children*.

prolungati periodi di attesa in fila sotto il sole); dall'altro, non era possibile per nessun motivo uscire dalla struttura, per muoversi sul resto dell'Isola.

L'unico modo per superare i cancelli consisteva dunque nel darsi alla fuga cercando di eludere i controlli e scavalcare le recinzioni: una sorta di "evasione", a rischio della propria incolumità. In altre parole, la libertà personale era soggetta a restrizioni tali – sia nei confronti dell'esterno della struttura che all'interno della stessa – che risultava impossibile non qualificare questa condizione come una *detenzione* a tutti gli effetti.

La procedura d'ingresso nel CSPA prevedeva l'espletamento di attività di identificazione e registrazione operate dalla polizia, cui seguiva la consegna di un talloncino di carta sul quale erano impressi un numero identificativo e la data dello sbarco. Tale cartoncino era l'unico "documento" ricevuto dagli stranieri nel corso dell'intera permanenza a Lampedusa. Si trattava di un *pezzetto di carta*, fondamentale per la vita nel Centro – era necessario esibirlo, ad esempio per ricevere i pasti – e, altrettanto fondamentale per riscontrare con certezza la durata di permanenza nel CPSA. I talloncini che riportavano la data d'arrivo erano infatti timbrati dalle stesse autorità di polizia.

Basandosi su queste evidenze, è riscontrato dall'esperienza diretta di chi scrive, come la durata del trattenimento fosse molto variabile: vi erano casi in cui le persone (specie quelle di origine sub-sahariana, che più facilmente avevano accesso alla procedura per il riconoscimento di una qualche forma di protezione internazionale) rimanevano nel Centro per 4-5 giorni; ma non sono risultati infrequenti casi in cui gli stranieri sono stati rinchiusi anche per diverse settimane (anche più di un mese)¹⁴, prima di venire rimpatriati o trasferiti in un CARA o in un CIE. Considerando che gli stranieri non erano destinatari di alcun provvedimento, né amministrativo né tantomeno

¹⁴ Cfr. COE (2011), *Report, cit.*, punto 54. Rispetto alla *durata del trattenimento* all'interno del Centro, anche i membri del Comitato rilevano che alcuni – tra i 190 cittadini tunisini presenti all'interno della struttura al momento della visita – furono trattenuti per periodi anche di venti giorni.

giurisdizionale, che giustificasse la privazione della loro libertà personale, non è stato possibile conoscere quali ragioni inducessero al diverso trattamento subito da alcuni rispetto agli altri, anche perché le autorità non fornivano alcuna spiegazione in proposito. In altre parole, non era trasparente la ragione per cui alcuni stranieri erano costretti a estenuanti permanenze nel CPSA, quando altri loro compagni di viaggio – magari provenienti dallo stesso Paese e arrivati con la medesima imbarcazione – erano già stati trasferiti con alcune settimane di anticipo (provocando, come intuibile, un enorme stress psicologico e gravi tensioni)¹⁵.

Durante le giornate trascorse nel Centro è stato inoltre possibile riscontrare quanto alla rigida privazione della libertà personale fossero associate condizioni di trattenimento lesive dell'integrità psicofisica dei trattenuti.¹⁶

Le condizioni igieniche erano al limite della decenza e le temperature estive, elevatissime (Lampedusa è isola più prossima all'Africa che all'Italia), raggiungevano già dal primo mattino un livello insopportabile, sia all'interno dei prefabbricati che ospitavano le camerate, che all'esterno nei cortili di nudo cemento. Il cibo fornito, di qualità visibilmente scadente (numerosi sono stati i disturbi alla salute lamentati dagli stranieri incontrati), veniva distribuito solo dopo lunghe code (sempre sotto il sole). I pasti venivano consumati sempre per terra nei cortili, perché non esistevano spazi adibiti a mensa.

Per ragioni di ordine pubblico e per prevenire gli atti di autolesionismo, nel Centro non era assolutamente concesso l'uso dei più semplici oggetti utili alla

¹⁵ A tal proposito alcune ipotesi sono state avanzate nel già citato *Report* (cfr. pag. 10) come, ad esempio, quella secondo cui coloro che venivano trattenuti più a lungo fossero sospettati di essere "gli scapisti". Purtroppo tali considerazioni restano solo ipotesi, posto che nessuna prassi è mai stata formalizzata.

¹⁶ Per una dettagliata descrizione della vita all'interno del Centro cfr. il cit. *Report* da pag. 5 a pag. 9.

vita quotidiana – ad esempio, la carta e le penne erano vietate – al punto che le giornate trascorrevano in un insopportabile ozio forzoso.

Era altresì interdetto il contatto con qualsiasi mezzo d'informazione: radio, televisione, giornali, perfino libri, non erano assolutamente ammessi e anche l'uso del telefono era contingentato con un sistema di schede telefoniche che non garantiva né il contatto con le famiglie d'origine né quello con un legale.

In altre parole la privazione della libertà era accompagnata, da un lato, da una pressoché totale assenza di contatti e informazioni provenienti dall'esterno; dall'altro, dall'impossibilità di svolgere le più semplici attività, che almeno avrebbero potuto alleviare le sofferenze psicofisiche degli stranieri ristretti.

4. Le violazioni delle garanzie in materia di trattenimento amministrativo degli stranieri

Come noto, nel nostro ordinamento la privazione della libertà personale è subordinata al rispetto di procedure e garanzie riconosciute a chiunque (cittadino e straniero) dalla legge interna, dalle fonti sovranazionali e dalla Costituzione.

Ai fini del presente lavoro rileva sottolineare come l'art. 13 della Costituzione autorizzi il potere esecutivo ad adottare misure che provvisoriamente limitano la libertà personale soltanto in *casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge* ed a condizione che le misure siano comunicate entro 48 ore all'autorità giudiziaria, la quale deve convalidarle entro le 48 ore successive, a pena della cessazione dei loro effetti. In altre parole, la privazione di libertà non è legittima se, a prescindere dalle ragioni poste a fondamento della misura restrittiva, entro 96 ore da quando viene disposta non è convalidata dall'autorità giudiziaria.

In conformità a tali previsioni costituzionali il Testo Unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998 e successive modifiche) individua tassativamente le condizioni, di natura sostanziale e procedurale, del trattenimento del soggetto straniero irregolarmente presente nel territorio: quella prevista dal T.U. rappresenta l'unica forma legale di privazione della libertà personale che può essere disposta nei confronti di un soggetto per il solo fatto che è *sans papiers*.

In particolare, l'art. 14 T.U. imm. prevede che: *“quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre a quelle indicate all'articolo 13, comma 4-bis¹⁷, anche quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo [...]. Il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, per la*

¹⁷ Le situazioni indicate al comma 4-bis (comma inserito dal D.L. 23 giugno 2011, n. 89) dell'art. 13 del T.U. imm. rappresentano i casi in cui si configura il rischio di fuga dello straniero irregolare: *“si configura il rischio di fuga “qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione: a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato; c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14; e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2.”.*

convalida, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento"¹⁸.

Risulta dunque dalla norma – per quanto rileva ai nostri fini – che il trattenimento ben possa essere disposto anche per fronteggiare quelle situazioni “riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero” o “effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità”, a condizione che si protragga soltanto “per il tempo strettamente necessario” a superare le difficoltà nel procedimento di rimpatrio e abbia luogo “presso i Centri di Identificazione ed Espulsione”.

Dal punto di vista procedurale è stabilito espressamente che entro 48 ore, il provvedimento che dispone il trattenimento venga trasmesso all'autorità giudiziaria – in specie il Giudice di Pace territorialmente competente – ai fini dell'eventuale convalida, la quale deve intervenire entro le 48 ore successive e a condizione che sussistano i requisiti legali previsti. Così prosegue, infatti, l'art. 14 T.U. imm.: *“il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 13 e dal presente articolo, escluso il requisito della vicinanza del centro di identificazione e di espulsione di cui al comma 1, e sentito l'interessato, se comparso. Il provvedimento cessa di avere ogni effetto qualora non sia osservato il termine per la decisione”*).

Lo straniero ha inoltre diritto a partecipare all'udienza di convalida, con l'obbligatoria assistenza di un legale e, se necessario, di un interprete: *“L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito”*). L'interessato è anch'esso tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza [...] Lo straniero è assistito [...] ove necessario, da un interprete”.

¹⁸ Per analizzare in dettaglio la procedura dell'espulsione e trattenimento introdotta dal d.l. n. 89 del 23/06/2011, convertito con modifiche nella Legge n. 129 del 2/08/2011, cfr. G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni dopo la legge 129/2011* consultabile al sito www.meltingpot.org

Ebbene, già da questa sommaria descrizione della disciplina sul trattenimento amministrativo – la quale verrà diffusamente analizzata nell’ambito del capitolo quarto – risulta come la privazione della libertà personale posta in essere nei confronti dei migranti sbarcati a partire dal 2011 a Lampedusa e poi condotti presso il CPSA dell’Isola non sia avvenuta conformemente a tali disposizioni, bensì sulla base di una mera prassi di polizia. In primo luogo, non sussistevano i presupposti legali del trattenimento: esso non era preceduto da alcun provvedimento espulsivo o di respingimento, e non era stato disposto attraverso un regolare ordine questorile, convalidato dall’autorità giudiziaria entro 96 ore. In secondo luogo, il trattenimento non era stato eseguito all’interno di un CIE. Infatti, il Centro di Primo Soccorso e Accoglienza – come si vedrà in dettaglio nell’ambito dello svolgimento del quinto capitolo – appartiene alla categoria dei Centri di Prima Accoglienza che trovano il loro fondamento normativo nell’art. 23 del regolamento attuativo del T.U. imm. (D.P.R. 31 agosto 1999, n.394). Si tratta di luoghi destinati, ai sensi del medesimo articolo 23, non già al trattenimento coattivo, bensì esclusivamente alle *“attività di accoglienza, assistenza e [a] quelle svolte per le esigenze igienico-sanitarie, connesse al soccorso dello straniero [che] possono essere effettuate anche al di fuori dei centri di cui all’art. 22 [i CIE], per il tempo strettamente necessario”*.¹⁹

Oltre alle evidenziate violazioni sul piano della normativa nazionale, la situazione descritta si poneva altresì in evidente contrasto con i principi provenienti dalla Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo e, in particolare – come si vedrà in dettaglio nell’ambito del terzo capitolo – con l’articolo 5 CEDU²⁰. Tale norma consacra il fondamentale diritto *“alla libertà e alla*

¹⁹ L’art. 23 del Regolamento fa riferimento espresso alla legge n. 563 del 1995 (c.d. legge Puglia), che contiene altre scarse disposizioni relative alle modalità di trattenimento e all’imputazione dei relativi oneri economici.

²⁰ L’art. 5 CEDU prevede che: *“Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla*

sicurezza" e individua al contempo le condizioni in presenza delle quali lo Stato può legittimamente privare taluno della libertà personale (art. 5 § 1 CEDU). Anzitutto, nel caso della detenzione amministrativa degli stranieri, gli Stati sono autorizzati a ricorrere alla privazione della libertà personale solo al fine di impedire l'ingresso illegale di cittadini di Paesi terzi o al fine procedere all'esecuzione del rimpatrio degli stessi ai sensi dell'art. 5 § 1, lett. f, CEDU; in secondo luogo, ed al contempo, tali coercizioni devono avvenire "per via legale", locuzione quest'ultima che rinvia *in primis* alla legislazione nazionale²¹ – statuendo l'obbligo per l'autorità statale di rispettarne le norme sostanziali e procedurali – ma esige anche la conformità di qualsiasi restrizione di libertà alla *ratio* dell'articolo 5 CEDU medesimo, da individuarsi nell'esigenza di proteggere l'individuo dalla detenzione arbitraria.

Nel caso Lampedusa lo scopo perseguito dal nostro Paese attraverso la detenzione dei ricorrenti nel CPSA ricadeva nella previsione di cui alla lett. f) del § 1, consistendo, in particolare, nell'impedire agli stranieri di entrare irregolarmente sul territorio italiano. Tuttavia, tale privazione della libertà personale è stata, come visto, posta in essere senza rispettare le garanzie previste dalla normativa nazionale, e pertanto non è avvenuta "per via legale" ai sensi del medesimo art. 5 §1 CEDU.

La privazione della libertà personale dei ristretti nel CPSA lampedusano, inoltre, non era rispettosa del diritto ad essere informati sulle ragioni

legge: [...] lett. f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione".

²¹ Conformemente all'interpretazione dell'art. 5 CEDU offerta dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il trattenimento dello straniero irregolare non può definirsi conforme a tale disposizione quando sia stato operato in violazione della normativa interna, cfr. già Corte EDU, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, 24.10.1976 (§46) e recentemente Corte EDU, Grande Camera, *Del Rio Prada v. Spain*, 21.10.2013 (§ 125).

dell'arresto, consacrato dal § 2 dell'articolo 5 CEDU²². In questa sede non si fa riferimento ai difetti nella qualità dell'informazione ricevuta dagli stranieri ristretti sotto il profilo della rapidità, completezza ed intellegibilità – ossia dei connotati che l'informazione dovrebbe presentare secondo quanto richiesto dalla giurisprudenza della Corte EDU²³ – bensì, più radicalmente, alla totale assenza di qualsiasi forma di comunicazione ufficiale da parte delle Autorità italiane. L'assenza di qualunque informazione in merito alle ragioni di fatto e di diritto era acuita dalla situazione di totale isolamento degli stranieri detenuti rispetto al mondo esterno ed, in particolare, dal divieto d'ingresso al Centro imposto ai giornalisti e la mancanza di contatto tra i ristretti e i consulenti legali o gli avvocati.

Sotto ulteriore profilo, si evidenzia come venisse altresì negato il diritto ad una verifica giurisdizionale della legalità della misura restrittiva sancito al § 4 dell'art. 5 CEDU²⁴. Tale previsione prevede, infatti, il diritto alla proposizione di un ricorso presso un Tribunale competente a decidere rapidamente sia sulla legittimità della misura privativa della libertà personale, che sul rilascio del detenuto nei casi in cui la stessa misura sia stata adottata in violazione della legge. Analogamente a quanto messo in evidenza con riferimento alla violazione del § 2 dell'art. 5 CEDU, non si intendono mostrare sottili discrepanze tra le garanzie previste a livello Convenzionale e le condotte descritte, bensì, la macroscopica violazione del principio *dell'habeas corpus* contenuto nella CEDU al § 4 dell'art. 5. Infatti, a Lampedusa la restrizione della libertà personale inflitta agli stranieri non è stata convalidata dal giudice

²² L'art. 5 § 2 CEDU prevede che: "Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico".

²³ In questo senso cfr. Corte EDU, *Conka c. Belgio*, 05.05.2002 (§47-50).

²⁴ L'art. 5 § 2 CEDU prevede che: "Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima".

e, in nessun momento, vi è stata la possibilità di presentare alcun tipo ricorso avanti ad una autorità giurisdizionale. Questa circostanza risulta rilevante anche se analizzata sotto la lente dell'articolo 13 CEDU, ai sensi del quale ogni Stato firmatario deve fornire a chiunque si reputi leso in un suo diritto protetto dalla Convenzione, la possibilità di predisporre un ricorso effettivo dinnanzi un'autorità nazionale, attraverso il quale far valere l'eventuale violazione. Orbene gli stranieri ristretti a Lampedusa non hanno alcuna lesione dei diritti discendenti dalla CEDU (artt. 5 § 1,2,4 e 3).

Occorre sgombrare il campo da dubbi: la violazione dell'art. 13 CEDU discende, come si vedrà nel prosieguo, non dall'assoluta mancanza di strumenti processuali volti a tutelare il diritto alla libertà personale nell'ambito della detenzione amministrativa, quanto piuttosto dalle condotte delle Autorità che hanno portato alla materiale impossibilità d'accesso a qualunque giurisdizione e all'inesistenza di *anticorpi* giuridici capaci di sanzionare queste prassi di detenzione arbitraria, che si pongono al di fuori dei principi che regolano lo stato di diritto. A ben vedere, infatti, in nessun momento, le descritte privazioni della libertà personale siano state sorrette da un valido fondamento legale – sotto profili sia sostanziali che procedurali.

Con riferimento al quadro descritto è possibile argomentare che le irregolarità descritte non hanno rappresentato mere violazioni occasionali della disciplina che regola il trattenimento amministrativo, ma, al contrario, hanno consentito l'attuazione di un vero e proprio modello *extra ordinem* di gestione dei flussi migratori. In altre parole, nonostante le garanzie legali sussistenti in materia, il Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa è stato utilizzato *sistematicamente* come luogo di prolungato trattenimento degli stranieri.

5. Quali rimedi giurisdizionali? I ricorsi esperiti e i loro esiti

La circostanza che la detenzione posta in essere a Lampedusa fosse una misura operata *extra ordinem*, cioè al di fuori delle garanzie legali previste in materia di detenzione amministrativa, ha prodotto come ulteriore effetto quello di impedire *di fatto* allo straniero di adire l'autorità giurisdizionale, così dando vita a un'autonoma violazione di un diritto fondamentale quello di agire in giudizio (in violazione dell'art. 24 Cost. e come visto, dell'art. 13 CEDU).²⁵

A tal proposito occorre tenere distinte diverse situazioni osservate. Frequentemente, anzitutto, gli stranieri detenuti a Lampedusa non avevano avuto alcuno strumento di ricorso effettivo perché nel segmento temporale tra lo sbarco e il rimpatrio erano rimasti rinchiusi nel Centro lampedusano, sotto l'esclusivo controllo delle forze di polizia di frontiera: in tale contesto, né l'autorità amministrativa ha emanato alcun provvedimento che essi potessero impugnare; né hanno mai avuto la possibilità di incontrare un legale.

In buona sostanza, quei migranti che, dopo essere stati rinchiusi per giorni nel CSPA, sono stati direttamente rimpatriati, non hanno mai potuto sottoporre al vaglio giurisdizionale – né durante il trattenimento, né durante l'esecuzione del rimpatrio – l'illegittima detenzione subita.

Diversa l'ipotesi in cui gli stranieri, dopo il periodo detentivo a Lampedusa, non sono stati direttamente rimpatriati, ma trasferiti in un CIE, sulla base di un provvedimento di respingimento c.d. *differito*²⁶ (art. 10 co.2 T.U. imm.): in

²⁵ Con riferimento alla negazione dei diritti degli stranieri e alla difficoltà di accesso ai rimedi giurisdizionali cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Diritti sotto sequestro. Dall'emergenza umanitaria allo stato d'eccezione*, Aracne, 2012 e P. CUTITTA- F. VASSALLO PALEOLOGO (a cura di), *Migrazioni frontiere diritti*, Edizioni Scientifiche italiane, 2006.

²⁶ Per una analisi sul rapporto tra respingimento c.d. differito e trattenimento, cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Respingimenti "differiti" e detenzione arbitraria*, consultabile al

queste ipotesi, gli stranieri hanno avuto modo di accedere all'autorità giurisdizionale, seppur solo in una fase successiva, per il ricorso avverso il provvedimento espulsivo e per la convalida del *nuovo* trattenimento (quello eseguite nei Centri di Identificazione ed Espulsione).

In qualche sporadico caso, nell'ambito di questi procedimenti, i Giudici di pace hanno potuto, sotto diversi profili, accertare le violazioni relative alle privazioni della libertà personale poste in essere a Lampedusa.²⁷

In particolare, il primo Giudice di pace che si è espresso in tal senso ha ricostruito il trattenimento subito dallo straniero ricorrente in questi termini: *“nel caso in esame si [era] assistito 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'articolo 13 della Costituzione per un tempo indefinito e indeterminato demandato alla più ampia discrezionalità della pubblica amministrazione”*.²⁸ Pur a fronte dell'elevato numero di stranieri che hanno subito periodi di detenzione *de facto* pronunce come quella richiamata detto, sono rimaste isolate.

Proprio in ragione delle descritte difficoltà incontrate nell'accesso alla tutela giurisdizionale, ci si è interrogati – all'esito dell'attività di monitoraggio e assistenza legale svolta nel Centro – in merito agli ulteriori rimedi giurisdizionali esperibili nel nostro ordinamento a fronte di situazioni di illegittima compressione della libertà personale. Anzitutto si dà conto di un

sito www.meltingpot.org; per approfondire, in particolare, il nodo giuridico relativo alla tutela giurisdizionale nell'ambito dei provvedimenti di respingimento c.d. differito cfr. A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento «differito» intempestivo, tra tutela della libertà personale e legalità* (Nota a Giudice di pace Agrigento, 18/10/2011, n. 741), in *Giur. mer.*, 2012, 5, p. 1141 ss.

²⁷ Cfr. ad esempio: GDP Agrigento, 4/7/2011 (dep. 6/7/2011), R.G. n. 1034/2011, Giud. Giuseppe Alioto; GDP Torino, 1/6/2011, R.G. n. 15637/2011, Giud. Alberto Polotti di Zumaglia.

²⁸ Il decreto del Giudice di Pace di Agrigento (4/7/2011) è consultabile sul sito www.meltingpot.it

esposto presentato alla Procura di Agrigento²⁹, nel quale veniva ipotizzato che le prassi poste in essere a Lampedusa avessero integrato gli estremi del delitto di *sequestro di persona*³⁰. In secondo luogo, quanto avvenuto a Lampedusa è stato portato all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, attraverso un ricorso³¹ – ad oggi ancora pendente – nel quale si lamenta la violazione degli artt. 3, 5, 13 e 4 Protocollo 4 della Convenzione EDU.

Si tratta di strumenti legali che assolvono a funzioni diverse.

Il primo risponde alla finalità di portare la descritta vicenda all'attenzione dell'autorità giudiziaria affinché la stessa, accertata la sussistenza di condotte penalmente rilevanti, inneschi l'*iter* per l'accertamento delle responsabilità penali dei *singoli individui* che le hanno poste in essere. In uno degli esposti la privazione della libertà personale attuata a Lampedusa, così gravemente incidente sul fondamentale diritto riconosciuto dall'art.13 Cost., viene qualificata come *sequestro di persona* (art. 605 c.p.), aggravato dalle circostanze di essere stato compiuto da pubblici ufficiali (art. 605, co. II, cp.), con abuso di potere inerente alle loro funzioni e, in taluni casi, nei confronti di soggetti minori (art. 605, co. III c.p.).

Differentemente, lo strumento del ricorso alla Corte di Strasburgo è finalizzato all'ottenimento di una condanna non già di singoli individui, bensì *dell'Italia come Stato* aderente alla Convenzione. Una condanna farebbe nascere in capo al nostro Paese anzitutto l'obbligo di rimuovere le cause della violazione (c.d. obbligo di *restitutio in integrum*) e, in seconda battuta, potrebbe comportare un obbligo al risarcimento a titolo di equa soddisfazione

²⁹ Il testo dell'esposto presentato alla Procura di Agrigento da ASGI e ARCI può leggersi sul sito www.meltingpot.it.

³⁰ Cfr. L. MASERA, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, vol. 8, n.1, 2014.

³¹ Il ricorso *Khlaifia e altri c. Italia* è attualmente pendente alla Corte di Strasburgo.

(in genere si tratta di una riparazione in forma pecuniaria) nei confronti dei soggetti danneggiati.³²

Ad oggi, tuttavia nessuna autorità giurisdizionale si è pronunciata nel merito della questione³³. Il tema dell'accesso alla tutela giurisdizionale avverso privazioni arbitrarie della libertà personale ossia – in altre parole – della sussistenza di rimedi riconducibili all'istituto dell'*habeas corpus*, rimane tuttora più che mai aperto³⁴.

6. Conclusioni e linee di sviluppo del lavoro

Oltre alle tragedie dei naufragi in mare³⁵, di cui nuovamente si sono dovute occupare le cronache giornalistiche in questi anni, si segnala, ancora una volta, la scarsa trasparenza che connota sia le pratiche di prima accoglienza, che il regime giuridico riservato agli stranieri nei giorni immediatamente successivi allo sbarco sull'Isola.

Nel luglio 2012, a seguito della sua visita in Italia, Nils Muižnieks, Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, ha redatto un Rapporto nel quale evidenzia come “*ci siano delle lacune nel sistema italiano di*

³² L'art. 46 C.e.d.u. impone alle parti contraenti di “impegnarsi a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie in cui sono parti”. L'art. 41 C.e.d.u. prevede che se “la Corte dichiara che vi è stata una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa”.

³³ A. NATALE, *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, in *Quest. Giust.*, 2013, 5, p. 181.

³⁴ Per alcune interessanti riflessioni sul diritto al ricorso ad un giudice da parte dei trattenuti nel CPSA, si rimanda a L. MASERA, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti Umani e diritti internazionali*, vol. 8, *cit.*

³⁵ Dal 1988 sono morte lungo le frontiere dell'Europa almeno 21.439 persone. Di cui 2.352 soltanto nel corso del 2011, almeno 590 nel 2012, 801 nel 2013 e già 2.086 nei primi nove mesi del 2014. Il dato è aggiornato al 4 ottobre 2014 e si basa sulle notizie censite negli archivi della stampa internazionale degli ultimi ventisei anni. I dati sono consultabili sul sito: www.fortresseurope.blogspot.it

*accoglienza dei migranti, inclusi i richiedenti asilo, principalmente a causa della sua natura frammentaria, dovuta all'esistenza di diverse tipologie di centri, alla variabilità degli standard, e alle conseguenze determinate dal rapido aumento della capacità ricettiva delle strutture durante l'emergenza nordafricana. Il Commissario sollecita l'Italia a sostituire l'apparato esistente con un sistema di accoglienza integrato e unificato, in grado di rispondere a un fabbisogno variabile e di garantire la stessa qualità di tutela su tutto il territorio italiano, sostenuto da norme nazionali chiare e da un monitoraggio indipendente"*³⁶.

Proprio negli spazi creati da queste "lacune del sistema italiano di accoglienza dei migranti" è germogliata una delle più macroscopiche sospensioni delle garanzie costituzionali avvenuta all'interno dei nostri confini, le cui vittime sono state le migliaia di stranieri transitati dal CSPA di Lampedusa.

A partire dall'illegittima gestione della c.d. *emergenza Nord Africa* nel 2011, l'equivoco causato dal forzato binomio accoglienza/privazione della libertà personale merita un approfondimento dal taglio al contempo teorico e pratico, che parta dal fondamento dei principi costituzionali e internazionali a tutela della libertà individuale per giungere all'elaborazione di efficaci rimedi di *habeas corpus* in grado di riempire le menzionate lacune del sistema di garanzie che circondano la condizione dello straniero nelle fasi successive allo sbarco sulle coste italiane.

La privazione della libertà personale non attuata conformemente all'art. 13 della Costituzione rappresenta, inequivocabilmente, un'ipotesi di *detenzione illegale* che, come si vedrà nei prossimi capitoli, non può essere giustificata mediante il ricorso all'abusata parola "emergenza". Tale espressione – ormai evidentemente inappropriata se riferita fenomeno migratorio di questi anni – non può fungere da *passpartout* per scardinare le garanzie proprie dello Stato

³⁶ Per un quadro ricostruttivo sullo stato dell'accoglienza e del trattenimento in Italia cfr. COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI DEL SENATO, *Rapporto cit.*, pp. 108 e ss.

di diritto, come invece è stato fatto a Lampedusa, dove, *oltre* i fumosi confini della detenzione amministrativa hanno trovato terreno fertile gravi ed irreparabili violazioni del nucleo forte dei principi costituzionali e Convenzionali.

A proposito dell'abuso della parola emergenza, occorre sgombrare il campo da possibili fraintendimenti: nessuna situazione di emergenza rileva come legittima giustificazione rispetto alle deroghe delle garanzie convenzionali. Infatti, l'articolo 15 CEDU consente agli Stati parte di derogare solo in caso di guerra e in caso di *"altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione"* . Anche in costanza di tali ipotesi, tuttavia, una deroga è legittima solo *"nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi previsti dal diritto internazionale"* . Inoltre, vale la pena di accennare che il divieto di trattamenti inumani o degradanti (garantito dall'art. 3 Conv. Edu) riceve una tutela rafforzata, posto che esso non è derogabile nemmeno in caso di guerra o di pericolo che minacci la vita della nazione.

Capitolo 2

Lo statuto costituzionale della privazione della libertà personale dello straniero

SOMMARIO: Introduzione – 1. La libertà personale nella Costituzione. – 1.1. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana. – 1.2. La nozione di libertà personale accolta dalla Costituzione. – 1.2.1. Libertà rispetto alle misure *coercitive*. – 1.2.2. Libertà dalle misure restrittive *degradanti della dignità o del prestigio personali*. – 1.2.3. Libertà *fisica e morale* della persona. – 1.2.4. La libertà personale *sub specie* di *integrità psicofisica*. – 1.3. Le garanzie della libertà personale. – 1.3.1. La riserva di legge. – 1.3.2. La riserva di giurisdizione. – 1.3.3. La convalida delle misure provvisorie adottate “*nei casi eccezionali di necessità e urgenza*” dall’autorità di pubblica sicurezza. – 2. Lo statuto costituzionale dello straniero. – 2.1. La posizione della dottrina. – 2.2. La posizione della giurisprudenza costituzionale. – 2.3. L’esercizio effettivo dei diritti costituzionali. – 3. Il diritto alla libertà personale e il *trattenimento* amministrativo dello straniero nella Costituzione. – 4. Brevi note conclusive.

Introduzione

Nel precedente capitolo è stato presentato il “caso Lampedusa” e sono stati evidenziati i più evidenti profili d’arbitrarietà e illegittimità delle pratiche detentive degli stranieri che avvengono alla frontiera del Mediterraneo. A partire da tali considerazioni, nel presente capitolo s’intende analizzare i diritti e le libertà che entrano in gioco dal punto del vista del diritto costituzionale al fine di dare risposta ai seguenti interrogativi: in via *generale*, quale è il contenuto della “libertà personale” dichiarata inviolabile nella

nostra Carta Costituzionale? In *specifico*, che portata ha tale diritto fondamentale con riferimento alla detenzione amministrativa degli stranieri? Questa parte del lavoro tenterà di rispondere a tali quesiti: in prima battuta, verranno indagati i principi che regolano la materia della libertà personale e le sue limitazioni; in seconda battuta, i risultati ottenuti saranno messi in relazione alla condizione giuridica dello straniero trattenuto in quanto “*sans papiers*”. In altre parole, si rende necessario definire cosa s’intende per libertà personale nella Costituzione, sia attraverso la nozione accolta dalla dottrina, che attraverso i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, al fine di verificare la tenuta delle garanzie – sostanziali e procedurali – che assistono la privazione della libertà personale nell’ambito del trattenimento amministrativo dello straniero. Solo a quel punto sarà possibile svolgere, nelle conclusioni del capitolo, alcune brevi considerazioni aventi ad oggetto il funzionamento dei medesimi principi costituzionali nel contesto delle forme di detenzione amministrativa *extra ordinem*, che come visto vengono praticate nelle procedure di controllo alla frontiera.

1. La libertà personale nella Costituzione

Il riconoscimento del diritto alla libertà personale, nell’articolo 13 della Costituzione trova il suo più rilevante antecedente nel famoso statuto dell’*Habeas Corpus*³⁷, istituto d’origine inglese che risale al 1679³⁸, in forza del quale all’arrestato era attribuita la titolarità di alcune garanzie, come quella di

³⁷ Per ricostruire le origini storiche del bene giuridico della libertà personale si cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 105 ss.; A. CERRI, *Libertà. II. Libertà personale–Diritto costituzionale* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1991, pp. 1 ss.

³⁸ A ben vedere già la Magna Charta del 1215 prevedeva all’art. 39 che “*gli uomini liberi non possono essere catturati o imprigionati [...] se non da un tribunale legale dei loro pari e secondo le leggi del Paese*”. Si cfr. inoltre anche i successivi artt. 29 della Magna Charta del 1225, l’art. 5 della *Petition of Right* del 1628; l’art. 8 dello *Star Chamber abolition act* del 1641, il *Bill of Rights* del 1689).

ottenere una copia del mandato di cattura contenente la motivazione dell'arresto, nonché di ottenere l'intervento di un giudice. Altro antecedente storico a cui s'ispira l'art. 13 Cost. è rappresentato dalla Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino, che nel 1789 ha stabilito: *“nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi previsti dalla legge e secondo le forme da essa prescritte”*.

Il presente paragrafo tenterà di definire il contenuto dell'odierno diritto alla libertà personale, ossia di quel *“diritto inviolabile (...) rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita e all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona”*³⁹.

1.1. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana

Nello Statuto Albertino la libertà personale – definita mediante l'espressione *“libertà individuale”* – si presentava nella sua tradizionale accezione, vale a dire come diritto di non essere arrestati se non *nei casi e nelle forme* previsti dalla legge⁴⁰. L'art. 26 dello Statuto Albertino recitava infatti: *“La libertà individuale è garantita. Niuno può essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive*. Rilevanti deroghe ai principi riconosciuti dall'art. 26 dello Statuto erano tuttavia determinate dalla legislazione di pubblica sicurezza, basti pensare alle misure di prevenzione

³⁹ Corte Cost. n. 238/1996, in *Giur. Cost.*, 1996, pp. 2142 ss., con nota di: A. NAPPI, p. 2150, M. RUOTOLO, p. 2151, G.P. DOLSO, p. 3221.

⁴⁰ Stante la previsione di cui all'art. 26 dello Statuto Albertino, è interessante notare come il Codice di Procedura penale del 1865 non garantiva un elevato livello di protezione alla libertà personale. Esso, infatti, pur prevedendo l'obbligo di convalida degli arresti ma non la liberazione dell'arrestato in caso di mancata convalida. Tra l'altro non erano neppure previsti termini per la custodia cautelare. Si veda per un approfondimento, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, 2002, p. 31.

applicabili sulla base della presunzione di pericolosità sociale di determinati soggetti. L'ampio margine lasciato al legislatore dall'art. 26, nonché la prassi amministrativa che su di esso si era formata, inducevano l'Assemblea Costituente a formulare l'art. 13 cost. in chiave più garantistica: si optava, da un lato, per una formula più ampia rispetto al bene garantito – *“la libertà personale”* – e, dall'altro, per una formulazione più stringente rispetto ai poteri e alla modalità a cui era subordinato l'esercizio di misure restrittive⁴¹. L'art. 13 disponeva infatti che *“la libertà personale è inviolabile; non è ammessa forma alcuna di detenzione, ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”*.

E' dunque nella Carta Costituzionale del 1948 che per la prima volta veniva utilizzata l'espressione *“libertà personale”*. Essa, scorporata da una serie di altre libertà afferenti a specifici ambiti – libertà di corrispondenza, di circolazione e soggiorno, di espatrio etc. – veniva descritta in modo da risultare il presupposto *logico e giuridico* di tutte le libertà riconosciute al singolo dalla Costituzione⁴².

1.2. La nozione di libertà personale accolta dalla Costituzione

Per quanto riguarda il contenuto da attribuire all'espressione *“libertà personale”* utilizzata dall'art. 13 Cost., si deve dare conto delle diverse interpretazioni che hanno animato un vivace dibattito dottrinale seguito all'emanazione della Costituzione repubblicana. Nel prosieguo verranno illustrati i principali filoni interpretativi emersi.

⁴¹ M. RUOTOLO, *Sub Articolo 13*, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 323.

⁴² G. AMATO, *Diritti e doveri dei cittadini. Sub Articolo 13*, in (a cura di) G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 3.

1.2.1. Libertà rispetto alle misure coercitive

Secondo un primo indirizzo dottrinale, pur nella molteplicità delle voci che animarono l'Assemblea Costituente, la nozione di libertà personale accolta in quella sede è quella tradizionale di libertà fisica, intesa come la libertà dagli arresti arbitrari, storicamente consolidata nel diritto al *writ of habeas corpus*⁴³.

Questa tesi trova riscontro, almeno nel suo nucleo essenziale, nella prevalente letteratura e tendenzialmente nella giurisprudenza costituzionale. L'art. 13 tutelerebbe, dunque, "la libertà della persona fisica contro arbitrarie misure coercitive"⁴⁴, garantendo gli individui dalle condizioni – temporanee o durature – di assoggettamento, conseguenti a una situazione di coazione fisica⁴⁵. Secondo tale impostazione a nulla rileva la finalità per la quale la misura restrittiva è posta in essere, dovendosi considerare a tale scopo solo il suo carattere coercitivo. Sono altresì da escludersi dalla nozione di libertà personale, proprio per l'assenza di coercitività, le misure meramente "obbligatorie", cioè quelle misure che richiedono una collaborazione – più o meno spontanea – da parte del soggetto che ne è destinatario. Secondo questa ricostruzione, esse non incidono sulla libertà personale in senso proprio, bensì sulla libertà individuale di autodeterminazione, la quale riceve tutela a livello costituzionale attraverso disposizioni diverse dall'art. 13 Cost.

Inoltre, coloro che accolgono la presente nozione di libertà personale valorizzano la differenza tra il contenuto del diritto affermato all'art. 13 Cost. e gli altri aspetti della libertà dell'individuo, che sono invece disciplinati dagli articoli seguenti della Costituzione (libertà di comunicazione, circolazione,

⁴³ Cfr. C. MORTATI, *Relazione all'Assemblea Costituente della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, istituita presso il Ministero per la Costituente. Sui diritti pubblici subbietivi*, ora in *Raccolta di scritti*, I, 1977, p. 622, dove il diritto alla libertà della persona è discusso come "inviolabilità dagli arresti".

