

Dottorato in Diritti Umani: Evoluzione, Tutela e limiti

XXX Ciclo

Università di Palermo

La libertà personale dello straniero e le sue ragionevoli (?) restrizioni: tra teoria e prassi

Dottorando: Dott.ssa Valeria Vita

Tutor: Prof. Giorgio Pino

Capitolo 1 Introduzione	4
1.1 Premessa.....	4
1.2 La libertà personale dello straniero	8
1.3 Il trattenimento amministrativo: stato dell'arte.....	15
 Capitolo 2 Il ragionamento delle Corti nazionali nelle decisioni sulla libertà personale degli stranieri	 20
2.1 Metodologia (criteri di selezione, di analisi e di confronto).....	20
2.2 Il giudice di pace	24
2.3 Il Tribunale ordinario	41
2.4 La Corte di Cassazione	47
2.5 La Corte Costituzionale	52
2.6 Alcune note conclusive in tema di bilanciamento	73
 Capitolo 3 Il ragionamento delle Corti internazionali nelle decisioni sulla libertà personale degli stranieri.....	 78
3.1 Le Corti internazionali	78
3.2 La Corte di Giustizia dell'U.E.	79
3.3 La Corte europea dei diritti dell'uomo.....	111
3.4 Note conclusive.....	128
 Capitolo 4 Le prassi della pubblica amministrazione	 132
4.1 Le prassi applicative in Italia	132
4.2 Le "altre" tipologie di trattenimento	134
4.2.1 Le zone di transito degli aeroporti	135
4.2.2 Gli "hotspot"	138
4.3 L'uso della forza nel prelievo dei rilievi foto-dattiloscopici.....	143
4.4 Il rilievo delle prassi.....	147
 Capitolo 5 La normativa italiana e i suoi profili di illegittimità rispetto all'art. 13 Cost.	 149
5.1 Le misure restrittive della libertà personale degli stranieri nella normativa italiana	149
5.1.1 Il trattenimento.....	150
5.1.2 L'accompagnamento alla frontiera	156

5.1.3 Il respingimento	156
5.2 Profili di dubbia legittimità del sistema italiano	158
5.2.1 La deroga alla riserva di giurisdizione	159
5.2.2 Riserva di legge e riserva di giurisdizione	164
Capitolo 6 Considerazioni conclusive.....	168
Bibliografia	172

La libertà personale dello straniero e le sue ragionevoli (?) restrizioni: tra teoria e prassi

“Alla gente piacciono le giornate di sole.
A me, fanno paura. Le peggiori cose si fanno a ciel sereno”.

Erri De Luca

Capitolo 1 Introduzione

1.1 Premessa

Tema di questa ricerca sono le restrizioni della libertà personale dello straniero operate in Italia: il trattenimento è la più importante, anche se non l'unica, misura incidente sulla libertà del non cittadino, prevista dalla disciplina nazionale e internazionale, ai fini dell'identificazione o dell'allontanamento dal territorio nazionale.

Il titolo di questa tesi prosegue parlando di teoria e prassi: la ragione è che non vi è totale coincidenza tra le restrizioni previste nei testi legislativi e quelle applicate nella prassi. A mettere nero su bianco l'esistenza di tali prassi, non previste dalla legge e come tali illegittime, è intervenuta di recente la sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*, decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, una prima volta, con la sentenza dell'1 settembre 2015 della Seconda sezione, e una seconda volta, con la pronuncia della Grande Camera del 16 dicembre 2016. La vicenda da cui trae origine, avvenuta nel 2011, è quella di tre cittadini tunisini approdati sulle coste italiane e trattenuti prima all'interno del CPSA di Lampedusa, e, in seguito ad un incendio ivi avvenuto, a bordo delle navi *Vincent* e *Audacia*, prima di essere rimpatriati in Tunisia. La Grande Camera ha accertato, per ciò che qui rileva, la violazione dell'articolo 5, comma 1, 2 e 4, della Convenzione, poiché la privazione della libertà personale subita dai cittadini tunisini era priva di base giuridica. Tuttavia, anche prima che la Corte EDU si pronunciasse, tale prassi era già stata accertata da più fonti, tra cui un rapporto della Commissione straordinaria del Senato, e neppure disconosciuta dal Governo.

Se è vero dunque che sulla libertà personale dello straniero e, in particolare sulla c.d. detenzione amministrativa degli stranieri nei Centri di Permanenza per i Rimpatri, o CPR (prima CIE e prima ancora CTPA), la letteratura è molto ampia; e che la normativa sull'immigrazione è certamente tra le più mutevoli – da un lato perché le condizioni socio-economiche cambiano rapidamente e con esse l'opinione pubblica, dall'altro perché le forze politiche che si avvicendano

al governo ne fanno uno strumento di propaganda – senza che le continue modifiche portino effettivi miglioramenti ad un sistema che negli anni permane palesemente non funzionante; e che a questo avvicinarsi di discipline man mano si affiancano i commenti della dottrina che, non solo nell’ambito del diritto, ma anche delle altre scienze sociali, seguono e criticano quella che sembra come una stratificazione di novelle legislative prive di qualsiasi disegno sistematico¹, il tema della libertà personale dello straniero non può considerarsi esaurito.

L’analisi che segue si distingue, infatti, da quelle esistenti perché si propone di affrontare il tema della libertà personale dello straniero e delle sue limitazioni da tre diversi punti di vista: della giurisprudenza, della pubblica amministrazione e del legislatore, proprio in questo ordine.

Quello che a prima vista può sembrare un capovolgimento logico è, al contrario, frutto di una specifica scelta metodologica che si giustifica in ragione del profilo teorico che si è scelto di sposare: quello per cui se è vero che il diritto è un insieme di atti normativi, è pur vero che, più precisamente, il diritto è dato dal contenuto normativo di tali atti e dunque dal loro significato. Poiché infatti legge e contenuto normativo della legge non coincidono, si suole distinguere tra disposizioni e norme², laddove la disposizione attiene al linguaggio delle fonti, mentre la norma è il prodotto dell’interpretazione, senza che vi sia tra le due una corrispondenza biunivoca, nel senso che ad una disposizione non corrisponde un’unica norma e viceversa³.

Non solo dunque un’analisi della legge, intesa come prodotto dell’attività del legislatore, in materia, non sarebbe sufficiente a dar conto del fenomeno, ma anche solo partire dall’osservazione della legge rappresenterebbe, in una prospettiva giusrealistica, un ribaltamento dell’ordine logico per cui l’analisi delle norme – e non delle semplici disposizioni – è possibile solo a partire dall’osservazione dell’applicazione delle stesse, poiché è solo con l’applicazione che la legge viene riempita del proprio contenuto normativo. Anzitutto ad opera dei giudici, e, successivamente, della pubblica amministrazione.

Si noti, altresì, che tale ordine rispecchia anche più fedelmente la situazione dello straniero in Italia, che molto raramente ha esperienza della legge in sé e per sé, incontrandosi (e scontrandosi) normalmente con l’applicazione che della stessa fanno i giudici e la pubblica amministrazione.

Si inizierà, pertanto, analizzando il concetto di ‘libertà personale dello straniero’, verificando se abbia senso, malgrado l’art. 13 della Costituzione non disponga differenze tra cittadini e stranieri

¹ Sulla successione delle discipline dell’immigrazione, cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali, l’esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007, 160 ss.

² Cfr. V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, tomo 2, Milano, 1980.

³ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 64.

nel riconoscimento del diritto di libertà, distinguerla dalla libertà personale del cittadino, per poi svolgere tre distinte analisi in tema. Ciò che si intende verificare attraverso queste tre analisi, apparentemente slegate tra loro, è se l'attenzione rivolta da giurisprudenza, pubblica amministrazione e legislatore nei confronti della libertà personale dello straniero sia analoga a quella che riceve la libertà del cittadino, partendo dal presupposto che una diversa disciplina legislativa della libertà personale tra stranieri e cittadini non dovrebbe comunque risolversi in una minore garanzia per i primi, che non sarebbe possibile giustificare con il semplice ricorso alla rilevanza degli interessi nazionali in tema di immigrazione.

Per prima cosa, dunque, si osserverà il ragionamento con il quale i giudici, applicando la legge, la dotano di contenuto normativo: ciascun testo normativo è, infatti, per propria natura, equivoco poiché gli si possono attribuire un numero indeterminato di significati. Tale equivocità non dipende dalla presenza di difetti oggettivi di formulazione, bensì sarebbe ascrivibile, secondo Guastini, ad altri fattori, quali la molteplicità di metodi interpretativi, la dogmatica giuridica e i sentimenti di giustizia degli interpreti, che, pur restando sottaciuti, talora si manifestano sotto forma di espliciti giudizi di valore⁴. Pur consapevoli del fatto che l'atteggiamento di ciascun giudice nell'interpretazione e applicazione della legge, oltre a risentire del ruolo che lo stesso svolge all'interno del proprio ordinamento, dipende in grandissima parte proprio dalla disciplina che applica, si è deciso, di analizzare sistematicamente le pronunce di Giudice di Pace, Tribunale, Corte di Cassazione, Corte costituzionale, Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'uomo, valutandone nel merito l'approccio e osservandone analiticamente i metodi interpretativi, per verificare se sia ravvisabile un'omogeneità, non nell'applicazione della singola norma, bensì nell'approccio che gli stessi hanno verso le restrizioni della libertà personale dello straniero.

Successivamente, si guarderà all'operato della pubblica amministrazione, prestando attenzione, non ai provvedimenti con i quali viene applicata la legge, bensì alla c.d. prassi delle pubbliche autorità. Sia dalla giurisprudenza, infatti, che da numerosi rapporti di organizzazioni indipendenti ma anche di pubbliche autorità, risulta che presso le pubbliche amministrazioni dislocate sul territorio vengano poste in essere prassi che si discostano in vario modo dalla legge. Ciò accade anche nell'ambito del tema di questa indagine cosicché una molteplicità di restrizioni della libertà personale degli stranieri operate dalle pubbliche autorità, non obbedendo ad alcuna legge ed essendo dunque illegittime, sono riconducibili a mere prassi. Come si vedrà, tali prassi sono in alcuni casi dichiarate dallo stesso Governo italiano che, ad esempio nella sentenza *Khlaifia*, dopo avere sostenuto l'inapplicabilità dell'articolo 5, comma 1, della Convenzione, affermando che

⁴ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, 388.

“non si è trattato di un «arresto» né di una «detenzione», ma di un semplice «trattenimento»”⁵, candidamente ha ammesso che “le disposizioni interne vigenti non prevedevano espressamente l’adozione di una misura di trattenimento nei confronti dei migranti assegnati ad un CSPA”⁶.

Infine, dopo avere osservato il ragionamento della giurisprudenza e affrontato tali punti critici relativi alle prassi prive di basi legislative, si tratterà un quadro delle misure restrittive della libertà personale dei migranti previste dalla normativa italiana, che, senza mirare ad offrire un’analisi sistematica ed esaustiva della disciplina, più idonea ad altri contesti, serve a dare conto dei profili critici che pure essa presenta in relazione al dettato costituzionale.

Giurisprudenza, prassi e legislazione potrebbero sembrare tre realtà molto distanti che obbediscono a logiche diverse; in tal senso, il tentativo di riportare ad unità i risultati di analisi tanto diverse potrebbe sembrare una battaglia persa in partenza. Per non vanificare del tutto tale sforzo è stato, pertanto, necessario compiere alcune scelte di metodo che, sebbene siano esplicitate nel corso dell’analisi, è bene chiarire preliminarmente, non solo per consentire una più chiara comprensione della tesi, ma anche per non deludere il lettore sull’ampiezza e le pretese di questo progetto: la libertà personale dello straniero può essere analizzata, come qualsiasi altra questione di pari complessità, da innumerevoli punti di vista.

Pur con l’intenzione di applicare un approccio multifocale, o forse proprio per questa ragione, è stato necessario circoscrivere con cura i confini oltre cui questa ricerca non si sarebbe potuta spingere, sebbene una maggiore estensione degli stessi sarebbe stata di sicuro interesse.

Così, il carattere dichiaratamente parziale di questa indagine si disvela, ad esempio, nell’ambito della giustizia costituzionale, in cui il tema della libertà personale dello straniero si intreccia strettamente, e a volte inestricabilmente, con quello della condizione giuridica dello straniero e del principio di uguaglianza sostanziale. Pur consapevole di tale legame, dovendo delimitare l’indagine, si è scelto di analizzare in maniera sistematica solo quelle sentenze della Corte costituzionale che avessero affrontato in maniera diretta il tema della libertà personale dello straniero, selezionandole sulla base del parametro di riferimento (art. 13 Cost.). Ben consapevole che l’analisi di sentenze su temi vicini che avessero ad esempio gli artt. 3, 10, comma 2, o 117, comma 1, Cost. come parametro, sarebbe stata comunque di grande interesse, si è deciso di applicare tale criterio di selezione perché considerato idoneo per tracciare un perimetro più preciso delle questioni legate alla libertà personale, di per sé molto complesse, anche in funzione della varietà di norme oggetto delle questioni di costituzionalità studiate.

⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, *Khlaifia e altri c. Italia*, punto 60.

⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Khlaifia cit.*, punto 82.

In maniera analoga, perfettamente consapevoli della rilevanza rivestita dalla normativa dell'UE e internazionale, specialmente della CEDU, in tale ambito, si è deciso di non dedicarsi compiutamente all'analisi della stessa, che inevitabilmente non avrebbe potuto avere idoneo spazio in questa sede, scegliendo di investirla piuttosto solo incidentalmente nell'ambito dell'analisi della relativa giurisprudenza, ad incipit della quale la si è riportata al fine di agevolarne la fruibilità per il lettore. Sarà comunque esplicitato nei relativi paragrafi il metodo di volta in volta applicato, che rende questa un'analisi inevitabilmente circoscritta e senza pretese di completezza.

Infine, un'ultima precisazione è d'obbligo, poiché nel corso della revisione finale di questa indagine, a conferma dell'estrema mutevolezza della disciplina legislativa e conseguente rapida obsolescenza delle relative analisi che si basano solo sulla lettera della legge, è intervenuta la legge n. 132 dell'1 dicembre 2018 di conversione del d.l. 113/18. Di essa questa analisi non tiene conto, se non per svolgere alcuni rapidi cenni relativi alle novità introdotte in tema, in appendice di ciascun paragrafo, ove rilevino.

1.2 La libertà personale dello straniero

La libertà personale è garantita dall'art. 13 della Costituzione italiana ugualmente per cittadini e stranieri. Un'interpretazione letterale dell'art. 13 Cost. indurrebbe a sostenere la scorrettezza dell'espressione 'libertà personale degli stranieri' poiché la stessa presuppone la sussistenza di una differenza (costituzionalmente non prevista) tra la libertà dei cittadini e quella degli stranieri. In realtà, il problema non è di così semplice soluzione: il criterio letterale infatti non è l'unico applicabile⁷ e la questione della diretta applicabilità dei diritti intreccia quella della condizione giuridica dello straniero. Come si vedrà a breve, infatti, la Corte costituzionale, ha, da un lato, ritenuto superato l'argomento letterale con riferimento almeno ai diritti inviolabili, o a quelli fondamentali⁸, e dall'altro, ha chiarito che il principio di uguaglianza tra cittadini e stranieri non

⁷ Sostengono che l'attribuzione ai soli cittadini o anche agli stranieri vada valutata per ciascuna disposizione costituzionale sulla base di vari criteri esegetici ad es. G. D' ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1992, 115 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994, 707; A. CASSESE, *Commento art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Principi fondamentali. Articoli 1-12 Costituzione, Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 508 ss. Mentre l'opposta tesi ricostruisce la condizione giuridica dello straniero sulla base del solo art. 10, comma 2 Cost.: cfr. A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1983, 3.

⁸ Sulla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, Giuffrè, 2012, 45 ss.; A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, 21.

vieta che trattamenti differenziati possano esistere se fondati su differenze di fatto e siano ragionevoli⁹.

Così, sebbene la titolarità del diritto di libertà sia indipendente dalla cittadinanza, è pur vero che il suo effettivo godimento risente fortemente sia delle differenze previste dalla disciplina nazionale e internazionale in tema di immigrazione, che di quelle operate *de facto*¹⁰.

Prima di osservare la normativa in tema di immigrazione, tuttavia, è utile dare conto per grandi linee, poiché non è questa la sede adatta ad approfondire il tema, del dibattito teorico sull'art. 13 della Costituzione. Il significato più tradizionale del diritto alla libertà personale è quello di libertà dagli arresti arbitrari e di controllo giurisdizionale sulla detenzione (*writ of habeas corpus*)¹¹; che l'art. 13 riguardi però esclusivamente la libertà fisica non è pacifico e alla ricostruzione della libertà personale nei termini di libertà dalle coercizioni fisiche¹², si contrappone l'opinione di chi vi riconduce anche la c.d. libertà morale¹³. Sebbene queste siano le ricostruzioni dottrinali più comuni, è necessario dare conto di un ulteriore orientamento della dottrina che ritiene che rientrino nella portata dell'art. 13 anche le misure degradanti della dignità sociale¹⁴; infine, una tesi ancora più estensiva interpreta l'art. 13 unitariamente agli artt. 2 e 3, dandovi un'accezione tendenzialmente onnicomprensiva, come libertà del corpo e della mente, matrice di ulteriori diritti¹⁵. Tale incertezza sulla nozione di libertà personale deriva in parte dal fatto che, mentre lo Statuto Albertino disciplinava unitariamente la "libertà individuale", la Costituzione del '48 ha differenziato vari tipi di libertà, dando adito alle teorie più diverse, senza che una prevalesse nettamente sull'altra¹⁶; anche i percorsi non sempre lineari della giurisprudenza costituzionale, di cui si dirà più avanti¹⁷, tuttavia, hanno contribuito a mantenere vivo il dibattito.

⁹ Corte cost., sentt. n. 120/1967, 104/1969, 144/1970, 244/1974 e 46/1977.

¹⁰ Cfr, in proposito della distinzione tra titolarità e godimento nel diritto alla tutela giurisdizionale causata da carenze e omissioni della legge: A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in Aa. Vv., Lo statuto costituzionale del non cittadino. Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Cagliari il 16 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2010, 338 ss.

¹¹ Sull'origine storica della libertà personale cfr. G. AMATO, Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale, Milano, Giuffrè, 1967; A. CERRI, Libertà. II) Libertà personale (Dir. Cost.), Enc. giur. Treccani, XXI, Roma, 1991.

¹² S. GALEOTTI, La libertà personale. (Studio di diritto costituzionale italiano e comparato), Milano, Giuffrè, 1953; L. ELIA, Libertà personale e misure di prevenzione, Milano, Giuffrè, 1962; G. FILIPPETTA, La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), I diritti costituzionali, vol II, Torino, Giappichelli, 2006, 559.

¹³ P. GROSSI, Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana, Padova, Cedam, 1972; P. BARILE, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Bologna, Il Mulino, 1984.

¹⁴ A. BARBERA, I principi costituzionali della libertà personale, Milano, Giuffrè, 1967; R. NANIA, La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana, Torino, Giappichelli, 1989.

¹⁵ F. MODUGNO, I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, Torino, Giappichelli, 1995.

¹⁶ Notava A. Pace che "in Italia, della libertà personale, si è detto tutto e il contrario di tutto". A. PACE, Libertà personale (diritto costituzionale), Enc. dir., XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 288.

¹⁷ Cfr. *infra* § 2.5. Si noti che la Consulta ha sia fatto riferimento alla libertà morale (sentenza n. 11/1956), sia non qualificato come 'restrizione', limitazioni della libertà fisica di minore entità (ad es. i rilievi dattiloscopici: sentenza n. 30/1962). Si veda, altresì, C. MORTATI, Rimpatrio obbligatorio e Costituzione, in Giurisprudenza costituzionale 1960,

Altro punto estremamente discusso è quello dei rapporti della libertà personale con la libertà di circolazione¹⁸, problema tutt'altro che meramente teorico, dal momento che solo per la prima la Costituzione prevede una riserva di giurisdizione. In tal senso vi è chi fonda la differenza tra le due libertà sul carattere coercitivo o obbligatorio delle relative misure¹⁹, chi sul criterio spaziale²⁰, chi ritiene che il discrimine si trovi nella degradazione giuridica della persona²¹, chi, infine, ritiene non sussista alcuna differenza tra le due²². La presenza della riserva di giurisdizione, peraltro, non è l'unica differenza tra le due libertà, poiché l'art. 16, a differenza del 13, prevede una riserva di legge rinforzata con riferimento ai fini (motivi di sanità o di sicurezza). In tal senso, si è dibattuto, con riferimento all'art. 13 Cost. del c.d. 'vuoto di fini', per cui il legislatore sembrerebbe libero di prevedere restrizioni della libertà personale per qualsiasi finalità²³; il carattere paradossale²⁴ di questa interpretazione *a contrario* rispetto all'art. 16, che avrebbe l'effetto di svilire le garanzie e la proclamazione di inviolabilità dell'art. 13, è stato ben presto svelato dalla più attenta dottrina che, mettendo in risalto i collegamenti con le altre norme della Costituzione, ha progressivamente 'riempito' tale norma²⁵. Così, i fini per i quali sono permesse le limitazioni della libertà personale

683; R. NANIA, La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana, cit., 33; M. RUOTOLO, Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale, in *Questione giustizia*, 2004, 235.

¹⁸ È risalente la dottrina secondo cui la differenza tra libertà di circolazione e libertà personale sarebbe esclusivamente di intensità (P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1947). Già nel 1953 Galeotti rilevava che: "La libertà personale attiene ad un interesse primordiale che investe globalmente l'uomo nella sua unità e come tale condiziona logicamente gli altri interessi che sono il contenuto degli altri diritti fondamentali. [...] I due interessi si trovano perciò in rapporto di implicazione solo unilaterale, cioè ogni violazione dell'interesse primordiale (la libertà personale) viola ed assorbe in sé, anche l'interesse dipendente, non viceversa. L'assimilazione non può pertanto essere ammessa; la confusione che altri ebbe a compiere tra libertà personale e libertà di locomozione è probabilmente un lascito della commistione che si faceva delle due libertà nella prima formulazione avutasi nella costituzione francese del 1791". S. GALEOTTI, *La libertà personale*, cit., 18.

¹⁹ A. PACE, *Libertà personale*, cit.

²⁰ Ci sarebbe limitazione della libertà personale quando il limite abbraccia una serie indefinita di luoghi (obbligo di soggiorno in un comune), mentre si tratterebbe solo di limitazione della libertà di circolazione quando il limite interessa un luogo determinato (divieto di soggiornare in un comune) secondo M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1993.

²¹ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit.

²² L'art. 16 in tal senso avrebbe lo scopo di prevedere delle procedure più agevoli in caso di misure di carattere generale, non individuale, per motivi di sanità e di sicurezza: M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e di soggiorno (dall'Unificazione alla Costituzione repubblicana)*, in P. BARILE, (a cura di), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1967.

²³ Sono di questo avviso Barbera (A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit.), Grossi (P. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili*, cit.), Mazziotti Di Celso (M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit.), Pace (A. PACE, *Libertà personale*, cit.).

²⁴ Lo definisce tale G. FILIPPETTA, *La libertà personale*, cit., 563.

²⁵ Sottolinea Elia che "apparirebbe veramente strano che in una materia così delicata la riserva di legge prescindendo da ogni riferimento alle finalità ed ai motivi per cui si prevedono le restrizioni. E tali finalità, appunto, data la natura non autonoma dell'art. 13, sono contenute in altre disposizioni costituzionali" (L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 938). Secondo Amato la disciplina costituzionale si caratterizzerebbe "per la puntuale identificazione, cioè, degli interessi ai quali ciascuna libertà può essere subordinata dalla legge, ovvero dei modi nei quali il limite può essere apposto" di modo che tutte le riserve di legge sarebbero rinforzate (G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 309).

sarebbero, secondo alcuni, esclusivamente quelli degli articoli 25, 30 e 32²⁶, o comunque fini garantiti dalla Costituzione²⁷; altra dottrina aderisce alla tesi meno rigorosa per cui sarebbe sufficiente escludere misure collegate a meri sospetti e non a situazione realmente accertabili e accertate²⁸. La Corte costituzionale non ha confermato la tesi della riserva rinforzata, affidando la scelta al legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti. In particolare, la proclamazione dell'inviolabilità della libertà personale fa sì che non siano possibili limitazioni “se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria”²⁹. Tale principio, affermato con riferimento all'art. 15 Cost., è stato confermato, relativamente all'art.13, nella sentenza n. 223 del 2004 in cui il perseguimento delle finalità del processo penale è stato riconosciuto come certamente rientrante tra gli interessi costituzionalmente tutelati, per poi ribadire, nella sentenza n. 249 del 2010, che “la necessità di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione, e di constatare altresì l'ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale, porta alla conseguenza che la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza (sentenza n. 393 del 2006)”.

Tale scelta ha determinato la ‘salvezza’ delle misure di prevenzione – criticate da gran parte della dottrina³⁰, esse sono state nel complesso³¹ considerate legittime dal giudice delle leggi in base al principio di prevenzione e di sicurezza sociale, considerato, invece, un valore non rilevante in

²⁶ G. FILIPPETTA, La libertà personale, cit.; P. BARILE, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, cit.; L. ELIA, Libertà personale e misure di prevenzione, cit.

²⁷ F. BRICOLA, Teoria generale del reato, Novissimo Digesto Italiano, XIX, Torino, Utet, 1973, 7.

²⁸ A. CERRI, Libertà, cit., 7 (che richiede comunque una certa proporzione tra fini perseguiti e misura restrittiva della libertà).

²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 366/1991.

³⁰ L. ELIA, Libertà personale e misure di prevenzione, cit.; C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, Cedam, Padova, 1976, 1049; P. NUVOLONE, Misure di prevenzione e misure di sicurezza, in Enc. Dir., XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 632; C. DE FIORES, Libertà personale, in S. CASSESE (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, VIII, Milano, Giuffrè, 2006, 3524; G. FILIPPETTA, La libertà personale, cit. 567, che critica anche le misure di prevenzione di più recente introduzione, quelle contro la violenza negli stadi. Si veda per un approfondimento anche G. AMATO, Individuo e autorità, cit., 499 ss., che ne parla come del “problema più tormentoso che la Costituzione ha posto in tema di libertà personale”.

³¹ I profili di illegittimità rilevati dalla Corte costituzionale riguardavano l'autorità competente a comminarle: Corte costituzionale, sentenze nn. 2, 10 e 11 del 1956. Malgrado a suo tempo le decisioni furono accolte positivamente dalla dottrina, a distanza di anni è stato notato come “già in quell'occasione, la Corte sceglieva di contrapporsi alla sola Cassazione e di preferire invece, nei confronti degli organi politici, un atteggiamento assai più remissivamente sincronico” (G. AMATO, Art. 13, in G. AMATO, A. PACE, F. FINOCCHIARO, Rapporti civili. Art. 13-20, in G. BRANCA (a cura di), Commentario alla Costituzione, Bologna, Zanichelli, 1977, 36).

Costituzione con portata generale, anche da quella parte della dottrina che non ritiene che le uniche misure legittime siano quelle che perseguono le finalità previste dagli artt. 25, 30 e 32 Cost³².

L'art. 13 richiede, inoltre, che le misure limitative della libertà personale siano disposte con atto motivato dell'autorità giudiziaria; tuttavia, una deroga è prevista dal comma successivo, secondo cui "in casi eccezionali di necessità e di urgenza indicati tassativamente dalla legge" provvedimenti provvisori possono essere adottati dall'autorità di pubblica sicurezza, e pur sempre convalidati dall'autorità giudiziaria, restando, altrimenti, privi di ogni effetto. La dottrina ha chiarito che la competenza della polizia a intervenire sulla libertà personale è meramente sostitutiva e che tali provvedimenti sarebbero per definizione viziati da incompetenza, tant'è che si parla di convalida e non di conversione del giudice, che deve, pertanto, controllare il merito e non solo la legittimità del provvedimento³³. Ciò significa che la polizia può esercitare autonomamente un potere non proprio solo nel caso in cui non abbia il tempo di munirsi preventivamente dell'autorizzazione del magistrato³⁴ e, comunque, sempre nel rispetto dei principi della tassatività della fattispecie e della ragionevolezza della legge, anche sotto il profilo della proporzionalità.

Svolti questi brevissimi richiami a proposito della libertà, è necessario chiarire anzi tutto cosa intendiamo per 'straniero' e perché ha senso parlare di 'libertà dello straniero'.

Una definizione di 'straniero', assente nel nostro ordinamento, si può ricavare negativamente come opposto di 'cittadino'. Straniero è, per l'ordinamento italiano, colui che non ha la cittadinanza italiana, (ma ha la cittadinanza di un altro Paese, trovandoci altrimenti in presenza di apolide, piuttosto che di straniero) ma, si noti, cittadinanza ed estraneità sono due facce della stessa medaglia, cosicché fondamentale è il punto di vista da cui ci si pone, non esistendo individui in assoluto stranieri³⁵. Così, per fare un esempio a noi vicino, l'istituzione della cittadinanza europea ha determinato che il cittadino italiano sia considerato altrove in Europa, cittadino (europeo), quando fino a pochi anni fa era considerato semplicemente straniero³⁶. Proprio la relatività di tale nozione e la constatazione che chiunque è straniero fuori dalla propria nazione, che avrebbe potuto condurre all'affermazione della completa e incondizionata equiparazione tra cittadini e stranieri nel godimento dei diritti civili – già affermata nel codice civile del 1865 –, ha invece portato all'accoglimento, dettato da ragioni economiche e politiche, nonché dall'avvento dei regimi

³² A. PACE, Libertà personale, cit., 289.

³³ *Ibid.*, 311 ss.

³⁴ A. PACE, Problematica delle libertà costituzionali. cit.

³⁵ B. NASCIMBENE, Lo straniero nel diritto italiano, Milano, Giuffrè, 1988.

³⁶ Si noti che il concetto di cittadinanza europea è peculiare rispetto a quello di cittadinanza nazionale e che tale esempio mira soltanto ad evidenziare la relatività della definizione facendo leva sull'immedesimazione del cittadino italiano nello straniero. Sulla cittadinanza europea cfr. E. GUILD, *The Legal Elements of European Identity: EU Citizenship and Migration Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.

autoritari, dell'opposto principio di reciprocità nel codice del 1942³⁷. Con l'entrata in vigore della Costituzione poi, ci si è immediatamente posti il problema del riconoscimento dei diritti civili al non cittadino, giacché, se sullo straniero la Carta fondamentale statuisce semplicemente che la sua condizione giuridica è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali (art. 10, comma 2)³⁸, principi fondamentali quali quello affermato dall'art. 3³⁹, e la stessa titolazione della parte I (Diritti e doveri dei cittadini) sembrerebbero attribuirsi ai soli cittadini. Parte della dottrina ha interpretato letteralmente tale titolazione, escludendo che gli artt. 13 e seguenti possano applicarsi ai non cittadini⁴⁰, ma la tesi di gran lunga maggioritaria è quella secondo cui le libertà non espressamente attribuite ai cittadini debbano essere estese anche agli stranieri⁴¹. La Corte costituzionale ha ulteriormente attenuato la portata del dato testuale, estendendo agli stranieri anche alcune delle garanzie riferite solamente ai cittadini, precisando che il principio di uguaglianza affermato dall'art. 3 Cost., si applica allo straniero⁴² quando in gioco sia il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 2 e dal diritto internazionale⁴³.

Si è detto come la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza costituzionale abbiano segnato il definitivo superamento dell'elemento letterale nell'attribuzione dei diritti fondamentali agli stranieri; *a fortiori* nessun problema interpretativo si pone per l'art. 13, non riferendosi il suo testo espressamente ai cittadini e affermando pertanto pacificamente l'equiparazione tra cittadini e stranieri nell'ambito del riconoscimento del diritto di libertà e delle garanzie apprestate dalla Costituzione. Ciò nonostante, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, l'applicazione del principio di eguaglianza sostanziale deve sempre prendere in considerazione le differenze di fatto, valutandole alla luce del canone della ragionevolezza e, benché vi sia chi sostiene che non vi è, a

³⁷ Sui problemi interpretativi relativi all'art. 16 disp. prel. cfr. G. BISCOTTINI, Il principio di reciprocità nell'ordinamento italiano, in *Dir. Int.*, 1967, II, 43; G. D'ORAZIO, Effettività dei diritti e condizione dello straniero, in *Dir. e soc.*, 1973, 943.

³⁸ A. CASSESE, Commento art. 10, cit., 508; G. D'ORAZIO, Condizione dello straniero e "società democratica". (Sulle «ragioni» dello Stato), Padova, Cedam, 1994.

³⁹ Sottolinea Cuniberti che fu il comitato di redazione in sede di revisione "formale" a decidere di sostituire il termine 'uomini' con 'cittadini', togliendo anche il riferimento alle discriminazioni basate sulla nazionalità, senza che tuttavia vi sia adeguata documentazione sulle ragioni di tale modifica. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997, 130.

⁴⁰ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 145.

⁴¹ A. CASSESE, Commento art. 10, cit.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit.;

⁴² Nota Stancati come in effetti manchi nella giurisprudenza della Consulta una pronuncia in cui si illustra il percorso argomentativo che ha portato al superamento del dato testuale. P. STANCATI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Cagliari il 16 ottobre 2009*, Napoli, Jovene, 2010, 16.

⁴³ Corte costituzionale, sentenza n. 120/1967. La difficoltà nel distinguere tra diritti fondamentali e altre posizioni costituzionalmente garantite è alla base della critica di Cuniberti (M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 161). Cfr. altresì M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012, 4 ss. Significativamente Savino parla di 'libertà degli altri' evidenziando lo scarso rigore impiegato dalla Corte costituzionale nella ricostruzione della condizione giuridica dello straniero.

ben vedere, alcuna differenza di fatto, ma solo di diritto, tra cittadini e stranieri⁴⁴, il T. U. sull'immigrazione prevede delle restrizioni della libertà personale dello straniero assai diverse da quelle previste per il cittadino⁴⁵. Così anche la normativa dell'UE e la CEDU prevedono particolari ipotesi di restrizione della libertà personale dello straniero diverse da quelle previste per il cittadino: si tratta, nell'ambito dell'UE del trattenimento finalizzato all'allontanamento previsto dalla c.d. direttiva rimpatri e di quello del richiedente asilo contemplato dalla direttiva accoglienza⁴⁶; nell'ambito della CEDU dell'ipotesi della lettera f) dell'art. 5, §1, secondo cui il trattenimento è possibile per evitare l'ingresso illegale nel territorio, o nel corso di una procedura di espulsione o di estradizione.

È necessario, a questo punto, chiarire anche l'utilizzo del termine 'restrizione'. La scelta di questo termine fa riferimento alle restrizioni menzionate appunto dall'art. 13 della nostra Costituzione che, oltre ad elencare le misure tipiche – detenzione, ispezione, perquisizione personale –, reca una formula generale per “qualsiasi altra restrizione della libertà personale”. Si tratta di una specificazione doverosa dal momento che la Corte europea dei diritti dell'uomo considera le mere restrizioni della libertà personale non rientranti nell'ambito dell'art. 5 della Convenzione, che parla, in effetti, di 'privazione'⁴⁷. La differenza tra restrizione e privazione sarebbe per la Corte di Strasburgo relativa al grado e all'intensità e non al contenuto o alla natura e, anche per questo, spesso di difficile accertamento: così, nel *leading case* Guzzardi c. Italia del 1980, la Corte ha chiarito che vanno presi in considerazione il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura imposta, cosicché è ben possibile che nessuno di questi indicatori, considerato singolarmente, integri una privazione della libertà, ma valutati cumulativamente, essi rientrino comunque nell'area di garanzia dell'art. 5 della Convenzione. Si noti che tale ricostruzione della Corte EDU si colloca, nella ricostruzione della dottrina italiana appena svolta, nell'area di

⁴⁴ M. LUCIANI, Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana, in Riv. Crit. Dir. Priv., 203. Anche Savino illustra come con un ragionamento circolare la Corte costituzionale riconduca a differenze di fatto, differenze ascrivibili al diritto di incolato, che dunque sarebbero piuttosto differenze di diritto e, così facendo, “finisce per giustificare qualsiasi trattamento deteriore del non cittadino” pure nell'ambito dei diritti fondamentali. Cfr. M. SAVINO, Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità, in Quaderni costituzionali, 1, 2017, 41, 47.

⁴⁵ Delle misure limitative della libertà dello straniero si parlerà più avanti (cfr. capitolo 5).

⁴⁶ Si noti che l'art. 2, lettera h) della direttiva 2013/33/UE definisce il trattenimento come una privazione della sola libertà di circolazione.

⁴⁷ Esclusivamente di 'privazioni' della libertà personale si occupa il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che definisce la privazione “secondo uno stile prettamente da empirismo anglosassone: si realizza quando una persona è in un luogo da cui non è autorizzata ad andarsene”. Che delle difficoltà nell'applicare questa definizione comunque ci siano, lo rileva subito dopo, affermando “il confine labile che a volte separa la restrizione della libertà dalla completa privazione, giacché spesso le limitazioni sono tali da configurare una privazione de facto anche se non qualificata come tale sul piano normativo. Compito del Garante è anche individuare la frontiera mobile di tale limite ed estendere la tutela della propria vigilanza ad ambiti sempre più estesi e soggetti a criticità rilevanti” (relazione al Parlamento 2017, 28 ss.).

coloro che ritengono che la differenza tra libertà di circolazione e libertà personale sia quantitativa, piuttosto che qualitativa.

1.3 Il trattenimento amministrativo: stato dell'arte

Un'altra ricostruzione imprescindibile per la prosecuzione della ricerca è una breve analisi della più rilevante, sotto il profilo dell'incidenza sulla libertà personale degli stranieri, tra le misure restrittive della libertà personale e della letteratura in proposito: il c.d. trattenimento amministrativo. Introdotto in Italia per la prima volta con la legge Turco-Napolitano (l. 40/98, cui è seguito il d. lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, testo unico sull'immigrazione), si tratta tuttora dell'unica forma di privazione duratura della libertà, esistente nell'ordinamento italiano, di natura amministrativa⁴⁸.

L'art. 14 del d. lgs 286/98 prevedeva, infatti, il trattenimento dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione "per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino". Malgrado le critiche all'istituto che fioccarono immediate e che hanno messo alla prova svariati profili problematici, a distanza di 20 anni, la detenzione amministrativa rimane sostanzialmente identica: è cambiato il nome dei centri – da Centri di permanenza temporanea e assistenza (CPTA), si è passati a Centri di identificazione ed espulsione (CIE) e, di recente, a Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) –, il periodo massimo di trattenimento – inizialmente era di 20 giorni; si è poi giunti fino a 18 mesi, per poi nuovamente scendere a 90 giorni⁴⁹, prorogabili di ulteriori 15 giorni, previa convalida da parte del giudice di pace, nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio – e alla detenzione del migrante privo di titolo di soggiorno regolare e destinatario di un provvedimento di espulsione, si è aggiunta quella del richiedente asilo e quella dello straniero che rifiuta di sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici.

Si è parlato (e si parlerà) indifferentemente di trattenimento o detenzione amministrativi poiché, se il primo è il termine utilizzato dal legislatore italiano, il secondo è il più corretto

⁴⁸ Si noti che la ricostruzione in termini amministrativi, piuttosto che penali, di tale privazione della libertà, ha evidenti conseguenze sulle garanzie ad essa applicate, che si estendono anche alle possibilità di sindacato della Corte costituzionale la quale, nel caso in cui si tratti di norma penale, richiede un bilanciamento effettivo tra interessi pubblici e privati, senza potersi nascondere dietro l'argomento della presunta superiorità degli interessi dello Stato e non limita il proprio sindacato alla non manifesta irragionevolezza. Cfr. M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 50.

⁴⁹ Il d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, ha nuovamente innalzato il termine massimo di durata del trattenimento a 180 giorni.

vocabolo in uso negli altri paesi europei (in inglese *detention*, in francese *rétenion*). Più corretto perché non tende a celare la vera natura dell'istituto in oggetto: 'detenzione' significa disponibilità materiale di qualcosa, o di qualcuno in questo caso, e compare tra le forme di restrizione della libertà personale elencate nel comma 2 dell'art. 13 Cost. Anche attraverso l'uso del termine 'trattenimento', invece, il legislatore ha inizialmente tentato di ricondurre tale istituto tra le misure restrittive della libertà di circolazione; è stata la Corte costituzionale a confermare, nella sentenza n. 105 del 2001, quanto già sottolineato dalla dottrina, cioè che, a prescindere dal *nomen juris*, il trattenimento incida sempre sulla libertà personale. Né l'aggettivo 'amministrativa' può in alcun modo servire ad attenuare la gravità della restrizione: se da un lato è stato criticato il ricorso al diritto penale, per altro verso si è notato come, attraverso la sottrazione della detenzione ai principi garantisti del diritto penale, si possa ottenere il risultato opposto a quello ricercato.

Sia a livello nazionale, che internazionale, la detenzione amministrativa è stata studiata sotto più profili: a livello storico Daniel Wilsher⁵⁰ ha ripercorso le origini della detenzione amministrativa, notando che se il boom della detenzione degli stranieri è un fenomeno relativamente recente, le prime forme di restrizione della libertà nell'ambito del controllo dell'immigrazione risalgono già alla fine del XIX secolo. L'autore, nell'osservare una linea di evoluzione comune di tale istituto in esperienze giuridiche anche molto diverse, sottolinea come la normalizzazione della detenzione amministrativa sia avvenuta di pari passo con la negazione della sua natura penale e la sua applicazione alla categoria dei c.d. irregolari⁵¹ (cioè di coloro che sono privi di un titolo di ingresso o di soggiorno valido all'interno di un determinato Stato) cosicché la dicotomia regolare/irregolare avrebbe di fatto preso il posto di quella cittadino/straniero. La negazione della natura penale sarebbe di fatto servita a sottrarre tale detenzione alle garanzie del processo penale, sottrazione che, come è stato rilevato, non può certamente applicarsi in Italia, la cui Costituzione riconosce a tutti e non solo ai cittadini il diritto di libertà e le garanzie ad esso collegate⁵².

⁵⁰ D. WILSHER, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. In Italia, una ricostruzione in chiave storica e comparata è quella di G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carrocci, 2013.

⁵¹ Il termine 'irregolare', o peggio 'clandestino' o 'illegale' tende a stigmatizzare la persona dello straniero e ad isolarlo come nemico. V. R. CHOLEWINSKI, *The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy*, in H. TONER, E. GUILD, A. BALDACCINI (eds.), *Whose freedom, security and justice? Eu Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 301. Anche lo Special Rapporteur François Crépeau, nella sua missione in Italia nel 2012 ha affermato, tra le sue raccomandazioni che "Use terminology that doesn't reinforce prejudices against migrants and refrain from using charged expressions such as "illegal migrant" or "clandestini", as well as take a leadership role in developing a political discourse that stresses the necessary protection of human rights for all, including migrants, whatever their administrative status". Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Addendum Mission to Italy (29 September–8 October 2012), A/HRC/23/46/Add.3, 30 April 2013, 21.

⁵² Di Martino sottolinea l'irrelevanza della distinzione tra detenzione penale e amministrativa nel sistema italiano in cui l'Esecutivo non può comunque sottrarsi dal controllo giurisdizionale, neanche in materia di immigrazione. A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. Imm. Citt.*, XVI, 1, 2014, 17.

Anche dal punto di vista sociologico e di politica del diritto, in effetti, si è sostenuto che l'uso della detenzione non potrebbe che avere, in effetti, uno scopo punitivo⁵³, o di assicurazione della popolazione in cerca di ordine e sicurezza⁵⁴, o ancora si giustificerebbe solo nell'esercizio del potere coercitivo dello Stato⁵⁵. Del resto, il trattenimento come asseritamente finalizzato ad assicurare il rimpatrio incontra innumerevoli obiezioni relative all'inefficienza del trattenimento⁵⁶ – non solo il rapporto tra gli stranieri trattenuti e quelli rimpatriati è totalmente squilibrato⁵⁷, gli altissimi costi di mantenimento dei centri di detenzione⁵⁸ e il fatto che esista comunque un tetto insuperabile di allontanamenti eseguibili che, sebbene dipendente da molte variabili, rimane comunque limitato⁵⁹ e che suggerisce, pertanto, la necessità di ricorrere a soluzioni al problema dell'irregolarità alternative rispetto al rimpatrio – che spingono a mettere in dubbio che la finalità ultima del trattenimento degli stranieri sia realmente quella di assicurarne il rimpatrio. Il discorso pubblico europeo e la percezione della società sono, tuttavia, molto distanti da queste considerazioni e rappresentano questi istituti come indispensabili per un'efficiente gestione dell'immigrazione e per garantire la sicurezza dei cittadini: una differenza tale da essere stata efficacemente paragonata a quella abissale che corre tra *doxa* e *epistémè*⁶⁰.

Nel campo della filosofia del diritto, si è associato i centri di detenzione degli stranieri a quella forma 'campo' che descrive Giorgio Agamben come spazio di sospensione del diritto e delimitazione territoriale dello stato di eccezione⁶¹. In tal senso a chi ha sostenuto che i centri per migranti fossero dei luoghi istituzionalmente privi di garanzie⁶², si contrappongono coloro che hanno colto una eccessiva drammatizzazione di tali strutture, a prescindere dall'analisi effettiva

⁵³ Cita Foucault, M.C. CALOZ TSCHOPP, On the detention of aliens: the impact on democratic rights, in *Journal of Refugee Studies*, 10, 2, 1997, 167. Per il punto di vista degli stranieri cfr. A. KUBAL, Struggles against subjection. Implications

of criminalization of migration for migrants' everyday lives in Europe, *Crime Law Soc Change*, 62, 2014, 91.

⁵⁴ F. VASSALLO PALEOLOGO, Frontiere interne, cittadinanza negata ed esclusione degli immigrati, in P. CUTTITTA, F. VASSALLO PALEOLOGO (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 220.

⁵⁵ E. RIGO, Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 475 ss.

⁵⁶ S. J. SILVERMAN, E. MASSA, Why immigration detention is unique, in *Population, Space and Place*, 18, 2012; A. DI MARTINO, F. BIONDI DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

⁵⁷ Si veda i dati riportati, da ultimo, nel rapporto della Commissione Straordinaria per la Tutela e la Promozione dei Diritti Umani del Senato, *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione*, 2 gennaio 2017.

⁵⁸ L'inefficienza del sistema era evidente già a pochissimi anni dall'introduzione dell'istituto. Cfr. L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni. (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2000, 11.

⁵⁹ Le sole eccezioni a questa regola sarebbero costituite da vere e proprie deportazioni. Cfr. S. COLLINSON, *Le migrazioni internazionali*, Bologna, Il Mulino, 1994.

⁶⁰ A. PUGIOTTO, La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi, in *Quaderni costituzionali*, XXXIV, 3, 2014, 573.

⁶¹ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Torino, Einaudi, 1995. Similmente, con riferimento a Guantanamo, Neuman parla di 'anomalous zones'. G. L. NEUMAN, *Anomalous zones*, in *Stanford Law Review*, 48, 5, 1996, 1197.

⁶² M. CALOZ-TSCHOPP, *Les étrangers aux frontières de l'Europe et les spectre des camps*, La Dispute, Paris 2004; F. RAHOLA, *La forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente*, in *Conflitti Globali*, 4, 2007, 11; A. SCIURBA, *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Ombre Corte, Verona 2009.

delle condizioni al loro interno⁶³. In ogni caso, è stato sottolineato come le pagine di Agamben possano comunque essere utili nello studio della detenzione amministrativa relativamente alla dimensione spaziale del potere⁶⁴: in particolare se il legame concettuale tra libertà personale e sovranità è antichissimo, osservare la detenzione degli stranieri alla luce del paradigma della sovranità significa dare conto dell'importanza che l'idea della territorialità riveste⁶⁵, pur (o a maggior ragione⁶⁶) in una realtà ormai globalizzata.

La detenzione degli stranieri ha attirato, altresì, l'interesse degli studiosi di diritto penale, sia in quegli ordinamenti in cui si è fatto ricorso a misure propriamente penali, sia quando anche si tratti di detenzione meramente amministrativa, poiché, da un lato, incidente sulla libertà personale, dall'altro, parte della generale tendenza delle società contemporanee alla minimizzazione del rischio e alla stigmatizzazione dello straniero come minaccia alla sicurezza. Diversi autori hanno rilevato la nascita di una 'New Penology', che si differenzia da quella tradizionale perché si indirizza non verso gli individui, bensì verso specifiche categorie della popolazione individuate come potenzialmente o attualmente criminali⁶⁷: dall'applicazione di tali teorie all'ambito dell'immigrazione è nato un ricchissimo dibattito sulla cosiddetta '*crimmigration*' che ha coinvolto penalisti di tutto il mondo⁶⁸.

Si noti che la prossimità della detenzione amministrativa al diritto penale non è soltanto teorica, ma riguarda anche un aspetto pratico: quello per cui spessissimo la detenzione nei centri per

⁶³ C. LEVY, Refugees, Europe, camps/state of exception: "into the zone", the European Union and extraterritorial processing of migrants, refugees, and asylum-seekers (theories and practice), in *Refugee Survey Quarterly*, XXIX, 1, 2010, 101; G. CAMPESI, La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica, in *Democrazia e diritto*, 3-4, 2011, 177.

⁶⁴ E. RIGO, Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione, cit., 479.

⁶⁵ Cfr. l'interessantissimo volume di Galina Cornelisse. G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights. Rethinking territorial sovereignty*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

⁶⁶ Sostiene che la globalizzazione, rendendo più semplice l'immigrazione, abbia causato il rafforzamento del controllo degli Stati sui confini Valsamis Mitsilegas. V. MITSILEGAS, Immigration control in the area of globalization: Deflecting Foreigners, Weakening Citizens, Strengthening the State, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 19, 1, 2012.

⁶⁷ M. FEELEY, J. SIMON, The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications, in *Criminology*, 30, 4, 1992, 449.

⁶⁸ In America, solo a titolo esemplificativo, possono citarsi T. MILLER, *Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 17, 2003, 611; J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, 56, 2006, 367; in particolare sulla detenzione degli stranieri: C. C. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Immigration detention as punishment*, in *UCLA Law Review*, 61, 2014, 1346. In Europa, cfr. E. GUILD, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Council of Europe Issues Paper, 2010; V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Heidelberg, Springer, 2015. Si veda anche, la ricerca etnografica sui centri di detenzione degli stranieri in Gran Bretagna di M. BOSWORTH, *Subjectivity and identity in detention: Punishment and society in a global age*, in *Theoretical Criminology*, 16, 2011, 123. In Italia sulla '*crimmigration*' e i suoi rapporti con il diritto penale del nemico, cfr. V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015; A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 8, 2014, 635; in particolare sulla detenzione amministrativa, A. SPENA, *A Just Criminalization of Irregular Immigration: Is It Possible?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 11, 2017, 351.

stranieri si alterna a quella in carcere in un'ineluttabile "spirale detentiva"⁶⁹. Ciò accade non solo allo straniero privo di titolo di soggiorno che, dopo avere commesso un reato ed espiato la pena, viene trasferito direttamente dal carcere al CPR per essere identificato – innumerevoli le obiezioni mosse alla circostanza che durante la permanenza in carcere ci sarebbe abbondante tempo per svolgere l'identificazione⁷⁰ – ed espulso, ma anche a colui che, con un regolare permesso di soggiorno al momento dell'illecito, non provvede a rinnovarlo tempestivamente proprio perché in carcere.

Come si vede, i punti di interesse della disciplina sono innumerevoli: ciò che si tenterà qui di dimostrare è che trapela da ciascuno dei diversi profili di osservazione impiegati è l'esistenza di una differenza sostanziale nel riconoscimento della libertà dello straniero rispetto a quella del cittadino, che le Autorità non si preoccupano neanche di nascondere, in quanto ormai legittimata anche dalla società.

Infine, pur ricordando che una larga fetta della società civile e dei commentatori (critici) della detenzione amministrativa si è occupata delle condizioni di vita all'interno dei centri di detenzione degli stranieri e ne ha documentato l'inumanità, si è deciso in questa sede di escludere dal campo dell'analisi tali aspetti empirici; si è trattato di una scelta metodologica dettata non dalla minore importanza della questione, bensì dalla convinzione che un miglioramento nelle condizioni di vita all'interno dei centri di detenzione, benché auspicabile, non renderebbe meno pressanti le questioni giuridiche relative alla tutela della libertà personale degli stranieri che qui si vogliono evidenziare.

⁶⁹ Anche stavolta l'efficace espressione è di A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa»*, cit., 585.

⁷⁰ In tal senso non si può che salutare con favore la modifica apportata al comma 5 dell'art. 14, d. lgs. 286/98, dalla l. 46/2017 che adesso dispone che "lo straniero che sia già stato trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di novanta giorni indicato al periodo precedente, può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni. Tale termine è prorogabile di ulteriori 15 giorni, previa convalida da parte del giudice di pace, nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio". Sebbene il d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, abbia nuovamente innalzato il termine massimo di durata del trattenimento a 180 giorni, il termine di trenta giorni per gli stranieri che siano stati trattenuti nelle strutture carcerarie è rimasto invariato.

Capitolo 2 Il ragionamento delle Corti nazionali nelle decisioni sulla libertà personale degli stranieri

2.1 Metodologia (criteri di selezione, di analisi e di confronto)

Si è detto che la disciplina normativa costituisce nella prospettiva adottata da questa tesi l'ultimo piuttosto che il primo dei livelli da analizzare, poiché sono, prima la giurisprudenza, e poi la prassi, a riempire di significato quelle disposizioni a cui può essere attribuito un grande numero di significati diversi. Se si pensa che ai sensi dell'art. 13, comma 2, della Costituzione, qualsiasi restrizione della libertà personale deve essere disposta "per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge", si capirà il perché sia sembrato naturale dedicare una prima parte di questa ricerca proprio a tali atti motivati, non limitandosi alle pronunce di quei giudici che dispongono tali restrizioni, o, come più spesso accade, convalidano i provvedimenti provvisori adottati dall'autorità di pubblica sicurezza – rispettivamente il Giudice di pace, competente per gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio, e il Tribunale ordinario, per i richiedenti asilo – ma proseguendo con la lettura e l'osservazione di tutte quelle pronunce aventi variamente ad oggetto restrizioni della libertà personale degli stranieri⁷¹. Si tratta del secondo grado di giudizio, per il quale è competente la Corte di Cassazione, delle questioni di legittimità costituzionale su cui si è pronunciata la Corte costituzionale, delle questioni pregiudiziali su cui è intervenuta la Corte di Giustizia dell'UE, nonché, infine, dei ricorsi di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Va premesso ed è evidente che tale analisi, così come è stata pensata e realizzata, non aspira ad avere carattere di completezza, né potrebbe averlo a causa di numerosi fattori che è bene esplicitare. Anzitutto, le autorità giudiziarie prese in considerazione in questa analisi sono diversissime tra loro per ordinamento di riferimento, norme sul procedimento, oggetto e parti del giudizio, ecc. e hanno in definitiva quale unico elemento comune quello, appunto, di essere giudici. Per questo motivo se per le corti nazionali si è comunque tentato di utilizzare un criterio di analisi uniforme, è subito apparso chiaro che il metodo di osservazione dovesse essere adattato alle peculiarità di ciascun giudice.

In secondo luogo, gli unici giudici per cui è stato possibile esaminare la totalità della giurisprudenza al fine di selezionare le decisioni rilevanti, sono state la Corte costituzionale e le

⁷¹ Non però le posizioni giuridiche soggettive ad esse correlate, come, ad esempio le domande di risarcimento in seguito a una illegittima restrizione della libertà.

Corti internazionali (CGUE e CEDU). La completezza della ricerca ha, difatti, risentito delle difficoltà a reperire le pronunce dei giudici nazionali, pubblicate solo occasionalmente in banche dati e riviste di settore.

Infine, si ricorda l'estrema mutevolezza della disciplina sull'immigrazione, specie nel nostro ordinamento: l'istituto del c.d. trattenimento amministrativo ne è un esempio paradigmatico⁷². Alla luce di ciò, nell'ambito delle giurisdizioni nazionali si è deciso di non restringere la selezione delle pronunce a quelle relative ad un unico istituto, o ad un preciso riferimento normativo, ma di prendere in considerazione, indipendentemente dalla disciplina applicabile, tutte quelle che avessero ad oggetto una restrizione della libertà personale degli stranieri, per osservare l'approccio argomentativo del giudice nei confronti delle restrizioni della libertà personale dello straniero, a prescindere dalla specifica norma applicata nel caso di specie. In ogni caso, si ricorderanno all'inizio dei paragrafi le norme di riferimento attualmente vigenti, per una migliore comprensione dell'analisi.

L'interesse verso il ragionamento applicato dai giudici alle decisioni sulla libertà personale degli stranieri è scaturito dalla lettura di una pronuncia della Corte di Giustizia, la sentenza J.N. contro *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*⁷³, del 15 febbraio 2016, in cui quest'ultima, per decidere della legittimità del trattenimento del richiedente asilo ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettera e), della direttiva 2013/33/UE, opera un test di proporzionalità sul sacrificio imposto alla libertà personale. Si tratta di una pronuncia interessante per diversi profili: anzitutto sul piano dei rapporti con la Corte di Strasburgo, perché nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, il giudice olandese interroga la Corte sulla compatibilità di una norma UE relativa alla possibilità di trattenere un richiedente asilo, con la CEDU. In secondo luogo perché singolare è vedere la CGUE, nelle vesti qui quasi di giudice dei diritti umani, affrontare nel suo *reasoning* la questione del necessario contemperamento degli interessi in gioco nell'ambito di una restrizione della libertà personale.

⁷² L'istituto del trattenimento è stato introdotto in Italia con la legge n. 40/98, con la funzione di trattenere gli stranieri destinatari di espulsione, per evitare che, fintanto che si procedeva all'accompagnamento coattivo, potessero far perdere le proprie tracce. L'accompagnamento coattivo, però, non era allora la modalità ordinaria di esecuzione dell'espulsione, costituendo l'eccezione, e i termini massimi di trattenimento erano di 20 giorni, prorogabili una sola volta di ulteriori 10 giorni. Tuttavia, la previsione di una detenzione senza reato, disposta dall'autorità amministrativa di polizia, suscitò già ai tempi un vivace dibattito nella dottrina, fino alla pronuncia della Corte costituzionale n. 105/2001 che dettò alcune direttrici dell'istituto. Nel 2002 la riforma della Bossi-Fini (L.189/2002), disponendo l'immediata esecutività di tutte le espulsioni in forma coattiva, trasformò l'istituto da eccezione a regola. Le successive modifiche incisero poi sulla durata del trattenimento – dagli originali 30 giorni, si passò a 60, poi a 12 mesi, 18 mesi e, attualmente, 90 giorni – sulla denominazione dei centri – da Centri di permanenza temporanea e di accoglienza, CPTA, a Centri d'identificazione ed espulsione, CIE, a Centri di permanenza per i rimpatri, CPR. Da ultimo, anche nel corso della revisione finale di tale ricerca, la disciplina del trattenimento dello straniero è stata modificata dal d.l. 113/18, convertito con la legge n. 132 dell'1 dicembre 2018, innalzando nuovamente il termine massimo del trattenimento a 180 giorni.

⁷³ CGUE, sentenza J.N. c. *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* del 15 febbraio 2016, procedimento C-601/15.