⁴⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, p. 174 ss.

⁴⁵ PACE, *ivi*, p. 178.

riunione..). Non vengono, infine, valutate come rientranti nella nozione di libertà personale di cui all'art. 13 Cost. le misure degradanti della dignità sociale e quelle incidenti sulla libertà spirituale e morale⁴⁶.

In breve, il *discrimen* per individuare quali misure sono comprese sotto l'ombrello dell'art. 13 cost. risiede, secondo questa dottrina, nella *coercitività* delle misure, a nulla rilevando il *nomen juris* con cui le stesse misure sono state catalogate dal legislatore; allo stesso tempo, non sono riconducibili all'art. 13 Cost. tutte le misure che, benchè coercitive rispetto alla libertà fisica della persona, rientrano nella specifica disciplina di altra norma costituzionale (ad esempio, lo scioglimento di una riunione attuato mediante il ricorso alla forza pubblica per motivi di sicurezza pubblica o di repressione penale rientra nell'ambito dell'art. 17 cost.)⁴⁷.

Tale visione – che come detto è accolta dalla dottrina maggioritaria – trova riscontro a partire dalla più risalente giurisprudenza costituzionale, la quale ha considerato la libertà personale come libertà dagli arresti e da qualunque esercizio di “*potestà coercitiva personale*” (Corte Cost. 11/1956). L'art. 13 Cost. secondo la Consulta si riferisce alle limitazioni della libertà personale che “*violano il tradizionale principio dell'habeas corpus*” (Corte Cost. 30/1962). Anche in tempi recenti, la Corte Costituzionale (sent. 105/2001)⁴⁸ – pronunciandosi proprio in materia di trattenimento amministrativo dello straniero – si è espressa confermando che è “*il carattere d'immediata coercizione*” che qualifica “*le restrizioni della libertà personale*”, distinguendo quest'ultime dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione. Tuttavia va altresì messo in luce

⁴⁶ Cfr. la prospettiva di G. VASSALLI, *Libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958, pp. 365 ss. L'Autore ritiene che non sia possibile comprendere la libertà morale nella previsione dell'art. 13 cost., considerando la scarsa compatibilità con i molteplici poteri riconosciuti all'Autorità statale, che impongono ai singoli determinati comportamenti sotto minaccia di sanzione.

⁴⁷ PACE, *Problematica*, p. 180.

⁴⁸ Corte Cost. n. 105/2001, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 675 ss., con nota di G. BASCHERINI, pp. 1680 ss. e D. PICCIONE pp. 1697 ss..

che la Consulta nell'ambito della stessa pronuncia non si è fermata a questa affermazione di principio ma è andata oltre, sostenendo che la *“mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere [...] è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale”*.

La lesione o comunque la mortificazione della dignità della persona – che come si vedrà nel prossimo sottoparagrafo rappresenta il nucleo essenziale della diversa nozione di libertà personale elaborata dal secondo filone dottrinale – viene dunque presa in considerazione dalla Corte costituzionale, sia pure come *indice* della privazione di libertà come assoggettamento fisico.

La nozione di libertà personale che si riferisce alla libertà dalle misure coercitive ha il pregio di essere fedele alla storica origine dell'istituto dell'*habeas corpus* a cui l'art. 13 Cost., come visto, s'ispira e consente all'interprete valutazioni di tipo oggettivo.

1.2.2. Libertà dalle misure restrittive *degradanti della dignità o del prestigio personali*

Il secondo indirizzo dottrinale considera il diritto alla libertà personale inviolabile rispetto a quelle misure restrittive che comportano la menomazione o la mortificazione della dignità sociale del soggetto che ne è destinatario. Secondo questa dottrina la tutela del diritto fondamentale della libertà personale abbraccia dunque quelle misure di coazione fisica che si considerano lesive della dignità morale della persona e che sono basate oltre che su valutazioni oggettive anche su apprezzamenti discrezionali relativi alle qualità morali della persona tali, che ne influenzano la capacità e la dignità⁴⁹. Si tratta, in altre parole, di tutti quei casi in cui la restrizione della

⁴⁹ C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, nota a Corte Cost. n. 45/1960, in *Giur. cost.*, pp. 689 ss.

libertà si accompagna ad un giudizio che si riflette negativamente sulla personalità morale del soggetto.

I concetti di “dignità sociale” e “prestigio della persona”, a ben vedere, non sono estranei alla giurisprudenza costituzionale in materia di privazione della libertà personale. La Consulta ha in determinati casi sostenuto che *“per aversi restrizione della libertà personale ex art. 13 cost. [...] deve verificarsi una degradazione giuridica dell’individuo nel senso dell’avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona”* (sentenza 210/1995)⁵⁰.

Ai fini del presente lavoro sembra opportuno accennare a due brevi considerazioni. In primo luogo, questo filone dottrinale rischia di restringere la portata applicativa dell’art. 13 Cost., escludendo tutte quelle ipotesi in cui sussiste una mera coercizione fisica non accompagnata dalla lesione della dignità sociale e in tutte le ipotesi in cui non sia possibile fornire evidenze rispetto alla lesione della dignità sociale del destinatario della misura coercitiva. Anche se è vero che risulta comune sul piano prasseologico che alla coazione fisica corrisponda una qualche forma di mortificazione della sfera personale di chi vi è sottoposto, tuttavia sembra più opportuno mantenere, così come ha fatto la giurisprudenza costituzionale, la *mortificazione della dignità personale* sul piano degli effetti tipicamente prodotti dalla privazione della libertà personale piuttosto che qualificarla come elemento presupposto alla nozione di libertà personale dell’art. 13 Cost. La seconda considerazione, che si collega fortemente alla prima, riguarda l’alto tasso di soggettività e opinabilità che sconta questa interpretazione. Mentre il dato della coazione fisica si mantiene su un piano oggettivo, la lesione della dignità sociale della persona è un concetto più evanescente e aleatorio.

⁵⁰ Nei medesimi termini la Corte si era già espressa nelle sentenze n. 419/1994 e n. 68/1964.

1.2.3. Libertà *fisica e morale* della persona

Secondo una terza impostazione, libertà personale non significa solo libertà dalle coercizioni fisiche⁵¹. Questa tesi supera la tradizionale idea di libertà “dagli arresti” per aderire a una nozione di libertà personale che investe tutte le facoltà dell’Uomo, compresa quella della libera autodeterminazione. Tale dottrina ritiene infatti che l’art. 13 cost. tutela la libertà personale in senso assoluto e non limitatamente alle ipotesi di coercizione fisica.

Una parte della dottrina riconducibile a questo filone interpretativo ha elaborato una versione meno radicale di questa teoria⁵². Tale corrente ritiene che alcune restrizioni della libertà morale particolarmente intense possano essere ricondotte alla nozione di privazione della libertà personale al pari delle misure di coazione fisica. In altre parole, in ragione della loro particolare pregnanza, talune misure incidenti sulla sola sfera morale dei soggetti destinatari ricadrebbero nella previsione di cui all’art. 13 Cost. allo stesso modo delle misure che importano coazione fisica, “*nell’ipotesi in cui (...) determinano un costringimento nella possibilità di autonoma determinazione del soggetto da apparire equivalenti alle prime*” (cioè alle misure che incidono sulla sfera fisica del soggetto)⁵³.

Questa interpretazione – anche nella sua versione meno radicale – sconta il limite di apparire molto lontana sia dal dato letterale del testo costituzionale e da quello teleologico. Essa pur estendendo la portata delle garanzie ex art. 13 Cost. rischia di essere poco afferrabile e soprattutto poco oggettiva.

⁵¹ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, pp. 111 ss.

⁵² Cfr. D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L’art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007.

⁵³ MORANA, *op. cit.*, p. 186.

1.2.4. La libertà personale *sub specie di integrità psicofisica*

Vi è infine una corrente dottrinale che, valorizzando una lettura dell'art. 13 Cost. coordinata alle altre disposizioni costituzionali, individua l'esistenza di "nuovi diritti" della persona, che scaturiscono da una lettura integrata e sistematica della Costituzione. Questo orientamento vede la libertà personale come "libertà della persona" e supera la tradizionale nozione di costrizione fisica, comprendendo la libertà di autodeterminarsi o autorealizzarsi degli individui, la quale si esprime in tutte le dimensioni (civili, etico-sociali, economiche politiche) della vita dei consociati.

Il fulcro di questa tesi è rappresentato dalla valorizzazione della libertà psicofisica della persona intesa come la "*libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità*"⁵⁴ e prima condizione per il godimento dei diritti fondamentali. A prescindere dalla specifica previsione costituzionale, il diritto alla libertà personale, così considerato, sarebbe a sua volta generatore e prerequisito di una serie di ulteriori diritti⁵⁵. Sulla base della nozione di libertà personale accolta, questa dottrina ritiene che "*all'esigenza di tutela dell'integrità fisica è dunque da affiancare una analoga esigenza di tutela dell'integrità psichica o spirituale: all'Habeas corpus, l'habeas mentem e (per forme di intrusione più sofisticata) l'habeas data*"⁵⁶.

La considereazione che può svolgersi rispetto a questa tesi muove dall'idea che non è possibile forzare la lettura di una disposizione – in questo caso l'art. 13 Cost. – al punto che attraverso un'interpretazione sistematica, data dalla lettura combinata con altre previsioni costituzionali, si giunga a distorcerne il significato proprio⁵⁷.

⁵⁴ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 12.

⁵⁵ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti"*, p. 16.

⁵⁶ *ibidem*, p. 20.

⁵⁷ In tal senso si esprime anche A. PACE, *Interpretazione costituzionale, op. cit.*, pp. 83 ss.

1.3. Le garanzie della libertà personale

Dopo essersi soffermati sul contenuto del diritto alla libertà personale sancito dall'art. 13 della nostra Carta costituzionale, occorre ora evidenziare a quali condizioni tale diritto può essere limitato.

Come noto, infatti, nonostante il I comma dell'articolo 13 Cost. consideri la libertà personale *inviolabile*, questa può essere limitata ad opera dei pubblici poteri a norma del comma II del medesimo articolo, il quale prevede che la detenzione, le ispezioni, le perquisizioni personali ed ulteriori misure possono essere poste in essere nel rispetto di due fondamentali garanzie: la riserva di legge e la riserva di giurisdizione.

1.3.1. La riserva di legge

L'articolo 13 co. II, Cost. prevede che le restrizioni della libertà personale possano essere disposte nelle sole ipotesi (*casi*) e mediante i soli procedimenti (*modi*) previsti dalla legge. Si tratta di una riserva *assoluta* di legge, poiché la norma costituzionale attribuisce in via esclusiva alla legge (e agli atti equiparati) la disciplina delle limitazioni della libertà personale, sottraendola all'intervento delle fonti secondarie e in particolare alla normazione regolamentare (con l'eccezione di quei regolamenti di stretta esecuzione della legge) ed i provvedimenti amministrativi. Pertanto si ha come immediata conseguenza la circoscrizione degli interventi del potere esecutivo, che possono esplicarsi solo ove strettamente vincolati alla legge di cui costituiscono applicazione, escludendo in radice ogni forma di discrezionalità amministrativa⁵⁸. Questo significa che la fonte legislativa *statale*⁵⁹ deve regolare direttamente la privazione della libertà personale, non essendo

⁵⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed., Padova, 1993, p. 62.

⁵⁹ La riserva di legge è da intendersi come riserva statale: cfr. Corte Cost. 21/1956 e 26/1966.

sufficiente la mera esistenza di una norma attributiva del potere e legittimante l'azione amministrativa.

Secondo una parte della dottrina, la riserva di legge ex art. 13, co. 2, Cost. dovrebbe intendersi non solo come riserva assoluta, bensì come "riserva rinforzata", potendo la libertà personale essere ristretta solo per le finalità previste dalla stessa Costituzione⁶⁰. Seguendo questo ragionamento, al legislatore non è consentito prevedere ipotesi di limitazione della libertà in base a scelte discrezionali di politica legislativa, poiché si potrebbero adottare misure restrittive della libertà solo quando queste risultano – da un lato – ancorate ai fini previsti dal dettato costituzionale e – dall'altro – subordinate a un giudizio di necessità e proporzionalità⁶¹.

Secondo un altro indirizzo dottrinale, la Carta costituzionale prevede, invece, una riserva di legge assoluta ma *non rinforzata*, in base alla quale il legislatore detiene il potere di scegliere i motivi per i quali disporre le ipotesi di limitazioni alla libertà personale (c.d. vuoto dei fini)⁶². Secondo questa impostazione non sarebbe dunque costituzionalmente illegittima la previsione di una legge che limita la libertà personale per motivi ulteriori rispetto ai fini riconducibili al testo costituzionale (ad esempio a scopo economico-fiscale o di sicurezza pubblica).

⁶⁰ Si rinvia in particolare a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 15. Secondo L'Autore solo il perseguimento di fini costituzionalmente garantiti consentono il sacrificio della libertà personale. E in via ulteriore a CERRI, *op. cit.* 1991, p. 10 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, il quale ritiene che la libertà possa essere ristretta solo per le finalità di cui agli artt. 25-30-32 della Costituzione; P. BARILE, *op. cit.*, 1984.

⁶¹ G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale* in NANIA – RIDOLA, *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, p. 368.

⁶² Secondo alcuni autori (cfr. ad es. PACE, *op. cit.*, p. 190), il fatto che la riserva di legge sia assoluta ma non rinforzata sarebbe indirettamente confermato dal rinvio alle "garanzie previste per la tutela della libertà personale" effettuato dal successivo art. 14, il cui co. III, suggerisce *a contrario* come la riserva di legge riaffermata nel combinato disposto degli articoli 13 e 14 cost. comprenda anche il generale potere di scelta dei motivi, non giustificandosi altrimenti la disciplina derogatoria prevista dal terzo comma.

1.3.2. La riserva di giurisdizione

Alla riserva di legge si aggiunge la seconda garanzia della libertà personale: la riserva di giurisdizione. L'art. 13 Cost. richiede che le limitazioni della libertà personale siano *disposte con atto motivato dell'autorità giudiziaria*, anche se attuate da altri organi, quali la polizia giudiziaria (artt. 55 ss. c.p.p., nonchè art. 109 Cost.) o altri soggetti (art. 245, co. III, c.p.p.).

Nell'ipotesi ordinaria è richiesto un intervento *preventivo* dell'autorità giudiziaria, la quale risulta gravata da un esplicito onere motivazionale sulla misura restrittiva disposta. L'autorità giudiziaria a cui si riferisce l'art. 13 Cost. è quella "giudicante" (solo in casi circoscritti è il Pm), la quale deve esprimersi con provvedimento motivato, indicando "*tutte le ragioni (di fatto e di diritto) che determinano o abbiano determinato l'emanazione della misura restrittiva*"⁶³ in modo da assicurare alla riserva di giurisdizione un ruolo di garanzia – sostanziale ⁶⁴– nei confronti dei provvedimenti arbitrari incidenti sulla libertà personale.

La necessità della motivazione del provvedimento restrittivo, del resto, è in linea con la previsione di cui all'art 111, co VI, Cost: "*tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*".

Il principio della riserva di giurisdizione è inoltre collegato all'art. 111, co. VII, Cost., secondo cui avverso tutti i provvedimenti incidenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali o speciali è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge, e all'art. 24 Cost. che dichiara l'inviolabilità del diritto di difesa e garantisce a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti.

Come evidenziato dalla dottrina, il diritto di difesa costituisce un presupposto essenziale per la salvaguardia e il ripristino di tutte le libertà e i

⁶³ PACE, *op. cit.*, 1992, p. 192.

⁶⁴ *Id* p. 196; CARETTI, *op. cit.*, 2002, p. 211.

diritti garantiti⁶⁵. Sembra interessante evidenziare che, secondo autorevole dottrina, la scelta del costituente di collocare la tutela giurisdizionale tra i diritti della personalità ne ha fatto il baricentro dei “*mezzi di garanzia dei diritti*” e delle norme organizzative “*destinate a dare concretezza alla tutela delle libertà*”⁶⁶. In questa lettura dell’art. 24 della Costituzione si coglie quel *fil rouge* che lega l’effettività del diritto riconosciuto a livello normativo con l’effettiva azionabilità dello stesso.

1.3.3. La convalida delle misure provvisorie adottate “nei casi eccezionali di necessità e urgenza” dall’autorità di pubblica sicurezza

Il comma III dell’art. 13 Cost. conferma la riserva di giurisdizione e prevede una riserva di legge rinforzata per quei *casi eccezionali* di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, nei quali l’autorità di pubblica sicurezza adotta *motu proprio* provvedimenti provvisori che limitano la libertà personale. Tali provvedimenti si intendono revocati e restano privi di ogni effetto se non sono comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria e convalidati dalla stessa nelle successive quarantotto ore. Proprio nell’ipotesi di cui all’art. 13, co. III, che disciplina i casi di necessità e urgenza, viene ravvisata l’originaria manifestazione dell’istituto *habeas corpus*, la quale consiste nell’ordine impartito dal giudice all’autorità di polizia di presentargli entro un termine perentorio colui che si trova in stato di restrizione di libertà, indicando altresì i motivi a supporto del provvedimento⁶⁷.

Il costituente ha dunque previsto – in via ordinaria – un intervento giurisdizionale che opera preventivamente e – in via *straordinaria* – una

⁶⁵ P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Digest. pen.*, III, Torino 1989, p. 469.

⁶⁶ Cfr. MORTATI, *Relazione all’Assemblea Costituente della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, Min. per la Costituente, Roma, 1946, I, p. 93.

⁶⁷ A. BARBERA-C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, II ed., Bologna, il Mulino, 2012, p.187.

convalida giurisdizionale che interviene successivamente all'adozione delle misure restrittive da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Come rilevato, nel caso dei provvedimenti adottati ex art. 13 co. 3 si verifica una "*autoassunzione di un potere ordinariamente altrui da parte dell'autorità di polizia*"⁶⁸, la quale si sostituisce, in via temporanea, alle prerogative che normalmente sono attribuite all'autorità giudiziaria.

Recentemente la giurisprudenza costituzionale ha sostenuto che le misure adottate dall'autorità di pubblica sicurezza devono corrispondere al requisito di una "*ponderata motivazione e conformazione delle situazioni di eccezionale necessità e urgenza*" che ne costituiscono il presupposto⁶⁹. In altre parole, in ragione del carattere straordinario e derogatorio dei provvedimenti adottati senza il previo intervento del giudice, si richiede alle autorità di pubblica sicurezza di operare un *self restraint* basato sull'attenta verifica dei presupposti di necessità e urgenza.

Giova sin d'ora anticipare che – come si vedrà in dettaglio nell'ambito del quarto capitolo – la disciplina del trattenimento amministrativo prevede *ordinariamente* un meccanismo di convalida giurisdizionale postuma del provvedimento amministrativo di limitazione della libertà personale dello straniero. Tale circostanza costituisce una peculiarità della disciplina della detenzione amministrativa degli stranieri che dà il senso della prospettiva attraverso cui il nostro legislatore guarda alla libertà personale dei *sans papier*.

⁶⁸ M. RUOTOLO, Art. 13, *op. cit.*, p. 327.

⁶⁹ Corte Cost., sent. n. 512/2002.

2. Lo statuto costituzionale dello straniero

La figura dello “straniero” si pone in posizione tutt’altro che periferica nel diritto costituzionale italiano⁷⁰. Infatti il tema della condizione giuridica del non-cittadino ha via via assunto sempre maggiore centralità, come è testimoniato dall’attenzione rivoltagli dalla dottrina⁷¹ e dai numerosi interventi della Corte costituzionale in materia.

In primo luogo, occorre soffermarsi sull’articolo 10, co. 2, Cost. ai sensi del quale “*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*”. Questa disposizione vincola il legislatore al rispetto del diritto internazionale e pone sulla materia una riserva di legge *rinforzata*⁷².

In secondo luogo, occorre valutare in che rapporto si pone la condizione giuridica dello straniero rispetto a quei diritti che sono garantiti dalla stessa Costituzione. La questione in parola muove dalla considerazione che la Parte I della Carta è intitolata “Diritti e doveri dei *cittadini*”. Nonostante questa formulazione sembri – *prima facie* – estromettere in radice i non-cittadini dal godimento dei diritti ivi contenuti, la stesura dei singoli articoli della Costituzione non si presenta altrettanto univoca: in alcuni casi, il costituente ha enunciato diritti di libertà senza individuare uno specifico destinatario

⁷⁰ E. GIANFRANCESCO, *Gli stranieri e i diritti costituzionali e le competenze di stato e regioni*, in E. DI SALVATORE-M. MICHETTI (a cura di) *I diritti degli altri. Gli stranieri e le autorità di governo*, Editoriale scientifica, 2014, p. 286 ss.

⁷¹ *Ex multis* si vedano: F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol dir.*, 1995, pp. 441 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova 2001, pp. 72 ss.; G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella costituzione italiana*, Padova 1992, pp. 221 e ss.; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino 2000, pp. 162-170 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana*, in *Riv. crit. Dir priv.*, 1992, 2, pp. 203 ss.; A. PUGGIOTTO, “*Purchè se ne vadano*” in *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, Jovene 2010, pp. 333 ss.; S. SICARDI, *L’immigrato e la Costituzione. Note sulla dottrina e la giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1996, IV, pp. 313 ss.

⁷² L. MEZZETTI, *Manuale di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2015, p. 549.

(ciò accade, ad esempio, proprio rispetto all diritto della libertà personale); in altri casi, invece, ha individuato destinatari indeterminati (ciò si riscontra, ad esempio, nel caso della libertà di manifestazione del pensiero, che viene espressamente riconosciuta a *tutti*); in altri ancora, ha menzionato categorie specifiche di destinatari come i *cittadini* (ad esempio nei casi dei diritti di cui agli artt. 16, 17, 18)⁷³.

Tuttavia, nonostante l'assenza di tale univocità delle espressioni utilizzate nella parte I della Costituzione oggi non sembra potersi dubitare del riconoscimento della titolarità dei diritti fondamentali anche in capo agli stranieri, comunque presenti sul territorio. A questo approdo ermeneutico la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza costituzionale sono giunte valorizzando diversi argomenti, sui quali occorre ora soffermare l'attenzione.

2.1. *La posizione della dottrina*

La dottrina che ha riconosciuto la titolarità dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione in capo agli stranieri lo ha fatto ricorrendo a diversi argomenti.

In primo luogo, rispetto a talune ipotesi, è stato sufficiente il dato testuale. Ad esempio, dalla lettura della Carta costituzionale si evince che la garanzia dell'*Habeas corpus*, che come visto interessa – primariamente – la riserva di giurisdizione (art. 13 cost.) e il diritto alla difesa (art. 24 cost.) e, a livello più generale, la tutela giurisdizionale (artt. 111 e 113 cost.), sono riconducibili per espressa previsione costituzionale a *tutti*, indipendentemente dalla titolarità della cittadinanza.

In secondo luogo, laddove manca l'appiglio testuale, la dottrina è arrivata ad estendere il godimento dei diritti fondamentali in capo agli stranieri

⁷³ A. BARBERA-C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, II ed., Bologna, il Mulino, 2012, p. 164.

considerando il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. oltre il mero dato letterale, procedendo ad una lettura coordinata con l'art. 2 Cost. (che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo in quanto tale) e con l'art. 10, co. 2 Cost. (che prevede la subordinazione della disciplina giuridica dello straniero alle norme e ai trattati internazionali).

Sulla base di tale interpretazione sistematica degli articoli 3, 2 e 10 della Costituzione, l'orientamento prevalente in dottrina rileva infatti che *"dall'inerenza dei diritti inviolabili in capo alla persona, in quanto tale, discende (...) il riconoscimento di essi anche nei confronti degli stranieri, a meno che disposizioni dello stesso testo costituzionale non ne limitino espressamente il godimento solo ai cittadini; discende altresì l'obbligo, per lo Stato italiano, in base al disposto dell'art. 10, di dare esecuzione a quelle convenzioni di diritto internazionale che ne favoriscano la tutela"*⁷⁴. Allo stesso tempo, la riserva di cui all'art. 10, comma 2 Cost. è precipuamente chiamata a garantire che *"il nostro ordinamento non contenga disposizioni normative concretantisi in inadempimenti delle norme internazionali sullo straniero vincolanti l'Italia; esso non mira invece ad impedire che nel nostro ordinamento vengano emanate leggi che accordano allo straniero un trattamento più favorevole di quello prescritto dal diritto internazionale"*⁷⁵.

Tuttavia a questa tradizionale impostazione si contrappone quell'indirizzo dottrinale – assolutamente minoritario – secondo cui la Carta Costituzione un *"fatto politico"* che vale, in linea di principio, per i soli cittadini. Tale orientamento sostiene che, da un lato, la cittadinanza può assumere *"un ruolo diversificante nella disciplina delle situazioni giuridiche soggettive"*, riguardando il principio d'uguaglianza ex art. 3 Cost. i soli cittadini; dall'altro, la "condizione

⁷⁴ A. BARBERA, Sub art. 2, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli - *Il Foro Italiano*, 1975, p. 116. In questo senso è orientata la dottrina maggioritaria: cfr., ad esempio, P. CARRETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, 2002, p. 95 e C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, 2001, p. 106.

⁷⁵ A. CASSESE, Sub art. 10, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli - *Il Foro Italiano*, 1975, p. 518.

giuridica" (e cioè la capacità) dello straniero è, per espressa disposizione costituzionale, rimessa alla sola disciplina della legge ordinaria seppur "in conformità delle norme e dei trattati internazionali" (art. 10, comma 2, Cost.)⁷⁶.

2.2. La posizione della giurisprudenza costituzionale

Rispetto al dibattito dottrinale appena illustrato la Consulta ha preso posizione⁷⁷, proprio muovendo da una lettura coordinata delle norme di cui agli artt. 2, 3 e 10 Cost. In particolare, i Giudici costituzionali hanno sostenuto che "se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio d'eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [i] diritti fondamentali"⁷⁸.

Da questa affermazione di principio deriva la conferma, anche da parte della Suprema Corte, che la titolarità dei diritti fondamentali – tra i quali sono naturalmente compresi il diritto alla libertà personale, il diritto di difesa e il diritto alla tutela giurisdizionale – deve essere riconosciuta anche agli stranieri. In altre parole: è il principio di eguaglianza (rispetto al cittadino) che regola la condizione giuridica dello straniero per quanto concerne la titolarità dei diritti fondamentali .

⁷⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, 1990, p. 156; A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, n. 2, 2001; GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2722.

⁷⁷ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale più risalente si veda G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana (Asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Cedam, 1992.

⁷⁸ Corte Cost., sentenza n. 120 del 1967, in *Giur. cost.*, 1967, p. 1577, con nota di CHIAVARIO, *Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per i reati doganali*. Cfr. anche Corte Cost. sentt. n. 199/1986 e n. 62/1994. In dottrina, si veda: M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2, 1992, p. 214, nonché F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, 3, 1995, p. 441.

Nonostante tale impostazione sia un punto fermo nella giurisprudenza costituzionale, la Consulta ha avuto anche modo di precisare che se è vero che il rispetto del principio di eguaglianza trova piena applicazione nei confronti dello straniero, è altrettanto vero che il legislatore conserva un margine discrezionale rispetto alla previsione di eventuali trattamenti differenziati tra il cittadino e il non-cittadino⁷⁹ per quanto concerne il diverso profilo del *godimento* dei diritti fondamentali. L'esercizio di tali diritti può essere diversamente modulato in ragione della cittadinanza, a condizione che tale discrezionalità legislativa sia, da un lato, esercitata in modo *ragionevole* e, dall'altro, sia determinata dalla necessità di salvaguardare interessi meritevoli di tutela (si pensi in particolare all'esigenza di contemperare i beni giuridici dell'ordine e della sicurezza pubblica)⁸⁰.

A tal proposito, il Giudice delle leggi ha precisato che "*non può escludersi che, tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti*"⁸¹. Proprio sulla scorta di tali principi, la Corte ha successivamente *salvato* discipline legislative che prevedevano regimi differenziati tra cittadini e stranieri anche rispetto ai diritti fondamentali, subordinando l'esito positivo di tale scrutinio di legittimità al superamento del vaglio di ragionevolezza⁸².

La dottrina non ha mancato di esprimere la propria contrarietà rispetto a tale posizione. Ad esempio, è stato osservato che "*le differenze di fatto tra cittadino e non cittadino, capaci di giustificare il diseguale godimento dei diritti comuni ad entrambi non possono essere precostituite dalla legge, se non si vuole cadere in un*

⁷⁹ Per una ricognizione della giurisprudenza costituzionale sul punto si veda: G. D'ORAZIO, *Straniero* (condizione giuridica dello), *cit.*, p. 2. e E. GROSSO, *Straniero* (status costituzionale), in *Dig. dir. pubb.*, vol. XV, Utet., 1999, p. 166.

⁸⁰ Corte. Cost., sentt. 62/1994, 252/2001, 148/2008.

⁸¹ *Corte Cost.*, sentenza n.104 del 1969, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1565.

⁸² E. GROSSO, *Straniero* (status costituzionale), in *Dig. dir. pubb.*, *cit.*, p. 166.

gioco di specchi deformanti dove il legislatore crea quelle stesse differenze, cui poi si appella per giustificare la legittimità costituzionale delle proprie successive scelte discrezionali"⁸³.

A ben vedere, peraltro, la stessa Corte Costituzionale ha chiarito come la contrapposizione tra *titolarità* e *godimento* dei diritti resti comunque sostanzialmente estranea ad alcuni diritti fondamentali, tra i quali è compreso quello alla libertà personale. A partire dalla fondamentale sentenza n. 105 del 2001⁸⁴, la Consulta ha affermato a chiare lettere l'inviolabilità della libertà personale⁸⁵, quale bene giuridico da tutelare ben oltre al riferimento al principio di – ragionevole – eguaglianza. Ponendo l'accento sul carattere universale dei diritti fondamentali riconosciuti all'art. 2 Cost., la Corte ha sostenuto che "*il riconoscimento degli stessi debba essere garantito ad ogni persona, a prescindere dalla sua condizione e, dunque, anche allo straniero irregolare*"⁸⁶. A tal proposito, i Giudici costituzionali hanno evocato più volte *l'effetto espansivo*

⁸³ A. PUGIOTTO, "*Purchè se ne vadano*". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, 2010, p. 389.

⁸⁴ Corte Cost, sentenza 105/2001, in *Dir. imm. e citt.*, n. 2, 2001, p. 109, con nota di V. ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*; e in *Giur. it.*, 2002, c. 1345, con nota di A. ALGOSTINO, *Lo straniero "sospeso" fra tutela dei diritti fondamentali della persona umana e esigenze di un efficiente controllo dell'immigrazione*. Cfr. anche G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1680 e D. PICCIONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, in *Giur. Cost.*, 2001, p.1697.

⁸⁵ A tale principio la Corte si è ricollegata nella sentenza n. 222 del 2004 e, più di recente, nella sentenza n. 245 del 2011 (in *Giur. cost.*, 2011, p. 313)

⁸⁶ Sul punto si vedano: F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, 2012, p. 45; P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Annuario 2009*, Jovene, 2010, p. 31; E. ROSSI, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari. Una lettura costituzionale*, in (a cura di) CONSORTI, *Tutela dei diritti dei migranti*, Edizioni Plus, Pisa University Press, 2009, p. 68.

che deriva dal riconoscimento dei diritti ex art. 2 Cost.⁸⁷ e hanno affermato che lo straniero è titolare di *“tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona”*⁸⁸. La Consulta ha poi confermato questi principi nell’ambito di pronunce che vertevano su diverse materie: ad esempio, ha puntualizzato che esiste un ambito *“inviolabile della dignità umana”* – quello che inerisce al diritto alla salute – che deve essere riconosciuto agli stranieri a prescindere dall’irregolarità del soggiorno⁸⁹; e che esistono dei diritti – quello a contrarre matrimonio – per i quali la condizione di straniero non può determinare trattamenti peggiorativi in materia di diritti inviolabili (che in questo caso coinvolgono, tra l’altro, un’ulteriore persona)⁹⁰.

2.3. L’esercizio effettivo dei diritti costituzionali

Conformemente ai principi costituzionali ora richiamati, il Testo Unico dell’immigrazione (D.Lgs. 286/1998) garantisce all’art. 2 la tutela dei *“diritti fondamentali della persona umana”* allo *“straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato”* (art. 2 co. I, T.U. imm.). Si ha pertanto la positivizzazione del principio – come visto riconosciuto in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale – secondo cui il godimento dei diritti inviolabili della persona umana spetta a chiunque, cittadino e straniero, indipendentemente dalla condizione di regolarità o meno del soggiorno e indipendentemente dal fatto che il soggetto si trovi già sul territorio nazionale o si trovi alla frontiera .

Inoltre, per quanto rileva ai fini del presente lavoro, risulta di assoluta importanza la previsione di cui all’art. 2, co. 5, T.U.imm., nell’ambito della quale è riconosciuto espressamente allo straniero *“parità di trattamento con il*

⁸⁷ Corte Cost. sentenze n. 199/1986 e n. 10/1993.

⁸⁸ Corte Cost. sent. 148/2008.

⁸⁹ Corte Cost. sent 269/2010.

⁹⁰ Corte Cost. sent 245/2010.

cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei propri diritti e degli interessi legittimi". Infatti, se ormai non vi è dubbio che – almeno in via di principio – nel nostro ordinamento lo straniero può godere dei diritti fondamentali, è proprio rispetto all'accesso alla tutela giurisdizionale che si registra una delle più profonde fratture tra la *titolarità formale* dei diritti e il la possibilità *effettiva* di esercitarli.

Il Testo Unico dell'immigrazione prevede norme che – come si vedrà in dettaglio nel quarto capitolo – limitano e tal volta negano *concretamente* la possibilità per lo straniero di difendersi in giudizio alle stesse condizioni previste per i cittadini. Molte di esse sono state dichiarate illegittime dai Giudici costituzionali, i quali – in più occasioni – hanno rivolto moniti al legislatore affinché non riducesse le politiche e la legislazione in materia d'immigrazione a "*mere esigenze di ordine e sicurezza pubblica*"⁹¹.

3. Il diritto alla libertà personale e il trattenimento amministrativo dello straniero nella Costituzione.

Nel nostro Paese l'introduzione della detenzione amministrativa degli stranieri ha aperto molteplici questioni rispetto alla compatibilità di tale misura con il dettato costituzionale. In primo luogo, la stessa introduzione di un'ipotesi di privazione della libertà personale determinata dalla sola violazione delle disposizioni amministrative in materia d'immigrazione – e pertanto in assenza di reato – è stata accolta criticamente. In secondo luogo, si è evidenziato come le fonti primarie volte a regolare la materia non siano mai state all'altezza del compito: da un lato, si deve considerare la perdurante laconicità della legge la quale, priva di organicità e sistematicità, ha perlopiù delegato la funzione alle fonti secondarie addirittura alle prassi; dall'altro, si

⁹¹ Cfr., ad esempio, Corte Cost., sentt. n. 22/2007, n. 105/2001, n. 35/2002, n. 5/2004, n. 80/2004, n. 302/2004, n. 386/2006, n. 249/2010.

deve considerare la bassa qualità del *drafting* normativo, così distante dalle regole minime della scienza della legislazione, da creare dubbi e difficoltà interpretative di non poco momento.

Nel contesto appena descritto l'intervento della Corte Costituzionale ha assunto un ruolo centrale. In diverse circostanze, infatti, la Consulta è stata chiamata a sindacare la legittimità delle norme connesse alla politica di controllo dell'immigrazione irregolare e, in quelle occasioni, ha avuto la possibilità di enucleare una serie di principi che oggi costituiscono la necessaria premessa di ogni ragionamento sul diritto alla libertà personale degli stranieri irregolari.

La nota sentenza n. 105 del 2001, in particolare, ha definito inequivocabilmente il rapporto che intercorre tra il trattenimento amministrativo dello straniero e le garanzie offerte dell'articolo 13 della Costituzione. Ai fini del presente lavoro, tale pronuncia – già più volte richiamata – costituisce il contributo più rilevante reso dal formante giurisprudenziale nel nostro panorama nazionale.

In primo luogo, nell'ambito di tale pronuncia viene ribadito, con specifico riferimento all'istituto del trattenimento amministrativo previsto dal T.U. imm., che l'art. 13 Cost. ha come destinatari *tutti* gli individui, in quanto esseri umani. Ne deriva il carattere universale del diritto alla libertà personale, che non può essere scalfito da un bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti sul punto. Le parole dei Giudici sono inequivocabili: *“né potrebbe dirsi che le garanzie dell'art. 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili,*

spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”.

Viene affermato inoltre che, poiché la detenzione amministrativa degli stranieri rappresenta una misura che incide inequivocabilmente sul diritto alla libertà personale, le garanzie contenute all'art. 13 della Costituzione – la riserva di legge e riserva di giurisdizione – devono essere applicate senza attenuazioni. Nel corso del suo *iter* argomentativo, la Corte riconduce l'istituto del trattenimento amministrativo previsto dal Testo Unico dell'immigrazione *quantomeno* alle forme *atipiche* di privazione della libertà personale, cioè alle 'altre restrizioni della libertà personale' menzionate dall'art. 13 Cost., le quali – come noto – godono dello stesso livello di garanzie riservato alle misure restrittive *tipiche* (detenzione, ispezione e perquisizione personale). Scrivono inoltre i Giudici: *“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. Si può forse dubitare se esso sia o meno da includere nelle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'art. 13; e tale dubbio può essere in parte alimentato dalla considerazione che il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario. Tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle 'altre restrizioni della libertà personale', di cui pure si fa menzione nell'art. 13 della Costituzione”.* Orbene, nonostante il nostro legislatore abbia tentato di occultare – in primo luogo a livello definitorio – il carattere detentivo del *trattenimento* amministrativo⁹² la Consulta, non si è fermata al *nomen juris* della misura e ha rivolto l'attenzione

⁹² F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Annali della Storia d'Italia. 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 1077.

al contenuto *sostanziale* della stessa. Questa impostazione, sintomo dell'approccio *sostanzialistico* abbracciato dalla Corte, trova riscontro anche in un altro passaggio argomentativo della sentenza 105/2001, nel quale i Giudici costituzionali esplicitano che la *funzione* di "assistenza allo straniero" – anch'essa normativamente affidata ai Centri dell'immigrazione – non può giustificare un livello di garanzie inferiore rispetto al diritto alla libertà personale, poiché "*si determina nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, 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*". In altre parole, la finalità *umanitaria* – che può coesistere con le esigenze di controllo dell'immigrazione irregolare nell'ambito del trattenimento amministrativo – non determina un arretramento sul piano dei diritti e delle garanzie, poiché ciò che rileva è la condizione *sostanziale* di mortificazione della dignità dell'uomo che comunque si verifica come conseguenza dell'assoggettamento fisico all'altrui potere in cui versa lo straniero trattenuto.

Volgendo lo sguardo al contiguo versante delle garanzie procedurali, la Corte Costituzionale ha svolto rilevanitissime considerazioni in punto di "diritto al contraddittorio" e di "diritto di difesa" nell'ambito della sentenza n. 222 del 2004. Tale pronuncia, che – come si vedrà diffusamente nella trattazione del quarto capitolo – ha costretto il legislatore a ridisegnare parte della disciplina dettata dalla c.d. Legge Bossi Fini del 2002, ha contribuito a definire lo *standard* minimo di garanzie che deve essere assicurato nell'ambito dell'intervento giurisdizionale.

I Giudici costituzionali hanno sostenuto che, alla luce di quanto previsto dall'art. 13, comma 3, Cost., il controllo giurisdizionale deve garantire "*immediatamente e direttamente il bene della libertà personale*" (che nel caso sottoposto alla Corte si presentava inciso dal provvedimento espulsivo attuato

mediante l'accompagnamento alla frontiera dello straniero). Pertanto, la covalida del giudice deve intervenire *prima* dell'esecuzione del provvedimento espulsivo e deve svolgersi in modo da non violare "*il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile*". Lo straniero deve dunque, "*essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza del difensore*". D'altra parte, la Consulta ha sottolineato che il diritto di difesa ex art. 24, comma 2, cost., costituisce diritto inviolabile anche per lo straniero irregolare: "*lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana, fra i quali quello di difesa*". Tutte le fasi procedurali che incidono sulla libertà personale devono essere orientate all'attuazione di tali principi. Ad esempio, come sottolineato dalla Consulta, anche la disciplina della traduzione del decreto di espulsione – preordinata allo scopo di assicurare l'effettiva conoscibilità dei provvedimenti amministrativi – costituisce presupposto essenziale per l'esercizio del diritto di difesa di cui gode appieno anche lo straniero irregolarmente presente sul territorio statale.

Attraverso la valorizzazione di questi presidi procedurali la giurisprudenza ha contribuito a dare un effettivo contenuto ai diritti riconosciuti a livello teorico e ha ricordato al legislatore che il mero ossequio formale al diritto alla tutela giurisdizionale non è sufficiente.

4. Brevi note conclusive

Alla luce del quadro costituzionale delineato dal presente capitolo, si può affermare che lo straniero *trattenuto* nell'ambito della disciplina amministrativa dell'immigrazione resta titolare dei diritti fondamentali connessi alla libertà personale ed alla sua privazione. Tutte le misure privative della libertà – siano esse tipiche o atipiche – sono assoggettate ai principi costituzionali in materia di privazione della libertà personale come cristallizzati all'art. 13 della Carta Costituzionale. Questo significa che anche

lo *straniero*, che soggiorna irregolarmente sul territorio o che si presenta alla frontiera sprovvisto dei documenti, gode a pieno titolo delle garanzie legali sia per quanto concerne i presupposti applicativi della misure restrittive, che per quanto riguarda le procedure che devono assistere ogni privazione di libertà personale.

Come noto, secondo il principio di gerarchia delle fonti, non solo la legge è sempre subordinata al dettato costituzionale, al quale pertanto deve conformarsi ma, allo stesso modo, la disciplina normativa deve sempre essere letta secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Le prassi di detenzione informale operate nell'ambito dei controlli alla frontiera, come visto, si pongono in frontale contrasto sia con il Testo Unico dell'Immigrazione che con i principi costituzionali che regolano la materia della privazione della libertà personale.

La violazione dei principi costituzionali sollevata dal "caso Lampedusa" ha trovato conferma nella trattazione del presente capitolo: da un lato, non vi è dubbio che – sulla scorta delle elaborazioni dottrinali prevalenti e della giurisprudenza costituzionale – anche agli stranieri che si presentano senza documenti alla frontiera debba essere garantita *effettivamente* la titolarità dei diritti fondamentali; dall'altro, è altresì certo che le pratiche detentive *extra ordinem* operate nel Centro lampedusano non possono sfuggire ai principi fissati dall'art. 13 Cost. – in particolare la riserva di legge e di giurisdizione – non sussistendo alcun dubbio che il diritto *di fatto* compreso nell'ambito delle pratiche di controllo delle frontiere rientri proprio nella nozione di libertà personale accolta dalla dottrina maggioritaria e dall'interpretazione della Consulta.

Capitolo 3

La tutela della libertà personale dello straniero: principi sovranazionali

SOMMARIO: Introduzione. – 1. La tutela multilivello dei diritti fondamentali. – 2. Le fonti sovranazionali rilevanti. Una panoramica. – 3. Il diritto internazionale: la Convenzione europea dei diritti dell’Uomo. – 3.1. L’articolo 5 CEDU. – 3.2. Principio di legalità: l’art. 5 § 1 CEDU. – 3.3. Tre fondamentali pronunce della Corte EDU in materia di detenzione amministrativa degli stranieri: i principi di *necessarietà* e *proporzionalità*. – 3.4. Le garanzie procedurali: l’art. 5 § 2 e § 4 CEDU. – 4. (segue): l’International Covenant on Civil and Political Rights. – 5. (segue): il diritto d’accesso alla giustizia. – 6. Il diritto dell’Unione Europea. – 6.1. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. – 6.2. L’adesione dell’Unione europea alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. – 6.3. La detenzione amministrativa e il diritto dell’Unione Europea. – 6.3.1. I controlli alla frontiera e il trattenimento volto ad impedire l’ingresso non autorizzato nel territorio statale. – 6.3.2. I requisiti di *necessarietà* e *proporzionalità*. – 6.3.3. La durata del trattenimento nel diritto UE. – 6.3.4. Garanzie procedurali del trattenimento. – 7. Brevi note conclusive.

Introduzione

Dopo avere analizzato i principi costituzionali rilevanti per la materia della detenzione amministrativa degli stranieri, occorre ora volgere lo sguardo ai principi di diritto sovranazionale che ad essa si applicano; principi che, come noto, per espressa previsione costituzionale sono fonte giuridica del nostro ordinamento. In particolare, nell’ambito del presente capitolo, si passeranno

in rassegna le rilevanti fonti del diritto internazionale – approfondendo in particolare la disciplina della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo (CEDU), nonché la sua interpretazione fornita dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo⁹³ – e le fonti del diritto dell’Unione Europea. L’approccio che verrà adottato nella trattazione del diritto dell’Unione Europea rilevante valorizza il *dialogo* tra il sistema della “piccola Europa” e quello della “grande Europa” – per usare una felice espressione dottrinale⁹⁴ – il quale si giustifica sulla base del fatto che, benché l’UE non abbia ancora aderito alla Convenzione, il diritto dell’Unione per quanto riguarda i diritti fondamentali si è ampiamente sviluppato in linea con la CEDU: in primo luogo, la Corte di Giustizia dell’Unione europea (CGUE) s’ispira alla CEDU nel determinare la portata della protezione dei diritti umani nell’ambito del diritto dell’Unione; in secondo luogo, La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea riflette, senza limitarsi a essi, l’insieme dei diritti sanciti dalla CEDU⁹⁵. L’orizzonte di riferimento che si intende valorizzare, dunque, in questa parte di lavoro è proprio il progressivo sviluppo di un sistema europeo *integrato* di protezione dei diritti fondamentali, il quale rappresenta la proiezione di un processo giuridico di avvicinamento materiale tra i diversi ordinamenti governato dal “*principio della massima espansione delle tutele*”⁹⁶.

⁹³ M. CARTABIA, *La CEDU e l’ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *All’incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l’efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, pp. 10 ss.

⁹⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. e proc., Speciale Europa*, 2011, pp. 4 e ss.

⁹⁵ Sul rapporto tra i diritti sanciti dalla CEDU e dall’UE si veda R. NANIA, *Evoluzione costituzionale della libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 38 ss.

⁹⁶ P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 199 ss.; SCHILLACI A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli, 2012.

1. La tutela multilivello dei diritti fondamentali

Per parlare compiutamente di tutela dei diritti fondamentali occorre premettere che tale materia vede coinvolti ormai da qualche decennio più ordinamenti giuridici – quello nazionale, quello dell’Unione europea e quello internazionale – i quali hanno dato vita a un *sistema di tutela multilivello dei diritti*⁹⁷ che, da un lato, ha comportato l’arricchimento del catalogo dei diritti di cui i singoli sono titolari, dall’altro, ha permesso lo sviluppo di sistemi capaci di offrire una protezione più articolata e integrata. Accanto a tali elementi, tuttavia, si sono registrati anche problemi di coordinamento delle tutele previste dai diversi ordinamenti, che hanno interessato i rispettivi sistemi giurisdizionali. Infatti, all’*internazionalizzazione* della tutela dei diritti fondamentali – attuata mediante la *positivizzazione* e *giurisdizionalizzazione* degli stessi – si sono accompagnati due profili problematici: in primo luogo, si è posta la necessità di definire la collocazione di tali diritti nel sistema delle fonti; in secondo luogo, ci si è dovuti occupare dell’azionabilità di tali diritti nell’ordinamento interno.

2. Le fonti sovranazionali rilevanti. Una panoramica

Le fonti normative sovranazionali in cui è possibile rintracciare il fondamento della tutela dei diritti degli stranieri sono numerosissime. Si pensi alla Convenzione di Ginevra del 1951 e all’attività interpretativa del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti umani (UNHCR); all’International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) e alla giurisprudenza dello Human Rights Committee delle Nazioni Unite (HRC), integrati dai principi e dalle linee guida prodotte dal Working Group on Arbitrary Detention (WGAD),

⁹⁷ F. DAL CANTO, *I diritti e i doveri costituzionali*, in R. ROMBOLI, (a cura di) *Manuale di diritto costituzionale, italiano ed europeo*, Giappichelli, p. 174 ss.

istituito in seno all'attuale Human Rights Council; alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale costituisce lo strumento regionale di tutela dei diritti umani più penetrante nel nostro tessuto ordinamentale, grazie alla giurisprudenza della sua Corte (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), e all'intervento di integrazione degli altri organismi di tutela dei diritti umani presenti in seno al Consiglio d'Europa (COE). Naturalmente, tra le fonti sovranazionali rilevanti in questo ambito, svolge un ruolo centrale il diritto dell'Unione europea e la relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La prerogativa sovrana degli Stati sui confini, intesa quale "diritto di escludere" anche mediante il controllo dell'accesso al territorio, non è messa in discussione dagli strumenti di diritto internazionale. Questa circostanza costituisce il punto di partenza da cui muove la riflessione sui principi giuridici sovranazionali in materia di detenzione amministrativa e da cui si innervano gli interrogativi cui si tenterà di rispondere: quali misure sono legittime nell'esercizio del controllo dei confini? Quali diritti permangono in capo allo straniero che viene intercettato nel tentativo di superare la frontiera o viene trovato sul territorio nazionale? Entro quali limiti gli Stati possono esercitare tale potestà sovrana mediante il ricorso alla detenzione degli stranieri?

Come si vedrà nel corso del presente capitolo, rispetto allo specifico tema della detenzione amministrativa dello straniero, le fonti di diritto internazionale e quelle dell'Unione Europea mostrano un approccio comune: da un lato – a livello generale – riconoscono il diritto alla libertà individuale; dall'altro, legittimano il ricorso alla detenzione, anche quella amministrativa degli stranieri, subordinandolo al rispetto garanzie sostanziali e procedurali. In altre parole, le misure di controllo delle frontiere – comprese quelle privative della libertà personale – sono considerate generalmente legittime nella misura in cui gli Stati rispettano i parametri fissati dagli stessi organismi di diritto internazionale.

Tuttavia, si deve considerare altresì, che tali fonti sovranazionali mostrano un approccio *controverso* rispetto al ricorso alla detenzione amministrativa. A titolo esemplificativo, per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, si pensi all'ambiguità mostrata dalla doppia anima della c.d. Direttiva rimpatri (2008/115/CE), una delle più rilevanti fonti europee in materia di trattenimento amministrativo che, come si vedrà in dettaglio nel prosieguo, ha profondamente inciso l'attuale volto della disciplina interna in materia. Essa si contraddistingue per due contrapposte tendenze: da un lato, l'interesse a rendere effettivo ed efficiente il sistema delle espulsioni dei cittadini di Paesi Terzi, che giustifica l'adozione di misure privative della libertà per un periodo che può protrarsi addirittura fino a 18 mesi; dall'altro, l'intento di salvaguardare i diritti fondamentali comunque spettanti allo straniero nell'ambito delle procedure di rimpatrio (come si evince dal secondo considerando introduttivo). Orbene, da un lato, è stato rimproverato al legislatore comunitario di avere ceduto alle pressioni rigoriste provenienti dall'opinione pubblica, concedendo in concreto assai poco spazio alle esigenze di tutela dei diritti⁹⁸, al punto che alcuni commentatori hanno addirittura definito questa direttiva "la direttiva della vergogna"⁹⁹ (con particolare riferimento al lungo termine del trattenimento ivi previsto); dall'altro, è altrettanto vero che il sistema delineato dalla Direttiva prevede la privazione della libertà dello straniero come *extrema ratio* e predispone un complesso di garanzie sostanziali e procedurali nettamente più pregnanti rispetto a quelle che fino al recepimento della Direttiva in parola erano previste nel nostro ordinamento.

⁹⁸ MASERA L., *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Il Libro dell'Anno del Diritto Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 2012, pp. 244 ss.

⁹⁹ cfr. in particolare C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, e F. MAIANI, *Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et status quo en droit des étrangers sous l'influence de la Directive sur le retour*, in *Annuaire suisse de droit européen*, 2009, pp. 291 ss.

Date queste premesse, pare condivisibile l'affermazione secondo cui, *“l'unico regime giuridico in grado di frenare la tendenza espansiva della prerogativa di escludere sembra oggi essere il regime giuridico dei diritti umani”*¹⁰⁰, nato soprattutto attorno alla *Universal Declaration of Human Rights* del 1948 e sviluppatosi poi con l'approvazione di strumenti internazionali e regionali di tutela dei diritti fondamentali. Oggi, la difesa dei diritti degli stranieri non dipende più dalle relazioni diplomatiche che intercorrono tra i singoli Paesi coinvolti bensì trovano tutela *diretta* in appositi strumenti giuridici al punto che *“migration law is largely rooted in human rights law”*¹⁰¹.

3. Il diritto internazionale: La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo è stata adottata nel 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa, organismo fondato all'indomani della seconda guerra mondiale allo scopo di promuovere lo stato di diritto, la democrazia e diritti dell'uomo, che a oggi si compone di 47 Stati membri, 28 dei quali sono anche membri dell'Unione europea. La grande novità della CEDU nell'ambito del “diritto internazionale dei diritti umani”(international human rights law) è stata quella di avere istituito un organo giurisdizionale con il compito, come previsto dall'art. 19 della Convenzione, di assicurare l'adempimento da parte degli Stati membri delle obbligazioni scaturenti dalla CEDU e dai suoi protocolli addizionali. La Corte Europea dei diritti dell'uomo svolge un ruolo fondamentale nell'ambito del sistema convenzionale. Come evidenziato dalla dottrina, essa è diventata la Corte costituzionale d'Europa¹⁰², ricoprendo il fondamentale ruolo di

¹⁰⁰ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, Carocci editore, 2013, p. 71.

¹⁰¹ IOM (International Organisation of Migration), *Overview of International Migration*, 1995, p. 44.

¹⁰² S. GREER, *The European Convention of Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006, p. 317.

garantire a livello generale che le procedure amministrative e giudiziarie poste in essere dagli Stati siano conformi ai “*pan-European Convention standards* (*‘constitutional justice’*)” e, allo stesso tempo, fornendo a ogni cittadino un rimedio individuale, “*a personal remedy* (*‘individual justice’*)”¹⁰³ avverso le violazioni dei diritti umani. Inoltre, il controllo sull’esecuzione delle sentenze della Corte Europea, affidato al Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, ha garantito una maggiore convergenza tra i sistemi nazionali rispetto all’attuazione delle misure volte alla tutela dei diritti fondamentali.

In via generale, l’articolo 1 CEDU impone agli Stati parte di “riconoscere” i diritti della convenzione a “*ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione*”, e quindi anche agli stranieri. Inoltre, sempre ai sensi dell’articolo 1, ogni Stato è responsabile di tutte le azioni e omissioni dei suoi organismi, a prescindere dal fatto che tali atti siano stati una conseguenza dell’applicazione del diritto interno o della necessità di adempiere a obblighi derivanti dal diritto internazionale ¹⁰⁴ . Solo alcune disposizioni della CEDU menzionano espressamente gli stranieri o circoscrivono determinati diritti a cittadini o residenti regolari (si pensi, ad esempio, agli articoli 2, 3 e 4 del protocollo n. 4 CEDU e l’articolo 1 del protocollo n. 7 CEDU).

L’articolo 13 CEDU impone agli Stati di predisporre un mezzo di ricorso interno per tutte le pretese violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione. Secondo il *principio di sussidiarietà* sussiste in capo ai singoli Paesi la responsabilità primaria di adempiere agli obblighi derivanti dalla CEDU, lasciando il ricorso alla Corte EDU come ultima istanza. D’altra parte oggi tutti gli Stati membri del Consiglio d’Europa hanno recepito o dato

¹⁰³ S. GREER, *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*, in *Oxford Journal of Legal studies* 23, 2003, pp. 405-406.

¹⁰⁴ Corte EDU, sentenza 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito* [CG] (n. 24833/94), § 32; Corte EDU, sentenza 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [CG], (n. 45036/98), § 153.

attuazione alla CEDU nel loro diritto nazionale, il che impone ai loro giudici e funzionari di agire secondo le disposizioni della Convenzione¹⁰⁵.

Le questioni in materia d'immigrazione sollevate di fronte alla corte EDU hanno permesso di sviluppare un ricchissimo *corpus* giurisprudenziale, che si riferisce principalmente all'interpretazione degli articoli 3, 5, 8 e 13 CEDU. Per quello che rileva ai fini del presente lavoro, l'analisi si concentrerà sulla portata dell'art. 5 CEDU.

3.1. L'articolo 5 CEDU

La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo enuncia all'art. 5 il diritto alla libertà e alla sicurezza. Al paragrafo 1, l'art. 5 stabilisce che: *"Everyone has the right to liberty and security. No one shall be deprived of his liberty, save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law"* (Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge).

La libertà è qui intesa nella sua accezione, antica e classica, di libertà fisica, mentre alla libertà di circolazione è dedicato l'art. 2 del protocollo n. 4¹⁰⁶. L'art. 5 CEDU disciplina questioni relative alla privazione della libertà, mentre l'articolo 2 del Protocollo n. 4 CEDU riguarda restrizioni alla libera circolazione. Nel valutare se la situazione di un individuo sia tutelata dall'articolo 5 CEDU o dall'articolo 2 del Protocollo n. 4 – distinzione evidentemente rilevante in punto di garanzie applicabili a queste due libertà – di la Corte EDU ha ritenuto che occorre una valutazione caso per caso della

¹⁰⁵ FRA (Agenzia dell'Unione Europea sui diritti Fondamentali) e Consiglio d'Europa, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2014.

¹⁰⁶ Così Corte EDU, sentenza 93/1985, *Ashingdane c. Regno Unito*, § 41. Cfr. M. PISANI, *Art. 5*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di) BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, Milano, 2001, p.117.

situazione, che prende in esame un insieme di criteri quali il tipo, la durata gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata¹⁰⁷, poiché tra la privazione della libertà (art. 5 CEDU) e restrizione alla libera circolazione (art. 2, prot. 4, CEDU) vi è una differenza di grado o intensità e non di natura o di sostanza¹⁰⁸. Al fine di stabilire se vi sia stata privazione della libertà ex art. 5 CEDU non è dunque sufficiente fondarsi su un singolo fattore, ma occorre considerare tutti gli elementi nel loro complesso. Neppure la breve durata di una restrizione, per esempio di alcune ore, porta automaticamente alla conclusione che la situazione costituisce una restrizione alla circolazione anziché una privazione della libertà. Altri possono essere i fattori rilevanti, per esempio si deve considerare se la struttura è chiusa, se sussiste un elemento di coercizione¹⁰⁹ o se la situazione produce effetti particolari sulla persona, compresi disagio fisico o sofferenza mentale¹¹⁰.

Qualsiasi considerazione d'interesse pubblico – come la volontà o l'intenzione di proteggere, gestire o curare gli interessi della collettività contro un rischio o una minaccia causati dall'individuo – è irrilevante al fine di stabilire se vi sia stata o meno una privazione di libertà personale. Gli elementi d'interesse pubblico posti alla base della misura restrittiva potrebbero invece essere pertinenti al momento di valutare la giustificazione della detenzione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettere a)-f), CEDU¹¹¹.

Dal punto di vista del diritto fondamentale tutelato dall'art. 5 CEDU occorre evidenziare che il fine ultimo perseguito da tale disposizione è che nessun

¹⁰⁷ Corte EDU, sentenza 15 marzo 2012, *Austin e a. c. Regno Unito* [GC], (n. 39692/09, 40713/09 e 41008/09), § 57.

¹⁰⁸ Corte EDU, sentenza 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia* (n. 7367/76), § 93.

¹⁰⁹ Corte EDU, sentenza 24 giugno 2008, *Foka c. Turchia* (n. 28940/95); Corte EDU, sentenza 12 febbraio 2009, *Nolan e K. c. Russia* (n. 2512/04).

¹¹⁰ Corte EDU, sentenza 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia* (n. 7367/76); Corte EDU, sentenza 5 ottobre 2004, *H.L. c. Regno Unito* (n. 45508/99).

¹¹¹ Corte EDU, sentenza 19 febbraio 2009, *A. e a. c. Regno Unito* [GC], (n. 3455/05), § 163-164.

individuo sia privato della propria libertà personale in modo arbitrario¹¹². A tal riguardo, dopo avere affermato l'universalità del diritto alla libertà personale, lo stesso articolo 5 CEDU individua un elenco tassativo di eccezioni, in presenza delle quali è legittimo il ricorso alla detenzione¹¹³ e prescrive altresì i requisiti legali che devono in ogni caso essere soddisfatti dagli Stati, affinché quest'ultimi possano legittimamente disporre della libertà individuale¹¹⁴.

Qualsiasi privazione della libertà personale giustificata da motivazioni diverse rispetto a quelle *tassativamente* previste è considerata illegittima ai sensi del diritto convenzionale. Questo principio è confermato, del resto, anche dal dettato dell'art. 18 CEDU, il quale afferma espressamente che le restrizioni ai diritti e alle libertà tutelati dalla Convenzione possono essere applicate solo al fine di ottenere il precipuo scopo per cui le stesse sono state

¹¹² D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES & M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights, third edition, Oxford University press, 2014*, pp. 287 ss.

¹¹³ L'art. 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo prescrive che: "No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court
(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfillment of any obligation prescribed by law
(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so
(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority
(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants
(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition".

¹¹⁴ B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights, Oxford University press, sixth edition, 2014*, pp. 217 e ss.

previste¹¹⁵. *Ergo*, non esiste alcuna legittimazione di carattere generale che giustifica la privazione della libertà personale quale strumento di controllo dell'immigrazione¹¹⁶: infatti, per quello che rileva ai fini del presente lavoro, conformemente all'articolo 5, comma 1, lettera f), gli Stati sono autorizzati a ricorrere alla detenzione solo al fine di impedire l'ingresso illegale di cittadini di Paesi terzi o al fine procedere all'esecuzione del rimpatrio degli stessi.

3.2. Principio di legalità: Art. 5 § 1 CEDU

Al fine di soddisfare il requisito di legalità (“*lawfulness*”) previsto dall'art. 5 § 1 CEDU, la detenzione amministrativa dello straniero è soggetta al rispetto di due parametri: da un lato, come anticipato, può avvenire solo nei casi previsti dall'art. 5 alla lettera f); dall'altro lato, deve essere “*lawful*” e implementata “*in accordance with a procedure prescribed by law*”, cioè deve essere conforme alla legge e deve essere attuata secondo la procedura prescritta. I giudici di Strasburgo hanno generalmente considerato congiuntamente questi due requisiti, al punto che la distinzione tra loro sembra sfumare nella giurisprudenza della Corte EDU¹¹⁷.

Ciò che emerge con chiarezza dall'analisi del *case-law* è che questi parametri si riferiscono, in primo luogo, al rispetto delle norme sostanziali e procedurali previste dagli ordinamenti nazionali¹¹⁸. Pertanto il primo passo per verificare la conformità delle pratiche detentive agli obblighi derivanti dalla CEDU è quello di effettuare un preliminare esame sul rispetto delle garanzie

¹¹⁵ L'art. 18 CEDU, rubricato “*Limite all'applicazione delle restrizioni ai diritti*”, prescrive che: “*Le restrizioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà possono essere applicate solo allo scopo per cui sono state previste*”.

¹¹⁶ M. FORDHAM, J. STEFANELLI, S. ESER, *Immigration Detention and the Rule of Law*, cit., p. 60.

¹¹⁷ G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights*, cit., 2010, pagg. 282-283.

¹¹⁸ Corte EDU [GC], sentenza 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Spagna*, (n. 42750/09), § 125.

sostanziali e procedurali previste dal diritto interno, prima di verificare la conformità della restrizione di libertà alla *ratio* dell'articolo 5 CEDU medesimo, da individuarsi nell'esigenza di proteggere l'individuo dalla detenzione arbitraria. Si nota pertanto, con riferimento all'Italia, che il diritto che proviene dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo rimanda, in primo luogo, alla verifica del rispetto dei principi costituzionali (trattati nel precedente capitolo) e della legge in materia d'immigrazione (che sarà oggetto dell'analisi del prossimo capitolo).

L'art. 5 CEDU, peraltro, non si limita a rinviare al diritto interno, ma fa riferimento anche alla *qualità del diritto*, intendendo che esso deve essere sufficientemente accessibile, preciso e prevedibile nella sua applicazione, onde evitare il rischio di arbitrarietà¹¹⁹. A tal proposito la Corte EDU ha messo a punto uno specifico test di non arbitrarietà, stabilendo che la detenzione non è arbitraria soltanto se: viene eseguita in buona fede; risulta strettamente connessa al fine di evitare un ingresso non autorizzato nel territorio dello Stato; il luogo e le condizioni sono appropriate, tenuto conto che la misura è applicata a persone che non hanno commesso un reato; la durata della detenzione non eccede quella ragionevolmente richiesta per la finalità considerata¹²⁰.

3.3. Tre fondamentali pronunce della Corte EDU in materia di detenzione amministrativa degli stranieri: i principi di necessità e proporzionalità

In via generale, la dottrina ha ritenuto la giurisprudenza della Corte rispetto alla detenzione amministrativa dello straniero fin troppo permissiva fino al punto di sostenere l'idea che l'articolo 5, così come interpretato dalla Corte

¹¹⁹ Corte EDU, sentenza 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia* (n.19776/92), § 50; Corte EDU, sentenza 6 marzo 2001, *Dougoz c. Grecia* (n. 40907/98).

¹²⁰ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, CEDAM, 2012, p. 135.

EDU, garantisca livelli di protezione differenti per cittadini e stranieri rispetto alle arbitrarie privazioni della libertà personale¹²¹. Questa circostanza pare essere confermata dai *leading cases* in materia, i quali hanno dimostrato un atteggiamento molto accondiscendente rispetto alle pratiche detentive poste in essere dagli Stati. A tal proposito sembra opportuno mettere in evidenza tre pronunce chiave ai fini del presente lavoro.

Il primo fondamentale caso è *Amuur v. France*¹²², in cui la Corte si è pronunciata in merito alla detenzione degli stranieri in ingresso sul territorio dello Stato (che hanno generalmente luogo nei porti e negli aeroporti internazionali). I Giudici di Strasburgo, pur censurando il trattenimento nelle *zone d'attente* praticato dalle autorità francesi, hanno legittimato la pratica degli Stati di controllare l'ingresso degli stranieri sul territorio attraverso il ricorso alla detenzione amministrativa. Quest'ultima è stata considerata dalla Corte uno strumento *ancillare* al controllo delle frontiere e un inevitabile corollario delle esigenze amministrative. La Corte EDU si è concentrata sul principio di legalità previsto dall'art. 5, co. 1, CEDU e ha giudicato "arbitraria" la detenzione *in entrata* praticata dalle autorità francesi solo perché a ritenuto che la legge nazionale era troppo generica e scarsamente accessibile.

Altre due fondamentali pronunce – entrambe rese contro il Regno Unito – si sono invece confrontate direttamente con il *principio di necessità e proporzionalità* della detenzione amministrativa: si tratta dei casi *Chahal v. United Kingdom* e *Saadi v. United Kingdom*.

¹²¹ G. CORNELISSE, *op.cit.*, p. 278; BRYAN I.-LANGFORD P., *The lawfull detention of Unhauthorized Aliens under the European system for the Protection of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 80, 2, 2011, p.196.

¹²² Corte EDU, *Amuur v. France*.

Nella pronuncia *Chahal v. United Kingdom*¹²³, che riguardava la legittimità di un provvedimento detentivo adottato dal governo inglese nelle more del procedimento di espulsione, la Corte ha negato che l'art. 5, co.1, lett. f) imponga l'obbligo di effettuare un giudizio di necessità e proporzionalità. Si è affermato che, nella misura in cui il procedimento di espulsione è in corso, la detenzione amministrativa rientra nei parametri convenzionali e può ritenersi legittima, non essendo necessaria la prova di ulteriori condizioni giustificative. La seconda pronuncia, *Saadi v. United Kingdom*¹²⁴, riguardava invece un caso di detenzione nei confronti dello straniero in ingresso sul territorio dello Stato. Anche in questa occasione la Corte EDU ha respinto l'idea che si debba procedere a un test di necessità rispetto alla privazione della libertà personale che avviene alla frontiera nelle more del procedimento amministrativo relativo all'autorizzazione all'ingresso. La Corte, da un lato, afferma la sussistenza di una legittima prerogativa dello Stato al controllo delle frontiere, che comprende il potere discrezionale di determinare i termini e le condizioni per l'accesso al territorio; dall'altro, considera gli stranieri come *non autorizzati* (quindi irregolarmente presenti sul territorio) fino a che non interviene una decisione della polizia di frontiera che li abilita all'ingresso nello Stato. Gli unici parametri richiamati dai Giudici per valutare la detenzione amministrativa non riguardano il giudizio di necessità o la proporzionalità delle misure applicate (sindacato che è rimesso alle autorità nazionali), bensì la ragionevole durata del periodo di privazione della libertà personale e le condizioni di detenzione.

Il precipitato del ragionamento della Corte – che qualifica come illegittimo ogni tentativo d'ingresso sul territorio fintanto che lo stesso non è autorizzato dalle autorità di frontiera – è che chiunque si presenta alla frontiera può

¹²³ Corte EDU [CG], sentenza 15 novembre 1996, *Chahal v. United Kingdom* (n. 22414/93.)

¹²⁴ Corte EDU, *Saadi v. the United Kingdom*, (n. 13229/03) § 53, confermata dalla Grande Camera, CG, *Saadi c. UK*, sentenza 29 gennaio 2008.

essere trattato come potenziale migrante irregolare e come tale è passibile di essere assoggettato a una misura limitativa della libertà individuale, indipendentemente dalla sua condotta¹²⁵.

3.4. Le garanzie procedurali: l'art. 5 § 2 e § 4 CEDU

I paragrafi § 2 e § 4 dell'articolo 5 CEDU sono invece dedicati alle imprescindibili garanzie procedurali¹²⁶ che devono essere rispettate in tutti i contesti di privazione della libertà individuale, indipendentemente da quanto previsto dalla disciplina nazionale. In primo luogo, l'articolo 5 § 2 CEDU afferma che: *"Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico"*. Tale previsione comporta per gli Stati il dovere di fornire specifiche informazioni allo straniero o al suo legale¹²⁷. In secondo luogo, l'articolo 5 § 4 della CEDU prevede il diritto al controllo giurisdizionale: *"Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima"*.

Ai fini del lavoro, si mette in luce che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, *"quando la decisione privativa della libertà è stata emanata da un organo amministrativo, non c'è alcun dubbio che l'art. 5 § 4 CEDU obblighi gli Stati a garantire al detenuto un ricorso presso un tribunale competente"*¹²⁸, ossia un *"organo che presenta non solo le caratteristiche tipiche di indipendenza e*

¹²⁵ BRYAN-LANGFORD, 2011, p. 214; WILSHER, 2012, p.154

¹²⁶ cfr. RAINEY B., WICKS E., OVEY C., *The European Convention on Human Rights, op.cit.*, pp. 240 e ss.; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES & M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, third edition, Oxford University press, 2014, pp. 287 ss.

¹²⁷ Corte EDU, *Saadi v. the United Kingdom*, (n. 13229/03) § 53, confermata dalla Grande Camera, CG, *Saadi c. UK*, sentenza 29 gennaio 2008.

¹²⁸ Corte EDU, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, sentenze 18 giugno 1971, (nn. 2832/66, 2835/66, 2899/66).

imparzialità, [...] ma anche la garanzia – appropriata al tipo di privazione della libertà del caso concreto – di una procedura giudiziaria” dotata di caratteristiche rituali analoghe a quelle sancite dall’art. 6 CEDU¹²⁹.

Negli ultimi anni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato molteplici violazioni dell'articolo 5 § 4 CEDU da parte degli Stati contraenti. I principi generali applicabili rispetto a questa disposizione sono stati recentemente ricostruiti in due importanti sentenze: *Suso Musa c. Malta*¹³⁰ e *MA c. Cipro*¹³¹. Nell’ambito di tali pronunce i giudici di Strasburgo hanno ribadito che, affinché la detenzione sia ‘*lawful*’ ai sensi dell'articolo 5 § 4, una persona arrestata o detenuta ha il diritto al controllo giurisdizionale da parte di un tribunale allo scopo di accertare il rispetto delle condizioni sostanziali e processuali previste¹³². A tal fine, la CEDU non richiede che il giudice nazionale eserciti un sindacato esteso a tutti gli aspetti del caso, tuttavia richiede che il controllo giurisdizionale sia sufficientemente esteso da garantire l’esame delle condizioni essenziali da cui dipende legittimità convenzionale della detenzione. Inoltre, i rimedi giurisdizionali di cui all’art. 5 § 4 devono essere accessibili nel corso della detenzione¹³³, poiché il rapido controllo da parte del giudice sulla privazione della libertà personale è finalizzato ad ottenere, dove il caso lo consenta, un immediato rilascio del trattenuto. In punto di effettività del controllo giurisdizionale, la Corte di Strasburgo ha poi affermato che, “*the accessibility of a remedy implies also that*

¹²⁹ Corte EDU, *Weeks c. Regno Unito*, sentenza 2 marzo 1987 (n. 9787/82); Corte EDU, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, sentenza 24 ottobre 1979 (ric. 6301/73).

¹³⁰ Corte EDU, *Suso v. Malta*, sentenza 23 luglio 2013, definitiva 9 dicembre 2013, (n. 42337/2012).

¹³¹ Corte EDU, *MA c. Cipro*, sentenza 23 luglio 2013, definitiva 23 ottobre 2013, (n. 41872/2010)

¹³² *Suso v. Malta, cit.*, (§ 50)

¹³³ A tal proposito, secondo la precedente giurisprudenza di Strasburgo, il diritto ad adire una Corte per la valutazione della legittimità della detenzione sussiste indipendentemente dalla durata della stessa. Cfr. *Al Nashif v. Bulgaria*, 20 giugno 2002 (n. 50963/99), § 92.

the circumstances voluntarily created by the authorities must be such as to afford applicants a realistic possibility of using the remedy"¹³⁴. Questo significa che le condizioni materiali determinate dalle scelte delle autorità nazionali non devono essere tali da precludere agli individui la possibilità *concreta* di accesso a un rimedio giurisdizionale. Infatti, ai sensi dall'articolo 5 CEDU, il rimedio deve essere sufficientemente effettivo, non solo in teoria, ma anche nella pratica.