Se tutti i provvedimenti restrittivi della libertà personale, infatti, passano di fronte ad almeno un giudice, ci si è voluti soffermare proprio sul ragionamento dei magistrati, inteso come il discorso con il quale questi ultimi argomentano e giustificano le proprie decisioni. In tal senso le tecniche interpretative utilizzate dai giudici si ipotizza servano loro non per pervenire ad una decisione, bensì per portare delle ragioni a sostegno della conclusione già raggiunta attraverso un processo mentale non necessariamente coincidente con il ragionamento pubblicato nella motivazione della sentenza. Ciò non costituisce una critica rivolta alla magistratura di piegare tali tecniche a proprio piacimento, sostituendosi al legislatore⁷⁴, ma la semplice constatazione della non necessaria coincidenza tra i motivi che portano il giudice a prendere una decisione (che attengono al suo foro interno e che dunque non possono essere indagati), e le ragioni che questi porta a sostegno della propria conclusione, che, in quanto obbligatoriamente pubbliche, possono e devono essere valutate nel merito⁷⁵.

La letteratura in tema di ragionamento giuridico è vastissima⁷⁶, e altrettanto numerosi sono gli elenchi, più o meno ampi, compilati dalla dottrina relativamente ai c.d. criteri, schemi o direttive interpretativi, a seconda della terminologia utilizzata⁷⁷.

Un ulteriore chiarimento è necessario: quando parleremo di interpretazione e di tecniche di interpretazione, intendiamo questo termine *largo sensu*, comprensivo anche di quella che certa dottrina definisce costruzione giuridica⁷⁸, e che si distingue dall'interpretazione in senso stretto perché non si limita ad attribuire un significato ad una norma, bensì crea norme inesprese (ad es. per colmare una lacuna o risolvere un conflitto tra norme).

⁷⁴ Una critica è invece quella di A. RUGGERI, Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione, in *Consulta online*, 3, 2016, 350: “Cheché se ne dica da parte degli stessi giudici che le adottano, le tecniche non sono poi mai “neutre”, giuridicamente necessitate, ponendosi piuttosto quale la (più o meno lineare) conseguenza, il *posterius* non il *prius*, della soluzione nei cui riguardi si pongono in funzione servente”.

⁷⁵ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 236.

⁷⁶ Ne citerò solo alcuni: R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, cap. I; J. WRÓBLEWSKI, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, Giappichelli, 1987, 267; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

⁷⁷ Anche in questo caso, l'indicazione è solo parziale: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 341; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; P. CHIASSONI, *Codici interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004; J.J. MORESO, *Lógica, argumentación, e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2005; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., 72 ss. Sul ragionamento della Corte costituzionale, in particolare, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 65; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996, 89 ss.

⁷⁸ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 32.

In questo studio si è scelto di utilizzare, per l'analisi della giurisprudenza relativa ai giudici nazionali e alla Corte di Giustizia UE, la classificazione degli argomenti interpretativi operata da Giovanni Tarello⁷⁹ che prende in considerazione 15 argomenti: l'argomento *a contrario*; l'argomento *a simile ad simile* (o *analogia legis*); l'argomento *a fortiori*; l'argomento della completezza della disciplina giuridica; l'argomento della coerenza della disciplina giuridica; l'argomento psicologico; l'argomento storico; l'argomento apagogico (o argomento *ab absurdo*); l'argomento teleologico; l'argomento economico; l'argomento autoritativo (o *ab exemplo*); l'argomento sistematico; l'argomento naturalistico; l'argomento equitativo; l'argomento a partire dai principi generali (o *analogia iuris*). A questa elencazione devono tuttavia aggiungersi alcune precisazioni: l'argomento letterale, che sembrerebbe mancare in questa classificazione, è criticato da Tarello sotto il profilo teorico⁸⁰, ma nondimeno incluso dallo stesso come sottospecie dell'argomento *a contrario*⁸¹. È inoltre possibile tracciare alcune sottocategorie all'interno di tale ripartizione: ad esempio, l'argomento della coerenza della disciplina giuridica potrà differenziarsi a seconda che si tratti di coerenza 'orizzontale' – tra norme legislative –, o 'verticale' – nel senso di un'interpretazione conforme alla Costituzione⁸² o a norme di diritto dell'UE o internazionale⁸³ –; similmente l'argomento autoritativo si differenzierà rispettivamente all'autorità presa a riferimento; infine, l'argomento sistematico è suddiviso dallo stesso Tarello in tre distinti argomenti che, a suo stesso dire, avrebbero "in comune poco più del nome"⁸⁴: l'argomento topografico (o della *sedes materiae*), l'argomento della costanza terminologica e l'argomento sistematico-concettualistico (o dogmatico). Infine, a questi argomenti vanno aggiunte due tecniche argomentative che, pur non rientrando strettamente nel novero delle tecniche di interpretazione, verranno per comodità accostate a queste: si tratta del bilanciamento (che rappresenta piuttosto una tecnica di risoluzione di un conflitto tra diritti/principi/interessi, a seconda della terminologia abbracciata⁸⁵) e il riferimento alla discrezionalità del legislatore/Stato membro che viene spessissimo utilizzata dalla Corti più alte, per operare un *self-restraint*.

Tale metodo, utilizzato per l'analisi delle pronunce dei giudici nazionali, si è mostrato, con il progredire dell'indagine, insufficiente per dare conto delle peculiarità delle Corti internazionali. Per

⁷⁹ G. TARELLO, L'interpretazione della legge, cit. 341 ss.

⁸⁰ *Ibid.*, 34 ss.

⁸¹ *Ibid.*, 346.

⁸² Cfr. G. SORRENTI, L'interpretazione conforme a Costituzione, Milano, Giuffrè, 2006; M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), Interpretazione conforme e tecniche argomentative, Torino, Giappichelli, 2008

⁸³ È stato M. Luciani per la prima volta a parlare anche di interpretazione conforme al diritto comunitario e alla CEDU: M. LUCIANI, Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a», in Foro amm. – TAR, VI, supplemento al n. 7-8, 2007, 91.

⁸⁴ *Ibid.*, 376.

⁸⁵ Che non si tratti di una tecnica di interpretazione, ma piuttosto di costruzione giuridica, lo si sostiene non solo nell'ambito della filosofia del diritto (R. GUASTINI, Interpretare e argomentare, cit.), ma anche del diritto costituzionale: R. BIN, Diritti e argomenti, cit., 133 ss.

questa ragione, si è deciso, con riferimento alla Corte di Giustizia dell'UE e alla Corte EDU di svolgere dei raffronti interni alla loro stessa giurisprudenza con altre pronunce che presentassero delle analogie. In particolare, per la CGUE un breve raffronto è stato svolto, in aggiunta all'analisi sulle tecniche argomentative impiegate, rispetto alle pronunce relative alla libertà personale dei cittadini comunitari. Per la Corte di Strasburgo, invece, si è deciso di sostituire del tutto il metodo appena esposto con una comparazione tra i requisiti ricavati in via interpretativa dalla Corte per le restrizioni della libertà personale facenti capo rispettivamente alle lettere e) ed f) dell'articolo 5, paragrafo 1 della Convenzione. Si è trattato, come è facilmente intuibile, di un progressivo aggiustamento della metodologia dell'indagine sviluppata nel corso dei 3 anni del dottorato, poiché soltanto in corso d'opera, con l'emergere dei primi risultati, ci si è resi conto dell'opportunità di modificarla.

Si tenga in ogni caso a mente che i dati relativi all'impiego delle tecniche interpretative da parte dei giudici non possono fornire, se presi in considerazione isolatamente, avulsi dal merito delle pronunce, che dei risultati meramente indicativi. Per questa ragione, per quanto possibile, si tenterà di dare in parte conto anche del contenuto delle pronunce, al fine di verificare se quanto evinto dagli argomenti utilizzati nelle motivazioni rispecchi anche dal punto di vista sostanziale una determinata posizione dei giudici o ne sia invece svincolato.

2.2 Il giudice di pace

Art. 10, d. lgs. 286/98 (Respingimento)

1. La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato.

2. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri:

a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo;

b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso.

2-bis. Al provvedimento di respingimento di cui al comma 2 si applicano le procedure di convalida e le disposizioni previste dall'articolo 13, commi 5-bis, 5-ter, 7 e 8.

2-ter. Lo straniero destinatario del provvedimento di respingimento di cui al comma 2 non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è espulso con

accompagnamento immediato alla frontiera. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 13, comma 13, terzo periodo.

2-quater. Allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 2-ter ed espulso, abbia fatto reingresso nel territorio dello Stato si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni.

2-quinquies. Per i reati previsti dai commi 2-ter e 2-quater è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto anche fuori dei casi di flagranza e si procede con rito direttissimo.

2-sexies. Il divieto di cui al comma 2-ter opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze concernenti il singolo caso.

3. Il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti di cui all'articolo 4 o che deve essere comunque respinto a norma del presente articolo è tenuto a prenderlo immediatamente a carico ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero. Tale disposizione si applica anche quando l'ingresso è negato allo straniero in transito, qualora il vettore che avrebbe dovuto trasportarlo nel Paese di destinazione rifiuti di imbarcarlo o le autorità dello Stato di destinazione gli abbiano negato l'ingresso o lo abbiano rinviato nello Stato.

4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 e quelle dell'articolo 4, commi 3 e 6, non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari.

5. Per lo straniero respinto è prevista l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera.

6. I respingimenti di cui al presente articolo sono registrati dall'autorità di pubblica sicurezza.

6-bis. Il divieto di cui al comma 2-ter è inserito, a cura dell'autorità di pubblica sicurezza, nel sistema di informazione Schengen di cui al regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, e comporta il divieto di ingresso e soggiorno nel territorio degli Stati membri dell'Unione europea, nonché degli Stati non membri cui si applica l'acquis di Schengen.

Art. 13, d. lgs. 286/98 (Espulsione amministrativa)

1. Per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro degli affari esteri.

2. L'espulsione è disposta dal prefetto, caso per caso, quando lo straniero:

a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'articolo 10;

b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-bis, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68;

c) appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

2-bis. Nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2, lettere a) e b), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.

2-ter. L'espulsione non è disposta, né eseguita coattivamente qualora il provvedimento sia stato già adottato, nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne.

3. L'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato. Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguire l'espulsione, richiede il nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali. Il questore, ottenuto il nulla osta, provvede all'espulsione con le modalità di cui al comma 4. Il nulla osta si intende concesso qualora l'autorità giudiziaria non provveda entro sette giorni dalla data di ricevimento della richiesta. In attesa della decisione sulla richiesta di nulla osta, il questore può adottare la misura del trattenimento presso un centro di permanenza per i rimpatri, ai sensi dell'articolo 14.

[...]

4. L'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica:

a) nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 2, lettera c), del presente articolo ovvero all'articolo 3, comma 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 comma 4-bis;

c) quando la domanda di permesso 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 comma 5;

e) quando lo straniero abbia violato anche una delle misure di cui al comma 5.2 e di cui all'articolo 14, comma 1-bis;

f) nelle ipotesi di cui agli articoli 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 comma 5.1.

4-bis. Si configura il rischio di fuga di cui al comma 4, lettera 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 commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14;
- e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2.

5. Lo straniero, destinatario di un provvedimento d'espulsione, qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera di cui al comma 4, può chiedere al prefetto, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione, la concessione di un periodo per la partenza volontaria, anche attraverso programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter. Il prefetto, valutato il singolo caso, con lo stesso provvedimento di espulsione, intima lo straniero a lasciare volontariamente il territorio nazionale, entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni. Tale termine può essere prorogato, ove 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, nonché l'ammissione a programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter. La questura, acquisita la prova dell'avvenuto rimpatrio dello straniero, avvisa l'autorità giudiziaria competente per l'accertamento del reato previsto dall'articolo 10-bis, ai fini di cui al comma 5 del medesimo articolo. Le disposizioni del presente comma non si applicano, comunque, allo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento, di cui all'articolo 10.

5.1. Ai fini dell'applicazione del comma 5, la questura provvede a dare adeguata informazione allo straniero della facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria, mediante schede informative plurilingue. In caso di mancata richiesta del termine, l'espulsione è eseguita ai sensi del comma 4.

5.2. Laddove sia concesso un termine per la partenza volontaria, il questore chiede allo straniero di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilità dell'assegno sociale annuo. Il questore dispone, altresì, una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Le misure di cui al secondo periodo sono adottate con provvedimento motivato, che ha effetto dalla notifica all'interessato, disposta ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4 del regolamento, recante l'avviso che lo stesso ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro 48 ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio. Il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore. Le misure, su istanza dell'interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace. Il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro. In tale ipotesi, ai fini dell'espulsione dello straniero, non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui al comma 3 da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Il questore esegue l'espulsione, disposta ai sensi del comma 4, anche mediante le modalità previste all'articolo 14.

5-bis. Nei casi previsti al comma 4 il questore comunica immediatamente e, comunque, entro quarantotto ore dalla sua adozione al giudice di pace territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. L'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida. 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 ammesso all'assistenza legale da parte di un difensore di fiducia munito di procura speciale. Lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato, e, qualora sia sprovvisto di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito dei soggetti iscritti nella tabella di cui all'articolo 29 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, nonché, ove necessario, da un interprete. L'autorità che ha adottato il provvedimento può stare in giudizio personalmente anche avvalendosi di funzionari appositamente delegati. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dal presente articolo e sentito l'interessato, se comparso. In attesa della definizione del procedimento di convalida, lo straniero espulso è trattenuto in uno dei centri di permanenza per i rimpatri, di cui all'articolo 14, salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili, ovvero salvo nel caso in cui non vi sia disponibilità di posti nei Centri di cui all'articolo 14 ubicati nel circondario del Tribunale competente. In tale ultima ipotesi il giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione del procedimento di convalida in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza. Qualora le condizioni di cui al periodo precedente permangono anche dopo l'udienza di convalida, il giudice può autorizzare la permanenza, in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida. Le strutture ed i locali di cui ai periodi precedenti garantiscono condizioni di trattenimento che assicurino il rispetto della dignità della persona. Quando la convalida è concessa, il provvedimento di accompagnamento alla frontiera diventa esecutivo. Se la convalida non è concessa ovvero non è osservato il termine per la decisione, il provvedimento del questore perde ogni effetto. Avverso il decreto di convalida è proponibile ricorso per cassazione. Il relativo ricorso non sospende l'esecuzione dell'allontanamento dal territorio nazionale. Il termine di quarantotto ore entro il quale il giudice di pace deve provvedere alla convalida, decorre dal momento della comunicazione del provvedimento alla cancelleria.

5-ter. Al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida dei provvedimenti di cui ai commi 4 e 5, ed all'articolo 14, comma 1, le questure forniscono al giudice di pace, nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo.

[...]

Art. 14, d. lgs. 286/98 (Esecuzione dell'espulsione)

1. Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero 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 permanenza per i rimpatri 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-bis, 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.

1-bis. Nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non è stata disposta ai sensi dell'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del presente testo unico o ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, il questore, in luogo del trattenimento di cui al comma 1, può disporre una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Le misure di cui al primo periodo sono adottate con provvedimento motivato, che ha effetto dalla notifica all'interessato, disposta ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4 del regolamento, recante l'avviso che lo stesso ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida. Il provvedimento è comunicato entro 48 ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio. Il giudice, se ne ricorrono i presupposti, dispone con decreto la convalida nelle successive 48 ore. Le misure, su istanza dell'interessato, sentito il questore, possono essere modificate o revocate dal giudice di pace. Il contravventore anche solo ad una delle predette misure è punito con la multa da 3.000 a 18.000 euro. In tale ipotesi, ai fini dell'espulsione dello straniero non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3 da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. Qualora non sia possibile l'accompagnamento immediato alla frontiera, con le modalità di cui all'articolo 13, comma 3, il questore provvede ai sensi dei commi 1 o 5-bis del presente articolo.

2. Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno.

3. Il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, per la convalida, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento.

4. 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 ammesso all'assistenza legale da parte di un difensore di fiducia munito di procura speciale. Lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato, e, qualora sia sprovvisto di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito dei

soggetti iscritti nella tabella di cui all'articolo 29 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, nonché, ove necessario, da un interprete. L'autorità che ha adottato il provvedimento può stare in giudizio personalmente anche avvalendosi di funzionari appositamente delegati. 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 permanenza per i rimpatri 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. La convalida può essere disposta anche in occasione della convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, nonché in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione.

5. La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni. Qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il termine di ulteriori trenta giorni. Anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento, dandone comunicazione senza ritardo al giudice. Trascorso tale termine, 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. In ogni caso il periodo massimo di trattenimento dello straniero all'interno del centro di permanenza per i rimpatri non può essere superiore a centottanta giorni. Lo straniero che sia già stato trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di centottanta giorni indicato al periodo precedente, può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni. Tale termine è prorogabile di ulteriori 15 giorni, previa convalida da parte del giudice di pace, nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio. Nei confronti dello straniero a qualsiasi titolo detenuto, la direzione della struttura penitenziaria richiede al questore del luogo le informazioni sull'identità e sulla nazionalità dello stesso. Nei medesimi casi il questore avvia la procedura di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche. Ai soli fini dell'identificazione, l'autorità giudiziaria, su richiesta del questore, dispone la traduzione del detenuto presso il più vicino posto di polizia per il tempo strettamente necessario al compimento di tali operazioni. A tal fine il Ministro dell'interno e il Ministro della giustizia adottano i necessari strumenti di coordinamento.

5-bis. Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di permanenza per i rimpatri, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale, ovvero dalle circostanze concrete non emerga più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito e che lo straniero possa essere riaccolto dallo Stato di origine o di provenienza. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione, in caso di violazione, delle conseguenze sanzionatorie. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato, anche su sua richiesta, della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo

Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza, compreso il titolo di viaggio.

[...]

Il Giudice di Pace è l'organo incaricato di pronunciarsi in primo grado sulle restrizioni della libertà personale dello straniero previste dagli artt. 13 e 14 del d. lgs. 286/98: in particolare convalida l'espulsione eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera, il trattenimento amministrativo e le misure a garanzia dell'adempimento⁸⁶ nel caso di espulsione tramite concessione di un termine per la partenza volontaria.

L'attribuzione di tali competenze al giudice di pace è avvenuta ad opera della l. 271/2004, che ha convertito in legge il d.l. 241/2004. Tale modifica seguiva alla sentenza n. 222/2004 della Consulta che aveva affermato la necessità della convalida del giudice dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, di fatto svuotandone il significato garantistico⁸⁷. Malgrado la riforma della magistratura onoraria operata con il d. lgs. 116/2017 imponga ai giudici di pace l'osservanza degli stessi doveri deontologici e dei medesimi obblighi di formazione, diligenza e produttività del magistrato in carriera, l'attribuzione a un giudice onorario della competenza sulla convalida del trattenimento e dell'accompagnamento coattivo alla frontiera degli stranieri è stata ritenuta del tutto singolare rispetto alla natura delle sue attribuzioni, sia di quelle che rispondono a una prospettiva conciliativa, che deflattiva, che rischia di dare una tutela (oltre che un'immagine) bagatellare ai diritti fondamentali degli stranieri. In effetti, certamente non si può definire l'immigrazione una materia dal basso profilo tecnico, considerati anche i continui aggiornamenti che si richiedono sia a livello nazionale che di disciplina dell'UE. Del resto, anche la considerazione per la quale la competenza si sposti al Tribunale ordinario nel caso in cui il procedimento abbia ad oggetto un diritto soggettivo vero e proprio alla permanenza sul territorio (come nel caso del richiedente asilo o del familiare di cittadino UE) incontra l'obiezione per cui la libertà personale dello straniero irregolare come del richiedente asilo costituisce in sé un diritto soggettivo⁸⁸. Anche in prospettiva comparatistica l'attribuzione al giudice di pace della competenza per la convalida del trattenimento rappresenta un *unicum* tra il campione degli 11 Paesi (Austria, Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca,

⁸⁶ Tali misure, ai sensi dell'art. 14, comma 1-bis, d. lgs. 286/98, consistono in: "a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente".

⁸⁷ Si veda l'articolo di A. CAPUTO, L. PEPINO, Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti, in *Questione giustizia*, 1, 2005, 9, che riprende e sviluppa il precedente A. CAPUTO, L. PEPINO, Giudice di pace e *habeas corpus* dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2004, 13.

⁸⁸ E. RIGO, Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione., cit., 488; F. ASTA, C. CAPRIOGLIO, Per giusta decisione. Riflessione sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 553.

Francia, Germania, Italia, Olanda, Repubblica Slovacca, Slovenia e Regno Unito) preso in considerazione da un'interessante ricerca sul controllo operato dai giudici sulla detenzione dei migranti irregolari tra il 2008 e il 2014, svolta nell'ambito del progetto Contention⁸⁹.

L'analisi delle tecniche interpretative utilizzate dagli organi giudicanti in tema di libertà personale degli stranieri inizierà dunque da questo primo livello e proseguirà in ordine 'ascendente'⁹⁰ fino alle Corti più alte.

Preliminarmente, è necessario dare conto, da un lato, delle difficoltà di accesso alle pronunce dei giudici di pace, che difficilmente vengono pubblicate nelle banche dati e nelle riviste di settore, dall'altro, della mediocrità di tali pronunce, che, spesso, sono redatte semplicemente compilando dei moduli prestampati (ciò avviene in particolare per le decisioni di convalida e proroga del trattenimento). In riferimento al primo punto, la grandissima maggioranza⁹¹ dei decreti analizzati sono stati reperiti tra quelli pubblicati dall'Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di Immigrazione, relativi alla convalida e proroga del trattenimento di stranieri in attesa di espulsione⁹². Un numero esiguo di pronunce relative a respingimenti o alla convalida dell'accompagnamento alla frontiera è stato rinvenuto su riviste di settore o siti specializzati; in questi casi, tuttavia le pronunce sono pubblicate per il tramite degli avvocati che rappresentano gli stranieri in giudizio, che generalmente le mettono a disposizione quando presentino delle peculiarità o dei profili di novità e, pertanto, non possono considerarsi rappresentative della giurisprudenza in merito.

Riguardo al primo gruppo di pronunce, come si è detto, nell'assoluta maggioranza dei casi, sono disposte mediante compilazione di un modulo prestampato che presenta sottili differenze tra un ufficio e l'altro: in particolare vi è una parte dedicata alle informazioni sullo straniero (epoca dell'ingresso in Italia, condizione abitativa, condizione lavorativa, possesso di redditi, altro⁹³) o genericamente alle sue dichiarazioni, uno spazio per le dichiarazioni del difensore dell'interessato e

⁸⁹ Cfr. il sito web <http://contention.eu/> Si noti che l'ottica comparatistica di questa ricerca ha evidenziato anche alcune altre peculiarità del sistema italiano, quali ad esempio il fatto che gli argomenti della difesa non siano quasi mai considerati dal giudice, l'assente valutazione delle alternative alla detenzione in sede di proroga e la stessa contraddizione relativa al fatto che il potere di disporre il trattenimento sia attribuito al Questore, nonostante la Costituzione preveda che le restrizioni della libertà personale debbano essere disposte da un giudice.

⁹⁰ In effetti di una gerarchia tra le Corti e pertanto di un ordine ascendente è possibile parlare solo in riferimento ai giudici interni, poiché è noto come le Corti più alte a livello nazionale e sovranazionale siano restie rispetto alla possibilità di una configurazione statica di ordine gerarchico tra di esse.

⁹¹ Solo uno delle 46 pronunce di convalida o proroga del trattenimento è stato reperito sulla banca dati DeJure.

⁹² Si tratta di una ricerca coordinata dalla Clinica del Diritto dell'Immigrazione e della Cittadinanza del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, che in una prima fase ha raccolto e analizzato sistematicamente le decisioni emesse dal Giudice di Pace di Roma, Bologna, Bari, Firenze e Napoli, in un periodo compreso tra il 2013 e il primo semestre 2014, i cui risultati sono reperibili all'indirizzo <http://giudicedipace.giur.uniroma3.it/>. In una seconda fase del progetto, l'analisi è stata similmente condotta sulle decisioni emesse dal Giudice di Pace di Bari, Bologna, Prato, Roma e Torino, nel I e nel IV trimestre del 2015 e pubblicata sul sito <http://lexilium.it/>.

⁹³ Tali informazioni vengono richieste al fine di verificare il rischio di fuga ai sensi dell'art. 13, comma 4 bis, d. lgs. 286/98.

del rappresentante della Questura, due caselle in cui il Giudice deve barrare se sussistano o meno i presupposti di cui agli artt. 13 e 14 del d. lgs. 286/98, uno spazio per la motivazione e, infine, due caselle recanti la formula ‘convalida/non convalida’ il provvedimento del Questore.

Dato, dunque, il tenore delle pronunce, non è stato possibile svolgere un’analisi sistematica delle tecniche argomentative impiegate dai giudici, poiché la parte da studiare si limita alle poche righe destinate alla motivazione che, peraltro, sono spesse volte lasciate bianche. In particolare, dall’analisi svolta dall’Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione relativa agli anni 2013 e 2014, risulta che in media circa il 18% delle pronunce di convalida analizzate sono prive di motivazione e che circa il 41% riporta soltanto delle formule di rito. Similarmente, nelle decisioni riguardanti la proroga del trattenimento, in media il 35% non reca alcuna motivazione e il 22% solo una formula di rito⁹⁴. Dalla successiva analisi relativa al 2015 si ricava che le decisioni di convalida prive di motivazione sono circa il 24% di quelle analizzate, mentre quelle che riportano una clausola di stile si attestano intorno al 21%⁹⁵. Al di là del lieve miglioramento che si può notare nel complesso dei dati, si sottolinea, da un lato, come tali percentuali varino notevolmente tra le varie sedi prese in considerazione, dando la misura di quanto la qualità stessa del sindacato giurisdizionale sulle misure restrittive della libertà personale sia solo eventuale, dall’altro, come il dato comune ad entrambe le sedi risieda nell’estrema esiguità di pronunce prive di motivazione (meno del 2%) o recanti formule di stile (pari a zero), quando il giudice decide di non convalidare il provvedimento. Ciò potrebbe essere sintomo di una sostanziale inversione del *favor libertatis*, in base alla quale una pronuncia che restringe la libertà personale avrebbe meno bisogno di essere motivata rispetto a una che sovverte la decisione dell’autorità di pubblica sicurezza⁹⁶.

Infine, prima di passare alla vera e propria analisi delle argomentazioni svolte dal Giudice di Pace, merita fare un cenno alla prassi secondo la quale le udienze di convalida e proroga si svolgono ai sensi dell’art 13, comma 5 ter, all’interno dei CPR⁹⁷. Tale disposizione, già al momento della sua introduzione, era stata criticata dal Consiglio superiore della magistratura che aveva manifestato “viva preoccupazione” per l’attribuzione ad organi dell’amministrazione dell’interno di

⁹⁴ Percentuali ricavate in media dall’analisi dei rapporti svolti dall’Osservatorio sugli uffici del Giudice di Pace di Roma, Bologna e Bari reperibili all’indirizzo <http://giudicedipace.giur.uniroma3.it/>.

⁹⁵ Percentuali ricavate in media dai dati riportati dai rapporti sul Giudice di Pace di Roma e di Bari reperibili all’indirizzo <http://lexilium.it/>.

⁹⁶ In tal senso un interessante studio ha dimostrato come il prendere decisioni ripetitive aumenti la probabilità che il giudice semplifichi tali pronunce: in particolare che propenda la scelta di default che conferma lo status quo, in questo caso convalidando il trattenimento dello straniero. Cfr. S. DANZIGER, J. LEVAV, L. AVNAIM-PESSO, Extraneous factors in judicial decisions, in Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 2011, 108.

⁹⁷ Ancor più criticabile è la prassi emersa dallo studio svolto dall’Università di Roma Tre, per la quale a Bologna, ben 15 decisioni di convalida dell’accompagnamento immediato alla frontiera siano stati emessi all’atto della scarcerazione direttamente presso la Casa Circondariale di Bologna, in assenza di qualsiasi previsione legislativa in tal senso.

compiti di organizzazione della giustizia idonei “a condizionare l'esercizio della giurisdizione, pregiudicandone altresì l'immagine di imparzialità”⁹⁸. Lo stesso CSM si era successivamente espresso chiarendo come “la salvaguardia primaria dei valori di libertà coinvolti e la necessità di tutelare anche l'immagine di imparzialità del giudice, imponessero di ricorrere al supporto logistico ed organizzativo fornito dalle questure solo in via residuale e quando non fosse possibile procedere alle convalide accompagnando lo straniero presso l'ufficio del giudice”⁹⁹. La questione è stata anche portata di fronte alla Corte costituzionale, ma in maniera giudicata eccessivamente generica¹⁰⁰.

Dato che le pronunce reperite riguardano la convalida o proroga del trattenimento dello straniero, appare necessario chiarire quali sono i presupposti, la cui presenza deve verificare il Giudice di Pace in tale sede. Sebbene l'art. 14, comma 4 del d. lgs 286/98 preveda che vada riscontrata “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 ed espulsione di cui al comma 1”, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha fornito un'interpretazione restrittiva di tale precetto. Fino a qualche anno fa, infatti, la consolidata opinione della Cassazione era che le eccezioni riguardanti il decreto di espulsione dovessero essere fatte valere in sede di ricorso avverso quest'ultimo provvedimento dinanzi al Giudice di pace e non in sede di convalida. Quella venuta a crearsi era dunque una doppia tutela secondo la quale, nonostante il decreto di espulsione fosse atto presupposto del provvedimento di trattenimento, solo l'eventuale inesistenza o inefficacia e non gli ulteriori vizi del primo rilevassero in sede di convalida del secondo¹⁰¹. In seguito, anche alla luce della giurisprudenza CEDU¹⁰², si è avuta qualche parziale apertura, secondo la quale il sindacato del giudice di pace deve comprendere la verifica dell'esistenza, efficacia e non manifesta illegittimità del provvedimento di espulsione presupposto¹⁰³. Malgrado tale interpretazione della Cassazione sia ormai consolidata, essa risolve solo in parte la questione, continuando a permanere alcuni dubbi: innanzitutto un'interpretazione letterale dell'art. 14, comma 4 sembrerebbe suggerire un controllo più approfondito del provvedimento di espulsione, laddove richiede la verifica dei requisiti previsti dagli artt. 13 e 14. L'art. 13, come è noto, infatti, reca proprio la disciplina dell'espulsione. Inoltre, anche un'adeguata valorizzazione della giurisprudenza costituzionale parrebbe spingere in questa direzione: la Corte costituzionale, infatti, nella celebre

⁹⁸ Parere del CSM del 21 ottobre 2004.

⁹⁹ Delibera del CSM dell'8 luglio 2009.

¹⁰⁰ Corte costituzionale, sentenze n. 109/2010 e 93/2014.

¹⁰¹ Cassazione civile, sez. I, sentenza n. 3268 del 14 febbraio 2006.

¹⁰² In particolare delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, Seferovic c. Italia, dell'8 febbraio 2011, ricorso n. 12921/04, e Hokic e Hrustic c. Italia, dell'1 dicembre 2009, ricorso n. 3449/05.

¹⁰³ Cassazione civile, sez. VI, sentenza n. 12609 del 5 giugno 2014; Cassazione civile, sez. VI, sentenza n. 17407 del 30 luglio 2014.

sentenza n. 105 del 2001 ha chiarito come il sindacato giurisdizionale sulla restrizione della libertà dello straniero debba consistere in un “controllo giurisdizionale pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l’esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia. Il giudice dovrà infatti rifiutare la convalida tanto nel caso in cui un provvedimento di espulsione con accompagnamento manchi del tutto, quanto in quello in cui tale provvedimento, ancorché esistente, sia stato adottato al di fuori delle condizioni previste dalla legge. [...] Un controllo che non può fermarsi ai margini del procedimento di espulsione, ma deve investire i motivi che hanno indotto l’amministrazione procedente a disporre quella peculiare modalità esecutiva dell’espulsione – l’accompagnamento alla frontiera – che è causa immediata della limitazione della libertà personale dello straniero e insieme fondamento della successiva misura del trattenimento”¹⁰⁴.

Nonostante tali osservazioni, ad oggi, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, il giudice di pace, prima di convalidare il trattenimento, dovrà verificare il rispetto del termine massimo di 48 ore dall’inizio del trattenimento, la sussistenza dei presupposti dell’art. 13 con riguardo alla sola manifesta illegittimità del decreto di espulsione come atto presupposto al trattenimento: da un lato, dunque, le illegittimità formali, dall’altro, quelle sostanziali, ad esempio che lo straniero non rientri nella categoria delle persone inespellibili ai sensi dell’art. 19 TUIMM e che non vi siano delle particolari condizioni di salute incompatibili con il trattenimento; che non sia stato possibile concedere un termine per la partenza volontaria o ricorrere a misure di controllo meno afflittive; infine, la presenza di ostacoli transitori al rimpatrio (non meglio individuati dall’art. 14, comma 1, che potrebbero anche non dipendere dalla volontà dell’espellendo e che, pertanto, ai sensi dell’art. 9, comma 3, della direttiva rimpatri dovrebbero essere presupposto non del trattenimento, bensì degli obblighi quali la consegna del passaporto, l’obbligo di dimora, ecc.).

Nel caso delle proroghe, il giudice dovrebbe invece verificare che vi siano gravi difficoltà che hanno impedito l’identificazione dello straniero e che il ritardo non sia dipeso dalla negligenza della Questura. Alcune indicazioni in merito al sindacato del giudice in sede di proroga provengono anche dalla Corte di Giustizia che ha chiarito, nella sentenza Mahdi¹⁰⁵, come il magistrato debba prorogare il trattenimento solo se la procedura di allontanamento rischia di durare più a lungo, nonostante la diligenza dimostrata dallo Stato membro, a causa della mancata cooperazione del trattenuto o di ritardi nell’ottenimento dei documenti. Dovranno essere altresì verificati l’impossibilità nel caso concreto di applicare misure meno coercitive, la sussistenza del rischio di fuga e l’eventuale mancata collaborazione del trattenuto nell’allontanamento.

¹⁰⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 105/2001, punto 5 del Considerato in diritto.

¹⁰⁵ CGUE, sentenza Mahdi del 5 giugno 2014, procedimento C-146/14.

Il Giudice di pace provvede con ‘decreto motivato’ ex art. 14, comma 4, la cui motivazione, sommaria, trattandosi di decreto, non può essere affidata ad una mera clausola di stile, ma deve rendere conto sia di un controllo sul decreto di espulsione presupposto (nei limiti visti), sia dei motivi per i quali l’amministrazione ha disposto la modalità espulsiva consistente nell’accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica.

Una volta chiarito ciò, le motivazioni delle decisioni individuate lasciano in realtà poco spazio ad un’analisi di merito delle tecniche argomentative utilizzate: in pochissimi casi, infatti, si è rintracciata una motivazione soddisfacente.

In una di queste decisioni¹⁰⁶, in particolare, – peraltro si tratta di un decreto redatto per esteso e non a compilazione dell’usuale modulo sopra citato – il giudice verifica il rispetto dei termini previsti, richiama la normativa europea (in particolare la direttiva 2008/115/CE) con riguardo al *favor* per il rimpatrio volontario rispetto a quello forzato e, infine, analizza attentamente e singolarmente la sussistenza nella fattispecie dei presupposti integranti il rischio di fuga ai sensi del comma 4 bis dell’art. 13, ai fini della convalida del trattenimento, poi in effetti avvenuta.

Vi è un secondo caso¹⁰⁷, anch’esso significativamente redatto per esteso, nella cui motivazione, sebbene più sommaria, riferendosi ancora una volta alla c.d. direttiva rimpatri, si rileva che non è stato concesso al trattenuto il termine per la partenza volontaria che costituirebbe la normale procedura per il rimpatrio, nonostante il rischio di fuga non risulti fondato e, per questo motivo, si rigetta la convalida.

Ancora, risulta una decisione¹⁰⁸ nella cui parte motiva, il giudice elenca le ragioni per le quali sussiste il rischio di fuga ed esclude la sussistenza di motivi ostativi al rimpatrio ex art. 19. Una discreta completezza nella motivazione costituisce, tuttavia, un’autentica rarità, almeno tra le decisioni rintracciate: su 46 pronunce (convalide e proroghe) solo le tre appena citate riportano una motivazione soddisfacente.

In verità tra le decisioni redatte per esteso ve n’è una quarta in cui il giudice, oltre a prendere atto del fatto che lo straniero, pur informato della possibilità di richiedere un termine per la partenza volontaria, non se ne è avvalso, afferma che il “punto decisivo per la decisione” è il fatto che lo straniero, entrato regolarmente nel territorio italiano, ma rimastovi oltre il termine previsto, avrebbe avuto “tutto il tempo (90 giorni) per potere richiedere asilo, per poter presentare domanda di protezione internazionale, cosa che non ha fatto nonostante la gravità dei motivi indicati”¹⁰⁹ e che ciò ne mina la credibilità. Si ricorda, a tal proposito, che la domanda di protezione internazionale

¹⁰⁶ Giudice di pace di Bologna, pronuncia del 22 febbraio 2013, RG 40092/2013.

¹⁰⁷ Giudice di pace di Caltanissetta, pronuncia del 29 giugno 2012, su www.meltingpot.org.

¹⁰⁸ Giudice di pace di Bologna, pronuncia del 4 marzo 2013, RG 40107/2013.

¹⁰⁹ Giudice di pace di Prato, pronuncia del 19 giugno 2015, RG 2444/2015.

non può essere respinta, o esclusa per il solo fatto di non essere stata presentata tempestivamente, poiché non esistono termini per la presentazione della stessa¹¹⁰. Non sempre, pertanto, la lunghezza della motivazione può ritenersi sinonimo di maggiore qualità della stessa.

In altri casi, o la motivazione riguarda solo alcuni dei presupposti necessari, quali l'osservanza dei termini¹¹¹, il possesso del passaporto e della disponibilità economica¹¹², la semplice volontà di partire dell'interessato¹¹³ (elemento che, peraltro, in maniera opposta a ciò che suggerirebbe la logica, viene utilizzato per giustificare la convalida del trattenimento, malgrado non sia presente un'analisi dei presupposti per la concessione del termine per la partenza volontaria), la sussistenza di condizioni fisico-psichiche eventualmente incompatibili con la permanenza nel CIE (ora CPR)¹¹⁴, o la presenza di uno dei requisiti di inespellibilità ai sensi dell'art. 19, d. lgs 286/98¹¹⁵. In alcuni casi¹¹⁶, viene verificata, su eccezione della difesa, la traduzione degli atti in una lingua conoscibile al trattenuto, sebbene con risultati altalenanti¹¹⁷.

Emergono, tuttavia, anche casi in cui la motivazione, benché presente, esula totalmente dai requisiti sui quali il giudice di pace dovrebbe svolgere il suo sindacato: si sottolinea in particolare una decisione in cui questi motiva la convalida del trattenimento affermando che “essendo in fase di espulsione prossima, detta misura assume maggiore garanzia al fine del controllo dello straniero”, a prescindere dunque da qualsiasi valutazione sull'effettiva sussistenza del rischio di fuga¹¹⁸.

In generale, si rileva come la non convalida appaia sempre maggiormente motivata rispetto alla convalida, come se la rimessione in libertà dell'espellendo necessitasse di maggiore giustificazione: ciò risulta, ad esempio, in alcune decisioni in cui il giudice, rilevando l'impossibilità di un controllo sulle date con riferimento ad un divieto di reingresso¹¹⁹, o

¹¹⁰ A tal proposito si sottolinea che l'art. 28 ter d. lgs. 25/08 modificato dalla l. 132/2018 prevede tuttavia tra le ipotesi di manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale la non tempestività della stessa in caso di ingresso o soggiorno irregolare. La decisione di manifesta infondatezza determina l'applicazione della procedura accelerata e pertanto il dimezzamento dei termini di proposizione del ricorso e la non automaticità della sospensiva.

¹¹¹ Giudice di pace di Bologna, pronuncia del 4 marzo 2013, RG 40105/2013.

¹¹² Giudice di pace di Roma, pronuncia del 20 novembre 2013, RG 81712/2013 e 81713/2013, pronuncia del 5 febbraio 2015, RG 4457/2015, pronuncia del 17 novembre 2015, RG 73987/2015.

¹¹³ Giudice di pace di Roma, pronuncia del 15 novembre 2013, RG 80261/2013, pronuncia del 20 novembre 2013, RG 81711/2013.

¹¹⁴ Giudice di pace di Roma, pronuncia del 26 ottobre 2013, RG 74035/2013, pronuncia del 9 marzo 2015, RG 14083/2015, pronuncia dell'11 dicembre 2015, RG 78961/2015, Giudice di pace di Bologna, pronuncia del 27 febbraio 2013, RG 40100/2013.

¹¹⁵ Giudice di pace di Roma, pronuncia del 2 febbraio 2015, RG 4137/2015.

¹¹⁶ Giudice di pace di Roma, pronuncia del 20 aprile 2016, RG 28590/2016, pronuncia del 5 febbraio 2015, RG 4459/2015.

¹¹⁷ In uno dei decreti analizzati, infatti, la difesa aveva eccepito che il provvedimento era stato tradotto in lingua inglese, anziché francese, provenendo il suo destinatario dal Marocco. Il giudice convalida il provvedimento motivando che “la lingua corrisponde comunque ad una di quelle veicolari previste per legge”, omettendo quindi di valutarne la sua conoscibilità in concreto (Giudice di pace di Roma, pronuncia del 5 febbraio 2015, RG 4459/2015).

¹¹⁸ Giudice di pace di Roma, pronuncia del 9 aprile 2016, RG 26015/2016.

¹¹⁹ Giudice di pace di Roma, pronuncia del 13 novembre 2013, RG 79300/2013.

l'incongruità tra il provvedimento di trattenimento e il decreto prefettizio di accompagnamento alla frontiera¹²⁰, non convalida il trattenimento.

Relativamente alle proroghe, emerge positivamente una decisione¹²¹, nella quale il giudice, richiamandosi alle osservazioni della difesa, utilizza la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹²² relativa all'impossibilità di applicare la direttiva rimpatri ad un richiedente asilo fino all'esito del ricorso proposto avverso la decisione della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, per giustificare il diniego della proroga del trattenimento.

Le pronunce restanti, invece, riportano tutte delle mere clausole di stile ["ritenuto che il provvedimento risulta legittimo" oppure "ritenuto che sussistono i gravi motivi per convalidare"] o sono del tutto prive di qualsiasi motivazione [modulo prestampato: "Il giudice di pace, ritenuto che sussistono/non sussistono i presupposti di cui all'art. 14, D. lgs 25 luglio 1998 n. 286 e successive modifiche, convalida/non convalida il provvedimento emesso dal Questore di cui sopra"; nulla scritto di proprio pugno nella parte relativa alla motivazione].

Questa breve carrellata delle decisioni alle quali si è avuto accesso è sufficiente a spiegare le ragioni per le quali non è stato possibile svolgere un'analisi delle tecniche interpretative utilizzate dai giudici di pace: anche nei pochi casi in cui era presente, la motivazione è risultata generica e priva di argomentazioni, e, sebbene lo scarso numero di pronunce reperite non consenta di svolgere valutazioni generali, non ci si può esimere da alcune osservazioni.



¹²⁰ Giudice di pace di Roma, pronuncia del 19 novembre 2013, RG 81313/2013.

¹²¹ Giudice di pace di Roma pronuncia del 15 luglio 2013, RG 49662/2013.

¹²² CGUE, sentenza Arslan, causa C-534/11. In realtà in tale pronuncia la CGUE ricorda come il diritto dell'UE preveda che il richiedente asilo debba essere considerato regolare fino all'esito della decisione di primo grado in merito alla sua richiesta di protezione internazionale. La possibilità di estendere la regolarità del soggiorno anche agli ulteriori gradi di ricorso è lasciata alla discrezionalità degli Stati.

Se non si può che salutare con favore quei riferimenti (anche se sporadici) alla normativa e alla giurisprudenza dell'UE, infatti, lungi dall'aver alcun rilievo statistico, la rappresentazione grafica delle pochissime decisioni analizzate restituisce in maniera preoccupante la dilagante superficialità con cui viene trattata una materia tanto sensibile, quanto quella relativa alla libertà personale dei migranti.

Senza volere esprimere giudizi sulla preparazione e specializzazione dei giudici di pace in tale campo, si constata che la convalida del trattenimento sembra, il più delle volte, un'operazione che il giudice compie *de plano*, affidandosi a quanto riferito dalla Questura, o che, quanto meno, non sente il bisogno di giustificare. Laddove, invece, il magistrato onorario intenda non convalidare il trattenimento, le decisioni risultano adeguatamente motivate, facendo trasparire, pertanto, l'assunto di partenza secondo il quale la privazione della libertà personale dell'espellendo costituisca la normalità. Nulla di più lontano da quanto previsto dalla disciplina europea, che prevede che il trattenimento del rimpatriando costituisca l'*extrema ratio*, solo se nel caso concreto non possono essere applicate misure sufficienti meno coercitive (art. 15, direttiva 2008/115/CE).

Ci si chiede, dunque, quali fattori influenzino in tal senso i giudici di pace: se da un lato, è la stessa normativa nazionale, che pur ha recepito formalmente la direttiva rimpatri, a far trasparire che la concessione del termine per la partenza volontaria costituisca un'eccezione e non la regola, allorquando, all'art. 13, comma 5, la definisce in negativo "qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera" (e dunque l'eventuale trattenimento); dall'altro lato, si è indotti a ritenere che la stessa sede in cui si svolgono le udienze di convalida, all'interno dei locali del CPR, e dunque laddove il questore 'gioca in casa' e lo straniero è già ristretto nella sua libertà, certamente non aiuta il magistrato a mantenere inalterata la parità delle parti. In tal senso, si noti che, sebbene a volte la carente motivazione del giudice potrebbe attribuirsi al fatto che questi potrebbe ritenere inutile ripetere le motivazioni già considerate nel provvedimento presupposto, ciò avviene anche in taluni casi in cui siano esposte delle eccezioni a difesa del trattenuto, il cui respingimento meriterebbe comunque adeguata motivazione.

Il secondo gruppo di pronunce preso in considerazione ammonta ad appena tre decisioni relative rispettivamente ad un respingimento differito, un respingimento alla frontiera e ad una convalida dell'accompagnamento alla frontiera, che saranno dunque menzionate, per puro scopo esemplificativo, piuttosto che rappresentativo della giurisprudenza in merito.

Nella prima di tale pronunce¹²³, il Giudice di pace di Agrigento annulla il provvedimento di respingimento con accompagnamento alla frontiera per l'uso eccessivamente estensivo fatto del

¹²³ Giudice di pace di Agrigento, pronuncia dell'8 luglio 2011, su Dir. Imm. Citt. 3/2011, 146.

termine ‘differito’¹²⁴. Dopo avere ritenuto sussistente la propria giurisdizione e non quella del giudice amministrativo sui ricorsi aventi ad oggetto respingimenti¹²⁵, in quanto gli stessi implicano “inevitabilmente una coercizione della libertà personale”, il giudice, passando al merito della questione, rileva come i dieci giorni intercorsi tra il rintraccio dello straniero alla frontiera e l’adozione del provvedimento di respingimento rappresentino un lasso di tempo eccessivo. Difatti, sebbene la norma dell’art. 10, comma 2, d. lgs. 286/98 non fissi un termine per l’adozione del respingimento c.d. differito, esso deve essere necessariamente emesso entro un termine ragionevolmente breve dal fermo dello straniero. Deporrebbero in tal senso sia l’argomento letterale (la norma dispone: “all’ingresso o subito dopo”), che il fatto che esso sia adottato dall’autorità di polizia ed implichi in ogni caso una coercizione della libertà personale del destinatario, traducendosi in un accompagnamento alla frontiera o in un trattenimento. Ancora, a sostegno della propria argomentazione, il Giudice di pace adduce sia l’argomento apagogico, in virtù del quale si prolungherebbe per un lasso di tempo indefinito una restrizione della libertà personale, sguarnita di qualsiasi garanzia giurisdizionale, in contrasto con l’art. 13 Cost. (come effettivamente avvenuto nel caso di specie), sia l’argomento economico, in base al quale si verrebbe, altrimenti, a svuotare di significato l’ipotesi di espulsione prefettizia ex art. 13, comma 2, lett. a), d. lgs 286/98.

La pronuncia successiva¹²⁶ riguarda un respingimento alla frontiera disposto dalla Polizia al porto di Bari per precedenti penali e segnalazione al S.I.S. Il giudice di pace di Bari annulla il provvedimento, rilevando, oltre al fatto che la sottoscrizione dell’atto non è leggibile, che la motivazione è insufficiente e non suffragata: il decreto di respingimento, infatti, riporta solo una crocetta in corrispondenza dell’opzione “pericolosità per l’ordine pubblico e la sicurezza” e aggiunge che il destinatario ha riportato numerosi precedenti penali, senza però alcuna indicazione precisa. Proprio tale circostanza era stata smentita dalla difesa dello straniero presentando documentazione attestante l’assenza di condanne e procedimenti penali pendenti. Pertanto, conclude il giudice, “un mero sbarramento di una casella dei motivi ostativi all’ingresso sul t.n., essendo il provvedimento emesso limitativo della libertà di circolazione della persona (soggetta a riserva di

¹²⁴ Si tratta di una questione che sarà più ampiamente discussa in seguito (§5.1.3 e §5.2.1).

¹²⁵ Si sottolinea come la questione, effettivamente ormai pacifica in tal senso a seguito della sentenza della Corte di Cassazione, SS. UU, n. 14502 del 10 giugno 2013 e n. 15115 del 17 giugno 2013 – che hanno affermato come, in mancanza di norma derogatrice che assegni la competenza al giudice amministrativa, la coerenza del sistema esige che le controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, quali sono quelli su cui incide il provvedimento di respingimento, rientrino nella giurisdizione del giudice ordinario – fosse al tempo ancora dibattuta. In particolare, parte della giurisprudenza deduceva dalla natura amministrativa del decreto di respingimento, in mancanza di deroga normativa, la giurisdizione amministrativa. Altro orientamento riteneva radicata la giurisdizione ordinaria in base ad una analogia contenutistica e funzionale con l’espulsione. Peraltro, secondo quanto affermato dalle SS. UU. competente è il Tribunale ordinario e non il Giudice di pace.

Sulle competenze in tema di immigrazione e diritti fondamentali del giudice amministrativo cfr. A. PAJNO, Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali ed immigrazione, in www.federalismi.it, 2, 2017.

¹²⁶ Giudice di pace di Bari, pronuncia dell’11 novembre 2015, su www.meltingpot.org

legge ex art. 13 della Costituzione), non consente di ritenere legittimo tale atto in carenza di puntuali elementi documentali a suffragio”. A parte la confusione del giudice relativamente alla differenza tra libertà di circolazione e libertà personale e al riferimento improprio alla riserva di legge, che potrebbero essere ascrivibile ad un mero refuso, è sicuramente apprezzabile il richiamo alla garanzia costituzionale dell’art. 13, che non può assolutamente considerarsi soddisfatta dall’apposizione di una crocetta in un modulo preformato.

Infine, l’ultima pronuncia presa in considerazione è un’ordinanza del Giudice di pace di Trento¹²⁷, con la quale quest’ultimo annulla il decreto di espulsione con accompagnamento alla frontiera disposto nei confronti del ricorrente con una motivazione in gran parte analoga a quella del provvedimento appena analizzato. Anche in questo caso, infatti, il decreto risultava motivato con una mera formula, agevolmente dimostratasi inesatta: in particolare, la polizia motivava l’impossibilità di concedere un termine per la partenza volontaria con il mancato possesso di un passaporto valido, malgrado lo stesso risultasse depositato agli atti. Questa volta il giudice ritiene la motivazione insufficiente, non richiamandosi alla tutela costituzionale dell’art. 13, bensì rilevando come “un provvedimento così disgregante di relazioni familiari, attesa la giovane età in cui il ricorrente è legittimamente giunto in Italia e delle relazioni nel frattempo avviate”, necessita di maggiore ponderazione. In maniera del tutto discrezionale rispetto a quanto disposto dalla normativa, il giudice ritiene pertanto che una motivazione adeguata in ordine all’impossibilità di concedere un termine per la partenza volontaria sia richiesta, non perché si tratti di un provvedimento incidente sulla libertà personale, indipendentemente da chi ne sia destinatario, bensì soltanto in virtù della giovane età del ricorrente, della presenza di legami familiari e della dimostrazione dell’integrazione sul territorio nazionale.

2.3 Il Tribunale ordinario

Art. 6 d. lgs. 142/2015 (Trattenimento)

1. Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda.
2. Il richiedente è trattenuto, ove possibile in appositi spazi, nei centri di cui all’articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sulla base di una valutazione caso per caso, quando:

¹²⁷ Giudice di pace di Trento, pronuncia del 15 aprile 2014, su Dir. Imm. Citt., 3-4/2014, 179.

a) si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F della Convenzione relativa allo status di rifugiato, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata con la legge 24 luglio 1954, n. 722, e modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, ratificato con la legge 14 febbraio 1970, n. 95;

b) si trova nelle condizioni di cui all'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e nei casi di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155;

c) costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. Nella valutazione della pericolosità si tiene conto di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite;

d) sussiste rischio di fuga del richiedente. La valutazione sulla sussistenza del rischio di fuga è effettuata, caso per caso, quando il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione ovvero non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui all'articolo 13, commi 5, 5.2 e 13, nonché all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

3. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, il richiedente che si trova in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di respingimento o di espulsione ai sensi degli articoli 10, 13 e 14 del medesimo decreto legislativo, rimane nel centro quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione.

3-bis. Salvo le ipotesi di cui ai commi 2 e 3, il richiedente può essere altresì trattenuto, per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture di cui all'articolo 10-ter, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza. Ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza, il richiedente può essere trattenuto nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, con le modalità previste dal comma 5 del medesimo articolo 14, per un periodo massimo di centottanta giorni.

4. Lo straniero trattenuto nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, riceve, a cura del gestore, le informazioni sulla possibilità di richiedere protezione internazionale. Al richiedente trattenuto nei medesimi centri sono fornite le informazioni di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, con la consegna dell'opuscolo informativo previsto dal medesimo articolo 10.

5. Il provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento è adottato per iscritto, corredato da motivazione e reca l'indicazione che il richiedente ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione protezione internazionale e libera circolazione dei

cittadini dell'Unione europea competente alla convalida. Il provvedimento è comunicato al richiedente nella prima lingua indicata dal richiedente o in una lingua che ragionevolmente si suppone che comprenda ai sensi dell'articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni. Si applica, per quanto compatibile, l'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, comprese le misure alternative di cui al comma 1-bis del medesimo articolo 14. La partecipazione del richiedente all'udienza per la convalida avviene, ove possibile, a distanza mediante un collegamento audiovisivo, tra l'aula d'udienza e il centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 nel quale egli è trattenuto. Il collegamento audiovisivo si svolge in conformità alle specifiche tecniche stabilite con decreto direttoriale d'intesa tra i Ministeri della giustizia e dell'interno entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, e, in ogni caso, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto. È sempre consentito al difensore, o a un suo sostituto, di essere presente nel luogo ove si trova il richiedente. Un operatore della polizia di Stato appartenente ai ruoli di cui all'articolo 39, secondo comma, della legge 1° aprile 1981, n.121, è presente nel luogo ove si trova il richiedente e ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. Egli dà atto dell'osservanza delle disposizioni di cui al quinto periodo del presente comma nonché, se ha luogo l'audizione del richiedente, delle cautele adottate per assicurarne la regolarità con riferimento al luogo ove si trova. A tal fine interpellata, ove occorra, il richiedente e il suo difensore. Delle operazioni svolte è redatto verbale a cura del medesimo operatore della polizia di Stato. Quando il trattenimento è già in corso al momento della presentazione della domanda, i termini previsti dall'articolo 14, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si sospendono e il questore trasmette gli atti al tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea per la convalida del trattenimento per un periodo massimo di ulteriori sessanta giorni, per consentire l'espletamento della procedura di esame della domanda.

6. Il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda ai sensi dell'articolo 28-bis, commi 1 e 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, come introdotto dal presente decreto, salvo che sussistano ulteriori motivi di trattenimento ai sensi dell'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento.

7. Il richiedente trattenuto ai sensi dei commi 2 e 3 che presenta ricorso giurisdizionale avverso la decisione di rigetto della Commissione territoriale ai sensi dell'articolo 35-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, rimane nel centro fino all'adozione del provvedimento di cui al comma 4 del medesimo articolo 35-bis, nonché per tutto il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto.

8. Ai fini di cui al comma 7, il questore chiede la proroga del trattenimento in corso per periodi ulteriori non superiori a sessanta giorni di volta in volta

prorogabili da parte del tribunale in composizione monocratica, finché permangono le condizioni di cui al comma 7. In ogni caso, la durata massima del trattenimento ai sensi dei commi 5 e 7 non può superare complessivamente dodici mesi.

9. Il trattenimento è mantenuto soltanto finché sussistono i motivi di cui ai commi 2, 3 e 7. In ogni caso, nei confronti del richiedente trattenuto che chiede di essere rimpatriato nel Paese di origine o provenienza è immediatamente adottato o eseguito il provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera ai sensi dell'articolo 13, commi 4 e 5-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. La richiesta di rimpatrio equivale a ritiro della domanda di protezione internazionale.

10. Nel caso in cui il richiedente è destinatario di un provvedimento di espulsione da eseguirsi con le modalità di cui all'articolo 13, commi 5 e 5.2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il termine per la partenza volontaria fissato ai sensi del medesimo articolo 13, comma 5, è sospeso per il tempo occorrente all'esame della domanda. In tal caso il richiedente ha accesso alle misure di accoglienza previste dal presente decreto in presenza dei requisiti di cui all'articolo 14.

Si è visto come sulla convalida e proroga del trattenimento degli stranieri sia competente, ai sensi dell'art. 14 d. lgs. 286/98, il Giudice di pace; il Tribunale ordinario, generalmente competente per la convalida dell'allontanamento coattivo e del trattenimento dei cittadini dell'UE e dei loro familiari (art. 20 ter d. lgs. 30/2007) è altresì competente nel caso in cui il cittadino extracomunitario trattenuto sia un richiedente asilo. Tale competenza del Tribunale ordinario, prevista già dall'art. 21 del d. lgs. 25/2008, ancorché tale tipo di trattenimento fosse al tempo raramente applicato, è stata confermata dall'art. 6 del d. lgs. 142/2015¹²⁸. La disamina relativa alle decisioni sulla libertà personale degli stranieri non può pertanto prescindere dall'analisi delle convalide del Tribunale adottate prima ai sensi dell'art. 21 del d. lgs. 25/2008, e successivamente dell'art. 6 del d. lgs. 142/2015, non invece quelle relative ai cittadini comunitari e ai loro familiari.

Che l'art. 21 fosse in effetti raramente applicato lo dimostra anche la quantità di decisioni reperite per questa ricerca: se il numero totale è di per sé abbastanza esiguo – solo 17 decisioni –, salta all'occhio come solo 5 delle decisioni rinvenute siano state pronunciate tra il 2008 e il 2014, mentre in soli 2 anni (2015 e 2016) sia stato possibile rintracciare le restanti 11 (un'unica pronuncia è stata reperita per il 2017). Ancora una volta, pertanto, va premesso che quest'analisi, lungi dall'essere stata svolta su un campione statisticamente significativo di decisioni, ha risentito, analogamente a quanto riscontrato in riferimento alle decisioni del Giudice di pace, dell'esiguità di

¹²⁸ Una nuova ipotesi di trattenimento del richiedente asilo è stata da ultimo introdotta dalla l. 132/2018 che ha convertito il d.l. 113/2018: si tratta del comma 3-bis dell'art. 6, d. lgs. 142/2015, secondo cui il richiedente asilo può essere trattenuto per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza per un periodo massimo di 30 giorni negli hotspot o nei Centri governativi di prima accoglienza. Lo stesso comma 3-bis prevede che ove questo tempo non sia sufficiente per la verifica dell'identità il richiedente asilo potrà essere trattenuto nel CPR per un periodo massimo di 180 giorni.

decisioni rinvenute – provenienti solamente dai tribunali di Torino, Roma, Bari e Caltanissetta – e del fatto che la pubblicazione occasionale in banche dati o riviste di settore generalmente corrisponda alla presenza di particolari profili di interesse o di novità.