4. (segue): L'International Covenant on Civil and Political Rights

Oltre alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, esiste una pluralità di fonti di diritto internazionale che tutelano la libertà personale da forme di detenzione arbitraria. Come anticipato esse derivano dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948, che all'art. 3 proclama il diritto alla libertà e all'art. 9 il diritto a non essere soggetti a forme di privazione arbitraria della libertà personale ("*no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention, or exile*").

Ai fini del presente lavoro, il più significativo di questi strumenti di diritto internazionale è l'International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), cioè il Patto internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici.

L'articolo 9 dell'ICCPR afferma il diritto alla libertà e alla sicurezza¹³⁵. Secondo tale previsione nessuno può essere *arbitrariamente* arrestato o

¹³⁴ *Suso v. Malta, cit.* (§ 51)

¹³⁵ Article 9: 1. *Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.* 2. *Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.* 3. *Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial*

detenuto; la privazione della libertà deve avvenire solo per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge. Inoltre, chiunque viene arrestato deve essere informato, al momento del suo arresto, dei motivi posti alla base di tale misura restrittiva e deve comunque essere informato rispetto alla sua posizione. L'art. 9 prevede poi il diritto a ricorrere ad un Tribunale per ottenere, senza ritardo, una pronuncia sulla legalità della detenzione e, nel caso questa risulti illegittima, il rilascio.

L'articolo 9 dell'ICCPR non specifica – a differenza dell'articolo 5 CEDU – il significato del termine *arbitrarietà*. Tuttavia lo Human Rights Committee ha chiarito che l'accezione di "arbitrarietà" non equivale all'espressione "contro la legge". Essa si riferisce a un concetto più ampio, che include gli elementi di *inappropriatezza, ingiustizia, assenza di prevedibilità e di giusto processo*¹³⁶. Tali elementi, pertanto, vanno ben oltre il rispetto formale delle procedure prescritte dalla legge. Essi coinvolgono un giudizio di necessità e proporzionalità. In altre parole, l'articolo 9 dell'ICCPR richiede che ogni privazione della libertà imposta in un contesto di controllo dell'immigrazione sia legittima, necessaria e proporzionata¹³⁷.

La mera utilità amministrativa della detenzione come strumento ancillare alla politica di controllo delle frontiere non è dunque considerato criterio sufficiente per la privazione della libertà dello straniero: quest'ultima deve essere infatti giustificata da uno scopo ulteriore rispetto all'irregolarità della

proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement. 4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful. 5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.

¹³⁶ Cfr. *Van Alphen v. Netherland* 305/1988, Communication no. 305/1988, CCPR/C/39/D/305/1988.

¹³⁷ In un caso concernente il trattenimento di un richiedente asilo cambogiano in Australia, la Commissione per i diritti umani dell'ONU ha esplicitamente ritenuto che, per conformarsi all'articolo 9 ICCPR, il trattenimento debba essere necessario e proporzionato, cfr. UNHRC, pareri del 30 aprile 1997, *A c. Australia*, comunicazione n. 560/1993.

presenza sul territorio¹³⁸. Inoltre, lo Human Rights Committee ha avuto modo di precisare che le autorità statali devono essere *sempre* in grado di giustificare la prosecuzione della detenzione alla luce del trascorrere del tempo e del mutare delle circostanze¹³⁹.

Il giudizio rispetto alla legittimità della privazione della libertà personale è rimesso al Tribunale. L'art. 9 utilizza l'espressione "*Court*", intendendo dunque di un controllo propriamente giurisdizionale e comunque di un organo terzo rispetto all'esecutivo¹⁴⁰. La protezione offerta dall'ICCPR pare dunque molto pregnante: da un lato, viene espressamente richiesto un giudizio di necessità e proporzionalità a giustificazione dell'applicazione di una misura detentiva e del suo mantenimento, a differenza di quanto accade – come visto *supra* – rispetto al diritto CEDU; dall'altro, è previsto un controllo giurisdizionale rapido e pregnante, in grado di portare al rilascio del detenuto. A fronte di tali principi va tuttavia evidenziata la scarsa portata applicativa di quanto previsto da questa Convenzione.

L'applicazione dell'ICCPR è monitorata dall'HRC, organo che esprime pareri non vincolanti sull'applicazione del Patto da parte degli Stati. Sulla base del protocollo opzionale del 1966, l'HRC può ricevere denunce da parte dei singoli individui o relazioni provenienti da Organizzazioni non governative. Tuttavia, da un lato, tale protocollo non è stato ratificato da tutti i Paesi firmatari; dall'altro, non esiste alcun meccanismo di *enforcement* per l'azione dell'HRC. Queste circostanze fanno sì che sia difficile garantire l'effettività del sistema di tutela delineato da questo strumento di diritto internazionale.

¹³⁸ HRC, *A v. Australia*, Communication no. 560/1993, par. 9.3.

¹³⁹ HRC, *Baban v. Australia*, Communication no. 1014/2003;

¹⁴⁰ Diversa la posizione dell'UNHCR sul punto, il quale aveva legittimato una sostanziale equiparazione delle autorità amministrative alle autorità giurisdizionali quali organi revisori del provvedimento detentivo adottato nei confronti degli stranieri. Sul punto cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, *cit.*, p.87

5. (segue): il diritto d'accesso alla giustizia

Alla luce di quanto fino ad ora trattato, risulta evidente come gran parte dell'effettività dei meccanismi di tutela dei diritti riconosciuti passi per la concreta azionabilità degli stessi mediante l'accesso alla giustizia. Tale affermazione assume una peculiare importanza rispetto alla condizione del non-cittadino che viene privato della libertà personale.

L'espressione "*accesso alla giustizia*" indica la possibilità per un individuo di – appunto – accedere alla tutela giurisdizionale: in altre parole, la possibilità di chiedere un rimedio a una corte o un tribunale imparziale istituito per legge. Tale prerogativa discende dal concetto di *rule of law* tipico delle democrazie costituzionali occidentali, basato sull'idea del diritto individuale a un ricorso effettivo.

Il diritto sovranazionale fa propria questa visione nelle convenzioni sui diritti umani adottate dalla costituzione delle Nazioni Unite. Si pensi, in particolare, alla Dichiarazione universale del 1948 (art. 8), alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (art 6 par. 1), alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art 47), alla Convenzione americana sui diritti umani (art. 25), alla Carta africana sui diritti umani e dei popoli (art. 7 par.1).

A fronte dell'universale riconoscimento *di principio*, tuttavia, gli Stati nazionali beneficiano di notevole autonomia nella predisposizione del proprio sistema di rimedi interni. Come accennato in premessa, se non si può oggi negare che i singoli individui sono titolari dei diritti riconosciuti dall'ordinamento internazionale, il vero nodo resta quello dell'*azionabilità* di tali diritti di fronte agli organi nazionali e agli stessi organi internazionali.

Il principio di "*azionabilità*" dei diritti fondamentali può dirsi realizzato pienamente solo quando le stesse Convenzioni prevedono rimedi giurisdizionali, direttamente esperibili da parte degli individui nei confronti degli Stati responsabili delle violazioni, da cui derivano pronunce vincolanti

per i Governi. L'effettività dei diritti riconosciuti è, in altre parole, conseguenza della loro azionabilità e della vincolatività delle decisioni assunte dalle Corti adite.

Nell'ambito della tutela dei diritti umani sono previsti meccanismi giurisdizionali in capo ai singoli individui, i quali possono invocare il rispetto del diritto internazionale contro lo Stato che ne ha violato gli *standards*. Tali meccanismi sono previsti, per quanto rileva ai nostri fini, dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, che come noto consente ai singoli di rivolgersi ad una Corte appositamente istituita per il controllo del rispetto degli obblighi assunti dagli Stati in sede di ratifica della convenzione.

Secondo il principio di non discriminazione, anche a livello internazionale è riconosciuto allo straniero il diritto di accesso alla giustizia, inteso come diritto fondamentale – di carattere sostanziale e procedurale – che spetta ad ogni individuo a prescindere dal suo *status* giuridico. Il riconoscimento di tale prerogativa in capo allo straniero comporta, da un lato, l'assenza d'impedimenti che ostacolano l'accesso alla tutela giurisdizionale e, dall'altro, l'adeguatezza ed effettività del rimedio offerto. In altre parole, non è sufficiente che uno Stato metta a disposizione del non-cittadino un tribunale e un'azione giudiziaria esperibile in via meramente astratta: deve essere anche assicurato il concreto rispetto delle regole dell'equo processo e deve essere previsto un rimedio efficace anche avverso la lesione dello stesso diritto di accesso alla giustizia.

Ai sensi della CEDU, il diritto di accesso alla giustizia discende dal diritto a un processo equo sancito dall'articolo 6 CEDU. Tuttavia il diritto di adire un giudice è stato ritenuto inapplicabile nei procedimenti in materia di asilo e di immigrazione, perché essi non vertono né sulla determinazione di un diritto o di un dovere civile, né su una decisione in ordine a un'imputazione di

matrice penalistica¹⁴¹. Ciò non toglie, tuttavia, che i principi in materia di “accesso alla giustizia”, sviluppati dalla Corte sotto l’angolo dell’articolo 6 CEDU, siano rilevanti ai fini del diritto a un ricorso effettivo ex articolo 13 CEDU: pur richiedendo tale articolo requisiti meno stringenti dell’articolo 6, esso impone comunque l’esistenza di una procedura “accessibile”¹⁴².

Si pone a questo punto un’ulteriore questione: l’accesso alla giustizia rappresenta una garanzia strumentale all’effettività dei diritti sostanziali che si ritengono violati o, invece, esso costituisce un autonomo diritto individuale?¹⁴³

La risposta a tale quesito rileva nel caso Lampedusa, dove si assiste alla violazione dei presupposti sostanziali per la privazione della libertà personale di cui all’art. 5 par. 1 CEDU, e alla contestuale negazione – *di fatto* – dell’accesso alla tutela giurisdizionale, che costituisce una garanzia procedurale prevista dallo stesso articolo 5 paragrafo 4 CEDU.

Il caso Lampedusa mostra come, nell’ambito della privazione della libertà personale, la linea di demarcazione tra il diritto sostanziale a non essere detenuti in modo arbitrario, e il corrispondente diritto di accesso alla giustizia, sia particolarmente fumosa.¹⁴⁴ Il diritto di accesso alla giustizia può essere considerato sotto tre punti di vista: in primo luogo, come indefettibile requisito imposto dalla legge interna (nelle forme della riserva di giurisdizione e del meccanismo della convalida giurisdizionale), che costituisce primo parametro di legittimità di ogni detenzione a norma

¹⁴¹ Corte EDU, sentenza 5 ottobre 2000, *Maaouia c. Francia* (n. 39652/98), § 38.

¹⁴² Corte EDU, sentenza 10 gennaio 2012, *G.R. c. Paesi Bassi* (n. 22251/07), § 49-50.

¹⁴³ Cit. F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell’individuo nel diritto internazionale e dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2008, p.30.

¹⁴⁴ Vi sono casi in cui è chiaro che il diritto di accedere alla giustizia rileva in quanto tale: si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi in cui il diritto nazionale prevede un divieto assoluto di ricorrere in giudizio a causa di un determinato *status* o a causa dell’appartenenza a un gruppo o a una categoria. Applicando questo ragionamento al presente lavoro, sarebbe come se lo stato italiano precludesse la tutela giurisdizionale agli stranieri che irregolarmente soggiornano nel territorio nazionale.

dell'art. 5 § 1 CEDU; in secondo luogo, come garanzia procedurale richiesta dall'art. 5 § 4 CEDU; in terzo luogo, come diritto ad un rimedio interno effettivo di cui all'art. 13 CEDU avverso le violazioni dell'art. 5 §1, §2, §4 CEDU.

Infatti, si deve considerare che il mancato accesso alla giustizia rileva nel caso di specie non solo come violazione delle garanzie procedurali previste dalla CEDU, ma rappresenta ancor prima la violazione della legge interna, la quale costituisce il primo parametro di *legalità* della detenzione richiesto dall'art. 5 par. 1 CEDU: come si è affermato nel paragrafo dedicato all'analisi dell'art. 5 §1 CEDU, la violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. e della procedura di convalida giurisdizionale di cui all'art. 14 T.U. imm. vanno valutate come primo test di legalità Convenzionale.

In questa logica si coglie l'importanza del diritto fondamentale all'accesso alla giustizia, il quale oltre a essere un diritto fondamentale, rappresenta lo strumento attraverso cui vengono resi effettivi gli altri diritti fondamentali.

6. Il diritto dell'Unione Europea

Il diritto dell'Unione Europea è composto, come noto, dai trattati e dal diritto derivato. I Trattati – il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) – sono stati approvati da tutti i 28 Stati membri dell'UE e sono definiti "Diritto Primario dell'Unione". I regolamenti, le direttive e le decisioni sono adottati dalle istituzioni dell'UE, come previsto dai Trattati, e costituiscono il c.d. "diritto secondario dell'UE". Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, alcune tappe fondamentali hanno segnato il percorso evolutivo di cui l'attuale sistema in materia di

diritto dell'immigrazione è il risultato¹⁴⁵. In primo luogo, nel 1985 veniva sottoscritto l'accordo di Schengen, cui è conseguita l'abolizione dei controlli interni di frontiera negli Stati membri dell'UE. A partire dal 1993, con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, veniva introdotto il concetto di cittadinanza dell'Unione, derivante dal possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri. Nel 1995 un complesso sistema per l'attuazione del controllo dei confini era messo in atto al fine di regolare l'accesso all'area Schengen e nel 1997 il sistema Schengen – allora disciplinato a livello internazionale – entrava a far parte dell'ordinamento giuridico dell'UE. Tale sistema ha continuato ad evolversi e svilupparsi nel contesto del *codice frontiere Schengen*, il quale codifica le norme dell'UE relative alla gestione delle frontiere. Nel 2004 veniva istituita l'agenzia dell'UE Frontex allo scopo d'assistere gli Stati membri nella gestione delle frontiere esterne dell'Unione. Per quanto concerne il profilo delle competenze UE in materia d'immigrazione, occorre premettere che, a partire dal Trattato di Roma del 1957, si è assistito a una progressiva estensione delle funzioni attribuite alle Comunità europee (oggi UE) in questo ambito. In questa cornice si evidenzia il ruolo svolto dal Trattato di Amsterdam (1997) – con il quale venivano attribuite all'UE significative competenze nel campo delle frontiere, dell'immigrazione e dell'asilo – e dal Trattato di Lisbona (2009), con il quale tale processo di ampliamento delle competenze dell'UE ha raggiunto il suo culmine.

L'organo giurisdizionale dell'Unione è la Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE). Alla CGUE è affidata una serie di competenze: da un lato, la Corte ha il diritto di pronunciarsi sulla validità degli atti dell'UE, sulle omissioni da parte delle sue istituzioni rispetto al diritto dell'UE e al diritto

¹⁴⁵ Per un sintetico *excursus* sulle principali tappe evolutive del diritto europeo in materia d'immigrazione si cfr. FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Manuale sul diritto europeo in materia d'asilo, frontiere e immigrazione, op. cit.*, p. 19 ss.

internazionale in materia, nonché sulle violazioni del diritto dell'UE da parte degli Stati membri; dall'altro lato, la CGUE possiede una competenza esclusiva nel garantire l'applicazione e l'interpretazione corretta e uniforme del diritto dell'UE in tutti gli Stati membri. Ai sensi dell'articolo 263, paragrafo 4, TFUE, l'accesso alla CGUE da parte delle persone è relativamente ristretto; tuttavia, i singoli ricorsi aventi a oggetto l'interpretazione o la validità del diritto dell'UE possono sempre essere proposti dinanzi a giudici nazionali. Infatti, sulla base dell'obbligo di leale cooperazione e dei principi che disciplinano l'efficacia normativa del diritto dell'UE a livello nazionale, le autorità giurisdizionali degli Stati membri sono responsabili di garantire che il diritto dell'Unione sia correttamente applicato e attuato nell'ordinamento giuridico nazionale. In caso incertezze sull'interpretazione o sulla validità di una disposizione dell'UE, i giudici nazionali hanno la facoltà – e in determinate ipotesi l'obbligo – di chiedere alla CGUE di pronunciarsi sulla questione mediante il rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE. Tra l'altro, nell'ambito del settore dello *spazio di libertà, sicurezza e giustizia* è stato introdotto il PPU (procedimento pregiudiziale d'urgenza) volto ad assicurare una rapida pronuncia nei giudizi pendenti dinanzi a un giudice nazionale che riguardano i soggetti in stato di detenzione.

6.1. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

I trattati originali delle allora Comunità europee non facevano alcun riferimento ai diritti umani né alla loro tutela. La Corte di Giustizia, tuttavia, ha chiarito che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei cosiddetti "principi generali" del diritto e che riflettono i diritti garantiti dalle

costituzioni degli Stati membri e dai Trattati internazionali in materia di tutela dei diritti umani, in particolare la CEDU¹⁴⁶.

Nel 2000 l'UE proclamava la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta enunciava una serie di diritti, i quali traevano ispirazione da quelli sanciti nelle Costituzioni degli Stati membri, nella CEDU, nella CSE (Carta sociale europea) e nei trattati internazionali sui diritti umani, fra cui le Convenzioni delle Nazioni Unite (ONU). Originariamente tale documento aveva il valore giuridico di una semplice "dichiarazione"; solo nel 2009 il Trattato di Lisbona trasformava la Carta in uno strumento giuridicamente vincolante per le istituzioni UE, nonché per gli Stati membri, che oggi sono tenute a rispettare la Carta "nell'attuazione del diritto dell'Unione" (articolo 51 della Carta).

La Carta dei diritti fondamentali si occupa d'immigrazione sotto vari profili. All'articolo 18 si prevede per la prima volta a livello europeo il diritto di asilo¹⁴⁷; all'articolo 19 è previsto il divieto di rimpatrio verso gli Stati in cui esiste un serio rischio rispetto alla sottoposizione a pena di morte, tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti¹⁴⁸. Inoltre, l'articolo 47 della Carta prevede un diritto autonomo a un ricorso effettivo e stabilisce i principi dell'equo processo¹⁴⁹. Il diritto al controllo giurisdizionale sancito all'articolo

¹⁴⁶ Nella sentenza 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, par. 15, la Corte di Giustizia ha affermato che avrebbe garantito la conformità del diritto dell'Unione a tali principi.

¹⁴⁷ Art.18 (Diritto d'asilo): "Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea".

¹⁴⁸ Art. 19 (Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione): "Le espulsioni collettive sono vietate. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti".

¹⁴⁹ Art. 47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale): "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale,

47 impone l'intervento di un giudice, assicurando una protezione più estesa rispetto a quella assicurata dall'articolo 13 CEDU, che garantisce il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un'autorità nazionale, non dovendo trattarsi necessariamente di una autorità giurisdizionale. Di particolare interesse risulta, infine, la previsione di cui all'articolo 52 della Carta¹⁵⁰. Tale disposizione prevede che la tutela minima dei diritti fondamentali prevista dalle disposizioni della Carta è quella assicurata dalla CEDU e che tuttavia, l'Unione europea può attuare un'interpretazione più ampia dei diritti rispetto a quanto effettuato dalla Corte EDU.

In ordine alla protezione della libertà della persona viene innanzi tutto in rilievo l'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui: *"ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza"*. La previsione corrisponde in maniera pressoché testuale all'art. 5 §1 CEDU ma, a differenza di quest'ultimo, l'art. 6 non contiene l'elenco tassativo dei casi in cui è possibile la limitazione della libertà personale. Tuttavia non dovrebbero esserci dubbi rispetto alla cogenza di tali limitazioni in ambito UE in quanto, come si è visto, *"laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà"*

precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

¹⁵⁰ Art 52 (Portata dei diritti garantiti): *"Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa"*.

fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli dalla suddetta Convenzione”.

6.2. L’adesione dell’Unione europea alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo

Come già osservato, il diritto dell’UE e la CEDU sono strettamente correlati. La CGUE s’ispira alla CEDU nel determinare la portata della protezione dei diritti umani nell’ambito del diritto dell’Unione. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea prende le mosse dall’insieme dei diritti sanciti dalla CEDU. Il Trattato di Lisbona ha sancito l’adesione dell’UE alla CEDU, del pari, il Protocollo n. 14 alla Convenzione ha modificato la CEDU al fine di permettere l’adesione. Può ritenersi che il diritto dell’Unione si è ampiamente sviluppato in linea con la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo benché i negoziati per l’adesione dell’Unione alla CEDU sono ancora in corso.

Allo stato attuale i singoli individui che intendono proporre ricorso nei confronti dell’UE per il mancato rispetto dei diritti fondamentali non possono adire la Corte EDU. In determinate circostanze, tali doglianze possono essere proposte, in maniera indiretta, nell’ambito di un procedimento avviato contro uno o più Stati membri dinanzi alla Corte EDU¹⁵¹.

Rimane aperto il tema degli effetti che si determineranno in concreto a partire dall’adesione dell’UE alla Cedu e, in particolare, sarà interessante comprendere come evolverà il rapporto tra CGUE e Corte EDU.

¹⁵¹ Per approfondire il tema nell’ambito della giurisprudenza della Corte EDU, cfr. Corte EDU, sentenza 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [CG], (n. 45036/98).

6.3. La detenzione amministrativa e il diritto dell'Unione Europea

Nell'ambito del diritto dell'UE, il trattenimento dei richiedenti asilo e il trattenimento delle persone sottoposte a una procedura di rimpatrio sono disciplinati da due regimi differenti¹⁵². Ed infatti, la privazione della libertà dei richiedenti asilo è regolata dall'articolo 8 della direttiva sulle condizioni di accoglienza (2013/33/EU) insieme con l'articolo 28 del regolamento di Dublino (regolamento (UE) n. 604/2013)¹⁵³; mentre quella degli individui sottoposti a procedure di rimpatrio è disciplinato dall'articolo 15 della c.d. Direttiva rimpatri (2008/115/CE).

L'articolo 15 § 1, della Direttiva rimpatri consente solo il trattenimento di cittadini di paesi terzi che sono "sottoposti a procedure di rimpatrio". La privazione della libertà è contemplata – quando sussiste un rischio di fuga o di altre gravi motivi che ostacolano la procedura di rimpatrio o allontanamento – due finalità: quella di preparare il rimpatrio e quella di corso alla procedura di allontanamento.

L'articolo 8, paragrafo 3, della Direttiva sulle condizioni di accoglienza contiene un elenco esaustivo dei motivi di trattenimento dei richiedenti asilo¹⁵⁴. Occorre altresì mettere in luce che, sulla base dello stesso articolo 8

¹⁵² CG, sentenza 20 novembre 2009, causa C-357/2009, *Kadzoev (Huchbarov)*, Racc. pag. I-11189, paragrafo 45; e CGUE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-534/11, *Mehmet Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, § 52.

¹⁵³ Tale regolamento stabilisce i criteri e i meccanismi che determinano lo Stato competente per l'esame delle domande di protezione internazionale presentate in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione) – GUUE 29.06.2013, L 180/31.

¹⁵⁴ Secondo tale articolo, essi possono essere trattenuti in sei situazioni diverse: per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; quando la persona è trattata nell'ambito di una procedura ai sensi della direttiva rimpatri, e la persona ha presentato la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della

della Direttiva sulle condizioni di accoglienza e 26 della Direttiva sulle procedure di asilo (2013/32/UE), non è ammissibile trattenere una persona per il solo motivo della presentazione di una domanda di asilo¹⁵⁵. Similmente non è permesso trattenere una persona per la sola ragione che sia soggetta al regolamento di Dublino, n. 604/2013 (articolo 28, par. 1).

Il diritto UE offre una definizione rispetto alla detenzione amministrativa degli stranieri solo nell'ambito della Direttiva sulle condizioni di accoglienza (2013/33/UE), la quale intende il "trattenimento" come il "*confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro [dell'UE], in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione*" (articolo 2, lett. h). La Direttiva rimpatri (2008/115/CE), pur essendo una delle maggiori fonti della disciplina in materia di detenzione amministrativa, non contiene una definizione di trattenimento.

Dal punto di vista applicativo, il diritto UE prevede il ricorso a tale misura come ultima istanza (*last resort*), cui si deve fare ricorso soltanto quando, nel caso concreto, non siano applicabili efficacemente misure alternative (art. 8, § 2, Direttiva sulle cond. di acc. rifiuta 2013/33/UE, art. 18 § 2, Reg. Dublino e art. 15, § 1 Direttiva 2008/115/CE). Ne consegue che il trattenimento può avere luogo solo dopo aver preso in debita considerazione tutte le alternative possibili o quando quest'ultime non hanno raggiunto il loro scopo. E' imposto agli Stati membri l'obbligo di contemplare misure alternative al trattenimento. Tra le possibili alternative al trattenimento si annoverano: obblighi di presentazione, per esempio l'obbligo di presentarsi dinanzi alla

decisione di rimpatrio; quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; e conformemente all'articolo 28 del regolamento di Dublino, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

¹⁵⁵ Per approfondire tale tematica, cfr. Commissione europea, direzione generale degli Affari interni, "*Reception conditions*", 2012, reperibile nel sito: <http://ec.europa.eu>

polizia o alle autorità responsabili in materia di immigrazione a intervalli regolari; l'obbligo di restituzione del passaporto o del documento di viaggio; prescrizioni relative al soggiorno, come dimorare e dormire presso un determinato indirizzo; rilascio su cauzione, con o senza garanzie; requisiti per la nomina di un garante; affidamento ai servizi sociali o nel contesto di un programma di assistenza con integrazione in comunità o centri di salute mentale; monitoraggio elettronico, per esempio mediante apposito dispositivo elettronico (*tagging*).

Gli stranieri privati della libertà devono in ogni caso essere trattati in modo umano e dignitoso: oltre a conformarsi al principio di legalità e alle garanzie procedurali, la detenzione amministrativa degli stranieri deve rispettare anche gli altri diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁵⁶. La decisione in merito al trattenimento deve essere motivata e il trattenuto deve avere accesso a un rapido controllo della sua legittimità.

6.3.1. I controlli alla frontiera e il trattenimento volto ad impedire l'ingresso non autorizzato nel territorio statale

Nell'ambito delle proprie politiche dell'immigrazione – sia per quanto riguarda le condizioni di accesso al territorio che per quanto riguarda la gestione delle frontiere – gli Stati sono tenuti a rispettare il diritto UE. Coloro che vogliono fare ingresso nel territorio europeo sono soggetti al regime giuridico previsto dai singoli Stati, i quali a loro volta sono tenuti a rispettare il diritto Internazionale e dell'Unione Europea. Gli Stati, pertanto, esercitano il diritto sovrano di controllare l'ingresso e la permanenza degli stranieri sul

¹⁵⁶ CGUE, sentenza 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian c. Prefet du Val-de-Marne*, § 49.

loro territorio; tuttavia sia il diritto dell'UE sia la CEDU pongono alcuni limiti rispetto a tale sovranità.

In particolare, l'articolo 6 del Codice frontiere Schengen (*Shenghen Border Code*) impone che i compiti relativi alle verifiche di frontiera siano svolti nel pieno rispetto della dignità umana¹⁵⁷. I controlli devono essere eseguiti senza discriminazioni basate sul sesso, sulla razza o sull'origine etnica, sulla religione o sulle convinzioni personali, sulla disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale¹⁵⁸.

Per quanto riguarda la disciplina che regola la gestione delle zone di transito (aeroporti, porti...), l'articolo 4 paragrafo 4, della Direttiva Rimpatri stabilisce i diritti minimi che devono essere applicati alle persone fermate o intercettate nell'atto di attraversare la frontiera.

Nell'ambito del diritto dell'UE, il codice frontiere Schengen (regolamento CE n. 562/2006) prevede che i cittadini di Paesi terzi che non soddisfano le condizioni d'ingresso non siano ammessi a entrare nel territorio dell'Unione europea. Le autorità di frontiera hanno dunque l'obbligo di impedire gli ingressi irregolari e molti Stati membri dell'UE ricorrono ad una privazione della libertà personale di breve durata al confine (ad esempio, frequentemente questa ha luogo nella zona di transito degli aeroporti). La Direttiva sulle condizioni di accoglienza (2013/33/UE), all'articolo 8, paragrafo 3, lett. c), ammette anche il trattenimento del richiedente asilo che è arrivato alla frontiera per decidere sul suo diritto di entrare nel territorio.

Risulta interessante rilevare come, per quanto riguarda lo spazio di frontiera, la Direttiva rimpatri sembri configurare un regime di eccezione. In particolare, in base all'art. 2, comma 2, gli Stati possono decidere di non applicare le disposizioni della stessa Direttiva rispetto a quegli stranieri

¹⁵⁷ CGUE, sentenza 17 gennaio 2012, causa C-23/12, *Mohamad Zakaria*.

¹⁵⁸ L'Unione Europea ha istituito un meccanismo di valutazione e di controllo per verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen (regolamento (UE) n. 1053/2013).

respinti alla frontiera, i quali restano assoggettati alle sole disposizioni dello *Schengen Border Code* e alla disciplina nazionale che è libera nel regolare i controlli e l'eventuale detenzione, prevedendo anche un trattamento peggiorativo. Tale previsione alimenta l'aura di precarietà che caratterizza lo *status* giuridico di chi giunge alla frontiera europea: gli stranieri sembrano, lo si vede già da questa previsione normativa, destinati ad un regime peculiare – spesso deteriore – e comunque regolato da *standards* disomogenei.

6.3.2. I requisiti di necessità e proporzionalità

Sulla base dell'articolo 15, § 5, della Direttiva 2008/115/CE “*il trattenimento è mantenuto finché perdurano le condizioni di cui al paragrafo 1 e per il periodo necessario ad assicurare che l'allontanamento sia eseguito*”. In ogni caso devono sussistere prove chiare e cogenti, non solo mere dichiarazioni, rispetto alla necessità della misura. In altre parole, secondo il diritto dell'UE non è possibile privare della libertà personale lo straniero sulla base della sola giustificazione dell'irregolarità del soggiorno (sesto ‘considerando’ della Direttiva rimpatri).

In linea con tale impostazione, il diritto dell'UE impone di valutare se la privazione della libertà sia *proporzionata* all'obiettivo da raggiungere o se l'allontanamento possa essere efficacemente attuato applicando misure meno restrittive della detenzione¹⁵⁹. La Direttiva sulle condizioni di accoglienza permette il trattenimento dei richiedenti asilo ove si riveli *necessario* e sulla base di una valutazione personale di ciascun caso, sempre che altre misure alternative meno coercitive non possano essere efficacemente applicate (cfr. anche l'articolo 28, § 2, e il considerando 20 del regolamento Dublino).

¹⁵⁹ CGUE, sentenza 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi, alias Soufi Karim*, § 29-62.

6.3.3. La durata del trattenimento nel diritto UE

Strettamente connesso ai giudizi di proporzionalità e necessità della detenzione amministrativa si colloca la questione della durata della privazione della libertà personale a cui è soggetto lo straniero.

Nell'ambito del diritto dell'UE, per i richiedenti asilo, l'art. 9, § 1, della Direttiva 2013/33/UE e l'articolo 28, § 3, del regolamento Dublino dispongono che il trattenimento deve avere una durata quanto più breve possibile. La Direttiva rimpatri stabilisce, ugualmente, che il trattenimento deve avere una durata quanto più breve possibile per il tempo necessario all'espletamento *diligente* delle modalità di rimpatrio. Tuttavia, la stessa Direttiva esplicita altresì un limite temporale massimo per la detenzione amministrativa che deve essere rispettato a prescindere dalle circostanze del caso concreto. In particolare, la limitazione della libertà personale degli stranieri non deve superare il periodo di sei mesi, prorogabile per altri dodici mesi in casi eccezionali, e segnatamente in caso di mancata cooperazione da parte del cittadino di un Paese terzo o quando vi siano dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte dei Paesi terzi (articolo 15, par. 5 e 6). Inoltre, la durata massima del trattenimento può essere prorogata solo quando le autorità abbiano compiuto ogni ragionevole sforzo per allontanare la persona interessata.

La generale impostazione, condivisa sia dal diritto dell'UE e che dalla CEDU, è che il trattenimento si giustifica solo quando esiste una prospettiva *realistica* di allontanamento e comunque entro un periodo *ragionevole*. A norma dell'articolo 15, § 4, della Direttiva rimpatri, quando manca la prospettiva ragionevole di allontanamento, il trattenimento cessa di essere giustificato e la persona interessata dev'essere immediatamente rilasciata.

6.3.4. Garanzie procedurali del trattenimento

Il diritto dell'UE, come quello derivante dalla CEDU, prevede una serie di garanzie procedurali relative alla detenzione amministrativa degli stranieri.

In particolare, l'articolo 15 § 2, della Direttiva rimpatri stabilisce che le autorità devono disporre il trattenimento per iscritto e devono motivare tale provvedimento sia in fatto che in diritto. Per i richiedenti asilo, lo stesso requisito è stabilito all'articolo 9 § 2 della Direttiva sulle condizioni di accoglienza. La direttiva 2008/115/EC sembra valorizzare la garanzia dall'*habeas corpus*, stabilendo che il provvedimento detentivo deve essere approvato da una corte "il prima possibile".

L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea garantisce ad ogni individuo che si trovi in una situazione disciplinata dal diritto dell'UE il diritto a un ricorso effettivo nell'ambito del quale il caso sia esaminato equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole. In particolare, ai sensi dell'articolo 15 § 2 della Direttiva rimpatri e dell'articolo 9 § 3 della Direttiva sulle condizioni di accoglienza, se il trattenimento è disposto da una autorità amministrativa, gli Stati membri devono assicurare un pronto riesame della legittimità del trattenimento da parte di un giudice. Inoltre, gli articoli 15 § 13 della Direttiva rimpatri e 9 § 5 della Direttiva sulle condizioni di accoglienza dispongono che il trattenimento sia riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta dello straniero o d'ufficio, per accertare la persistenza dei presupposti che ne legittimano l'adozione.

Si evidenzia, sul punto, un importante intervento della Corte di Giustizia in materia di garanzie processuali nell'ambito della detenzione amministrativa degli stranieri, che ha avuto il merito di fissare alcuni significativi aspetti procedurali rispetto alla proroga del trattenimento. Con tale pronuncia, resa

nel caso Mahdi¹⁶⁰, i Giudici di Lussemburgo si sono espressi a seguito di un ricorso pregiudiziale riguardante l'interpretazione dell'articolo 15 della direttiva 2008/115/CE. L'articolo 15 § 3 e 6 della Direttiva è stato letto alla luce degli articoli 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed è stato interpretato nel senso che qualsiasi decisione adottata dalle autorità, al termine del periodo massimo iniziale di trattenimento e vertente sull'eventuale proroga dello stesso, deve essere effettuata in forma scritta, con esposizione della relativa motivazione in fatto e in diritto. Secondo tale interpretazione, l'autorità giudiziaria investita di una domanda di proroga della detenzione deve entrare nel merito del singolo caso sottoposto, pronunciandosi, in primo luogo, sulla proroga del trattenimento; in secondo luogo, sulla possibilità di sostituire al trattenimento una misura meno coercitiva; e, infine, sul rilascio dello straniero. Il giudizio deve basarsi su tutti i fatti e le prove disponibili, non solo quelli addotti dall'autorità amministrativa.

Nessuna garanzia è invece prevista per lo straniero che, terminato il periodo massimo di detenzione, o divenuta ineseguibile l'espulsione, venga rimesso in libertà con l'obbligo di lasciare il territorio dello Stato, rimanendo lo stesso così "confinato" in una sorta di limbo giuridico¹⁶¹.

Ulteriore norma rilevante per la privazione della libertà personale degli stranieri è l'art. 18 della Direttiva 2008/115, il quale stabilisce che la revisione giurisdizionale del provvedimento detentivo possa essere ritardata nei casi in cui, a causa di una situazione eccezionale di afflusso di massa, i paesi membri devono provvedere al respingimento di un elevato numero di stranieri. Si evidenzia come la norma si pone in frontale contrasto con le linee guida del COE – le quali chiedono che il controllo giurisdizionale non venga ritardato

¹⁶⁰ CGUE (Terza Sezione) 5 giugno 2014, causa C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*.

¹⁶¹ D. WILSHER, *Immigration detention. Law, History, Politics*, Cambridge University Press, 2012, p. 197.

nemmeno nelle ipotesi di afflusso di massa – e omette di specificare quale sia l'autorità competente a definire l'emergenza¹⁶².

Anche il diritto all'assistenza legale è disciplinato a livello di diritto dell'Unione Europea: l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali e l'articolo 13 § 4 della Direttiva rimpatri dispongono che ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare da un legale; inoltre è altresì previsto il patrocinio a spese dello Stato, strumento finalizzato ad assicurare un effettivo accesso alla giustizia anche da parte dei meno abbienti. Per i richiedenti asilo, d'altro canto, disposizioni *ad hoc* in materia di assistenza e rappresentanza legale sono previste dall'articolo 9 della Direttiva sulle condizioni di accoglienza.

7. Brevi note conclusive

L'analisi dei principi sovranazionali ha permesso di ampliare gli orizzonti rispetto alla tutela del diritto alla libertà personale dello straniero. Due in particolare paiono i profili d'interesse, rilevanti specie per quanto riguarda il caso Lampedusa, che si vogliono evidenziare: in primo luogo, il grande impatto che la disciplina dell'Unione Europea in materia di detenzione amministrativa degli stranieri ha sul diritto interno; in secondo luogo, l'influenza esercitata giurisprudenza della Corte EDU sulle violazioni dei diritti fondamentali.

Per quello che riguarda il primo profilo, si sottolinea che la disciplina UE, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, svolge un ruolo di primo rilievo nel contesto del diritto dell'immigrazione e, per quello che rileva in questa sede, offre una *dettagliata* disciplina della detenzione amministrativa degli stranieri, che vincola fortemente gli Stati membri anche

¹⁶² G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, Carocci editore, 2013, p. 105.

rispetto all'esercizio delle prerogative di sovranità sui confini (si pensi, come visto, alla dettagliata disciplina dettata dalla Direttiva rimpatri).

Per quello che concerne il secondo profilo, si mette in risalto che il sistema delle garanzie – sostanziali e procedurali – previste dal sistema CEDU, risulta essenziale al fine di rendere *effettive* le aspettative di protezione dei diritti fondamentali, poiché può svolgere la funzione di *supplenza* rispetto ai casi in cui i rimedi previsti dal sistema nazionale risultano insufficienti. Questa considerazione può essere colta appieno rispetto al caso Lampedusa dove – accertata l'inadeguatezza dei rimedi offerti dall'ordinamento interno – non resta che rivolgere lo sguardo alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, affinché si pronunci sulle violazioni operate dalla prassi e sull'inadeguatezza dell'intero sistema di detenzioni *extra ordinem* operate sull'isola.

Infatti, la legittimazione attiva conferita a ciascuna persona fisica, organizzazione non governativa o gruppo di privati che assuma di essere vittima di una violazione da parte di uno Stato membro (art. 34 CEDU) consente di adire la Corte nel termine di 6 mesi successivi all'infruttuoso esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35 CEDU) oppure anche senza previo esaurimento delle stesse qualora queste siano – come ci pare poter affermare nel caso Lampedusa – *ineffettive*. Inoltre, negli ultimi anni è cresciuto notevolmente il numero di sentenze con le quali la Corte Edu non si è limitata a statuire un risarcimento in denaro in favore della parte lesa, ma ha ingiunto allo Stato ritenuto responsabile l'adozione di *misure individuali* per restituire *in integrum* o comunque per riparare alle conseguenze della violazione (tra le misure prescritte dalla Corte rientra anche la rimessione in libertà di una persona illecitamente detenuta)¹⁶³. Infine, si deve altresì considerare che, a partire dal 2004 e precisamente dal caso *Broniowsky*¹⁶⁴, la Corte ha in taluni casi ingiunto allo Stato resistente di adottare – oltre alle

¹⁶³ Cfr. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, op. cit. p. 6.

¹⁶⁴ Corte EDU, sentenza 22 giugno 2004, *Broniowsky c. Polonia* (n. 31443/96).

misure individuali – *misure generali* per ovviare a *carenze sistemiche* dell'ordinamento interno, determinate da *prassi amministrative* o dalla stessa *legislazione*, ritenute incompatibili con la CEDU o con i suoi protocolli.

A ben vedere, rispetto alle violazioni poste in essere nel caso Lampedusa la Corte EDU potrebbe ingiungere misure generali nei confronti del nostro Paese, in considerazione della *serialità* e *sistematicità* delle pratiche di illegittima privazione della libertà personale di cui si è parlato nel primo capitolo. Nel caso di specie, questo sarebbe l'esito auspicabile perché permetterebbe un'analisi complessiva della gestione dei controlli delle frontiere rispetto alle prassi detentive illegittime, nonché della legislazione italiana in materia, della cui problematicità si darà conto nel prossimo capitolo.

Capitolo 4

La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia. Storia, disciplina e criticità

SOMMARIO: Introduzione. – 1. La storia della detenzione amministrativa degli stranieri in Italia. Breve sguardo d’insieme. – 2. Dalla c.d. disciplina per circolari alla Legge Martelli. – 3. La detenzione amministrativa degli stranieri negli anni ’90. – 4. La c.d. Legge Bossi- Fini (legge n. 189/2002). – 5. Le sentenze costituzionali n. 222 e 223 del 2004 e la riforma che vi ha fatto seguito. – 6. I *c.d pacchetti sicurezza* del 2008-2009. – 7. La Direttiva Rimpatri e la sentenza della Corte di Giustizia *El Dridi*. – 8. Il recepimento della Direttiva rimpatri: la riforma del 2011. – 9. Un passo indietro rispetto alle tendenze degli ultimi 30 anni: le riforme del 2014. – 10. Brevi note conclusive.

Introduzione

Dopo avere ricostruito il quadro dei principi che regolano la materia della privazione della libertà personale dello straniero a livello costituzionale e a livello sovranazionale, si tratta di verificare come tali principi trovino attuazione nell’ambito del nostro ordinamento.

Il presente capitolo ricostruisce le tappe fondamentali che hanno segnato il percorso evolutivo della disciplina positiva della detenzione amministrativa, offrendo al contempo una lettura critica degli interventi legislativi che si sono succeduti in materia.

1. La storia della detenzione amministrativa in Italia. Breve sguardo d'insieme

La detenzione amministrativa degli stranieri è un fenomeno relativamente recente per il nostro Paese¹⁶⁵. Nonostante ciò la produzione normativa in materia risulta oltremodo feconda e articolata. La disciplina attuale è dunque il risultato di una serie di stratificazioni progressive dovute agli interventi del legislatore nazionale, d'intersezioni tra principi costituzionali e di diritto internazionale, d'interventi normativi dell'Unione Europea, nonché di una ricca giurisprudenziale, sia interna che sovranazionale. Nel prosieguo verranno messe in luce le tappe più significative che hanno segnato il tormentato cammino politico e legislativo degli ultimi venticinque anni, riconducibili alle principali riforme e alle fondamentali pronunce che hanno contribuito a tratteggiare il volto attuale del nostro sistema di detenzione amministrativa degli stranieri.

2. Dalla c.d. disciplina per circolari alla Legge Martelli

Fino agli anni novanta la disciplina italiana della condizione giuridica dello straniero non era regolata da una normativa organica di rango primario, bensì da alcune scarse disposizioni del T.u.l.p.s. (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza)¹⁶⁶, nonché da un coacervo di circolari amministrative¹⁶⁷. Si trattava di un diritto essenzialmente di polizia, volto al controllo dello

¹⁶⁵ Come noto l'Italia è passata dall'essere Paese di emigrazione (negli anni che vanno dal 1873 e il 1973, ventisei milioni di Italiani emigrarono all'estero) a Paese d'immigrazione, almeno in transito. Sul punto cfr. L. MIAZZI, *Detriti di una legislazione*, in *Quest. giust.*, 5, 2013, p. 129.

¹⁶⁶ Agli stranieri era dedicato il titolo V del T.u.l.p.s. (artt. 142-152), diviso nel capo I (soggiorno) e capo II (espulsione e respingimento). Esso è stato abrogato in parte dalla Legge 39/1990, in parte dalla Legge 40/1998.

¹⁶⁷ G. SABATINI, *Stranieri* (espulsione degli), in *Nov. dig. it.*, vol. XVIII, Torino, 1957, pp. 545 ss.

straniero in quanto soggetto pericoloso, e non alla regolazione del fenomeno migratorio¹⁶⁸. Infatti, tale “disciplina per circolari”¹⁶⁹ si caratterizzava, da un lato, per la sua lacunosità, dall’altro lato, per l’ampia discrezionalità rimessa all’autorità di polizia¹⁷⁰. Per molti anni l’unica disposizione direttamente volta a regolare la materia del diritto degli stranieri è stata l’art. 10, comma 2, della Costituzione – che come visto si limita a prevedere che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge si conformità delle norme e dei trattati internazionali – senza tuttavia che si sentisse il bisogno di affiancare al T.u.l.p.s. altre leggi¹⁷¹.

La progressiva trasformazione dell’Italia da Paese di emigrazione in Paese d’immigrazione, o comunque di transito verso altri Paesi europei, ha indotto il legislatore sul finire degli anni ottanta ad occuparsi del fenomeno migratorio e del relativo controllo delle frontiere.

In particolare, con l’avvento del decreto legge n. 416/1989, poi convertito nella legge n. 39/1990 (c.d. Legge Martelli), veniva delineata una vera e propria disciplina in materia di soggiorno degli stranieri in Italia. La legge Martelli era portatrice di una doppia anima: da un lato, era la prima normativa a regolare il procedimento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e a prevedere politiche d’integrazione per gli stranieri regolari; dall’altro, disciplinava gli istituti dell’espulsione e del respingimento. Essa, pur non introducendo ancora la detenzione amministrativa, si caratterizzava per l’obiettivo di contrastare l’immigrazione illegale, in particolare mediante lo strumento dell’espulsione amministrativa, in un’ottica di sorveglianza dello

¹⁶⁸ F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in VIOLANTE L. (a cura di), *Annali della storia d’Italia*. 14. *Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 1035.

¹⁶⁹ A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione*, in PALAZZO-PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. IX, Giappichelli, 2012, p.14.

¹⁷⁰ SORRENTINO, *L’espulsione dello straniero*, in *Giust. pen.*, 1980, I, p. 216; A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari. Norme interne e internazionali*, Bologna, 1992, p. 11 ss.

¹⁷¹ Non esisteva neppure una norma volta a regolare l’istituto del permesso di soggiorno, basato dalla prassi amministrativa e più volte avallato dalla giurisprudenza.

straniero quale soggetto pericoloso. La Legge Martelli appariva dunque intrisa di un'ambiguità di fondo – confermata anche dalla legislazione successiva – mostrandosi *“compressa tra le spinte verso la logica emergenziale della chiusura delle frontiere e l'ambizione di governare, nel segno dell'integrazione, un processo storico che si sapeva inarrestabile”*¹⁷².

Come già evidenziato dai commentatori dell'epoca, tale impostazione rifletteva una crescente percezione del fenomeno migratorio quale *“emergenza”*, da affrontare sotto il profilo della tutela dell'ordine pubblico¹⁷³. A tal proposito, secondo la dottrina, proprio l'ampiezza delle ipotesi espulsive incarnava l'incapacità del legislatore *“di emanciparsi dalla prospettiva dell'immigrazione come problema di ordine pubblico”*¹⁷⁴.

In altre parole la c.d. Legge Martelli si caratterizzava per il fatto di essere ispirata alla logica del *“doppio binario”* che prevedeva: da un lato, politiche d'integrazione nel trattamento giuridico degli stranieri regolari e politiche d'accoglienza per i richiedenti asilo; dall'altro, politiche di estremo rigore in tema di ingresso e allontanamento degli irregolari¹⁷⁵.

3. La detenzione amministrativa degli stranieri negli anni '90

Storicamente, l'esordio delle prassi di detenzione amministrativa degli stranieri viene collocato nell'agosto del 1991, in corrispondenza dell'internamento nello stadio della Vittoria di Bari di circa dieci mila

¹⁷² *ibidem*.

¹⁷³ E. PUGLIESE, *L'immigrazione*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. 3, tomo I, Torino, 1996.

¹⁷⁴ A. CAPUTO, *op. cit.* p.15.

¹⁷⁵ L. MIAZZI, *op. cit.*, p. 131 ss., distingue tra il c.d. *“binario buono”*, rappresentato dall'ingresso regolare mediante i flussi e quello cattivo rappresentato dal sistema delle espulsioni. Secondo l'Autore entrambi hanno dimostrato tutta la loro ineffettività nel corso degli anni.

cittadini albanesi sbarcati irregolarmente sulle coste pugliesi¹⁷⁶. In seguito, a fronte di quella che in quegli anni veniva definita “emergenza sbarchi”, la prassi basata sulla privazione della libertà personale veniva istituzionalizzata per effetto di due decreti legge emanati nel 1995: il c.d. Decreto Dini (D.L. 489/1995 reiterato cinque volte e mai convertito in legge), che introduceva la misura dell’obbligo di dimora nelle more del procedimento espulsivo all’interno di strutture individuate con decreto del Ministero dell’Interno; il Decreto Legge n. 451/1995 – poi convertito nella c.d. Legge Puglia – che autorizzava l’istituzione di “Centri” dislocati lungo la frontiera marittima pugliese “*per esigenze di prima assistenza a favore dei predetti gruppi di stranieri*” (art. 2 Legge Puglia). E’ importante evidenziare come per la prima volta la legge utilizzasse la parola “Centri” senza tuttavia chiarirne fino in fondo la funzione. Se da un lato, infatti, tale normativa ne esplicitava la funzione “umanitaria e assistenziale”; dall’altro lato, la stessa richiamava esigenze di “controllo e contrasto dell’immigrazione clandestina”.

Questa contraddizione rifletteva sul versante della detenzione amministrativa la generale ambiguità della disciplina in materia d’immigrazione già evidenziata a proposito della Legge Martelli, ossia l’irrisolta tensione tra le istanze di ordine repressivo e quelle di ordine umanitario.

La progressiva istituzionalizzazione della detenzione amministrativa trovava il suo culmine nel 1998 con l’entrata in vigore della legge n. 40/1998 (c.d. Legge Turco-Napolitano, poi confluita nel Testo Unico dell’Immigrazione, D. Lgs. 25/7/1998, n. 286), la quale per la prima volta istituiva dei Centri stabilmente dedicati al trattenimento amministrativo dello straniero, i CPTA (Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza).

¹⁷⁶ A. DAL LAGO, “*Non-persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*”, Feltrinelli, 1999, p. 185.

In questa fase la funzione assolta dalla detenzione amministrativa era il trattenimento dei destinatari dei decreti espulsivi da eseguirsi coattivamente¹⁷⁷.

Il trattenimento, finalizzato a evitare che gli stranieri si sottraessero al provvedimento nelle more della sua esecuzione, avveniva in forza di un decreto disposto dal Questore, per il tempo strettamente necessario a rimuovere gli ostacoli che si frapponevano all'accompagnamento immediato alla frontiera. Tali ostacoli consistevano, in particolare, nella necessità di prestare soccorso allo straniero o di procedere alla sua identificazione, nell'assenza dei documenti di viaggio o nell'indisponibilità del vettore. Il termine massimo della durata del trattenimento era di 20 giorni, prorogabile per una sola volta di altri 10 giorni. Nel caso in cui, decorso il suddetto termine, l'amministrazione non fosse riuscita a provvedere all'espulsione, lo straniero doveva essere comunque rilasciato.

Nel sistema delineato dalla Legge Turco Napolitano, le espulsioni coattive – e dunque anche la detenzione funzionale alla loro esecuzione – rappresentavano l'eccezione, la regola essendo costituita dall'intimazione – contenuta nel decreto espulsivo del prefetto – ad ottemperare “volontariamente” all'ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato entro quindici giorni dalla notifica del provvedimento stesso.

Ciò significa che, in origine, la detenzione amministrativa nasceva come pratica di natura eccezionale, e comunque poteva protrarsi solo per periodi brevi.

Al di là della portata circoscritta della privazione della libertà personale, il *novum* della riforma era rappresentato dall'introduzione di un'ipotesi di detenzione svincolata dalla commissione di un reato e disposta dall'autorità

¹⁷⁷ Per una dettagliata ricostruzione della genesi dei Centri di trattenimento amministrativo dello straniero si cfr. L. EINAUDI, *Le Politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 274- 281.

amministrativa di polizia¹⁷⁸. Proprio la previsione di una detenzione “senza reato”, disposta con atto dell’autorità amministrativa in luogo di quella giudiziaria (la quale interveniva soltanto *ex post* in sede di convalida), suscitava un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, trasfuso in ben ventisette ordinanze con le quali il Tribunale di Milano sollevava altrettante questioni di legittimità costituzionale.

La Consulta, con la fondamentale sentenza n.105/2001 (sulla quale cfr. *funditus*, capitolo II), pur dichiarando infondate le censure mosse dai giudici *a quo*, e dunque salvando la disciplina dei CPTA, dettava – attraverso un’interpretativa di rigetto – alcuni principi in materia di tutela della libertà personale degli stranieri tuttora d’imprescindibile validità.

Il principio cardine espresso dalla sentenza in parola è che il trattenimento amministrativo dello straniero costituisce misura incidente sulla libertà personale e può dunque essere adottato solo conformemente ai principi di riserva di legge e di giurisdizione sanciti dall’art. 13 della Costituzione.

La Corte, pur riconoscendo i molteplici interessi pubblici incidenti sulla materia dell’immigrazione, e pur dando rilievo ai problemi di ordine pubblico derivanti da flussi migratori incontrollati, affermava il carattere universale del diritto alla libertà personale; diritto che, al pari degli altri diritti che la Costituzione dichiara inviolabili, spetta ai singoli in quanto esseri umani e non dipende dall’appartenenza a una determinata comunità politica.

Nel merito, con riferimento alla specifica disciplina dei CPTA, la Corte riteneva che le descritte previsioni del Testo Unico immigrazione e il meccanismo della convalida giurisdizionale fossero sufficienti a garantire il

¹⁷⁸ G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri: da misura eccezionale a strumento di (inefficace) controllo ordinario dell’immigrazione illegale e di mortificazione delle garanzie fondamentali*, in *Antigone*, 3/2012, p. 95-96.

rispetto del principio della riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.¹⁷⁹.

4. La c.d. Legge Bossi-Fini (legge 189/2002)

Il quadro normativo nel quale si inseriva la sentenza costituzionale no. 105/2001 mutava significativamente per effetto dell'avvento della Legge n. 189/2002, la c.d. Legge Bossi-Fini. Tale intervento normativo, che suscitava fin dalla sua emanazione molteplici critiche da parte dei commentatori¹⁸⁰, era dichiaratamente ispirato a una logica di rigore e di repressione nel contrasto all'immigrazione irregolare.

Ai fini della presente trattazione, la principale novità introdotta dalla legge in parola riguardava l'eliminazione della possibilità dell'allontanamento volontario da parte dello straniero destinatario del provvedimento espulsivo. L'accompagnamento coattivo alla frontiera diveniva infatti l'ordinaria modalità di esecuzione dell'espulsione, alla quale si aggiungeva il trattenimento amministrativo nei casi in cui non era possibile eseguire immediatamente il rimpatrio.

Se si considera la strutturale ricorrenza delle condizioni che impedivano l'accompagnamento immediato – quali, come visto, la necessità di prestare soccorso allo straniero, di procedere all'accertamento della sua identità o della sua nazionalità, l'acquisizione dei documenti o la temporanea

¹⁷⁹ Con la pronuncia 105 del 2001 la Corte Costituzionale aveva rilevato come anche l'accompagnamento alla frontiera incida la libertà personale dell'individuo *“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”*.

¹⁸⁰ A. CASADONTE-P.L. DI BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento coatto alla frontiera e il trattenimento secondo la Legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza. Garanzie minime e incertezze delle divergenti vie del controllo giurisdizionale. Conseguenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2002, pp. 40 ss.

impossibilità di reperire il vettore per effettuare il rimpatrio – ben si comprende come anche il trattenimento, da quel momento di fatto cessasse di essere un’eccezione e diventasse la regola. Infatti, poiché nella prassi risultava praticamente impossibile eseguire immediatamente l’espulsione, nelle more della procedura per lo straniero si aprivano inevitabilmente le porte del Centro di Permanenza Temporanea (così venivano ribattezzati i CPTA).

L’applicazione della detenzione amministrativa veniva altresì estesa sotto il profilo della durata: si prolungavano, infatti, i termini massimi di trattenimento che passavano da trenta a sessanta giorni.

La stessa legge introduceva il sistema dell’ordine di allontanamento, avente la funzione di supplire alla realistica impossibilità di eseguire coattivamente tutti i provvedimenti espulsivi, sia in via immediata che previo trattenimento nei CPT. Lo straniero, in particolare, aveva 5 giorni di tempo per ottemperare all’ordine di allontanamento lasciando il territorio nazionale, in caso contrario – salva la sussistenza di un giustificato motivo – tale condotta integrava una fattispecie contravvenzionale, che prevedeva l’arresto obbligatorio in flagranza (art. 14 co. 5 ter T.U.I).

Ulteriore novità della riforma del 2002 riguardava il trattenimento dei richiedenti asilo: veniva infatti modificata la procedura prevista dalla legge Martelli per il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹⁸¹. Il legislatore confermava che il richiedente asilo non poteva essere trattenuto al solo fine di esaminare la domanda di asilo presentata – cioè sulla base della c.d. “mera convenienza amministrativa” – tuttavia fissava un ampio novero di casi in cui era possibile, o addirittura obbligatorio, trattenere il richiedente, rendendo nella pratica marginale l’ipotesi di concessione di un permesso di soggiorno temporaneo. La misura del trattenimento poteva essere disposta in costanza di determinate ipotesi previste dalla legge (art. 32, comma I, legge 189/2002)

¹⁸¹ L. TRUCCO, *Le modifiche della legge 189/2002 in tema di asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2002, p. 102-114.

ed era invece prevista come obbligatoria allorché la domanda di asilo fosse presentata da uno straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento, ovvero fermato per aver tentato di eludere i controlli alla frontiera o in situazione di soggiorno irregolare (art. 32, comma 2, legge 189/2002).

Salvo il caso dei richiedenti asilo che potevano essere trattenuti nei CPT, la legge Bossi-Fini stabiliva che gli altri richiedenti asilo avrebbero dovuto essere "ospitati" presso speciali strutture denominate "centri di identificazione", rimandando ad un decreto attuativo per la definizione dei loro caratteri¹⁸². La normativa di attuazione, approvata con D.P.R. n.303/2004, fissava le caratteristiche dei centri per richiedenti asilo e forniva ulteriori dettagli sulla procedura che la polizia era chiamata ad adottare. In particolare si prevedeva che il provvedimento con cui si disponeva l'invio presso uno dei centri appena istituiti non fosse soggetto a convalida del giudice, trattandosi – come si vedrà in dettaglio nel prossimo capitolo – di strutture in regime di "porte aperte", il quale non prevedeva la privazione della libertà personale. Il periodo massimo di accoglienza in tali strutture non doveva, in ogni caso, superare i venti giorni¹⁸³.

5. Le sentenze costituzionali n. 222 e 223 e la riforma del 2004 e la riforma che vi ha fatto seguito

Nel 2004 la Corte Costituzionale interveniva con due importanti pronunce – sent. 222 e 223/2004 – rilevando l'incostituzionalità di alcune norme della disciplina che si era andata delineando con l'avvento della legge Bossi-Fini.

¹⁸² La legge si limitava a stabilire che l'allontanamento indebito da tali centri avrebbe comportato la rinuncia alla domanda d'asilo (art.32, comma 4, legge 189/2002).

¹⁸³ La disciplina e le procedure per il riconoscimento dello *status* di richiedente asilo sono state interessate dalla direttiva 2005/85/CE e dalla direttiva 2008/115/EC. La prima veniva recepita con D.Lgs. 25/2008 , la seconda con il D.L.189/2011.

In particolare, la sentenza 222/2004 dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5-bis, del T.U.I., nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida del decreto di espulsione dello straniero dovesse svolgersi in contraddittorio, prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera. La disciplina censurata prevedeva, da un lato, che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera venisse eseguito prima che un giudice avesse potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della libertà personale dello straniero, vanificando così la garanzia contenuta nell'art. 13, co. 3. della Costituzione (cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria nelle successive novantasei ore dall'adozione della misura); dall'altro lato, in violazione del suo diritto di difesa risultava violato il diritto di difesa dello straniero nella misura in cui non si prevedeva che questi dovesse essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore.

Con la pronuncia 223/2004¹⁸⁴, invece, la Consulta si pronunciava nel senso dell'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quinquies*, del T.U.I, come modificato dalla legge Bossi-Fini, nella parte in cui stabiliva che, per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato (art. 14, comma 5-*ter*) fosse obbligatorio l'arresto.

La norma censurata, che appunto prevedeva l'arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale (per di più sanzionato con una pena detentiva – da sei mesi ad un anno – di gran lunga inferiore a quella per cui il codice ammette la possibilità di disporre misure cautelari) veniva dichiarata illegittima poiché difettava della giustificazione costituzionale alla restrizione della libertà dello straniero disposta dall'autorità di polizia. In particolare, infatti, mancava qualsiasi sbocco processuale alla misura poiché, non essendo

¹⁸⁴ in *Cass. pen.*, 2004, p. 3990 con nota di E. GALLUCCI, *Illegittima la previsione dell'arresto da parte della polizia giudiziaria dell'autore di contravvenzioni* in *Dir. pen. proc. pen.*, n. 3/2005, p. 299, con nota di E. CALCAGNO, *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*.

comunque possibile trasformare l'arresto di cui all'art. 14, co. 5-*quinquies* in custodia cautelare (non prevista dal c.p.p. per le fattispecie contravvenzionali), difettava il rapporto strumentale rispetto al procedimento penale, necessario a legittimare la misura.

Dopo l'intervento dei Giudici costituzionali, il legislatore interveniva nuovamente con lo strumento della decretazione d'urgenza – decreto legge n. 241/2004, poi convertito nella legge n. 271/2004 – prevedendo alcune significative novità: in primo luogo, il reato contravvenzionale di inottemperanza all'ordine di allontanamento veniva trasformato in delitto, con la conseguenza che potevano a quel punto essere legittimamente applicate la misura cautelare della custodia in carcere e l'arresto; in secondo luogo, la convalida giurisdizionale veniva prevista obbligatoriamente prima dell'accompagnamento alla frontiera; in terzo luogo, la competenza in materia di espulsioni amministrative veniva sottratta alla magistratura ordinaria in favore dei giudici di pace.

Tali modifiche rappresentavano un punto chiave nel percorso legislativo che si sta tracciando, poiché proprio a partire da questa fase la privazione della libertà personale diventa strumento primario nella gestione del fenomeno dell'immigrazione irregolare.

E' da quel momento che allo strumento della detenzione amministrativa si affiancava il massivo ricorso alla sanzione detentiva di matrice penalistica, creando quell'ambiguo intreccio tra i due rami dell'ordinamento¹⁸⁵ – amministrativo e penale – destinato a innervare la disciplina positiva e il relativo dibattito negli anni a venire.

Lo straniero irregolare, destinatario di un provvedimento di espulsione che, come già evidenziato, nella quasi totalità dei casi non poteva essere immediatamente eseguito per motivi contingenti, veniva dapprima trattenuto

¹⁸⁵ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, 2006.

in un CPT¹⁸⁶ per un tempo che la Legge Bossi-Fini aveva innalzato a sessanta giorni; quindi, scaduti i termini massimi del trattenimento senza che fosse stata eseguita l'espulsione (per il frequentissimo perdurare delle medesime difficoltà che l'avevano resa non immediatamente eseguibile *ab origine*), veniva rilasciato con l'ordine di allontanarsi dal territorio italiano entro i successivi cinque giorni. L'inottemperanza a quest'ordine, ossia la mancata cooperazione dello straniero alla procedura amministrativa di espulsione veniva sanzionata penalmente con la reclusione fino a tre anni (o addirittura quattro nel caso di inottemperanza reiterata, art. 14 co. 5 *quater*).

La sanzione penale era dunque posta a presidio dei provvedimenti amministrativi di allontanamento dello straniero irregolare rimasti privi di effetti. In breve, come evidenziato dalla dottrina *"l'impossibile effettività delle espulsioni si è tradotta (...) nella corsa al rialzo delle misure amministrative e degli istituti penalistici preordinati all'esecuzione degli allontanamenti"*¹⁸⁷.

Il descritto meccanismo si traduceva in un'*escalation* dell'utilizzo del diritto penale come strumento di contrasto all'immigrazione irregolare, non solo a livello normativo, ma anche nel quotidiano della giustizia penale¹⁸⁸, rispetto alla quale l'impatto della nuova disciplina era percepibile tanto nelle aule dei tribunali quanto nelle carceri italiane, dove si assisteva all'incremento del numero di presenze e al mutamento della composizione della popolazione detenuta.

Dal punto di vista delle garanzie procedurali, se la privazione della libertà personale di matrice penalistica rimaneva affidata alla magistratura ordinaria, viceversa la detenzione amministrativa veniva rimessa alle cure di

¹⁸⁶ Nella prassi il passaggio dalla detenzione amministrativa nel CPT veniva evitato nei casi, tutt'altro che infrequenti, in cui non c'erano posti disponibili nei centri stessi.

¹⁸⁷ A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione*, cit. p.18.

¹⁸⁸ A. CAPUTO, *Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto*, in *Quest. giust.*, n. 2/2006, p. 283.

un giudice onorario, nonostante – come noto – tale figura fosse originariamente concepita per esercitare una giurisdizione conciliativa e deflattiva¹⁸⁹.

Risulta inoltre significativa la considerazione secondo cui i provvedimenti di convalida emessi dal giudice di pace risultavano ricorribili solo per Cassazione: non veniva prevista la possibilità di appello al tribunale ordinario (come invece avviene per le altre sentenze dei giudici di pace). Tale previsione comportava per lo straniero un'ulteriore ostacolo nell'esercizio del proprio diritto di difesa, poiché – come noto – il ricorso per Cassazione risulta molto più oneroso e complesso.

6. Il c.d. *Pacchetti sicurezza* del 2008-2009

La situazione veniva ulteriormente modificata dai c.d. *Pacchetti sicurezza* del 2008-2009, con i quali venivano introdotte una serie di misure volte a inasprire la *lotta* all'immigrazione irregolare mediante una serie di provvedimenti d'urgenza in materia di sicurezza pubblica, attraverso i quali si rafforzava il già menzionato intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale.

Con il decreto legge n. 92/2008 i CPT – Centri di Permanenza Temporanea – mutavano denominazione in CIE – Centri di Identificazione ed Espulsione – senza che tuttavia ne venisse alterata la disciplina. Tale mutamento terminologico svolgeva un ruolo simbolico: da un lato, rendeva il dato testuale più aderente con la funzione perseguita dai Centri, poiché l'idea di “permanenza temporanea” non faceva emergere il fine ultimo perseguito mediante il trattenimento che era l'allontanamento dal territorio dello straniero; dall'altro, rispecchiava la volontà politica e la filosofia che animava

¹⁸⁹ CAPUTO-PEPINO, *Giudice di Pace, riserva di giurisdizione e libertà degli arresti*, in *Quest. giust.*, n. 1/2005, p. 9.

complessivamente i pacchetti sicurezza, volti a contrastare l'immigrazione *clandestina* e i fenomeni ad essa connessi.

Inoltre, la novella introduceva la c.d. *aggravante di clandestinità* (inserita tra le aggravanti comuni all'art. 61 n. 11 bis c.p.) che – seguendo la disciplina delle aggravanti comuni – prevedeva un aggravio sanzionatorio nei casi in cui il fatto di reato veniva commesso da chi “*si trova illegalmente sul territorio nazionale*”. Sempre nell'ottica della progressiva estensione del ricorso a strumenti limitativi della libertà personale degli stranieri, l'applicazione della citata aggravante comportava, per coloro che versavano in condizione d'irregolarità sul territorio, la mancata sospensione dell'ordine di carcerazione dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna (art. 656 c.p. co 9 lett. a del codice di rito), con conseguente immediata apertura delle porte del carcere¹⁹⁰.

La legge 94/2009, che costituisce la seconda *tranche* dei pacchetti sicurezza, provvedeva a innalzare ulteriormente i termini massimi di trattenimento nei CIE, portandoli da 60 a 180 giorni. Inoltre veniva previsto un inasprimento sanzionatorio per le fattispecie di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e *quater*: per la fattispecie semplice veniva fissato il massimo edittale di quattro anni e per quella reiterata a il tetto edittale di cinque anni.

Nel novero delle modifiche legislative spiccava – soprattutto per l'intenso dibattito politico e mediatico che ne scaturiva – l'introduzione del c.d. “reato di clandestinità” (art. 10 bis T.U.imm.), che puniva l'ingresso e il soggiorno irregolare nel territorio dello Stato. Nonostante il legislatore non abbia previsto per gli autori di tale reato l'applicazione di una pena detentiva, la nuova fattispecie rafforzava decisamente l'intreccio tra diritto penale e diritto amministrativo, costituendo – allo stesso tempo – la prova del carattere

¹⁹⁰ La c.d. aggravante di clandestinità è stata successivamente dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 249/2010.

marcatamente simbolico delle politiche migratorie sviluppate nella prima decade degli anni duemila.

7. La “Direttiva Rimpatri” e la sentenza della Corte di Giustizia *El Dridi*

Nel dare conto dell’evoluzione della disciplina interna è necessario considerare l’incidenza che su di essa ha avuto il diritto dell’Unione Europea. In particolare la direttiva 2008/115/EC, meglio nota come *Direttiva Rimpatri*¹⁹¹ (della quale ci si è occupati anche nell’ambito del terzo capitolo), ha avuto un travolgente impatto sulla disciplina della detenzione amministrativa, animando un vivace dibattito in dottrina¹⁹², sia nelle fasi precedenti che in quelle successive al suo recepimento da parte del nostro legislatore. I principi ispiratori della direttiva erano esplicitati nei suoi numerosi “considerando” introduttivi. Da un lato il legislatore comunitario intendeva contribuire ad implementare “una politica di rimpatrio efficace quale elemento necessario di una politica di immigrazione correttamente gestita”¹⁹³ ed aveva espressamente previsto la detenzione tra gli strumenti deputati allo scopo; al contempo, la direttiva mirava ad elaborare “norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità”¹⁹⁴. La disciplina costituiva dunque l’esito di un *delicato bilanciamento*: da un lato, vi era l’interesse a rendere effettivi i rimpatri disposti dalle

¹⁹¹ A. BALDACCINI, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: an Analysis of the Return Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, II, I, 2009, pp. 1-17; G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights*, cit., pp. 270 ss.

¹⁹² Per un’ampia ed approfondita ricostruzione di tale dibattito, cfr. A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed i reati previsti dall’art. 14 d.lgs. 286/1998*, in *DirPenCont.*, cfr. inoltre VIGANÒ-MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 560- 596. e ID., *Inottemperanza dello straniero all’ordine di allontanamento e “Direttiva rimpatri” UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1710-1720 ss.

¹⁹³ Considerando introduttivo n. 4.

¹⁹⁴ Considerando introduttivo n. 2.

autorità nazionali attraverso un sistema improntato a criteri di *razionalità ed efficacia*; dall'altro, si esprimeva la necessità di garantire che tale fine non venisse perseguito a discapito dei *diritti fondamentali* comunque spettanti allo straniero anche se irregolarmente soggiornante¹⁹⁵.

Benchè sugli Stati membri gravasse l'obbligo di trasporre la Direttiva entro il 24 dicembre 2010, allo spirare del termine l'Italia non aveva ancora effettuato il recepimento¹⁹⁶.

L'impianto della disciplina interna, all'epoca, si presentava diametralmente opposto a quanto prescritto dalla Direttiva Rimpatri. I profili di contrasto più evidenti tra il diritto interno e quello dell'UE, su cui si era concentrato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, erano almeno due. Il primo concerneva le procedure esecutive del provvedimento espulsivo e quindi anche la disciplina della detenzione: la Direttiva prevedeva come modalità ordinaria di esecuzione della decisione di rimpatrio la cd. *partenza volontaria*, vale a dire l'intimazione allo straniero espulso di abbandonare il territorio dello Stato entro un termine compreso tra sette e trenta giorni (art. 7 § 1 dir.); invece, come visto, nel sistema interno la regola era, ove possibile, di

¹⁹⁵ Nonostante il carattere fortemente restrittivo, infatti, dalla lettura della Direttiva si coglie l'intento di predisporre uno *standard* minimo di tutela dei diritti dello straniero. L'art. 4 dir. dispone che la direttiva lascia impregiudicate tutte le "disposizioni *più favorevoli*" per lo straniero già previste dagli accordi internazionali in vigore nonché dall'*acquis* comunitario in materia di immigrazione ed asilo. Inoltre, la stessa Direttiva precisa che resta ferma "la facoltà per gli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni *più favorevoli* alle persone cui si applica, purché compatibili con le norme in essa stabilite" (§ 3).

¹⁹⁶ Occorre segnalare che, in luogo dell'intervento di adeguamento normativo, a pochi giorni dalla scadenza del termine, il capo della polizia Manganelli diramava una circolare, battezzata "*Circolare salva ricorsi*", tesa ad evitare che a seguito dei ricorsi avverso le espulsioni, i giudici annullassero i provvedimenti amministrativi, applicando direttamente la disciplina derivante dall'UE, contrastante con la normativa interna. La circolare richiedeva, infatti, alle prefetture e alle questure di motivare più dettagliatamente i provvedimenti espulsivi e quelli di trattenimento amministrativo al fine di conformarsi al dettato della direttiva. Gli stessi principi guida contenuti nella circolare sarebbero poi stati ripresi nella futura disciplina di recepimento avvenuta nel 2011.

procedere immediatamente al rimpatrio coattivo dello straniero (art. 13 co. 4 T.U imm., prima della riforma del 2011). Il secondo profilo di contrasto riguardava le misure coercitive utilizzabili dallo Stato per eseguire la decisione di rimpatrio nei casi in cui lo straniero non si era allontanato volontariamente: la direttiva UE prevedeva che lo Stato potesse procedere al trattenimento dello straniero solo quando, nel caso concreto, misure meno afflittive (quali l'obbligo di dimora o la costituzione di una adeguata garanzia finanziaria) risultavano insufficienti a garantire il rimpatrio; invece in Italia, come visto, non esistevano misure coercitive diverse dal trattenimento, misura che pertanto doveva sempre essere disposta dall'autorità amministrativa quando non era per qualsiasi ragione possibile procedere al rimpatrio immediato.