Indicativamente, ad esempio, solo in due delle 17 pronunce analizzate il giudice ha deciso di convalidare o prorogare il trattenimento, disponendo per la libertà del trattenuto in tutte le restanti decisioni, malgrado sia evidente come queste percentuali non rappresentino uno spaccato della tendenza giudiziaria in materia. Ciò nonostante, il dato relativo alle tecniche argomentative utilizzate dai giudici può ugualmente rivelarsi interessante.

Dal punto di vista sostanziale, non si segnalano tra le decisioni reperite aspetti particolarmente degni di nota: si rileva, tuttavia, come uno dei casi più ricorrenti¹²⁹ tra quelli pubblicati su banche dati e riviste di settore sia stato di recente disciplinato dal legislatore che è intervenuto per ‘sanare’ l’operato della questura, con il d. l. 13/2017, convertito con l. 46/2017. Si tratta del caso in cui il trattenimento del richiedente asilo sia disposto nell’attesa dell’esecuzione del respingimento, piuttosto che in seguito a un’espulsione: tale ipotesi, anche con riferimento allo straniero irregolare, era stata introdotta dalla l. 129/2011, modificando il primo comma dell’art. 14, d. lgs. 286/1998. Specularmente la l. 46/2017 è intervenuta sul terzo comma dell’art. 6 d. lgs. 142/2015, che disciplinava solamente il caso del richiedente asilo trattenuto in attesa che fosse eseguita l’espulsione. La frequenza, emersa già nell’esiguo numero di pronunce analizzate, con cui l’autorità di pubblica sicurezza ricorreva al trattenimento nonostante lo stesso non fosse previsto per l’esecuzione del respingimento, denota la sostanziale sovrapposizione tra gli istituti dell’espulsione disposta dal prefetto, nei confronti dello straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, senza, appunto, essere stato respinto (art. 13, co. 2, lett. a), d. lgs. 286/98) e del respingimento differito (art. 10, co. 2, d. lgs. 286/98), per cui nella prassi gli stessi vengano utilizzati indifferentemente, in maniera discrezionale, dal questore¹³⁰, nonché quel sopravvento della prassi sulla legge che si era paventato già nell’introduzione di questo lavoro.

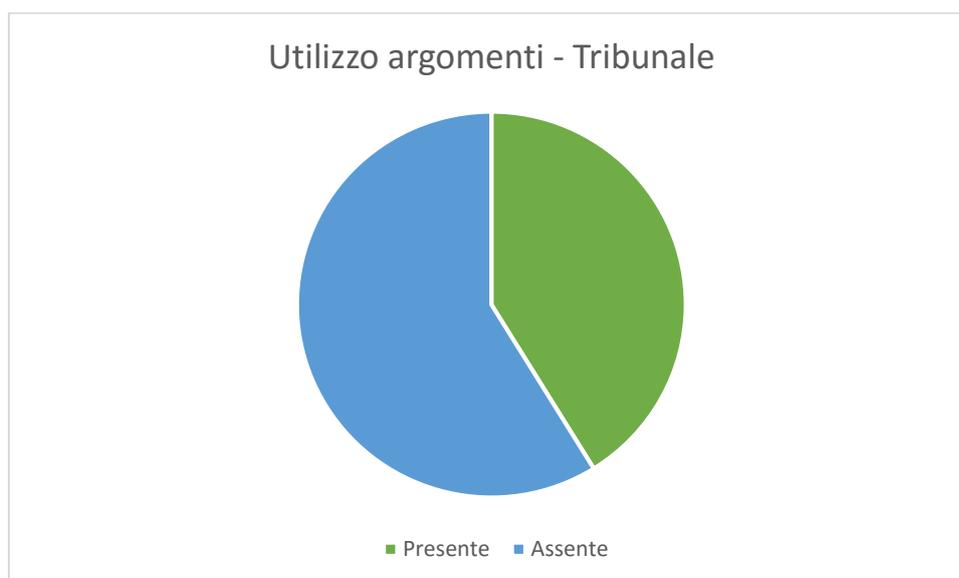
Svolto questo breve inciso sul merito delle decisioni, dal punto di vista degli argomenti in esse impiegati, si è osservato che ben otto delle diciassette decisioni analizzate non presentavano l’utilizzo di alcuna tecnica di interpretazione, limitandosi ad illustrare i fatti in causa e concludendo senza alcuna ulteriore argomentazione. Parlo di mancato utilizzo di tecniche interpretative, quando la motivazione della decisione si limita a esporre i fatti oggetto della causa e/o le disposizioni applicabili, nel loro testo originale o parafrasate, senza svolgere alcun ulteriore ragionamento né

¹²⁹ Trib. Torino, decreto n. 3211 del 22 ottobre 2015, su Dir. Imm. Citt., 2/2015, 152; Trib. Bari, 2° sez. civile, decreto del 18 dicembre 2015 su Dir. Imm. Citt., allegato al fascicolo 1/2017; Trib. Bari, decreto n. 1029/2016 del 20 gennaio 2016, RG 207/2016; Trib. Roma, decreto del 17 agosto 2016 RG 13603/2016.

¹³⁰ La problematica verrà più approfonditamente affrontata in seguito (§5.1.3 e §5.2.1).

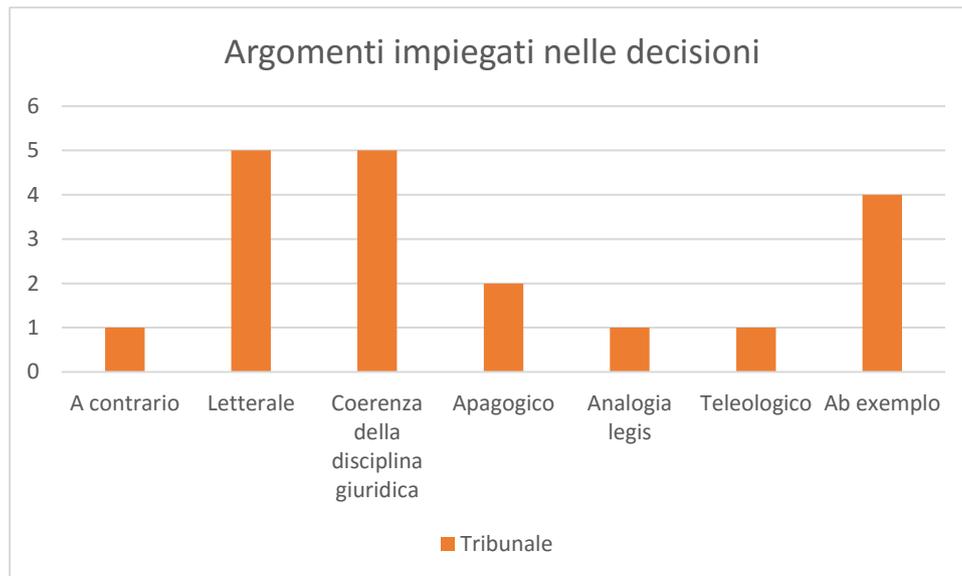
sulle possibili interpretazioni della norma, né sulla sussunzione della fattispecie nella norma. Ciò accade naturalmente quando ci si trovi in uno di quei casi considerati chiari dal giudice, poiché quest'ultimo ritiene superfluo spendersi in argomentazioni superflue. Esemplicativamente, infatti, tra le otto pronunce in cui non si applica alcun criterio interpretativo, ve ne è una in cui le condizioni di salute (circostanze di fatto) vengono considerate incompatibili con il trattenimento, circostanza che secondo il giudice non richiede ulteriori argomentazioni, e una in cui la motivazione si basa sul mancato rispetto dei termini per la comunicazione al giudice del trattenimento. Tuttavia, è sempre possibile che un caso considerato 'chiaro' da un giudice non lo sia per un altro¹³¹: ad esempio, tra le motivazioni prive di criteri interpretativi si trovano anche un caso (precedente all'entrata in vigore della l. 46/17) in cui il giudice rilevava come il trattenimento non fosse applicabile laddove il provvedimento presupposto fosse un decreto di respingimento e non di espulsione, quando è noto come altra parte della giurisprudenza avallasse l'opposta interpretazione sulla base del criterio analogico.

Una nona decisione, singolarmente, si presentava identica ad altra dello stesso Tribunale, di 18 mesi precedente e redatta da altro magistrato. In definitiva, pertanto, in meno della metà delle decisioni del Tribunale ordinario rinvenute, il giudice argomentava la decisione facendo uso di tecniche interpretative. Inoltre in quattro delle pronunce analizzate si utilizzano moduli prestampati sostanzialmente analoghi a quelli già impiegati dal Giudice di pace: significativamente, tuttavia, in due di esse il giudice decideva di riservarsi e, ritiratosi in camera di consiglio, redigeva la motivazione per esteso.



¹³¹ Non è detto, dunque che l'assenza di motivazione si riscontri solo in quei casi a cui una determinata norma è (o non è) certamente applicabile, poiché ciò si verifica a volte anche in presenza di 'hard' o 'borderline cases'. Cfr. R. GUASTINI, Interpretare e argomentare, cit., 54.

Sottolineando che anche nel caso del Tribunale, la rappresentazione grafica è lungi dall'aver alcun valore statistico, quello che segue è un grafico relativo alle tecniche argomentative utilizzate dai giudici nelle otto restanti pronunce. Ciò che si nota è la ricorrenza degli argomenti letterale, della coerenza del sistema e autoritativo (*ab exemplo*), criteri che, ad eccezione del primo, risultano essere i favoriti anche dai giudici della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale, come si vedrà in seguito.



In particolare, l'argomento della coerenza della disciplina giuridica viene utilizzato nel 60% dei casi nell'ambito di una interpretazione adeguatrice alla Costituzione, e nel restante 40% in riferimento al diritto internazionale e dell'UE. Il richiamo alle discipline costituzionale, dell'UE e della CEDU appare quanto mai prezioso in questo ambito ed è importante ritrovarlo già nella giurisprudenza del Tribunale ordinario. Così anche l'impiego dell'argomento autoritativo rispecchia perfettamente quello della coerenza della disciplina giuridica: nel ricorrere all'argomento autoritativo, infatti, il Tribunale preferisce aderire ai precedenti della giurisprudenza comune (50% dei casi) e a quelli delle corti internazionali, in particolare della Corte di Giustizia dell'UE.

2.4 La Corte di Cassazione

Ai sensi degli artt. 13, comma 5 bis, e 14, comma 6 del d. lgs. 286/98, la Corte di Cassazione è competente sui ricorsi avverso la convalida dell'accompagnamento alla frontiera e del

trattenimento, per i quali non è dunque previsto un secondo grado in Corte d'Appello. Il ruolo della Corte di Cassazione, naturalmente non è solo quello di un giudice di secondo grado, poiché ad essa è attribuita nel nostro ordinamento la funzione nomofilattica. Questo determina la particolare autorità delle pronunce della Corte di Cassazione, che dettando delle posizioni interpretative, dovrebbero assicurare la certezza del diritto.

Purtroppo, anche con riferimento alla Cassazione, valgono le considerazioni svolte per il Giudice di pace e per il Tribunale ordinario in relazione al numero di pronunce che è stato possibile analizzare e al fatto che generalmente le sentenze più agevolmente rintracciabili coincidono con quelle che hanno suscitato maggiore attenzione da parte degli addetti al settore; malgrado l'estremo interesse che proprio in virtù del suo ruolo, l'analisi sulle tecniche argomentative utilizzate dalla Corte di Cassazione avrebbe potuto suscitare, i risultati dell'analisi sono estremamente parziali a causa dell'esiguo numero di decisioni rintracciate: 39 pronunce risalenti al periodo 2008-2017.

Sebbene i motivi di ricorso proposti siano, come è naturale, svariati, è possibile individuare alcuni temi ricorrenti nella giurisprudenza della Cassazione, su cui è utile fare alcuni brevi cenni. Non dovrebbe sorprendere, a questo punto dell'analisi, che quasi un terzo delle decisioni prese in considerazione siano assunte sulla base di un'eccezione relativa alla motivazione della convalida o della proroga. Si trattava nella maggior parte dei casi di decisioni motivate in maniera insufficiente, errata o del tutto privi di motivazione. È rilevante, in tal senso, che solo in 2 pronunce su 12 in cui era stata svolta questa eccezione, la Cassazione abbia giudicato la motivazione adeguata¹³². Circa un altro terzo delle pronunce analizzate riguarda il provvedimento di espulsione presupposto al trattenimento: si è detto *supra* del filone giurisprudenziale che ha definito quali fossero i profili relativi all'espulsione valutabili dal giudice in sede di convalida. Qui si aggiunge solamente che la Cassazione ha chiarito la necessità di valutare la ragionevole prospettiva di rimpatrio ai fini della convalida del trattenimento anche sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'UE¹³³. In tal senso rileva anche la valutazione degli eventuali motivi di salute che potrebbero essere ostativi al rimpatrio e al trattenimento stesso. Si è visto, infatti, come accada che il trattenimento sia convalidato, disponendo contestualmente vengano fatti degli accertamenti medici per valutare se le condizioni di salute del trattenuto siano compatibili. Tale prassi è stata censurata dalla Cassazione che ha affermato che, in quanto condizione di validità del trattenimento, qualsiasi

¹³² Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza n. 6322 del 10 marzo 2017 e sentenza n. 21278 del 13 settembre 2017. In particolare si noti che nella seconda delle due pronunce, la Corte ritenga sufficiente la seppur sintetica motivazione della proroga “in presenza di una notoria gestione massiva di tali procedimenti aventi ad oggetto un numero rilevante di persone appartenenti - non trascurabile difficoltà - ad una pluralità indeterminata di Paesi stranieri”.

¹³³ Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza n. 18478 del 23 settembre 2015, sentenza n. 19201 del 28 settembre 2015, sentenza n. 24415 del 30 novembre 2015, sentenza n. 24146 del 28 novembre 2016.

accertamento medico deve essere svolto prima della convalida¹³⁴. Le condizioni di salute del trattenuto possono altresì influire sulla sua capacità di stare in udienza¹³⁵ e tale profilo si ricollega ad un altro importante filone della giurisprudenza di legittimità: quello relativo alla garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa del trattenuto. La Corte ha negli anni chiarito l'importanza della partecipazione del trattenuto all'udienza e della traduzione e conoscibilità degli atti che lo riguardano, specificando che tali garanzie si estendono anche all'udienza di proroga.

Si segnalano, infine, alcune pronunce in cui la Corte di Cassazione ha correttamente applicato la normativa UE, sia colmando le mancanze del legislatore prima che questi recepisce le direttive che, anche in seguito al recepimento, per affermare la diretta applicabilità delle stesse, anche relativamente a quelle disposizioni che non avevano ricevuto una corretta trasposizione nell'ordinamento interno¹³⁶.

Finalmente, si ricorda la rilevanza dell'operato della Cassazione in ordine alle questioni di giurisdizione e di competenza, spesso per lungo tempo dibattute nella giurisprudenza.

Svolte queste brevi considerazioni sul merito delle decisioni in oggetto, si può passare ad analizzare i risultati dell'indagine relativa agli argomenti utilizzati dalla Corte.

Anzitutto, si sottolinea che, persino nella giurisprudenza della Cassazione, il tasso di pronunce la cui motivazione è priva di qualsiasi tecnica interpretativa è molto alto. In alcuni casi la mancanza di argomentazione è dovuta al fatto che la sentenza accoglie *in toto* le considerazioni svolte dal consigliere relatore, senza svolgere ulteriori rilievi, prassi che può considerarsi ragionevole, specie nei casi in cui la relazione *ex art.* 380 bis c.p.c. contiene un'adeguata motivazione, cui il Collegio aderisce. Non mancano tuttavia i casi in cui la stessa relazione è priva di argomenti interpretativi, o, ancor più gravemente, la Corte ribalta la proposta del giudice relatore, senza comunque argomentare ulteriormente. Un esempio di questo ultima circostanza lo si ritrova nella sentenza n. 15106 del 19 giugno 2017 in cui il giudice relatore aveva proposto la definizione del giudizio nel senso dell'inammissibilità del ricorso; in tal caso il Collegio si limita ad affermare di non condividere codesta proposta e, passando al merito del giudizio, soltanto rileva che il mancato svolgimento di accertamenti medici volti a verificare la compatibilità del trattenimento (quale condizione di validità dello stesso) prima della convalida, deve determinare l'accoglimento del ricorso¹³⁷. Non raramente la motivazione della decisione si limita ad una mera esposizione dei fatti di causa e trasposizione virgolettata delle disposizioni applicabili, cosicché la 'motivazione' della sentenza, lungi da potersi definire tale, conduce apoditticamente alla conclusione.

¹³⁴ Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza n. 15106 del 19 giugno 2017.

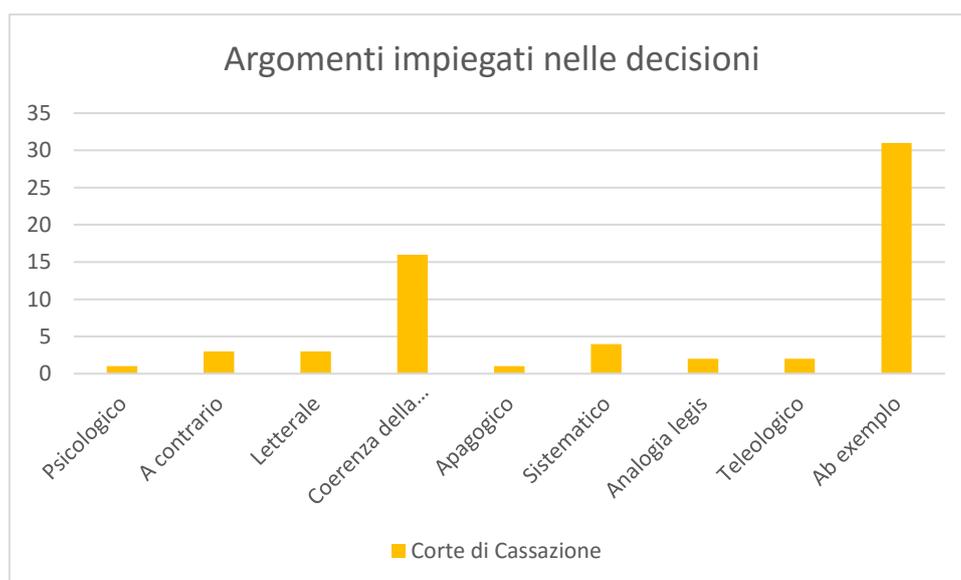
¹³⁵ Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza n. 25767 del 14 dicembre 2016, sentenza n. 10743 del 3 maggio 2017.

¹³⁶ Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza n. 11583 del 10 luglio 2012, sentenza n. 5926 del 25 marzo 2015 e, di recente, riguardo l'istituto del riesame del trattenimento si veda sez. I, sentenza n. 22932 del 29 settembre 2017.

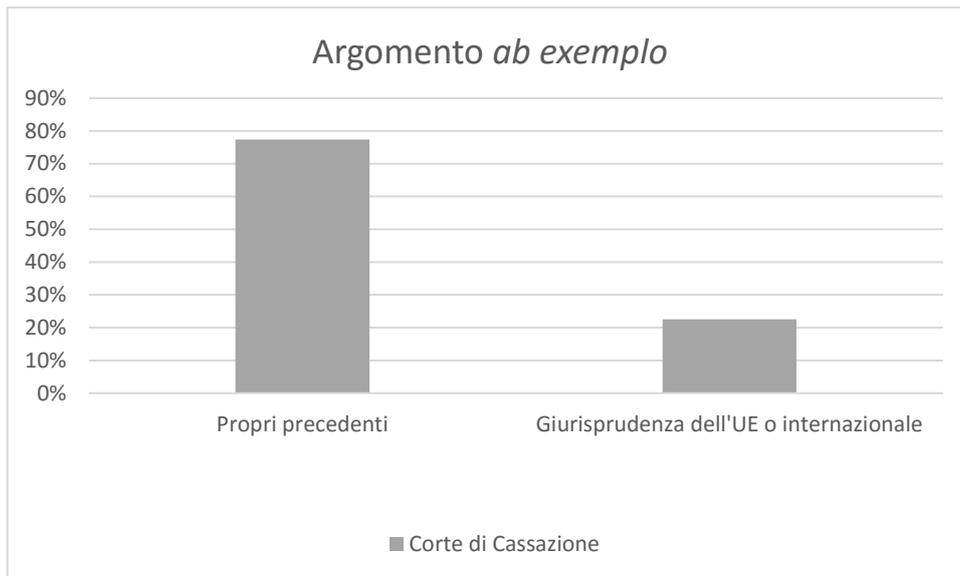
¹³⁷ Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza n. 15106 del 19 giugno 2017.



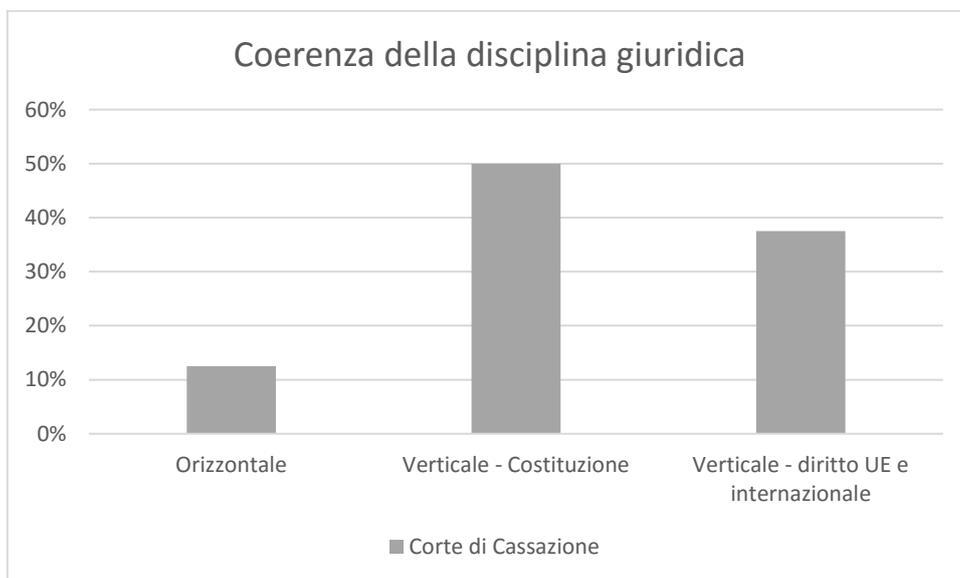
Laddove si registri, l'uso di argomenti, in ogni caso, non vi è grande varietà.



Il dato che emerge è la nettissima predominanza dell'argomento *ab exemplo* e, in parte, di quello della coerenza della disciplina giuridica: il primo è un argomento tendenzialmente conservatore attraverso il quale, basandosi sul cosiddetto principio di inerzia, si sostiene l'attribuzione di un determinato significato normativo ad una disposizione, in virtù del fatto che quello stesso significato gli sia già stato attribuito da qualcuno. In particolare, in questo caso si tratta quasi sempre di propri precedenti e, in alcuni casi, di decisioni della Corte di Giustizia e della Corte EDU.



Il secondo argomento si basa sull'idea che l'ordinamento sia un sistema coerente e dunque privo di antinomie, per cui si dovrà attribuire ad una disposizione un significato conforme ad altra norma di pari grado o sovraordinata.



Giova ricordare anche qui che il numero piuttosto esiguo di decisioni analizzate non consente di ricavare delle conclusioni statisticamente rilevanti sull'approccio interpretativo della Cassazione in materia di libertà personale dei migranti. I dati a nostra disposizione tuttavia ci consentono di affermare, che, nel campione di pronunce osservate, la Corte di Cassazione utilizza quasi unicamente degli argomenti conservatori¹³⁸ e, sebbene non manchino degli esempi di *revirement* –

¹³⁸ Si veda la classificazione di G. TARELLO, L'interpretazione della legge, cit., 394.

come nel caso del riesame¹³⁹ – tale dato potrebbe essere il sintomo di un non esplicito *self-restraint* della Cassazione nell’ambito di una materia, come quella dell’immigrazione, tanto profondamente influente sul piano politico¹⁴⁰. Si tratta chiaramente di un’ipotesi che andrebbe dimostrata su un numero molto più ampio di decisioni. Tuttavia, trattandosi in questo ambito non solo di politica dell’immigrazione, ma di diritti fondamentali, l’opportunità di un ulteriore futuro approfondimento in questa direzione sembrerebbe incoraggiato dai risultati di quest’analisi, e, in particolare, sia dal dato relativo al tipo di argomenti utilizzati, sia dall’altissimo numero di decisioni non argomentate.

2.5 La Corte Costituzionale

Art. 13 Cost. (Libertà personale)

La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altre restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva

Procediamo con l’analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale, che rende necessarie alcune avvertenze relative alla peculiarità delle pronunce che ci accingiamo ad osservare.

Si è scelto infatti di includere anche la Consulta tra i giudici della libertà personale degli stranieri, sebbene questi ultimi non possano direttamente rivolgersi per invocare la tutela del proprio diritto¹⁴¹, tenendo a mente, da un lato la specificità dell’oggetto e del parametro delle pronunce¹⁴²,

¹³⁹ Corte di Cassazione, sentenza. n. 22932/2017 cit.

¹⁴⁰ Si noti che se è vero che le supreme magistrature “sono naturalmente portate – per la maggiore prossimità ai centri istituzionali del potere politico – a prestare la massima attenzione alle conseguenze che le loro decisioni potrebbero provocare sull’ordinamento”, non sembra potersi riscontrare, neanche tra i giudici comuni, quel ruolo di garanti dei diritti costituzionali che pure era stato prospettato. A. PACE, La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, 702.

¹⁴¹ Invero già l’attribuzione della definizione di ‘giudice’ calza un po’ stretta alla Corte costituzionale: sebbene essa stessa abbia escluso di potere “essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli noti e storicamente consolidati, propri degli organi giurisdizionali” nella stessa sentenza, non ha esitato ad affermare che “la sua attività si svolge secondo modalità e con garanzie processuali ed è disciplinata in modo da rendere possibile il contraddittorio fra i soggetti e gli organi ritenuti più idonei, e pertanto legittimati, a difendere davanti ad essa

dall'altro il loro indubbio peso politico¹⁴³. Il fatto che l'oggetto del giudizio costituzionale non sia mai un fatto, bensì una norma, determina importanti conseguenze sul sillogismo utilizzato in sede di giudizio¹⁴⁴: anzitutto perché a dovere essere sussunto nella previsione normativa (in questo caso costituzionale) sarà appunto una norma e non un fatto, e, in secondo luogo, perché, per applicare tale sussunzione, è preliminarmente necessario fornire un'interpretazione della norma oggetto. Per tale motivo, è stato rilevato come ogni sentenza costituzionale sia di fatto “doppiamente interpretativa perché anche l'oggetto del giudizio è frutto di attività ermeneutica”¹⁴⁵.

In tal senso, anche i criteri di selezione delle sentenze prese in considerazione da questa analisi sono stati individuati specificamente per la Corte costituzionale, in base ai fini dell'osservazione stessa: il primo dei requisiti applicati è che si trattasse di giudizi di legittimità in via incidentale sollevati con riferimento al parametro dell'art. 13 Cost. Come è ovvio, l'art. 13 non è quasi mai¹⁴⁶ l'unico parametro richiamato e, anzi, si sottolinea come spesso l'art. 13 sia preso in considerazione nel combinato disposto con l'art. 3, sulla base del canone della ragionevolezza. Non si è invece considerato quelle pronunce che, pur avendo ad oggetto norme incidenti sulla libertà personale degli stranieri, non considerassero l'art. 13 Cost. tra i parametri della questione di costituzionalità, poiché i profili di legittimità osservati dalla Corte costituzionale in questi casi non erano direttamente afferenti al diritto di libertà personale.

Si è deciso, poi, di prendere in considerazione soltanto quelle decisioni, sentenze o ordinanze, di merito, e non anche quelle meramente processuali: tale distinzione è stata di volta in volta apprezzata, come suggerito dalla dottrina, a seguito di “un'attenta lettura del ‘contenuto’ del dispositivo”¹⁴⁷: laddove la Corte costituzionale effettivamente argomentasse nel merito la propria decisione, la si è sottoposta ad analisi; viceversa, allorché si limitasse a prendere atto, ad esempio, della presenza di uno *ius superveniens* o che la questione si presentasse identica ad altra già affrontata dalla Consulta, o, altrimenti, rilevasse *ictu oculi* la mancanza della rilevanza o non manifesta infondatezza, senza entrare nel merito della questione, o ancora quando si limitasse a richiamare propri precedenti giurisprudenziali da cui non intendeva discostarsi, si è escluso tali decisioni dal campo di osservazione. Salvo alcune eccezioni, pertanto, sono rimaste fuori da tale

interpretazioni eventualmente diverse delle norme costituzionali” (Corte costituzionale, sentenza n. 13/1960), fino a giungere ad ammettere di potere essere considerata ‘giurisdizione di ultima istanza’ ai fini del rinvio pregiudiziale alla CGUE (Corte costituzionale, ordinanza n. 203/2008).

¹⁴² A. SAIITA, Logica e retorica nella motivazione, cit., 49.

¹⁴³ Si veda T. MARTINES, Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche, Milano, Giuffrè, 1957.

¹⁴⁴ P. CHIASSONI, Tecnica dell'interpretazione giuridica, cit., 154; R. GUASTINI, Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica, Torino, 1990, 77.

¹⁴⁵ A. SAIITA, Logica e retorica nella motivazione, cit., 94.

¹⁴⁶ L'unica eccezione tra le sentenze in seguito analizzate è rappresentata dalla sentenza n. 105/2001.

¹⁴⁷ A. RUGGERI, A. SPADARO, Lineamenti di giustizia costituzionale, 5^a ed., Torino, Giappichelli, 2014, 151.

analisi le decisioni di restituzione degli atti al giudice *a quo*, quelle di manifesta inammissibilità e quelle di manifesta infondatezza, non invece quelle di mera inammissibilità¹⁴⁸, intendendosi l'espressione 'decisioni processuali' in maniera residuale, per indicare tutte quelle pronunce non di merito, in "un senso più evocativo che tecnico e definito"¹⁴⁹.

Infine, come ultimo criterio di selezione, si è selezionato quelle decisioni la cui normativa in oggetto riguardasse specificamente gli stranieri – in base a tale requisito si è ad esempio escluso dall'analisi la sentenza n. 331/2011, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4-bis del T.U. Imm. nella parte in cui, disponendo la custodia cautelare in carcere quando sussistono gravi indizi di colpevolezza relativi al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, non fa salva la possibilità che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure meno coercitive. È evidente come tale pronuncia, malgrado abbia ad oggetto una disposizione del testo unico sull'immigrazione, non si applichi esclusivamente agli stranieri, poiché chiunque, cittadino o meno, può essere autore del reato di cui all'art. 12, comma 3, d. lgs. 286/98. Ad onore del vero, anche questo ultimo canone di selezione è stato utilizzato in maniera elastica: difatti, le prime due sentenze esaminate – ma anche la quarta – riguardano la legittimità costituzionale del rimpatrio con foglio di via obbligatorio, una misura di prevenzione disciplinata in un primo momento dal Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773), e successivamente dalla l. 1423/1956. Tale misura, a dispetto di ciò che il nome potrebbe suggerire, non era applicata agli stranieri che si trovassero nel territorio italiano, bensì ai cittadini al di fuori del proprio comune di residenza. Malgrado ciò, si è ritenuto di includere nell'analisi tali pronunce sia per l'enorme rilevanza delle stesse nell'ambito della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale, sia per gli elementi di analogia di queste fattispecie con l'odierna disciplina delle espulsioni degli stranieri¹⁵⁰ – similmente a quanto avviene nell'odierna

¹⁴⁸ Si noti tuttavia che è stato osservato come "in materia di immigrazione, la Corte costituzionale non di rado ricorre a pronunce di inammissibilità o comunque elusive del *petitum* sostanziale: una tendenza che tenta di nascondere l'imbarazzo del giudice delle leggi chiamato a pronunciarsi su problemi giuridici particolarmente complessi e politicamente sensibili" e che tale atteggiamento elusivo denoti in realtà imbarazzo: "quello che deriva da una giurisprudenza che, essendo ancora condizionata dal paradigma della cittadinanza, asseconda passivamente l'ascesa delle ragioni di difesa sociale (anzi, di difesa della nazione e del suo territorio dall'immigrazione) e avvalga il distacco dalla Costituzione delle libertà degli «altri»". Cfr. M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 55, 58.

¹⁴⁹ Allo stesso fine, tale chiarimento era impiegato da Massimo Luciani: M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, 9.

¹⁵⁰ Come il trattenimento amministrativo, così anche le misure di prevenzione, infatti, sono sganciate dall'accertamento di un fatto-reato, e basate, piuttosto, su una prognosi di pericolosità sociale. Si noti, tuttavia, che nessuna delle c.d. misure di polizia comporta una compressione della libertà personale assimilabile a quella del trattenimento degli stranieri.

Sulla legittimità delle misure di prevenzione, ai tempi si scagliò, durissima, la critica dell'Elia: L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit. Si veda, altresì, F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno di studi "Enrico De Nicola", Milano, Giuffrè, 1975, 29.

disciplina degli stranieri, infatti, se il rimpatrio è eseguito attraverso l'ordine di lasciare il territorio, tale misura incide esclusivamente sulla libertà di circolazione e di soggiorno; se invece è eseguito mediante accompagnamento, la coercizione determina una limitazione della libertà personale. Infine, proprio il dibattito della dottrina in tema di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione può rivelarsi utile ai nostri fini.

In base a questi requisiti le pronunce osservate dall'inizio dell'attività della Corte costituzionale ad oggi sono state dodici e verranno esaminate in ordine cronologico.

La prima delle pronunce analizzate è la sentenza n. 2/1956, con la quale la Corte costituzionale, all'inizio del suo lavoro, si è pronunciata sulla legittimità della disciplina allora vigente relativa al rimpatrio con foglio di via obbligatorio, rispetto ai parametri degli artt. 13 e 16 della Costituzione. In questa occasione la Corte non si sofferma sulla portata generale dell'art. 13 (afferma semplicemente che la stessa non possa essere "intesa quale garanzia di indiscriminata e illimitata libertà di condotta del cittadino; tanto vero che la stessa Costituzione, nello stesso articolo 13 e nei successivi contempla e disciplina varie situazioni e fissa espressamente dei limiti"¹⁵¹), o sul se e come la disciplina del rimpatrio incida sulla libertà personale, ma si limita a rilevare quali siano i due profili di incompatibilità della disciplina impugnata: in particolare, relativamente all'art. 13, il potere di ordinare la traduzione del rimpatriando che competeva all'autorità di pubblica sicurezza senza che fosse previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria¹⁵².

Segue a distanza di qualche anno la sentenza n. 45/1960, la cui motivazione in diritto inizia con la considerazione della Corte che, malgrado si sarebbe anche potuta dichiarare la questione manifestamente infondata in virtù di precedenti decisioni, è "in vista della gravità e della delicatezza che le questioni del genere presentano in ogni tempo" che conviene entrare nel merito del problema in riferimento alla nuova disciplina: si tratta ancora della competenza dell'organo che ha il potere di disporre il rimpatrio, questa volta non nel caso in cui avvenga mediante traduzione, ma con foglio di via obbligatorio. In effetti, stupisce la lungimiranza della Consulta, la cui decisione, a distanza di quasi 60 anni, resta quanto mai attuale: è evidente qui l'analogia con l'attuale disciplina di rimpatrio degli stranieri, con accompagnamento alla frontiera o con l'intimazione a lasciare il territorio nazionale: incidente sulla libertà personale è solo la modalità coercitiva di esecuzione del rimpatrio e non il rimpatrio in sé, se eseguito in modo obbligatorio, e dunque solo la prima delle due modalità esecutive dovrà essere corredata dalle garanzie previste dall'art. 13 Cost. In questa pronuncia, la Corte si occupa di dimostrare l'erroneità del presupposto interpretativo da cui prende le mosse l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*, ossia che l'ordine

¹⁵¹ Corte costituzionale, sentenza n. 2/1956, punto 3 del Considerato in diritto.

¹⁵² Il secondo profilo era invece relativo alla necessità che il rimpatrio obbligatorio fosse giustificato da fatti concreti secondo i limiti previsti dall'art. 16 Cost.

di rimpatrio di per sé comporti una restrizione della libertà personale, poiché non “qualunque limitazione della libertà [deve] essere ricondotta sotto la disciplina dell'art. 13”. L'ordine di rimpatrio non si pone, dunque, in contrasto con l'art. 13 sotto il profilo denunciato perché di per sé “non consente l'esercizio di alcuna coercizione”, potendo la traduzione essere effettuata solo in seguito alla sentenza di condanna. Pertanto, ad essere ristretta sarebbe esclusivamente la libertà di circolazione e di soggiorno e non la libertà personale. La Consulta approfondisce quindi la propria argomentazione, rilevando che l'obbligo di rimpatrio non comporta una degradazione giuridica assimilabile a quella causata dalla sottoposizione all'ammonizione¹⁵³ poiché, a differenza di questa, non pone degli specifici obblighi che limitano la libertà del rimpatriando, influenzando solo sulla sua libertà di circolazione e di soggiorno. La Consulta delinea quindi due diversi indicatori che dimostrerebbero un'incidenza sulla libertà personale – l'esercizio di una coercizione e la degradazione giuridica – senza però soffermarsi sui rapporti tra i due. Già ai tempi della pronuncia, l'atteggiamento di “imbarazzo”¹⁵⁴ della Corte in tale sentenza era stato autorevolmente criticato, in quanto “le cose [sarebbero] un po' più complesse di quanto non sembra”¹⁵⁵: secondo Mortati, nel dare un'interpretazione estensiva della libertà personale, che ricomprendesse gli obblighi imposti a chi fosse sottoposto a sorveglianza speciale, infatti, questa non sarebbe “riuscita a mantenere fermo il criterio assunto [– dell'esercizio di una coercizione fisica –], e [sarebbe] stata invece costretta a trascenderlo, per fare riferimento al diverso concetto di «degradazione giuridica»”¹⁵⁶. Mortati sottolinea come i due approcci interpretativi alla libertà personale, rispettivamente restrittivo il primo ed estensivo il secondo, non sarebbero tra di loro compatibili e come il concetto di degradazione sarebbe più correttamente “da attribuire non già agli obblighi fatti valere, bensì piuttosto alla qualificazione che li precede e li condiziona: quella cioè di «pericolosità sociale», che è come un marchio che si imprime sulla personalità morale determinando una specie di *status*, tale da mettere il soggetto che ne è colpito in una condizione di subordinazione speciale [...]. Se questo è, non dovrebbe rimaner dubbio che, proprio seguendo l'*iter* logico percorso dalla Corte, sia necessario risalire al momento da cui prende origine tale situazione di inferiorità, ed affidare di conseguenza al giudice la valutazione degli elementi che la rendono applicabile”¹⁵⁷. In tal senso, secondo Mortati, sembrerebbe emergere, parallelamente a quanto previsto per l'art. 14 Cost., “una conferma del principio secondo cui deve essere sottoposto alla pronuncia del magistrato ogni

¹⁵³ Che gli obblighi conseguenti all'ammonizione comportassero delle restrizioni della libertà personale, intesa come ‘libertà morale’ la Corte costituzionale l'aveva affermato nella sentenza n. 11/1956.

¹⁵⁴ C. MORTATI, Rimpatrio obbligatorio e Costituzione, cit., 686. In effetti Mortati rileva come anche dottrina e giurisprudenza comune abbiano avuto difficoltà a far rientrare la sorveglianza speciale ma non il rimpatrio obbligatorio nell'ambito di applicazione dell'art. 13 (S. GALEOTTI, La libertà personale, cit. In senso opposto, P. BARILE, Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale, in Foro pad., IV, 1951, 175).

¹⁵⁵ C. MORTATI, Rimpatrio obbligatorio e Costituzione, cit.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 688.

¹⁵⁷ *Ibid.*, 689.

provvedimento amministrativo che si concreti non solo in una riduzione coattiva della sfera di azione riservata al cittadino, ma implichi un giudizio che si rifletta negativamente sulla personalità morale di lui”¹⁵⁸. Si è voluto riportare lungamente alcune riflessioni del Mortati perché, pur ricordando che in tali risalenti pronunce di rimpatrio si parlava con riferimento ai cittadini italiani e nell’ambito del territorio nazionale, è fondamentale cogliere l’importanza che tale rilievo, relativo all’attribuzione dello *status* di inferiorità sociale che dovrebbe determinare l’applicazione delle tutele previste dall’art. 13, assume relativamente alla condizione dello straniero sottoposto a rimpatrio.

Come vedremo, tuttavia, la Corte non si è dimostrata dello stesso avviso di questa parte della dottrina, che suggeriva che anche il foglio di via obbligatorio incidesse sulla libertà personale e dovesse, pertanto, in determinate circostanze essere sottoposto alla valutazione dell’autorità giudiziaria ed ha proseguito confermando nella propria giurisprudenza i principi elaborati in queste sentenze.

Malgrado su tale argomento la Corte sia stata interrogata sin dagli albori della sua attività, perché si pronunciasse su una questione avente ad oggetto una restrizione della libertà personale precipuamente rivolta a stranieri si deve fare un salto di più di 30 anni ed osservare la sentenza n. 62/1994. I dubbi di costituzionalità dei giudici rimettenti si appuntavano sull’art. 7, comma 12 bis e ter del d.l. 416/89, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, nel testo introdotto dall’art. 8, primo comma, del decreto legge 14 giugno 1993, n. 187, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 agosto 1993, n. 296 (Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull’espulsione dei cittadini stranieri), relativi al potere del giudice di disporre, nell’ambito del processo penale e su richiesta dell’interessato, l’immediata espulsione nello Stato di origine o provenienza, se lo straniero fosse stato sottoposto a custodia cautelare in carcere o condannato a una pena non superiore a 3 anni di reclusione. In particolare il profilo di incompatibilità sollevato dai giudici *a quibus* con riferimento all’art. 13 Cost. è relativo al rapporto di quest’ultimo con l’art. 3 Cost. e dunque alla presunta disparità di trattamento a favore degli stranieri extracomunitari rispetto ai cittadini nel trattamento della libertà personale. La Corte anzitutto ricorda che “quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell’uomo, quale è nel caso la libertà personale, il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero”¹⁵⁹, ma sottolinea anche che le rispettive posizioni che devono essere messe a confronto in concreto e non in astratto: in tal senso, esse non sono comparabili, proprio perché solo lo straniero può essere sottoposto ad espulsione e

¹⁵⁸ *Ibid.*, 690.

¹⁵⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 62/1994, punto 4 del Considerato in diritto.

non il cittadino, il quale gode del *favor libertatis* garantitogli dall'art. 16 Cost. Giustificherebbero il fatto che lo straniero non goda della medesima libertà nell'ingresso e soggiorno sul territorio nazionale "la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano"¹⁶⁰ e sarebbe spiegata dall'esigenza di ponderare "svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione"¹⁶¹, che spetta interamente al legislatore ordinario, limitato in ciò solo dal vincolo della non manifesta irragionevolezza. È questo dunque l'unico profilo alla luce del quale la Consulta può sindacare la discrezionalità del legislatore in tal proposito: che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli¹⁶². In tal senso la sentenza prosegue con il rilievo che nelle ipotesi in oggetto, l'espulsione costituisce un'ipotesi di sospensione dell'esecuzione della custodia cautelare o della pena, corredata da adeguate cautele e limitazioni normative e disposta dal giudice "acquisite le informazioni degli organi di polizia, accertato il possesso del passaporto o di documento equipollente, sentito il pubblico ministero e le altre parti" (art.7, comma 12 ter, secondo periodo). In tal senso, specifica in chiusura la Corte, il fatto che il provvedimento di espulsione consegua alla richiesta dell'interessato non costituirebbe un arbitrario elemento di favore nei confronti dello straniero, ma sarebbe diretto "ad armonizzare la condizione dello straniero ai valori costituzionali cui il legislatore deve riferirsi nel prevedere una misura pur sempre incidente sulla libertà personale, cioè su un diritto inviolabile dell'uomo"¹⁶³. Ed è rilevante che tale precisazione sia utilizzata dalla Consulta proprio in questa pronuncia in cui la questione era prospettata nei termini di un trattamento di favore verso lo straniero, e non sia ribadita nelle successive decisioni, in cui la disparità di trattamento denunciata è a favore del cittadino.

Nella successiva sentenza presa in considerazione, la n. 210/1995, la Consulta torna a pronunciarsi sulla compatibilità della disciplina del rimpatrio con foglio di via obbligatorio (si tratta in realtà ancora del 'rimpatrio' di un cittadino italiano nel comune di residenza), ribadendo quanto già affermato in riferimento alla previgente disciplina: l'art. 13 riguarda la libertà della persona in senso stretto e l'ordine di rimpatrio, non prevedendo l'uso di coercizione, dunque non vi osta. La Corte continua tracciando la differenza tra gli articoli 13 e 16, che il giudice *a quo* sembrerebbe sovrapporre: perché sia incisa la libertà personale sarebbe necessaria "una menomazione o

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² Sebbene la dottrina sia divisa sulla condizione giuridica dello straniero, in particolare, per ciò che qui interessa, relativamente ai diritti fondamentali, la tesi largamente maggioritaria milita in favore del pieno riconoscimento dei diritti fondamentali allo straniero, a dispetto dell'interpretazione letterale dell'art. 3 Cost. C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, cit., 1153; A. BARBERA, sub art. 2, in G. BRANCA (a cura di), Commentario alla Costituzione, Bologna, Zanichelli, 1975, 116. Per la tesi minoritaria si veda A. PACE, Problematica delle libertà costituzionali, Padova, Cedam, 1990, 144.

¹⁶³ Corte costituzionale, sentenza n. 62/1994, cit., punto 5 del Considerato in diritto.

mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*'¹⁶⁴. Questa non vi sarebbe nel rimpatrio con foglio di via obbligatorio, sia poiché esso non comporta l'uso di coercizione, sia perché una volta 'espulso', il rimpatriato sarebbe libero di trasferirsi ovunque vuole, con esclusione del luogo da cui è stato allontanato. Volendo evidenziare gli elementi caratterizzanti l'applicazione dell'art. 13, vediamo come ricorrano anche qui entrambi i criteri impiegati dalla Corte nella sua precedente giurisprudenza: quello della 'degradazione giuridica' e quello dell'esercizio di 'coercizione'. Tuttavia, in questa sentenza si aggiunge un nesso tra i due, la cui mancanza era stata evidenziata: la coercizione sarebbe una delle possibili menomazioni giuridiche, ma, si deduce logicamente, non l'unica. Considerando, tuttavia, la frequenza con cui tale criterio ricorre nella giurisprudenza della Consulta, ci si chiede quali possano essere gli ulteriori esempi di degradazioni giuridiche (si è visto, con riferimento agli obblighi imposti al sorvegliato speciale come siano stati considerati incidenti sulla libertà personale, ad esempio: l'obbligo "di non associarsi a persone pregiudicate o sospette, di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una data ora, di non portare armi, di non trattenersi abitualmente nelle osterie, bettole o in case di prostituzione e di non partecipare a pubbliche riunioni" (art. 172 T.U. leggi di p. s.)). È evidente come l'espressione 'menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona' sia volutamente vaga ed aperta a plurime interpretazioni: sebbene non sia possibile distinguere con certezza e *a priori* quali casi vi rientrino e quali restino esclusi, qualche dubbio permane sul fatto che la Corte abbia escluso il rimpatrio con foglio di via obbligatorio in ragione della considerazione che colui che vi è sottoposto è in seguito all'allontanamento libero di spostarsi altrove, e, al contrario, incluso colui che è soggetto ad ammonizione in virtù della sottoposizione agli obblighi summenzionati, comunque non particolarmente severi.

Gli stessi criteri, ad ogni modo, figurano in maniera costante nella giurisprudenza del giudice delle leggi in materia: così, anche la sentenza n. 105/2001, che pure è centrale nell'ambito della disciplina presa in considerazione, non segna particolari svolte in proposito¹⁶⁵. La questione risolta dalla Consulta in questo caso riguarda la 'nuova' disciplina delle espulsioni introdotta con il d.lgs. 286/98 che, nel tracciare una disciplina organica in materia di immigrazione, prevedeva che l'espulsione amministrativa dello straniero potesse avvenire tramite intimazione, o mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Era inoltre previsto il trattenimento

¹⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 68/1964, punto 3 del Considerato in diritto.

¹⁶⁵ Tale sentenza era così tanto attesa che ai possibili esiti della stessa fu dedicato un intero volume: R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2001.

negli allora c.d. centri di permanenza temporanea nel caso in cui non fosse possibile eseguire con immediatezza il respingimento o l'espulsione con accompagnamento alla frontiera. Essenzialmente due profili di incostituzionalità erano stati sollevati in riferimento a tale disciplina: che nel caso di accompagnamento coattivo preceduto dal trattenimento, il controllo del giudice investisse solo quest'ultimo, e che l'autorità giudiziaria avesse una limitata discrezionalità in riferimento alla durata del trattenimento. Anzitutto, la Corte costituzionale afferma che il trattenimento incide sulla libertà personale e, senza soffermarsi sul possibile inquadramento dello stesso tra le misure tipiche elencate dall'art. 13, in particolare come detenzione, afferma che, senza dubbio, dalla lettura dell'art. 14, comma 7, esso debba rientrare tra le "altre restrizioni della libertà personale" previste dall'art. 13, in quanto prevede una "mortificazione della dignità dell'uomo". Sebbene, la conclusione che il trattenimento incida sulla libertà personale sia stata a suo tempo salutata con favore dalla dottrina – in quanto corrisponderebbe ad un'interpretazione più rigorosa che eviterebbe un indebolimento della tutela costituzionale della libertà¹⁶⁶ –, non sembra, in realtà particolarmente innovativa. Alla luce dei criteri precedentemente delineati, infatti, la Corte costituzionale non avrebbe potuto negare l'incidenza sulla libertà personale (già affermata per misure molto meno coercitive); al contrario tale interpretazione appare particolarmente cauta, poiché si sarebbe forse potuto, sulla base degli elementi caratterizzanti, considerare il trattenimento una forma di detenzione – che costituisce una privazione, e non una semplice restrizione, della libertà personale. La scelta terminologica effettuata dal legislatore¹⁶⁷ non avrebbe infatti dovuto incidere su un eventuale inquadramento teorico del trattenimento amministrativo degli stranieri tra le misure tipiche previste dall'art. 13.

La Consulta prosegue specificando come le garanzie previste dall'art. 13 Cost. siano rivolte agli stranieri come ai cittadini italiani e che gli interessi legati alla materia dell'immigrazione, "per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a

¹⁶⁶ 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, 1687.

¹⁶⁷ G. Campesi sottolinea come la scelta terminologica del legislatore non sia casuale ma intenda mascherare la vera natura della detenzione amministrativa: "Non a caso, in paesi come Francia, Italia, Spagna, il lessico ufficiale evita di riferirsi al termine 'detenzione', preferendo eufemismi come 'rétention', 'trattenimento', 'internamento'". G. CAMPESI, *I Centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, in A. SPENA, V. MILITELLO (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015, 221. A. Pugiotto parla invece di "truffa delle etichette" con riferimento all'aggettivo 'amministrativo': A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, cit., 597. L'espressione "truffa delle etichette" era già stata utilizzata in questo ambito, ma con riferimento alle misure di prevenzione, da M. CHIAVARIO, *La libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in L. ELIA, M. CHIAVARIO (a cura di), *La libertà personale*, Torino, Utet, 1977, 272.

La stessa considerazione si può svolgere con riferimento alla terminologia utilizzata per i centri destinati al trattenimento amministrativo che in origine erano chiamati Centri di permanenza temporanea ed assistenza, dove è evidente l'ossimoro tra 'permanenza' e 'temporanea': G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei Centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivista AIC*, 1, 2012.

flussi migratori incontrollati”¹⁶⁸, non possano minimamente intaccare i diritti inviolabili che la Costituzione riconosce ai singoli in quanto esseri umani. In tal senso in concomitanza con questa pronuncia era stata rilevata una tendenza nella giurisprudenza costituzionale alla diminuzione di argomentazioni volte a bilanciare le restrizioni apportabili alla libertà personale degli stranieri “con quelle vaghe esigenze di rilievo costituzionale, di pubblico interesse, di ordine pubblico, ecc. riconducibili al controllo dell’immigrazione”¹⁶⁹. La libertà personale è inviolabile e non consente alcuna forma di bilanciamento, cosicché le garanzie previste dall’art. 13 non possono in nessun caso venire meno.

La Corte prosegue affermando che sarebbe proprio la disciplina del trattenimento a riecheggiare la previsione dell’art. 13 Cost. nel fissare i termini di 48 ore per la comunicazione all’Autorità giudiziaria e la successiva decisione. Il provvedimento di accompagnamento coattivo rientrerebbe nella valutazione del giudice in sede di convalida del trattenimento poiché il giudice deve prendere in considerazione tutti gli atti del procedimento e valutare la sussistenza dei presupposti del provvedimento di espulsione amministrativa (presupposto del trattenimento), dovendo rifiutare la convalida nel caso in cui gli stessi manchino¹⁷⁰. Proprio “per eliminare ogni eventuale residuo dubbio” la Consulta a questo punto fa ricorso al criterio della coercizione che, caratterizzando l’accompagnamento alla frontiera, servirebbe a confermare la correttezza della suddetta interpretazione e richiama la sua stessa giurisprudenza relativa all’uso della coercizione per distinguere le misure incidenti sulla libertà personale. Anche qui, pertanto, entrambi i criteri della menomazione giuridica e della coercizione compaiono, quasi a conferma l’uno dell’altro.

A questo punto, la Corte ricorre dunque all’interpretativa di rigetto, affermando che, sebbene l’interpretazione dei giudici rimettenti sarebbe astrattamente plausibile, la stessa Costituzione impone una interpretazione adeguatrice della disciplina tale appunto da estendere il controllo dell’Autorità giudiziaria ai motivi che hanno determinato l’espulsione, nonostante ciò non traspaia così esplicitamente dalle disposizioni in oggetto.

Infine, relativamente alla seconda questione sollevata dai giudici *a quibus*, la Corte la rigetta in poche righe finali spiegando che la durata del trattenimento non è fissa poiché la stessa lettera della legge prevede che lo straniero sia trattenuto “per il tempo strettamente necessario”.

Le successive pronunce in cui la Corte costituzionale si è pronunciata nel merito delle questioni qui considerate sono due decisioni del 2004, rispettivamente le nn. 222 e 223.

¹⁶⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 105/2001, punto 4 del Considerato in diritto.

¹⁶⁹ G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera*, cit., 1689.

¹⁷⁰ Sebbene, in realtà, la Corte abbia omesso di pronunciarsi chiaramente sulle facoltà decisionali del giudice in sede di convalida: D. PICCIONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, in *Giur. cost.*, 2001, 1706.

In tali sentenze, la Consulta si è confrontata con alcune delle novità introdotte dalla c.d legge Bossi-Fini (l. 189/2002), dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma che prevedeva che il giudizio di convalida dell'accompagnamento alla frontiera avvenisse solo in seguito all'esecuzione di quest'ultimo, e di quella che disponeva l'arresto obbligatorio dello straniero colto in flagranza del reato di inottemperanza all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale.

Nella prima delle due sentenze, il giudice delle leggi, dopo avere ripercorso le novità introdotte nel testo unico, ricorda quanto precedentemente affermato relativamente all'accompagnamento alla frontiera e come, in vigore la precedente disciplina, lo stesso fosse subordinato ad un pieno controllo dell'Autorità Giudiziaria in conformità con l'art. 13 Cost. La stessa Corte specifica che, sebbene nella sentenza n. 105/2001 l'accompagnamento alla frontiera fosse stato preso in considerazione solo quale presupposto del trattenimento, il ragionamento svolto in quel contesto non lasciava residuare alcun dubbio sul fatto che i termini della questione sarebbero stati identici anche a prescindere dal trattenimento e che ciò aveva infatti determinato l'intervento del legislatore con il d. l. 51/2002. La disciplina novella, tuttavia, viola proprio quei principi affermati nella sentenza del 2001 laddove prevede che l'accompagnamento coattivo avvenga prima che il giudice possa pronunciarsi sulla restrizione della libertà personale, vanificando le garanzie apprestate dall'art. 13 Cost. Nel constatare anche la violazione del diritto di difesa dello straniero, la Corte ricorda che, sebbene vengano qui "in considerazione la sicurezza e l'ordine pubblico suscettibili di esser compromessi da flussi migratori incontrollati. Tuttavia, quale che sia lo schema prescelto, in esso devono realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale; non può, quindi, essere eliminato l'effettivo controllo sul provvedimento *de libertate*, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva"¹⁷¹. Infine, si specifica che anche il c.d. doppio binario che prevede, accanto a questa convalida cartolare, la possibilità di presentare ricorso avverso il decreto di espulsione con le adeguate garanzie del contraddittorio non basta a superare le censure svolte poiché, non garantendo immediatamente e direttamente la libertà personale, eluderebbe l'art. 13 Cost. Gli interessi contrapposti alla libertà personale degli stranieri non devono in alcun modo intaccare le garanzie apprestate dalla Costituzione.

Nella successiva decisione della Consulta, n. 223/3004, si rileva come la previsione introdotta dalla novella legislativa, che prevedeva l'arresto obbligatorio dello straniero colto nella flagranza della contravvenzione di inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio nazionale (sanzionata con l'arresto da sei mesi a una anno), non sia conciliabile con la previsione processuale generale per la quale le misure coercitive possono essere applicate solo nel caso di delitti per i quali la legge stabilisca la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni (4 anni

¹⁷¹ Corte costituzionale, sentenza n. 222/2004, punto 6 del Considerato in diritto.

nel caso di custodia cautelare in carcere). La Corte prende atto che in nessun caso il giudice potrebbe convalidare tale arresto e trasformarlo in una misura custodiale in carcere e che, pertanto, esso è “privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, è una misura fine a sé stessa”¹⁷². Questi rilievi di carattere pratico servono alla Consulta ad evidenziare come tale disciplina non possa trovare copertura costituzionale, poiché l’art. 13, al terzo comma, prevede che provvedimenti provvisori restrittivi della libertà personale possano essere adottati dall’autorità di polizia solo nella misura in cui abbiano “natura servente rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione, tra cui in primo luogo quelle connesse al perseguimento delle finalità del processo penale, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale in vista dell’intervento dell’autorità giudiziaria.”¹⁷³. Mancando qui appunto qualsiasi strumentalità rispetto alla funzione processuale della misura (né essendo la stessa legata al procedimento amministrativo di espulsione), essa è manifestamente irragionevole. In questo caso, dunque, la Corte costituzionale ritiene leso il contenuto irriducibile del diritto di libertà per la mancanza di strumentalità dell’arresto obbligatorio rispetto alle finalità del processo penale, così come previste dalla Costituzione. Tuttavia, preme sottolineare come l’art. 13, né al comma 3, né altrove, faccia menzione delle finalità a cui devono essere orientate le restrizioni della libertà personale e, tanto meno specifica si tratti di quelle relative al processo penale. Del resto proprio l’assenza di un tale collegamento con le misure di carattere penale, rende possibili il c.d. trattenimento amministrativo e le altre restrizioni della libertà personale previste per gli stranieri a prescindere dal legame con un illecito penale, di cui qui si discute. Sia ben chiaro, non si intende mettere in dubbio il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale in tale decisione: è ovvio che una lettura sistematica della Costituzione impone una simile interpretazione dell’art. 13, in combinato disposto con gli artt. 25 e 111. Ciò che preme sottolineare sono altri due aspetti: il primo è che il giudice delle leggi non abbia avvertito, di fronte all’evidente corto circuito della disciplina legislativa, l’esigenza di argomentare più approfonditamente tale necessario legame tra restrizione provvisoria della libertà operata dall’autorità di pubblica sicurezza e tutela di esigenze previste dalla Costituzione, malgrado si tratti di un’affermazione apparentemente nuova nella sua giurisprudenza. La seconda e forse scontata annotazione è relativa alla presenza di tale legame nelle altre questioni di legittimità costituzionale decise dalla Consulta in relazione a restrizioni della libertà personale dei migranti: non sembrerebbe, infatti, che tale natura servente rispetto a esigenze tutelate dalla Costituzione sia stata sempre individuata (o anche soltanto verificata), se non a mezzo di mere affermazioni di principio relative al potere sovrano dello Stato in materia di immigrazione e alle

¹⁷² Corte costituzionale, sentenza n. 223/2004, punto 3.1 del Considerato in diritto.