Interessante rilevare, a conferma delle perplessità espresse *supra* sulla devoluzione della materia della libertà personale alla giurisdizione del giudice di pace, che la magistratura onoraria – che pure deteneva le maggiori competenze in materia di immigrazione, essendole affidata la convalida ed i ricorsi riguardanti i provvedimenti di allontanamento e di trattenimento – non aveva rilevato le incongruenze più vistose tra la direttiva ed il sistema interno, e non aveva fatto applicazione delle norme dotate di efficacia diretta contenute nella disciplina europea¹⁹⁷. Diverso l'approccio mostrato dalla magistratura ordinaria – la quale interessata dalla diretta applicabilità di alcune disposizioni della direttiva in relazione ai procedimenti per i delitti di cui all'art. 14, co. 5, *ter* e *quater* – la quale appariva più attenta al tema degli effetti della scadenza della direttiva giungendo in molte occasioni a disapplicare tali norme incriminatrici per contrasto con la direttiva¹⁹⁸.

¹⁹⁷ L. MASERA, *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Il libro dell'anno del Diritto. Diritto penale. Parte speciale*, 2012, Treccani, pp. 244 ss.

¹⁹⁸ L. MASERA, *op. cit.*, pp. 246-247.

In questo contesto, il 28 Aprile 2011, veniva pronunciata la nota sentenza della Corte di Giustizia sul caso *El Dridi*¹⁹⁹, che dichiarava l'incompatibilità del reato di inottemperanza all'ordine d'allontanamento del questore di cui all'art. 14, co.5 con la Direttiva Rimpatri. In quell'occasione i giudici di Lussemburgo affermavano che, nonostante gli Stati membri restino *"liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere i cittadini di Paesi terzi dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati"* (§ 52), la pena della reclusione prevista dall'ordinamento italiano all'art 14 co. 5 *ter* privava di *"effetto utile"* le disposizioni della Direttiva in oggetto, in quanto *"una tale pena, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare; in particolare (...) una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, § 1 dir.²⁰⁰, e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio"* (§ 59). In breve, dunque, secondo la Corte di Giustizia, l'applicazione di una sanzione detentiva (fino a 4 anni), avendo l'effetto di ritardare il rimpatrio, frustrava lo scopo perseguito della Direttiva che era specificamente volta a implementare una efficiente politica dei rimpatri.

¹⁹⁹ CGUE, C-61/11 PPU, 28 aprile 2011, *El Dridi*, in *Guida al dir.*, 2011, 20, p.17. in www.penalecontemporaneo.it Per un'analisi della sentenza, cfr. tra gli altri VIGANÒ-MASERA, VIGANÒ F. - MASERA L., *Addio Art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *DirPenCont.*, 4.5.2011, in *DirPenCont.*; M.T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente in DirPenCont*; DI MARTINO-RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, in *DirPenCont*; C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 904 ss.; BARBERINI-CASUCCI, *La Corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14 co. 5 e la direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1615 ss.

²⁰⁰ Art. 8, § 1 prevede che: *"Gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'art. 7, § 4, o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a orma dell'art. 7"*.

8. Il recepimento della Direttiva rimpatri: la riforma del 2011

Caduto – per mano della Corte di Giustizia – l’impianto dell’articolo 14 co. 5 *ter* del testo unico, norma chiave dell’intera politica italiana in materia di contrasto all’immigrazione irregolare, il Governo provvedeva alla trasposizione tardiva della direttiva attraverso il decreto legge 89/2011, convertito con pochissime modifiche dalla legge n. 129/2011.

La fase di recepimento della Direttiva Rimpatri segnava il netto passaggio da un sistema che vedeva al centro della risposta al fenomeno dell’immigrazione irregolare la *pena detentiva*, alla situazione attuale in cui l’uso di tale strumento resta confinato ad ipotesi residuali, dalla scarsissima portata applicativa²⁰¹.

Più in dettaglio, la modifica di maggior rilievo introdotta con la novella del 2011 consisteva nella previsione della *partenza volontaria* quale modalità ordinaria di esecuzione dei provvedimenti espulsivi²⁰². Inoltre, venivano previsti dei “programmi di rimpatrio volontario ed assistito” (art 14-*ter*)²⁰³, rimessi alla concreta attuazione del Ministero dell’interno. Solo in via subordinata rispetto alla partenza volontaria veniva previsto l’accompagnamento dello straniero irregolare alla frontiera a mezzo della

²⁰¹ A partire da questo momento la sola figura di reato connessa allo *status* di irregolare sanzionata con pena detentiva è il delitto di illecito reingresso in Italia dello straniero espulso, punito dall’art. 13 co. 13 e 13 *bis* T.U. imm.

²⁰² il novellato art. 13 disponeva al co. 5 che “*lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, può chiedere al prefetto, ai fini dell’esecuzione dell’espulsione, la concessione di un periodo per la partenza volontaria*” entro un termine compreso tra sette e trenta giorni, che “*può essere prorogato, se necessario, per un periodo congruo, commisurato alle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno nel territorio nazionale, l’esistenza di minori che frequentano la scuola ovvero di altri legami familiari e sociali*”.

²⁰³ Il Ministero dell’Interno dovrà dare attuazione ai “programmi di rimpatrio volontario ed assistito”, agevolando il rimpatrio di chi, pur dimostrando la volontà di fare ritorno nel proprio Paese, non abbia le disponibilità economiche per farlo.

forza pubblica²⁰⁴. Tra le diverse condizioni legittimanti il ricorso immediato alla forza pubblica rivestiva un ruolo di particolare rilievo la sussistenza del c.d. *rischio di fuga*, la cui definizione veniva rimessa al successivo comma 4-*bis*²⁰⁵.

Nei casi in cui il rimpatrio da effettuarsi coattivamente non poteva essere immediatamente eseguito, il nuovo comma 5.2 dell'art. 13 introduceva la possibilità di applicare nuove *misure coercitive*, quali la consegna del passaporto; l'obbligo di dimora; l'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica; nonché in via residuale il trattenimento in un CIE.

Dunque a partire dalla riforma legislativa del 2011 – e conformemente all'impianto delineato dalla Direttiva Rimpatri – il ricorso al *trattenimento* rappresenta *l'extrema ratio* nel nostro ordinamento: lo strumento della detenzione amministrativa entra in gioco solo quando le procedure della partenza volontaria o l'adozione di misure non privative della libertà personale non sono sufficienti a garantire l'esecuzione del rimpatrio, secondo un sistema *gradualistico*.

²⁰⁴ Art. 13 co. 4: "L'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica: a) nelle ipotesi di cui ai co. 1 e 2 lett. c), ovvero all'art. 3 co. 1 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155; b) quando sussiste il rischio di fuga, di cui al co. 4 bis; c) quando la domanda di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta, d) qualora, senza un giustificato motivo, lo straniero non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria di cui al co. 5; e) quando lo straniero abbia violato anche una delle misure di cui al co. 5.2 e di cui all'art. 14, co. 1-bis; f) nelle ipotesi di cui agli artt. 15 e 16 e nelle altre ipotesi in cui sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale; g) nell'ipotesi di cui al co. 5.1".

²⁰⁵ Art. 13 co. 4-bis: "Si configura il rischio di fuga di cui al co. 4, lett. b), qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il Prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione: a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato; c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei co. 5 e 13, nonché dell'art. 14; e) aver violato anche una delle misure di cui al co. 5.2".

La nuova disciplina dettata dal necessario recepimento del Diritto dell'Unione Europea, è dunque caratterizzata da una impostazione complessivamente più garantista con riferimento al bene giuridico della libertà personale; tuttavia, il legislatore non ha perso l'occasione di inserire una novità di segno restrittivo. In occasione della riforma, infatti, è stato innalzato a diciotto mesi il termine massimo di trattenimento nei CIE, tetto limite di tempo fissato dalla stessa Direttiva Rimpatri.

Le reazioni dei primi commentatori alla riforma sono state generalmente negative²⁰⁶: oltre alla critica rispetto all'innalzamento del limite di tempo massimo di detenzione amministrativa degli stranieri, l'obiezione comunemente mossa era che, a fronte di un formale ossequio alla normativa comunitaria, il governo avesse aggirato parte della portata garantistica del modello delineato dalla Direttiva²⁰⁷. Sfruttando la discrezionalità rimessa ad ogni Stato in fase di recepimento, ed in particolare, prevedendo normativamente molteplici deroghe alla regola della partenza volontaria e all'applicazione delle misure coercitive non privative della libertà personale, il trattenimento nei CIE conservava un ruolo primario nella gestione dei rimpatri.

Altre criticità venivano rilevate rispetto all'attribuzione al *giudice di pace*, in luogo del giudice ordinario, della competenza per i delitti puniti dall'art. 14,

²⁰⁶ Per diverse considerazioni critiche nei confronti della riforma, cfr. COLLICA, *Gli effetti della direttiva*, cit.; A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed il decreto legge di attuazione—Prime riflessioni a caldo*; PISTORELLI-ANDREAZZA, *Novità legislative: il d.l. 23 giugno 2011, n. 89*, tutti in *PenCont*; C. FAVILLI, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia: dall'inerzia all'urgenza con scarsa leale cooperazione*, testo aggiornato della relazione all'incontro di studio del CSM del 16-18.5.2011 dal titolo *La condizione giuridica dello straniero e la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali tra diritto interno e normativa sovranazionale*, disponibile su www.csm.it; G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni risultante dalla legge 129/2011*, in www.asgi.it; valuta invece in maniera positiva l'intervento del Governo, P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 804 ss.

²⁰⁷ Per una valutazione critica della disciplina cfr. L. MASERA, *Diritto Penale e governo dei flussi migratori*, *op.cit.*, pp. 249-251.

co. 5 *ter* e *quater* e per gli altri delitti di inosservanza degli obblighi imposti dall'autorità. Il legislatore, costretto dalla Corte UE a rinunciare alla pena detentiva – per la cui applicazione era necessitata l'attribuzione di competenza al giudice ordinario – aveva approfittato della riforma per fare della magistratura onoraria la giurisdizione competente su tutta la materia dell'immigrazione. Da questo momento, con l'estensione dei termini massimi di trattenimento, il giudice di pace aveva competenza a emettere provvedimenti privativi della libertà personale che potevano protrarsi fino a un anno e mezzo.

Problematico, inoltre, risultava il mancato recepimento della norma della Direttiva secondo cui, quando non sussiste più alcuna motivazione che legittima l'espulsione, anche il trattenimento risulta ingiustificato e deve essere disposto l'immediato rilascio dello straniero detenuto (art. 15 co. 4, dir.115/2008). Tale norma si basa sul principio del periodico riesame da parte dell'autorità giurisdizionale sulle ragioni che legittimano la prosecuzione della privazione della libertà personale *prima* della scadenza del periodo di trattenimento; il recepimento di tale principio avrebbe consentito, tra l'altro, di arginare l'alto tasso di discrezionalità di cui godono i singoli Questori rispetto ai tempi di trattenimento²⁰⁸.

Volgendo lo sguardo al profilo del rapporto tra diritto penale e gestione dell'immigrazione irregolare, si nota come il nostro legislatore, non cogliesse l'occasione della riforma per rivedere *funditus* la scelta pan-penalistica dell'ultimo decennio, ma al contrario, confermava tale opzione, limitandosi a sostituire la pena detentiva prevista per i delitti di cui all'art. 14 con la sanzione pecuniaria della multa²⁰⁹, e a estendere la qualificazione in termini

²⁰⁸ C. MAZZA, *La prigionie degli stranieri*, Ediesse, 2013, pp. 56 ss.

²⁰⁹ Riguardo alla questione di diritto intertemporale circa l'applicabilità delle nuove e più favorevoli disposizioni anche ai reati compiuti prima della riforma, le prime decisioni di merito si sono orientate (sia pure con motivazioni diverse) nel senso di ritenere che il fenomeno successorio sia da inquadrare nello schema dell'*abolitio*

penalistici alle condotte di inottemperanza alle misure imposte dall'autorità amministrativa.

9. Un passo indietro rispetto alle tendenze degli ultimi 30 anni: le riforme del 2014

Il 2014 segnava un'inversione di tendenza rispetto alle scelte di politica legislativa in materia di privazione della libertà personale dello straniero. Nel corso di quell'anno sono stati approvati tre diversi interventi normativi, i quali – pur mostrando alcuni evidenti limiti – hanno in comune il cambiamento di approccio rispetto al passato.

In primo luogo, è stata approvata la legge n. 10/2014, che ha convertito con modifiche il decreto legge n. 146/2013 in materia di riduzione controllata della popolazione carceraria. Attraverso la novella si è ampliato il campo di possibile applicazione della disciplina dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione e si è introdotta una procedura per l'identificazione dello straniero durante la sua permanenza in carcere, volta ad evitare che, una volta scontata la pena, lo straniero dovesse essere trattenuto anche nel CIE al fine di svolgere la procedura amministrativa di identificazione che non era stata avviata quando era ristretto nel penitenziario²¹⁰.

Inoltre, il 20 ottobre 2014 il Ministero dell'interno ha approvato il

criminis, e dunque le condotte antecedenti al decreto non siano punibili neppure con la pena pecuniaria: cfr. in questo senso in giurisprudenza Trib. Torino, 27.6.2011; Trib. Torino, 29.6.2011; Trib. Pinerolo, 14.7.2011, ed in dottrina M. GAMBARELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di Giustizia El Dridi (direttiva rimpatri) nell'ordinamento italiano* e L. MASERA, *Il "nuovo" art. 14 co. 5 ter e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/2011*, tutti in *DirPenCont*.

²¹⁰ La riforma prevedeva altresì l'istituzione del garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, chiamandolo ad esercitare le sue funzioni anche all'interno dei CIE.

Regolamento recante i criteri per l'organizzazione e la gestione dei CIE. L'intervento ha risposto all'esigenza di assicurare regole e livelli uniformi per tutti CIE istituiti sul territorio nazionale²¹¹, fissando *standards* comuni in punto di diritti di assistenza linguistico-culturale, di tutela della salute, di libertà di corrispondenza e di diritto di ricevere visite, nonché la regolamentazione dell'accesso ai centri, anche da parte della stampa²¹².

Infine, il segnale di discontinuità più forte rispetto al percorso legislativo fin qui tracciato arrivava sul finire del 2014, quanto veniva approvata la legge n. 161/2014²¹³. Tale novella prevedeva una riforma del trattenimento amministrativo che, oltre a segnare un netto cambio di marcia rispetto alla passata politica in materia d'immigrazione, si candidava a costituire un importante precedente anche nel panorama europeo dove, negli ultimi anni, il ricorso alla detenzione amministrativa era aumentato costantemente, sia nell'ambito dei procedimenti connessi alla richiesta d'asilo che nell'ambito di quelli espulsivi.

²¹¹ Come notato in dottrina – cfr. COZZARI, in *Quad. cost.* 2014 – poiché la disciplina incide su diritti e libertà fondamentali sarebbe stato opportuno collocare le norme in fonti di rango primario, piuttosto che in un regolamento.

²¹² Facendo seguito a due mozioni e una risoluzione, approvate il 2 e 9 dicembre 2013, in cui il Governo si impegnava ad intervenire sui CIE per renderne più efficace l'organizzazione e per migliorare le condizioni di vita dei migranti trattenuti, il 17 novembre 2014 la Camera ha approvato il testo unificato di tre proposte finalizzate alla istituzione di una Commissione di inchiesta su, 2014l sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri destinati all'accoglienza e al trattenimento di immigrati [Doc. XXII, nn. 18-19-21-A]. I lavori della commissione d'inchiesta, della durata di un anno, si concentreranno, tra l'altro, sull'accertamento di eventuali condotte illegali e atti lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana e sulle modalità di trattenimento e sull'effettiva applicazione della direttiva rimpatri, specie in riferimento al rispetto del principio di non-refoulement dei richiedenti asilo, della vita familiare e della tutela della salute.

²¹³ Per una disamina "a caldo" della novella si confronti: ASGI – *Le modifiche ad espulsioni e trattenimenti inserite dalla Legge n.161/2014*. Il documento è reperibile al sito: www.asgi.it

Ai fini del presente lavoro, due sono i profili di maggiore interesse della legge 161/2014 ²¹⁴: il primo riguarda la riduzione del periodo massimo di trattenimento nei CIE; il secondo attiene all'intensità del controllo giurisdizionale sulla durata della detenzione.

In primo luogo, il tempo massimo di permanenza in un CIE è passato da diciotto mesi (limite introdotto nel 2011) a tre mesi. Questo termine è stato ulteriormente ridotto a trenta giorni per i casi in cui lo straniero abbia già trascorso almeno tre mesi in carcere prima di essere trattenuto in un CIE.

La durata massima del trattenimento è stata pertanto ridotta fino a sei volte nell'ipotesi generale e addirittura fino a diciotto volte, nei casi in cui gli stranieri erano già stati soggetti alla detenzione di matrice penalistica. La decisione di prevedere un tempo di trattenimento inferiore nel caso di pregresso stato di detenzione in istituto di pena è particolarmente significativa perché fa sì che l'inerzia della pubblica amministrazione nel preparare il rimpatrio durante la detenzione in carcere non gravi più sullo straniero.

Come evidenziato nel precedente paragrafo, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia resa nel caso *El Dridi*, l'Italia ha dovuto, in fase di recepimento della Direttiva 115/2008, sostituire la sanzione detentiva prevista per il reato d'inottemperanza all'ordine di allontanamento con la pena della multa e, allo stesso tempo, ha colto l'occasione per estendere la durata della permanenza massima di detenzione nei CIE fino a diciotto mesi. Considerando la coincidenza temporale tra l'adozione delle due misure e l'elevato tasso di afflittività che caratterizza la detenzione amministrativa nel

²¹⁴ Gli altri sono interventi normativi previsti dalla legge n. 161/2014 riguardano i reati connessi alla condizione di soggiorno irregolare, il ritorno dei migranti irregolari verso, o da, un altro Stato membro, e la durata del divieto di reingresso sul territorio italiano. Tali modifiche legislative che in questa sede vengono solo segnalate perché non strettamente comprese nell'oggetto della presente trattazione, confermano il senso della complessiva impostazione della riforma.

nostro Paese, l'introduzione dell'innalzamento del limite massimo di detenzione fino a diciotto mesi è sembrata finalizzata a sostituire la detenzione penale forzatamente espunta dall'ordinamento a seguito dalla censura della Corte di Giustizia. Tale rilievo pare confermato dal fatto che diciotto mesi rappresentava proprio la durata media della sanzione penale comminata dai giudici italiani per la violazione dell'art. 14 co. 5 ter, prima del 2011²¹⁵.

A ben vedere, l'estensione della durata della permanenza nel CIE non poteva essere giustificata come misura necessaria al fine di garantire una più efficace politica di rimpatri. Nel mese di settembre 2014, la Commissione straordinaria del Senato per la protezione e la promozione dei diritti umani ha pubblicato un rapporto sui CIE che ha indicato chiaramente che se il rimpatrio dello straniero trattenuto non si verifica entro un arco temporale compreso tra primi trenta- sessanta giorni di detenzione, è molto improbabile che avvenga in seguito²¹⁶, poiché gli ostacoli all'espulsione – quali ad esempio la mancanza di cooperazione o di accordi con i Paesi terzi – vengono raramente superati nei mesi successivi. Ne consegue che la gestione razionale dei flussi migratori deponga contro la scelta legislativa di introdurre un'ulteriore prolungamento dei tempi detenzione, la quale oltre che essere una misura oltremodo afflittiva per lo straniero, è anche inutile e dispendiosa. Al contrario, come puntualmente evidenziato dalla dottrina²¹⁷, la riduzione dei tempi di trattenimento introdotta dalla legge n. 161/2014 ha mostrato un mutamento teleologico dell'istituto della detenzione amministrativa, che da misura con finalità impropriamente sanzionatoria, è tornato ad essere

²¹⁵ L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella*, in *DirPenCont*, 10 novembre 2014.

²¹⁶ COMMISSIONE STRAORDINARIA DEL SENATO PER LA PROTEZIONE E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI (settembre 2014), *Rapporto sui Centri di Identificazione ed Espulsione in Italia*.

²¹⁷ L. MASERA, *Ridotto da 3 a 18 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE*, *op. cit.*

strumento cautelare volto a consentire il superamento degli ostacoli al rimpatrio. La novella è dunque rilevante perché orientata nel segno della distinzione tra le funzioni a cui la detenzione penale e quella amministrativa devono tendere: l'uso punitivo della detenzione amministrativa è apparso attenuato e, indubbiamente, il cambio di tendenza è stato ancora più significativo se si considera che in quest'occasione la riforma non è stata imposta direttamente dalla disciplina europea o da una condanna inflitta al nostro Paese in sede sovranazionale.

Come anticipato, il secondo aspetto per cui si caratterizzava la riforma riguardava la disciplina delle proroghe del trattenimento successive alla prima. Da questo momento la durata del periodo di tali proroghe è diventata modulabile liberamente dal questore e dal giudice di pace entro i limiti massimi previsti dalla legge. Esse possono essere concesse solo nel caso in cui emergessero *"elementi concreti"* che consentano di ritenere probabile l'identificazione, ovvero quando le operazioni di rimpatrio sono imminenti²¹⁸. La necessità di indicare gli elementi concreti che rendono probabile l'identificazione ha sancito l'illegittimità della prassi di molti giudici di pace che accordavano le proroghe anche in mancanza di qualsiasi elemento che rendesse plausibile il superamento degli ostacoli al rimpatrio.

Inoltre, in adeguamento alla giurisprudenza Giustizia, ed in particolare alle pronunce *Kadzoev*²¹⁹ e *Madhi*²²⁰, è stato previsto che il trattenimento dello straniero sia interrotto qualora non sussista una ragionevole prospettiva che l'espulsione possa essere eseguita.

²¹⁸ A. COSSIRI, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, *Quad. cost.* (in corso di pubblicazione).

²¹⁹ CGUE, Grande Camera, sentenza 30 novembre 2009, causa C-357/09 PPU Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov).

²²⁰ CGUE, sez. terza, sentenza 5 giugno 2014, causa C- 146/14 PPU Bashir Mohamed Ali Madhi.

Nonostante gli indubbi progressi in punto di effettività del controllo giurisdizionale sui meccanismi di proroga, la nuova disciplina non ha affrontato in termini più generali grande nodo – che ancora oggi non pare essere sciolto – della debolezza del controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale da parte delle autorità amministrative. In particolare, la riforma non è intervenuta, ad esempio, sul potere del giudice di pace in fase di convalida del primo ordine di trattenimento o sulle norme che presiedono lo svolgimento delle relative udienze.

10. Brevi note conclusive

Il diritto degli stranieri non è politicamente neutro²²¹. Il quadro ricostruttivo proposto con riferimento alla detenzione amministrativa mostra come le maggioranze politiche che si sono succedute in questi anni sono intervenute rinunciando ai criteri di razionalità ed efficienza, preferendo ricorrere a misure dotate di maggior impatto simbolico e mediatico. Come conseguenza, la disciplina che regola questa materia si è caratterizzata, da un lato, per la sua frammentarietà e per la mancanza di organicità e, dall'altro, per il frequente ricorso a provvedimenti contrastanti con i principi costituzionali, internazionali ed europei in materia di libertà personale²²².

In tale contesto si è sviluppata una legislazione caotica e ambigua, segnata dal pericoloso intreccio tra diritto penale e diritto amministrativo, che ha

²²¹ L. MIAZZI, *Detriti di una legislazione. Cosa resta della normativa sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, n. 5, 2013, p. 130.

²²² A. PUGGIOTTO, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, p. 573 ss.; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir., imm., citt.*, 1/2014, p. 17 ss.; G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir., imm., citt.*, 3/2011, p. 30 ss.

condotto al fenomeno della c.d. *bagattellarizzazione* della libertà degli stranieri²²³.

Se sembrano intravedersi segnali di segno decisamente positivo dopo le novelle del 2014, è altrettanto vero che, nell'arco degli scorsi decenni, il trattenimento amministrativo ha subito una mutazione genetica con la quale occorre fare i conti: *“da istituto originariamente funzionale al rimpatrio è divenuto misura punitiva, succedanea della reclusione, benché sottratta alle garanzie del sistema penalistico, oltretutto applicabile in ragione di una roulette di fattori organizzativi occasionali”* ²²⁴.

²²³ L'espressione “bagattellarizzazione della libertà dei migranti” viene coniata da A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. giust.*, 2, 2009, p. 85.

²²⁴ A. COSSIRI, *op.cit.*

Capitolo 5

I centri dell'immigrazione: modelli, tipologie, criticità

SOMMARIO: Introduzione. – 1. I Centri dell'immigrazione in Italia. Uno sguardo d'insieme. – 2. I Centri di Accoglienza (CDA) e i Centri di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA). – 3. I Centri d'Accoglienza per Richiedenti Asilo (CARA). – 4. I CIE. — 4.1. Il Rapporto della Commissione straordinaria del Senato sui CIE. – 4.2. Il trattenimento nei CIE e la convalida giurisdizionale. – 4.3 La giurisprudenza del 2014 in materia di sindacato giurisdizionale sul trattenimento nei CIE.

Introduzione

Dopo avere ricostruito nei precedenti capitoli il quadro normativo di riferimento rispetto all'istituto della detenzione amministrativa degli stranieri, occorre ora soffermarsi sulle diverse categorie di Centri dell'immigrazione previste nell'ordinamento italiano, illustrandone sia le norme che li regolano che le prassi che vi hanno luogo.

In particolare si procederà alla descrizione dei Centri – CDA e CPSA, CARA, CIE – definendo il relativo regime giuridico e valutando altresì i profili di legittimità della disciplina e delle prassi amministrative che vi hanno luogo.

1. I Centri dell'immigrazione in Italia. Uno sguardo d'insieme

In Italia è possibile distinguere tre tipologie di Centri dell'immigrazione secondo la diversa funzione che essi sono chiamati a svolgere nel quadro

della gestione dei flussi migratori²²⁵. In primo luogo, vi sono i Centri di Accoglienza (CDA) — alcuni dei quali, come vedremo, ridefiniti CPSA — i quali sono chiamati a svolgere la funzione di accoglienza, garantendo un primo soccorso allo straniero rintracciato nei pressi della frontiera e ospitandolo in attesa di definirne la posizione giuridica. In secondo luogo, vi sono i CARA (originariamente “Centri di identificazione”), destinati ad ospitare i richiedenti asilo nelle more della procedura di richiesta della protezione internazionale. Infine vi sono i CIE che nei casi previsti dalla legge, svolgono la funzione di luogo di detenzione amministrativa degli stranieri destinatari di provvedimenti espulsivi.

Al fine di meglio analizzare il funzionamento di tali strutture e il ruolo svolto da esse nell’ambito della politica di controllo dell’immigrazione del nostro Paese, ci si avvarrà, in primo luogo, di quel criterio di classificazione fondato sul regime giuridico a cui è sottoposta la libertà personale nelle diverse tipologie di Centri per l’immigrazione. Tale criterio si basa sulla dicotomia “centri aperti” e “centri chiusi”.

Con il termine “centri chiusi” o “a porte chiuse” si indicano i centri in cui lo straniero non è libero di scegliere se lasciare la struttura discrezionalmente. Si tratta, in altre parole, dei luoghi in cui propriamente si svolge la detenzione amministrativa. Questi centri si caratterizzano per la strutturale presenza delle forze di polizia, le quali attuano un regime di sorveglianza molto rigido che, di fatto, li accomuna alle strutture carcerarie vere e proprie²²⁶. La prossimità di tali strutture con il sistema penitenziario è ulteriormente rafforzata dal fatto che in diversi Paesi europei gli stranieri in attesa di

²²⁵ Per ricostruire compiutamente la disciplina e i caratteri delle tipologie di centri presenti sul nostro territorio nazionale cfr. G. CAMPESI, *op.cit.*, p. 195 ss.; per una concisa ma efficace ricostruzione cfr. L. MASERA, *Il ‘caso Lampedusa’: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti Umani e diritti internazionali*, vol. 8, n.1, 2014.

²²⁶ G. CORNELISSE, *op. cit.*, p. 21.

espulsione possono essere trattenuti anche negli istituti di pena²²⁷.

Con il termine “centri aperti” o “a porte aperte”, invece, si indicano quelle strutture che “ospitano” gli stranieri, offrendogli un alloggio e allo stesso tempo consentendogli di lasciare la struttura per un determinato numero di ore al giorno e di muovendosi nell’ambito di una zona sufficientemente ampia del territorio circostante²²⁸.

Come si vedrà nel prosieguo, talvolta risulta difficile tracciare una netta linea di demarcazione tra quelle strutture che sono classificabili come Centri “chiusi” e quelle che invece sono qualificabili come “aperte”: da un lato, come già visto nel capitolo precedente, la stessa formulazione legislativa è spesso ambigua e lacunosa; dall’altro, i modelli legali non trovano sempre corrispondenza nella realtà e il funzionamento dei Centri è in larga misura rimesso all’ampio margine di discrezionalità delle prassi amministrative.

Le diverse tipologie di “Centri chiusi” possono essere descritte avvalendosi, inoltre, del noto modello teorico elaborato da Elspeth Guild²²⁹, il quale è generalmente riconosciuto e utilizzato dalla dottrina internazionale. Tale modello classifica le diverse tipologie di detenzione amministrativa attualmente esistenti nei Paesi occidentali sulla base della fase in cui tale privazione della libertà personale ha luogo. Le tre tipologie di detenzione individuate da tale modello sono: in primo luogo, la cosiddetta *preadmittance detention*, o detenzione all’arrivo, effettuata nei centri di detenzione situati vicini ai confini ed utilizzata per prevenire l’ingresso non autorizzato degli

²²⁷ EUROPEAN PARLIAMENT, *The Conditions in Centres for Third Country Nationals (Detention Camps, Open Centres as well as Transit centres and transit zones) with a Particular Focus on Provisions and Facilities for Persons with Special Needs in the 25 EU Member States*, (IP/C/LIBEIC/2006-181), Directorate-General Internal Policies, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs, December 2007, p. 178.

²²⁸ M. BIETLOT, *Centres for Third Country Nationals: Briefing Paper*, European Parliament, Directorate-General Internal Policies, Policy Department C: Citizens, Rights and Constitutional Affairs, Bruxelles, 2006, p. 4.; G. CAMPESI, *op. cit.*, p.218.

²²⁹ E. GUILD, *A Typology of Different Types of Centres for Third country Nationals in Europe*, European Parliament Briefing Paper, Bruxelles, 2005.

starnieri e determinare l'identità e la posizione giuridica di coloro che si presentano alla frontiera o sono intercettati nei pressi della stessa; in secondo luogo, la detenzione amministrativa che avviene nell'ambito delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale; in terzo luogo, il trattenimento dello straniero destinatario di un provvedimento espulsivo finalizzato al rimpatrio. Tale trattenimento non è giustificato dalla mera irregolarità del soggiorno, almeno nei contesti in cui questa non costituisce reato, ma è finalizzato alla materiale esecuzione dell'espulsione. Quest'ultima tipologia detentiva è quella maggiormente disciplinata dai diritti nazionali e da quello internazionale.

2. I Centri d'Accoglienza (CDA) e i Centri di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA)

I CDA (Centri d'Accoglienza) – istituiti con la legge n. 563/1995 – assolvono al fine di garantire i necessari interventi umanitari a favore degli stranieri appena arrivati sul territorio nazionale.

Si tratta, quindi, di strutture che nella fase di *pre-admittance* consentono l'espletamento delle pratiche di prima assistenza allo straniero, ancor prima che intervenga la valutazione del suo *status* giuridico, cioè della posizione individuale rispetto alla disciplina dell'immigrazione (straniero irregolare, richiedente asilo..). La legge non ha prescritto un preciso limite temporale per lo svolgimento di tali procedure, tuttavia essa prevede che le operazioni connesse al soccorso e alla prima accoglienza debbano svolgersi nel "*tempo strettamente necessario*" (art. 12 comma 1 Legge n. 40/1998).

Un Decreto Interministeriale emanato il 16 febbraio 2006 è intervenuto modificando la denominazione di alcuni CDA e trasformandoli in Centri di Primo Soccorso ed Accoglienza (CPSA). Si tratta di quei centri collocati lungo i confini del territorio nazionale, generalmente situati in zone costiere e,

dunque, in luoghi geografici particolarmente esposti all'afflusso di *boat-people*. La nuova denominazione esprime ancora più chiaramente la natura strettamente temporanea della permanenza in tali strutture. Esse sono destinate ad operare quali centri di "smistamento" degli stranieri giunti in Italia, sulla base di una preliminare valutazione del loro *status* personale.

L'accoglienza in questo tipo di centri, pertanto, dovrebbe essere limitata al tempo strettamente necessario a provvedere ai bisogni primari dello straniero, vagliare la sua posizione giuridica e, una volta effettuate tali operazioni, se necessario, procedere rapidamente al suo trasferimento in un'altra tipologia di Centro (CIE o CARA) sulla base delle prescrizioni di legge. Il decreto ha ommesso di specificare le condizioni e le modalità della permanenza in questi Centri, lasciando agli orientamenti della prassi stabilire il modello operativo con cui gestire l'accoglienza.

La normativa vigente appare dunque carente sotto due profili: da un lato, non definisce chiaramente i tempi di permanenza nei CDA, dall'altro, non indica il regime giuridico a cui è sottoposta la libertà personale delle persone accompagnate presso questi Centri.

La conferma di tale ambiguità normativa è confermata dai numerosi rapporti, nazionali ed internazionali, che hanno sottolineato proprio la natura "ibrida" dei CDA e l'assenza di chiarezza rispetto alle pratiche di privazione della libertà personale che *di fatto* vi hanno luogo²³⁰.

Come hanno ampiamente documentato i citati rapporti, coloro che sono sbarcati sul territorio italiano sono stati frequentemente trattenuti in Centri di

²³⁰ EUROPEAN PARLIAMENT, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states. Report following the visit to Italy*, p. 6; COMMITTEE ON MIGRATION, REFUGEES AND POPULATION, *Europe's "boat - people": mixed migration flows by sea into southern Europe. Report to the Parliamentary Assembly*, 11 July 2008. Doc. 11688, § 90; WORKING GROUP ON ARBITRARY DETENTION, *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural rights, Including the Right to Development: Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Addendum: Mission to Italy* § 72.

Accoglienza gestiti di fatto in regime a “porte chiuse”. Tale privazione della libertà personale non viene sottoposta alcun controllo giurisdizionale, sulla base di un duplice assunto: da un lato, gli stranieri dovrebbero essere “accolti” in questi Centri, e non detenuti; dall’altro, la permanenza in questi centri dovrebbe costituire solo una breve parentesi di tempo, strettamente necessaria a prestare soccorso allo straniero e a chiarirne lo status, in un lasso temporale comunque inferiore alle 48 ore, conformemente al dettato costituzionale.

Le prassi degli ultimi anni hanno mostrato tutta la problematicità derivante dalle lacune nel quadro normativo esistente: nei CDA sono state svolte pratiche di *preadmittance detention*, le quali si sono protratte nel tempo ben oltre i limiti consentiti dalla legge e dalla Costituzione, in attesa che gli stranieri fossero smistati verso altre strutture.

Come evidenziato dalla dottrina, in questo contesto la prassi ha prodotto “nuove modalità e di nuovi luoghi di trattenimento forzato, in violazione delle leggi e dei regolamenti vigenti”²³¹, che hanno finito per sottrarre la privazione della libertà personale degli stranieri in ingresso sul territorio italiano a qualsiasi forma di controllo giurisdizionale.

Attualmente, le strutture attive con funzioni di CDA sono oltre a quello di Lampedusa, Bari Palese, Brindisi Restinco, Caltanissetta Pian del Lago e Crotone Sant’Anna. I CPSA sono Cagliari Elmas, Lecce, e Ragusa Pozzallo. Si tratta di centri anche di grandi dimensioni che, nei momenti di forte pressione migratoria, superano i propri limiti di capienza massima, mostrando tutte le difficoltà del nostro Paese nella gestione del proprio sistema di accoglienza²³².

²³¹ F. VASSALLO PALEOLOGO, *La Guantanamo d’Europa? Il proibizionismo delle migrazioni e la violazione dei diritti fondamentali alla frontiera siciliana*, in S. PALIDDA (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Agenzia X, 2009, p. 206.

²³² Il Parlamento europeo ha evidenziato l’inadeguatezza del sistema italiano d’accoglienza cfr. EUROPEAN PARLIAMENT, *The conditions in centres for third country*

3. I Centri d'Accoglienza per Richiedenti Asilo (CARA)

Gli attuali Centri d'Accoglienza per richiedenti Asilo sono stati istituiti con il Decreto legislativo n. 25/2008 in attuazione della direttiva 2005/85/CE. Essi costituiscono un'evoluzione dei "Centri di identificazione" creati nel 2002 dalla legge "Bossi-Fini" e divenuti operativi con l'emanazione del relativo decreto attuativo, il D.P.R. 303/2004. Alla normativa istitutiva dovevano seguire ulteriori regolamenti di attuazione, che tuttavia non sono mai stati varati. In assenza di una disciplina di dettaglio relativa alle caratteristiche ed alle modalità operative di tali centri, la disciplina dei CARA è ancora in gran parte costituita dalle disposizioni contenute nel D.P.R. 303/2004, nella misura in cui queste sono applicabili.

I CARA sono centri "aperti" dal carattere umanitario dove, ai sensi della disciplina del 2008 si svolge "l'accoglienza" dei richiedenti asilo (art.20); essi – è utile precisarlo – non hanno nulla a che vedere con le funzioni che svolgono i Centri di Identificazione ed espulsione (CIE), nei quali anche i richiedenti asilo possono essere "trattenuti" (art. 21) nei casi previsti dalla legge.

Il tempo massimo di soggiorno previsto nei CARA è variabile: venti giorni per il richiedente asilo che si trova nel centro per essere identificato; trentacinque giorni in tutti gli altri casi. A norma dell'art. 22, comma 2, D. lgs. 25/2008, l'allontanamento dal centro non comporta (come avveniva prima dell'entrata in vigore di tale decreto legislativo) l'automatica rinuncia alla domanda di protezione, bensì determina la mera "cessazione delle condizioni di accoglienza".

In ragione del percorso normativo travagliato che ha caratterizzato la

national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states. Report following the visit to Italy (IP/C/LIBE/IC/2006-181), Directorate-General Internal Policies, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs, December 2007, p. 38.

disciplina dei Centri per Richiedenti Asilo, nei primi anni duemila vi è stata una frequente commistione tra questi Centri e i CDA. Alcune strutture che svolgevano la funzione di Centri di Accoglienza avevano, infatti, cominciato ad operare anche come Centri per richiedenti Asilo. *In pratica* avveniva che frequentemente i richiedenti asilo restassero per tutta la durata della procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato presso questi CDA, vale a dire in strutture, come visto, dal carattere ibrido e dal regime giuridico incerto, in assenza della necessaria convalida del giudice e di un qualsiasi regolamento che disciplinasse il regime di vita interno al Centro²³³.

Solo quando il decreto attuativo della legge "Bossi-Fini" (Dpr. n. 303/2004) ha definito il regime di vita e lo *status* giuridico dei CARA (allora Centri di identificazione per richiedenti asilo), tali centri hanno iniziato ad assumere più chiaramente il carattere di "centri aperti": gli ospiti potevano liberamente uscire durante le ore diurne ed assentarsi, previa autorizzazione del prefetto, per periodi più lunghi. Tale facoltà non è comunque concessa a tutte le categorie di richiedente asilo ed in ogni caso può essere esercitata solo nella misura in cui non appare incompatibile con "*l'ordinario svolgimento della procedura semplificata e previa comunicazione al direttore del centro*" (art. 9 D.P.R. n. 303/2004).

A differenza di quanto accade rispetto ai CDA e ai CIE, l'Ente gestore dei CARA è responsabile anche della vigilanza del Centro ed è chiamato a comunicare alla Prefettura gli allontanamenti indebiti dalla struttura dei richiedenti asilo (art. 7, comma 2, D.P.R. n. 303/2004). Le forze di polizia sono invece preposte alla gestione degli accessi alla struttura. Esse determinano gli orari di visita, le modalità di accesso ai Centri da parte dei rappresentanti dell'UNHCR e degli avvocati, degli enti locali o di altri organismi di tutela autorizzati dal Ministero dell'Interno. Pertanto – salvo il diritto di accesso

²³³ G. CAMPESI, *op. cit.*, p. 210.

attribuito alle Commissioni territoriali competenti sul riconoscimento dello status di rifugiato – i CARA sono gestiti come luoghi accessibili a discrezione delle forze di polizia, “nel rispetto dell’ordinata convivenza” e della “sicurezza” all’interno della struttura (artt. 10 e 11 Dpr. n. 303/2004).

I CARA attualmente in funzione sono nove: Bari Palese, Brindisi Restinco, Caltanissetta Pian del Lago, Crotone Sant’Anna, Ancona, Foggia Borgo Mezzanone, Gorizia Gradisca d’Isonzo, Roma Castel Nuovo di Porto, Trapani Salina Grande (di cui i primi quattro menzionati svolgono anche la funzione di CDA).

4. I Centri di Identificazione ed espulsione (CIE)

I Centri di identificazione ed espulsione sono centri “chiusi”, istituiti per il trattenimento amministrativo degli stranieri nelle more della procedura espulsiva e, in rari casi, dei richiedenti asilo. Sin dalla loro istituzione avvenuta mediante la legge “Turco-Napolitano” i CIE (che allora si chiamavano CPTA) hanno chiaramente assunto i tratti di centri chiusi: la legge e il regolamento attuativo, pur affermando che “*la detenzione deve avvenire nel rispetto della dignità dello straniero*” e che a quest’ultimo è comunque assicurata “*la garanzia dei contatti, anche telefonici, con l’esterno*” (art. 12, comma 2, Legge n. 40/1998), stabilivano l’assoluto divieto di allontanarsi da tali centri ed affidavano alle autorità di polizia la responsabilità in materia di sorveglianza e sicurezza interna (art. 12, comma 7, Legge n. 40/1998; art. 20 comma 3 e art. 21, comma 9, Dpr. n. 294/1999). Il questore – mediante il ricorso alla forza pubblica – veniva chiamato, da un lato, ad adottare le misure di vigilanza affinché gli stranieri non si allontanassero indebitamente dal centro e, dall’altro, nel caso in cui ciò fosse avvenuto, a provvedere a ripristinare il trattenimento mediante l’adozione di un nuovo provvedimento di trattenimento.

Anche l'accesso di soggetti esterni a tali strutture veniva fortemente limitato e comunque restava soggetto all'autorizzazione dell'autorità di polizia (art. 21, comma 7 D.P.R. n. 294/1999), alla quale la normativa affidava un enorme potere discrezionale, ulteriormente amplificato dal fatto che le norme varate tra 1998 e 1999 poco disponevano in merito al regime di detenzione, lasciando di fatto agli ordini di servizio ed ai decreti del prefetto il compito di regolare la vita all'interno dei Centri²³⁴.

I CIE operativi in Italia sono undici, per una capienza totale di 1.900 posti circa²³⁵. Di questi undici Centri, sparsi in maniera uniforme sul territorio, solo cinque sono attualmente funzionanti. Gli altri sono temporaneamente chiusi, per lavori o perché in attesa della definizione delle procedure di aggiudicazione della gestione.

4.1 Il Rapporto della Commissione straordinaria del Senato sui CIE

Nel settembre 2014 è stato approvato il Rapporto sui Centri di Identificazione ed Espulsione in Italia, curato dalla Commissione straordinaria per la tutela dei diritti umani del Senato. Il documento, che raccoglie gli esiti di una d'indagine condotta tra il 2013 e il 2014, fa seguito ad un precedente Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per i migranti in Italia, approvato nel 2012²³⁶. Tale rapporto, che consta di oltre 150 pagine, considera le strutture destinate alla detenzione amministrativa degli stranieri irregolari sotto il profilo del rispetto della dignità e dei diritti fondamentali della persona. A seguito della

²³⁴ G. CAMPESI, *op. cit.*, p. 211 ss.

²³⁵ I dati sono stati comunicati dal Ministro dell'interno nel corso di un'audizione presso la Commissione diritti umani del Senato in data 9 luglio 2014.

²³⁶ COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI, XVI LEGISLATURA, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, approvato il 6 marzo 2012.

pubblicazione del documento in oggetto, la Camera dei Deputati ha istituito un'apposita Commissione d'inchiesta sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei C.I.E., nei Centri Di Accoglienza (C.D.A.) e nei Centri di Accoglienza per Richiedenti Asilo (C.A.R.A.).

Dalla lettura del Rapporto emerge nitidamente che il sistema di contrasto all'immigrazione irregolare inaugurato nel 2002 dalla Legge Bossi-Fini ha dato ampia prova di inefficienza rispetto agli obiettivi che si prefiggeva. Secondo la Commissione, nel corso del 2013 sono stati trattenuti 6.016 stranieri, dei quali meno della metà (2.749) sono stati effettivamente rimpatriati, con un tasso di efficacia del trattenimento (rimpatriati su trattenuti) inferiore del 5% rispetto all'anno precedente. Nel 2012, su 326.000 persone irregolari stimate, solo 4.015 sono state rimpatriate dopo un periodo di trattenimento, che corrisponde all'1,2% degli stranieri senza titolo di soggiorno presenti in Italia.

Dato davvero significativo è quello che riguarda il prolungamento del termine massimo di trattenimento: il passaggio dal limite massimo di trenta giorni del 1998 ai diciotto mesi del 2011 non sembra aver inciso sul tasso di efficacia nei rimpatri (+0,3%). Occorre considerare come evidenziato dal Rapporto –che per identificare lo straniero sono, infatti, sufficienti in media quarantacinque giorni, trascorsi i quali l'attesa di una risposta delle autorità consolari poco collaborative risulta poco realistica.

La Commissione straordinaria, confermando quanto già espresso con la risoluzione approvata il 5 marzo 2014, muoveva al Governo numerose richieste d'intervento normativo, tra le quali: diminuire i tempi di permanenza massima nei CIE fino ad un massimo di sessanta giorni; attivare l'identificazione degli stranieri irregolari nell'eventuale periodo di carcerazione che precede il trattenimento; redigere protocolli di collaborazione con le rappresentanze diplomatiche per velocizzare le procedure di identificazione; chiudere definitivamente i diversi centri non

più agibili; garantire, come raccomandato dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni, che venga rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari direttamente dalla questura per gli stranieri particolarmente vulnerabili (casi psichiatrici, malati..); rafforzare il rimpatrio volontario assistito; prevedere, quale misura premiale rispetto alla collaborazione dello straniero all'identificazione, la cancellazione automatica del divieto di reingresso; rivedere i criteri di assegnazione della gestione, affidando i CIE ad un ente gestore unico su scala nazionale, adottando altresì un regolamento unico; istituire programmi di formazione specifica per le figure professionali coinvolte nelle procedure di trattenimento ed espulsione (come chiesto anche dal Relatore speciale sui diritti umani dei migranti nel Rapporto del 2013).

4.2. Il trattenimento nei CIE e la convalida giurisdizionale

Come evidenziato nell'ambito del capitolo precedente, il governo del fenomeno migratorio è stato storicamente caratterizzato dal ruolo centrale svolto dalla discrezionalità dell'Autorità amministrativa e in particolare di polizia. Si trattava di un sistema dove la giurisdizione non aveva cittadinanza proprio perché le regole erano dettate da prassi e circolari²³⁷. Con l'introduzione della legge Martelli, prima legge caratterizzata da un approccio organico alla disciplina dell'immigrazione, la tutela giurisdizionale veniva attribuita alla giurisdizione amministrativa. In questa fase si prevedeva la giurisdizione esclusiva amministrativa per tutte le ipotesi di contenzioso in materia di immigrazione: ingresso, soggiorno e espulsione. Agli atti emanati dagli organi periferici del Ministero dell'Interno corrispondeva in capo allo straniero una posizione di mero interesse

²³⁷ G. SAVIO, *La progressiva erosione del controllo giurisdizionale nelle procedure di allontanamento dei migranti*, in *Quest. Giust.*, n. 5, 2013, p.167.

legittimo, tutelata attraverso un sindacato giurisdizionale di sola legittimità²³⁸. Con l'avvento della Legge Turco-Napolitano, che abrogava la Legge Martelli, al giudice ordinario veniva attribuita la giurisdizione in materia di convalida del trattenimento amministrativo e sulle proroghe. La legge, tuttavia, non stabiliva norme procedurali, ma faceva un generico riferimento agli artt. 737 ss. del codice di procedura civile, dove sono disciplinati i procedimenti in camera di consiglio. L'attribuzione di tali competenze a quello che, all'epoca, era l'unico giudice dei diritti rappresentava un indubbio passo in avanti nella tutela delle prerogative degli stranieri. Si delineava un doppio binario di tutela: il giudice ordinario era competente in materia di procedimento espulsivo e quello amministrativo per i provvedimenti autorizzativi del soggiorno (controversie in materia di rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno). Tale riparto di giurisdizione poneva naturalmente questioni complesse in ragione delle diverse caratteristiche che contraddistinguono le due giurisdizioni – quali il diverso potere istruttorio e la diversa autonomia nel giudizio²³⁹ – e dello spinoso tema della pregiudizialità tra i provvedimenti amministrativi e quello del sindacato giurisdizionale sugli stessi²⁴⁰.

In tale articolato sistema si è inserita la Legge Bossi-Fini che ha profondamente inciso il sistema delle garanzie, prevedendo – come visto

²³⁸ Gli atti amministrativi potevano essere annullati per vizi riconducibili all'incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, secondo la ripartizione classica dei vizi degli atti amministrativi.

²³⁹ Per approfondire il delicato rapporto tra le giurisdizioni rispetto al tema si veda: N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego di titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status del migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Dir. imm. citt.*, n. 4, 2006, p. 27 ss.

²⁴⁰ Per una sintetica ricostruzione degli approdi giurisprudenziali sulle questioni sollevate si veda: G. SAVIO, *La progressiva erosione del controllo giurisdizionale nelle procedure di allontanamento dei migranti*, in *Quest. giust.*, 5/2013, p. 169. In particolare, vengono considerate le pronunce: Cass. civ., sez. I, 20 giugno 2000, n. 8381; Corte Cost., ord. n. 414/2001; Cass. sez. unite, 18 ottobre 2005, n. 20125; Cass. sez. unite, 16 ottobre 2006, n. 22217.

nella ricostruzione normativa del precedente capitolo – rigidi automatismi²⁴¹ e sanzioni penali associate alla procedura amministrativa dell'espulsione dello straniero, nonché abrogando il co. 9 dell'art. 13 T.U. imm. che costituiva l'unica norma procedurale in materia di opposizione alle espulsioni prefettizie.

Orbene, fino all'avvento del D.Lgs. 150/2011, che prevedeva che le controversie in materia di espulsione di cittadini extra UE sono regolate dal rito sommario di cognizione, si è proceduto “senza procedura”. Proprio in questa fase il legislatore aveva piegato la giurisdizione a un ruolo servente rispetto all'azione amministrativa di polizia. Ne seguivano le dichiarazioni d'illegittimità costituzionale e le successive riforme del 2004, all'esito delle quali veniva sottratta ogni competenza al tribunale amministrativo per attribuirla al giudice di pace.

Per quanto riguarda specificamente il controllo giurisdizionale e le sue garanzie procedurali nell'ambito della detenzione amministrativa, occorre ancora una volta partire dalla sentenza costituzionale n. 105/2001, nella quale viene affermato che il meccanismo della convalida giurisdizionale del decreto amministrativo di trattenimento è finalizzata a rendere *“un controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore”*. Nonostante questa affermazione di principio, la convalida giurisdizionale poneva forti limiti ai poteri del giudice, al quale veniva comunque inibito il potere di graduare la durata del trattenimento rispetto alle peculiarità del singolo caso e in funzione delle specifiche esigenze prospettate dall'amministrazione. In particolare ci si riferisce alla disciplina della convalida del primo periodo di trattenimento che anche ad oggi – nonostante l'intervento della legge

²⁴¹ Ci si riferisce in particolare al c.d. “automatismo espulsivo” ex art. 4 co. 3 e 5 T.U. imm. per tutti gli stranieri condannati, anche in via non definitiva, per uno dei reati di cui all'art. 380 cpp. e, come visto, all'immediata esecutività delle espulsioni (associato all'arresto dello straniero da condurre alla frontiera o al CPT) per la contravvenzione di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore.

161/2014 di cui si è dato conto nel precedente capitolo – risulta invariata (le modifiche come si è visto sono state introdotte nel sistema delle successive proroghe del trattenimento).

Secondo quanto disposto dal Testo Unico, è il questore che dispone il trattenimento dello straniero *“per il tempo strettamente necessario presso il centro d’identificazione ed espulsione più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell’interno, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze”*. Ai fini di ottenere la convalida giurisdizionale, richiesta dall’art. 13 della Costituzione, il questore del luogo in cui si trova il centro deve trasmettere copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall’adozione del provvedimento.

Il giudice provvede alla convalida del trattenimento amministrativo mediante decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, nei casi in cui, verificata l’osservanza dei termini di legge e la sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 13 e 14 del T.U. imm.. In ogni caso, il provvedimento di trattenimento cessa di avere effetto qualora non sia osservato il termine per la convalida.

La convalida comporta automaticamente la permanenza nel centro per un periodo complessivo di trenta giorni: al giudice viene concessa la scelta secca di convalidare o non convalidare, ma gli resta inibita la discrezionalità sui tempi della detenzione amministrativa, che sono rigidamente predeterminati dalla legge.

Per comprendere lo svilimento della giurisdizione che questo meccanismo comporta è utile confrontare la convalida del trattenimento amministrativo con quella prevista per la convalida di matrice penalistica; il giudice della convalida dell’arresto o del fermo, decide se la privazione della libertà è avvenuta legittimamente da parte della polizia, dopodiché con *diverso* provvedimento si pronuncia sullo *status libertatis*, decidendo se il soggetto deve essere posto in libertà o sotto custodia carceraria, oppure sottoposto ad

altre misure coercitive²⁴²; il giudice della convalida del trattenimento amministrativo adotta un unico provvedimento con il quale sana la pregressa restrizione della libertà personale e automaticamente dispone per il futuro, senza che intervenga un autonomo titolo di trattenimento successivo alla convalida.

Si evidenzia altresì che, nel silenzio della legge, solo a partire dall'intervento della Corte di Cassazione nel 2010²⁴³ veniva affermata la necessità di celebrare l'udienza, con la presenza dell'interessato e del suo difensore, anche per la proroga del trattenimento – analogamente a quanto previsto per la convalida del primo periodo di trattenimento – a pena dell'incostituzionalità del sistema delle proroghe. Tuttavia, come è stato evidenziato,²⁴⁴ in molte situazioni queste udienze non si celebrano perché il Ministero non riconosce alcun compenso ai giudici di pace (che sono retribuiti a cottimo); in altri casi, si tengono udienze di pochi minuti ma senza la comparizione del trattenuto.

Per quanto concerne lo svolgimento dell'udienza di convalida, essa si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito e dello straniero che, tempestivamente informato, viene condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza. Lo straniero può essere ammesso al gratuito patrocinio a spese dello stato e quando necessario, viene altresì prevista la figura dell' interprete.

Nei casi in cui lo straniero non ha nominato un difensore di fiducia è prevista la assegnazione di un avvocato d'ufficio, scelto ai sensi della legge tra quelli iscritti negli elenchi dei difensori d'ufficio in materia penale. Si deve tuttavia considerare che frequentemente gli avvocati penalisti non sono specializzati

²⁴² G. SAVIO, *La detenzione amministrativa degli stranieri: da misura eccezionale a strumento di (inefficace) controllo ordinario dell'immigrazione illegale e di mortificazione delle garanzie fondamentali*, in *Antigone*, n. 3, 2012, p. 94 ss.

²⁴³ Cass. civ. sez. I, 24 febbraio 2010, n. 4544

²⁴⁴ G. SAVIO, *op.cit.*, p. 105.

in diritto dell'immigrazione²⁴⁵ e questo comporta un indebolimento ulteriore rispetto all'effettività del sistema di garanzie previste per queste udienze. Inoltre, il difensore d'ufficio non viene designato al momento in cui ha inizio il trattenimento ma, come accennato, solo in vista dell'udienza di convalida. Conseguentemente, la comunicazione dell'avvenuta nomina giunge al difensore solo poche ore prima delle udienze di convalida e di proroga. Vi è dunque un intervallo di tempo, potenzialmente di novantasei ore, in cui il trattenuto non gode di assistenza legale e non può preparare le sue difese. Una volta che sia spirato il termine per il trattenimento, il questore può chiedere al giudice di pace una o più proroghe qualora "siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione ovvero sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio". Come visto, in ogni caso il periodo massimo di trattenimento dello straniero all'interno del centro d'identificazione e di espulsione non può essere superiore a novanta giorni, salva l'ipotesi dello straniero già trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a novanta giorni, il quale può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni.

4.3 La giurisprudenza del 2014 in materia di sindacato giurisdizionale sul trattenimento nei CIE

Come visto, il 2014 è stato un anno di svolta per la legislazione in materia di trattenimento amministrativo e allo stesso modo può dirsi altrettanto significativo rispetto all'intervento del formante giurisprudenziale. Tre

²⁴⁵ Si segnala che alcuni ordini forensi (quello di Torino ad esempio) hanno creato apposite liste per i difensori d'ufficio nel locale CIE, subordinandone l'iscrizione alla frequenza a corsi specializzanti.

importanti arresti giurisprudenziali si sono infatti occupati del sindacato giurisdizionale sulla detenzione amministrativa²⁴⁶.

In primo luogo, la Corte di Cassazione²⁴⁷ è stata sollecitata a pronunciarsi sui poteri e i limiti del giudice della convalida dei trattenimenti alla luce dell'art. 5, § 1, lett. f) della CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, con riferimento all'art. 14, D. Lgs. 1998. Al di là dell'esito del ricorso (dichiarato inammissibile, poiché la parte non aveva articolato compiutamente le censure), la Corte ha mostrato segni d'apertura rispetto alla sua consolidata giurisprudenza, secondo cui al giudice della convalida veniva concessa la sola verifica dell'esistenza e dell'efficacia del decreto espulsivo presupposto (o di respingimento differito) senza alcun potere di sindacato sul merito. La Corte si è interrogata, alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, sulla possibile incompatibilità dell'art. 14 T.U. imm., come interpretato dalla stessa Corte di Cassazione, con la norma Convenzionale, e ha formulato una interpretazione "convenzionalmente" orientata della norma. In base a tale interpretazione ha riconosciuto il potere per il giudice della convalida di sindacare – incidentalmente – anche la manifesta illegittimità dei decreti presupposto del trattenimento.

A distanza di un mese, la stessa VI sezione della Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta sull'argomento, compiendo un ulteriore passo avanti nella definizione dei poteri del giudice della convalida sul trattenimento²⁴⁸. La Cassazione ha riconosciuto per la prima volta che la c.d. "doppia tutela" fondata sulla separatezza e l'autonomia dei due giudizi – quello a cognizione piena relativo all'opposizione all'espulsione, e quello

²⁴⁶ Per una analisi sistematica dei tre arresti giurisprudenziali si rinvia a: G. SAVIO, *I trattenimenti nei CIE alla prova delle giurisdizioni nazionale ed europea: poteri del giudice della convalida e condizioni per la proroga del trattenimento*, in *Dir.imm.citt.*, 2, 2014, pp. 73 ss.

²⁴⁷ Cass. Sez.VI civ., ordinanza n. 12609 del 05/06/2014.

²⁴⁸ Cass. Sez. VI civ., sent. n. 17407 del 11/07/2014

esclusivamente limitato al controllo dell'esistenza ed efficacia del provvedimento presupposto (oltre che al riscontro delle condizioni di legittimità del trattenimento) – può produrre una rilevante lesione del diritto a non essere privati ingiustificatamente della libertà personale.

Sulla base dei due precedenti giurisprudenziali, pertanto, il sindacato giurisdizionale sul provvedimento di convalida del trattenimento non deve essere limitato alla verifica delle condizioni giustificative dell'adozione della misura indicate nel D. Lgs. n. 286/1998, all'art. 13, comma 4 bis e all'art. 14, comma 1, bensì deve comprendere la valutazione sull'esistenza ed efficacia del provvedimento espulsivo nonché la verifica della sussistenza di condizioni di manifesta illegittimità del medesimo provvedimento espulsivo, in quanto indefettibile presupposto della disposta privazione della libertà personale²⁴⁹. Infatti, alla luce di un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata dell'art. 14 del d.lgs. n. 286/1998, in relazione all'art. 5, § 1, CEDU, il giudice di pace, in sede di convalida del decreto di trattenimento dello straniero, deve comunque rilevare incidentalmente ai fini della decisione di sua competenza la manifesta illegittimità originaria del provvedimento di espulsione, consistente nell'aver l'Amministrazione agito al di fuori della propria competenza ovvero in mala fede²⁵⁰.

In terzo luogo, nello stesso periodo un'importante sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Bashir Mohamed Ali Mahdi²⁵¹ – è intervenuta sugli aspetti procedurali relativi alla proroga del trattenimento. Sollecitati dal ricorso in via incidentale sollevato da Tribunale amministrativo di Sofia, i giudici di Lussemburgo si sono espressi sull'interpretazione dell'art. 15 della Direttiva Rimpatri (2008/115/CE), affermando l'obbligo di adottare in forma scritta e motivata qualsiasi decisione assunta dalle autorità

²⁴⁹ Cass. Sez. VI civ., sent. n. 17407 del 11/07/2014

²⁵⁰ Cass. Sez. VI civ., ord. n. 12609 del 5.6.2014.

²⁵¹ CGUE, causa C-146/14 PPU Bashir Mohamed Ali Mahdi, 5 giugno 2014.

competenti dopo il periodo di sei mesi di trattenimento, da effettuarsi caso per caso, da cui può scaturire l'applicazione di una misura meno coercitiva, affermando anche che la sola circostanza che il trattenuto sia privo di documenti d'identità non consente la proroga del trattenimento, dovendosi escludere che ciò costituisca automaticamente prova di una sua mancata collaborazione. Come visto nell'ambito del precedente capitolo, in linea con tale statuizione si colloca il percorso di riforma del meccanismo delle proroghe previsto dalla legge 161/2014.

Nonostante la diversità di prospettive che naturalmente anima la giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella delle Corti interne, le pronunce ora richiamate mostrano un approccio garantista rispetto alla limitazione della libertà personale degli stranieri: da un lato, in via interpretativa, la Cassazione conferisce al potere giurisdizionale un sindacato più pregnante sulle scelte dell'autorità amministrativa; dall'altro, la Corte di Giustizia impone ai poteri esecutivi degli Stati membri maggiori oneri motivazionali e alle giurisdizioni domestiche una valutazione individuale, caso per caso, per la legittima prosecuzione del trattenimento dello straniero.

Conclusioni

Detenzione *di fatto* e garanzie del *diritto*

1. La tutela giurisdizionale della libertà personale dello straniero irregolare. Un lusso che *dobbiamo* concederci. – 2. Alla ricerca dei principi dell'*habeas corpus* perduti. – 2.1. *L'illegittimità* costituzionale dell'art. 14 del D.lgs. n. 286/1998. – 2.2. L'art. 23 del DPR n. 394/1999: l'interpretazione della norma. – 2.3. L'azione cautelare ex art. 700 c.p.c. – 3. Nuove frontiere nell'ambito della tutela della libertà personale.

Muovendo dall'analisi del "caso Lampedusa", il presente lavoro ha affrontato il tema delle garanzie sostanziali e procedurali che assistono il diritto alla libertà personale degli stranieri nell'ambito delle politiche di controllo dell'immigrazione irregolare. È Proprio a partire dalle questioni sollevate da tale *case-study*, infatti, che è stata individuata la *research question* dello studio condotto: quale è lo statuto della libertà personale degli stranieri che sbarcano sulle nostre coste e che si trovano nel limbo giuridico della fase della *pre-admittance*?

Nel corso della trattazione si è messo in evidenza come tanto la detenzione amministrativa degli stranieri – che si svolge a norma di legge nei CIE – quanto tutte le altre forme di privazione della libertà personale che hanno luogo nei Centri dell'immigrazione – dunque anche nei CSPA, come quello di Lampedusa – siano necessariamente soggette al rispetto dei principi dell'art. 13 Cost. nonché di quelli sanciti dagli strumenti di diritto sovranazionale precedentemente esaminati (cfr., *supra*, cap. 2 e cap. 3). Tale affermazione trova conforto nella giurisprudenza costituzionale, e in particolare nella sentenza n. 105 del 2001, secondo cui, come visto, né lo *status*

di non-cittadino, né la funzione di soccorso e accoglienza prevista dalla disciplina dei CSPA possono limitare la portata delle garanzie della riserva di legge e di giurisdizione. Questi principi hanno trovato attuazione nelle norme del T.U.imm. che disciplinano il procedimento di espulsione e la connessa eventuale fase del trattenimento amministrativo (cfr. *supra*, cap.4)

Giunti a questo punto del lavoro, occorre tentare di dare risposta ai seguenti interrogativi: se è vero, come appena ricordato, che la libertà personale dello straniero irregolare è sulla carta tutelata al pari di quella di ogni cittadino come è stato possibile che avessero luogo sistematiche e reiterate forme di detenzione arbitraria come quella avvenuta nel CSPA lampedusano? Data tale situazione, quali potrebbero essere, *de jure condito* e *de jure condendo*, gli *anticorpi* che il nostro ordinamento mette in campo per rispondere adeguatamente a tali violazioni?

1. La tutela giurisdizionale della libertà personale dello straniero irregolare. Un lusso che *dobbiamo* concederci

I trattenimenti *de facto* di coloro che sono sbarcati a Lampedusa si pongono, come visto, in frontale contrasto con la tutela dell'*habeas corpus*²⁵².

Come rilevato in dottrina, “*La doxa dominante è che la tutela giurisdizionale dello straniero è un lusso che non possiamo concederci*”²⁵³. Le prassi di polizia descritte con riferimento al caso Lampedusa sembrano confermare la “*doxa dominante*”: nonostante la previsione di cui all’art. 13 Cost. non sembri lasciare spazio a deroghe e vuoti di tutela, la riserva di giurisdizione è stata considerata *un lusso* di cui per ragioni pratiche e organizzative legate alla gestione dei flussi di stranieri in ingresso è stato necessario sbarazzarsi.

²⁵² Sullo statuto costituzionale dello straniero, con abbondanza di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale e immigrazione illegale*, in *Cass. Pen.* n. 1/2013, pp. 400 e ss.; (particolare attenzione alle garanzie dell'*habeas corpus* è data a pp. 427 e ss.)

²⁵³ A. PUGGIOTTO, *Purchè se ne vadano*, *op.cit.*, p.344 (paragrafo 6).

Occorre prendere atto che il *formale riconoscimento* dei principi di *habeas corpus* cristallizzati nella previsione della convalida giurisdizionale del trattenimento amministrativo (di cui all'art. 14 T.U. imm.), non ha impedito che si sviluppassero le pratiche di detenzione illegittima, sistematicamente poste in essere alla frontiera. Lo strumento di controllo ordinario previsto dalla legge non è riuscito, in altre parole, a garantire proprio quei soggetti più vulnerabili al cospetto dell'ordinamento. Si tratta di coloro che non hanno ancora uno *status* giuridico definito rispetto alla legge italiana (vale a dire che non sono ancora stati qualificati come migranti irregolari o richiedenti asilo). Al contrario, *l'effettivo* accesso alla tutela giurisdizionale avrebbe due immediate conseguenze. In primo luogo, si cancellerebbero le prassi d'illegittima privazione della libertà personale che, come visto, non trovano giustificazione nel nostro ordinamento. In secondo luogo, come ulteriore effetto si otterrebbe una maggiore permeabilità dei Centri di Primo Soccorso e Accoglienza e una maggiore trasparenza rispetto alla gestione di tali Centri.

2. Alla ricerca dei principi dell'*habeas corpus* perduti

Nel corso della presentazione de caso Lampedusa si è dato conto del fatto che le Agenzie italiane deputate a raccogliere la denuncia delle gravi violazioni commesse sull'isola (quelle giudiziarie e quelle governative) non hanno dato alcun peso al caso; d'altra parte, ancora si attende una pronuncia in sede sovranazionale (in particolare la pronuncia della Corte EDU). Unica ragione addotta dalle nostre Autorità a giustificazione delle pratiche detentive che sistematicamente hanno violato i diritti fondamentali è stata il generico richiamo all'*emergenza sbarchi* che, come visto, ciclicamente interessa il nostro Paese. Tale argomento, tuttavia, a nulla vale, poiché come premesso nella presentazione del case study, non può giustificare sul piano *giuridico* le condotte denunciate.

Allo stato attuale, esistono nel nostro ordinamento strade percorribili in grado di dare risposta alle violazioni riscontrate?

2.1. *L'illegittimità costituzionale dell'art. 14 del D.lgs. n. 286/1998*

Come visto, l'unica *base legale* evocata per giustificare il trattenimento nei Centri di Primo Soccorso e Accoglienza è costituita da una fonte di natura regolamentare (l'art. 23 DPR n. 394/1999), non esistendo tuttora una previsione legale – che abbia appunto rango di fonte primaria – che legittimi il trattenimento. Orbene, tale circostanza parrebbe prima facie escludere che della questione possa essere investita la Corte costituzionale. A ben vedere, la Consulta potrebbe essere chiamata pronunciare una sentenza additiva, d'incostituzionalità dell'art. 14 D.lgs. n. 286/1998, «nella parte in cui non prevede» che le procedure e le garanzie ivi contenute si applichino anche ai trattenimenti nei CPSA; Tuttavia, da un lato, è davvero difficile ipotizzare che i Giudici costituzionali si spingano fino a una simile operazione interpretativa, dall'altro, è da tenersi in conto che in via preliminare si deve prima riuscire ad instaurare un giudizio *a quo*²⁵⁴.

2.2. *L'art. 23 del DPR n. 394/1999: l'interpretazione della norma*

È stata altresì ipotizzata la strada dell'*interpretazione ortopedica* dell'art. 23 DPR n. 394/1999²⁵⁵. Il secondo comma di tale disposizione, infatti, dispone che «*Gli interventi di cui al comma 1 [accoglienza ed assistenza] sono effettuati a cura del prefetto con le modalità e con l'imputazione degli oneri a norma delle*

²⁵⁴ NATALE A., *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, in *Questione giustizia*, 2013, 5, p. 181 ss.

²⁵⁵ NATALE A., *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, *op.cit.*

disposizioni di legge in vigore, comprese quelle del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563» La norma in parola è considerata una disposizione di carattere prettamente finanziario; tuttavia, , si può ritenere che – dovendo il prefetto provvedere agli interventi di assistenza con modalità conformi alle disposizioni di legge in vigore – l’ autorità amministrativa debba garantire anche agli stranieri trattenuti nei CPSA il godimento delle prerogative previste per *qualsiasi altra restrizione della libertà personale*²⁵⁶. In altre parole, la locuzione “disposizioni di legge in vigore” dovrebbe essere interpretata come richiamo alle norme del T.U. imm. che dettano i presupposti e le procedure per la detenzione amministrativa degli stranieri.

A ben vedere, tale l’ interpretazione dell’ articolo 23 non sembra funzionare per una fondamentale circostanza: nonostante sia in ultima analisi finalizzata all’ ampliamento delle garanzie individuali, essa porterebbe, nell’ immediato, al paradosso dell’ emissione di un provvedimento restrittivo non previsto

²⁵⁶ NATALE ricorda a tal proposito che non sarebbe la prima volta che, attribuendosi rilievo diretto a garanzie costituzionali si è colmata una lacuna legislativa. A sostegno di tale assunto viene riportato un precedente giurisprudenziale della Corte di Cassazione, già trattato nell’ ambito del presente lavoro. A fronte di una legislazione che disciplinava la procedura di controllo sulla *convalida* del trattenimento (con previsione di precise garanzie di partecipazione e diritto di difesa) e nulla diceva rispetto alle garanzie del procedimento per la *proroga* del trattenimento, la Corte di cassazione ha colmato la lacuna, dando immediato rilievo agli artt. 3 e 24 Cost.. In particolare, ha sostenuto la Corte: «*al procedimento giurisdizionale di decisione sulla richiesta di proroga del trattenimento presso un Centro di Permanenza Temporanea dello straniero, già sottoposto a tale misura per il primo segmento temporale previsto dalla legge, devono essere applicate le stesse garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell’ audizione dell’ interessato, che sono previste esplicitamente, ai sensi dell’ art. 14, quarto comma, del d.lgs. n. 286 del 1998, nel procedimento di convalida della prima frazione temporale del trattenimento, essendo tale applicazione estensiva imposta da un’ interpretazione costituzionalmente orientata del successivo comma quinto, relativo all’ istituto della proroga, tenuto conto che un’ opposta lettura delle norme sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.*» (cfr. Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 4544 del 24/02/2010, Ced Rv. 611905, ric. E. contro Ministero dell’ Interno; in senso conforme Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 13767 del 08/06/2010, Ced Rv. 613688, ric. R. Y. contro Min. Interno ed altro).

dalla legge. Inoltre, sembra difficile ipotizzare che qualche prefetto possa percorrere tale via, essendo, "più agevole provvedere al trattenimento dello straniero con meri comportamenti materiali (o, al più, con provvedimenti generali, che assumono poi portata individualizzante solo per il tramite di comportamenti materiali, ossia la traduzione in un CSPA)"²⁵⁷.