¹⁷³ *Ibidem*.

esigenza di ordine e sicurezza pubblici. Una vera e propria dimostrazione relativa all'inesistenza di tale legame nell'economia del procedimento delineato dalla legge, così come tracciata dalla Consulta ad incipit del proprio ragionamento nella sentenza n. 223 del 2004, non mi pare sia, infatti, individuabile altrove. Tale rilievo appare ancor più grave se si pensa che tradizionalmente le restrizioni dell'*habeas corpus* sono strettamente connesse, sia nell'immaginario collettivo, che nella maggior parte delle previsioni normative, ad esigenze di giustizia penale: se la Corte sente giustamente di dovere verificare il ragionevole bilanciamento tra gli interessi della giustizia penale e la libertà personale – si noti come più ampia giustificazione si ritrova, infatti, nella giurisprudenza costituzionale, in riferimento alle misure cautelari incidenti sull'art. 13, proprio in quanto misure *ante iudicatum* –, la necessità di ricorrere a restrizioni della libertà per esigenze diverse da quelle 'tradizionali' necessiterebbe allora di una ancor più attenta giustificazione.

Con l'ordinanza n. 280 del 2006, la Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5 bis, laddove non prevede una tutela giurisdizionale effettiva sul decreto di espulsione (immediatamente esecutivo) con intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro 5 giorni. La Consulta che già in passato, in riferimento al foglio di via obbligatorio (v. sent. n. 210/1995 *supra* analizzata,) aveva chiarito che non si trattasse di misura incidente sulla libertà personale e che, pertanto, non fossero necessarie le garanzie apprestate dall'art.13, ricorda anche in questa occasione che l'espulsione con intimazione incide solamente sulla libertà di circolazione. In tale contesto, quest'ultima affermazione è argomentata con il richiamo alla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione e con il rilievo che l'autorità di polizia non possa esercitare alcuna forma di coazione fisica sul destinatario della misura per ottenerne l'adempimento¹⁷⁴. Si abbandona dunque il riferimento al criterio della menomazione giuridica, in favore del riferimento alla sola coazione.

L'ordinanza n. 386 del 2006 riguarda la legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 5-bis e 5-ter, laddove prevede come reato, l'ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, una questione che era già stata sottoposta alla Corte costituzionale (sentenza n. 5/2004) ma non con particolare riferimento al parametro dell'art. 13 Cost. Malgrado si tratti di una pronuncia di manifesta infondatezza, essa sembrerebbe celare in realtà un'interpretativa correttiva e, per questo motivo, è utile sottoporla ad analisi. L'ordinanza di rimessione interrogava la Consulta, con riferimento all'art. 13 Cost., sul fatto che la restrizione della libertà personale conseguente

¹⁷⁴ In questa occasione, la Consulta richiama la propria giurisprudenza relativa all'art. 13 Cost. ed in particolare una pronuncia in merito alla facoltà degli agenti di polizia di accompagnare il conducente di un veicolo che appaia sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e psicotrope, ad effettuare un prelievo di campioni di liquidi biologici (sent.n 194/1996). La mancanza di coartazione e la possibilità per il conducente di rifiutare l'accompagnamento nel caso lo ritenga un abuso di potere da parte dell'agente (malgrado il rifiuto in tal caso costituisca autonomo titolo di reato) aveva in tale pronuncia condotto la Corte costituzionale ad escludere che ci si trovasse in presenza di una violazione della libertà personale.

all'inosservanza dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato potesse essere ingiustificata: presupposto di tale rilievo era che requisito per intimare l'allontanamento dall'Italia fosse proprio l'impossibilità di eseguire immediatamente l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera per uno dei motivi indicati dall'art. 14, comma 1 (necessità di procedere al soccorso dello straniero o ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione dei documenti di viaggio; indisponibilità di vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo) o l'impossibilità di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporaneo. Le perplessità del giudice *a quo* riguardavano dunque la possibilità di pretendere dallo straniero una condotta che neanche lo Stato, avendo a disposizione mezzi evidentemente maggiori, è in grado di porre in essere, per di più sanzionandola penalmente. La Consulta replica a tali obiezioni, ricordando la presenza della formula «senza giustificato motivo», la quale, lungi dall'essere pleonastica, esclude la configurabilità del reato “in presenza di situazioni ostative di particolare pregnanza, le quali – anche senza integrare delle cause di giustificazione in senso tecnico – incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa”¹⁷⁵. Malgrado la Corte ricordi il doppio binario a cui è ispirato il T.U. Imm., tendente a distinguere nettamente le esigenze dei richiedenti asilo e rifugiati da quelle dei c.d. migranti economici – le quali, sebbene “espressive di istanze in sé e per sé pienamente legittime” non sono considerate sol perciò meritevoli di tutela dal legislatore, nell'esercizio della sua piena discrezionalità –, specifica che deve essere il principio *ad impossibilia nemo tenetur* a guidare il giudice ad interpretazioni ragionevoli della norma che naturalmente escluderanno la sanzionabilità della condotta in caso di impossibilità incolpevole, soggettiva o oggettiva, ad adempiere. In chiusura, la Consulta, sostanzialmente richiamando quanto già affermato nella decisione 5/2004, ammette quanto evidente alla luce di questo ragionamento e cioè che in definitiva restano ben poche ipotesi nella realtà di inosservanza all'ordine di lasciare il territorio senza giustificato motivo, ma ricorda che si tratta di un profilo estraneo alla legittimità costituzionale della norma e relativo, invece “all'architettura complessiva della nuova disciplina dell'espulsione” che attiene all'opportunità delle scelte politico-criminale ad essa sottese. A buon intenditor, poche parole.

Passiamo dunque all'analisi della sentenza n. 22 del 2007: si tratta di una pronuncia di inammissibilità che nondimeno può essere interessante da molteplici punti di vista. Le questioni di costituzionalità portate all'attenzione della Corte erano due: la prima è relativa alla compatibilità dell'art. 14, comma 5-ter del T.U. Imm., in seguito all'intervento legislativo avvenuto con la l. 271/2004, in risposta alla sentenza della Corte costituzionale n. 223/2004, con i parametri degli artt. 2, 3, 16 e 27 Cost.; la seconda riguardava invece la legittimità costituzionale del comma 5-quinquies

¹⁷⁵ Corte costituzionale, ordinanza n. 386/2006.

dello stesso articolo con riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 27 Cost. Malgrado sia dunque solo la seconda delle questioni prospettate dai giudici *a quibus*¹⁷⁶ a rientrare nei criteri di selezione individuati all'inizio di quest'analisi, l'inscindibile legame tra le due disposizioni, che si rispecchia anche nell'*iter* argomentativo della Consulta, ci costringe ad esaminare la pronuncia nella sua interezza.

La modificazione legislativa intervenuta a seguito della pronuncia della Consulta aveva modificato il comma 5-ter, che originariamente prevedeva la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno per il reato di indebito trattenimento, inasprendolo fortemente fino a prevedere la pena della reclusione da uno a quattro anni. Tale aggravio, avvenuto in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2004 (la quale, si ricorda, aveva dichiarato illegittimo l'arresto obbligatorio per l'allora reato contravvenzionale), avrebbe avuto, secondo i giudici remittenti (ma, si noti che anche la dottrina aveva sollevato tali rilievi¹⁷⁷) una finalità esclusivamente processuale: rendere legittima la nuova previsione dell'arresto obbligatorio per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento, attraverso l'introduzione di una sanzione compatibile con l'applicazione di misure cautelari coercitive, senza che vi fosse alla base alcuna modifica del fenomeno criminoso. L'eccessivo e irragionevole carattere sanzionatorio del comma 5-ter sarebbe stato il presupposto dell'illegittimità del successivo comma 5-quinquies che prevede, appunto l'arresto obbligatorio.

È necessario, pertanto, soffermarsi sulle argomentazioni della Consulta relative alla prima questione poiché è stata l'inammissibilità di quest'ultima a determinare la conseguenziale inammissibilità della seconda questione, fondata su nient'altro che l'ipotesi di un ipotetico accoglimento della prima.

Ancora una volta viene in considerazione l'art. 3 Cost., che, come si era detto all'inizio, interseca spesso la giurisprudenza sull'art. 13 Cost. in tema di stranieri. Specificamente, ci troviamo in presenza, in questa decisione, dell'applicazione del canone della ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità in ambito penalistico, attraverso l'uso del c.d. *tertium comparationis*, particolarmente rilevante nei giudizi relativi ai livelli di comminatoria edittale¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Una delle ordinanze di rimessione in questione, in particolare l'ordinanza del Tribunale di Genova del 10 dicembre 2004, era stata analizzata da A. Caputo che era, tuttavia, approdato a conclusioni diverse da quelle della Consulta. A. CAPUTO, Dubbi di legittimità costituzionale del nuovo delitto di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4, 2004, 83.

¹⁷⁷ G. SAVIO, Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nella definizione del diritto degli stranieri, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 739.

¹⁷⁸ A tal proposito, cfr. G. INSOLERA, Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANNOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1997 e F. PALAZZO, Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 1998.

La Suprema Corte ritiene qui di non potere assumere nessuna delle disposizioni proposte dai giudici rimettenti come *tertia comparationis*: né quelle che prevedono una sanzione di carattere generale e residuale per qualsiasi tipo di inottemperanza ad ordini legalmente dati dall'autorità per i motivi indicati dall'art. 650 cod. pen.; né quelle che sanzionano altre condotte previste dallo stesso T.U. Imm. Le prime, infatti, sono ritenute non confrontabili con l'art. 14, comma 5-ter, sul piano della irragionevole disparità di trattamento, poiché le finalità perseguite dal legislatore sono in quest'ultimo quelle di "controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale". La Corte continua precisando come "si [tratti] di un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione"¹⁷⁹. Sebbene ritenga di non poter censurare la disposizione sulla base di tale confronto, la Consulta non indugia nell'affermare che tale raffronto "può servire eventualmente al legislatore per una considerazione sistematica di tutte le norme che prevedono sanzioni penali per violazioni di provvedimenti amministrativi in materia di sicurezza pubblica, senza dimenticare peraltro che il reato di indebito trattenimento nel territorio nazionale dello straniero espulso riguarda la semplice condotta di inosservanza dell'ordine di allontanamento dato dal questore, con una fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili"¹⁸⁰.

Proprio questi rilievi, a ben guardare, tuttavia, denotano l'irragionevole bilanciamento operato dal legislatore: la stessa Consulta ammette che l'utilizzo della norma penale e la conseguente privazione della libertà personale non sono in tal caso giustificati in base ad esigenze di ordine e sicurezza pubblica, né tantomeno ricollegabili alla pericolosità del soggetto, senza però chiarire quali siano gli interessi costituzionalmente tutelati idonei a giustificarli¹⁸¹.

¹⁷⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 22/2007, punto 7.2 del Considerato in diritto.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ Si veda in merito il commento di P. Stancati: "Non v'è, infatti, nella sentenza, peraltro assai estesa ed argomentata, alcun accenno al punto della eventuale diretta lesione, da parte della norma censurata, del nucleo essenziale desumibile da alcuni presìdi costituzionali di garanzia; mentre è proprio a riguardo di tali parametri che la norma in parola mostra la sua difettosità, dal momento che la previsione di una sanzione così elevata, a fronte di un comportamento quale quello cui si riferisce l'art. 14, co. 5-ter, cit. T.U., si mostra come intrinsecamente irrazionale (più che irragionevole): per il fatto, appunto, della afferenza della norma stessa ad un ambito tipico e singolare in cui l'apparato sanzionatorio e la commisurazione delle relative pene non appaiono, per ammissione della stessa Corte, "riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica". In altre parole, è proprio in virtù della singolarità e tipicità dell'ambito considerato dalla norma – e, dunque, per il fatto che le norme del cod. pen. "nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione" – che la Corte, alla stregua dell'art. 2, in combinato con l'art. 27 Cost., così come peraltro correttamente le era stato chiesto di fare da alcuni giudici rimettenti, avrebbe potuto dichiarare la incostituzionalità della previsione legislativa. L'ambito in discorso o, meglio, i comportamenti che in esso si manifestano non esprimono, infatti, una loro intrinseca pericolosità, ed è da qui che si sarebbe dovuto desumere non già la "comparata" sproporzione della pena (in quanto incongrua rispetto ad indici assumibili a *tertium* quali sono gli assetti sanzionatori del c.p.), bensì la oggettiva abnormità (irrazionalità) della stessa; perché è inammissibile (illegittimo) che, in riferimento

Conclusioni analoghe vengono svolte rispetto alle altre sanzioni comminate dal d. lgs. 286/98: anche e soprattutto in riferimento a queste ultime la Corte riconosce che, anche in seguito alle modificazioni legislative che si sono succedute, il quadro normativo “presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa”¹⁸². La Consulta poi, dopo avere analizzato alcune delle sanzioni previste dalla disciplina penale degli stranieri, ricorda come il proprio sindacato possa investire la discrezionalità del legislatore solo in presenza di fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio, e non di sproporzione, anche accertata, tra condotte più o meno gravi, come nel caso di specie, a meno di non sostituirsi alla discrezionalità del legislatore. Alla luce di un’affermazione simile, in effetti, non si può che concordare con quella parte della dottrina che ha definito come arrendevole l’approccio della Corte¹⁸³.

La Corte prosegue poi ricordando come la formula “senza giustificato motivo”, sul cui significato non meramente pleonastico si era già pronunciata (v. *supra* ord. n. 386/2006), serva a scongiurare una irragionevolezza della norma derivante dall’eccessivo rigore.

Infine, la Consulta sembrerebbe effettivamente ‘abbassare le armi’¹⁸⁴ affermando che “questa Corte non può, in ogni caso, procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dal legislatore, giacché mancano nell’attuale quadro normativo *in subiecta materia* precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate”¹⁸⁵, che la stessa non potrebbe pronunciarsi sull’illegittimità del solo minimo edittale, come avvenuto in passato in caso di norme ritenute anacronistiche, proprio in quanto frutto di una scelta recente del legislatore¹⁸⁶, perché, così facendo supplirebbe ad un necessario intervento legislativo che potrebbe meglio soddisfare le

a condotte che non siano dotate della oggettiva e comprovabile attitudine a nuocere agli interessi ora evocati - dell’ordine e della sicurezza -, il legislatore estenda il proprio bilanciamento nei termini pressoché liberi ora visti; e lasciati indenni alla pronuncia in esame. Non vi sono, infatti, due “ordini pubblici” e due “sicurezze nazionali”, poiché tale elemento parametrico è univocamente definibile - tanto a riguardo del cittadino che dello straniero - in quanto ascrivibile in modo esclusivo, quanto al suo contenuto, alla Costituzione, e derivabile nella sua (univoca) conformazione alla stregua delle sole esigenze da questa consentite”. P. STANCATI, Lo statuto costituzionale del non cittadino, cit., 31 ss.

¹⁸² Corte costituzionale, sentenza n. 22/2007 cit., punto 7.3 del Considerato in diritto.

¹⁸³ G. SAVIO, Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle leggi?, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2007, 82, parla, in particolare di “una arrendevolezza appena mascherata dal rigore asettico dell’argomentare”.

¹⁸⁴ Di resa ha parlato, difatti la dottrina, desumendo da questa frase una rilevante presa di posizione della Suprema Corte in merito ad un presunto intrinseco contrasto della normativa sull’immigrazione con i parametri costituzionali “poiché non offre, al suo interno, punti di riferimento costituzionalmente orientati tali da consentire un riassetto mirato a correggere le asimmetrie esistenti”: G. SAVIO, Il diritto degli stranieri, cit. 84.

¹⁸⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 22/2007 cit., punto 7.4 del Considerato in diritto.

¹⁸⁶ Una delle ordinanze di rimessione in particolare utilizzava l’argomento dell’«anacronismo normativo» al contrario, nel senso che proprio dall’assenza di significativi mutamenti del contesto dell’immigrazione irregolare si dovrebbe dedurre l’irragionevolezza dell’inasprimento della comminatoria edittale. V. ordinanza del Tribunale di Genova, 10/12/2004, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2004, 188.

esigenze di un sistema sanzionatorio compatibile coi valori costituzionali. È pertanto la Corte stessa a sollecitare il legislatore affinché elimini tali “squilibri, le sproporzioni e le disarmonie”¹⁸⁷.

È purtroppo storia nota come i successivi interventi legislativi abbiano proseguito sulla scia dagli impeti delle cronache, creando una stratificazione asistemica piuttosto che una ragionata riorganizzazione della disciplina, a dispetto dei moniti della Corte costituzionale. Si riconferma, pertanto, come la disciplina penale degli stranieri rappresenti un “*unicum* normativo”¹⁸⁸, una disciplina orientata non alle esigenze difensive e punitive dello Stato, ma strumentalmente utilizzata per necessità di carattere amministrativo¹⁸⁹.

Segue la sentenza n. 236/2008, in cui la Consulta nuovamente affronta le questioni di legittimità costituzionale relative agli stessi comma 5-ter e 5-quinquies dell’art. 14, d. lgs. 286/98. In particolare, la questione relativa al comma 5-quinquies, che prevede l’arresto obbligatorio in flagranza, è ritenuta infondata dalla Corte in base ad un’argomentazione che analizza i criteri a cui è informato l’art. 380 c.p.p. Il primo comma di quest’ultimo, in effetti, è ispirato alla gravità del reato e ha natura quantitativa (l’arresto obbligatorio in flagranza è previsto per reati puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni, pertanto molto più elevati rispetto a quelli previsti dal comma 5-ter dell’art. 14 – la reclusione da uno a quattro anni); il secondo comma, invece, avrebbe natura qualitativa e si ispirerebbe a speciali esigenze di tutela della collettività: proprio tali esigenze, storicamente mutevoli e non censurabili dalla Corte costituzionale, a meno di non essere manifestamente irragionevoli, giustificerebbero la previsione del comma 5-quinquies. Non sarebbe qui constatabile una manifesta irragionevolezza né a seguito di confronto con altre norme, né in base ad una contraddizione intrinseca della norma. In particolare, la comparazione con gli altri reati per cui è previsto l’arresto obbligatorio è svolta dalla Consulta sia in base ad un criterio quantitativo (malgrado la stessa avesse appena affermato che è la natura qualitativa di reato allarme sociale a giustificare la scelta del legislatore nella previsione del comma 5-quinquies), che a quello qualitativo (la risposta politica del Parlamento all’aumentata percezione sociale della pericolosità del fenomeno): in ogni caso, afferma il giudice delle leggi, non spetta ad essa valutare l’efficacia della risposta repressiva penale in tale ambito. Infine, neanche si potrebbe individuare in tale disposizione la contraddizione intrinseca rilevata nella sentenza n. 223/2004 perché essa sarebbe venuta meno in seguito all’intervento legislativo che ha trasformato la contravvenzione in delitto, “fermi restando [rileva la Corte] i rilievi sugli squilibri, le

¹⁸⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 22/2007 cit., punto 7.4 del Considerato in diritto.

¹⁸⁸ A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano», cit., 8.

¹⁸⁹ Si veda, in merito, anche L. PARLATO, Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un «giusto processo minore»? in Cass. pen., 2004, 346 ss.; S. CARNEVALE, Stranieri al processo: meccanismi di esclusione e accertamento penale, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), Diritti contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero, Torino, Giappichelli, 2009, 111 ss.

sproporzioni e le disarmonie del complessivo sistema sanzionatorio già segnalati dalla sentenza n. 22 del 2007, rimediabili solo da un intervento organico del legislatore”¹⁹⁰. Nonostante le conclusioni siano molto simili a quelle dell’altra pronuncia appena analizzata, è evidente la modifica nei toni della Consulta: mentre nella precedente decisione, notevolmente più lunga ed articolata, le critiche e i solleciti rivolti al legislatore erano preponderanti, in questa sentenza, nonostante a distanza di più di un anno i suoi moniti siano rimasti inascoltati, essi si riducono ad un unico breve richiamo nelle ultimissime righe della sentenza.

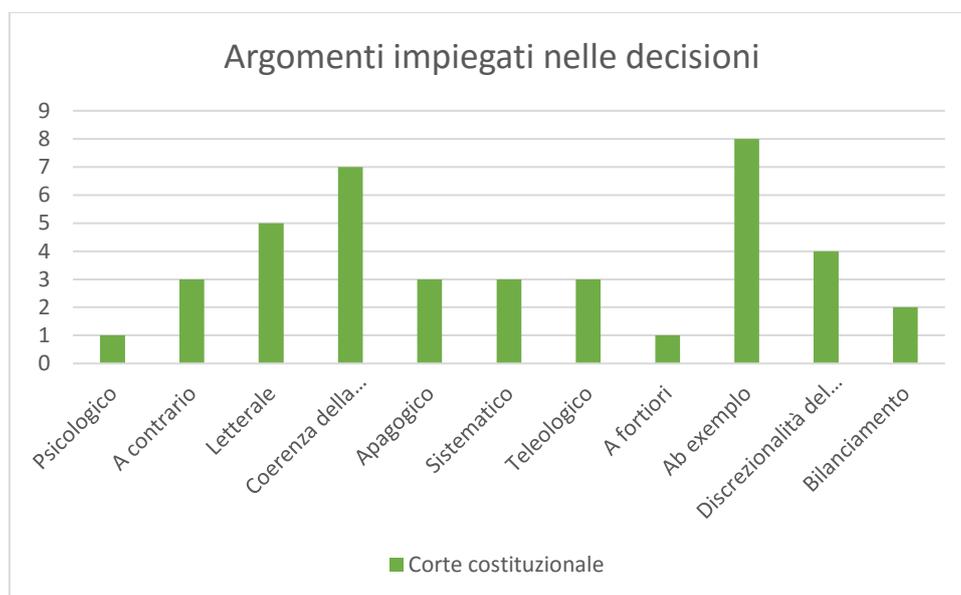
Infine, l’ultima delle pronunce da prendere in considerazione è la recentissima sentenza n. 275 del 2017, anch’essa contenente un monito al legislatore affinché intervenga prontamente. Si tratta di una pronuncia di inammissibilità in cui la Consulta, pur rilevando un difetto di rilevanza, in parte concorda con il giudice *a quo* sull’illegittimità della norma in oggetto, l’art. 10, comma 2, del Testo unico.

Il Tribunale di Palermo aveva infatti rimesso alla Corte costituzionale la questione relativa alla compatibilità del c.d. respingimento differito con l’art. 13 della Costituzione, sia in riferimento alla riserva di giurisdizione, che alla riserva di legge (eccessiva genericità) e all’assenza dei requisiti di eccezionalità, necessità e urgenza, essenziali per attribuire il potere di respingimento all’autorità di pubblica sicurezza. La Corte costituzionale si trova costretta ad accogliere l’eccezione di inammissibilità avanzata dall’Avvocatura di Stato relativa all’assenza del requisito della rilevanza: difatti, lo straniero ricorrente nel giudizio *a quo* aveva ricevuto l’ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro 7 giorni e, pertanto, l’efficacia coercitiva del provvedimento che disponeva l’accompagnamento coattivo era ormai venuta meno, già al momento in cui la questione di legittimità era stata sollevata. Ciò nonostante, la Corte svolge alcune importantissime precisazioni sulla disciplina del respingimento differito, affermando che l’ordine di accompagnamento alla frontiera (incidente sulla libertà personale) viene eliminato e non sospeso dall’ordine di lasciare il territorio nazionale (non incidente sulla libertà personale). Si tratta di un’interpretazione innovativa della Consulta, tale da evitare che l’autorità di polizia conservi la discrezionalità di effettuare l’accompagnamento alla frontiera anche a distanza di tempo dall’ingresso sul territorio nazionale. Non solo, a prescindere dall’inammissibilità della questione, la Corte afferma di non potersi esimere dal riconoscere la necessità di un intervento legislativo sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera in conformità con l’art. 13, terzo comma, Cost.¹⁹¹, intervento effettivamente avvenuto ad opera della l. n. 132/2018.

¹⁹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 236/2008, punto 3.5 del Considerato in diritto.

¹⁹¹ La portata di tale monito è stata analizzata da P. BONETTI, Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza 275/2017 della Corte costituzionale, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2018, 15. Cfr. anche V. CARLINO, Il respingimento

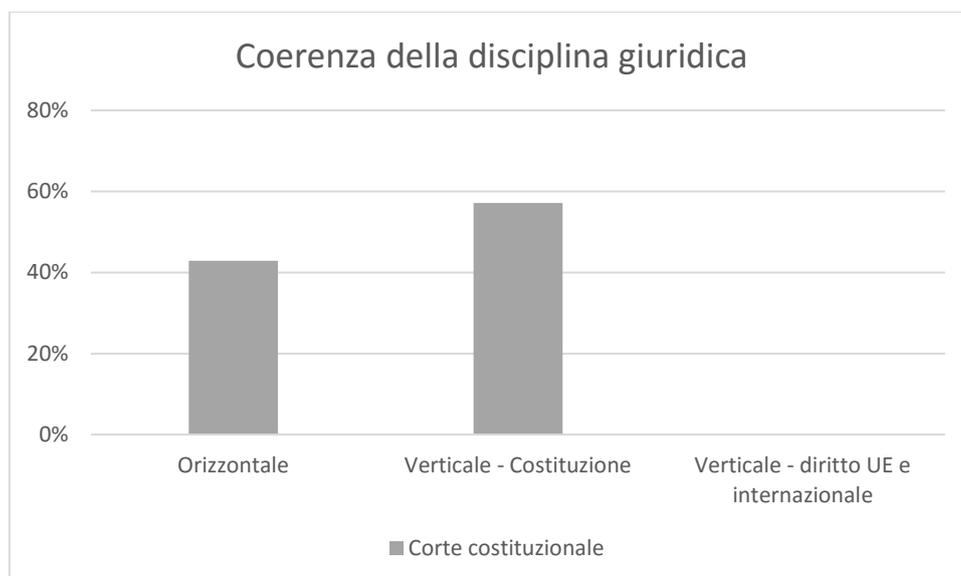
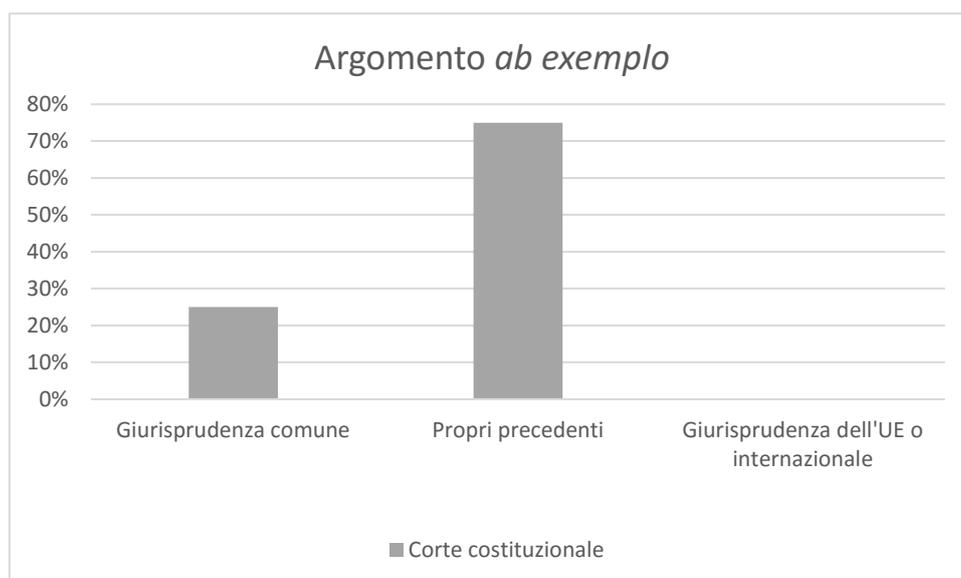
Dal punto di vista delle tecniche interpretative utilizzate dalla Corte costituzionale, si precisa come l'analisi sia stata svolta sulle sentenze selezionate solo con riferimento agli argomenti impiegati per verificare gli eventuali profili di incompatibilità che rientrassero nei summenzionati criteri di selezione e non, ad esempio quelli adoperati per risolvere questioni preliminari o riferite ad altri parametri. Ulteriore scontata premessa riguarda la qualità delle motivazioni della Corte costituzionale: è chiaro che quest'ultima si distacca enormemente da quella dei giudici comuni e che non si possano ritrovare nella giurisprudenza della Consulta pronunce prive di argomenti interpretativi.



Gli argomenti impiegati dalla Corte sono vari, sebbene vi sia una netta predominanza dell'argomento autoritativo, di quello della coerenza della disciplina giuridica e, in misura minore, di quello letterale. Rispetto agli altri giudici finora osservati, manca completamente nelle pronunce analizzate il ricorso all'argomento analogico – si è visto come la Corte ritiene che la disciplina degli stranieri abbia delle peculiarità tali da non potere essere confrontata con nessun'altra – e compaiono invece il bilanciamento e il riferimento alla discrezionalità del legislatore, quest'ultimo particolarmente ricorrente.

Sia l'argomento *ab exemplo* che quello della coerenza, tuttavia, mostrano un'immagine della Corte costituzionale particolarmente nazionalista. Nessun riferimento è fatto alla normativa o alla giurisprudenza dell'UE o internazionale.

differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica (Nota a Corte cost., sent. n. 275/2017), su www.federalismi.it, n. 17/2018.



Questi dati, uniti al frequente ricorso alla discrezionalità del legislatore, dimostrano la grande cautela che la Consulta riserva nei confronti di quest'ultimo in tale ambito in cui in gioco è il controllo sovrano delle frontiere. In effetti, ciò rispecchia quanto già osservato dal punto di vista sostanziale: il ricorrente ma non meglio precisato richiamo alla necessità di controllare il fenomeno dell'immigrazione. L'analisi dei metodi esegetici impiegati dalla Corte costituzionale dunque si allinea a quanto osservato dalla dottrina in merito alla mancanza di una cornice teorica di riferimento e di un'adeguata ricostruzione dello statuto costituzionale dello straniero nell'ambito del

potere di regolazione dell'immigrazione¹⁹², contesto in cui il ricorso all'ampia discrezionalità del legislatore rischia di sconfinare in vero e proprio arbitrio.

L'impressione, infatti, è che un generico richiamo al diritto sovrano e inviolabile dello Stato al controllo delle frontiere non sia sufficiente per restringere un diritto fondamentale, quale quello alla libertà personale e che, in mancanza di un effettivo bilanciamento caso per caso con gli interessi costituzionalmente tutelati in gioco – sicurezza, salute e ordine pubblico –, un diverso trattamento della libertà personale dello straniero sia, appunto, irragionevole.

2.6 Alcune note conclusive in tema di bilanciamento

Prima di passare all'analisi della giurisprudenza delle Corti internazionali ed analizzare complessivamente i dati emersi da questa indagine, è utile commentare il dato riguardante il bilanciamento che non viene quasi mai impiegato nelle decisioni analizzate. Che ciò accada perché non si ritiene sussistente un conflitto tra valori, credo possa escludersi: più volte, infatti, specialmente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, si fa riferimento, da un lato al diritto alla libertà personale, dall'altro al diritto sovrano dello Stato al controllo delle frontiere. A ciò però non segue lo svolgimento delle operazioni di bilanciamento necessarie per dare conto del ragionamento compiuto. Se il bilanciamento degli interessi, infatti, non rientra nell'ambito dell'interpretazione giuridica in senso proprio, a maggior ragione il giudice sarà tenuto giustificare ed ancorare a criteri oggettivi la propria valutazione. Questo dovrebbe avvenire, anzi tutto, per la selezione degli interessi concorrenti, il cui valore costituzionale non sempre è esplicito, e per la loro stessa delimitazione, non potendosi fare riferimento a clausole generali o a concetti indeterminati¹⁹³.

Il discorso sull'utilizzo del bilanciamento si lega nella giurisprudenza costituzionale a quello sull'utilizzo del canone della ragionevolezza. Se in principio quest'ultimo era considerato dalla dottrina come indissolubilmente collegato al giudizio di eguaglianza formale e all'utilizzo del *tertium comparationis*¹⁹⁴, l'uso molto variegato che ne ha fatto la stessa Corte costituzionale obbliga ad osservare la ragionevolezza in tutte le sue facce¹⁹⁵: uguaglianza, proporzionalità, adeguatezza,

¹⁹² M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 4 ss.

¹⁹³ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 58 ss.

¹⁹⁴ Per una ricostruzione della dottrina in chiave storica cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 8 ss.

¹⁹⁵ Fu A. Ruggieri a coniare la fortunata metafora del prisma: A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, 97.

non contraddittorietà, non arbitrarietà, bilanciamento vengono, infatti considerate, tutte o solo alcune di esse, a seconda dello schema cui si fa riferimento, come valutazioni riconducibili alla c.d. ragionevolezza. Pur rientrando latamente nel novero dei canoni interpretativi e argomentativi, la dottrina ha spesso giustificato che la Corte costituzionale giudichi della ragionevolezza (o meglio della non irragionevolezza) della sistemazione di interessi svolta dal legislatore senza utilizzare uno schema di giudizio rigido suscettibile di un rigoroso riscontro in termini logici, perché lo stesso sarebbe piuttosto da valutare in termini di plausibilità e persuasività¹⁹⁶. Tale tesi, tuttavia, non convince, poiché anche a volere escludere la possibilità di analizzare il bilanciamento operato, in termini di validità/invalidità dello stesso (valutazione comunque certamente possibile almeno in taluni casi estremi), anche una stima della semplice plausibilità o persuasività dello stesso non può prescindere dall'impiego di un riscontro in termini logici.

Anzitutto è necessario appurare la chiarezza della 'topografia del conflitto'¹⁹⁷, ricostruendo il quadro degli interessi concorrenti (attraverso la selezione e la definizione degli stessi) per poi individuare la regola di composizione del conflitto nel caso concreto. Una prima critica va appuntata al fatto che la Corte costituzionale non sempre definisce gli interessi costituzionali in gioco, spesso dandone per presupposto il significato o comunque procedendo con le sequenze argomentative più varie¹⁹⁸.

In tal senso, nell'ambito della libertà personale degli stranieri, la Corte costituzionale ha di volta in volta individuato il fine delle norme limitative della libertà "nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori"¹⁹⁹, in "svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione"²⁰⁰, affermato che "gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione [sono] molteplici e [che possono] essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati"²⁰¹, e che vanno tenuti "in considerazione la sicurezza e l'ordine pubblico suscettibili di esser compromessi da flussi migratori incontrollati"²⁰². In tal senso "l'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico "strumentale", attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. [...] È incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato,

¹⁹⁶ G. SCACCIA, Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale, Milano, Giuffrè, 2000, 21.

¹⁹⁷ L'espressione è di Bin: R. BIN, Diritti e argomenti, cit., 62 ss.

¹⁹⁸ A. MORRONE, Il custode della ragionevolezza, cit., 306.

¹⁹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 250/2010, punto 6.3 del Considerato in diritto.

²⁰⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 62/1994, punto 4 del Considerato in diritto.

²⁰¹ Corte costituzionale, sentenza n. 105/2001, punto 4 del Considerato in diritto.

²⁰² Corte costituzionale, sentenza n. 222/2004, punto 6 del Considerato in diritto.

in quanto espressione del controllo del territorio. Come questa Corte ha avuto modo di rimarcare, «lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse [...], essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali» (sentenza n. 353 del 1997)²⁰³. Si noti che fino alla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, un riferimento esplicito all'immigrazione non era presente nella Costituzione, che ora invece la prevede tra le materie oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera b).

Tuttavia, il richiamo al controllo delle frontiere come profilo essenziale della sovranità era tradizionalmente inteso come difesa dello Stato dai nemici esterni. Che i flussi migratori possano essere considerati una minaccia dalla quale difendersi non è, invece, assolutamente scontato. Così come non è scontato affermare che il controllo dei flussi migratori sia strumentale alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico. Richiami generici ad interessi tanto vaghi, quanto facilmente prestabili a strumentalizzazioni richiederebbero in verità una più dettagliata argomentazione, specie nell'ottica del sacrificio della libertà personale che risulta all'esito del bilanciamento con tali beni.

Iniziando dal richiamo all'ordine pubblico, nell'impossibilità di ripercorrere approfonditamente il dibattito dottrinale e l'applicazione che la giurisprudenza ha fatto di questo concetto, se ne tracciano solo alcune linee fondamentali. Si ricordi innanzitutto che di esso non vi è traccia nella Costituzione: il Costituente fu, infatti, diffidente, se non ostile nei confronti di questa espressione, che la vicenda storica del fascismo aveva condotto a espandere sempre più come “vita pacifica ed indisturbata degli ordinamenti politici, economici e sociali che costituiscono essenza del regime”²⁰⁴. La scelta di non includere l'ordine pubblico nella Costituzione avrebbe determinato secondo la dottrina una sostanziale scomposizione nei suoi elementi – incolumità, sicurezza, salute, buon costume – e il superamento della connotazione ideale dello stesso²⁰⁵. Secondo tale ricostruzione, il limite della sicurezza, utilizzato, ad esempio nell'art. 16 Cost., avrebbe avuto il pregio di evidenziare il profilo materiale: malgrado queste considerazioni, la Corte costituzionale ha, sin dall'inizio, dato un'interpretazione estremamente estensiva della sicurezza in riferimento alla libertà di circolazione, estendendola alla garanzia del pacifico godimento di tutti i diritti e di tutte le libertà riconosciute dalla Costituzione²⁰⁶, con l'effetto di svuotare la riserva di legge rinforzata

²⁰³ Corte costituzionale, sentenza n. 250/2010, punto 6.3 del Considerato in diritto.

²⁰⁴ G. CORSO, *Ordine pubblico* (dir. pubbl.), in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 1060.

²⁰⁵ G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, Utet, 1995, 439. Sulla distinzione tra ordine pubblico ideale e materiale cfr. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.* 1963, 111.

²⁰⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 2/1956.

dell'art. 16²⁰⁷. Rispetto all'art. 13, che, si è detto, pur prevedendo una riserva di legge semplice, può essere limitato solo in funzione di interessi costituzionalmente rilevanti, l'appello all'ordine pubblico potrebbe essere declinato, nel tentativo di interpretare i rapidissimi cenni fatti dalla Corte costituzionale, oltre che come sicurezza (di cui si dirà subito appresso), come prevenzione dei reati, dunque con riferimento alle misure di polizia. Si vedrà più avanti come, sebbene nell'ambito della libertà personale, le autorità di pubblica sicurezza abbiano il potere di disporre misure limitative della libertà personale, tale potere debba essere esercitato soltanto in casi eccezionali di necessità e urgenza²⁰⁸.

Passando al riferimento alla sicurezza²⁰⁹, si è notato come nel campo delle migrazioni, non ci si riferirebbe né alla sicurezza interna²¹⁰ – intesa come controllo dei comportamenti criminali e dei soggetti pericolosi all'interno dello Stato (poiché la minaccia alla sicurezza andrebbe in tal caso valutata in riferimento a ogni singolo migrante²¹¹) –, né alla sicurezza esterna, nel senso tradizionale di difesa dello Stato dalle minacce nemiche: la minaccia verrebbe difatti ormai individuata nelle intrusioni da parte di stranieri indesiderati, considerati non singolarmente, ma come stranieri-massa²¹². Che esista un interesse costituzionalmente rilevante, tale da potere essere bilanciato con il diritto di libertà, alla chiusura dei confini dello Stato rispetto ad individui stranieri, tuttavia, sembra un dato tutto da dimostrare²¹³, specie se si considera che l'utilizzo della tecnica del bilanciamento presuppone l'inesistenza di una gerarchia costituzionalmente vincolante di interessi o valori, poiché, se questa vi fosse, non vi sarebbe un conflitto, ma il sacrificio dell'interesse sempre e comunque subordinato.

²⁰⁷ A. CERRI, Ordine pubblico, II) Diritto costituzionale, in Enc. Giur. Treccani, XXII, Roma, 1990, 4.

²⁰⁸ Cfr. *infra* §5.2.1

²⁰⁹ E. GUILD, Security and migration in the 21st century, Cambridge, Polity Press, 2009.

²¹⁰ In tal senso, in tema di libertà personale, A. Pace affermava che “con «sicurezza pubblica» si allude, nel nostro sistema costituzionale, unicamente ad uno stato di pace sociale conseguente all'esistenza di ordine meramente materiale”; mentre “nella giurisprudenza della Corte, si sia talvolta ritenuta necessaria la finalizzazione degli interventi limitativi della libertà personale, rispetto a valori (la sicurezza sociale) peraltro non rilevanti in Costituzione con portata generale”. A. PACE, Libertà personale, cit., rispettivamente 311, 289.

²¹¹ Si noti che nel caso in cui lo straniero costituisca una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, il T. U. Imm. prevede un particolare tipo di espulsione (art. 13, co. 1), disposta dal Ministro dell'Interno, piuttosto che dal prefetto (art. 13, co. 2), e che nella pratica è numericamente molto meno rilevante. L'espulsione disposta dal prefetto e il relativo trattenimento, dunque, non sono certamente finalizzate, dunque, alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

²¹² A. SPENA, La *crimmigration* e l'espulsione dello straniero-massa, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 2, 2017, 508. L'autore sottolinea come, nell'ambito della disciplina processual-penalistica la preminenza attribuita alla sicurezza/sovranità esterna rispetto a quella interna porti al rovesciamento della logica tradizionale, per cui l'obiettivo di allontanare lo straniero indesiderabile diventa prioritario rispetto a quello di “tenerselo stretto” perché la giustizia penale faccia il suo corso.

²¹³ Si ricordi che la Costituzione del 1947 era ancora attenta ai problemi dell'emigrazione, piuttosto che a quelli dell'immigrazione: riconosce espressamente la libertà di emigrazione, sancisce la tutela del lavoro italiano all'estero (art. 35, quarto comma), e fondando lo “statuto costituzionale” degli stranieri essenzialmente sul diritto internazionale (art. 10, secondo comma).

Un'altra rilevante distinzione che si suole fare in merito alla sicurezza è quella tra 'diritto alla sicurezza' e 'sicurezza dei diritti'²¹⁴, secondo cui il primo rappresenterebbe il volto statico, repressivo della sicurezza; la seconda mirerebbe alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'effettivo godimento dei diritti e meglio si collocherebbe nel sistema della Costituzione alla luce dello sviluppo storico del costituzionalismo²¹⁵. La globalizzazione avrebbe segnato la prevalenza del primo sulla seconda, nel senso di un diritto "al mantenimento dello *status quo ante* rivendicato dal soggetto «forte», «normale», contro «l'aggressione dei soggetti deboli», «anormali» (vagabondi, prostitute, barboni, immigrati, clandestini e no, tossicodipendenti, ecc.), visti come una minaccia per l'ordine sociale", cosicché, in nome di esso e attraverso il ricorso all'emergenza, si giustificerebbero restrizioni non provvisorie dei diritti fondamentali²¹⁶. Che *questa* sicurezza trovi spazio e tutela nella Costituzione e sia senz'altro idonea ad entrare nel gioco del bilanciamento con i diritti fondamentali, tuttavia, va argomentato²¹⁷. La necessità che il conflitto tra libertà e sicurezza si risolva realmente sul terreno della motivazione, infatti, avrebbe il pregio di evitare che dietro argomentazioni basate su interessi generali non meglio specificati, si nascondano pregiudizi²¹⁸. In particolare, la Corte costituzionale e i giudici in genere, dovrebbero tenere a mente quanto affermato dalla dottrina in merito al fatto che "il risalto che le costituzioni del pluralismo conferiscono al principio libertà indirizza giocoforza verso ponderazioni orientate dal canone che configura la libertà come la regola e la sicurezza come l'eccezione"²¹⁹. Del resto, in altro ambito la Corte costituzionale non ha esitato ad affermare che il bilanciamento di un diritto inviolabile – in quel caso il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* – con altre esigenze di rango costituzionale è possibile solo a patto che si verifichi la ragionevolezza delle restrizioni concretamente apportate, cosicché nel caso in questione, "alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde [...] un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini", poiché "nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango"²²⁰.

²¹⁴ Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, Franco Angeli, 2001, 19.

²¹⁵ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, 139 ss.

²¹⁶ M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza. Atti del Convegno* (Milano, 4 giugno 2009), 2012, 17. Cfr. anche T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Libreria Bonomo editrice, 2010.

²¹⁷ Cfr. M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, Il Mulino, 2017, 83.

²¹⁸ M. LOSANA, «Stranieri», e principio costituzionale di uguaglianza, in *Rivista AIC*, 1, 2016.

²¹⁹ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 146.

²²⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 143/2013.

Capitolo 3 Il ragionamento delle Corti internazionali nelle decisioni sulla libertà personale degli stranieri

3.1 Le Corti internazionali

Il seguito dell'analisi sul ragionamento dei giudici relativo alle pronunce delle Corti internazionali e, in particolare della Corte di Giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo, ancor più ha richiesto di tenere a mente le peculiarità di ciascun giudice, l'ordinamento in cui opera, nonché le modalità, l'oggetto e il parametro dei giudizi. Alcune premesse verranno quindi svolte relativamente alle caratteristiche di ciascun giudice all'inizio di ciascun paragrafo.

Un elemento comune ad entrambe le Corti internazionali è innanzitutto il fatto che le regole di interpretazione previste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 vincolano per primi quei giudici che sono interpreti qualificati delle stesse. Nella scelta relativa alla metodologia da applicare, tale comunanza di regole aveva in un primo momento portato a ritenere opportuno utilizzare gli stessi criteri di catalogazione già applicati alle Corti nazionali. Ci si è tuttavia presto resi conto della inidoneità di tale metodo a dare conto delle peculiarità dei relativi sistemi. Malgrado la giurisprudenza della CGUE rivesta grande importanza in materia di libertà personale degli stranieri infatti, i primi dati emersi relativamente alle decisioni della Corte di Giustizia non avevano fatto emergere risultati di particolare interesse.

Trovandoci nell'ambito di un'indagine empirica in cui si procede per tentativi, si è deciso dunque di modificare il metodo applicato alle Corti internazionali: si è scelto di svolgere dei confronti interni alla giurisprudenza di ciascuna delle due Corti, nel tentativo di annullare le altrimenti eccessivamente numerose differenze dovute non solo al diverso contesto dell'istituzione giudicante, bensì soprattutto al diverso ordinamento giuridico di riferimento.

Tale confronto è stato svolto per le decisioni della Corte di Giustizia solo in seguito all'applicazione del metodo già utilizzato per i giudici nazionali; per la Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, si è scelto sin da subito di applicare tale metodo comparativo.

I criteri sulla base dei quali svolgere il confronto saranno pertanto esposti nei rispettivi paragrafi.

3.2 La Corte di Giustizia dell'U.E.

Art. 15 dir. 2008/115/CE (Trattenimento)

1. Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando:

a) sussiste un rischio di fuga o
b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.

2. Il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative o giudiziarie. Il trattenimento è disposto per iscritto ed è motivato in fatto e in diritto. Quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli Stati membri:

a) prevedono un pronto riesame giudiziario della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso,

b) oppure accordano al cittadino di un paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sottoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento. In tal caso gli Stati membri informano immediatamente il cittadino del paese terzo in merito alla possibilità di presentare tale ricorso. Il cittadino di un paese terzo interessato è liberato immediatamente se il trattenimento non è legittimo.

3. In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d'ufficio. Nel caso di periodi di trattenimento prolungati il riesame è sottoposto al controllo di un'autorità giudiziaria.

4. Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al paragrafo 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata.

5. 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. Ciascuno Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare i sei mesi.

6. Gli Stati membri non possono prolungare il periodo di cui al paragrafo 5, salvo per un periodo limitato non superiore ad altri dodici mesi conformemente alla legislazione nazionale nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa:

a) della mancata cooperazione da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o

b) dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi.

Art. 8 dir. 2013/33/UE (Trattenimento)

1. Gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente ai sensi della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del

Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

2. Ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive.

3. Un richiedente può essere trattenuto soltanto:

a) per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza;

b) 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;

c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio;

d) quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, al fine di preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento e lo Stato membro interessato può comprovare, in base a criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l'opportunità di accedere alla procedura di asilo, che vi sono fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio;

e) quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico;

f) conformemente all'articolo 28 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, 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. I motivi di trattenimento sono specificati nel diritto nazionale.

4. Gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contempli le disposizioni alternative al trattenimento, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato.

Si tenga conto che alle convenzioni internazionali, e dunque anche ai Trattati dell'UE, si applicano le regole di interpretazione previste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, che prevedono agli artt. 31 e 32 una regola generale di interpretazione e dei mezzi complementari. La regola generale richiede che si interpreti secondo la buona fede e il "senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo": trattandosi dell'incontro delle volontà delle parti contraenti, interesse superiore è, infatti, il rispetto e l'aderenza dell'interpretazione a tali volontà. Nello stesso senso, il comma 4 dell'art. 31 prevede che "un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l'intenzione delle parti". Nel caso in cui il significato delle norme rimanga oscuro o risulti assurdo anche dopo l'applicazione di tale regola generale, si potrà fare ricorso ai c.d. mezzi complementari disciplinati dall'art. 32: i lavori preparatori e le circostanze nelle quali è stato concluso il trattato. Tali regole,

dunque, devono guidare le Corti internazionali (ma anche quelle nazionali) nell'interpretazione dei trattati.

Il diritto dell'UE e la Corte di Giustizia si collocano tuttavia in una posizione particolare: se è vero che anche i trattati istitutivi di una organizzazione internazionale e quelli adottati in seno ad essa ricadono, ai sensi dell'art. 5 della Convenzione di Vienna nell'ambito di applicazione della stessa, discorso parzialmente diverso deve essere fatto per il diritto derivato dell'UE che è espressione non dell'incontro delle volontà delle parti contraenti, bensì delle istituzioni dell'UE, e di cui la CGUE è interprete privilegiata. Infine, ulteriori regole di interpretazione da tenere a mente sono quelle degli artt. 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che, nel regolare i rapporti della Carta con la CEDU e con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, dispongono la regola della protezione più estesa²²¹.

La Corte di Giustizia dell'UE ha il compito di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione attraverso la propria competenza pregiudiziale, in base alla quale i giudici nazionali hanno la facoltà o, in certi casi, l'obbligo di deferire alla CGUE le questioni riguardanti il diritto UE: si tratta di una competenza indiretta, poiché non sono i diretti interessati a potersi rivolgere, e limitata alla questione sollevata dal giudice a quo.

Tutti i procedimenti presi in esame vertono, appunto, su questioni pregiudiziali, dovendo la Corte di Lussemburgo decidere sulla compatibilità del diritto nazionale degli Stati membri con la disciplina

²²¹ Articolo 52 Portata e interpretazione dei diritti e dei principi

“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 per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti.

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.

Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.

Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.

I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta”.

Articolo 53 Livello di protezione

“Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”

europea. Pur non potendosi soffermare lungamente sulle caratteristiche, ben note, della Corte²²², si tenga a mente che, da un lato varia enormemente la normativa di volta in volta analizzata, a seconda dell'ordinamento del giudice rimettente, dall'altro, sebbene il parametro di legittimità sia sempre la disciplina dell'UE, l'obbligatorietà della stessa varia a seconda dell'ambito e della fonte impiegata – per ciò che qui interessa, si ricorda che le direttive vincolano gli Stati limitata ai risultati da raggiungere cosicché, da un lato, trovandoci nel campo dell'immigrazione, la CGUE tenderà ad utilizzare un certo *self-restraint* nei confronti degli Stati membri, dall'altro lato, permane in capo agli Stati la competenza in relazione ai mezzi da utilizzare.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di confrontarsi con le privazioni della libertà personale dei migranti principalmente nell'ambito dell'applicazione della c.d. direttiva rimpatri, sulla cui compatibilità con le discipline nazionali è stata più volte interrogata nell'ambito di rinvii pregiudiziali da parte dei giudici nazionali. La direttiva 2008/115/CE, c.d. rimpatri, è stata emanata il 16 dicembre 2008 e gli Stati membri hanno avuto tempo fino al 24 dicembre 2010 per adeguare la propria normativa. Ciò nonostante, già il 30 novembre 2009 la Corte si pronunciava su diverse questioni relative alla sua applicabilità nella sentenza Kadzoev²²³, che trae origine da un caso accaduto in Bulgaria, dove in effetti la direttiva era stata recepita con legge già il 15 maggio 2009.

Si tratta del caso di un cittadino russo, di origine cecena, fermato nel 2006, dunque prima dell'emanazione della direttiva rimpatri, nei pressi della frontiera con la Turchia, privo di documenti. Allo stesso era stato notificato un provvedimento di accompagnamento coercitivo alla frontiera ed era stato trattenuto in un Centro di permanenza temporanea nell'attesa che l'esecuzione dello stesso diventasse possibile. Si erano poi verificati dei problemi nell'ottenimento dei documenti, per i quali il trattenimento si era prolungato sino appunto alla sentenza della CGUE. Durante questo periodo, il sig. Kadzoev aveva presentato più volte richiesta d'asilo, che gli era stato rifiutato, e aveva richiesto inutilmente la sostituzione del trattenimento con la misura più blanda dell'obbligo di firma. Aveva, inoltre presentato ricorso avverso il decreto di allontanamento, nelle more del quale, l'esecuzione del provvedimento era stata sospesa. Nel frattempo lo stesso era stato dichiarato apolide, e nonostante gli sforzi delle autorità, non si era riusciti a trovare un paese terzo sicuro che potesse accoglierlo, né lo stesso aveva ricevuto documenti di viaggio.

All'epoca dell'inizio del trattenimento, la normativa bulgara non ne prevedeva la durata massima, pertanto la prima questione posta dal giudice rimettente riguarda l'applicabilità del termine massimo previsto dalla direttiva al periodo antecedente il recepimento della stessa. In secondo

²²² Per un ripasso cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze* (6° edizione), Milano, Giuffrè, 2018.

²²³ CGUE, sentenza Kadzoev del 20 novembre 2009, procedimento C-357/09.

luogo, lo stesso interroga la Corte riguardo alla computabilità del periodo di trattenimento trascorso durante la sospensione del decreto di espulsione, rispettivamente dovuta alla richiesta d'asilo e al ricorso avverso il provvedimento stesso, ai fini della determinazione del termine massimo di trattenimento. Si rimette inoltre alla Corte con riferimento all'interpretazione da dare della "prospettiva ragionevole di allontanamento" e alla questione se il rilascio alla scadenza del termine per il trattenimento debba avvenire anche in presenza di pericolo per la sicurezza o l'ordine pubblico.

Le risposte della Corte appaiono tutte orientate in senso garantista, nonostante, come del resto era prevedibile, la stessa privilegi gli argomenti strettamente logici relativi alla corretta applicazione della direttiva, piuttosto che quelli relativi al rispetto del diritto fondamentale alla libertà personale e alla stretta eccezionalità dei provvedimenti limitativi della stessa.

In particolare, relativamente alla prima questione, la CGUE statuisce che il trattenimento avvenuto precedentemente al recepimento della direttiva debba essere calcolato nel rispetto del termine massimo poiché la finalità della stessa di garantire che il trattenimento ai fini dell'allontanamento non ecceda i 18 mesi non sarebbe soddisfatta in caso contrario.

Sul problema della natura del trattenimento avvenuto durante la richiesta d'asilo, la Corte sottolinea come il trattenimento del richiedente asilo e quello ai fini dell'allontanamento facciano capo a due diversi regimi giuridici, rispettivamente il primo alle direttive 2005/85/CE (c.d. direttiva procedure, oggi sostituita dalla direttiva 2013/32/UE) e 2003/9/CE (c.d. direttiva accoglienza, oggi sostituita dalla direttiva 2013/33/UE), e il secondo alla direttiva 2008/115/CE. Sebbene, dunque, il trattenimento del richiedente asilo non debba normalmente essere considerato trattenimento ai fini dell'allontanamento, spetterà al giudice nazionale verificare se nel caso di specie sia stato adottato un provvedimento di trattenimento nell'ambito della procedura d'asilo, poiché nel caso in cui questo mancasse e il trattenimento non ricadesse sotto diverso titolo, il periodo andrebbe comunque computato nel termine massimo di 18 mesi previsto dalla direttiva rimpatri²²⁴.

La Corte conferma poi che anche il periodo trascorso all'interno del Centro durante la sospensione dell'efficacia del provvedimento di allontanamento nelle more del ricorso deve essere calcolato nella durata massima poiché la sospensione a seguito di un ricorso giurisdizionale "non figura tra i motivi di proroga del periodo di trattenimento previsti all'art. 15, n. 6". Ancora una volta, l'argomentazione portata a sostegno di tale soluzione, dunque, è l'obiettivo di fissare uno standard comune della direttiva, che sarebbe vanificato dalla varietà e diversa durata delle procedure giurisdizionali dei vari Paesi membri, e non la finalità prettamente garantista di tale previsione.

²²⁴ Si tratta di un aspetto che non viene molto approfondito in questa sentenza ma che verrà trattato più compiutamente dalla CGUE nel caso Arslan.

Sulla prospettiva ragionevole di allontanamento, la Corte di Giustizia, dopo aver chiarito che tale verifica debba avvenire solo qualora non sia ancora scaduto il termine massimo del trattenimento, statuisce che la stessa debba essere concreta e che, pertanto, non sussista quando, come nella fattispecie in esame, sia poco probabile che l'interessato possa essere accolto in un Paese terzo.

Infine, sull'ultima questione, la CGUE ribadisce che in nessun caso è possibile, ai sensi della direttiva rimpatri, superare il termine massimo di 18 mesi di trattenimento e che, comunque, la direttiva non prevede tra i motivi di trattenimento quelli relativi all'ordine pubblico e alla sicurezza, pertanto, una volta scaduto tale termine, nessuno di questi motivi potrà giustificare la mancata rimessione in libertà del trattenuto.

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte non si rifanno, dunque, mai alla libertà e alla necessità che la stessa sia limitata in casi tassativamente previsti, né si fa mai riferimento, nonostante appaia conferente, al principio di proporzionalità e di necessità statuito dal considerando 16 della direttiva²²⁵. La CGUE sembra, invece, muoversi nell'ambito di un atteggiamento formalistico di stretta interpretazione della direttiva, e si mostra attenta che il limite massimo di 18 mesi previsto per il trattenimento non venga superato, non facendo appello ai principi summenzionati, ma per la semplice ragione che tale superamento non è appunto previsto dalla direttiva. Non si può nascondere, tuttavia, come questo uso della Direttiva rimpatri finalizzato alla protezione dei cittadini di Stati terzi abbia suscitato stupore tra quanti, in molti, al momento dell'emanazione, l'avevano criticata²²⁶. In effetti, dando una rigorosa interpretazione delle salvaguardie che la direttiva contiene per il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, la Corte avrebbe cercato di bilanciare l'approccio secondo il quale l'espulsione degli irregolari sarebbe trattata come una mera routine amministrativa²²⁷.

Sebbene questo esito fosse l'unico accettabile nel rispetto dei diritti fondamentali²²⁸, probabilmente non è casuale che la stessa abbia evitato il riferimento al diritto alla libertà personale, che invece era

²²⁵ “Il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento e se l'uso di misure meno coercitive è insufficiente”.

²²⁶ Molte ONG infatti avevano criticato la Direttiva rimpatri temendo che la stessa avrebbe provocato un abbassamento degli standard degli Stati membri e l'avevano non a caso ribattezzata come la direttiva della vergogna. V. UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals, 16 June 2008, www.unhcr.org/refworld/pdfid/4856322c2.pdf; Ten experts of the UN Human Rights Council, UN press release, 18 July 2008, su www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/227C3A187C0BDB81C125748A0037A405?opendocument; Save the Children, Letter to the Members of the European Parliament, 11 June 2008, www.savethechildren.net/separated_children/publications/reports/.

²²⁷ G. CORNELISSE, Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009, *Common Law Market Review*, 48, 2011, 925–945.

²²⁸ E. MINCHEVA, Case Report on Kadzoev, 30 November 2009, *European Journal of Migration and Law* 12, 2010, 361–371.

stato utilizzato dall'Avvocato Generale relativamente all'art. 5, comma 1, lettera f), della CEDU e alla valutazione della dovuta diligenza da parte delle autorità nazionali.

La successiva occasione in cui la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sull'interpretazione della direttiva rimpatri è stata il celebre caso El Dridi²²⁹. Si tratta di una sentenza che trae origine proprio da un caso italiano, in un momento in cui, nonostante fosse scaduto il termine ultimo, l'Italia non aveva provveduto a recepire la direttiva. La dottrina aveva da più parti sottolineato come la disciplina allora vigente fosse illegittima a seguito dell'emanazione della direttiva e il dibattito nazionale in merito ebbe sicuramente un peso sul rinvio della questione pregiudiziale da parte di svariati tribunali²³⁰. Fu poi, proprio in seguito a tale sentenza, infatti, che venne emanato il d.l. n. 89/2011 convertito nella l. 129/2011 con la quale si modificava il d. lgs. 286/98. Ci troviamo qui in presenza di una situazione che, pur ricadendo nel campo di applicazione della direttiva rimpatri, si riferisce sì ad una privazione della libertà personale, ma operata come misura di carattere penale e non strettamente amministrativo²³¹.

Il caso è quello di un cittadino di un paese terzo, entrato illegalmente in Italia e privo di un valido titolo di soggiorno, nei confronti del quale era stato emesso un decreto di espulsione con relativo ordine di allontanamento, motivato dall'impossibilità di trattenerlo ai fini dell'esecuzione per indisponibilità di posti. Il sig. El Dridi non si era conformato a tale ordine di allontanamento e, pertanto, era stato accusato e condannato alla pena di un anno di reclusione per il reato previsto dall'allora vigente comma 5 ter dell'art 14 d. lgs. 286/98²³². Il giudice d'appello rimetteva alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con la direttiva rimpatri e, in particolare con il principio di leale cooperazione, nonché con i principi di proporzionalità, di

²²⁹ CGUE, sentenza El Dridi del 28 aprile 2011, procedimento C-61/11.

²³⁰ In particolare, vi era chi, sin dall'inizio sosteneva l'effetto diretto della direttiva e la conseguente inapplicabilità della normativa nazionale (F. VIGANÒ, L. MASERA, Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice italiano, Cassazione penale, 5, 2010, 1410), ma anche chi riteneva fosse necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale (F. FOCARDI, Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/Ce sui reati di cui all'art. 14 co. 5-ter e 5 quater d. lgs. 286/98, www.penalecontemporaneo.it).

²³¹ Il caso risulta comunque rilevante nella nostra analisi poiché la reclusione era qui prevista non come pena per un qualsiasi reato, ma per il reato di ingresso e soggiorno irregolare, che, evidentemente, solo uno straniero può commettere.

²³² "Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3".

adeguatezza e di ragionevolezza della pena, della misura della reclusione per l'averlo, un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno era irregolare, inottemperato senza giustificato motivo all'ordine di allontanamento.

La CGUE dichiarerà, in effetti, l'incompatibilità di tale pena con la direttiva rimpatri al termine di un ragionamento che è qui utile ripercorrere. A differenza della precedente pronuncia, infatti, qui la Corte esamina, all'inizio del proprio ragionamento, alcuni argomenti a tutela dei diritti umani, salvo infine trarre le proprie conclusioni da considerazioni diverse quali "la realizzazione degli obiettivi dell'Unione"²³³. Prendendo le mosse dal principio di leale collaborazione menzionato dal giudice del rinvio, la Corte di Giustizia richiama anzitutto il considerando 2 della direttiva rimpatri, che statuisce che la stessa mira all'attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità. Tale è dunque l'obiettivo espresso della direttiva. La CGUE fa poi leva in particolare sulla procedura comune stabilita dalla direttiva, cui gli Stati membri possono derogare solo in senso più favorevole e si sofferma sul fatto che tale procedura preveda il ricorso a misure che siano meno coercitive possibili, privilegia il ricorso all'esecuzione volontaria con fissazione del termine per la partenza e prende in considerazione il ricorso al trattenimento solo nel caso in cui l'allontanamento rischi di essere compromesso dal comportamento dell'interessato. In questo ultimo caso, la direttiva stabilisce comunque una serie di garanzie a tutela della libertà personale e impone il rispetto del principio di proporzionalità in tutte le fasi della procedura, per cui la Corte nota come "perfino"²³⁴ (ma soprattutto, verrebbe da dire) la modalità più restrittiva della libertà appare regolata nel segno del rispetto dei diritti fondamentali. La CGUE dichiara, quindi, come tale regolamentazione mostri di tenere conto sia della giurisprudenza della CEDU, che dei «Venti orientamenti sul rimpatrio forzato» adottati il 4 maggio 2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Dopo queste osservazioni in cui la Corte si mostra solerte nel sottolineare come la direttiva e le misure previste da essa siano improntate alla più alta tutela dei diritti fondamentali, la pronuncia continua con l'affermazione che "è alla luce delle suesposte considerazioni che occorre valutare"²³⁵ la compatibilità della normativa nazionale con la direttiva. Ci si aspetterebbe, pertanto, che il ragionamento della sentenza proseguiva su questi binari. A questo punto, invece, la Corte di Giustizia appare cambiare traiettoria, spostandosi sul terreno dei rapporti tra diritto UE e normativa degli Stati membri: rileva, infatti, la diretta applicabilità della direttiva nonostante il mancato recepimento della stessa da parte dell'Italia, evidenziando la mancanza nella normativa italiana della possibilità di concedere un termine per la partenza volontaria. Quindi, continua statuendo che sebbene la

²³³ CGUE, sentenza El Dridi cit., punto 56.

²³⁴ CGUE, sentenza El Dridi cit., punto 42.

²³⁵ CGUE, sentenza El Dridi cit., punto 44.

possibilità di prevedere misure penali (in tal caso atte a dissuadere dal soggiornare illegalmente se la procedura di rimpatrio non ha avuto successo) rientri in generale nella competenza degli Stati e sia quindi permesso agli Stati adottare tali misure, il diritto dell'UE può incidere sulle stesse²³⁶. Ciò significa che nonostante la competenza penale degli Stati in materia di immigrazione non sia esclusa, la stessa deve rispettare il diritto dell'Unione. In particolare, attraverso un'interpretazione sistematica della direttiva alla luce del TUE (che prevede che gli Stati membri debbano astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione), conclude affermando il principio ormai noto, che gli Stati non possono applicare una normativa, neppure penale, che possa compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e privarla quindi del suo effetto utile. Tale sarebbe appunto la normativa italiana in questione, poiché la reclusione di un soggetto che, pur avendo ricevuto un ordine di allontanamento, permane irregolarmente sul territorio, rischia di compromettere l'obiettivo della direttiva che è l'efficace rimpatrio dei cittadini di Stati terzi il cui soggiorno sia irregolare.

La Corte di Giustizia inizia il proprio ragionamento richiamando le garanzie poste dalla direttiva a tutela della libertà personale dei cittadini di Stati terzi che soggiornano irregolarmente in un Paese membro. Si tratta sicuramente di uno sforzo apprezzabile che pervade una parte considerevole della sentenza, richiamando il principio di proporzionalità e i requisiti richiesti dalla CEDU. Tuttavia, al momento di tirare le fila e nonostante abbia affermato che sono queste le ragioni da valutare per dare il proprio giudizio, sembra fare un passo indietro nel sentire la necessità di argomentare la propria decisione alla luce dell'effettività del diritto dell'UE. Tra l'altro, ciò che risulta ancora più ambiguo è che le due parti della sentenza appaiono come compartimenti stagni che non trovano spazi di intersezione ed è il secondo atteggiamento a prevalere senz'altro nella decisione. Tanto è vero che, mentre nella prima parte della pronuncia, si afferma che la direttiva “persegue l'attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità”²³⁷, nella seconda parte, l'obiettivo perseguito dalla stessa diventa la mera “instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare”²³⁸. È noto come la Corte di Giustizia fosse celebre ai suoi esordi per trascurare le questioni relative ai diritti fondamentali in favore di argomentazioni prettamente economiche, ma tale fase si ritiene comunemente sia stata superata proprio grazie alla sensibilità

236 Tale principio è stato affermato dalla giurisprudenza della CGUE (sentenze 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati; 2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan; 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens).

²³⁷ CGUE, sentenza El Dridi cit., punto 31.

²³⁸ CGUE, sentenza El Dridi cit., punto 59.

della Corte in materia²³⁹, ancora prima dell'apparizione dei diritti umani nei Trattati UE²⁴⁰. Ebbene, data l'importanza oggi rivestita dai diritti fondamentali nell'architettura dell'UE, sorprende che le argomentazioni relative alla salvaguardia dei diritti fondamentali siano in tale sentenza soltanto enunciate senza servire poi effettivamente da criterio interpretativo di riferimento, o almeno non decisivo. In tal senso, è stato in dottrina osservato come traspaia da questa pronuncia che il rispetto della libertà personale non sia lo scopo finale perseguito, ma al contrario che la stessa sia presa in considerazione come semplice strumento²⁴¹. In ogni caso, si può anticipare come anche tale non decisivo richiamo ai diritti fondamentali manchi quasi del tutto nelle successive pronunce e come la sentenza El Dridi ricopra un ruolo fondamentale nel filone giurisprudenziale che qui si analizza.

La giurisprudenza della CGUE prosegue con la sentenza Achughbabian²⁴², volta ad esaminare la possibilità per gli Stati di prevedere la pena della reclusione come misura penale per il semplice soggiorno irregolare. La pronuncia trae origine dal caso francese del sig. Achughbabian, fermato per effettuare dei controlli d'identità in seguito ai quali era risultato privo di documenti ed era stato sottoposto a fermo in quanto sospettato del reato suddetto. In seguito alle verifiche era stato accertato che lo stesso aveva ricevuto un ordine di lasciare il territorio francese, cui non aveva ottemperato. Gli era stato, dunque, notificato un decreto di accompagnamento coattivo alla frontiera ed un decreto di trattenimento. Egli aveva però proposto ricorso per il fermo subito, eccependo l'inapplicabilità della norma che prevede la pena della reclusione per l'ingresso o soggiorno irregolari alla luce del caso El Dridi, cui seguirebbe l'illegittimità del fermo che può essere adottato, ai sensi della legge francese, solo in caso di sospetto di reati che prevedano la pena della reclusione. La prima osservazione svolta dalla Corte di Giustizia è che non rientra nell'obiettivo della direttiva l'armonizzazione dell'intera disciplina relativa al soggiorno dei cittadini extracomunitari e che, pertanto, gli Stati possono prevedere che il soggiorno irregolare costituisca reato e prevedere delle sanzioni penali. Allo stesso modo, non osta all'applicazione della direttiva la previsione di una detenzione finalizzata alla verifica dell'irregolarità del soggiorno, senza la quale, anzi, il fine della direttiva potrebbe essere compromesso, pertanto il fermo precedente alla verifica della regolarità del soggiorno sarebbe in sé legittimo. A tale verifica le autorità devono provvedere senza indugio e, nel

²³⁹ Fu con le sentenze Stauder del 1969 e Internationale Handelsgesellschaft del 1970 che si segnò la vera svolta: se con la prima la Corte dichiarò che “i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza”, peraltro incidentalmente senza che l'economia della motivazione lo richiedesse, con la seconda statui che “la tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza” e che “la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”.

²⁴⁰ Perché vi fossero all'interno dei trattati riferimenti specifici al rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali però, si dovette aspettare il Trattato di Maastricht del 1992.

²⁴¹ A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano, in www.penalecontemporaneo.it, 2011.

²⁴² CGUE, sentenza Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne del 6 dicembre 2011, procedimento C-329/11.

caso in cui il soggiorno si riveli irregolare, devono adottare una decisione di rimpatrio. La CGUE ribadisce, a questo punto, quanto affermato nella sentenza *El Dridi* e cioè che, malgrado la competenza in materia penale appartenga agli Stati, questi sono comunque vincolati dal rispetto del diritto dell'Unione. Né possono esserci dubbi sull'applicabilità al sig. Achughbabian della direttiva rimpatri, in particolare poiché lo stesso non ha rispettato il termine concessogli per la partenza volontaria. Ecco che allora l'irrogazione di una pena detentiva durante il procedimento di rimpatrio non può rientrare tra le misure coercitive finalizzate all'allontanamento e si pone, quindi, in contrasto con l'obiettivo della direttiva rischiando di ostacolarne l'effetto utile. Diverso sarebbe il caso del cittadino di un paese terzo che, oltre ad avere commesso il reato di ingresso e soggiorno irregolare, ne avesse compiuti anche altri, per i quali lo straniero può essere, all'occorrenza escluso dall'applicazione della direttiva. Discende, inoltre, dal dovere di lealtà degli Stati membri l'obbligo di procedere con la massima celerità all'allontanamento, per cui neanche sarebbe astrattamente possibile una reclusione "punitiva" precedente al rimpatrio. Tutt'al più sarebbe invece possibile prevedere la reclusione come misura penale applicabile solo dopo avere inutilmente tentato le misure di rimpatrio. Infine, la Corte conclude il suo ragionamento affermando che "nell'applicazione di dette norme di procedura penale, l'irrogazione delle sanzioni menzionate al punto precedente è subordinata al pieno rispetto dei diritti fondamentali, in particolare di quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"²⁴³, ma tale affermazione rimane isolata e priva di ulteriori conseguenze argomentative.

Anche questa volta, come già in *Kadzoev*, si noti come la Corte di Giustizia non si allinei al ragionamento svolto dall'Avvocato Generale che aveva esplicitamente richiamato la libertà personale²⁴⁴, mostrandosi riluttante a considerare il ruolo dei diritti fondamentali nell'ambito della direttiva rimpatri²⁴⁵. Si ricalca, invece, quasi pedissequamente, il ragionamento seguito in *El Dridi*, censurando la reclusione non solo se prevista per avere inottemperato all'ordine di allontanamento, ma anche (e, forse, a maggior ragione) se prevista per il semplice soggiorno irregolare. Tuttavia, la CGUE ribadisce la possibilità per gli Stati di criminalizzare attraverso il ricorso al diritto penale tali condotte. Malgrado l'imposizione di un divieto in tal senso da parte del diritto UE non sarebbe stato possibile essendo la competenza in materia penale degli Stati, è, tuttavia, da osservare che tale precisazione non sembra essere essenziale nell'economia della pronuncia. Quale dunque il

²⁴³ CGUE, sentenza *Achughbabian* cit., punto 49.

²⁴⁴ "La libertà personale dell'interessato può essere limitata al solo fine di preparare il rimpatrio e/o di effettuare l'allontanamento dello stesso, purché non possano essere efficacemente applicate altre misure idonee ma meno coercitive". Presa di posizione dell'Avvocato Generale Ján Mazák, 26 ottobre 2011, procedimento C-329/11, punto 28.

²⁴⁵ Tale riluttanza era stata sottolineata già da R. RAFFAELLI, *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation*. Nota a Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sent. 6 dicembre 2011, *Achughbabian*, causa C-329/11, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

significato e la motivazione di questa insistenza? Sembra esserci da parte della Corte la volontà di tranquillizzare gli Stati con riferimento alle loro competenze, mentre li si spoglia di fatto della possibilità di commisurare la più efficace in definitiva delle misure penali. Sebbene l'approccio della CGUE di aperta sfida all'impiego della disciplina penale da parte degli Stati membri renda sempre più difficile per questi ultimi compiere scelte criminalizzanti in questo ambito²⁴⁶, desta preoccupazione la prosecuzione di questa criminalizzazione, tanto più se ci si chiede quale rimane in termini di efficacia lo scopo di punire penalmente tali condotte.

Con il caso Sagor²⁴⁷ torna al vaglio della Corte di Giustizia la previsione del reato di ingresso e soggiorno irregolare questa volta in Italia, laddove la misura prevista per questo reato è una pena pecuniaria sostituibile con l'obbligo di permanenza domiciliare o con l'espulsione immediatamente eseguibile e corredata da divieto di reingresso. Il quesito del giudice rimettente si estende inoltre alla valutazione della compatibilità di una disciplina nazionale che abbia la finalità di eludere la direttiva con il principio di leale collaborazione. Che la normativa italiana avesse l'obiettivo di eludere, attraverso la criminalizzazione delle condotte di ingresso e soggiorno irregolare, la procedura prevista dalla direttiva rimpatri era, del resto, stato dichiarato esplicitamente dall'allora Ministro degli Interni, Roberto Maroni²⁴⁸.

Ancora una volta, la Corte ribadisce quanto affermato nelle precedenti pronunce, ossia la possibilità per gli Stati di prevedere misure penali purché le stesse non compromettano l'effetto utile della direttiva, ritardando l'allontanamento. La Corte osserva che, in effetti, secondo la disciplina italiana il procedimento penale non ritarda quello amministrativo poiché i due si svolgono separatamente e l'avvenuto rimpatrio in via amministrativa mette fine al procedimento penale. Né, tanto meno, l'ammenda ostacola in alcun modo l'allontanamento. Allo stesso modo, la possibilità di sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione deve considerarsi legittimo, poiché la direttiva non vieta che la decisione di rimpatrio sia comminata all'esito di un procedimento penale. Tuttavia la CGUE conferma quanto osservato dalla Commissione europea, e cioè che tale tipo di espulsione esclude la possibilità per l'espellendo di vedersi concedere un termine per la partenza volontaria, cosa che è permessa dalla direttiva solo nel caso in cui sussista il rischio di fuga all'esito di un esame individuale della fattispecie. Infine precisa che anche il relativo divieto di reingresso comminato dovrà rispettare i requisiti previsti dalla direttiva. Il Giudice nazionale non potrà, pertanto, sostituire

²⁴⁶ V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, cit., 75.

²⁴⁷ CGUE, sentenza Sagor del 6 dicembre 2012, procedimento C-430/11.

²⁴⁸ "In questo modo possiamo procedere all'espulsione immediata con un provvedimento del giudice, applicando la direttiva europea ma eliminando l'inconveniente che ne pregiudicherebbe l'efficacia, perché come ha dimostrato l'esperienza italiana l'invito ad andarsene significa che nessuno verrebbe più espulso". Cfr. Il resoconto stenografico: www.camera.it/470?stenog=/_dati/leg16/lavori/stenbic/30/2008/1015&pagina=s020#Maroni%20Roberto%204%202

l'ammenda con l'espulsione se, sulla base di una valutazione individuale, non ritenga sussistente il rischio di fuga.

Diverso è il discorso della sostituibilità dell'ammenda con l'obbligo domiciliare: sicuramente questo non può essere considerato una misura coercitiva finalizzata al rimpatrio poiché non contribuisce in alcun modo alla sua realizzazione e, al contrario, potrebbe ostacolarlo se la disciplina nazionale non preveda che lo stesso possa essere interrotto nel momento in cui sia possibile realizzare l'allontanamento. Sarà il giudice del rinvio a dovere effettuare tale verifica, poiché, in assenza di tale previsione, l'obbligo domiciliare sarebbe in contrasto con la direttiva rimpatri.

Pertanto, spettando al giudice del rinvio la valutazione rispetto alla presenza di norme che, da un lato prevedano la valutazione individuale della sussistenza del rischio di fuga prima di comminare la misura penale dell'allontanamento coercitivo, e dall'altro stabiliscano il termine dell'obbligo domiciliare dal momento in cui sia possibile il rimpatrio, la Corte afferma che non sia più necessario risolvere l'ultima delle questioni sollevate dal giudice nazionale.

Le argomentazioni usate dalla Corte e le ragioni che guidano la sentenza sono pressoché le stesse delle precedenti pronunce: sostanzialmente la necessità di non privare la direttiva del suo effetto utile. Tuttavia, malgrado l'argomento dell'effetto utile della direttiva abbia condotto la Corte, nelle precedenti sentenze, a soluzioni tendenzialmente protettive della posizione degli stranieri, qui l'utilizzo dello stesso ragionamento la porta inevitabilmente a dichiarare la possibilità dell'obbligo domiciliare, fintantoché non ostacoli il rimpatrio. Ciò che occorre qui in particolare evidenziare è come la CGUE eviti di pronunciarsi sull'ipotesi sollevata dal giudice italiano relativa alla tentata elusione della direttiva da parte del legislatore nazionale rispetto: espressamente la Corte nulla dice a riguardo, ma, di fatto, fornisce i criteri atti ad evitare tale elusione, ribadendo al tempo stesso il primato del diritto dell'UE. In effetti, la possibilità di sostituire l'ammenda con l'espulsione immediatamente eseguibile era sembrata agli osservatori più attenti un modo per svincolarsi dagli obblighi imposti dal diritto UE nel procedimento di allontanamento amministrativo. Già al momento dell'introduzione della fattispecie, la stessa era stata, infatti, criticata non solo dalla dottrina²⁴⁹, ma anche da alcuni organismi internazionali²⁵⁰.

L'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia continua con un caso sollevato da un giudice ceco, in cui si rileva un profilo diverso da quelli visti in precedenza: la sorte del

²⁴⁹ G. L. GATTA, La criminalizzazione della "clandestinità" fra scelte nazionali e contesto europeo, in Riv. It Dir. Pen. proc., 2015, 192; A. COLOMBO, Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia, Bologna, Il Mulino, 2012.

²⁵⁰ L'International Commission of Jurists delle Nazioni Unite aveva dichiarato, in relazione alla l. 94/2009: "*this new criminal provision serve to criminalise irregular migration and is likely to be used to accelerate the expulsion of migrants without the human rights protections guaranteed under international law*". ICJ submission to the Universal Periodic Review of Italy, settembre 2009.

trattenimento nel caso in cui venga presentata richiesta d'asilo, la sentenza Arslan²⁵¹. Il sig. Arslan era stato fermato dalle autorità ceche ed era risultato che lo stesso fosse entrato nello spazio Schengen a dispetto di un divieto di reingresso che glielo impediva. Lo stesso era stato trattenuto al fine di preparare il rimpatrio, ma il giorno stesso aveva presentato richiesta d'asilo. Il trattenimento era stato prorogato sottolineando che la domanda di protezione internazionale era stata presentata allo scopo di ostacolare l'esecuzione della decisione di allontanamento. Il trattenuto aveva dunque proposto ricorso eccependo che non sussistesse una ragionevole probabilità che il suo allontanamento fosse effettuato prima dello scadere del termine massimo del trattenimento, visti i tempi necessari per l'esame della richiesta d'asilo e dell'eventuale ricorso avverso lo stesso. Malgrado il ricorso fosse stato respinto in primo grado e il trattenimento fosse effettivamente cessato per il decorso del termine massimo, il giudice competente si chiede se, in caso di presentazione di richiesta di protezione internazionale, il trattenimento ai fini del rimpatrio debba cessare e possa eventualmente essere adottata una nuova decisione di trattenimento del richiedente asilo, pur mostrando timori per l'uso strumentale della richiesta d'asilo da parte dei cittadini di Stati terzi trattenuti.

Si tratta dunque di risolvere anzitutto la questione se la direttiva rimpatri sia applicabile ai richiedenti asilo: la Corte sottolinea come l'ambito di applicazione della direttiva riguardi i cittadini di Stati terzi il cui soggiorno sia irregolare, cioè la cui presenza nel territorio non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza dello Stato membro. In effetti, la direttiva procedure (allora 2005/85, oggi 2013/32) afferma il diritto dei richiedenti asilo di rimanere in uno Stato finché non sia stata adottata una decisione in primo grado in merito alla loro domanda, e la stessa direttiva rimpatri stabilisce che un richiedente asilo non può essere considerato irregolare finché non sia stata adottata una decisione negativa al riguardo. La soluzione alla prima questione deriva dunque in maniera necessitata da quanto appena detto.

La seconda questione è più interessante poiché riguarda la possibilità di mantenere il trattenimento effettuato ai fini del rimpatrio in presenza di una richiesta di protezione internazionale. La Corte aveva già affermato nella sentenza Kadzoev come il trattenimento ai fini del rimpatrio e quello del richiedente asilo facessero capo a differenti regimi giuridici: il richiedente asilo può circolare liberamente e il trattenimento è possibile solo ove necessario, ad esempio per motivi legali o di ordine pubblico in base alla direttiva accoglienza; inoltre, la direttiva procedure afferma che un richiedente asilo non può essere trattenuto per il solo fatto di essere tale. In ogni caso, non esiste nella normativa UE una disciplina tassativa dei motivi per i quali possa essere disposto il

²⁵¹ CGUE, sentenza Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie del 30 maggio 2013, procedimento C-534/11

trattenimento del richiedente asilo, la cui predisposizione spetta agli Stati nei limiti dei suddetti principi dettati dalle direttive²⁵². La CGUE nota come nella fattispecie in questione il trattenimento sia stato effettuato in presenza del rischio di fuga poiché la domanda sembrava presentata al solo scopo di ritardare l'esecuzione dell'allontanamento; conclude quindi che “circostanze del genere possono effettivamente giustificare che sia mantenuto il trattenimento del cittadino di cui trattasi anche dopo la presentazione della richiesta d'asilo”²⁵³ e ne rileva la compatibilità con i criteri fissati dalle direttive procedure e accoglienza. Rileva, dunque, che nonostante il fatto che la direttiva rimpatri sia temporaneamente inapplicabile durante la richiesta d'asilo, ciò non comporta che per questo sia “posto definitivamente termine al procedimento di rimpatrio, potendo quest'ultimo proseguire laddove la domanda d'asilo venga respinta”²⁵⁴, essendo altrimenti compromessa, in caso di automatica rimessione in libertà, la finalità della direttiva rimpatri. La Corte precisa però che il semplice fatto di presentare domanda d'asilo in seguito ad un provvedimento di allontanamento e trattenimento non basta per presumere che la domanda sia strumentale e che pertanto sia necessario mantenere il trattenimento: ciò dovrà essere valutato all'esito di un esame individuale caso per caso. Come nelle precedenti pronunce, anche in questo caso la Corte di Giustizia si appella all'esigenza di non privare la direttiva rimpatri del suo effetto utile ma, al tempo stesso, alla necessità di una valutazione individuale della presenza dei requisiti per il trattenimento. Il fatto che la domanda d'asilo proposta in maniera strumentale potrebbe permettere la fuga del richiedente compromettendo il rimpatrio è, in effetti, difficilmente controvertibile e tale risultato era, pertanto, dal punto di vista della Corte, quasi necessitato. Tuttavia, allo stesso scopo si sarebbe potuti giungere traendo dalle premesse della Corte, delle conseguenze maggiormente garantiste: partendo dal presupposto che il trattenimento ai fini del rimpatrio e quello del richiedente asilo fanno capo ad esigenze ed a regimi giuridici diversi, la Corte, nell'affermare che il trattenimento possa continuare dopo la domanda d'asilo ai sensi di una norma del diritto nazionale, avrebbe potuto ulteriormente richiedere che il nuovo trattenimento successivo alla richiesta fosse fondato su un nuovo titolo. La normativa nazionale ceca infatti si limitava a prevedere che “la presentazione di una domanda per la concessione della protezione internazionale durante il trattenimento non è una ragione per porre fine

²⁵² Oggi l'art 8 della direttiva 2013/33 recepisce quanto affermato in via giurisprudenziale in merito ai motivi di trattenimento del richiedente asilo, e in particolare al comma 1, lettera d) afferma tra i motivi: “quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, al fine di preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento e lo Stato membro interessato può comprovare, in base a criteri obiettivi, tra cui il fatto che la persona in questione abbia già avuto l'opportunità di accedere alla procedura di asilo, che vi sono fondati motivi per ritenere che la persona abbia manifestato la volontà di presentare la domanda di protezione internazionale al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio”.

²⁵³ CGUE, sentenza Arslan cit., punto 57.

²⁵⁴ CGUE, sentenza Arslan cit., punto 60.

a quest'ultimo"²⁵⁵. In questa pronuncia, dunque, non solo manca un richiamo diretto ai diritti fondamentali, ma, nonostante il richiamo alla necessità di una valutazione individuale delle circostanze, la Corte dà un'interpretazione della direttiva rimpatri che, di fatto, permette il trattenimento del richiedente asilo anche per periodi lunghi, facendo uso di un approccio securitario che mal si concilia con i principi appena enunciati – la restrizione della libertà personale come *extrema ratio* e la regolarità del soggiorno del richiedente asilo.

Il caso M.G.²⁵⁶ riguarda il trattenimento di due cittadini di Paesi terzi al fine dell'allontanamento: tale trattenimento era stato prorogato in violazione dei diritti di difesa degli stessi, ma malgrado questi avessero proposto ricorso, il giudice competente, pur rilevando l'irregolarità, non aveva annullato i provvedimenti, ritenendo l'interesse a mantenerli in stato di trattenimento prevalente. La questione pregiudiziale riguarda dunque la possibilità che la violazione del diritto di essere sentiti nell'ambito del procedimento relativo al trattenimento ne comporti l'automatica cessazione e la possibilità di valutare altri interessi contrastanti.

Anzitutto la Corte richiama le garanzie procedurali previste dalla direttiva rimpatri e l'obbligo generale di rimessione in libertà nel caso di illegittimità del provvedimento, sottolineando che le direttive nulla dicono riguardo all'obbligo di essere sentiti ma che questo discende automaticamente come diritto fondamentale dall'applicazione della Carta. Come gli altri diritti fondamentali, tuttavia, anche il diritto di difesa non è assoluto e può essere limitato per perseguire obiettivi di interesse generale, in seguito ad una valutazione individuale del caso e purché non si tratti di un intervento sproporzionato tale da ledere la sostanza del diritto in questione. Pertanto, spetta agli Stati, in questo caso, disciplinare le condizioni e conseguenze della violazione di tale diritto nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività e del diritto dell'Unione, senza privare la direttiva rimpatri del suo effetto utile. Secondo il diritto dell'UE una violazione del diritto di difesa determina l'annullamento del provvedimento adottato solo nel caso in cui, in mancanza dell'irregolarità, il risultato prodotto dal procedimento in questione avrebbe potuto essere diverso, per cui non qualsiasi violazione comporta l'illegittimità del provvedimento e l'automatica rimessione in libertà, ma spetta al giudice la valutazione caso per caso. Infatti, se l'accertamento da parte del giudice della violazione del diritto di essere sentiti comportasse la cessazione automatica del trattenimento, ciò comprometterebbe l'effetto utile della direttiva che, richiamando il considerando 2, la Corte ribadisce essere “attuare un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio fondata su norme comuni, affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità”.

²⁵⁵ Art. 127, co. 2, legge n. 326/1999 relativa al soggiorno degli stranieri nel territorio della Repubblica ceca.

²⁵⁶ CGUE, sentenza M.G., N. R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie del 10 settembre 2013, procedimento C-383/13.

Tale pronuncia presta il fianco a delle critiche proprio sulla valutazione che il giudice dovrebbe compiere, un giudizio ipotetico che non sempre è possibile accertare *a posteriori*. In effetti tale problematica si riduce se si considera che, la stessa Corte, nella sua giurisprudenza in altro ambito²⁵⁷, ha affermato che il ricorrente non debba dimostrare che l'esito del procedimento sarebbe stato differente, bensì che questa ipotesi non possa essere esclusa poiché, in assenza dell'irregolarità procedurale, vi sarebbe potuta essere una difesa più efficace. Tale profilo non è richiamato, tuttavia, dalla CGUE in questa pronuncia, il che desta perplessità, specie se si considera che tutti i precedenti richiamati dalla Corte a tal proposito riguardano comunque procedimenti aventi ad oggetto relazioni commerciali.

Nel caso Mahdi²⁵⁸, la Corte di Giustizia ha avuto modo di affrontare svariate questioni di grande interesse relative alla proroga e al riesame del trattenimento e lo ha fatto conferendo grande peso alle garanzie procedurali previste dalla direttiva rimpatri. Il sig. Mahdi era stato fermato ad un valico di frontiera in Bulgaria e, seppur sprovvisto di documenti, aveva dichiarato di essere un cittadino sudanese. Lo stesso era stato quindi trattenuto per il disbrigo delle pratiche che permettessero l'accompagnamento alla frontiera. Durante il periodo di trattenimento, questi aveva firmato una dichiarazione di rimpatrio volontario in Sudan, volontà ritrattata dallo stesso di fronte ad un rappresentante dell'Ambasciata del Sudan, che si era, per questo motivo, rifiutato di rilasciargli un documento di viaggio. Il sig. Mahdi aveva poi richiesto di essere rilasciato su cauzione poiché aveva modo di soggiornare presso una cittadina bulgara ma la proposta di adottare una misura meno coercitiva era stata respinta in sede di riesame. Trascorsi 6 mesi dall'inizio del trattenimento, il giudice della proroga ha sollevato le questioni pregiudiziali qui in esame.

La prima questione affrontata dalla CGUE riguarda la presenza o meno di un obbligo di riportare in forma scritta e motivata la decisione di mantenere il trattenimento oltre il termine normale di 6 mesi. La Corte inizia ricordando che l'obiettivo della direttiva è porre delle norme comuni affinché i rimpatri possano avvenire nel rispetto delle garanzie giuridiche e della dignità umana, a seguito di una valutazione individuale e lasciando comunque un margine di discrezionalità agli Stati. Sebbene la direttiva richieda espressamente un atto scritto e motivato solo al momento del trattenimento iniziale, lo stesso deve intendersi obbligatorio anche al momento della proroga "posto che, da una parte, il trattenimento e la sua proroga presentano una natura analoga, avendo entrambi per effetto di privare della libertà il cittadino del paese terzo interessato, al fine di preparare il rimpatrio e/o procedere all'allontanamento, e, dall'altra, in entrambi i casi, tale cittadino deve poter conoscere i motivi della decisione assunta nei suoi confronti"²⁵⁹. L'effetto di un'interpretazione diversa

²⁵⁷ CGUE, sentenza Thyssen Stahl c. Commissione del 2 ottobre 2003, C-194/99 P, punto 31.

²⁵⁸ CGUE, sentenza Mahdi del 5 giugno 2014, procedimento C-146/14.

²⁵⁹ CGUE, sentenza Mahdi cit., punto 44.

potrebbe essere quello di impedire l'esercizio del diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale al trattenuto. La Corte fa a questo punto una precisazione: non qualsiasi riesame deve essere in forma scritta e motivata ma solo laddove vi sia una decisione sul mantenimento del trattenimento, ferma restando l'autonomia degli Stati in merito alle procedure di riesame²⁶⁰.

Con la seconda questione il giudice del rinvio si interroga sul tipo di valutazione richiesta al giudice in sede di proroga: in particolare se si debba valutare il singolo caso e la possibilità di far cessare il trattenimento o sostituirlo con misure meno coercitive. La Corte afferma che il principio di proporzionalità statuito dalla direttiva impone che in sede di proroga l'autorità giurisdizionale debba sempre fare un controllo sul trattenimento indipendentemente se questo sia stato già fatto dall'autorità amministrativa in sede di riesame. Sebbene l'art. 15 della direttiva nulla dica sulla natura di tale controllo, esso fissa dei requisiti sostanziali per la proroga e in negativo i casi in cui debba avvenire l'immediato rilascio. Inoltre il giudice della proroga dovrà anche verificare la presenza dei requisiti della decisione iniziale di trattenimento. Tutti questi elementi di fatto e di diritto dovranno quindi essere vagliati dall'autorità giudiziaria alla luce di un esame approfondito delle singole circostanze del caso. Anche questa volta, la Corte conclude dicendo che una diversa interpretazione comprometterebbe gli obiettivi della direttiva, ma questo stesso argomento viene stavolta utilizzato, non semplicemente per limitare la possibilità per gli Stati membri di criminalizzare l'immigrazione irregolare, ma, chiarendo un aspetto che non era stato preso in considerazione finora, per allargare le garanzie procedurali dei migranti trattenuti.

Il terzo punto discusso dalla CGUE riguarda la valutazione della mancanza di documenti d'identità nella proroga del trattenimento, in particolare se ciò basti a disporre la proroga. La Corte risponde che se è vero che il rischio di fuga (di cui la mancanza di documenti è uno degli indizi) è una delle ragioni che giustificano il trattenimento, sempre che non siano sufficienti misure meno coercitive, diverse sono le ragioni che giustificano la proroga del trattenimento oltre i primi 6 mesi: la mancata cooperazione del trattenuto che rischia di posticipare l'allontanamento o ritardi nell'ottenimento dei documenti. La mancanza di documenti potrà essere valutata come indizio del rischio di fuga nel giudizio più generale sull'opportunità di mantenere il trattenimento o di sostituirlo con misure meno coercitive, sempre all'interno di un'approfondita valutazione individuale del caso e comunque non come il solo elemento utile.

Il giudice del rinvio chiede poi alla Corte se il comportamento del sig. Mahdi che ha dichiarato di non voler tornare nel proprio Paese e che per questo non ha ottenuto i documenti di viaggio da parte dell'Ambasciata possa essere considerata "mancata cooperazione" ai fini della proroga. La CGUE

²⁶⁰ Si è visto, *supra*, §2.2, come nell'esperienza italiana avvenga, di fatto, il contrario, sentendo il giudice di pace maggiormente la necessità di motivare la propria decisione in caso di rilascio, piuttosto che di trattenimento.

risponde anzitutto che la valutazione dei fatti spetta al giudice nazionale e si sofferma dunque sulla definizione di “mancata cooperazione” per l’individuazione della quale va considerato il comportamento dell’espellendo nel corso del trattenimento iniziale e la probabilità che l’operazione di allontanamento duri più a lungo a causa del suo comportamento. Deve altresì essere dimostrato che lo Stato abbia compiuto e continui a compiere attivamente sforzi per ottenere il rilascio dei documenti.

L’ultima questione è forse la più interessante da un punto di vista generale ma è anche quella che meno rileva rispetto alla libertà personale – poiché riguarda l’obbligo dello Stato membro di rilasciare un permesso di soggiorno nel caso in cui non sussista una ragionevole prospettiva di allontanamento – e su cui la Corte di Giustizia si sofferma meno. Come era prevedibile, la Corte ricorda che la direttiva non ha il compito di uniformare le normative degli Stati membri con riferimento alle discipline del soggiorno sul territorio, ma va anche oltre questa affermazione, ricordando due importanti disposizioni della direttiva: l’art. 6, paragrafo 4, – che recita: “in qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un’altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. In tali casi non è emessa la decisione di rimpatrio. Qualora sia già stata emessa, la decisione di rimpatrio è revocata o sospesa per il periodo di validità del titolo di soggiorno o di un’altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare” – e il considerando 12 – secondo cui “è necessario occuparsi della situazione dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare ma che non è ancora possibile allontanare. Le condizioni basilari per il loro sostentamento dovrebbero essere definite conformemente alla legislazione nazionale. Affinché possano dimostrare la loro situazione specifica in caso di verifiche o controlli amministrativi, tali persone dovrebbero essere munite di una conferma scritta della loro situazione. Gli Stati membri dovrebbero godere di un’ampia discrezionalità quanto al modello e al formato della conferma scritta e dovrebbero anche poterla includere nelle decisioni connesse al rimpatrio adottate ai sensi della presente direttiva”.

Un obbligo di rilasciare un permesso di soggiorno a coloro che non è possibile, per varie ragioni, rimpatriare, dunque, non è previsto dalla normativa UE, ma alcune garanzie sono, cionondimeno, presenti. Si tratta di una magra consolazione se si pensa alla situazione di limbo in cui vengono a trovarsi tutti coloro il cui soggiorno è irregolare ma, per svariati motivi, non sono espellibili²⁶¹: una

²⁶¹ La questione del trattamento degli stranieri che non possono essere espulsi perché nessuno Stato li ammette era stata ritenuta pressante già ai tempi della sentenza *El Dridi*: R. RAFFAELLI, *Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case*, *European Journal of Migration and Law*, 13, 2011, 467–489. Su di un particolare tipo di limbo, quello degli stranieri irregolari che durante la detenzione non hanno collaborato al rimpatrio cfr. C. GOSME, *Trapped between administrative detention, imprisonment, and freedom-in-limbo*, in M.J.

situazione non solo da cui sono impossibilitati ad uscire, ma in cui non hanno accesso, in quanto privi di un titolo di soggiorno, ad alcuni basilari diritti. In effetti quest'ultima questione non è legata alla libertà personale dello straniero ma al suo diritto di soggiorno nel territorio dello Stato e, a prescindere da quest'ultimo aspetto per certi versi criticabile, la sentenza Mahdi è, nell'ambito di quest'analisi della giurisprudenza della CGUE, forse l'unica in cui la decisione della Corte è realmente orientata dall'esigenza di garantire il massimo rispetto della libertà personale nell'ambito della direttiva.

Si ricorda comunque come purtroppo tale obbligo di disciplinare la situazione di coloro che, pur non potendo essere espulsi, sono irregolari sul territorio, non risulta recepito in Italia, né, tanto meno, rispettato nella prassi.

La successiva sentenza della Corte di Giustizia in materia, il caso Celaj²⁶², si pone agli antipodi rispetto alla precedente ed è in effetti piuttosto differente anche rispetto a quelle anteriori, nonostante tratti una questione che presenta delle similarità con alcune di quelle già analizzate e per la quale, dunque, ci si sarebbe aspettati un risultato analogo.

Ancora una volta, ad essere in questione è la normativa italiana, in particolare la previsione della pena di reclusione per essere entrato in Italia in violazione di un divieto di reingresso. La compatibilità della misura reclusiva con la direttiva rimpatri era stata valutata negativamente nel caso di inottemperanza all'ordine di allontanamento in El Dridi, nel caso di reato di ingresso o soggiorno irregolare in Achughbadian e relativamente all'obbligo domiciliare in Sagor. In ciascuno di questi casi la privazione della libertà personale era apparsa in contrasto con l'obiettivo della direttiva rimpatri che è assicurare un efficace allontanamento. Anche in questa pronuncia la Corte inizia ricordando la possibilità per gli Stati di sanzionare penalmente la condotta di soggiorno irregolare, purché ciò non interferisca con il diritto dell'Unione e prosegue affermando che sia pertanto possibile criminalizzare anche l'ingresso in violazione di un divieto. Sin qui siamo nel solco di quanto già affermato; tuttavia, a questo punto, la CGUE afferma che la presente situazione è profondamente diversa da quella di El Dridi e Achughbadian, ma senza argomentare sul perché queste differenze siano tali da giustificare una decisione opposta: semplicemente statuisce che mentre lì si trattava di un primo procedimento di rimpatrio, qui il primo rimpatrio è già stato effettuato e si tratta di un nuovo ingresso, come se questa differenza giustificasse di per sé un diverso approccio alla questione. La Corte ricorda che il divieto di reingresso deve essere compatibile con quanto previsto dalla direttiva e che comunque l'irrogazione della misura penale deve essere effettuata nel rispetto dei diritti fondamentali. La sentenza si conclude così, lasciando

GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Springer, 2016, 91.

²⁶² CGUE, sentenza Celaj del 1 ottobre 2015, procedimento C-290/14.

aperte numerose domande: se l'esigenza di garantire l'effettivo rimpatrio è stata finora la preoccupazione più pressante della CGUE, un cambiamento di traiettoria a riguardo avrebbe dovuto essere maggiormente argomentato, specie alla luce delle pesanti ricadute sulla libertà personale del cittadino²⁶³, nonché del fatto che l'Avvocato Generale era d'avviso opposto. Ad essere carente qui è la motivazione della sentenza, indipendentemente dalle conclusioni a cui si giunge: non risulta infatti che coloro che facciano nuovamente ingresso nel territorio di uno Stato membro dopo esserne stati allontanati e in violazione di un divieto di reingresso si sottraggano dall'ambito di applicazione della direttiva, pertanto non si comprende cosa giustifichi la possibilità di trattenerli (peraltro, per un periodo che può raggiungere i 4 anni) anziché procedere a un nuovo rimpatrio. Si tratta forse di un'asserita finalità punitiva o rieducativa per colui che è recidivo? In ogni caso la reclusione non sarebbe disposta per qualsiasi secondo ingresso irregolare ma solo per la violazione del divieto di reingresso.

Il caso J.N.²⁶⁴ riguarda la compatibilità con la CEDU del diritto dell'UE (questione che la Corte di Giustizia affronta piuttosto con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali che alla CEDU²⁶⁵), sulla possibilità di trattenerlo quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico. Si tratta, evidentemente di una sentenza piuttosto diversa dalle altre, anzitutto perché ha ad oggetto, nell'ambito del giudizio pregiudiziale, una questione relativa all'interpretazione della norma della direttiva accoglienza e non della direttiva rimpatri e in secondo luogo perché la stessa verte sulla compatibilità con il diritto alla libertà.

La pronuncia si apre con alcuni chiarimenti riguardanti i rapporti tra il diritto dell'UE e quello della CEDU e prosegue rammentando che alla luce della Carta, i diritti possono incontrare delle limitazioni, purché queste siano previste dalla legge, ne rispettino il contenuto essenziale, siano necessarie nel rispetto del principio di proporzionalità e rispondano a finalità di interesse generale. Pertanto la Corte procede all'analisi di ciascuno di questi requisiti: la limitazione della libertà personale relativa al richiedente asilo è, in effetti, posta da una direttiva, rispetta il contenuto essenziale del diritto di libertà poiché è prevista in circostanze eccezionali e a seguito di un preciso

²⁶³ Non a caso, questo è stato definito come un "frettoloso distinguishing" (L. MASERA, La Corte di Giustizia Ue dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU Imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/Ce). Nota a Corte di giustizia UE, IV sez., sent. 1 ottobre 2015, Celaj, causa n. C-290/14, www.dirittopenalecontemporaneo.it) o come "una risposta alle esigenze del momento" (A. M. KOSIŃSKA, The Problem of Criminalisation of the Illegal Entry of a Third-Country National in the Case of Breaching an Entry Ban—Commentary on the Judgment of the Court of Justice of 1 October 2015 in Case C 290/14, Skerdjan Celaj, *European Journal of Migration and Law* 18, 2016, 243).

²⁶⁴ CGUE, sentenza J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie del 15 febbraio 2016, procedimento C-601/15.

²⁶⁵ Come ricorda la CGUE, infatti, "anche se, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione" (CGUE, sentenza J.N. cit., punto 45).

comportamento individuale, costituisce una misura appropriata a tutelare il pubblico dai rischi che il richiedente asilo comporta e pertanto persegue una finalità pubblica. La Corte di Giustizia tiene poi in conto la particolare importanza del diritto di libertà personale che impone che le limitazioni dello stesso siano strettamente necessarie: in effetti il tenore letterale della lettera e), paragrafo 3, art. 8 sarebbe orientato in tal senso e anche laddove si prevede che i motivi di trattenimento siano specificati dal diritto nazionale, il margine di discrezionalità degli Stati deve sempre essere nel rispetto dei diritti fondamentali e degli altri principi previsti dall'UE. La direttiva stessa poi pone delle limitazioni e garanzie al potere degli Stati di disporre il trattenimento e sarebbe, pertanto, in linea con la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulle misure di detenzione dei richiedenti l'asilo, del 16 aprile 2003, nonché sulle linee guida dell'UNHCR sui criteri e gli standard applicabili alla detenzione dei richiedenti asilo, del 26 febbraio 1999.

La Corte si sofferma dunque sulle nozioni di sicurezza nazionale e di ordine pubblico, il cui pregiudizio può giustificare il trattenimento del richiedente asilo “soltanto quando il suo comportamento individuale costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società o la sicurezza interna o esterna dello Stato membro interessato”²⁶⁶. La disposizione in questione bilancerebbe, dunque, correttamente i due interessi in gioco: la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico, da un lato, e il diritto di libertà, dall'altro, poiché richiederebbe alle autorità nazionali di prendere in esame ogni volta le rispettive esigenze²⁶⁷. Si badi che la CGUE specifica che “del resto, la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico contribuisce parimenti alla tutela dei diritti e delle libertà altrui”, individuando un vero e proprio diritto alla sicurezza. Segue, quindi, l'applicazione del principio di proporzionalità al caso di specie e la precisazione che la presentazione della domanda d'asilo non invalida la decisione di rimpatrio precedentemente adottata, come proposto dal giudice del rinvio, ma, per salvaguardare l'effetto utile della direttiva rimpatri, la procedura riprende da dove si era interrotta, una volta che sia intervenuta una decisione di rigetto in primo grado.

Viene richiamata a questo punto la giurisprudenza CEDU in relazione all'art. 5, paragrafo 1, lettera f), la quale ha precisato che il procedimento di espulsione necessariamente in corso per disporre il trattenimento può in effetti rimanere tale anche durante la domanda d'asilo poiché può riprendere,

²⁶⁶ CGUE, sentenza J.N. cit., punto 67.

²⁶⁷ In ogni caso, la Corte di Giustizia, nei casi relativi alla libertà personale degli stranieri, pur richiedendo la verifica caso per caso del rischio per la sicurezza nazionale, non indugia sui criteri con cui è possibile effettuare tale bilanciamento, elementi che sarebbero invece stati di grandissima utilità se si considera specialmente che molto spesso la legislazione degli Stati membri è tale da ampliare fino a rendere onnicomprensivi i requisiti ad esempio relativi al rischio di fuga.

Sembra insomma che, nella valutazione del rischio per la sicurezza si considerino elementi solo presuntivi di tale pericolo, nonostante sull'altro piatto della bilancia vi siano limitazioni effettive e stringenti del diritto alla libertà personale.

nel caso in cui questa sia rigettata. Non sussisterebbe, pertanto, alcuna violazione da parte del diritto UE della Convenzione.

Si tratta di una sentenza estremamente interessante sotto molti profili: sicuramente rileva per l'analisi dei rapporti tra UE e CEDU, ma ai nostri fini ancor più è importante per il fatto che, pur essendovi costretta, finalmente, la Corte di Giustizia affronta la questione del trattenimento dei migranti (sebbene di un richiedente asilo e non di un migrante il cui soggiorno è irregolare, come negli altri casi analizzati) secondo un approccio orientato ai diritti umani²⁶⁸.

In questo caso, tuttavia, la questione pregiudiziale verteva sulla compatibilità di una particolare ipotesi di trattenimento del richiedente asilo: quella ai sensi della lettera e) dell'art. 8, paragrafo 3, della direttiva accoglienza, "quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico" e il richiedente era stato in precedenza destinatario di un provvedimento di espulsione. Tuttavia, la direttiva accoglienza prevede ulteriori motivi di trattenimento del richiedente asilo, anche in assenza di un procedimento di rimpatrio in corso, ed è inevitabile domandarsi quale sarebbe stato l'esito della vicenda se anziché la lettera e) dell'art. 8, paragrafo 3, della direttiva accoglienza, oggetto della questione fosse stato uno degli altri motivi di trattenimento, quali quelli alla lettera "a) per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; b) 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; [...] f) conformemente all'articolo 28 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, 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". Non è difficile, infatti, immaginare che tali ipotesi di trattenimento possano verificarsi anche a prescindere da un procedimento di rimpatrio (seconda parte dell'art. 5, paragrafo 1 f) della CEDU), o dalla necessità di impedire un ingresso irregolare (prima parte dell'art. 5, paragrafo 1 f) della CEDU). Come si sarebbe comportata, o forse come si comporterà la Corte di Giustizia in questo caso? Quali argomenti avrebbe potuto utilizzare per sottrarsi ad una decisione di incompatibilità con la CEDU? È inevitabile pensare che il margine di movimento della CGUE in tali casi sarebbe stato assai stretto e che, in effetti, il trattenimento del richiedente asilo, così come congegnato dalla direttiva accoglienza, possa essere nella sua concreta applicazione, spesso incompatibile con la Convenzione.

²⁶⁸ Sebbene la CGUE non sia un giudice dei diritti umani, dal momento dell'adozione della Carta di Nizza, ha dimostrato di essere sempre più attenta a questo punto di vista. G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20, 2013, 168; S. SANCHEZ, *The Court and the Charter: the Impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the Ecj's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, 1565.

Un ulteriore caso recentemente affrontato dalla CGUE nella sentenza *Affum*²⁶⁹ è quello di una cittadina ghanese fermata dalle autorità francesi presso l'ingresso del tunnel sotto la Manica, a bordo di un autobus proveniente dal Belgio e diretto in Gran Bretagna. Veniva deciso di affidare la sig.ra Affum alle autorità belghe in base agli accordi di riammissione sottoscritti con questo Paese e, nell'attesa, ne veniva disposto il trattenimento amministrativo, ma solo al termine del fermo di polizia. Il controllo pregiudiziale della Corte di Giustizia riguarda l'applicabilità della direttiva rimpatri a coloro che si trovano in una situazione di mero transito, benché irregolare, e la possibilità di applicare la pena della reclusione in assenza di una decisione di rimpatrio, nel caso in cui vi sia un accordo di riammissione con uno Stato membro. Si ricorda, infatti, come visto nella sentenza *Achughbajian*, che il diritto nazionale francese preveda la possibilità di applicare il fermo di polizia solo nel caso di sospetto di un reato punito con la reclusione.

La Corte affronta la prima questione partendo dalla definizione di soggiorno irregolare, che non include tra i suoi requisiti né una durata minima, né l'intenzione di restare sul territorio, e che pertanto non esclude dall'applicazione della direttiva, il cittadino di un Paese terzo, irregolare, che si trovi in transito in un Paese membro.

La seconda questione viene trattata, richiamando la giurisprudenza di *Achughbajian* e rilevando le modifiche apportate alla disciplina francese in seguito a tale pronuncia: in particolare, l'abrogazione del reato di soggiorno irregolare ma il mantenimento di quello di ingresso irregolare, tuttora punito con la pena della reclusione. La CGUE sottolinea come, nella direttiva rimpatri, le nozioni di ingresso e soggiorno irregolari siano profondamente connesse; da tale connessione discende l'assimilazione di questa fattispecie a quella di *Achughbajian*, per cui non è possibile, in conseguenza del mero ingresso irregolare, disporre la reclusione prima della conclusione della procedura di rimpatrio, poiché questa ostacolerebbe l'effetto utile della direttiva. La Corte di Giustizia afferma dunque, in primo luogo, l'analogia con il caso *Achughbajian*, per poi passare ad evidenziare le differenze rispetto alla sentenza *Celaj*, nella quale si trattava di un secondo ingresso successivo al rimpatrio e in violazione di un divieto²⁷⁰. Le autorità francesi non hanno avviato alcuna procedura di rimpatrio ed eccepiscono di potere sottrarre la sig.ra Affum all'applicazione della direttiva in virtù dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), e dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115, tuttavia questo si applica solo ai respingimenti alle frontiere esterne dell'area Schengen e non a quelle interne. Inoltre in tal caso, trattandosi di respingimento alla frontiera, sarebbe richiesto uno stretto legame temporale e spaziale con l'attraversamento della stessa. Né,

²⁶⁹ CGUE, sentenza *Affum c. Préfet du PasdeCalais, Procureur général de la cour d'appel de Douai* del 7 giugno 2016, procedimento C-47/15.

²⁷⁰ Si è visto *supra* come in realtà questo *distinguishing* non sia stato molto approfondito dalla CGUE, che, anche in questa occasione, non ci si sofferma molto.

tanto meno, rileva sull'applicabilità della direttiva il fatto che la cittadina straniera sia stata fermata mentre cercava di lasciare lo spazio Schengen e non al suo ingresso.

La presenza di accordi bilaterali, in effetti, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2008/115, esonera gli Stati membri dall'obbligo di emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino che sia ripreso da un altro Stato membro, ma, la Corte specifica, non li esonera del tutto dall'applicazione dell'intera direttiva, poiché un'interpretazione in tal senso sarebbe contraria alla ratio e finalità della direttiva stessa. Anche la decisione di affidare il cittadino di uno Stato terzo ad un altro Stato membro rientra tra le misure previste dalla direttiva per porre fine al soggiorno irregolare e dovrà, pertanto, essere adottata con la massima diligenza e celerità. Dunque, anche in questo caso la pena detentiva inflitta prima del trasferimento pregiudicherebbe l'effetto utile della direttiva.

La CGUE precisa, infine che, malgrado la fattispecie in questione non rientri nell'art. 4, paragrafo 3, del Codice delle frontiere Schengen, quest'ultimo in ogni caso non impone agli Stati membri di imporre delle pene detentive, ma semplicemente permette di adottare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive e che ciò può essere fatto nel rispetto del restante diritto dell'UE e, dunque, anche della direttiva rimpatri. Si noti come, rispetto al caso Achughbadian, di 5 anni precedente, qui manchi qualsiasi, pur solo esteriore e non decisivo, riferimento al rispetto dei diritti fondamentali, cui deve essere subordinata l'irrogazione di sanzioni.

Infine, un'ultima decisione che recentissimamente la Corte di Lussemburgo ha pronunciato è la sentenza Al Chodor²⁷¹. Si tratta di un caso rilevante sotto una pluralità di punti di vista: anzitutto la questione pregiudiziale riguarda l'art. 28 del Regolamento Dublino III (604/2013) e dunque il trattenimento di un cittadino extra UE oggetto della procedura c.d. Dublino e non in attesa di rimpatrio; in secondo luogo, la Corte di Giustizia, nell'esaminare la questione, non solo valuta i requisiti del trattenimento alla luce del fatto che sia in essere una limitazione del diritto fondamentale alla libertà, ma interpreta restrittivamente tali requisiti facendosi guidare dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Del fatto che ha dato origine al caso in esame basti sapere che la normativa in vigore nella Repubblica ceca non dispone dei criteri obiettivi per la valutazione della sussistenza del rischio di fuga. Gli stessi si desumono infatti da una giurisprudenza consolidata che sancisce una prassi costante della Polizia per gli stranieri. La CGUE si trova dunque ad interpretare l'art. 2, lettera n) del regolamento che stabilisce cosa si intenda per rischio di fuga: "la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su *criteri obiettivi definiti dalla legge* per ritenere che un richiedente o

²⁷¹ CGUE, sentenza Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie c. Al Chodor del 15 marzo 2017, procedimento C-528/15.

un cittadino di un paese terzo o un apolide oggetto di una procedura di trasferimento possa fuggire”. Poiché, infatti, il termine ‘legge’ ha portata diversa nelle varie versioni linguistiche del regolamento, un’interpretazione letterale non è sufficiente a chiarire se la giurisprudenza basata su una prassi amministrativa possa rientrare in tale norma. Suppliscono allora un’interpretazione sistematica e teleologica: in base alla prima, la Corte rileva come il regolamento Dublino appresti un livello elevato di protezione ai richiedenti; in base alla seconda, afferma come l’obiettivo della disposizione vada letto con l’avvertenza che la stessa prevede una limitazione del diritto fondamentale alla libertà, sancito dall’art. 6 della Carta.

Si noti fin d’ora, come già quest’avvertenza costituisca un *unicum* nella giurisprudenza della CGUE in materia di trattenimento di cittadini extracomunitari: sicuramente il fatto di trovarsi nell’ambito del regolamento Dublino e non della direttiva rimpatri costituisce una differenza rilevante, ma non tale da costituire una giustificazione sufficiente per la totale assenza di un qualsiasi riferimento alla libertà personale nell’ambito della giurisprudenza relativa alla direttiva rimpatri. Sebbene infatti, il regolamento Dublino, a differenza di quest’ultima, richiami più volte la Carta dei diritti fondamentali tra i suoi considerando (in riferimento all’interesse superiore del minore – art. 24, considerando 13 –, alla vita familiare – art. 7, considerando 14 –, al diritto a un ricorso effettivo – art. 47, considerando 19 –, al diritto d’asilo – art. 18, considerando 21 –), non vi è uno specifico richiamo al diritto alla libertà personale, il cui riferimento in definitiva non può che essere ricondotto al generico richiamo del considerando 39, sostanzialmente analogo al considerando 24 della direttiva rimpatri.