2.3. L'azione cautelare ex art. 700 c.p.c.

Non essendo soddisfacenti le due vie fin d'ora prospettate, resta da valutare la strada dell'azione in sede civile, volta all'accertamento della lesione del diritto soggettivo all'*habeas corpus* – che nel nostro ordinamento è espressamente riconosciuto dall'art. 13 Cost. – con conseguente domanda di condanna al risarcimento del danno²⁵⁸. A ben vedere, non è la prima volta che, in materia di violazioni dei diritti fondamentali poste in essere nei confronti di soggetti sottoposti a privazione della libertà personale, si chiama in causa lo strumento dell'azione civile²⁵⁹.

In particolare, gli effetti del giudizio di cognizione dovrebbero essere necessariamente anticipati da un'azione cautelare ex art. 700 c.p.c., volta ad ottenere la tempestiva cessazione della misura privativa della libertà. Con

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ In caso di richiesta di risarcimento del danno da "trattenimento illegittimo" la giurisdizione competente a conoscere della causa è quella ordinaria. (perché illegittimamente prorogato), Cass. Sez. Un. civili, Ordinanza n. 9596 del 13/06/2012, Rv. 622635: «La domanda di risarcimento del danno da detenzione illegale per illegittima proroga del trattenimento dello straniero appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, poiché davanti al medesimo, quale giudice dei diritti, si svolge il subprocedimento di proroga, con le stesse garanzie del contraddittorio previste dall'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 per la convalida della prima frazione temporale del trattenimento, essendo egli dotato del potere di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo incidente sulla libertà della persona ed essendo competente, quindi, a decidere sul risarcimento del danno cagionato dall'eventuale illegittimità».

²⁵⁹ F. VIGANÒ, *La Cassazione sul risarcimento da lesione dei diritti dei detenuti: un importante seguito alla sentenza Torreggiani c. Italia della Corte EDU*, 13 gennaio 2013, *DirPenCont*

riferimento al caso Lampedusa, il *convenuto* sarebbe da individuare nel Prefetto, il quale ai sensi dell'art. 23 DPR 394/1999, è il soggetto istituzionale responsabile della gestione del CPSA e, comunque, opera come rappresentante delle articolazioni territoriali del Governo.

Si condivide, inoltre, l'opinione di chi ha notato che il ricorso ex art. 700 c.p.c. avrebbe il pregio di riavvicinare alla giurisdizione ordinaria, ed in particolare quella civile, alla questione della tutela dei diritti di libertà dei migranti²⁶⁰. In effetti, come visto nell'ambito della ricostruzione storica della disciplina (cfr. *supra*, capitolo 4) la giurisdizione in materia di libertà personale degli stranieri è stata demandata dal legislatore alla giurisdizione penale (fino al 2011 recepimento della c.d. Direttiva Rimpatri) e a quella onoraria²⁶¹.

Lo strumento cautelare in parola, tuttavia, porta con sé una serie di criticità. In punto di *effettività*, infatti, tale ricorso si scontra con le condizioni materiali descritte con riferimento al caso Lampedusa e riscontrabili, sebbene ciascuno con le proprie specificità, anche con riferimento agli altri CPSA situati nelle zone costiere. Come visto rispetto al caso Lampedusa, i CPSA sono generalmente strutture isolate, nelle quali anche i legali accedono difficilmente, sicché sembra difficile immaginare che concretamente lo straniero, appena sbarcato sul territorio nazionale, spesso in precarie condizioni dopo avere affrontato il viaggio, riesca a comprendere la situazione giuridica in cui versa (che come visto non è formalizzata in alcun provvedimento amministrativo) e riesca contattare un legale; il quale – a sua volta – deve riuscire non solo a raggiungere il Centro (impresa che nel caso di Lampedusa non è semplice, data la posizione geografica dell'isola) ma anche ad accedervi (circostanza nient'affatto scontata) al fine di farsi rilasciare un mandato alle liti. Le condizioni materiali di isolamento rischiano, a ben

²⁶⁰ A.NATALE, *op. cit.*

²⁶¹ cfr., per tutti, da ultimo, A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale, op. cit.*, pp. 429-430.

vedere, di rendere *concretamente* ineffettiva anche tale via di ricorso giurisdizionale, la quale *astrattamente* sembra costituire uno strumento idoneo alla tutela del diritto alla libertà personale degli stranieri detenuti arbitrariamente nei pressi delle frontiere.

3. Nuove frontiere nell'ambito della tutela della libertà personale

Alla luce delle considerazioni svolte occorre dare atto di una lacuna del sistema: allo stato non si scorgono infatti soluzioni soddisfacenti in grado di prevenire l'elusione del dettato dell'art. 13, comma 2, Cost., nel caso di detenzioni arbitrarie come quelle avvenute nel Centro di Lampedusa.

Occorre prendere atto che nel diritto dell'immigrazione manca un rimedio generale di *habeas corpus* contro le *illegittime* compressioni della libertà personale degli stranieri disposte dall'autorità di polizia. A bene vedere manca perfino la previsione di un'autorità giurisdizionale – con funzioni assimilabili a quelle svolte dalla magistratura di sorveglianza rispetto ai detenuti negli istituti carcerari – in grado di controllare il rispetto dei diritti fondamentali degli internati nei Centri dell'immigrazione²⁶².

Sembra doversi auspicare un intervento riformatore del legislatore finalizzato a rendere effettive le garanzie previste dall'art. 13 Cost. rispetto a *tutte* le forme di privazione della libertà personale, indipendentemente dal luogo in cui queste vengono eseguite.

In conclusione al di là della prospettiva adottata dal giurista, ossia la ricerca di rimedi efficaci per la tutela di diritti soggettivi, l'esperienza del "caso

²⁶² F. VIGANÒ, *La Cassazione sul risarcimento da lesione dei diritti dei detenuti: un importante seguito alla sentenza Torreggiani c. Italia della Corte EDU*, in *DirPenCont.*, 18 gennaio 2013. In questa breve scheda alla sentenza *Cass. pen., sez. I, sent. 15.1.2013*, l'Autore mette in relazione la domanda di condanna dell'amministrazione penitenziaria al risarcimento dei danni derivanti da lesione dei diritti del detenuto con la tutela dei diritti soggettivi nell'ambito della detenzione amministrativa degli stranieri.

Lampedusa” ci sottopone interrogativi di ordine culturale, i quali attengono al valore che intendiamo riconoscere ai diritti fondamentali indipendentemente dalle contingenze geopolitiche. A tal proposito è interessante ripercorrere i tratti essenziali della teoria prospettata da una sociologa esperta della materia²⁶³.

La tesi di fondo è che nessun luogo come l’isola di Lampedusa è in grado di offrire “lo spettacolo del confine”²⁶⁴. La conformazione territoriale dell’Isola e la sua posizione geografica consentono, infatti, di allestire tale “spettacolo del confine” a partire dalla costruzione dell’idea di “sbarco”. L’idea dello sbarco, ampiamente rievocata con riferimento ai flussi migratori in ingresso, è tuttavia altamente fuorviante dato che i gommoni e i barconi non approdano praticamente mai autonomamente sull’isola, ma sono nella quasi totalità dei casi intercettati al largo e poi trainati o comunque scortati in porto dai mezzi della Guardia costiera. Se a fronte della continua riproposizione di queste immagini dall’alto contenuto simbolico – l’idea dello sbarco massiccio di stranieri evoca l’idea dell’ invasione – si associa la mancanza assoluta d’informazione rispetto a quanto accade nel lasso temporale immediatamente successivo, si coglie come l’intero fenomeno dell’immigrazione venga percepito in modo distorto.

Tale prospettazione è coerente con la circostanza secondo cui – come messo in luce nell’ambito della presentazione del *case study* – le immagini consegnate dalle Autorità all’opinione pubblica non vanno oltre i drammatici momenti dell’arrivo e non ritraggono mai la fase in cui gli stranieri sono condotti nel Centro di Primo Soccorso e Accoglienza con un incerto destino, fatto di privazione della libertà personale, discrezionalità amministrativa e negazione dei diritti d’informazione e di difesa.

²⁶³ SOSSI F., *Lampedusa, l’isola che non c’è*, in (a cura di) CUTITTA P. – VASSALLO PALEOLOGO F., *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2006, pp. 251 ss.

²⁶⁴ SOSSI F., *Lampedusa, l’isola che non c’è*, op. cit., p. 251 ss.

Proprio attraverso tale spettacolarizzazione del confine, le Autorità hanno prodotto il “*consenso necessario a per far accettare tutte le pratiche, giuridiche e non, di repressione dell’immigrazione*”²⁶⁵.

Così Lampedusa si è trasformata nell’“*L’isola che non c’è*”²⁶⁶. Un’isola dove i giorni che trascorrono non esistono, dove il tempo è sospeso e della privazione di libertà incontrollata non rimane traccia neppure nei successivi provvedimenti di convalida giurisdizionale sul territorio. Così, per migliaia di stranieri “sbarcati” sulle coste lampedusane, la prigionia *di fatto* è stata accompagnata da una prigionia *di diritto*. Il *limbo* esistenziale e giuridico in cui sono stati confinati i migranti e i richiedenti asilo non ha permesso alle garanzie del diritto alla libertà personale di trovare spazio.

Questa suggestiva ricostruzione vale a descrivere un processo d’insensibilizzazione rispetto al contesto sociale ma nulla dice rispetto all’apparente lacuna del sistema della tutela giurisdizionale.

²⁶⁵ *ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*.

Bibliografia

AAS K. - BOSWORTH M., *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013

ADINOLFI A., *I lavoratori extracomunitari. Norme interne e internazionali*, Il Mulino, Bologna, 1992

AGAMBEN G., *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press, Stanford, 1998

AGAMBEN G., *State of Exception*, University of Chicago Press, Chicago, 2005

AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA SUI DIRITTI FONDAMENTALI E CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2014.

ALBERTI G., *Across the borders of Lesvos: the gendering of migrants' detention in the Aegean*, *Feminist Review*, 2010, Vol. 94, pp. 138–147

ALGOSTINO A., *Lo straniero "sospeso" fra tutela dei diritti fondamentali della persona umana e esigenze di un efficiente controllo dell'immigrazione*, nota a C. Cost. n. 105/2001, in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, p. 1345

ALIVERTI A., *Crimes of Mobility: Criminal Law and the Regulation of Immigration*, Routledge, 2013

AMATO G., *Diritti e doveri dei cittadini*. Sub Art. 13, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967

AMBROSINI M., *Richiesti e respinti. L'immigrazione in Italia: come e perché*, Il Saggiatore, 2010

AMNESTY INTERNATIONAL UK, *Out of Control: The Case for a Complete Overhaul of Enforced Removals by Private Contractors*, 2011, in www.amnesty.org.uk

ANDERSON B., GIBNEY M.J., PAOLETTI E., *Boundaries of belonging: deportation and the constitution and contestation of citizenship*, in *Citizenship Studies*, 2011, 15(5), pp. 543-545

ANGIOLINI V., *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, nota a C. Cost. n. 105/2001, in *Dir. imm. e citt.*, n. 2, 2001, p. 109

ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE (ASGI), *Le modifiche ad espulsioni e trattenimenti inserite dalla legge 161/2014*, in www.asgi.it

BACON C., *The Evolution of Immigration Detention in the UK: The Involvement of Private Prison Companies*, Refugee Studies Centre Working Paper No. 27, Department of International Development, University of Oxford, 2005

BAILEY R., *Up against the wall: bare life and resistance in Australian immigration detention*, in *Law and Critique*, 2009, 20, pp. 113 - 132

BALDACCINI A., *The Return and removal of irregular migrants under EU Law: an analysis of the Return Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, k Vol. 11, 1, p. 1-17

BANKS J., *The criminalisation of asylum seekers and asylum policy*, in *Prison Service Journal*, 2008, 175, pp. 43-49

BARATTA R., *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, in Benvenuti P. (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ed. Il Sirente, L'Aquila, 2008, p. 8

BARBAGLI M., *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2008

BARBERA A. - FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, II ed., Bologna, il Mulino, 2012,

BARBERA A., *Sub Art. 2*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975

BARBERINI R. – CASUCCI M., *La Corte di Giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14 co. 5 e la Direttiva Rimpatri*, in *Cassazione penale*, 2011, p. 1615

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984

BARNETT H., *Constitutional and Administrative Law*, 9th ed., Routledge, 2011

S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, CEDAM, 2012, p. 135.

BASCHERINI G., *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 1680

- BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali*, Jovene, 2007
- BATTISTI A.M., *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, pp. 3324-3347
- BIANCHI M. - BUONANNO P. - PINOTTI P., *Immigration and crime: an empirical analysis*, 2008, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni
- BIETLOT M., *Centres for Third Country Nationals: Briefing Paper*, European Parliament, Directorate-General Internal Policies, Policy Department C: Citizens, Rights and Constitutional Affairs, Bruxelles, 2006
- BIETLOT M., *Le camp, révélateur d'une politique inquiétante de l'étranger*, *Cultures & Conflits*, 2005, n. 57, 221-250
- BIGO D., *Security and Immigration: Toward a Critique of the Government of Unease*, in *Alternatives: Global, Local, Political*, Vol. 27, 63-92
- BRAITHWAITE J., *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, in *British Journal of Criminology*, 2000, 40(2), 222-238.
- BIN R. - BRUNELLI G. - PUGIOTTO A. - VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione - Atti del Seminario di Ferrara del 26 gennaio 2001*, Torino, Giappichelli, 2001
- BLOCH A. - SCHUSTER L., *At the extremes of exclusion: deportation, detention and dispersal*, in *Ethnic and Racial Studies*, 2005, 28(3), pp. 491-512
- BONETTI, *Profili generali della disciplina del trattenimento*, in Nascimbene (a cura di) *Diritto degli stranieri*, Cedam, 2004, p. 599
- BOSNIAK L., *Being here: ethical territoriality and the rights of immigrants*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, 8(2), pp. 389-410
- BOSWORTH M., *Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales*, in *Citizenship Studies*, 2011, p. 583-595
- BOSWORTH M. (2014), *Inside Immigration Detention*, Oxford University Press.
- BOSWORTH M., *Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales*, in *Citizenship Studies*, 2011, 15(5), pp. 583-595
- BOSWORTH M., *Immigration detention*, in *Criminal Justice Matters*, 2009, 71(1), p. 24

BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 85

BRICOLA F., *Forme di tutela ante delictum e profili di costituzionalità della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del convegno di studi "Enrico De Nicola", Giuffrè 1975, ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, 1997, p. 96

BRYAN I. - LANGFORD P., *The lawfull detention of Unhauthorized Aliens under the European system for the Protection of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2011, 80(2), 2011, p. 196

BURNETT J. - CHEBE F., *Captive labour: asylum seekers, migrants and employment in UK immigration removal centres*, in *Race & Class*, 2010, 51(4), pp. 95-103

CALCAGNO E., *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*, in *Diritto penale e processo*, 2005, p. 299

CALOZ-TSCHOPP M.C., *On the detention of aliens: the impact on democratic rights*, in *Journal of Refugee Studies*, 10(2), pp. 165-180

CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri*, Carocci editore, 2013

CANCELLARO F., MASERA L., ZIRULIA S., *Report dal Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, isola di illegalità ai confini di uno Stato di diritto*, in www.meltingpot.org, 27 agosto 2011

CAPUTO A., *Giurisprudenza costituzionale e immigrazione illegale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 400 ss.

CAPUTO A., *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2009, pp. 83-86

CAPUTO A. - PEPINO L., *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà degli arresti*, in *Questione Giustizia*, 1/2005, p. 9

CAPUTO A., *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 1, pp. 45-64.

CAPUTO A., *Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione*, in Donini M. – Pavarini M. (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, 2011, p. 155

CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, 2006

CAPUTO A., *I reati in materia di immigrazione*, in Palazzo F. - Paliero C.E. (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. IX, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Giappichelli, 2012, p. 3

CAPUTO A., *Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto*, in *Questione giustizia*, 2006, 2, p. 283

CAPUTO A., *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore*, in Corbetta S. - Della Bella A. - Gatta G.L. (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, 2009, p. 271

CAPUTO A., *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10, 2010, p. 1187

CAPUTO A., *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 1, p. 60.

CAPUTO A., *La protezione costituzionale della libertà personale*, in *Questione giustizia*, 2008, n. 6, p. 138-161

CAPUTO A., *Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2003, p. 127

CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, 2002

CARETTI P., *La libertà personale nella Costituzione*, in *Questione giustizia*, numero monografico *La libertà delle persone*, n. 2-3, 2004, p. 231

CARETTI P., voce *Libertà personale*, in *Dig. Dir. pubbl.*, vol. IX, Utet, 1994, p. 233

CARTABIA M., *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, p. 10

CASADONTE A.- DI BARI P.L., *L'espulsione, l'accompagnamento coatto alla frontiera e il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, n. 2/2002, p. 40

CASSESE A., *Sub art. 10*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1980

CERASE M., *Rilevanza penale dell'espulsione dello straniero: la Corte costituzionale smentisce se stessa?*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 1541

CERRI A., *Libertà: II. Libertà personale – diritto costituzionale* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani XIX*, Roma, 1991

CERRONE F., *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Politica del diritto*, 1995, 3, p. 441

CHACÓN J.M., *Commentary: blurred boundaries in immigration: unsecured borders: immigration restrictions, crime control and national security*, in *Connecticut Law Review*, 2007, 39(5), pp. 1827-1893

CHACÓN J.M., *Managing migration through crime*, in *Columbia Law Review*, 2009, 109(1), pp. 135–148

CHIAVARIO, *Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per i reati doganali*, nota a C. Cost. n. 120/1967, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967, p. 1577

CHIURI C. - CONIGLIO N. - FERRI G., *L'esercito degli invisibili. Aspetti economici dell'immigrazione clandestina*, Il Mulino, Bologna, 2007

CINANNI G., *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3457

CLÉMENT S., *L'internement administratif des étrangers en situation irrégulière*, Paris, L'Harmattan, 2011

CLEMENTS, *Bail Guidance for Immigration Judges 2012*, Ministry of Justice, in www.judiciary.gov.uk

COFFEY G.J., KAPLAN I., SAMPSON R., TUCCI M.M., *The meaning and mental health consequences of long-term immigration detention for people seeking asylum*, in *Social Science & Medicine*, 2010, 70(12), pp. 2070-2079

COLEMAN M., KOCHER A., *Detention, deportation, devolution and immigrant incapacitation in the US, post 9/11*, in *The Geographical Journal*, 2011, 177(3), pp. 228-237

COLLICA M.T., *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24.6.2011

COMMITTEE ON MIGRATION, REFUGEES AND POPULATION, *Europe's "boat-people": mixed migration flows by sea into southern Europe. Report to the Parliamentary Assembly*, 11.7.2008, in www.assembly.coe.int

CORNELISSE G., *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2010

CORNELISSE G., *Immigration detention and the territoriality of universal rights*, in De Genova N. - Peutz N. (eds.), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Duke University Press, 2010, London, pp. 101-122

CORSI C., *Lo Stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001

COSSIRI A., *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Forum Costituzionale*, 12.3.2015 (in corso di pubblicazione su *Quaderni Costituzionali*)

COSTELLO C., *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration detention under International Human Rights and Eu Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2012, vol. 19, no. 1, p. 258

COUNCIL OF EUROPE, PARLIAMENTARY ASSEMBLY, COMMITTEE ON MIGRATION, REFUGEES AND POPULATION, *Report on the visit to Lampedusa (23-24 May 2011)*, 30.9.2011, in www.assembly.coe.int

COUNCIL OF EUROPE, *Report to the Government of the United Kingdom on the visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 November to 1 December 2008*, CPT/Inf (2009) 30, Strasbourg, 2009, in www.cpt.coe.int

COUNCIL OF EUROPE, *Response of the United Kingdom Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) following its visit to the United Kingdom from 18 November to 1 December 2008*, CPT/Inf (2009) 31, Strasbourg, 2009, in www.cpt.coe.int

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II/1: *L'ordinamento costituzionale italiano*, VI ed., Padova, 1993

CUTITTA P. - VASSALLO PALEOLOGO F. (a cura di), *Migrazioni, frontiere e diritti*, Edizioni Scientifiche italiane, 2006

CUTITTA P., *Segnali di confine. Il controllo dell'immigrazione nel mondo-frontiera*, Milano, Mimesis, 2007.

CLARK D. - MCCOY G., *The most Fundamental right: Habeas Corpus in the Commonwealth*, Oxford University Press, 2000

D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione italiana (Asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Cedam, 1992

D'ORAZIO G., *Straniero (condizione giuridica dello), I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993

D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova 1992

DAL CANTO F., *I diritti e i doveri costituzionali*, in ROMBOLI R., (a cura di) *Manuale di diritto costituzionale, italiano ed europeo*, Giappichelli, p. 174

DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, 1999

DE ZAYAS A., *Human rights and indefinite detention*, in *International Review of the Red Cross*, 2005, 87, pp. 15-38

DEMLEITNER N.V., *Immigration threats and rewards: effective law enforcement tools in the "war" on terrorism?* in *Emory Law Journal*, 2002, 51(3), pp. 1059-1094

DI MARTINO A., *Centri, Campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, n.1, p. 17

DI MARTINO A., *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11.5.2012

DI MARTINO A. - RAFFAELLI R., *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26.7.2011

DOLSO G.P., *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, p. 3221

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2009, p. 101-133

DOW M., *Designed to punish: immigration detention and deportation*, in *Social Research*, 2007, 74, 2, p. 533-546

DUNLOP R. - DENHOLM G., *Detention under the Immigration Acts: law and practice*, Oxford University Press, 2015

DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 1982 (trad. it. da ID., *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977)

EDWARDS A., *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, in www.unhcr.org, 2011

EINAUDI L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007

ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1962

EUROPEAN PARLIAMENT, *The Conditions in Centres for Third Country Nationals (Detention Camps, Open Centres as well as Transit centres and transit zones) with a Particular Focus on Provisions and Facilities for Persons with Special Needs in the 25 EU Member States*, (IP/C/LIBEIC/2006-181), Directorate-General Internal Policies, Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs, 19.12.2007, in www.europarl.europa.eu/thinktank

FARBAY J. - SHARPE R.J., *The law of habeas corpus*, 3rd ed., Oxford, 2011

FAVILLI C., *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 904

FAVILLI C., *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia: dall'inerzia all'urgenza con scarsa leale cooperazione*, testo aggiornato della relazione all'incontro di studio del c.s.m. del 16-18 maggio 2011, *La condizione giuridica dello straniero e la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali tra diritto interno e normativa sovranazionale*, in www.csm.it

FAVILLI C., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it

FEKETE L., *The deportation machine: Europe, asylum and human rights*, in *Race & Class*, 2005, 47(1), pp. 64-91.

FEKETE L., WEBBER F., *Foreign nationals, enemy penology and the criminal justice system*, in *Race & Class*, 2010, 51(4), pp. 1-25.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, X ed, 2011

FERRUA P., *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Disc. pen.*, III, Torino 1989

FIELD O. - EDWARDS A., *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, in *UNHCR Legal and Protection Policy Research Series* (United Nations High Commissioner for Refugees Division of International Protection Services), Geneva, 2006

FILIPPETTA G., *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in NANIA-RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Giappichelli, 2006, p. 562

FISCHER N., *Une frontière "négociée". L'assistance juridique associative aux étrangers placés en rétention administrative*, in *Politix*, 2009, 87(3), pp. 73-92

FORDHAM M. - STEFANELLI J. - S. ESER, *Immigration Detention and the Rule of Law*,

British Institute of International and Comparative Law, 2013

FRANCIONI F. - GESTRI M. - RONZITTI N. - SCOVAZZI T., *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2008

GALLUCCI E., *Illegittima la previsione dell'arresto da parte della polizia giudiziaria dell'autore di contravvenzioni*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 3990

GAMBARDELLA M., *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di Giustizia El Dridi (Direttiva Rimpatri) nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21.6.2011

GIANFRANCESCO E., *Gli stranieri e i diritti costituzionali e le competenze di stato e regioni*, in DI SALVATORE E. - MICHETTI M. (a cura di), *I diritti degli altri. Gli stranieri e le autorità di governo*, Editoriale scientifica, 2014, p. 286

GIANFRANCESCO E., *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2722.

GILL N., *Governmental mobility: the power effects of the movement of detained asylum seekers around Britain's detention estate*, in *Political Geography*, 2009, 28, pp. 186-196.

GREER S., *The European Convention of Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006

GREER S., *Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights*, in *Oxford Journal of Legal studies*, 2003, 23(3), pp. 405-433

GROSSO E., *"Ad impossibilia nemo tenetur": la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento nel territorio dello Stato*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2004, p. 80

GROSSO E., *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino 2000, p. 162

GUAZZAROTTI A., *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Questione giustizia*, 2009, 1, p. 88

GUILD E., *A Typology of Different Types of Centres for Third country Nationals in Europe*, European Parliament Briefing Paper, Bruxelles, 2006, in www.europarl.europa.eu.

GUILD E., *Security and Migration in the 21st Century*, Polity Press, Cambridge, 2009

- HUYSMANS J., *The European Union and the Securitization of Migration*, in *Journal of Common Market Studies*, 2009, 38, 5, pp. 751-777.
- HALL A., *Border Watch: Cultures of Immigration, Detention and Control*, Pluto Press, 2012
- HARRIS D.J. - O'BOYLE M. - BATES E. - BUCKLEY C., *Law of the European Convention on Human Rights*, third edition, Oxford University press, 2014
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Deportation by Default: Mental Disability, Unfair Hearings, and Indefinite Detention in the US Immigration System*, New York, 2010
- HUYSMANS J., *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in EU*, London, Routledge, 2006.
- KHOSRAVI S., *Sweden: detention and deportation of asylum seekers*, in *Race & Class*, 2009, 50(4), pp. 38-56
- LEGOMSKY SH., *The detention of aliens: theories, rules, and discretion*, in *University of Miami Inter-American Law Review*, 1999, 30(3), pp. 531-550
- LIVI BACCI M., *Una regolare irregolarità. Vivere da immigrati fuori dalle regole*, Il Mulino, 2006
- LOPRIENO, *Campi per gli stranieri. Una promessa mancata?*, in Stancati P. (a cura di) *Lo status libertatis del "cittadino di paese terzo" nell'Unione europea*, Aracne, 2011
- LORUSSO S., *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Dir. pen. proc. - Speciale Immigrazione*, 2009, n. 8, p. 54
- LUCIANI M., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1992, 2, p. 203
- LUHILIER G., *Essai de definition: l'institution juridique des camps*, in Le Cour Grandmaison O. - Lhuilier G. - Vaully J. (dir.), *Le retour des camps? Sangatte, Lampedusa, Guantanamo...*, Paris, Autrement, 2007, 16-30.
- MAIANI F., *Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et status quo en droit des étrangers sous l'influence de la Directive sur le retour*, in *Annuaire suisse de droit européen*, 2009, p. 291
- MALLOCH M.S. - STANLEY E., *The detention of asylum seekers in the UK. Representing risk, managing the dangerous*, in *Punishment & Society*, 2005, 7, 1, 53-71.

- MANCONI L. - ANASTASIA S. (a cura di), *Lampedusa non è un'isola. Profughi e migranti alle porte d'Europa*, Larticolotre, 2012
- MANTOVANI G., *L'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale: un doppio vulnus al diritto di difesa*, in *Leg. pen.*, 2006, 3, p. 549
- MARCHETTI C., *Assistiti o segregati? I grandi centri per richiedenti asilo in Italia*, in *La Società degli Individui*, 41, 2011, pp. 57-72.
- MARLETTA A., *L'illegittimità del respingimento «differito» intempestivo, tra tutela della libertà personale e legalità*, nota a Giudice di pace Agrigento, 18/10/2011, n. 741, in *Giur. mer.*, 2012, 5, p. 1141
- MASERA L., *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Il Libro dell'Anno del Diritto Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 2012, p. 244
- MASERA L., *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti Umani e diritti internazionali*, 2014, n. 1, pp. 83-102
- MASERA L., *Il "nuovo" art. 14 co. 5 ter e la sua applicabilità nei procedimenti per fatti antecedenti all'entrata in vigore del d.l. 89/2011*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20.7.2011
- MASERA L., *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagatella?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10.11.2014
- MASERA L., *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1359
- MAZZA C., *La prigione degli stranieri. I centri di identificazione ed espulsione*, Ediesse, 2013
- MEZZETTI L., *Manuale di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2015
- MIAZZI L., *Detriti di una legislazione. Cosa resta della normativa sull'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2013, 5, p. 129
- MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- MORANA D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007
- MORGANTE G., *Le "relazioni pericolose" tra diritto penale dell'immigrazione e fonti dell'Unione Europea*, in *Legisl. Pen*, 2012, p. 85

MORTATI C., *Relazione all'assemblea costituente della commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello stato, istituita presso il ministero per la costituente, sui diritti pubblici subiettivi*, ora in *Raccolta di scritti I*, 1977, p. 622

MORTATI C., *Rimpatrio Obbligatorio e Costituzione*, osservazioni a C. Cost. n. 45/1960, in *Giur. Cost.*, 1960, 683-691

NANIA R., *Evoluzione costituzionale della libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2012

NAPPI A., *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, nota a C. Cost. n. 238/1996, in *Giur. Cost.* 1996, p. 2150

NATALE A., *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, in *Questione giustizia*, 2013, 5, 181

NATALE A., *La direttiva 2008/115/CE ed i reati previsti dall'art. 14 d.lgs. 286/2008*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27.2.2011

NOLL G., *Visions of the exceptional: Legal and theoretical issues raised by transit processing centres and protection zones*, in *European Journal of Migration and Law*, 2003, 5, pp. 303-341

O'NIONS H., *No right to liberty: the detention of asylum seekers for administrative convenience*, *European Journal of Migration and Law*, 2008, 10 (1), pp. 149-185

PACE A., *Eguaglianza e libertà*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2001, pp. 155-178

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, 1992

PALIDDA S., *Devianza e vittimizzazione tra i migranti*, Franco Angeli, 2001

PARLATO L., *Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un "giusto processo minore"?*, in *Cass. pen.*, 1, 2004, pp. 346-363

PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE (COE), *Ad hoc Committee on large scale arrivals of irregular migrants, asylum seekers and refugees on Europe's southern shores*, in www.assembly.coe.int, 30.9.2011

PASTORE F., *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in Violante L. (a cura di), *Annali della Storia d'Italia. 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, pp. 1033-1123.

PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, 2008

PICCIONE D., *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, Giur. cost., 2001, p. 1680

PISA P., *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 804

PISANI M., Sub Art. 5, in Bartole S. – Conforti B. – Raimondi G. (a cura di) *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2001

PISTORELLI L. - ANDREAZZA G., *Ancora sul d.l. 23 giugno 2011, n. 89 (modifiche al t.u. immigrazione) - Relazione in data 4 luglio 2011 a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7.7.2011

PITTAU – PINTO - TRASATTI, *Immigrati e criminalità: i dati e le interpretazioni*, in *Caritas-Migrantes, Immigrazione. Dossier statistico 2009. XIX Rapporto*, Roma, 2009, p. 208

PUGIOTTO A., *"Ieri e oggi": fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, 2001, p. 176.

PUGIOTTO A., *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2009 – Lo Statuto Costituzionale del non cittadino – Atti del XXIV convegno annuale (Cagliari)*, Jovene, 2009, p. 389 ss.

PUGIOTTO A., *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2014, p. 573

PUGLIESE E., *L'immigrazione*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, Vol. III, tomo I, Einaudi, Torino, 1996

PULITANÒ D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9, 1077

RAHOLA F., *La forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente*, in *Conflitti Globali*, 2007, 4, pp. 11-27.

RAINEY B. - WICKS E. - OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University press, 6th ed., 2014

RIDOLA P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010

ROSSI E., *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari. Una lettura costituzionale*, in Consorti P. (a cura di), *Tutela dei diritti dei migranti*, Pisa University Press, 2009, pp. 43-78

RUGGIERO V., *Stranieri e illegalità nell'Italia criminogena*, in *Dir. imm. e citt.*, n. 2, 2008, pp. 13-30

MELOSSI D., *Il giurista, il sociologo e la "criminalizzazione" dei migranti: che cosa significa "etichettamento" oggi?*, in *Studi sulla questione criminale*, 2008, 3, p. 9

RUOTOLO M., *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento dei valori*, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 2151

RUOTOLO M., Sub Art. 13 in Bifulco R. - Celotto A. - Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006

SILVERMAN S.J. – RUCHI H., *Immigration Detention in the UK*, Migration Observatory briefing, Oxford, 2015, www.migrationobservatory.ox.ac.uk

SABATINI G., *Stranieri (espulsione degli)*, in *Nov. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1957, p. 544

SAVIO G., *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, n. 1, p. 63

SAVIO G., *I trattenimenti nei CIE alla prova delle giurisdizioni nazionale ed europea: poteri del giudice della convalida e condizioni per la proroga del trattenimento*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2014, n. 2, p. 73

SAVIO G., *La detenzione amministrativa degli stranieri: da misura eccezionale a strumento di (inefficace) controllo ordinario dell'immigrazione illegale e di mortificazione delle garanzie fondamentali*, in *Antigone*, 2012, n. 3, p. 94

SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della Direttiva rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, n. 3, p. 30

SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni risultante dalla legge 129/2011*, in www.asgi.it, agosto 2011

SAVIO G., *La progressiva erosione del controllo giurisdizionale nelle procedure di allontanamento dei migranti*, in *Quest. Giust.*, n. 5, 2013, p. 167

SCHILLACI A., *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli, 2012

SCIORTINO G., *Le migrazioni irregolari. Struttura ed evoluzione nell'ultimo decennio*, in Fondazione Ismu, *Decimo Rapporto sulle migrazioni - 2004*, Franco Angeli, 2005, p. 289

SCIURBA A., *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Verona, Ombre Corte, 2009

SCUTO F., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, 2012

SENATO DELLA REPUBBLICA ITALIANA, *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione in Italia*, Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani, 30 settembre 2014

SENATO DELLA REPUBBLICA ITALIANA, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia. Parte terza: il trattenimento degli stranieri*, Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani, 6 marzo 2012

SHARPE R.J., *The Law of Habeas Corpus*, 3rd ed., Oxford University Press, 2011

SICARDI S., *L'immigrato e la Costituzione. Note sulla dottrina e la giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1996, p. 313

SICURELLA R., *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1425 ss.

SILVERMAN S.J. - MASSA E., *Why Immigration Detention is Unique? In Population, Space and Place – Special Issue: Immigration detention*, 2012, Vol. 18, Issue 6, p. 677

SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, 1997

SORRENTINO, *L'espulsione dello straniero*, in *Giust. pen.*, 1980, I, p. 216

STANCATI P., *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2009 – Lo Statuto Costituzionale del non cittadino – Atti del XXIV convegno annuale (Cagliari)*, Jovene, 2009, p. 31

STILE A., *Espulsione dello straniero e processo penale*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1342

SZCZEPANIKOVA A., *Between Control and Assistance: The Problem of European Accommodation Centres for Asylum Seekers*, in *International Migration*,

2013, 51 (4), pp. 130-143

TRUCCO L., *Le modifiche della legge n. 189/2002 in tema di asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2002, n. 3, p. 102

VAN MUNSTER R., *Securitizing Immigration. The politics of Risk in the EU*, London, Palgrave MacMillan, 2009.

VASSALLI G., *Libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958, Vol. V, p. 352

VASSALLO PALEOLOGO F., *Diritti sotto sequestro, Dall'emergenza umanitaria allo stato d'eccezione*, Aracne, 2012

VASSALLO PALEOLOGO F., *La Guantanamo d'Europa? Il proibizionismo delle migrazioni e la violazione dei diritti fondamentali alla frontiera siciliana*, in S. PALIDDA (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano, 2009, p. 206

VASSALLO PALEOLOGO F., *Respingimenti "differiti" e detenzione arbitraria*, in www.meltingpot.org, 19.2.2009

VIGANÒ F. - MASERA L., *Addio Art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4.5.2011

VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. Viganò – O. Mazza (a cura di), *Europa e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc. - Speciale Europa*, 2011, pp. 4-21

VIGANÒ F. - MASERA L., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 560

VIGANÒ F. - MASERA L., *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1710-1720

WATSON S., *The "human" as referent object?: Humanitarianism as securitization*, in *Security Dialogue*, 2011, 42, 1, pp. 3-20.

WEBER L., *The Detention of Asylum Seekers: 20 Reasons Why Criminologists Should Care*, in *Current Issues in Criminal Justice*, 2003, 14, 1, 9-30

WELCH M. - SCHUSTER L., *Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A critical view of the globalizing culture of control*, in *Criminology and Criminal Justice*, 2005, Vol. 5, n. 4, pp. 331-355

WILSHER D., *Detention of Asylum Seekers and Refugees and International Human Rights Law*, in Shah P. (Ed.), *The Challenge of Asylum to Legal Systems*, Routledge, 2005.

WILSHER D., *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*, in A. Baldaccini- E.Guild- H. Toner (Ed.), *Whose Freedom, Security and Justice?* Hart Pub Limited, 2007

WILSHER D., *Liberty of foreigners: a history, law and politics of immigration detention*, Wolf Legal Publishers, 2009

WILSHER, D., *Immigration detention. Law, history, politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012

WORKING GROUP ON ARBITRARY DETENTION, *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural rights, Including the Right to Development, Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, 15.1.2010

ZORZELLA N., *Giudizio avverso il diniego di titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status del migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, n. 4, p. 27