Tornando all’*iter* interpretativo della Corte di Giustizia, quest’ultima richiama l’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, rammentando come eventuali limitazioni debbano essere previste dalla legge, rispettare il contenuto essenziale dei diritti, essere conformi al principio di proporzionalità, nonché interpretati alla luce della CEDU, almeno in quanto livello minimo di protezione. È proprio la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a questo punto, a guidare il ragionamento della CGUE: non solo qualsiasi privazione di libertà deve avere fondamento nella normativa interna, ma tale normativa deve essere “sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione, al fine di evitare qualunque rischio di arbitrarietà”²⁷²; requisiti che, “tenuto conto della finalità delle norme di cui trattasi, nonché alla luce dell’elevato livello di protezione che risulta dal loro contesto, solo una norma di portata generale può soddisfare”²⁷³.

Si può dunque pervenire a delle prime riflessioni: se si guarda all’operato della Corte di Giustizia dal punto di vista dell’applicazione della direttiva rimpatri, tenendo conto delle

²⁷² CGUE, sentenza Al Chodor cit., punto 38.

²⁷³ CGUE, sentenza Al Chodor cit., punto 43.

preoccupazioni e riserve che tale disciplina aveva suscitato al momento della sua introduzione, sia tra gli esperti, che nella società civile, si può tirare un sospiro di sollievo. Malgrado la direttiva rimpatri presenti, infatti, più ombre che luci, è chiaro lo sforzo che la Corte di Giustizia ha dimostrato nell'utilizzare tale disciplina per fissare dei limiti certi e insuperabili alla discrezionalità degli Stati (si pensi al termine massimo di durata del trattenimento, sebbene piuttosto lungo, ai limiti imposti agli Stati membri relativamente alla pena detentiva, o alla ragionevole prospettiva di allontanamento), sebbene sempre con l'obiettivo di garantire la massima efficacia della direttiva e non di proteggere i cittadini di Stati terzi sottoposti al rimpatrio²⁷⁴. D'altra parte, l'osservazione in ordine cronologico delle pronunce evidenzia "un processo di progressivo ridimensionamento della portata dei principi di El Dridi"²⁷⁵ per cui la CGUE avrebbe tentato di ridimensionare la propria giurisprudenza per evitare eccessive ingerenze nei confronti degli Stati in una materia così politicamente sensibile²⁷⁶.

Certamente le note positive non sono, tuttavia, le uniche presenti: se si osserva, infatti, l'operato della Corte alla luce della libertà personale, si nota che J.N. e Al Chodor sono gli unici casi in cui l'argomentazione viene svolta con riferimento ai diritti fondamentali in gioco²⁷⁷. Nel primo, la Corte era stata specificamente adita sulla compatibilità del trattenimento del richiedente asilo con il diritto alla libertà personale e dunque non poteva esimersi dal porsi la questione dell'effettiva garanzia di tale diritto fondamentale. Nel secondo, che il problema fosse posto in questi termini non era scontato: l'unica differenza rispetto ai precedenti analizzati, infatti, era la diversa fonte della disciplina – direttiva rimpatri vs. regolamento Dublino – e si è visto come, almeno a livello testuale, il richiamo ai diritti fondamentali possa considerarsi analogo. La differenza risiede certamente negli obiettivi delle due fonti, che sono rispettivamente "stabilire norme comuni in materia di rimpatrio, allontanamento, uso di misure coercitive, trattenimento e divieti d'ingresso" e "l'introduzione di criteri e 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". Tuttavia tale differenza negli obiettivi non dovrebbe comportare un diverso livello

²⁷⁴ Il necessario collegamento con l'obiettivo di assicurare l'effetto utile della direttiva rende illegittima la detenzione se fine a sé stessa, assicurando così proporzionalità e rispetto dei diritti fondamentali. Cfr. V. MITSILEGAS, *Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive*, in M.J. GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights*, cit., 39.

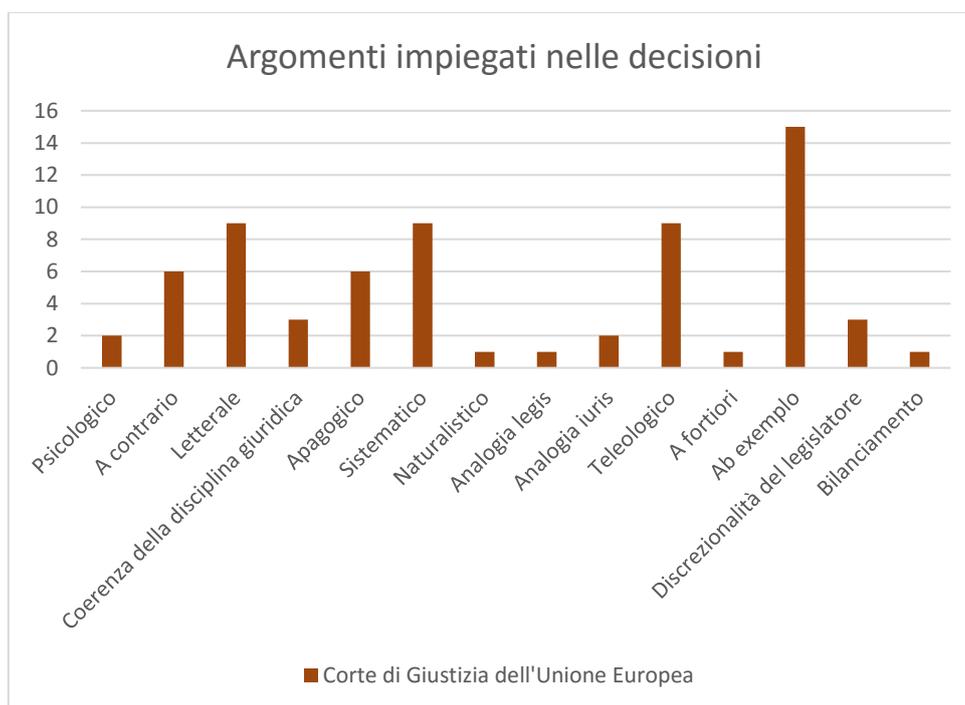
²⁷⁵ L. MASERA, *La Corte di Giustizia Ue dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso*, cit.

²⁷⁶ Sul processo di costituzionalizzazione della detenzione amministrativa nell'ambito dell'UE, si veda: G. CORNELISSE, *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU Law and the European Convention on Human Rights*, *Global Detention Project Working Paper No. 15*, 2016.

²⁷⁷ Ai sensi dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, infatti, è possibile apportare delle limitazioni ai diritti previsti dalla Carta stessa, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. La verifica di questi requisiti, eccezion fatta per il rispetto del principio di proporzionalità, manca in tutte le altre sentenze analizzate, malgrado non vi possa essere dubbio sul rilievo del diritto alla libertà personale nei casi affrontati.

di tutela dei diritti e, anzi, *a fortiori*, il fatto che l'uniformità delle norme in materia di trattenimento sia centrale nell'ambito della direttiva rimpatri dovrebbe far emergere, in maniera più pressante l'esigenza di valutare attentamente i requisiti necessari per l'applicazione di una misura tanto restrittiva della libertà personale. Probabilmente, sarebbe più utile guardare piuttosto che agli obiettivi espressi di tali atti, ai loro fini impliciti e a considerazioni che in definitiva sono politiche.

Possiamo, quindi, riportare i risultati relativi all'analisi delle tecniche argomentative utilizzate dalla Corte di Giustizia, specificando che, analogamente a quanto già detto per la Corte costituzionale, anche in questo caso non vi sono sentenze prive di qualsiasi tecnica interpretativa.



Anche con riferimento alla CGUE, l'argomento più usato è quello *ab exemplo*, seguono argomento letterale, sistematico e teleologico. In particolare, l'uso frequente dell'argomento teleologico non sorprende se si ricorda come l'intera giurisprudenza analizzata sia orientata allo scopo di non privare la direttiva del suo effetto utile.

All'analisi delle tecniche argomentative già svolta per i giudici nazionali, tuttavia, proprio in ragione delle diverse e relevantissime considerazioni 'politiche' che influiscono sull'operato delle corti internazionali, si è deciso di affiancare, per quel che riguarda la CGUE, – ma, si vedrà, si è trattato di una vera e propria sostituzione con riferimento alla CEDU – una diversa analisi, relativa al merito delle argomentazioni, che mette a confronto i principi messi in campo nelle sentenze della CGUE quando in discussione siano i diritti dei cittadini comunitari ed extracomunitari. In particolare si è scelto di focalizzare l'attenzione sui casi in cui la detenzione amministrativa era

stata adottata nei confronti di cittadini di Paesi terzi, come nei casi fin qui analizzati, e su quelli, sebbene piuttosto risalenti, che riguardano la detenzione ai fini dell'espulsione di cittadini comunitari. Si tratta di quel filone giurisprudenziale che ha contribuito al consolidamento del concetto di libera circolazione delle persone e, successivamente, di cittadinanza dell'UE, sebbene non manchino anche casi relativamente più recenti. In tal senso, preliminarmente si ricorda come la libertà di circolazione delle persone all'interno dell'UE si sia notevolmente evoluta nel tempo: introdotta inizialmente come libera circolazione dei lavoratori e libertà di stabilimento²⁷⁸, è solo a partire dal 1992, con il Trattato di Maastricht, che è stato introdotto il concetto di cittadinanza dell'UE, il quale ha permesso, anche grazie agli accordi di Schengen, l'effettiva libera circolazione delle persone²⁷⁹.

Come già ricordato per l'analisi della giurisprudenza nazionale, anche qui si noti che la disciplina di riferimento è, sia stata modificata nel corso degli anni, che comunque differenziata per cittadini comunitari e extracomunitari. Ciò che si tenterà di fare, dunque, è mettere a paragone le argomentazioni utilizzate negli uni e negli altri casi, con i dovuti distinguo.

Il primo di questi casi (Royer²⁸⁰) riguarda un cittadino francese, stabilitosi in Belgio per raggiungere la moglie che ivi svolgeva un'attività, senza avere adempiuto alle formalità amministrative che richiedevano l'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente. Lo stesso era stato in precedenza processato in Francia per alcuni reati e aveva scontato la sua pena. Le autorità belghe avevano dunque emanato un provvedimento d'espulsione e l'avevano condannato per il reato di soggiorno irregolare. Il sig. Royer aveva effettivamente lasciato il Belgio, ma, rientratovi dopo alcuni mesi, era stato arrestato e aveva nuovamente ricevuto un provvedimento d'espulsione motivato da ragioni di ordine pubblico, oltre che dal mancato adempimento delle formalità amministrative. La Corte sottolinea, inizialmente come il diritto dei cittadini degli Stati membri di dimorare in uno Stato membro diverso dal proprio, per gli obiettivi previsti dal Trattato, sia riconosciuto dal Trattato e dalle direttive in merito, e come l'eventuale rilascio di un permesso di soggiorno abbia solo natura ricognitiva e non costitutiva del diritto. In tal senso, gli Stati non possono comminare un provvedimento d'espulsione per il solo inadempimento delle formalità amministrative previste, perché ciò, dinanzi a un diritto acquistato in forza del trattato, non può essere considerato lesivo dell'ordine pubblico. La CGUE fa però una precisazione, affermando che "gli Stati membri restano liberi di espellere dal loro territorio un cittadino di un altro Stato membro qualora l'ordine e la sicurezza pubblici siano minacciati per motivi diversi dall'omissione delle

²⁷⁸ Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea del 1957, artt. 48 e 52.

²⁷⁹ Le disposizioni in materia di libera circolazione delle persone sono attualmente stabilite dalla direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri,

²⁸⁰ CGUE, sentenza Royer dell'8 aprile 1976, procedimento 48/75.

formalità relative al controllo degli stranieri, salvi restando i limiti imposti al loro potere discrezionale dal diritto comunitario, limiti precisati dalla Corte nella sentenza 26 ottobre 1975 (causa 36-75, Rutili). In secondo luogo, il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di reprimere la violazione delle disposizioni nazionali relative al controllo degli stranieri con opportune sanzioni — diverse dall'espulsione — atte a garantire l'osservanza delle disposizioni stesse²⁸¹. Dopo avere osservato la giurisprudenza della Corte in relazione alla direttiva rimpatri, non si può non notare la somiglianza, *mutatis mutandis*, rispetto alla possibilità per gli Stati membri di reprimere penalmente la presenza irregolare dei cittadini di Stati terzi, purché tali sanzioni non ostacolino il rimpatrio. Ciò che salta all'occhio è come l'argomentazione sia qui svolta in maniera inversa, essendo l'allontanamento dallo Stato in un caso l'unica condotta permessa, e nell'altro, l'unica proibita. Un'ulteriore somiglianza nel ragionamento svolto dalla Corte si ha sul piano della restrizione della libertà personale comminata in forza del provvedimento di espulsione: dopo avere affermato che la stessa non è naturalmente legittima se adottata in forza di un'espulsione a sua volta illegittima (come quella del caso di specie, giustificata dal semplice inadempimento di formalità amministrative) la Corte di Giustizia afferma che spetta alla normativa nazionale, l'eventuale previsione di provvedimenti restrittivi della libertà personale nei confronti di cittadini di Stati membri che non abbiano dimostrato di rientrare tra coloro che sono protetti dal Trattato, o che abbiano ricevuto un provvedimento di espulsione per ragione di ordine pubblico o pubblica sicurezza. In tal senso, anche nell'ambito dei cittadini comunitari, la Corte segna i confini del diritto comunitario, rassicurando gli Stati che discipline più restrittive possono essere applicate nei campi scoperti dal diritto dell'UE: si noti però che il ragionamento soggiacente l'intera sentenza è pur sempre quello di interpretare restrittivamente gli ambiti lasciati agli Stati, in questo caso esprimendo una valutazione sui casi in cui possa considerarsi venire in gioco l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza.

La successiva sentenza presa in esame riguarda l'obbligo di dichiarazione di soggiorno da parte degli stranieri che facciano ingresso in Italia, nonché l'obbligo di comunicazione del cittadino italiano che dia alloggio ad uno straniero: si tratta del caso Watson e Belmann del 1976²⁸². Qui la Corte ribadisce che l'espulsione non possa essere comminata per il semplice inadempimento delle formalità di notifica e registrazione. La CGUE aggiunge però qualcos'altro: nel confermare che le autorità nazionali possono comunque altrimenti sanzionare l'inosservanza di tali obblighi amministrativi, afferma che sanzioni talmente gravi, quali l'arresto, sarebbero sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione e si risolverebbero, pertanto in un ostacolo alla libera

²⁸¹ CGUE, sentenza Royer cit., punto 41/42.

²⁸² CGUE, sentenza Watson e Belmann del 07 luglio 1976, procedimento 118/75.

circolazione delle persone. Ancora una volta, pertanto, è possibile osservare un parallelismo con la giurisprudenza in materia di stranieri precedentemente analizzata: anche qui, a guidare la Corte è principalmente l'obiettivo di non vanificare gli obiettivi del diritto comunitario, l'efficacia della direttiva rimpatri, da un lato, la libera circolazione delle persone, dall'altro. In questo caso, la CGUE raggiunge quest'obiettivo attraverso l'utilizzo della proporzionalità come metro della legittimità della sanzione: si tratta di un metodo che la Corte ha utilizzato anche nell'ambito della giurisprudenza più recente: sebbene il più delle volte solo con un breve riferimento alla necessità della stessa, in alcuni casi anche in maniera determinante²⁸³.

Il principio di proporzionalità riposa anche alla base della successiva pronuncia della Corte di Giustizia in materia (Sagulo²⁸⁴) in cui, nel ribadire che le sanzioni previste per il mancato adempimento degli obblighi riguardanti l'ingresso e il soggiorno degli stranieri possono essere previste dagli Stati, si afferma che queste ultime devono essere adeguate e proporzionate alla gravità dell'infrazione per non costituire un ostacolo alla libera circolazione delle persone, conformi al principio della parità di trattamento tra cittadini e stranieri (comunque cittadini di Paesi membri) ed analoghe a quelle che colpiscono i cittadini per atti di uguale entità²⁸⁵. Inoltre, in tale sentenza, la Corte svolge un'altra importante affermazione, quando si spinge a limitare la competenza in materia penale degli Stati membri (limitazione ancor più sorprendente se solo si pensi che siamo nel 1977), affermando che “la privazione della libertà personale e la pena pecuniaria concepite come sanzione penale sono del tutto sproporzionate rispetto all'illiceità rappresentata dalla semplice violazione di formalità relative al controllo degli stranieri; siffatte minacce di sanzioni potrebbero costituire un ostacolo diretto alla libera circolazione garantita dal diritto comunitario”²⁸⁶. Se guardata alla luce della giurisprudenza della CGUE in materia di stranieri extracomunitari degli ultimi anni, tanto attenta a non intaccare le competenze penali degli Stati membri, sbalordisce che tali preoccupazioni non fossero presenti quasi 40 anni fa. A meno di non mettere in dubbio il ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia nel processo di integrazione europea e la direzione della stessa, non si può che imputare una tale differenza al diverso approccio con cui la Corte affronta le questioni legate ai suoi cittadini e agli stranieri. Né si può ritenere che tale comportamento della CGUE tenda a riflettere i sentimenti degli Stati membri: il confronto con una giurisprudenza tanto datata può infatti servire d'aiuto alla memoria per ricordare come fino a qualche anno fa la preoccupazione degli Stati

²⁸³ Si richiama esemplificativamente la sentenza Arslan nella quale si afferma la necessità di una valutazione caso per caso per verificare se la richiesta d'asilo presentata in seguito ad un'espulsione sia solo strumentale. In tal senso la proporzionalità determina l'impossibilità di presumere lo scopo elusivo della domanda.

²⁸⁴ CGUE, sentenza Sagulo del 14 luglio 1977, procedimento 8/77.

²⁸⁵ È chiaro che una simile declinazione del principio di proporzionalità alla luce del principio di non discriminazione tra cittadini comunitari e nazionali è del tutto impensabile, allo stato attuale della giurisprudenza, sia applicata ai cittadini extracomunitari.

²⁸⁶ CGUE, sentenza Sagulo cit., 1500, ss.

nei confronti dei cittadini di altri Stati membri era tendenzialmente pari a quella oggi mostrata nei confronti di cittadini di Stati terzi.

Tali principi sono stati successivamente ribaditi dalla Corte in svariate sentenze successive, in cui si è, in particolare, sottolineato che le sanzioni previste per l'inosservanza di formalità amministrative relative all'ingresso e al soggiorno sarebbero particolarmente sproporzionate se ricomprendessero pene detentive.

Sostanzialmente le stesse argomentazioni, relative al principio di proporzionalità ed alla necessità di non ostacolare la libera circolazione delle persone, sono state utilizzate dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Wijsenbeek*²⁸⁷, relativa all'obbligo di esibire un documento d'identità in occasione dell'ingresso sul territorio di uno Stato membro (poiché al momento dei fatti in causa non esistevano norme comuni in materia di controlli alle frontiere esterne, di politica d'immigrazione, di visti e di asilo).

Infine, più di recente, un cenno va fatto alla sentenza *Oulane*²⁸⁸, in cui un cittadino francese, fermato in Olanda senza documenti di identità e, non potendo provare la propria nazionalità, aveva ricevuto un provvedimento di espulsione ed era stato sottoposto a custodia cautelare per il rischio che eludesse tale provvedimento. A distanza di alcuni mesi si era poi verificata la stessa circostanza e questa volta le autorità olandesi avevano invocato la tutela dell'ordine pubblico, sempre in merito al rischio di elusione dell'espulsione, per giustificare la custodia cautelare. Le domande pregiudiziali poste dal giudice del rinvio sono numerose e riguardano diversi aspetti: rileva qui in particolare la possibilità di sanzionare l'inottemperanza all'obbligo di esibire documenti d'identità con l'espulsione e la detenzione ai fini dell'allontanamento.

La Corte afferma che ciò è possibile solo se tali sanzioni siano analoghe a quelle previste per simili violazioni nazionali e proporzionate, ma rileva che nessuna di queste due condizioni è presente nel caso di specie. In particolare, per i cittadini olandesi non esiste neanche l'obbligo di esibire un documento, potendo gli stessi provare la propria identità con qualsiasi mezzo. Tale osservazione non era stata proposta dall'Avvocato Generale, che, nella sua Opinione del 21 ottobre 2004, pur affermando l'impossibilità di detenere uno straniero ai fini dell'espulsione se questa è, di per sé, illegittima, aveva suggerito che ciò non escludesse la possibilità per i Paesi di privare temporaneamente della libertà un cittadino di un altro Stato facente parte dell'UE per svolgere i controlli necessari a provarne la nazionalità. Non è di tale avviso la CGUE che non fa alcuna differenza tra custodia cautelare finalizzata all'espulsione e altri tipi di custodia quando afferma espressamente che “un provvedimento di custodia cautelare potrebbe basarsi solo su una

²⁸⁷ CGUE, sentenza *Wijsenbeek* del 21 settembre 1999, procedimento C-378/97.

²⁸⁸ CGUE, sentenza *Oulane* del 17 febbraio 2005, procedimento C-215/03.

disposizione espressa di deroga, quale l'art. 8 della direttiva 73/148, che autorizza gli Stati membri ad apportare restrizioni al diritto di soggiorno dei cittadini degli altri Stati membri qualora esse siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica”²⁸⁹. Si è visto già come l’inadempimento di formalità amministrative non possa considerarsi di una gravità tale da essere considerato lesivo dell’ordine pubblico e non si può che considerare con favore come la CGUE abbia deciso di non accodarsi alle considerazioni dell’Avvocato Generale in merito, prescrivendo un limite all’utilizzo della detenzione nei confronti dei cittadini di altri Stati membri.

A conclusione di questo breve raffronto tra la giurisprudenza relativa alle restrizioni della libertà personale del cittadino europeo e di quello extracomunitario, si può affermare che l’approccio della Corte di Giustizia sia tendenzialmente analogo perché orientato in entrambi i casi in maniera teleologica verso i fini dell’UE in materia, sebbene profondamente diversi: una alla libera circolazione, l’altra al rimpatrio.

3.3 La Corte europea dei diritti dell’uomo

Art. 5 CEDU (Diritto alla libertà e alla sicurezza)

1. 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:

(a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;

(b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l’esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;

(c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all’autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;

(d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all’autorità competente;

(e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;

(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’extradizione.

2. 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.

²⁸⁹ CGUE, sentenza Oulane cit., punto 41.

3. Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza.
4. 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.
5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione.

Giungiamo dunque all'ultimo giudice la cui giurisprudenza è stata oggetto di indagine, la Corte europea dei diritti dell'uomo. Si è scelto di condurre lo studio della giurisprudenza di questa Corte in maniera diversa rispetto ai precedenti: già si è visto con la Corte di Giustizia dell'UE come un'analisi delle tecniche argomentative simile a quella svolta per i giudici nazionali si rivelasse insoddisfacente per dare conto della complessità delle dinamiche che possono guidare le corti internazionali. Stante, da una parte, l'estrema diversità delle due Corti internazionali la cui giurisprudenza è oggetto di questa indagine, che avrebbe reso impossibile un confronto 'diretto' e, dall'altra, la peculiarità del parametro dei giudizi della Corte di Strasburgo, che ha reso possibile una maggiore omogeneità nel campione di sentenze selezionate, si è deciso di operare un confronto interno alla giurisprudenza della CEDU, tra due delle possibili limitazioni alla libertà personale previste dall'art. 5 della Convenzione

Anche in questo caso, per spiegare le ragioni di questa scelta, è bene sinteticamente ricordare le peculiari caratteristiche di questa Corte: si tratta anzi tutto, a differenza della CGUE, di un giudice dei diritti umani, estremamente prolifico, che decide i ricorsi individuali (presentatili dopo avere esaurito le vie di ricorso interne) sulle violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fornendone un'interpretazione particolarmente autorevole²⁹⁰. Si ricorda, altresì, che l'articolo 32 della Convenzione affida alla Corte EDU il ruolo di interprete della Convenzione, che essa svolge, assicurandone l'uniformità e applicando anzitutto le norme della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati e, in particolare, gli articoli 31-33 che prevedono l'impiego dei criteri letterale, sistematico, teleologico e storico. Malgrado non sia prevista una gerarchia tra questi canoni, l'interpretazione teleologica svolge un ruolo fondamentale nel sistema, in ragione del fatto che

²⁹⁰ Ai sensi dell'art. 32 della Convenzione, infatti, "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa alle condizioni previste dagli articoli 33, 34, 46 e 47".

l'effettiva tutela dei diritti è lo scopo fondamentale cui tende la Convenzione²⁹¹ – si è visto, del resto, come assicurare l'effetto utile della direttiva sia anche l'obiettivo principale cui tende la Corte di Giustizia dell'UE. Ad avere inciso su questa scelta di condurre sulle sentenze della Corte di Strasburgo un'analisi molto diversa dalle precedenti, pertanto, non è stata solo la natura della Corte stessa, bensì anche la particolare struttura dell'art.5 della CEDU, che elenca in modo tassativo i casi in cui è possibile limitare il diritto alla libertà.

Si è preso in un primo momento in considerazione tutte le pronunce effettuate sia dalle singole sezioni, che dalla Grande Camera, aventi ad oggetto una ipotetica violazione dell'art. 5, comma 1, lettera f) della Convenzione, verificando quali fossero i requisiti di legittimità della restrizione della libertà che la Corte indaga in ciascuna pronuncia. Come è noto, l'art. 5 nell'elencare i casi in cui è possibile privare qualcuno della libertà, prevede i casi in cui tale privazione venga effettuata “per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione”. Si tratta di tre ipotesi differenti, tutte accomunate dal fatto di limitare la libertà degli stranieri nel contesto del controllo dell'immigrazione, in funzione di quell'asserito ‘diritto sovrano e innegabile’²⁹² dello Stato di controllare l'ingresso degli stranieri e la loro residenza nel loro territorio²⁹³.

Successivamente, si è deciso di svolgere questa stessa analisi su un altro rilevante filone della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: quello relativo alle privazioni di libertà avvenute ai sensi della lettera e) dell'art. 5, comma 1 della Convenzione: lo stesso prevede la possibilità di disporre privazioni della libertà “se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo”²⁹⁴.

Occorre, anzitutto, spiegare le motivazioni di tale scelta metodologica: si è scelto di confrontare la giurisprudenza relativa al controllo delle frontiere con quella dei soggetti previsti dalla lettera e) poiché, nell'ambito del diritto alla libertà, si tratta delle uniche due ipotesi disciplinate dall'art. 5, comma 1, in cui si autorizza una privazione della libertà personale non in ragione di una procedura giurisdizionale, bensì di particolari caratteristiche personali. In riferimento

²⁹¹ Cfr. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Commentario breve alla CEDU, Padova, Cedam, 2012, 615 ss.

²⁹² Si vedrà più avanti come tale diritto sia affermato dalla Corte di Strasburgo per la prima volta nella sentenza Saadi c. Regno Unito. Si veda I. BRYAN, P. LANGFORD, The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights, in *Nordic Journal of International Law*, 80, 2011, 193.

²⁹³ Si è scelto di prescindere dall'analisi della giurisprudenza relativa alle condizioni del trattenimento (sebbene, si vedrà, esse incidano trasversalmente nella valutazione della non arbitrarietà della detenzione), che rientra piuttosto nell'ambito dell'art. 3 della Convenzione, nonché dei profili relativi al risarcimento del danno per la violazione dell'art. 5.

²⁹⁴ Per le analogie tra la detenzione degli stranieri e quella dei malati mentali si veda M. BULL, E. SCHINDELER, D. BERKMAN, J. RANSLEY, *Sickness in the System of Long-term Immigration Detention*, in *Journal of Refugee Studies* Vol. 26, 1, 2012, 47.

a tale analogia, tuttavia, urgono due precisazioni: la prima è che in realtà anche la lettera d) prevede una forma di privazione della libertà indirizzata a degli specifici soggetti, i minori: tuttavia, tale tipo di detenzione è finalizzata o allo scopo “di tradurlo dinanzi all’autorità competente” (dunque, in modo analogo a ciò che prevede la lettera c) per gli adulti, ad un procedimento giurisdizionale), o “allo scopo di sorvegliare la sua educazione” e quindi nell’interesse superiore del minore stesso²⁹⁵. La seconda precisazione è che in realtà la lettera f) non prevede espressamente la detenzione di una determinata categoria di persone – gli stranieri. Tuttavia, risulta evidente che le ipotesi di detenzione definite dalla lettera f) (per impedire l’ingresso illegale nel territorio o in pendenza di un procedimento d’espulsione o d’estradizione) non possono che applicarsi ad un’unica categoria di persone: i non cittadini²⁹⁶.

Prima di procedere all’esposizione dei risultati dell’analisi, tuttavia, è bene spiegare brevemente come la Corte EDU abbia, tramite la propria giurisprudenza, progressivamente ‘riempito’ tali disposizioni, fissando i requisiti da ricercare in ciascun caso per verificare la legittimità della privazione di libertà. Taluni sono comuni a tutti i casi elencati dall’art. 5, primo comma, poiché relativi ai “casi e modi previsti dalla legge”.

Così, per tutte le lettere dell’art. 5, primo comma, la Corte inizialmente appura, nel caso in cui non sia chiaro, se vi sia stata una privazione della libertà personale: poiché “*the difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance*”²⁹⁷, a tal fine devono essere valutati il tipo di restrizione, la sua durata, nonché gli effetti e i modi della stessa. Successivamente la Corte EDU valuta se la procedura seguita sia conforme alla legge. Ma l’essere legittima non basta a rendere la privazione conforme alla CEDU, poiché questa sarà tale solo se la legge verrà considerata dalla Corte come avente una qualità e delle garanzie tali da proteggere l’individuo dall’arbitrarietà. Sarà preso in considerazione l’atteggiamento delle autorità in merito alla buona fede utilizzata durante il procedimento e all’eventuale presenza di un abuso di potere. Infine saranno verificati la conformità all’obiettivo e la proporzionalità della durata della restrizione, oltre alle eventuali condizioni della detenzione non già prese in considerazione per la violazione dell’art. 3 CEDU.

²⁹⁵ In realtà anche della lettera e) sarebbe possibile affermare che si possa in alcuni casi trattare di una detenzione nell’interesse della persona detenuta. In particolare, per ciò che riguarda la detenzione di un alcolizzato, la Corte EDU ha affermato come questa possa essere ordinata in modo da limitare il danno che lo stesso potrebbe causare a sé stesso o ad altri (CEDU, Witold Litwa c. Polonia). Ad ogni modo la disposizione non prende in considerazione tale rilievo finalistico che, anche nella giurisprudenza CEDU appare solo eventuale.

²⁹⁶ E. Guild precisa che in teoria anche un cittadino potrebbe entrare irregolarmente nel proprio Paese, ad esempio passando la frontiera di notte, a bordo di una barchetta, in un piccolo porticciolo ma in questo caso a non essere autorizzato non sarebbe l’ingresso in sé, bensì solo la modalità di ingresso. E. GUILD, Understanding Immigration Detention in the UK and Europe, in M.J. GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (eds.), Immigration Detention, Risk and Human Rights, cit., 142.

²⁹⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo (plenaria), sentenza del 6 novembre 1980, ricorso n. 7367/76, Guzzardi c. Italia, punto 93.

Relativamente, invece, ai requisiti specificamente richiesti dalla lettera f), la Corte precisa che la lettera f), a differenza della lettera c), non richiede che la misura detentiva sia ragionevolmente considerata necessaria, ad esempio per impedirgli di commettere un reato o di fuggire. Tutto ciò che richiede tale disposizione, nel caso in cui ci si trovi in presenza di una delle ipotesi al secondo periodo della lettera (espulsione o estradizione), è che sia effettivamente in corso una procedura di espulsione o di estradizione e che questa sia portata avanti dalle autorità con la dovuta diligenza. Con riferimento, invece, al primo paragrafo della lettera f), [“per impedirle di entrare illegalmente nel territorio”], esso ha ricevuto un’autorevole interpretazione ad opera della Grande Camera, per la prima volta, nella sentenza Saadi c. Regno Unito del 29 gennaio 2008, di cui vale la pena riportare un estratto: “È un corollario indispensabile a questo diritto [di controllare l’ingresso degli stranieri e la loro residenza nel territorio] che agli Stati sia permesso di detenere potenziali immigrati che hanno fatto richiesta di autorizzazione ad entrare, sia attraverso l’asilo o meno. Risulta evidente dal tenore della sentenza adottata nel caso Amuur che la detenzione di potenziali immigrati, inclusi i richiedenti asilo, può conciliarsi con l’art. 5 § 1(f). Su questo punto, la Grande Camera concorda con la Corte di appello, la Camera dei Lord e la Camera sul fatto che finché uno Stato non abbia «autorizzato» un individuo ad entrare nel Paese, ogni ingresso è «non autorizzato» e la detenzione di una persona che voglia entrare e che abbia bisogno dell’autorizzazione, ma ancora non la abbia ottenuta, può essere finalizzata, senza alcuna distorsione della formulazione, ad «impedirle di entrare irregolarmente nel territorio». La Grande Camera rigetta l’idea che, non appena un richiedente asilo si presenti da sé presso le autorità dell’immigrazione, tenta di entrare «regolarmente», con la conseguenza che la detenzione non si può giustificare sulla base dell’art. 5 § 1(f). Interpretare la prima parte dell’art. 5 § 1(f) nel senso che autorizza solamente la detenzione di un individuo di cui sia accertato il tentativo di sottrarsi alle restrizioni all’ingresso significherebbe dare un significato troppo ristretto ai termini della disposizione ed al potere dello Stato di esercitare il suo innegabile diritto di controllo in precedenza richiamato [...] Tuttavia, mentre sostiene che la prima parte dell’art. 5 § 1(f) permette la detenzione di un richiedente asilo o di un altro immigrato prima della concessione dell’autorizzazione ad entrare da parte dello Stato, la Corte sottolinea che tale detenzione deve essere compatibile con la finalità generale dell’art. 5, che è proteggere il diritto alla libertà ed assicurare che nessuno sia

spogliato della sua libertà in modo arbitrario”²⁹⁸. Anche per la prima parte della disposizione della lettera f), pertanto, la Corte non ritiene che si debba accertare la necessità della detenzione²⁹⁹.

Sembrerebbe piuttosto chiaro, alla luce di tale pronuncia, la possibilità di detenere, non solo quegli stranieri che si intenda espellere dal territorio, ma anche coloro che, in quanto richiedenti asilo, o altrimenti destinatari del principio del *non refoulement*, non possono essere soggetti ad espulsione. Si dice, la detenzione sarà in questo caso finalizzata “ad impedirle di entrare irregolarmente nel territorio” finché lo Stato non abbia effettivamente autorizzato l’ingresso. Per chiarire meglio questo punto, viene in rilievo un’altra pronuncia della CEDU del 2013, la sentenza Suso Musa c. Malta. In essa si afferma che ciascuno Stato ha, ai sensi dell’art. 53 della Convenzione, la possibilità di introdurre delle discipline nazionali più favorevoli, ad esempio che autorizzino esplicitamente l’ingresso o il soggiorno degli stranieri durante l’esame della richiesta di asilo; nel caso in cui ciò accada, parlare di detenzione finalizzata a impedire l’ingresso irregolare sembrerebbe creare un problema quanto alla legittimità della detenzione. In effetti, dice la Corte, sarebbe molto difficile considerare tale misura come strettamente connessa allo scopo della detenzione e considerare la situazione conforme al diritto nazionale, poiché sarebbe arbitrario e dunque contrario allo scopo dell’art. 5, comma 1, lett. f) interpretare delle disposizioni nazionali in modo opposto al loro significato³⁰⁰. La pronuncia in esame si chiude con l’accertamento della violazione dell’art. 5, comma 1, ma in realtà dovuto ad altre ragioni; con riferimento al permesso di soggiorno e alla sua incompatibilità con la detenzione ai sensi del primo periodo della lettera f), la Corte conclude, infatti, affermando che la detenzione aveva una base legale sufficiente, considerato che non era stato provato, nel caso in esame, che il ricorrente avesse in effetti ricevuto un’autorizzazione formale al soggiorno³⁰¹. È evidente però come gli scenari aperti da tale pronuncia siano interessanti

²⁹⁸ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 29 gennaio 2008, ricorso n. 13229/03, Saadi c. Regno Unito. Sulle conseguenze legali, sociali, morali e finanziarie di questa sentenza si veda: H. O’NIONS, No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience, in *European Journal of Migration and Law* 10, 2008, 149.

²⁹⁹ Secondo E. Ocello, vi sarebbe una differenza sostanziale tra le due parti della disposizione alla lettera f): il requisito della necessità andrebbe accertato nel caso in cui la detenzione sia tesa ad impedire l’ingresso irregolare, mentre sarebbe condivisibile la conclusione della Corte EDU riguardo la non necessità della detenzione finalizzata all’extradizione o all’espulsione perché in questo caso il comportamento dell’individuo è disapprovato dall’ordinamento statale. E. OCELLO, La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1, 2009, 87.

³⁰⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, 4° sez., sentenza del 23 luglio 2013, ricorso n. 42337/12, Suso Musa c. Malta, punto 97: “*Indeed, where a State which has gone beyond its obligations in creating further rights or a more favourable position – a possibility open to it under Article 53 of the Convention – enacts legislation (of its own motion or pursuant to European Union law) explicitly authorising the entry or stay of immigrants pending an asylum application (see for example, Kanagaratnam, cited above, § 35 in fine, in relation to Belgian law), an ensuing detention for the purpose of preventing an unauthorised entry may raise an issue as to the lawfulness of detention under Article 5 § 1 (f). Indeed, in such circumstances it would be hard to consider the measure as being closely connected to the purpose of the detention and to regard the situation as being in accordance with domestic law. In fact, it would be arbitrary and thus run counter to the purpose of Article 5 § 1 (f) of the Convention to interpret clear and precise domestic law provisions in a manner contrary to their meaning*”.

³⁰¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza Suso Musa cit., punto 99: “*the Court is ready to accept that the*

da molteplici punti di vista. Difatti, si tratta di stabilire quando si possa intendere che una disposizione autorizzi espressamente l'ingresso o il soggiorno di uno straniero: se si guarda ad esempio alla disciplina italiana, sembrerebbe indubbio che il soggiorno del richiedente asilo sul territorio nazionale sia espressamente autorizzato, avendo lo stesso diritto a ricevere un permesso di soggiorno per richiesta asilo ai sensi anche del recente d. lgs. 142/2015 (art. 4, comma 1) che ha istituito proprio il trattenimento dello stesso richiedente asilo.

Analoga premessa è essenziale per fornire un quadro dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU in merito all'art. 5, comma 1, lettera e). Va anzitutto rilevato come la stragrande maggioranza dei casi affrontati dalla Corte di Strasburgo ha avuto ad oggetto la detenzione di un "alienato" (93 su 99), vi è stato un solo caso, peraltro risalente al 1971, relativo alla detenzione di un vagabondo³⁰², un solo caso ha riguardato la detenzione di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa³⁰³ (relativa a un malato di AIDS), 4 casi relativi ad alcolizzati³⁰⁴ e nessuno riguardante tossicomani.

Anche qui la Corte ha, attraverso la propria giurisprudenza, fissato i requisiti da ricercare in ciascun caso per verificare la legittimità della privazione di libertà e anche in questa circostanza, oltre a quelli comuni a tutti i casi elencati dall'art. 5, primo comma, ve ne sono alcuni caratteristici della lettera e). Sin dalle primissime pronunce in merito, infatti, la CEDU ha elaborato i criteri alla luce dei quali valutare i ricorsi sottoposti: in particolare, con riferimento ai c.d. alienati, la cui giurisprudenza, abbiamo visto, è quella numericamente più rilevante, la sentenza Winterwerp c. Olanda del 1979 ha posto le fondamenta³⁰⁵. La risoluzione di tale caso si è basata sulla verifica della contemporanea sussistenza di tre requisiti: 1) che il disturbo mentale del soggetto sia certificato da una prova medica oggettiva; 2) che sia di un livello tale da esigere il trattenimento forzato; 3) e che persista per tutta la durata della detenzione. I c.d. criteri Winterwerp sono stati dunque utilizzati dalla Corte in tutta la giurisprudenza successiva relativa al trattenimento di alienati in strutture psichiatriche, unitamente ai consueti requisiti di legittimità e non arbitrarietà della detenzione. Proprio con riferimento al luogo di detenzione delle persone con disturbi mentali, la Corte EDU ha chiarito come debba esserci un rapporto tra gli elementi su cui si fonda la privazione di libertà e il

detention had a sufficiently clear legal basis, namely Article 5 in conjunction with Article 14 of the Act, and that, given that it has not been established that the applicant had actually been granted formal authorisation to stay".

³⁰² Corte europea dei diritti dell'uomo (plenaria), sentenza del 18 giugno 1971, ricorsi n. 2832/66, 2835/66, 2899/66, Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio.

³⁰³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 2° sez., sentenza del 25 gennaio 2005, ricorso n. 56529/00, Enhorn c. Svezia.

³⁰⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 2° sez., sentenza del 4 aprile 2000, ricorso n. 26629/95, Witold Litwa c. Polonia; Corte europea dei diritti dell'uomo, 4° sez., sentenza del 8 giugno 2004, ricorso n. 40905/98, Hilda Hafsteinsdóttir c. Islanda; Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° sez., sentenza del 3 febbraio 2011, ricorso n. 37345/03, Kharin c. Russia; Corte europea dei diritti dell'uomo, 4° sez., sentenza del 15 aprile 2014, ricorso n. 14920/05, Djundikis c. Lettonia.

³⁰⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 ottobre 1979, ricorso n. 6301/73, Winterwerp c. Olanda.

luogo e le condizioni della detenzione stessa: pertanto, il trattenimento di una persona in ragione delle sue condizioni di salute mentale sarà legittimo solo se effettuato in un ospedale, una clinica o altro istituto appropriato alle sue esigenze in cui possa ricevere un trattamento adeguato. Tale elemento relativo alle condizioni della detenzione rientra in questi casi nell'ambito dell'art. 5, comma 1 della Convenzione, e non dell'art. 3, poiché la mancata adeguatezza delle stesse inciderebbe sull'arbitrarietà della privazione di libertà, così come la non conformità all'obiettivo preposto.

Si segnala infine un elemento di estrema importanza per il nostro raffronto: difatti la Corte stabilisce, con riferimento alla lettera e) dell'art. 5, comma 1, un ulteriore requisito necessario ad integrare la legittimità della privazione di libertà in termini di non arbitrarietà: la necessità di effettuare tale privazione.

Passiamo, dunque, a vedere quali siano stati i risultati numerici di questa indagine, riservandoci di commentarli man mano.

Le sentenze prese in considerazione nell'analisi sono state tutte le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sua composizione come Camere, o Grande Camera (con esclusione, dunque delle decisioni del Comitato), aventi ad oggetto una violazione dell'art. 5, comma 1, lettere e) o f). Nel dettaglio, sono state analizzate 99 pronunce relative alla lettera e), tra il 1971 e il 2016, e 154 decisioni relative alla lettera f) tra il 1986 e il 2016.

Sono stati dunque individuati i criteri presi in considerazione dalla Corte EDU nella valutazione della conformità alla Convenzione delle privazioni della libertà personale, estrapolando gli stessi dalla lettura delle pronunce stesse. È l'articolo 5, comma 1 ad individuare il primo di questi criteri affermando che la privazione della libertà debba avvenire "nei modi previsti dalla legge"; inoltre è ciascuno dei paragrafi dell'articolo 5, comma 1, a specificare che si debba trattare di "arresto o detenzione regolare". Ciò si risolve appunto nel criterio che chiameremo della 'conformità alla legge', secondo il quale la detenzione deve avere una base nella legge nazionale ed essere avvenuta nel rispetto delle procedure di legge, ma richiede anche che la legge nazionale sia conforme alla Convenzione. Si tratta, pertanto, del primo criterio che naturalmente la Corte si preoccupa di verificare, il che spiega anche la netta prevalenza di tale considerazione nella giurisprudenza analizzata. Non è infrequente, infatti, che la Corte di Strasburgo, una volta rilevato che la detenzione non è avvenuta conformemente alla legge, non prosegua nell'analisi degli ulteriori criteri di valutazione.

Tuttavia, la Corte di Strasburgo ha, avuto modo di chiarire che, perché una detenzione sia legittima, non è sufficiente che sia conforme ai requisiti sostanziali e procedurali della legge: "l'art. 5 § 1 esige anche che ogni privazione della libertà sia in armonia con l'obiettivo di proteggere

l'individuo dall'arbitrarietà (vedi, tra le altre, *Winterwerp*, cit., § 37; *Amuur*, cit., par. 50; *Chahal*, cit., § 118, e *Witold Litwa*, cit., § 78). È un principio fondamentale che nessuna detenzione arbitraria può essere compatibile con l'art. 5 § 1 e la nozione di «arbitrarietà» di cui all'art. 5 § 1 va al di là della mancanza di conformità al diritto nazionale, di modo che una privazione della libertà può essere regolare secondo il diritto interno e nello stesso tempo arbitraria, e quindi contraria alla Convenzione. Mentre la Corte non ha finora formulato una definizione globale di quali comportamenti delle autorità si configurino come «arbitrari» ai sensi dell'art. 5 § 1, i principi chiave sono stati sviluppati su una base caso per caso. Risulta, inoltre, chiaro dalla giurisprudenza che la nozione di arbitrarietà nel contesto dell'art. 5 varia in una certa misura a seconda del tipo di detenzione presa in considerazione³⁰⁶.

Ed è stato appunto, seguendo la base caso per caso, che si sono individuati i criteri presi in considerazione dalla Corte e se ne è verificata l'incidenza.

Il secondo di tali criteri è quello della 'qualità della legge', avendo la Corte EDU specificato che la conformità alla legge si riferisce anche alla qualità della legge in questione, richiedendo che sia accessibile per la persona coinvolta e prevedibile quanto ai suoi effetti³⁰⁷. La qualità della legge rileva anche con riferimento al fine dell'art. 5, comma 1: la legge che prevede la privazione di libertà dovrà infatti essere sufficientemente accessibile e precisa, di modo da evitare qualsiasi rischio di arbitrarietà³⁰⁸.

In maniera parzialmente diversa rispetto alla qualità della legge, ma comunque collegata ad essa vi è la valutazione da parte della Corte di Strasburgo se la normativa nazionale preveda delle 'garanzie adeguate': in diversi casi la Corte EDU richiama, infatti, la necessità di prevedere alcune 'safeguards'. Tali possono essere, a titolo esemplificativo, la previsione di un ricorso giurisdizionale avverso la detenzione (ma anche che le rispettive circostanze siano tali da renderlo effettivo), la presenza di un limite temporale al trattenimento e, in parte, anche le condizioni stesse di tale trattenimento, ad esempio con riferimento all'accesso ai servizi³⁰⁹.

Ancora collegato all'esigenza che la privazione di libertà non sia arbitraria, vi è il criterio che chiameremo della 'buona fede delle autorità': giustamente, difatti, la Corte ha affermato che,

³⁰⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Saadi c. Regno Unito cit., punti 67-68.

³⁰⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4° sez., sentenza del 5 ottobre 2000, ricorso n. 31365/96, Varbanov c. Bulgaria, punto 51.

³⁰⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 giugno 1996, ricorso n. 19776/92, Amuur c. Francia, punto 50.

³⁰⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Amuur c. Francia cit. (punti 53-54 "At the material time none of these texts allowed the ordinary courts to review the conditions under which aliens were held or, if necessary, to impose a limit on the administrative authorities as regards the length of time for which they were held. They did not provide for legal, humanitarian and social assistance, nor did they lay down procedures and time-limits for access to such assistance so that asylum-seekers like the applicants could take the necessary steps. The French legal rules in force at the time, as applied in the present case, did not sufficiently guarantee the applicants' right to liberty"; Corte europea dei diritti dell'uomo, 3° sez., sentenza del 5 febbraio 2002, ricorso n. 51564/99, Conka c. Belgio.

sebbene un errore nell'operato dello Stato possa esservi, lo stesso non è giustificato se lo si è commesso in malafede³¹⁰. In realtà, si vedrà a breve come questo criterio risulti essere stato applicato dalla Corte di Strasburgo solo ai casi di cui alla lettera f) dell'art. 5, comma 1 e non a quelli di cui alla lettera e) dello stesso articolo.

La condizione che la detenzione sia priva di arbitrarietà richiede anche “che sia l'ordine di detenzione sia l'esecuzione di quest'ultima siano veramente conformi all'obiettivo delle restrizioni autorizzate dal pertinente sottoparagrafo dell'art. 5 § 1”³¹¹, e dunque, nel caso della lettera f) dovrà, ad esempio, “essere strettamente connessa allo scopo di impedire l'ingresso irregolare di una persona nel paese”³¹². Si tratta del criterio che abbiamo chiamato della ‘conformità all'obiettivo’.

Del criterio della ‘necessità’ già si è detto come lo stesso non sia preso in considerazione con riferimento alla lettera f), ma vedremo come lo stesso incida nell'ambito della lettera e).

Gli ultimi due criteri valutati dalla Corte EDU sono quelli relativi alla ‘durata’ della detenzione e alle ‘condizioni’ della stessa. Il primo è strettamente legato, nell'ambito della lettera e) e, in particolare, della detenzione degli alienati, che è quella numericamente più rilevante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, alla persistenza del disturbo mentale per tutta la durata della detenzione e alla sua costante verifica. Nell'ambito della lettera f), invece è connesso alla diligenza della pubblica autorità nel condurre con zelo e senza ingiustificati ritardi le procedure di espulsione o estradizione e nel rilasciare il detenuto senza indugio al termine di tali procedimenti. Per ciò che riguarda, invece, le condizioni della detenzione, le stesse sono prese in considerazione in rapporto all'art. 5, comma 1, soltanto per valutare che ci sia “un qualche legame tra il motivo invocato per giudicare la privazione autorizzata della libertà ed il luogo e le condizioni di detenzione”³¹³.

Una precisazione, tuttavia, è a questo punto doverosa: questi che abbiamo citato e che compaiono nel grafico seguente non esauriscono la totalità dei criteri alla luce dei quali la Corte di Strasburgo valuta la conformità dei comportamenti dello Stato rispetto all'art. 5, comma 1 della Convenzione. Difatti, si è visto nella prima parte di questo paragrafo come vi siano dei criteri precisi relativi al particolare tipo di detenzione del caso di specie – a titolo esemplificativo si

310 “Non si potrebbe dunque considerare che il trasferimento e la permanenza nella zona di transito abbia costituito un'applicazione in buona fede della legislazione in materia di immigrazione. Come sottolineato dalla Corte nella citata sentenza Bozano, capita agli organi di uno Stato contraente di commettere in buona fede delle irregolarità; in tal caso, anche l'ulteriore constatazione dell'inadempienza da parte di un giudice può non riflettersi, in diritto interno, sulla validità di misure di esecuzione prese nel frattempo. Ne deriverebbero conseguenze diverse se le autorità fossero coscienti, sin dall'inizio, di trasgredire la legislazione in vigore, in particolare se la loro decisione iniziale fosse viziata da sviamento di potere”. Corte europea dei diritti dell'uomo, 1° sez., sentenza del 24 gennaio 2008, ricorsi nn. 29787/03 e 29810/03, Riad e Idiab c. Belgio, punto 76.

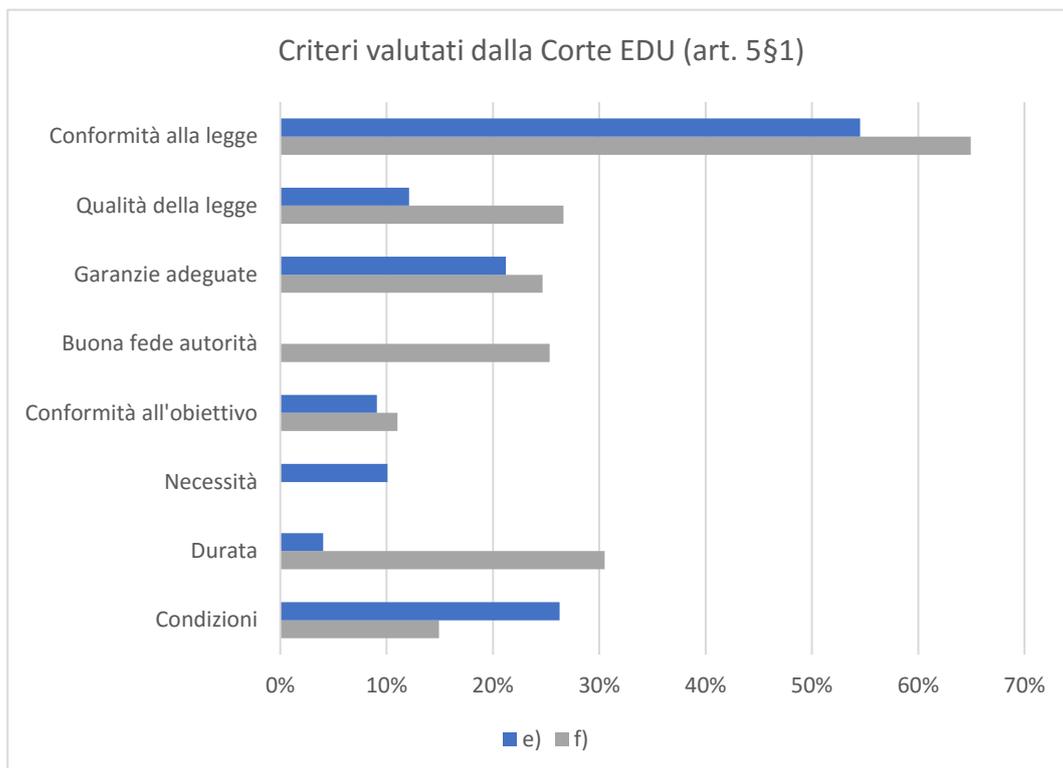
³¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Saadi c. Regno Unito cit., punto 69.

³¹² *Ibid.*, punto 74.

³¹³ *Ibid.*, punto 69.

possono richiamare la pendenza del procedimento nel caso di espulsione o estradizione, la diligenza usata dalle pubbliche autorità durante il procedimento stesso, la presenza di una prova medica che attesti la presenza di un disturbo mentale nel caso degli alienati, ecc. – i cui dati, pur avendo un peso rilevante nell’ambito delle argomentazioni della Corte, non verranno qui rappresentati, poiché, riguardando ipotesi specifiche, non sono utili ai fini del raffronto che qui si opera.

Una prima rappresentazione grafica è relativa ai criteri presi in considerazione in ciascuna delle sentenze analizzate.



Dal grafico emerge chiaramente come il criterio più spesso preso in considerazione, sia nell’ambito delle privazioni di libertà ai sensi della lettera e), che di quelle ai sensi della lettera f), sia quello della conformità alla legge. Tale dato coincide, infatti, con il rilievo logico che la mancata conformità alla legge della procedura rende inutile la valutazione di qualsiasi altro criterio, e, pertanto, anche nell’economia della sentenza, esso viene preso in considerazione per primo.

A parte questa netta prevalenza del criterio della conformità alla legge, ciò che risalta da questo primo grafico è soprattutto che la buona fede delle autorità pubbliche è valutata solo nelle decisioni relative alla lettera f) e che, viceversa, la necessità rileva solo nell’ambito delle pronunce riguardanti la lettera e). Mentre però, dalla lettura della giurisprudenza, non si evince ragione per dubitare che, se si fosse presentata, o nel caso in cui si presentasse in futuro, una fattispecie relativa alla detenzione ai sensi della lettera e) in cui lo Stato agisse in mala fede, la Corte EDU valuterebbe tale

abuso come integrante una privazione di libertà arbitraria, dimostrando la mera contingenza della mancata valutazione della buona fede nelle decisioni relative alla lettera e); la mancata analisi della necessità della detenzione degli stranieri nell'ambito della lettera f) è strutturale, e merita un approfondimento.

Il criterio della necessità viene utilizzato per la prima volta nell'ambito della lettera e) nella sentenza *Witold Litwa c. Polonia* già citata, dove si afferma: “*The Court reiterates that a necessary element of the “lawfulness” of the detention within the meaning of Article 5 § 1 (e) is the absence of arbitrariness. The detention of an individual is such a serious measure that it is only justified where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained. That means that it does not suffice that the deprivation of liberty is executed in conformity with national law but it must also be necessary in the circumstances*”³¹⁴.

Quello della necessità è, invece, un requisito che la Corte di Strasburgo aveva espressamente escluso con riferimento alla lettera f) dell'art. 5, comma 1, asserendo che la lettera stessa della disposizione non lo prevedesse: “*Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing; in this respect Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) provides a different level of protection from Article 5 para. 1 (c) (art. 5-1-c)*”³¹⁵. Nel tracciare tale differenza, la Corte di Strasburgo correttamente richiama la lettera c), che difatti prevede: “(c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che *sia necessario* impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso”. Tale argomentazione, tuttavia, non convince. La Corte utilizza gli argomenti letterale e *a contrario* per distinguere tra lettera f) e lettera c) ma, si noti come le previsioni rispettivamente delle lettere e) e f) non differiscano con riferimento a tale requisito: “(e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (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'extradizione”.

Se l'argomento per escludere il requisito della necessità della detenzione rispetto alla lettera f) è proprio quella della diversa dizione letterale delle disposizioni di cui alle lettere f) e c) (*ubi lex*

³¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Witold Litwa c. Polonia* cit., punto 78.

³¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93, *Chahal c. Regno Unito*.

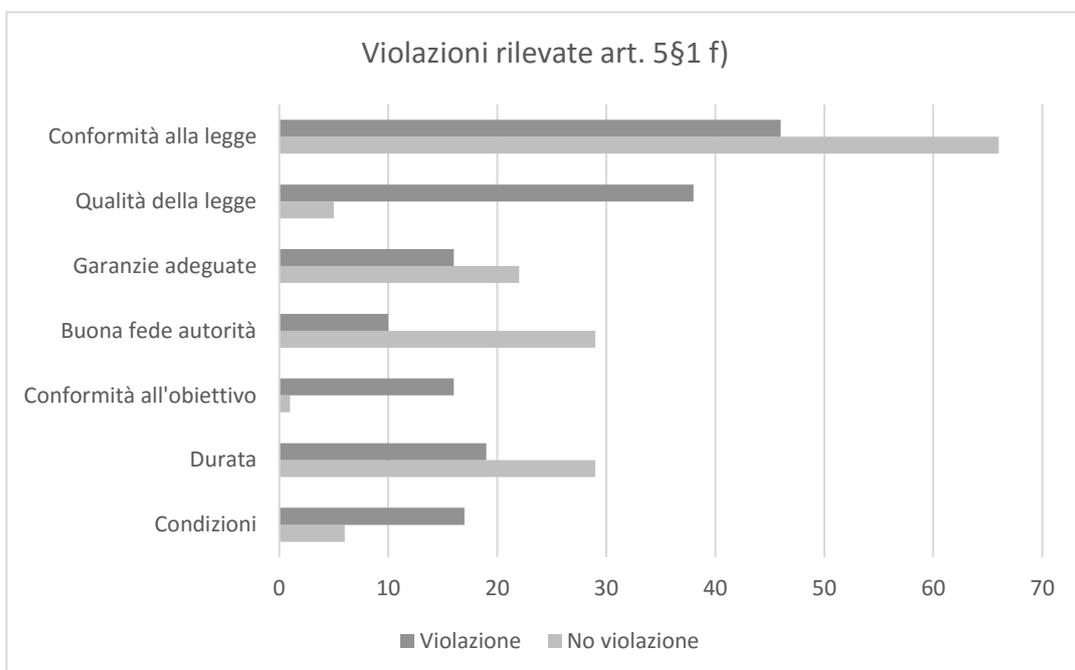
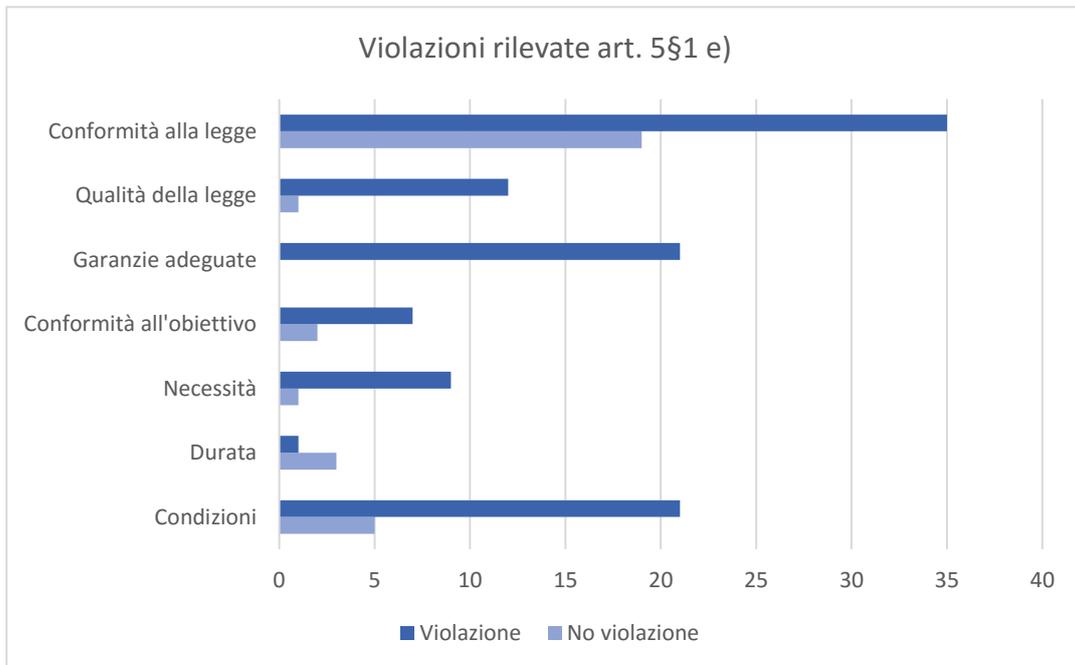
voluit dixit, ubi noluit tacuit), non vi sarebbe giustificazione alcuna per l'applicazione di tale requisito ai casi relativi alla lettera e). Ciò nonostante, la Corte EDU non si preoccupa di argomentare ulteriormente l'applicazione di tale criterio nell'ambito dei casi di cui alla lettera e), se non alla luce del più ampio requisito di non arbitrarietà della detenzione, comune peraltro a tutte le ipotesi di privazione della libertà disciplinate dall'art. 5, comma 1 della Convenzione.

Curiosamente, si rileva come in un caso di qualche anno successivo, la Corte di Strasburgo affermi qualcosa di diverso: “La nozione di arbitrarietà nei contesti dei sottoparagrafi (b), (d) ed (e) implica anche che si valuti se la detenzione era necessaria per raggiungere l'obiettivo dichiarato. La detenzione di un individuo è una misura così grave che si giustifica solo in ultima istanza, quando altre misure meno severe sono state prese in considerazione e ritenute insufficienti a salvaguardare l'interesse individuale o pubblico che esige la detenzione della persona coinvolta (vedi *Witold Litwa*, cit., § 78; *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islanda*, sentenza dell'8 giugno 2004, n. 40905/98, § 51; *Enhorn c. Svezia*, cit., § 44). Inoltre, il principio di proporzionalità vuole che quando la detenzione ha lo scopo di assicurare l'adempimento di un obbligo previsto dalla legge, è necessario trovare l'equilibrio tra la necessità di garantire, in una società democratica, l'immediato adempimento dell'obbligo in questione e l'importanza del diritto alla libertà (vedi *Vasileva c. Danimarca*, sentenza del 25 settembre 2003, n. 52792/99, § 37). [...] La Corte usa un diverso approccio nei confronti del principio che non dovrebbe esserci arbitrarietà nei casi di detenzione di cui all'art. 5 § 1(a), dove, in assenza di malafede o di uno degli altri elementi di cui al precedente paragrafo 69 [conformità all'obiettivo, condizioni], finché la detenzione segue ed ha un nesso causale sufficiente con una condanna regolare, la decisione di infliggere una pena detentiva e la durata di tale pena sono questioni che interessano le autorità nazionali e non la Corte con riferimento all'art. 5 § 1”³¹⁶. Mentre, dunque, nella sentenza *Chahal c. Regno Unito* la Corte aveva affermato che la valutazione relativa alla necessità della detenzione appartiene alla lettera c) – facendo riferimento, come rilevato, alla lettera di tale disposizione – qui sostiene che tale valutazione attenga a qualsiasi detenzione avvenuta ai sensi delle lettere b), d) ed e), (rimarrebbe singolarmente esclusa la lettera c)), poiché inclusa nella valutazione sull'arbitrarietà. Non venendo in aiuto il dato letterale, a maggior ragione, la Corte avrebbe dovuto giustificare il perché di tale distinzione: né le disposizioni di cui alle lettere b) e d), infatti, né tantomeno quella alla lettera e), richiedono la verifica da parte della Corte della necessità della detenzione. Né, d'altra parte la valutazione sull'arbitrarietà della detenzione pertiene soltanto alle lettere b), d) ed e).

Una volta visti i criteri valutati dalla Corte di Strasburgo nelle decisioni sulla conformità alla Convenzione delle privazioni di libertà, si è ritenuto utile stimare quanto spesso i criteri presi in

³¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Saadi c. Regno Unito* cit., punti 70-71.

considerazione siano stati considerati violati dalla Corte e, successivamente, con che incidenza la violazione degli stessi sia stata determinante nella pronuncia di violazione dell'art. 5. comma 1, della CEDU, essendo stati valutati in conformità dell'art. 5, o, comunque, essendone stata omessa la valutazione, ad esempio nel caso in cui le parti non lo contestassero, gli altri requisiti.



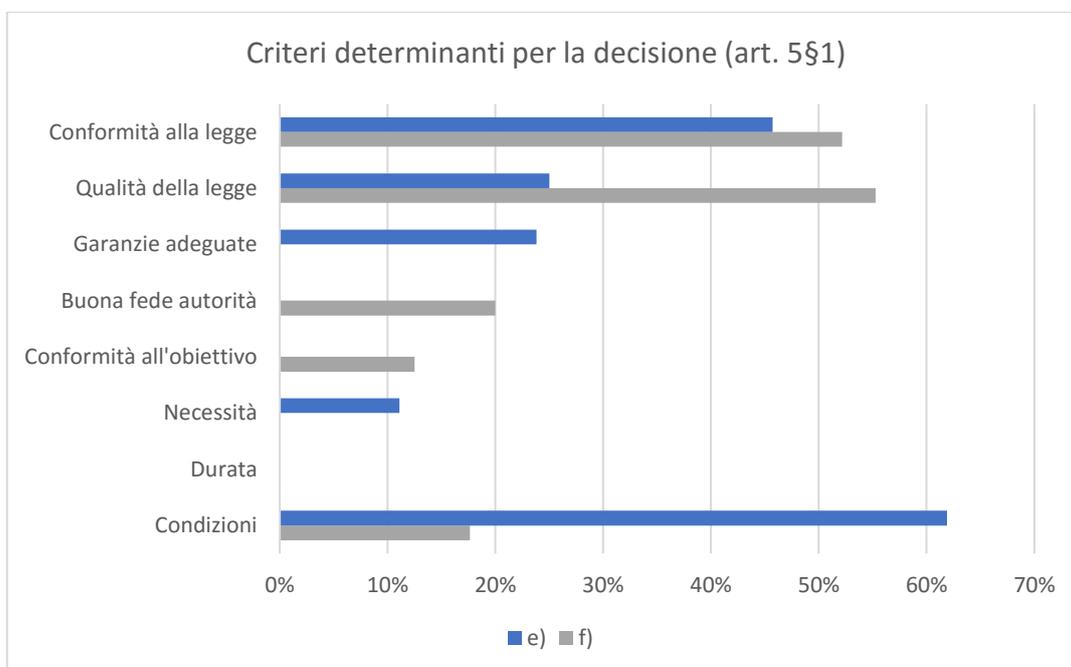
L'unica considerazione che è possibile trarre, osservando i grafici, è che, mentre nei casi di detenzione ai sensi della lettera e), la stragrande maggioranza delle volte che viene valutato un

criterio, lo stesso risulta essere in violazione dell'art. 5 CEDU; lo stesso non accade con la medesima regolarità nell'ambito delle privazioni di libertà effettuate ai sensi della lettera f).

Poiché, tuttavia, in ogni pronuncia, la Corte di Strasburgo prende in considerazione più di un criterio prima di giungere alla decisione finale, il dato relativo alle violazioni rilevate per ciascun criterio non ci consente, da solo, di dedurre quante volte la Corte di Strasburgo abbia concluso rilevando che il comportamento dello Stato fosse legittimo e quante, invece, sia risultato in violazione della Convenzione.

Infine, può essere utile verificare quali criteri siano determinanti nella decisione della Corte sulla violazione dell'art. 5, comma 1 della Convenzione, intendendo per determinante quel criterio alla luce del quale il comportamento dello Stato, se risultato non conforme, non viene ulteriormente messo alla prova poiché tale valutazione è di per sé sufficiente per affermare che vi è stata una violazione della Convenzione e non occorre, pertanto verificare la legittimità della detenzione alla luce di altri criteri.

Iniziando da questo secondo profilo, si era già rilevato come i criteri della buona fede delle autorità e della necessità siano stati applicati, per ragioni diverse, solo ad uno dei due tipi di pronunce. Per gli stessi motivi, è evidente, gli stessi compaiono tra i motivi determinanti per la decisione solo in una categoria di sentenze, rispettivamente quelle della lettera f) per la buona fede, quelle della lettera e) per la necessità.



Un dato che sembra a prima vista sorprendente è invece quello relativo alla durata della detenzione, che non appare determinante in nessuno dei casi in cui viene pure preso in

considerazione (4 relativi alla lettera e) e ben 47 relativi alla lettera f)). In realtà la singolarità di questo dato è solo apparente e può essere spiegata con una semplice considerazione: nella totalità delle pronunce in cui è valutata, la durata della detenzione è legata ad altri criteri: quello della persistenza della malattia mentale nel caso degli alienati della lettera e) e quello della diligenza con cui le autorità gestiscono le procedure nel caso di espulsione o estradizione. Ciò appare in maniera evidente anche dall'analisi quantitativa della durata di ogni singola detenzione: non vi è una durata tale la cui lunghezza se superata determina di per sé la non conformità della detenzione e, anzi, non di rado accade che sia valutato in violazione dell'art. 5 un trattenimento anche relativo a pochi giorni (ad esempio se contrario al criterio della diligenza nel rilasciare senza ritardo il detenuto³¹⁷) e invece sia ritenuta conforme una detenzione anche di diversi anni se, ad esempio, la sua necessità è stata accertata ad intervalli regolari da esperti³¹⁸.

Rimane da osservare il dato relativo alla mancanza di sentenze in cui siano state determinanti, rispettivamente, la non conformità della detenzione all'obiettivo nelle pronunce relative alla lettera e) e l'assenza di garanzie adeguate nei casi riguardanti la lettera f).

La valutazione della conformità dell'obiettivo della detenzione sembrerebbe non essere determinante nei casi relativi alla lettera e) perché la Corte tende a dedurre la mancata conformità all'obiettivo dall'assenza di altri requisiti – l'inappropriatezza delle condizioni della reclusione o la mancanza di evidenza medica del disturbo mentale, nel caso di detenzione di alienati, ad esempio, possono indurre a ritenere che l'obiettivo della privazione di libertà non sia quello per cui la Convenzione alla lettera e) la permette. Diversamente, nella giurisprudenza relativa alla lettera f) la mancata conformità all'obiettivo è spesso volte determinante nel rilevare la sussistenza di una violazione dell'art. 5, comma 1, poiché essa è accertata ogni qual volta, malgrado sia effettivamente in corso un procedimento di espulsione o di estradizione, queste ultime non siano più, o non siano mai state, effettivamente possibili (ad esempio, nel caso di non collaborazione da parte dei Paesi terzi, o nelle fattispecie in cui opera il principio del *non refoulement*): caso che non di rado si verifica nell'ambito del trattenimento degli stranieri.

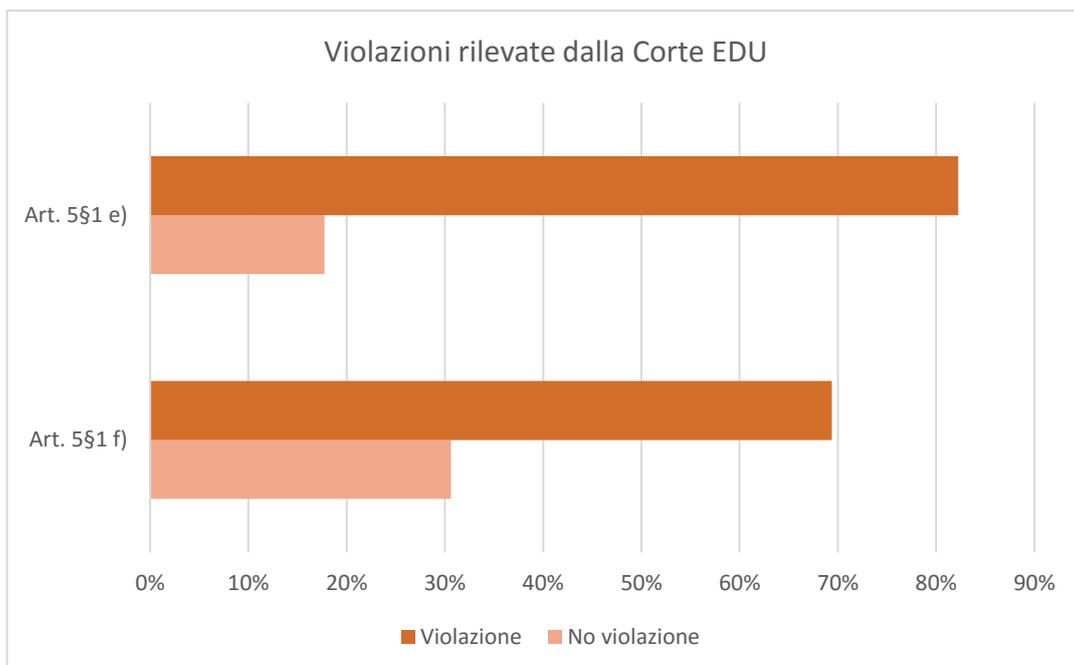
Non si è riusciti, invece, a individuare le ragioni per le quali la mancanza di garanzie adeguate non risulti mai determinante nella giurisprudenza della Corte EDU relativa alla lettera f). Nel tentativo di indagare tale fenomeno si è rilevato che nella maggior parte dei casi il criterio delle 'garanzie adeguate' viene preso in considerazione accanto a quello della 'conformità alla legge' o a quello della 'qualità della legge': se ne potrebbe dedurre che la Corte sia meno severa nel valutare

³¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 5^a sez., sentenza del 10 novembre 2011, ricorso n. 19246/10, Mokallal c. Ucraina, punto 44.

³¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 settembre 1992, ricorso n. 10533/83, Herczegfalvy c. Austria, punto 68.

la conformità di tali requisiti nell'ambito della lettera f) rispetto che nella lettera e): nel senso che, pur rilevando che vi è stata una violazione nella conformità alla legge o nella qualità della stessa, prima di pronunciarsi sulla conformità alla Convenzione, voglia verificare se tale violazione sia stata in qualche modo “bilanciata” dalla presenza di garanzie adeguate. In realtà questa ipotesi non è supportata dai dati relativi ai criteri della conformità alla e qualità della legge che risultano essere stati di per sé determinanti in un numero di casi addirittura maggiori con riferimento alla lettera f) che alla lettera e). Un'altra ipotesi potrebbe essere che la mancanza di garanzie adeguate nell'ambito della detenzione degli stranieri non sia di per sé sufficiente alla Corte di Strasburgo per dichiarare che vi è stata una violazione della CEDU e questa vada, pertanto, alla ricerca di ulteriori violazioni. In ogni caso, non risultano esservi casi paradigmatici di questo atteggiamento e, pertanto, una tale conclusione appare eccessivamente forzata. La spiegazione dei dati potrebbe essere semplicemente che la normativa relativa alla detenzione dei soggetti di cui alla lettera e) sia generalmente più carente di garanzie rispetto a quella dei non cittadini e che, nel caso in cui dovesse presentarsi una fattispecie ai sensi della lettera f) in cui l'assenza di garanzie adeguate sia altrettanto evidente, la Corte EDU non si esimerebbe dal dichiarare la violazione dell'art. 5, comma 1, anche in assenza di ulteriori valutazioni.

Infine, può essere utile osservare il dato relativo alle pronunce di violazione rilevate dalla Corte rispetto alle due categorie di detenzione qui analizzate.



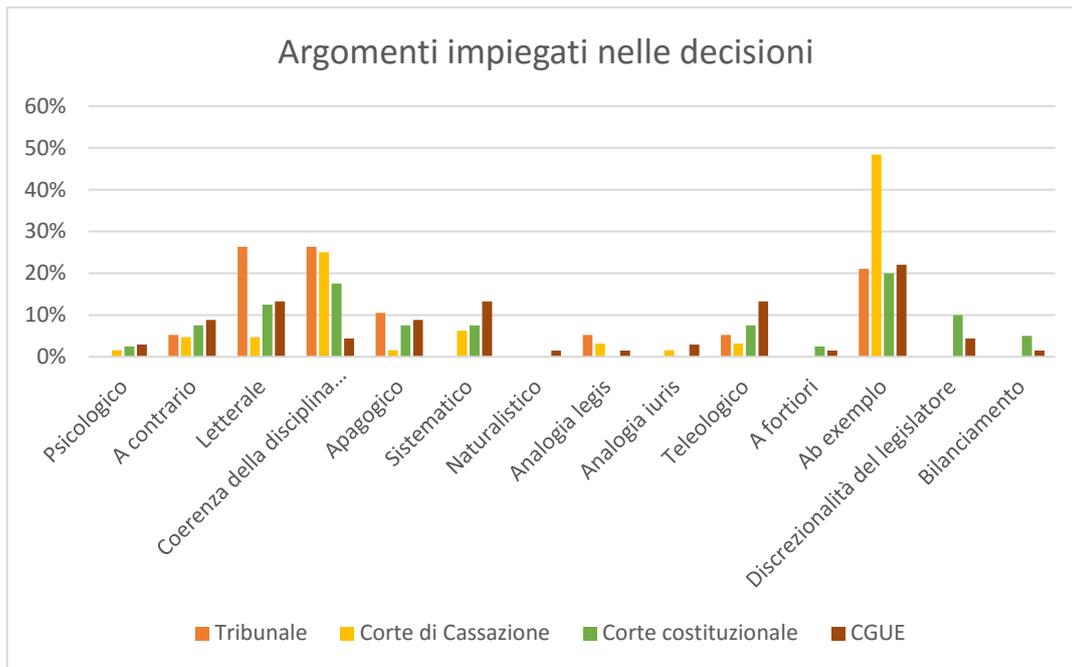
La percentuale è leggermente diversa: l'82% di violazioni rilevate per la lettera e) contro il 69% di violazioni di cui alla lettera f); in entrambi i casi, comunque, una netta prevalenza di successo dei

ricorsi. Questa differenza nelle percentuali di violazioni rilevate coincide con il dato relativo alle violazioni dei singoli criteri presi in considerazione. Si era visto, infatti, che, mentre nei dati relativi alla lettera e) erano quasi sempre le violazioni rilevate a prevalere sulle non violazioni, lo stesso non accadeva ai criteri presi in considerazione per i casi di cui alla lettera f). Evidentemente la valutazione delle violazioni dei singoli criteri si ripercuote anche sugli esiti finali delle pronunce. Non si può invece dedurre che sia la mancata valutazione della necessità della detenzione a determinare questo *gap*, sia perché in termini quantitativi il numero di casi in cui tale criterio è stato determinante ammonta all'11 % dei casi in cui era stato preso in considerazione, sia perché la mancanza dello stesso nei casi di cui alla lettera f) è in qualche modo soppesata dalla presenza del criterio della buona fede delle autorità che risulta invece mancante, sebbene, si è detto, non per ragioni strutturali, nell'ambito della lettera e).

Pertanto, l'assenza della valutazione della necessità della detenzione da parte della Corte di Strasburgo nell'ambito della detenzione degli stranieri può essere ragionevolmente criticata solo da un punto di vista meramente teorico. Sebbene sia grave, infatti, la mancanza di una motivazione sufficiente con cui la Corte EDU spieghi la ragione di tale eclatante diversità di trattamento, non si può affermare, alla luce dei dati raccolti, che il mancato utilizzo di questo criterio di valutazione abbia un peso particolarmente rilevante sulle decisioni di Strasburgo relative alla libertà personale dei migranti.

3.4 Note conclusive

Possono al termine di questa indagine, svolgersi alcune considerazioni generali relative al ragionamento delle Corti nazionali e internazionali, per le quali può essere utile ricapitolare, anzi tutto, i dati relativi agli argomenti utilizzati dai giudici.



Ciò che si nota è una tendenziale comunanza di argomenti utilizzati nelle pronunce: spiccano, infatti l'impiego dell'argomento autoritativo, della coerenza della disciplina giuridica – sebbene la CGUE non ne faccia largo uso e prediliga gli argomenti sistematico e teleologico – e letterale – in questo caso è la Corte di Cassazione a rappresentare un'eccezione. La tendenziale omogeneità nell'impiego dei criteri interpretativi – con le dovute peculiarità di cui si è cercato di dare conto in ciascun paragrafo – sembra indurre a concludere per l'assenza di un legame significativo tra l'utilizzo di determinati argomenti e l'assunzione di una particolare linea interpretativa. Senza giungere ad affermare una simile correlazione, si può, tuttavia, proporre qualche ipotesi in merito all'impiego di alcuni di tali argomenti.

Si è già detto che si tratta di argomenti conservatori, generalmente sintomo di un atteggiamento prudente; qui si può aggiungere un'ulteriore considerazione in relazione all'utilizzo dell'argomento letterale che spesso sembra essere impiegato per dimostrare che quasi non serva, in realtà, alcun tipo di interpretazione, secondo l'antico brocardo *in claris non fit interpretatio*. Non di rado accade, infatti, che la disposizione da interpretare sia riprodotta fedelmente senza alcun commento o parafrasi, o, tutt'al più, riformulata cambiandone solo il costrutto o alcuni sinonimi, come se, appunto, non fosse necessaria alcuna interpretazione³¹⁹. In tal senso il dato sull'impiego frequente dell'argomento letterale potrebbe essere accostato a quello sull'assenza di argomentazioni – nel senso già chiarito di esposizione di motivi in fatto e relativa disposizione da applicarvi senza alcuna ulteriore motivazione in merito alla sussunzione della fattispecie nella norma – e, più in generale, alla sensazione che i giudici, ai livelli più bassi, non sembrano prendere l'obbligo di

³¹⁹ P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., 126, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 97.

motivazione delle pronunce molto sul serio, malgrado le decisioni riguardino una restrizione del diritto fondamentale alla libertà.

A livello complessivo si nota, infatti, che al trattenimento degli stranieri vengono ricondotte più spesso argomentazioni relative alle esigenze di controllo delle frontiere, piuttosto che di tutela della libertà personale. Che entrambe le esigenze convivano in questo istituto è innegabile, così come è indubbio che sia il legislatore, eventualmente seguendo l'indirizzo politico dettato dal governo, a dovere porre in essere un bilanciamento tra questi opposti interessi. Si può allora ipotizzare che sia stata proprio l'impossibilità di svolgere delle valutazioni politiche che non sarebbero state di loro competenza ad indurre le Corti a valorizzare quegli stessi interessi maggiormente considerati dal legislatore, relativi al controllo delle frontiere, a discapito di una minore attenzione rivolta alla libertà personale degli stranieri. Tale *self-restraint* nei confronti del legislatore trova riscontro, in effetti, anche nella selezione delle tecniche argomentative utilizzate dai giudici.

Nell'operare in tal modo, tuttavia, le Corti omettono di considerare che esse possono e devono attuare un controllo su tali scelte, tanto più rilevante, quanto più stretta sia la limitazione del diritto imposta. Sebbene le ragioni politiche debbano essere prese in considerazione, esse non possono ritenersi sempre prevalenti sugli altri interessi in gioco, in assenza di un controllo penetrante della giurisprudenza sulla ragionevolezza delle scelte del legislatore, specialmente se gli interessi contrapposti sono appunto quelli di un diritto fondamentale. Si è visto a proposito della Corte costituzionale che essa non si occupa di verificare che il bilanciamento operato dal legislatore sia ragionevole. Con le dovute differenze, può spiegarsi analogamente la particolare posizione della Corte di Strasburgo emersa da quest'analisi: le argomentazioni con cui questa motiva l'assenza del requisito della necessità della detenzione nell'ipotesi della lettera f) sono infatti contraddette dalla sua stessa giurisprudenza.

Non si vede come potrebbe altrimenti spiegarsi l'omessa valutazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, della necessità e proporzionalità della detenzione, ma ancor più 'l'incapacità' di argomentarne la non considerazione della stessa, se non in nome della salvaguardia del diritto sovrano e inviolabile al controllo delle frontiere³²⁰. Si è detto della fallacia dell'argomentazione della Corte di Strasburgo che, in relazione alla lettera f) dell'art. 5, comma 1, fornisce un'interpretazione letterale della disposizione, motivando la mancata considerazione del requisito della necessità della detenzione *a contrario* dalla espressa presenza dello stesso nella lettera c), per poi estendere tale requisito anche ad altre lettere della stessa disposizione, senza dare

³²⁰ Cfr. G. CORNELISSE, Human Rights for Immigration Detainees in Strasbourg: Limited Sovereignty or a Limited Discourse?, in *European Journal of Migration and Law* 6, 2004, 93.

conto del diverso trattamento. Sarebbe ingenuo pensare si possa trattare di una svista o di una ‘incapacità’ di argomentazione, tenendo a mente l’altissimo livello delle sentenze CEDU. È indubbio che quella di non considerare la necessità tra i requisiti che rendono legittima una restrizione della libertà personale ai sensi della lettera f) sia una scelta deliberata della Corte³²¹. È significativo però che il giudice di Strasburgo non dedichi una forte argomentazione a questo indirizzo, malgrado si tratti di una posizione opposta a quella garantista che generalmente la contraddistingue, segno della minore attenzione che la stessa presta alla libertà personale degli stranieri. I tentativi elusivi e la deferenza nei confronti del legislatore che abbiamo visto caratterizzare la giurisprudenza costituzionale in merito, si ritrovano, dunque, in maniera diversa – e nei confronti degli Stati membri, piuttosto che del legislatore – anche nella giurisprudenza di Strasburgo.

In tal senso, sorprende che tra le due Corti, sia quella di Lussemburgo, che pure non è un giudice dei diritti, a prestare maggiore attenzione a tali profili di necessità e proporzionalità, integrando gli aspetti migliori della giurisprudenza di Strasburgo³²². È vero, infatti, che necessità e proporzionalità guidano l’interpretazione della Corte di Giustizia, in quanto previsti dalla direttiva rimpatri; si ricorderà, tuttavia, che presupposto teorico di partenza è che siano i giudici, interpretando le disposizioni, a plasmare il ‘diritto vivente’, riempiendolo di contenuto e dando vita ad una norma piuttosto che un’altra, scegliendo i criteri esegetici da applicare e valorizzando alcuni aspetti a discapito di altri. Il fatto che la necessità non figuri espressamente nella disposizione dell’art. 5, comma 1, lettera f), della Convenzione, dunque, non è di per sé dirimente, poiché la scelta di ritenere legittima la detenzione dello straniero solo quando la stessa fosse necessaria – o comunque, una più attenta argomentazione relativa alle ragioni per non considerare la necessità tra i requisiti della detenzione dello straniero – pur contraria al dato letterale, sarebbe stata più coerente da parte della Corte di Strasburgo e maggiormente in linea con le proprie linee interpretative.

³²¹ In tal senso possono applicarsi in tal caso alla Corte europea dei diritti dell’uomo le riflessioni, tuttora attuali che nel 1982 Alessandro Pace svolgeva a proposito della giurisprudenza costituzionale: “oggi come oggi, non regge più la contrapposizione – sotto il profilo della sensibilità ai valori costituzionali – tra giudici «buoni» e giudici «cattivi». Tanto meno, [...], emerge la figura della Corte costituzionale come «isola della ragione». La conclusione, infatti, è che tutti i giudici ormai ragionano richiamandosi alla Costituzione, non meno che alle leggi e ai regolamenti. È invece vero che tutti, indistintamente [o quasi], argomentano: alcune volte meglio, altre peggio. E quando argomentano male, o non argomentano affatto – perché implicitamente hanno presenti motivi di opportunità politica – allora il giurista ha il dovere di evidenziare tale scelta, al fine di spiegare la decisione, non già per giustificarla. Se è indubbio che tutti i sistemi giudiziari conoscono decisioni dettate dalla ragion politica, è infatti altrettanto indubbio che solo la sistematica critica di esse (e quindi il loro rifiuto di principio) può consentire, in ultima analisi, di limitarne il ricorso a ipotesi eccezionali”. Cfr. A. PACE, Corte costituzionale e «altri» giudici: un diverso garantismo?, in *Giurisprudenza costituzionale*, Parte I, 1982, 453.

³²² Si tratta di un caso che risponde a quella ottimistica dottrina che auspica un’interpretazione circolarmente conforme (A. RUGGERI, L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema, su www.rivistaaic.it, 2/2014; A. RUGGERI, Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali, su www.federalismi.it, 18/2014) o un *constructive human rights pluralism* (C. COSTELLO, Human rights and the elusive universal subject: immigration detention under international human rights and EU law, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 19, 1, 2012, 257).

Capitolo 4 Le prassi della pubblica amministrazione

4.1 Le prassi applicative in Italia

Il secondo profilo che si analizzerà sarà quello relativo alle prassi delle pubbliche amministrazioni, cioè quelle pratiche che sono correntemente in uso, nonostante non siano previste dalla legge, né avallate dalla giurisprudenza e che mostrano come le autorità amministrative dimostrino scarsissima attenzione nei confronti della libertà personale dello straniero. Anche in questo contesto, infatti, deve considerarsi che lo straniero difficilmente si confronta direttamente con la legge, entrando in contatto sempre tramite le pubbliche autorità e ciò fa sì che, nell'ignoranza di ciò che prevede la legge, quanto affermano le pubbliche autorità valga quanto e più della legge. Ciò è possibile, in primo luogo, perché tutto ciò avviene in un clima di informalità e oralità in cui raramente tali prassi sono nel singolo caso documentate o documentabili, cosicché lo straniero non ha modo di far valere i propri diritti.

L'esistenza di prassi restrittive (ma financo privative) della libertà personale non previste dalla legge potrebbe già di per sé sorprendere, ma stupisce ancor di più alla luce del fatto che, nonostante risultino documentate, oltre che dalle organizzazioni non governative, anche da commissioni parlamentari, organi di monitoraggio e, appunto, Corti, esse non sono particolarmente occultate da parte dello Stato.

Una sentenza da questo punto di vista molto rilevante, poiché si riferisce ad un caso italiano, è la pronuncia *Khlaifia e altri c. Italia*, decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, una prima volta, con la sentenza dell'1 settembre 2015 della Seconda sezione, e una seconda volta con la pronuncia della Grande Camera del 16 dicembre 2016. La vicenda da cui trae origine, avvenuta nel 2011, è quella di tre cittadini tunisini approdati sulle coste italiane e trattenuti prima all'interno del CPSA di Lampedusa, e, in seguito ad un incendio ivi avvenuto, a bordo delle navi *Vincent e Audacia*, prima di essere rimpatriati in Tunisia. La Grande Camera ha accertato la violazione dell'articolo 5, comma 1, 2 e 4, e dell'articolo 13 in combinato disposto con l'articolo 3 della Convenzione³²³, ma ciò che preme sottolineare di questo caso sono anzitutto le argomentazioni addotte dal Governo italiano. Dopo avere sostenuto l'inapplicabilità dell'articolo 5, comma 1, della Convenzione, affermando che “non si è trattato di un «arresto» né di una «detenzione», ma di un

³²³ La seconda sezione aveva accertato altresì le violazioni dell'articolo 3 della Convenzione e dell'articolo 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione, da solo e in combinato disposto con l'articolo 3 della Convenzione.

semplice «trattenimento»³²⁴, il Governo, difatti, passando al merito della violazione, ha sostenuto che i fatti della causa non rientrassero nel campo di applicazione dell'art. 5, comma 1, lettera f), e, senza proporre quale altro comma dell'articolo 5 potesse legittimare il trattenimento, candidamente ha ammesso che “le disposizioni interne vigenti non prevedevano espressamente l'adozione di una misura di trattenimento nei confronti dei migranti assegnati ad un CSPA”³²⁵.

Da qui ha preso spunto questa parte dell'indagine: quella sulla molteplicità di restrizioni della libertà personale degli stranieri, che, prive di alcuna base giuridica e dunque illegittime – sia rispetto alla Costituzione, che alla CEDU, poiché entrambe impongono una riserva di legge –, sono riconducibili a mere prassi. Da quanto emerge dalla lettura della sentenza Khlaifia, il Governo italiano sembrerebbe essere pienamente consapevole che i fatti della causa non fossero in alcun modo riconducibili a delle norme di legge – tutt'al più propone come base giuridica, l'accordo bilaterale con la Tunisia, comunque giudicato dalla Corte EDU inadeguato a soddisfare il principio generale della certezza del diritto e dunque proteggere l'individuo dall'arbitrarietà – e, sebbene a questo punto dell'indagine, tale circostanza non dovrebbe sorprendere troppo, appare comunque incredibile il candore e il senso di impunità dello Stato.

Si è già detto, incidentalmente, che la terminologia adottata dal legislatore, che ha evitato di parlare di detenzione, non possa in alcun modo influire sulla classificazione del trattenimento dello straniero tra le misure privative della libertà; se si considera che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 105/2001 ha, da tempo, fugato ogni dubbio in merito, certamente non si può concedere allo Stato il beneficio del dubbio relativamente all'inconsapevolezza della violazione. Di più, si è tenuti a rilevare che, a distanza di anni, la prassi di ricorrere a misure restrittive della libertà non previste dalla legge, non accenni a diminuire.

In questa parte della ricerca, dunque, si farà riferimento a rapporti di organizzazioni non governative, ma anche di commissioni parlamentari, organi di monitoraggio e alla giurisprudenza, per evidenziare tutte quelle occasioni in cui una restrizione della libertà si verifica senza che le necessarie garanzie relative alla riserva di legge prevista dall'art. 13 della Costituzione, o dal diritto internazionale, siano applicate.

Si noti che alcune di queste prassi sono state parzialmente ‘sanate’ dal d.l. 113/2018, convertito con l. n. 132 dell'1 dicembre 2018. Ciò non svuota di significato le considerazioni che seguiranno, poiché, da un lato, tali previsioni legislative non possono legittimare retroattivamente prassi avvenute senza alcuna base legislativa precedentemente all'emanazione del c.d. decreto Salvini, dall'altro, proprio l'intervento tardivo del legislatore dimostra la consapevolezza

³²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12, Khlaifia e altri c. Italia, punto 60.

³²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Khlaifia cit., punto 82.

dell'esistenza di queste pratiche e, in una prospettiva più generale, l'assunto di partenza di questa ricerca per il quale, nell'ambito della libertà personale dello straniero, la legge arrivi per ultima. Pur dando rapidamente conto in appendice di ciascun paragrafo delle novità introdotte dal decreto Salvini, si è pertanto deciso, essendo questo intervenuto solo in fase di chiusura di questa ricerca, di mantenere inalterate i seguenti paragrafi che, si riferiscono al periodo precedente all'introduzione della nuova disciplina.

4.2 Le "altre" tipologie di trattenimento

Si inizierà dal profilo che si ritiene più grave, cioè i casi in cui vi è, a tutti gli effetti, una privazione della libertà personale, non prevista dalla legge. Sebbene tutte le privazioni della libertà personale debbano essere previste dalla legge per essere conformi alla Costituzione e al diritto internazionale e non essere arbitrarie, solo alcune di esse sono previste dalla legge; ve ne sono appunto anche "altre". Tali restrizioni vengono poste in essere con regolarità nelle zone di frontiera rispettivamente degli aeroporti, nelle c.d. zone di transito, e dei porti, un tempo nei CPSA e ora negli hotspot. Si è visto che la legge (art. 10 d. lgs. 286/98) prevedeva la possibilità di respingere "gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato", ma né la norma relativa al respingimento, né nessun'altra afferma la possibilità di trattenere lo straniero per giorni in attesa di effettuare il rimpatrio. Nonostante ciò, la privazione di libertà alla frontiera, a dispetto delle garanzie previste dalla Costituzione e dalla CEDU, rappresenta la regola.

Ad onor del vero, è necessario ammettere che il discrimine tra privazione e restrizione di libertà può essere molto sfocato nell'ambito della libertà degli stranieri: nella dottrina e in giurisprudenza si fa generalmente affidamento sulla distinzione tra centri chiusi – per il trattenimento – e aperti – per l'accoglienza –, a seconda se gli individui abbiano o meno la possibilità di uscire a determinate condizioni³²⁶. Tuttavia, non superfluo è il rilievo che tali condizioni possono essere più o meno stringenti e che è sempre necessaria una valutazione caso per caso della situazione concreta, che prescindendo dalle categorie di centri previste dal legislatore. Se alcune difficoltà nel valutare se una misura incida o meno sulla libertà personale possono ritenersi

³²⁶E. GUILD, A Typology of Different Types of Centres for Third Country Nationals in Europe, Report for the European Parliament, Directorate-General Internal Policies: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2006; l'applicazione di questa classificazione alla disciplina italiana è stata effettuata da G. CAMPESI, La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia, cit., 177.

giustificate, non è altrettanto giustificabile l'atteggiamento negazionista del legislatore con riferimento ai CPR. Ancora nel 2014, la Commissione Ruperto osservava tale approccio del legislatore anche in riferimento al trattenimento amministrativo: «Il legislatore ha sempre escluso l'equiparazione del Cie al carcere, come si evince dalla relazione di accompagnamento alla legge Napolitano-Turco del 1998 («I centri di permanenza temporanea sono estranei al circuito penitenziario»), e dalla circolare 20 marzo 1998, n. 11 del ministro degli interni, che raccomanda che «il trattenimento nel centro non potrà in nessun caso assimilarsi alla applicazione di una sanzione detentiva». Il trattenimento inciderebbe solo sulla libertà di circolazione e soggiorno dello straniero, senza impattare sulla libertà personale. Tuttavia, lo straniero trattenuto, pur non essendo formalmente un detenuto, non può lasciare il Cie e la questura ha l'obbligo di avvalersi della forza pubblica per vigilare la struttura e «ripristinare senza ritardo la misura nel caso questa venga violata». Quindi in caso di allontanamento dall'edificio, il migrante, pur non commettendo reato di evasione, viene coattivamente ricondotto al centro. L'istituto del trattenimento è di fatto una misura coercitiva che incide sulla libertà personale la cui natura giuridica si sostanzia in una forma di privazione della libertà, sia pure di natura amministrativa»³²⁷.

Il fatto che il legislatore negasse la natura di privazione della libertà del trattenimento nei Cie (ora Cpr), se da una parte spiega come mai non si preoccupasse di trattenere lo straniero anche in ipotesi non previste dalla legge (presumibilmente considerandole incidenti solo sulla libertà di circolazione e soggiorno) o di nascondere tali pratiche, dall'altra non giustifica tale atteggiamento.

4.2.1 Le zone di transito degli aeroporti

Il trattenimento nelle zone di transito aeroportuali è forse la modalità meno discussa di trattenimento alla frontiera poiché l'inaccessibilità di tali aree determina che la giurisprudenza internazionale e i rapporti delle organizzazioni non governative non riescano a fornire una fotografia dettagliata del fenomeno. Tuttavia, che esso esista e non sia adeguatamente corredato da garanzie – in effetti, in Italia il trattenimento nelle zone di transito non era previsto dalla legge – bastano a dimostrarlo i pochi ma molto autorevoli rapporti che riferiscono le testimonianze di chi vi ha fatto ingresso: la FRA – European Union Agency for Fundamental Rights e il CPT – European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

La FRA ha pubblicato un rapporto dal titolo *Fundamental rights at airports: border checks at five international airports in the European Union*, in cui si evidenziano le problematiche relative ai

³²⁷Commissione Straordinaria per la Tutela e la Promozione dei Diritti Umani, Rapporto sui Centri, cit., 10

diritti umani a cui si può andare incontro negli aeroporti internazionali dell'UE. L'indagine prende in considerazione gli aeroporti di Parigi Charles de Gaulle-Roissy, Francoforte, Manchester, Amsterdam Schiphol e Roma Fiumicino. Si tratta di un documento utile ai nostri fini poiché redatto sulla base di interviste, somministrazione di questionari e osservazioni svolte nel corso del 2012 anche nello scalo romano. La FRA non si sofferma sull'*an* della detenzione, dandola in qualche modo per scontata, ma si concentra su diversi profili del *quomodo*³²⁸. Riguardo le condizioni dei luoghi, il rapporto della FRA riporta come la situazione di Fiumicino risulti particolarmente preoccupante: non esistono infatti delle stanze idonee alla permanenza prolungata, cosicché gli stranieri a cui è negato l'ingresso sono costretti a dormire nell'area adibita ai transiti, sulle sedie, senza coperte, il che espone le donne che si trovano in una posizione particolarmente vulnerabile a rischi durante la notte. Secondo quanto emerso da tale rapporto vi sono due stanze senza finestre equipaggiate con due divanetti, che dovrebbero servire per i richiedenti asilo, ma non sono adatte per accomodare famiglie³²⁹. Anche a distanza di alcuni anni, la situazione non sembrerebbe affatto migliorata e, di recente, il CPT ha sottolineato che le zone adibite alla detenzione degli stranieri in attesa di rimpatrio possono essere considerate adeguate solo per un periodo di tempo molto breve e, richiedendo che le autorità italiane assicurino che chiunque debba essere privato della propria libertà per più di 24 ore sia trasferito in un luogo vicino più adeguato in cui sia possibile uscire all'aria aperta e avere accesso alla luce solare, confermano espressamente che in alcuni casi la detenzione dura diversi giorni³³⁰.

Entrambi gli organi di garanzia, pertanto, appurano l'esistenza di privazioni prolungate della libertà, ma si limitano, probabilmente anche in coerenza con il proprio mandato, a raccomandare un miglioramento delle condizioni di detenzione. Sappiamo bene, invece che una restrizione della libertà richiede che siano apprestate non solo le garanzie dell'art. 13 della Costituzione, ma anche quelle dell'art. 5 della CEDU, che prevede anche la possibilità di appellarsi a un giudice contro il

³²⁸ Sebbene si era detto che i profili materiali relativi alle condizioni della detenzione sarebbero rimasti esclusi da questa indagine, in questo caso essi saranno menzionati a testimonianza dell'esistenza di privazioni della libertà all'interno degli aeroporti.

³²⁹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights at airports: border checks at five international airports in the European Union*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2014, 28. Le stesse condizioni erano state rilevate anche da Arci Lazio (ARCI, Aeroporto di Fiumicino, 27 April 2012.)

³³⁰ "As regards conditions of detention, the holding rooms were equipped with seats or benches and with access to adjacent sanitary facilities, all in an acceptable state of cleanliness. The rooms did not have proper beds but some stretchers/ lounge chairs had been placed in one of the rooms. Although there were vending machines with drinks and snacks, not all foreign nationals could use them with the means at their disposal. Further, no activities or entertainment (such as reading material or a television) was offered to detained persons. There was no natural light in the holding rooms, no outdoor exercise area at the holding facilities, and no access to fresh air. Clearly, these conditions of detention are only suitable for holding persons for a very short time. In this respect, the CPT recommends that the Italian authorities ensure that any foreign national who is deprived of his/her liberty at Rome Fiumicino holding facilities in excess of 24 hours be transferred to a more suitable holding facility in the vicinity which offers access to natural light and outdoor exercise". Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017, Strasbourg, 2018.

provvedimento che dispone il trattenimento, facoltà evidentemente inaccessibile nel caso in cui lo straniero sia respinto senza ottenere alcun provvedimento ufficiale.

In tal senso, la FRA, pur non esaminando nella sua ricerca, la legalità, necessità e proporzionalità delle misure, ha indagato se i passeggeri venissero informati sui propri diritti. I risultati hanno mostrato proprio a Fiumicino i livelli più bassi di informazione: solo il 20% degli ufficiali dell'aeroporto di Roma ha dichiarato di fornire informazioni sui diritti delle persone a cui è stato rifiutato l'ingresso e nessuno, quelle relative alle organizzazioni da contattare per ricevere assistenza legale. In effetti, oltre alle informazioni sul come ottenere assistenza legale, secondo il rapporto della FRA, ai passeggeri trattenuti non viene dato a Fiumicino alcun materiale scritto relativo ai controlli che subiscono, né tali informazioni sono in altro modo accessibili³³¹. Sebbene non rientranti strettamente nell'ambito della libertà personale, ma piuttosto attinenti al dovere di informare e assistere gli stranieri e i richiedenti asilo che intendano fare ingresso in Italia ai sensi dell'articolo 11, comma 6 e 10 ter del Testo Unico, tali rapporti rilevano in questo contesto in quanto, da un lato, documentano l'esistenza di restrizioni della libertà personale nelle zone di transito degli aeroporti, e dall'altro, concorrono alla descrizione dell'atteggiamento delle autorità nei confronti della libertà degli stranieri.

Ancora una volta, infatti, la ragione dell'assenza di garanzie va ricondotta all'approccio adottato dagli Stati che hanno spesso sostenuto che gli stranieri nelle zone di transito non siano privati della propria libertà in quanto liberi di andarsene quando lo desiderano (potendo andare ovunque al di fuori dello Stato – la c.d. prigione con tre muri), oppure, secondo un'altra argomentazione, non trovandosi ancora sul territorio nazionale. La Corte di Strasburgo ha, tuttavia, smentito la validità di questi argomenti nella sentenza *Amuur c. Francia* del 25 giugno 1996, dove ha affermato l'inconsistenza di tale ragionamento rilevando che, con riferimento particolare ai richiedenti asilo, la possibilità di lasciare il Paese è ancora più teorica nel caso in cui non ci sia un altro Stato che offre una protezione analoga e che sia incline a ospitarli. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dunque chiarito che, anche nel caso di trattenimento nelle zone di transito, per decidere se sia in essere o meno una privazione di libertà, vadano presi in considerazione vari fattori: in particolare, non solo la durata, ma anche il tipo di trattenimento, gli effetti e i modi impiegati³³².

Ciò detto, è vero che nella disciplina costituzionale italiana, si è visto, poco importa se si è in presenza di una privazione o di una semplice limitazione della libertà personale, dovendo qualsiasi

³³¹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights at airports: border checks at five international airports in the European Union*, cit., 75.

³³² Cfr Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Shamsa c. Polonia* del 27 novembre 2003, *Riad e Idiab c. Belgio* del 24 gennaio 2008, *Nolan e K. c. Russia* del 12 febbraio 2009.

restrizione che comporta una coazione fisica o una degradazione morale essere comunque corredata dalle garanzie previste dall'art. 13, e, dunque, in primo luogo della previsione legislativa³³³. Anche volendosi servire della più stretta nozione di privazione della libertà, valida a livello europeo, il Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale – che opera come *National Preventive Mechanism* all'interno del sistema di vigilanza introdotto dal Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (OPCAT), in aggiunta al CPT e SPT – ha affermato che le zone aeroportuali di transito per le persone non ammesse nel territorio nazionale e destinatarie di provvedimento di respingimento oggi sono certamente incluse nel suo raggio di azione³³⁴, confermando la natura detentiva di tali permanenze.

Una vera e propria detenzione nelle zone di transito alla frontiera è stata da ultimo prevista dalla l. 132/2018 che ha convertito il c.d. decreto Salvini: nell'ambito del procedimento di convalida dell'accompagnamento alla frontiera mediante l'uso della forza pubblica, infatti, il comma 5-bis dell'art. 13 del testo unico prevede ora che successivamente alla convalida, il giudice possa autorizzare la permanenza dello straniero in locali idonei presso gli uffici della frontiera fino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre 48 ore dall'avvenuta convalida. Sebbene la norma non disponga ulteriori dettagli, la relazione tecnica al decreto prevede espressamente il coinvolgimento degli scali aerei di maggiore rilevanza da cui partono i voli internazionali di rimpatrio.

4.2.2 Gli “hotspot”

Ancor più nota e, pertanto, ancor più gravemente trascurata dal legislatore, è la privazione di libertà che avviene all'interno dei c.d. hotspot: si tratta in sostanza dei centri che fino a qualche anno fa erano denominati CPSA (Centri di Primo Soccorso e Accoglienza), presso cui il d.l. 13/2017

³³³ Malgrado l'art. 13 Cost. non distingua tra le misure limitative della libertà per l'applicazione delle garanzie costituzionali, con una pronuncia molto criticata, la Corte costituzionale (sent. n. 13/1972) ha affermato che non qualsiasi restrizione della libertà sia soggetta a convalida giudiziaria, bensì solo quelle durature. Questa interpretazione si scontra, tuttavia, con il dettato dell'art. 13 Cost. che, non solo nulla dice in riferimento alla durata delle restrizioni, ma prevede che anche le ispezioni e le perquisizioni personali siano corredate dalle medesime tutele. Della discontinuità con cui la Consulta ha interpretato l'art. 13 Cost. e variamente impiegato i criteri di coercizione fisica e di degradazione morale si è parlato *supra* (§2.5).

³³⁴ Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Relazione al Parlamento 2017.

ha istituito i c.d. punti di crisi (o ‘hotspot’ in inglese) ma può essere utile ripercorrerne brevemente l’evoluzione.

I CPSA furono istituiti con la c.d. legge Puglia (l. 563/1995) che convertiva il decreto di necessità ed urgenza n. 451/1995 adottato per far fronte alla situazione di emergenza connessa con le attività di controllo dell’immigrazione clandestina lungo le coste pugliesi. Tale decreto conteneva principalmente le previsioni di spesa legate all’istituzione dei centri ma non ne indicava le caratteristiche, né le modalità con le quali dovessero essere condotte le operazioni di primo soccorso e accoglienza. A dispetto di ciò, la vita dei CPSA è stata molto più lunga rispetto alla situazione emergenziale per la quale erano stati creati, senza però che il legislatore ne dettasse compiutamente la disciplina. Lungi dal rappresentare, come il loro nome vorrebbe, esclusivamente dei luoghi di accoglienza funzionali a fornire una prima assistenza ai migranti privi di qualsiasi mezzo di sostentamento, tali centri sono stati trasformati in dei luoghi di arbitraria privazione della libertà. Già nel 2007, la Commissione De Mistura, dal nome del commissario nominato, constatava come a causa dei flussi di arrivi, gli stranieri venissero di fatto trattenuti nei centri di prima accoglienza per periodi di tempo considerevoli (da 15 giorni fino a 2 mesi) senza alcun controllo giurisdizionale. Nonostante lo stesso dato sia stato confermato da autorevoli organismi internazionali di monitoraggio, quali il Working Group on Arbitrary Detention, nella sua missione in Italia del 2008³³⁵, e lo Special Rapporteur on the human rights of migrants nel 2013³³⁶, la prassi non è cambiata, né il legislatore (fino al decreto Salvini) è intervenuto sulla disciplina legislativa per fornire di base legale la detenzione all’arrivo che rimane, pertanto, sprovvista di qualsiasi garanzia. Il trattenimento ai fini dell’identificazione, in effetti, è previsto dall’art. 349 c.p.p., secondo il cui comma 4, se una persona sottoposta ad indagini preliminari perché accusata di avere commesso un reato (anche il reato di ingresso e soggiorno irregolare) rifiuta di farsi identificare, può essere sottoposta a fermo identificativo e cioè coattivamente condotta presso gli uffici della polizia e ivi trattenuta “per il tempo strettamente necessario per la identificazione e comunque non oltre le dodici ore ovvero, previo avviso anche orale al pubblico ministero, non oltre le ventiquattro ore, nel caso che l’identificazione risulti particolarmente complessa oppure occorra l’assistenza dell’autorità consolare o di un interprete, ed in tal caso con facoltà per il soggetto di chiedere di avvisare un familiare o un convivente”.

Si è visto come di recente la Corte di Strasburgo abbia accertato nella sentenza *Khlaifia* che l’ “accoglienza” all’interno di questi centri costituisca ad una vera e propria privazione arbitraria di libertà, ma sembrerebbe che neanche la pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo sia

³³⁵ Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Mission to Italy, A/HRC/10/21/Add.5, 26 January 2009, 17.

³³⁶ Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau. Addendum Mission to Italy (29 September–8 October 2012), cit., 14.

sufficiente a far redimere il legislatore: presso i CPSA sono, infatti, stati istituiti i c.d. hotspot o, secondo la definizione italiana, punti di crisi, ma, nonostante i ripetuti interventi legislativi in tema di immigrazione, nessuna garanzia è stata prevista per il trattenimento al loro interno.

Del c.d. approccio hotspot, in base al quale, alcune agenzie europee (Frontex, EASO e Europol) avrebbero dovuto collaborare con gli Stati di frontiera (esterna) – in particolare, Italia e Grecia – per assicurare il rapido svolgimento delle operazioni di identificazione e fotosegnalamento cosicché chi intenda richiedere asilo sia immesso nella procedura ed eventualmente ricollocato, mentre chi non abbia diritto alla protezione, sia rimpatriato, la Commissione europea ha parlato per la prima volta nella European Agenda on Migration del maggio 2015. È poi seguita una Roadmap con cui gli Stati europei avrebbero dovuto dare attuazione all'Agenda: l'Italia ha recepito la Roadmap con un allegato ad una circolare del Ministero dell'Interno, con la quale si istituivano gli hotspot e, relativamente alla durata del soggiorno al loro interno, si specificava che a tutti i migranti sarebbero dovute essere garantite, nell'arco di 24/48 ore, le operazioni di screening sanitario, preidentificazione (con accertamento di eventuali vulnerabilità), registrazione e fotosegnalamento per ingresso irregolare³³⁷. Venivano poi emanate le c.d. SOP (Standard Operating Procedures), in cui si chiariva che l'hotspot non è, o non è solo un luogo fisico, ma anche, come aveva affermato la Commissione, un approccio, un metodo di lavoro in team “all'interno del quale le autorità italiane, ovvero il personale delle Forze di Polizia, il personale sanitario e le organizzazioni internazionali e non governative lavorano a stretto contatto ed in piena cooperazione con i team europei di supporto, composti da personale incaricato da Frontex, Europol, EASO (Ufficio europeo di supporto per l'Asilo), al fine di assicurare una gestione procedimentalizzata delle attività, standardizzata e pienamente efficiente, avendo di mira l'interesse a garantire le soluzioni più sostenibili per le persone in ingresso”³³⁸.

L'intera disciplina degli hotspot è dunque affidata a mere comunicazioni della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio e a circolari interne emanate dal Ministro dell'Interno, senza che né a livello italiano, né europeo, si sia data risposta alle esigenze di certezza del diritto sollevate dalla dottrina e dagli organismi di monitoraggio, oltre che dallo stesso Parlamento italiano³³⁹.

³³⁷ Ministero dell'interno, Roadmap italiana, 28.9.2015, in www.immigrazione.biz/upload/Roadmap_2015.pdf; e Ministero dell'interno, Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, circolare n. 14106, 6.10.2015, in <http://www.asgi.it/bancadati/circolare-del-ministero-dellinterno-del-6-ottobre-2015-n-14106>.

³³⁸ Ministero dell'interno, Procedure operative standard (Sop) applicabili agli hotspot italiani, marzo 2016, <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it>, punto A.2.

³³⁹ D. NEVILLE, S. SY, A. RIGON, On the frontline: the hotspot approach to managing migration, Directorate general for internal policies policy department c: citizens' rights and constitutional affairs, civil liberties, justice and home affairs, in <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses-search.html>, 29 ss. Sulla situazione degli hotspot italiana cfr. A. MANGIARACINA, Hotspot e diritti: un binomio possibile?, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, ed. on line del 9.12.2016; B. GORNATI, Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione dei c.d. hotspot, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2016, 472; L. MASERA, G. SAVIO, La prima accoglienza, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, Editoriale

L'occasione a livello nazionale si è presentata con il c.d. decreto Minniti (d.l. 13/2017) che, nel provvedere con decretazione d'urgenza ad una riforma complessiva dei procedimenti in materia di protezione internazionale, ha per la prima volta definito in un testo legislativo gli hotspot come “appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563 [legge Puglia]”. Tale disposizione, introdotta con l'art. 10 ter del d. lgs. 286/98, tuttavia, ancora una volta nulla prevede sulla possibilità di trattenere i migranti negli hotspot, poiché semplicemente richiama la c.d. legge Puglia che, come si è visto, era già a suo tempo problematica poiché non definiva la natura e l'organizzazione dei centri. L'unica ipotesi di trattenimento introdotta con l'art. 10 ter è quella che dispone che integri il rischio di fuga ai fini del trattenimento nel CPR il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici.

La scelta del legislatore di disciplinare gli hotspot tacendo su questo aspetto indurrebbe naturalmente a pensare che al loro interno non avvengano limitazioni della libertà dei migranti, tuttavia il quadro offerto da vari report smentisce questa intuizione.

Il Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in seguito alle visite agli hotspot, constatava che l'arco temporale di 24/48 ore indicato nella circolare del Ministero dell'Interno – si noti che già un trattenimento di 24/48 ore dovrebbe essere corredato delle garanzie appropriate e che la previsione contenuta in una circolare ministeriale comunque viola la riserva di legge – per lo svolgimento delle procedure di identificazione “non corrisponde alla realtà come dimostrano le rilevazioni statistiche dello stesso Ministero e accertate dal Garante Nazionale”³⁴⁰ e che sebbene le ragioni dei ritardi siano sia oggettive che soggettive, “una prolungata privazione della libertà delle persone non sottoposta al vaglio dell'Autorità giudiziaria e senza possibilità di ricorso, [...] configura un limbo di tutela giuridica non ulteriormente procrastinabile”, specie se si consideri che, a causa della difficoltà nel trovare idonee strutture disponibili, a restare più tempo in attesa sono le categorie più vulnerabili (minori stranieri non accompagnati e donne in gravidanza). Le stesse istituzioni dell'UE, in particolare la Corte dei Conti Europea, nonostante ciò

scientifica, 2017, 35; L. MASERA, I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano il numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, ed. on line del 19.3.2017; G. MORGESE, Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati, *Dir. Imm. Citt.*, 3-4, 2015, 15; C. LEONE, La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2017; Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Relazione al Parlamento 2017 cit., e Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività); Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, Relazione sul sistema di identificazione e di prima accoglienza nell'ambito dei centri «hotspot», 26 ottobre 2016.

³⁴⁰ Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot, cit., 6.

fuoriesca dal suo mandato, ha sottolineato che la permanenza dei minori negli hotspot è eccessivamente lunga e inadatta ai loro specifici bisogni³⁴¹.

Peraltro, a prescindere dall'eccessiva lunghezza del trattenimento, anche lo stesso termine di 24/48 ore di cui parla la circolare, pur richiamando probabilmente il fermo identificativo previsto dall'art. 349 c.p.p., costituisce una nuova ipotesi di fermo, anzitutto perché non si svolge nei locali della polizia ma nei c.d. hotspot, ed è quindi di per sé illegittimo in quanto disposto in violazione della riserva di legge. Ancora una volta dunque ci troviamo di fronte ad una privazione della libertà personale in assenza di qualsiasi base legislativa. Ancora una volta è lo stesso Ministero a dichiarare impunemente che ciò avvenga; sia attraverso le rilevazioni statistiche comunicate al Garante, che per bocca dell'allora Ministro dell'Interno Angelino Alfano, che timidamente dichiarava, nel corso della sua audizione del 29 luglio 2015: "l'Agenda Juncker lascia scoperti dal punto di vista proprio tecnico, della copertura giuridica, alcuni dei rimedi pratici. Hotspot e hub sono belle parole inglesi, che poi, tradotte nel linguaggio della legislazione italiana, hanno la necessità di norme che ne regolino il funzionamento e la dinamica di eventuale trattenimento dei migranti. [...] a mano a mano che saranno descritti e declinati tecnicamente gli adempimenti connessi a ciascuna struttura materiale, che per ora sono descritti in via generica, *io penso, ritengo – o anche presumo, se non vogliamo dare certezze* – che saranno necessari dei passaggi parlamentari di rango normativo per regolare il funzionamento di queste nuove strutture" (corsivo mio), quasi a fare credere che la cosa non sia di sua competenza e a declinare qualsiasi responsabilità in merito. Similmente, la Commissione d'inchiesta alla Camera, dopo avere constatato le modalità operative degli hotspot e avere analizzato le norme vigenti in materia di identificazione e relativo fermo a tal fine, rilevava come fosse "evidente che, nell'ipotesi del trattenimento negli *hotspots* ai fini identificativi per un termine di 48/72 ore dello straniero entrato irregolarmente nel nostro paese, si sia del tutto fuori dall'ambito applicativo delle due norme testé esaminate sia perché non necessariamente ne ricorre il presupposto di fatto della mancanza di collaborazione all'identificazione da parte del soggetto sia perché la restrizione della libertà generalmente eccede il termine di 12 ore previsto normativamente senza che, peraltro, di tale trattenimento venga data comunicazione alcuna all'autorità giudiziaria al fine del controllo di legalità previsto costituzionalmente. In altri termini, allo stato, le operazioni di identificazione e fotosegnalamento da parte dell'autorità di P.S. negli *hotspot* stanno avvenendo in

³⁴¹Relazione speciale della Corte dei Conti europea, La risposta dell'UE alla crisi dei rifugiati: "il sistema basato sui punti di crisi" (hotspot approach), in eca.europa.eu, 31.

palese violazione di norme interne di legge anche di rango costituzionale. Evidente risulta anche la violazione di fondamentali norme di diritto comunitario quale l'articolo 5 della CEDU³⁴².

Il quadro risultante da questo breve *excursus* – le testimonianze potrebbero essere assai più numerose ma, considerando che gli stessi dati ufficiali del Ministero³⁴³ confermano quanto qui illustrato, ulteriore documentazione appare superflua – è disarmante: tutti sanno che è in atto una palese violazione del diritto di libertà personale (degli stranieri), ma nessuno sembra essere interessato a porvi rimedio.

La recentissima l. 132/2018 che ha convertito in legge il d.l. 113/2018 ha finalmente dotato di base normativa la prassi già da alcuni anni in atto del trattenimento negli hotspot. L'art. 6, comma 3-bis, prevede, infatti, che il richiedente asilo possa essere trattenuto all'interno degli hotspot e dei Centri governativi di prima accoglienza, nel caso in cui debba essere determinata o verificata la sua identità o cittadinanza per un periodo massimo di trenta giorni. Successivamente, ove l'identificazione non sia stata possibile, il richiedente potrà essere trattenuto nei CPR per un periodo massimo di 180 giorni.

4.3 L'uso della forza nel prelievo dei rilievi foto-dattiloscopici

Si è detto che per la Costituzione italiana le garanzie previste dall'art. 13 devono essere previste non solo nel caso in cui una persona sia privata della propria libertà, ma anche nel caso in cui questa sia semplicemente ristretta. Viene dunque in rilievo il problema dell'impiego della forza nel prelievo dei rilievi foto-dattiloscopici e delle sue eventuali implicazioni con il diritto di libertà.

La questione, non semplice, è stata affrontata dal giudice delle leggi nella sentenza n. 30/1962, nella quale ha chiarito che non qualsiasi limitazione della libertà rientra nell'ambito di protezione dell'art. 13, ma solo quelle che violano l'*habeas corpus*, in quanto implicano una coercizione fisica o una degradazione morale. Pur non escludendo che taluni rilievi antropometrici possano in astratto integrare le ispezioni personali previste dall'art. 13, la Corte non ritenne al tempo che tali fossero i

³⁴² Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, Relazione cit., 43. Fa sorridere, ma forse no, che l'art. 5 della CEDU sia una norma di diritto comunitario.

³⁴³ Ci si riferisce ai dati forniti al Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale con nota del 16 febbraio 2017 dal Capo di Gabinetto del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione in occasione della stesura della relazione annuale del Garante.

rilievi dattiloscopici, poiché, pur richiedendo la momentanea immobilizzazione, essi riguardano solo l'aspetto esteriore della persona. La Consulta concludeva così nel senso dell'illegittimità dell'art. 4 TULPS nella parte in cui, non distinguendo tra rilievi che comportano un'ispezione personale e rilievi solo esteriori, permetteva che anche le ispezioni personali si potessero svolgere senza le garanzie dell'art. 13 Cost.³⁴⁴ Già allora la Corte costituzionale, nel rilevare che la norma in oggetto fosse una di quelle che, in quanto precedente alla Costituzione, dovesse essere a questa armonizzata, affermava la necessità dell'intervento del legislatore affinché formulasse “un precetto chiaro e completo che [indicasse], da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13”. Nonostante ciò, questo, come tanti altri moniti della Consulta, è rimasto per lunghissimo tempo inascoltato, cosicché, in assenza di una esplicita norma che autorizzi l'uso della forza per effettuare i rilievi foto-dattiloscopici, tale uso deve essere considerato illegittimo.

Il divieto dell'uso della forza nel prelievo dei rilievi dattiloscopici assume oggi particolare rilievo nei confronti degli stranieri con riguardo agli obblighi comunitari: l'approccio hotspot ha tra i suoi obiettivi principali, infatti, l'identificazione di tutti gli stranieri sulla base di una procedura di polizia che prevede la dichiarazione delle proprie generalità, il fotosegnalamento, il rilevamento delle impronte digitali e la trasmissione di questi dati al Sistema centrale EURODAC al più presto e comunque entro 72 ore, di modo da consentire l'efficiente funzionamento del sistema Dublino o della *relocation*³⁴⁵. L'Italia per diversi anni aveva avuto scarsi risultati nel prelievo delle impronte digitali con percentuali molto alte di stranieri che erano riusciti a spostarsi in altri Stati europei senza lasciare alcuna traccia in Italia³⁴⁶ e ciò aveva creato preoccupazione in Europa. Furono così

³⁴⁴ L'art. 4 TULPS recita: “L'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di ordinare che le persone pericolose o sospette e coloro che non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità siano sottoposti a rilievi segnaletici. Ha facoltà inoltre di ordinare alle persone pericolose o sospette di munirsi, entro un dato termine, della carta di identità e di esibirla ad ogni richiesta degli ufficiali o degli agenti di pubblica sicurezza”.

³⁴⁵ Come è noto il sistema Dublino prevede dei criteri sulla base dei quali individuare quale degli Stati membri sia competente per l'esame della richiesta di asilo. Uno dei più utilizzati di questi criteri è quello del primo Paese d'ingresso nell'UE. Essendo spesso sprovvisti di documenti, la raccolta delle impronte digitali è essenziale nel funzionamento di tale sistema e a tal fine è stato creato il sistema EURODAC che raccoglie le impronte di tutti i richiedenti asilo e di tutte le persone che hanno fatto ingresso irregolarmente attraverso una delle frontiere esterne dell'UE. Per sfuggire a tale sistema, che non permette di scegliere in quale Paese recarsi, a volte gli stranieri si rifiutano di rilasciare le proprie impronte di modo da potere chiedere asilo in un Paese diverso da quello di ingresso. La *relocation*, prevista dall'Agenda europea del 2015, anche se ancora applicata in un numero molto esiguo di casi, prevede, invece il ricollocamento dei richiedenti asilo di determinate nazionalità in Paesi diversi da quello di primo ingresso.

³⁴⁶ Dati: ministero dell'Interno italiano, Dati asilo 2014-2015, http://www.interno.gov.it/sites/default/files/modulistica/riepilogo_dati_2014_2015.pdf, Unhcr, Italy – Sea arrivals

aperte diverse procedure di infrazione per la violazione del Regolamento Eurodac³⁴⁷, a seguito delle quali la Commissione ha pubblicato una comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio in cui afferma che “le autorità italiane dovrebbero accelerare gli sforzi, anche sul piano legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l’uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali. L’obiettivo del 100% dei migranti in ingresso sottoposti a rilevamento delle impronte va raggiunto senza ulteriori indugi”³⁴⁸. Ancora una volta, malgrado sia stato sollecitato in tal senso, lo Stato italiano, piuttosto che intervenire con legge, si è, in un primo momento, servito delle sopraccitate SOP nell’attesa di recepire l’invito della Commissione, affermando che “è doveroso un uso della forza proporzionato a vincere l’azione di contrasto, nel pieno rispetto dell’integrità fisica e della dignità della persona”³⁴⁹.

L’unica disposizione di legge che permette la coazione in tal proposito nell’ordinamento italiano è quella dell’art. 349 c.p.p., che si riferisce al prelievo di capelli e saliva nei confronti della persona sottoposta a indagini e non può, pertanto, essere estesa all’uso della forza nel prelievo delle impronte digitali agli stranieri. L’art. 6, comma 4, del testo unico, infatti, prevede che “qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici”, senza nulla disporre in merito alla possibilità dell’uso della forza.

Ciò nonostante, malgrado le SOP non abbiano forza di legge, sembrerebbero essere state applicate sin da subito all’interno degli hotspot. In tal senso, in quel periodo, notava coerentemente

update #5, gennaio 2016, <http://data.unhcr.org/mediterranean/download.php?id=755>, e Iom, Migrant Arrivals by Sea in Italy Top 170,000 in 2014, 16 gennaio 2015, <https://www.iom.int/news/migrant-arrivals-sea-italy-top-170000-2014>

³⁴⁷ Commissione europea, Attuazione del sistema europeo comune di asilo: la Commissione porta avanti 8 procedimenti d’infrazione, 10 dicembre 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6276_en.htm

³⁴⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Relazione sull’attuazione dei punti di crisi (hotspot) in Italia, in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-679-IT-F1-1.PDF>.

³⁴⁹ Ministero dell’Interno, Procedure operative standard (Sop) cit., Per intero il paragrafo B.7.2.c titolato ‘Rifiuto di foto-segnalamento’ prevede: “Nel caso di rifiuto al foto-segnalamento, gli operatori italiani e gli esperti di Frontex dovranno cercare di capire quali siano le ragioni del rifiuto e dovranno svolgere attività di consulenza per approfondire se tali comportamenti sono determinati da timori o false convinzioni. L’uso dei mediatori culturali all’interno delle sessioni informative relative all’obbligo di fornire le impronte, lo scopo della raccolta delle impronte e la maniera in cui le impronte sono raccolte sono di primaria importanza. Inoltre, si raccomanda di ricorrere al supporto dei mediatori culturali nelle attività di consulenza per quelle persone che rifiutano di fornire le proprie impronte. Fino all’adozione di nuova normativa da parte del Governo italiano, si applicano la Circolare del Ministero dell’Interno N. 400/A//2014/1.308 del 25.09.2014 e del 25.09.2014 e le relative disposizioni sulle attività di foto segnalamento tenendo conto che a tal fine, ove si renda necessario, è doveroso un uso della forza proporzionato a vincere l’azione di contrasto, nel pieno rispetto dell’integrità fisica e della dignità della persona”.

In effetti, il requisito della proporzionalità nell’uso della forza era già stato individuato, insieme a quello della necessità, dalla Corte di Strasburgo con riferimento ai casi di resistenza dell’individuo in fase di identificazione: nelle sentenze *Darraj c. Francia* e *Sarigiannis c. Italia* la Corte europea dei diritti dell’uomo aveva riscontrato la violazione dell’art. 3 della Convenzione, nel primo caso poiché la forza fisica usata dagli agenti avrebbe potuto essere evitata ed era stata assolutamente sproporzionata rispetto alla resistenza passiva opposta da uno straniero minorenne e di esile corporatura; nel secondo caso perché, sebbene fosse effettivamente necessario l’uso della forza per vincere la resistenza, il fatto che i ricorrenti riportassero lesioni non solo agli arti, dunque compatibili con l’obiettivo di immobilizzarli, ma anche alla testa e al volto è un indice della mancanza di proporzionalità.

Amnesty International, nel suo rapporto sugli hotspot italiani, che, sebbene in mancanza di una previsione legislativa, la stessa Commissione UE avesse riconosciuto che i tassi di rilevamento delle impronte digitali in Italia avessero quasi raggiunto il 100%. Le autorità italiane attribuirono la maggiore efficienza al minor numero di arrivi di stranieri di nazionalità che tipicamente si sottraggono ai rilievi e alla capacità di ‘negoziare’ degli agenti. Tuttavia, le testimonianze raccolte da Amnesty renderebbero, secondo la ONG, “evidente che l’uso di misure coercitive ha fatto la sua parte. La realtà è che, tra la fine del 2015 e l’inizio del 2016, la polizia italiana ha introdotto strategie più aggressive per costringere le persone a fornire le impronte digitali, incluso l’uso di forza fisica e di detenzione prolungata, portando a gravi violazioni dei diritti umani. Il governo italiano, sotto la pressione delle istituzioni dell’Ue e degli altri Stati membri, ha indotto questo cambiamento forzando la mano, in senso metaforico e letterale”³⁵⁰.

Anche in questo caso, l’occasione per fornire una base legislativa per quella che è considerata come una necessità dalle autorità di polizia³⁵¹ avrebbe potuto essere la l. 46/2017, che,

³⁵⁰ Amnesty International, Hotspot Italia. Come le politiche dell’unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti, 16.

³⁵¹ Si vedano le dichiarazioni rilasciate da pubblici ufficiali preposti a tale attività alla Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, Relazione cit., 44 ss: “Le dichiarazioni rese dinanzi alla Commissione dai pubblici ufficiali preposti a tale attività hanno concordemente escluso - quand’anche fosse consentito sul piano teorico normativo - la possibilità di usare mezzi costrittivi, in quanto materialmente inidonea allo scopo. Come spiegato dalla direttrice del Servizio Polizia Scientifica, Daniela Stradiotto, la procedura tecnica di fotosegnalamento implica necessariamente un minimo di collaborazione da parte dell’interessato, che può vanificarla, semplicemente chiudendo gli occhi o serrando le mani. Un’impronta mossa e non perfettamente leggibile non viene accettata dal sistema. Pertanto, una normativa volta a disciplinare la previsione di fotosegnalamento forzoso, necessariamente rispettosa della dignità umana, non potrebbe, quindi, che ipotizzare un mero prolungamento dei tempi di trattenimento dei migranti che rifiutano il fotosegnalamento, auspicando una loro collaborazione futura. In quest’ottica si inseriscono anche le parole pronunciate in audizione il 27 ottobre 2015 dal direttore della Direzione centrale dell’immigrazione e della polizia delle frontiere del Ministero dell’interno, prefetto Giovanni Pinto, secondo cui “quando uno straniero, per esempio una donna, si pone in posizione fetale, procedere al fotosegnalamento non è una questione di poco conto. Noi abbiamo dei filmati che dimostrano come in circa quaranta minuti si sia riusciti a fare, con due o tre poliziotti, un fotosegnalamento. Poiché ce lo chiedono, noi stiamo valutando la possibilità di introdurre nell’ordinamento una norma che consenta l’uso dalla forza per coloro che si rifiutano. Naturalmente, è un concetto che postula anche un periodo di trattenimento ai fini identificativi.”. Si pone quindi in evidenza un punto: la necessità di valutare se introdurre forme più o meno coercitive di trattenimento ai fini identificativi. In questo senso il direttore della Direzione centrale dell’immigrazione e della polizia delle frontiere del Ministero dell’interno, Giovanni Pinto, ha precisato anche che l’Ufficio legislativo del Ministero dell’interno ha allo studio un intervento normativo – sollecitato dalle Autorità europee - volto ad “introdurre nell’ordinamento una norma che consenta l’uso dalla forza per coloro che si rifiutano. Naturalmente, è un concetto che postula anche un periodo di trattenimento ai fini identificativi. Bisogna trovare una copertura giuridica per questa operazione. È una situazione complessa, ma, ripeto, sono proposte”. Nel corso dell’audizione il prefetto Pinto ha altresì chiarito: “Per quanto riguarda il ricorso alla forza, rappresento che una sentenza della Cassazione già lo consente. Lo consente senza avere la possibilità di un periodo di trattenimento per fare queste operazioni (...) La forza non è una forza in termini assoluti. È una forza commisurata alle esigenze (...) Può essere anche il trattenimento, la costrizione, il cercare di ottenere questo fotosegnalamento. Si tratta, come hanno fatto i tedeschi, di cercare di avere una base giuridica più netta e limpida, perché quella sentenza della Corte costituzionale [n.30 del 1962] presta il fianco ad interpretazioni”. In occasione dell’audizione dinanzi alla Commissione il 13 gennaio 2016, anche Miguel Ângelo Nunes Nicolau, Coordinating Officer di Frontex, evidenziava l’opportunità a suo dire di un intervento normativo volto a prevedere un uso proporzionato della forza come *extrema ratio*: “L’acquisizione forzata delle impronte digitali prevede diverse fasi: una fase di consulenza, una fase di tentativi e, se la persona non collabora, può essere portata in un altro centro, dove viene effettuato un altro tentativo, fino a quando non si raggiunge l’obiettivo. L’uso della forza è

inserendo nel T.U Imm il nuovo art. 10 ter, ha introdotto la seppur scarna disciplina degli hotspot. Invece, pur affermando che le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico si eseguono all'interno degli hotspot, nulla si prevede rispetto all'uso della forza nel prelievo dei rilievi; piuttosto, il legislatore, nel prevedere la procedura di identificazione dei richiedenti asilo e degli stranieri in posizione di irregolarità³⁵², ha disposto che il rifiuto di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnalatici integra il rischio di fuga ai fini del trattenimento nei CPR, configurando così una nuova ipotesi di trattenimento amministrativo che si attua, non solo in assenza di reato, ma anche in assenza di un provvedimento di espulsione e, dunque, certamente non finalizzato al rimpatrio³⁵³.

Sebbene l'uso della forza nel prelievo dei rilievi fotodattiloscopici non sia previsto dalla legge e non possa essere, in mancanza di questa, legittimamente impiegato poiché comporterebbe una restrizione della libertà personale, testimonianze relative all'uso dello stesso non risultano nuove né stupiscono gli addetti al settore e sono raccolte nello stesso rapporto di Amnesty International che ha ricevuto durante il 2016 un numero significativo di denunce di uso eccessivo della forza da parte della polizia, allo scopo di rilevare le impronte digitali di rifugiati e migranti appena arrivati, che giungono in alcuni casi ad essere definiti come tortura o altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti³⁵⁴.

4.4 Il rilievo delle prassi

La scelta non convenzionale di dedicare una parte di questa ricerca alla prassi mi sembra possa considerarsi giustificata dalle pratiche sopra esposte, che non solo mettono a repentaglio il

naturalmente l'ultima risorsa, ma nel frattempo devono esserci tutte le condizioni affinché quella persona non possa proseguire il proprio viaggio fuori dall'hotspot se non è stata identificata”.

³⁵² A. CIERVO, Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra “sistema hotspot” e Brexit, in *costituzionalismo.it*, 3, 2016, 97. L'A. riteneva, nel richiedere una base legislativa per il prelievo dei rilievi agli stranieri, che “se si introducesse nel nostro ordinamento giuridico una disposizione finalizzata all'identificazione obbligatoria dei soli migranti – a qualsiasi titolo presenti sul territorio nazionale –, ma non dei cittadini italiani, saremmo di fronte ad una palese violazione degli artt. 3 e 13, primo comma, della Costituzione”.

³⁵³ V. *supra* §5.1.1

³⁵⁴ “La maggior parte dei richiedenti asilo e migranti intervistati da Amnesty International nel corso dell'anno non si era opposta al rilascio delle impronte digitali e non aveva dunque riportato alcun problema con le relative procedure. Tuttavia, Amnesty International ha anche raccolto numerose e coerenti denunce di trattamenti violenti: 24 persone intervistate da Amnesty International hanno denunciato di essere state sottoposte a tortura o altri maltrattamenti da parte della polizia, mentre diverse altre persone hanno raccontato di essere state sottoposte a un uso della forza non necessario o sproporzionato, in diverse città, nel tentativo di costringerle a dare le impronte digitali. Tra le vittime, per lo più sudanesi, c'erano donne e minori non accompagnati. Tutti hanno dichiarato che gli abusi erano stati perpetrati dalla polizia italiana, sia negli hotspot, che in altri centri di accoglienza, che in uffici di polizia in tutto il paese”. Amnesty International, *Hotspot Italia*, cit., 18.

principio di legalità e lo Stato di diritto, non solo comportano la violazione del diritto alla libertà personale degli stranieri, ma anche l'impossibilità di far valere in sede giudiziale le lesioni subite.

Sebbene tutti coloro che lavorano o semplicemente si interessano seriamente all'immigrazione siano consapevoli dell'illegittimità di quanto accade nella prassi, lo straniero non può di fatto far valere alcun suo diritto in queste circostanze. Ad eccezione della possibilità di presentare ricorso alla CEDU, che ha difatti, appurato la violazione dell'art. 5 nel caso Khlaifia, le possibilità di tutela giurisdizionale per lo straniero che venga sottoposto a tali limitazione della libertà sono praticamente inesistenti, a causa ad esempio dell'impossibilità di mettersi in contatto con un legale durante la permanenza nell'hotspot, ma anche e soprattutto per la mancanza di provvedimenti ufficiali che dispongono il trattenimento, contro cui sarebbe possibile ricorrere alle autorità giurisdizionali. La prassi dunque spesso non solo è immune dalla legge, ma anche dalla giurisprudenza, almeno quella nazionale.

La presenza di restrizioni della libertà personale non fondate sulla legge non è certamente l'unica prassi illegittima applicata dalla pubblica amministrazione³⁵⁵, ma è certamente tra le più generalizzate, risapute e gravi violazioni dei diritti degli stranieri. Per questo motivo la novella legislativa che è intervenuta a sanare la pratica del trattenimento negli hotspot potrebbe essere salutata con favore.

Difficile tuttavia leggere questo come un intervento del legislatore a tutela dei diritti fondamentali dello straniero, atteso da una parte il contesto politico che fa da sfondo al decreto, e dall'altra, l'ottica securitaria privilegiata dalle altre norme previste dalla novella. Più verosimile sembrerebbe inquadrare tale intervento tardivo in un'ottica difensiva rispetto alle decisioni dei giudici, in considerazione dei segnali lanciati dalla Corte di Strasburgo (Khlaifia).

Certamente è presto per verificare quale applicazione verrà data nella prassi (ma anche nella giurisprudenza) alla nuova normativa. Quello che può essere utile sin da ora tenere a mente è che lo studioso non può e non deve fermarsi alla sola analisi della legge, corredata tutt'al più dalla giurisprudenza, ma deve alzare il naso dai libri per verificare se il Rule of law sia davvero rispettato nella prassi.

³⁵⁵ Cfr. ad esempio le lettere inviate dall'ASGI ad alcune questure (<https://www.asgi.it/notizie/asgi-naga-e-avvocati-per-niente-contro-le-prassi-illegittime-della-questura-di-milano/> e <https://www.asgi.it/notizie/ricipienti-asilo-bologna-questura/>) e i report (CODA, Chi fa la legge? Pubblica amministrazione e diritto d'asilo C.O.D.A. - Diario 2013/2014, su <http://www.cestim.it/argomenti/28rifugiati/2015-02-Chi-fa-la-legge.-Pubblica-Amministrazione-e-diritto-di-asilo.pdf>; CODA, Diritto di asilo. Regole ed eccezioni nella prassi della Pubblica Amministrazione. Il monitoraggio di Coda sul territorio di Roma, ottobre 2015, su <https://codadirittoasilo.files.wordpress.com/2015/11/coda-rapporto-finale-ottobre-2015.pdf>; CODA, Diritto di asilo. Regole ed eccezioni nella prassi della Pubblica Amministrazione. Il monitoraggio di Coda sul territorio di Roma, ottobre 2015, su <https://codadirittoasilo.files.wordpress.com/2015/11/coda-rapporto-finale-ottobre-2015.pdf>; Rete legale per i migranti in transito: report 2017, su <http://radicaliroma.it/rete-legale-per-i-migranti-in-transito-report-2017/>)

5.1 Le misure restrittive della libertà personale degli stranieri nella normativa italiana

Dopo avere analizzato la giurisprudenza relativa alla libertà dello straniero e osservato la prassi, si svolgerà una breve analisi della disciplina italiana relativa alle misure restrittive della libertà degli stranieri, evidenziandone al contempo i profili più critici. Sebbene giurisprudenza e prassi influenzino enormemente l'applicazione della disciplina in tema di libertà personale dello straniero, infatti, alcune problematiche devono la propria origine alla legge stessa, piuttosto che alla sua più o meno corretta interpretazione e applicazione.

Le misure restrittive della libertà cui ci si riferirà qui sono quelle di cui possono essere destinatari solo gli stranieri in quanto tali. Si ometterà, dunque, di trattare della sanzione detentiva, quando prevista per reati comuni, che solo eventualmente può essere diretta a cittadini stranieri. Diverso sarebbe il discorso per i reati propri degli stranieri quali quello di ingresso e soggiorno irregolare (art. 10 bis d. lgs. 286/98), che rientrerebbero nel nostro ambito di indagine, se per essi fosse prevista una sanzione detentiva. In effetti la pena detentiva è prevista dall'art. 13, comma 13 e 13 bis per la violazione del divieto di reingresso dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, per la discussione della quale si rinvia al §3.2, a proposito della sentenza Celaj in cui la Corte di Giustizia dell'UE ha giudicato la detenzione compatibile con la direttiva rimpatri³⁵⁶.

Le figure non penali che incidono sulla libertà personale dello straniero sono il trattenimento e l'accompagnamento coattivo alla frontiera: entrambe costituiscono delle modalità esecutive dei provvedimenti ablativi³⁵⁷ – delle espulsioni e dei respingimenti differiti il primo, delle sole

³⁵⁶ Le ulteriori figure di reato previste dal T. U Imm. e, in particolare, quelle che solo gli stranieri possono commettere sono, oltre quella dell'art. 10 bis e dell'art. 13, comma 13 e 13 bis, sono la violazione delle misure disposte dal questore in caso di concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, comma 5.2), la violazione delle misure alternative al trattenimento (art. 14, comma 1 bis), l'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore (art. 14, comma 5 ter e quater). Tutte queste fattispecie sono punite esclusivamente con la sanzione pecuniaria, ma si noti che la pena della reclusione era prevista in origine per l'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, poi modificata dalla l. 129/2011 in seguito alla sentenza El Dridi della Corte di Giustizia dell'UE che l'aveva ritenuta incompatibile con la direttiva rimpatri (cfr. *supra* §3.2).

³⁵⁷ Le ulteriori modalità di esecuzione dei provvedimenti ablativi sono l'ordine del questore di abbandonare il t.n. entro 7 giorni (art. 13, co. 5, 5.1 e 5.2) – applicabile anche ai respingimenti differiti – e la concessione di un termine per la partenza volontaria (art. 14, co. 5 bis) – non applicabile ai respingimenti. Sebbene la concessione del termine per la partenza volontaria sia l'unica modalità esecutiva dell'espulsione in forma non coattiva, in caso di espulsione con accompagnamento alla frontiera, vi sarebbe la possibilità di disporre misure alternative al trattenimento (consegna del passaporto, obbligo di dimora, obbligo di presentazione periodica presso un ufficio della forza pubblica) ai sensi del comma 1-bis dell'art. 14, nel caso in cui lo straniero sia in possesso di un passaporto o di un documento equipollente e l'espulsione non sia disposta per uno dei motivi di sicurezza. Ciò significa che, escluse le espulsioni per motivi di

espulsioni il secondo. Alcuni cenni saranno dedicati anche al respingimento, cioè l'atto con il quale la polizia di frontiera respinge gli stranieri privi dei requisiti per l'ingresso nel territorio dello Stato immediatamente o subito dopo l'ingresso. In taluni casi, si vedrà, anche il respingimento può comportare una limitazione della libertà personale.

5.1.1 Il trattenimento

Si è detto che in Italia la c.d. detenzione amministrativa è chiamata 'trattenimento'; si è detto anche che il diverso termine non incide sulla classificazione del trattenimento tra le misure restrittive della libertà personale e che, anzi, esso corrisponde, non solo ad una limitazione, ma ad una privazione della libertà. Resta ora da vedere quali siano le ipotesi di trattenimento previste dalla normativa italiana e quale la loro disciplina.

La prima di tali ipotesi è il trattenimento finalizzato al rimpatrio che è disposto nei confronti degli stranieri destinatari di un provvedimento di espulsione con accompagnamento immediato³⁵⁸ o di respingimento (art. 10, comma 2) ed è previsto come una delle modalità di esecuzione dei provvedimenti ablativi (le altre modalità sono l'accompagnamento immediato alla frontiera e la concessione di un termine per la partenza volontaria). Il trattenimento nei Centri di permanenza per i rimpatri in questo caso, ai sensi dell'art. 14, comma 1, è disposto dal questore con apposito decreto motivato "quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, a causa di situazioni transitorie che

pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), oppure per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1), oppure per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale (art. 3. L. 155/2005), che, si è detto, sono numericamente molto minori rispetto alle altre, non sarebbe ipotizzabile, secondo il legislatore, in mancanza di un documento, una misura alternativa al trattenimento – dunque con una minore incidenza sul diritto di libertà – altrettanto efficace. In ogni caso, nella prassi, questo istituto è sostanzialmente ignorato e disapplicato.

³⁵⁸ L'art. 13, comma 4 elenca le ipotesi in cui si procede all'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Si tratta:

- a) delle espulsioni per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c)), oppure per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1), oppure per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale (art. 3. L. 155/2005);
- b) dei casi in cui sussiste il rischio di fuga ai sensi dell'art. 13, co. 4 bis (mancato possesso del passaporto o documento equipollente in corso di validità, mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio, avere in precedenza attestato false generalità, non avere ottemperato all'obbligo di allontanarsi nel termine concesso per la partenza volontaria, avere violato il divieto di reingresso nei casi di espulsione effettivamente eseguita in precedenza, ovvero non avere ottemperato all'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14, co. 5 bis, o ancora avere violato le misure imposte all'atto dell'applicazione delle misure alternative al trattenimento ai sensi dell'art. 14, co. 1 bis, avere violato le misure imposte a garanzia dell'adempimento nel termine concesso per la partenza volontaria);
- c) dei casi in cui la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta;
- d) del caso in cui sia stato violato, senza giustificato motivo, il termine per la partenza volontaria;
- e) del caso in cui siano state violate le misure imposte a garanzia dell'adempimento nel termine per la partenza volontaria oppure quelle disposte in alternativa al trattenimento;
- f) delle espulsioni a titolo di sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale;
- g) del caso in cui lo straniero non abbia chiesto espressamente la concessione del termine per la partenza volontaria.

ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento [...] Tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre a quelle indicate all'articolo 13, comma 4-bis, 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". Mentre all'epoca in cui l'istituto del trattenimento fu introdotto in Italia, le espulsioni coattive costituivano l'eccezione e la regola era costituita dall'obbligo di recarsi alla frontiera entro 15 giorni, già nel 2002 con la riforma Bossi-Fini (l. 189/2002) fu introdotta la regola dell'immediata esecutività di tutte le espulsioni in forma coattiva e il trattenimento amministrativo divenne la regola. Da allora, la disciplina del trattenimento è rimasta sostanzialmente invariata, poiché le uniche modifiche hanno riguardato la durata del trattenimento (in origine 30 giorni, diventarono 60, per poi passare prima a 12 e poi a 18 mesi e, attualmente scendere nuovamente a 90 giorni, prorogabili di ulteriori 15 giorni, previa convalida da parte del giudice di pace, nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio³⁵⁹) e la denominazione dei centri (– da Centri di permanenza temporanea e di accoglienza – CPTA – a Centri d'identificazione ed espulsione – CIE – a Centri di permanenza per i rimpatri – CPR).

Si noti che secondo la disciplina dell'UE il trattenimento dovrebbe costituire l'*extrema ratio* ed essere adottato solo nei casi in cui sussista il rischio di fuga o lo straniero eviti oppure ostacoli la preparazione del rimpatrio (art. 15, §1, Direttiva 2008/115/CE). Malgrado ciò, la normativa italiana, prevedendo che il termine per la partenza volontaria sia concesso solo su richiesta dell'espellendo e disponendo una nozione molto ampia di 'rischio di fuga', di fatto rende il trattenimento la scelta di default.

Il trattenimento deve essere comunicato dal questore del luogo in cui si trova il centro al giudice di pace territorialmente competente senza ritardo e comunque entro 48 ore. L'udienza di convalida si svolge in camera di consiglio alla presenza necessaria di un difensore. L'interessato deve essere tempestivamente avvertito e condotto nel luogo dove si tiene l'udienza che ai sensi del comma 5 ter dell'art. 13 è fornito dalle stesse questure e generalmente è situato all'interno del CPR³⁶⁰. È altresì prevista la presenza di un interprete all'udienza. Il giudice deve provvedere alla convalida entro le 48 ore successive con decreto motivato, verificata l'osservanza dei termini e la sussistenza dei requisiti previsti dagli articoli 13 e 14³⁶¹, pena la cessazione di qualsiasi effetto del provvedimento. La convalida, se disposta, comporta la permanenza nel centro per 30 giorni complessivi, salvo che il

³⁵⁹ Il d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, ha nuovamente innalzato il termine massimo di durata del trattenimento a 180 giorni.

³⁶⁰ Sulle critiche relative al fatto che l'udienza di convalida si svolga nei locali del CPR cfr. *supra* §2.2.

³⁶¹ Sulla competenza del giudice di pace in sede di convalida cfr. *supra* §2.2.

giudice non disponga, su richiesta del questore, una proroga di ulteriori 30 giorni, nel caso in cui vi siano gravi difficoltà relative all'accertamento dell'identità, della nazionalità o all'acquisizione dei documenti per il viaggio. Ulteriori proroghe possono essere richieste nel caso in cui emergano elementi che rendano probabile l'identificazione e l'organizzazione del rimpatrio, purché non venga comunque superato il termine massimo di 90 giorni³⁶².

La seconda ipotesi di trattenimento è quella del richiedente asilo, prevista già dall'art. 21 del d. lgs. 25/2008, ancorché tale tipo di trattenimento fosse al tempo raramente applicato, è stata confermata dall'art. 6 del d. lgs. 142/2015 che dispone che il richiedente asilo possa essere trattenuto all'interno dei CPR, sulla base di una valutazione caso per caso. Sebbene il richiedente asilo, in quanto tale, sia in possesso di un regolare, seppur temporaneo, titolo di soggiorno e la disciplina europea preveda che la regola debba essere quella della libera circolazione del richiedente e che non si possa trattenerlo al solo fine di esaminare la sua domanda, il trattenimento è previsto dalla normativa italiana nei seguenti casi: a) vi è serio motivo di sospettare che abbiano commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante prima di essere ammesse come rifugiati, o che si siano resi colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite; b) il richiedente è destinatario di un provvedimento di espulsione per motivi di pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c), oppure per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1), oppure per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale (art. 3. L. 155/2005); c) il richiedente costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica; d) sussiste rischio di fuga. Infine un'ulteriore ipotesi di trattenimento è prevista nel caso in cui lo straniero si trovi già all'interno del CPR in quanto destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento, e vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda sia stata presentata al solo scopo di ritardarne o impedirne l'esecuzione. Mentre dunque le prime tre ipotesi di trattenimento si riferiscono a casi in cui si può ritenere probabile la sussistenza di un interesse alla sicurezza che prevale sul diritto di libertà del richiedente, per il caso in cui vi sia semplice rischio di fuga, si noti che il d. lgs. 142/2015 dà una diversa nozione di rischio di fuga rispetto a quella del d. lgs. 286/98, integrato, nel caso in cui il richiedente abbia fatto sistematico ricorso alle false generalità per impedire l'adozione o l'esecuzione del rimpatrio, ovvero abbia violato degli obblighi disposti a garanzia di misure alternative o un divieto di reingresso. Sebbene si tratti di una definizione più precisa che esclude il

³⁶² Nel caso in cui lo straniero sia già stato trattenuto in carcere per un periodo di almeno 90 giorni, il trattenimento nel CPR non può superare i 30 giorni, eventualmente prorogabili di ulteriori 15, poiché le procedure di identificazione possono essere avviate già durante la detenzione carceraria. Si tratta di una novità introdotta dalla l. 46/2017. Si ricorda che il d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, ha nuovamente innalzato il termine massimo di durata del trattenimento a 180 giorni.

caso in cui lo straniero non sia in possesso di passaporto (condizione obbligata per il richiedente asilo che deve consegnare il passaporto, se ne è in possesso, alla polizia al momento della presentazione della domanda di protezione internazionale) e specifica che non sono sufficienti le false allegazioni ma deve esservi un sistematico ricorso, teleologicamente orientato ad evitare l'allontanamento, non sembra possano armonicamente convivere nel sistema due diverse nozioni di rischio di fuga, in assenza apparentemente di qualsivoglia *ratio*. Un ulteriore profilo di differenza, ma si potrebbe dire di disparità, tra i due istituti è che la durata massima del trattenimento, mentre per lo straniero in attesa di rimpatrio è di 90 giorni³⁶³, per il richiedente asilo è di 12 mesi. Il trattenimento è infatti previsto per il tempo strettamente necessario all'esame della domanda – che si svolge secondo la procedura accelerata prevista dall'art. 28 bis, d. lgs 25/2008 – e non è possibile prorogarlo a causa di eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente. Tuttavia è previsto che, se il richiedente asilo trattenuto presenta ricorso giurisdizionale avverso la decisione di rigetto della Commissione territoriale ai sensi dell'articolo 35-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, il Tribunale può prorogare il trattenimento nel CPR per periodi di 60 giorni, fino all'adozione della decisione giudiziale, comunque fino a un massimo di 12 mesi.

L'art. 6, d. lgs. 142/2015 richiama, per quanto compatibile l'art. 14 d. lgs. 286/98, comprese le misure alternative di cui al comma 1-bis del medesimo articolo 14; tuttavia, competente per la convalida del trattenimento del richiedente asilo è la sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea del Tribunale. Poiché l'udienza si svolge in questo caso normalmente all'interno del Tribunale, il legislatore ha previsto al comma 5 che “la partecipazione del richiedente all'udienza per la convalida avviene, ove possibile, a distanza mediante un collegamento audiovisivo, tra l'aula d'udienza e il centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 nel quale egli è trattenuto. Il collegamento audiovisivo si svolge [...] in ogni caso, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto. È sempre consentito al difensore, o a un suo sostituto, di essere presente nel luogo ove si trova il richiedente. Un operatore della polizia di Stato appartenente ai ruoli di cui all'articolo 39, secondo comma, della legge 1° aprile 1981, n.121, è presente nel luogo ove si trova il richiedente e ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. Egli dà atto dell'osservanza delle disposizioni di cui al quinto periodo del presente comma nonché, se ha luogo l'audizione del

³⁶³ Il d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, ha innalzato il termine massimo di durata del trattenimento a 180 giorni

richiedente, delle cautele adottate per assicurarne la regolarità con riferimento al luogo ove si trova. A tal fine interpella, ove occorra, il richiedente e il suo difensore. Delle operazioni svolte è redatto verbale a cura del medesimo operatore della polizia di Stato”. Se in questo caso maggiori garanzie derivano dal fatto che l’udienza si svolga nei locali del Tribunale, certamente desta preoccupazione che prevalgano ancora una volta le esigenze organizzative (pur di non trasferire il richiedente asilo nell’aula di Tribunale, si predispone un collegamento audiovisivo) su quelle garantiste: è presumibile, infatti che, nel caso in cui il trattenuto debba essere ascoltato dal giudice, tenendo in conto che è un richiedente asilo e considerando le difficoltà dovute alla lingua e alla scarsa comprensione del sistema, il trovarsi all’interno del centro, eventualmente alla sola presenza di un operatore della polizia, incida fortemente sulla sua audizione.

Infine, un’ultima ipotesi di trattenimento è stata da ultimo prevista dal d.l. 13/2017, convertito dalla l. 46/2017 che ha introdotto nel T.U. Imm. l’art 10 ter: stabilendo un’ulteriore ipotesi di rischio di fuga nel caso in cui lo straniero si rifiuti in maniera reiterata di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici all’ingresso del territorio nazionale, di fatto prevede una diversa ipotesi di trattenimento slegata dall’essere destinatario di un provvedimento di espulsione o richiedente asilo e verosimilmente dalla finalità stessa di rimpatrio, tanto che è previsto che lo stesso cessi nel caso in cui vengano meno le esigenze di identificazione. La durata di tale trattenimento non può superare i 30 giorni; tuttavia la norma tace sulla sorte dello straniero che, trascorsi i 30 giorni, non si sia ancora fatto identificare. Ancora una volta si prevede che il questore debba decidere del trattenimento secondo una valutazione caso per caso che dovrebbe guidare anche il giudice (Tribunale se lo straniero ha presentato richiesta di protezione internazionale, altrimenti la competenza è del giudice di pace) in sede di convalida. Tuttavia, anche a prescindere dai dubbi relativi a quale possa essere la concreta portata dell’aggettivo ‘reiterato’, sembrerebbe di trovarsi in presenza di una presunzione di sussistenza del rischio di fuga che secondo alcuni, trasformerebbe la garanzia giurisdizionale in una *fictionis*³⁶⁴.

Il d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, ha modificato la disciplina del trattenimento, innalzandone nuovamente il termine massimo di durata a 180 giorni e introducendo due nuove ipotesi di trattenimento, ai sensi del comma 3-bis dell’art. 6, d.lgs. 142/2015, per la determinazione o la verifica dell’identità o della cittadinanza del richiedente

³⁶⁴ A. MANGIARACINA, Una «nuova» forma di detenzione per l’identificazione dei migranti. Note a margine del d.l. n. 13/2017, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 594-595.

asilo, e ai sensi dell'art. 13, comma 5 bis, d. lgs. 286/98, nelle more della convalida dell'accompagnamento immediato alla frontiera.

La prima ipotesi di trattenimento potrà avvenire in appositi locali presso le strutture di cui all'articolo 10-ter, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 – gli hotspot o i Centri governativi di prima accoglienza (CARA o hub) – per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, salva la possibilità di trattenere ulteriormente il richiedente asilo con le modalità previste dal comma 5 dello stesso art. 6, all'interno del CPR, per un periodo massimo di 180 giorni.

La seconda ipotesi di trattenimento può essere disposta quando nell'attesa della definizione del procedimento di convalida dell'accompagnamento alla frontiera per mezzo della forza pubblica, “non vi sia disponibilità di posti nel CPR ubicato nel circondario del Tribunale competente. In questo caso il giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, può autorizzare la *temporanea permanenza* dello straniero, sino alla definizione del procedimento di convalida, in *strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza*, o dopo l'udienza di convalida, in *locali idonei presso l'ufficio di frontiera* interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida. Le strutture ed i locali di cui ai periodi precedenti garantiscono condizioni di trattenimento che assicurino il rispetto della dignità della persona” (corsivo mio).

Il trattenimento all'interno del CPR nell'attesa della convalida dell'accompagnamento alla frontiera era già previsto dall'art. 13, comma 5-bis: le novità introdotte in questa disposizione dal d.l. 113/2018 dunque riguardano in primo luogo la possibilità che tale trattenimento – di ciò si tratta, malgrado la lettera della disposizione parli di ‘temporanea permanenza’ – avvenga in luoghi diversi dal CPR e, in particolare in strutture idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza: la genericità di questa indicazione tuttavia è stata censurata, già prima della conversione in legge del decreto, dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il quale ha affermato la necessità di predeterminare tali luoghi e i rispettivi criteri di idoneità al fine di evitare “‘zone d'ombra’ prive di tutela effettiva e potenzialmente esposte al rischio di arbitri e abusi”³⁶⁵. Nonostante tali rilievi critici siano giunti anche da parte del CSM³⁶⁶, la disposizione è rimasta invariata nella legge di conversione n. 132/2018.

In secondo luogo, una nuova ipotesi di trattenimento temporaneo che può avvenire in locali idonei presso gli uffici di frontiera è stata introdotta per la fase successiva all'udienza di convalida e in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione, previa autorizzazione del giudice di pace e

³⁶⁵ Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, 12.

³⁶⁶ Consiglio Superiore della Magistratura, Parere della VI Commissione, Odg. 1425 - Ordinario del 21 novembre 2018.

per un periodo massimo di quarantotto ore. Si noti che in entrambe le ipotesi, oltre a svolgersi in locali non meglio individuati, il trattenimento può essere disposto sulla base della sola indisponibilità di posti nel CPR ubicato nel circondario del Tribunale competente.

5.1.2 L'accompagnamento alla frontiera

Nel caso in cui lo straniero sia provvisto di passaporto e vi sia la disponibilità del vettore, il questore adotta un provvedimento ai sensi dell'art. 13, comma 5 bis, con il quale dispone l'accompagnamento alla frontiera e lo comunica immediatamente o comunque entro 48 ore al giudice di pace per la convalida dell'accompagnamento. La convalida si svolge secondo le stesse modalità già viste per il trattenimento. Ciò che rileva qui ricordare è che anche il semplice accompagnamento coattivo alla frontiera, in assenza di trattenimento, incide sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione, come opportunamente ha precisato la Consulta nella sentenza n. 105/2001.

Si è già detto *supra* della possibilità introdotta dal d.l. 113/2018 di trattenere lo straniero successivamente alla convalida dell'accompagnamento, nell'attesa dell'esecuzione dello stesso, presso gli uffici della frontiera, ai sensi dell'art. 13, comma 5-bis, del testo unico.

5.1.3 Il respingimento

Il respingimento è disciplinato dall'art. 10 del d.lgs. 286/98 che ne prevede due tipi: al primo comma si dispone il c.d. respingimento immediato in base al quale “la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato”. Si tratta di un provvedimento che viene eseguito immediatamente dalla polizia di frontiera, per cui allo straniero è impedito l'ingresso nel territorio dello Stato, ma che comunque deve essere scritto e motivato ai sensi dell'art. 13, par. 2 del Codice frontiere Schengen. Esso deve essere consegnato all'interessato eventualmente con una sintesi in una lingua a lui comprensibile e deve recare le indicazioni relative alle modalità di impugnazione (art. 3, comma 3, D.P.R. n. 394/1999). In questo caso, poiché non vi è un vero e proprio ingresso

nello Stato, non vi è neanche un accompagnamento coattivo alla frontiera ed è il vettore che ha portato lo straniero alla frontiera ad avere l'obbligo di ricondurlo nel Paese di provenienza³⁶⁷.

Il comma 2 dell'art. 10 dispone invece la possibilità di adottare un provvedimento di respingimento anche quando lo straniero sia in effetti già entrato nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera e sia fermato all'ingresso o subito dopo, o sia stato temporaneamente ammesso per necessità di pubblico soccorso: si tratta del c.d. respingimento differito. Il punto critico di questa disposizione risiede evidentemente nella vaghezza dell'espressione "subito dopo", essendo particolarmente difficile individuare dove, spazialmente, e quando, temporalmente, si collochi esattamente il 'subito dopo'. La questione rileva per la sovrapposibilità dei due istituti dell'espulsione disposta dal prefetto nei confronti dello straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, senza, appunto, essere stato respinto (art. 13, co. 2, lett. a), d. lgs. 286/98), e del respingimento differito. La scelta per l'uno o l'altro provvedimento, l'uno di competenza del prefetto, l'altro del questore, infatti, è sostanzialmente discrezionale, malgrado le modalità di esecuzione del provvedimento siano diverse: mentre l'espulsione *ex* art. 13, co. 2, lett. a), si è visto, non rientra tra quelle per cui è obbligatoriamente previsto l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, e dunque vale la regola generale per cui, ove richiesto, l'espulsione debba avvenire mediante partenza volontaria, il respingimento differito è sempre eseguito attraverso l'accompagnamento coattivo alla frontiera. Inoltre, la scelta per l'uno o l'altro dei due provvedimenti incide, oltre che sulle modalità di esecuzione, sulle conseguenze che ne derivano, dal momento che l'espulsione, a differenza del respingimento, è corredata da un divieto di reingresso.

Ma quello appena visto non è l'unico punto critico della disposizione: l'accompagnamento di cui si parla non è quello di cui all'art. 13, comma 4 (previsto per le sole espulsioni), di cui si è detto al paragrafo precedente (§5.1.2) e per il quale il comma 5-bis dell'art. 13 prevede la convalida giurisdizionale; l'art. 10 comma 2 dispone che il respingimento differito si esegua sempre con l'uso della forza, senza, tuttavia, prevedere il necessario controllo giurisdizionale sulla misura restrittiva della libertà, come richiesto dall'art. 13, comma 3 Cost. La questione è stata di recente affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 275/2017, nella quale la Consulta, pur dichiarando l'inaammissibilità della questione per difetto di rilevanza, ha riconosciuto "la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla

³⁶⁷ Si noti che anche il respingimento c.d. immediato ai sensi del primo comma dell'art. 10 può nella prassi constare di un trattenimento anche di diversi giorni nelle c.d. zone di transito che, pur risolvendosi in una privazione della libertà personale, non 'esistendo' secondo la legge, è sprovvista di qualsiasi garanzia (cfr. *infra* §4.2.1 e §4.2.2).

frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.”³⁶⁸.

La l. n. 132/2018 che ha convertito il d.l. 113/2018 è intervenuta sull'art. 10, aggiungendo il comma 2-bis che estende le procedure di convalida previste dall'art. 13 per l'accompagnamento alla frontiera anche al respingimento ai sensi dell'art. 10, comma 2. Tale modifica non era originariamente prevista nel decreto legge ed è stata inserita in sede di conversione attraverso un maxiemendamento proposto dal Governo alla Camera ed era stata sollecitata dalla Corte Costituzionale e raccomandata dal Garante nazionale nel proprio parere alla Commissione Affari Costituzionali del Senato.

5.2 Profili di dubbia legittimità del sistema italiano

Esposta per grandissime linee la normativa in tema di libertà personale dello straniero, svariati sono i profili che destano dubbi di legittimità rispetto all'art.13 della Costituzione. Si tratta di rilievi critici che non sono nuovi ma che assumono particolare rilievo nell'ambito di questa indagine perché delineano anche da parte del legislatore una poca attenzione nei confronti della libertà personale dello straniero che va a sommarsi a quella già evidenziata da parte della giurisprudenza e delle pubbliche autorità.

Prescindendo qui dal fare delle considerazioni generiche sull'aderenza al modello costituzionale – evidenziando, ad esempio, come il modello predisposto dal Costituente nell'art. 13, comma 3 della Costituzione fosse pensato in riferimento a misure come il fermo e l'arresto e non debba, dunque essere “disinvoltamente impiegato per disporre misure afflittive la cui durata può protrarsi per mesi”³⁶⁹ – o dal trattare di quelle critiche che assai spesso vengono mosse al sistema generale di gestione dell'immigrazione e dei rimpatri in particolare – che sottolineano la necessità di assegnare il ruolo di *extrema ratio* all'espulsione nel governo dell'irregolarità³⁷⁰, e al

³⁶⁸ Cfr. *supra* §2.5.

³⁶⁹ G. FILIPPETTA, La libertà personale, cit., 567.

³⁷⁰ Si veda esemplificativamente l'appello “per una legislazione della immigrazione giusta ed efficace” di Magistratura democratica, Magistrats européens pour la démocratie et les libertés, Movimento per la giustizia, La frontiera dei diritti. Il diritto della frontiera, in *Questione giustizia*, 2009, 237.

trattenimento nell'ambito dei rimpatri³⁷¹–, si esporranno analiticamente le questioni di dubbia legittimità della disciplina in oggetto in riferimento al secondo e terzo comma dell'art. 13 Cost.

5.2.1 La deroga alla riserva di giurisdizione

Per ragioni espositive oltre che logiche, conviene iniziare da quei dubbi di legittimità che si riferiscono al comma 3 dell'art. 13, il quale dispone una deroga alla riserva di giurisdizione prevista dal comma 2. Difatti, se la regola del comma 2 è che qualsiasi restrizione della libertà personale debba essere disposta “per atto motivato dell'autorità giudiziaria”, “in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge”, l'eccezione, disposta dal comma 3, è che l'autorità di polizia può adottare provvedimenti provvisori.

Le questioni di legittimità delle restrizioni qui in oggetto devono, pertanto, essere affrontate innanzitutto con riferimento al comma 3 perché, dal momento che la loro disciplina prevede che siano adottate dalla polizia, solo valutando preliminarmente la conformità ai requisiti previsti dal comma 3, si potrà affermare se la riserva di giurisdizione del comma 2 sia stata o meno rispettata. Si è visto, infatti, al §5.1 che tutte le restrizioni della libertà personale dello straniero si rifanno nella disciplina italiana al terzo comma dell'art. 13; perché queste siano legittimamente disposte dal questore, tuttavia, il comma 3 prevede diversi requisiti: eccezionalità, necessità, urgenza, tassatività, riserva di legge e convalida dell'autorità giudiziaria. Procediamo dunque alla verifica di tali requisiti.

Iniziando dalla valutazione della eccezionalità, necessità e urgenza, si rileva che tali caratteristiche si legano strettamente alla riserva di legge: è il legislatore a dovere prevedere tassativamente i casi in cui la polizia può sostituirsi all'autorità giudiziaria, ma sarà quest'ultima a motivare il proprio intervento appunto alla luce della situazione di eccezionale necessità ed urgenza che ne costituisce il fondamento. Se da una parte, quindi, i casi eccezionali di necessità ed urgenza devono essere predeterminati tassativamente dalla legge, nel senso che la stessa Corte costituzionale ha chiarito che non si potrebbe “certo parlare di ‘casi eccezionali di necessità ed urgenza’ a fronte di una normativa che, in nome della necessità ed urgenza ‘inducibili’, o meglio deducibili, dalla flagranza di reato, impone sempre l'arresto di polizia in presenza di essa, sì da farne una situazione talmente generalizzata”³⁷², dall'altra ciò stesso implica che “la stessa autorità di pubblica sicurezza debba motivare il provvedimento in relazione all'esistenza di situazioni di eccezionale necessità ed

³⁷¹ In verità tale esigenza è dettata già dalla direttiva rimpatri che governa la disciplina. Cfr. il documento di Magistratura democratica, Migranti, un documento in sette punti, 13 gennaio 2017.

³⁷² Corte costituzionale, sentenza n. 503/1989, punto 4 del Considerato in diritto.

urgenza”, di modo che, in sede di convalida, l’autorità giudiziaria possa valutare la legittimità dei presupposti. Si noti che per la Corte costituzionale, l’“eccezionalità” non indica solo il carattere particolarmente intenso della necessità ed urgenza richieste, né si collega alla rarità della fattispecie, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria (Corte cost. sentenza n. 64/1977). In ambito penale necessità ed urgenza invece andrebbero valutate con riferimento ai fini di conservazione delle prove, al rischio di fuga e alle qualità morali del soggetto (Corte cost. sentenza n. 173/1971), con l’avvertenza che solo quando vi sia un effettivo pericolo di fuga o di inquinamento delle prove, questi requisiti trovano realmente applicazione³⁷³. In tal senso la Corte costituzionale ha chiarito che la non automaticità e “il fatto stesso che tali misure siano qualificate dalla legge come facoltative obbliga sia il soggetto titolare del potere, sia il giudice della convalida, a verificare la ricorrenza in concreto della necessità ed urgenza dell’intervento” (Corte cost. sentenza n. 512/2002).

Verificare la corretta applicazione di tali presupposti alla disciplina della libertà dello straniero significa, in questa fase, osservare la normativa: si è già rilevato infatti come la valutazione di tali presupposti sia completamente assente nella giurisprudenza relativa alle convalide (§2.2, §2.3) e non è nella nostra disponibilità un numero sufficiente di provvedimenti della polizia da poter valutare (comunque essi generalmente si presentano uguali tra di loro e manchevoli di qualsiasi riferimento al caso individuale³⁷⁴).

L’art. 13, comma 4, T.U. Imm. prevede le ipotesi di espulsione con accompagnamento alla frontiera che legittimano sia l’accompagnamento coattivo, che il trattenimento ai sensi dell’art. 14, comma 1: si tratta prevalentemente di casi in cui vi è un pericolo per la sicurezza o in cui è lo straniero stesso ad avere posto in essere un comportamento che denota una qualche mala fede (violazione del termine per la partenza volontaria, o delle misure alternative, domanda di soggiorno manifestamente infondata o fraudolenta, ecc.) per cui, a seguito di una valutazione caso per caso, non sarebbe irragionevole ritenere sussistenti i requisiti della eccezionalità e della necessità. Due sono, invece, le ipotesi in cui tali presupposti risultano già in ipotesi dubbi: una è quella prevista dalla lettera g) del comma 4 – non avere espressamente richiesto la concessione del termine per la partenza volontaria – e l’altra è l’ampissima nozione di rischio di fuga prevista dall’art. 13, comma 4 bis. È possibile concedere il termine per la partenza volontaria quando non ricorrano le ipotesi di accompagnamento coattivo previste dal comma 4, solo su richiesta dell’interessato. A tal fine è prevista un’informativa mediante schede plurilingue prevista dall’art. 13, comma 5.1; tuttavia, i moduli adoperati dalle questure si limitano a chiedere se si intenda avvalersi di tale termine per la partenza volontaria,

³⁷³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 204.

³⁷⁴ Si veda in proposito: G. CAMPESI, G. FABINI, *La detenzione della «pericolosità migrante»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 515, in cui gli autori analizzano le modalità con le quali l’autorità amministrativa valuta la pericolosità e il rischio di fuga ai fini dell’esecuzione coattiva dell’espulsione.

senza spiegare le conseguenze di questa scelta che risulta, pertanto, rarissima. A prescindere dalla necessità di una corretta informativa che metta lo straniero nelle condizioni di compiere un'opzione consapevole, i requisiti dell'eccezionalità e della necessità non potrebbero essere soddisfatti dalla lettera g) del comma 4, poiché certamente è difficile considerare eccezionale una disposizione concepita in negativo non potrebbe considerarsi eccezionale e comunque non sembra corretto derivare la necessità della restrizione della libertà da una scelta (peraltro non consapevole) dell'espellendo.

Similmente a quanto detto per l'art. 13, comma 4, le ipotesi che integrano il rischio di fuga ai sensi dell'art. 13, comma 4-bis includono, oltre ad ipotesi in qualche modo riconducibili a comportamenti in mala fede dello straniero (violazione di misure alternative, inottemperamento all'obbligo di lasciare il t.n., ecc.), due ipotesi estremamente generali: il mancato possesso del passaporto o altro documento equipollente e la mancata documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio. Dal punto di vista dell'eccezionalità, la disposizione sembrerebbe legittima: tenendo presente che secondo la giurisprudenza della Consulta essa non comporta la rarità della fattispecie, ma solo il suo porsi al di fuori della regola, sarebbe forzato affermare che sia la regola per uno straniero non possedere un passaporto o la disponibilità di un alloggio. Certamente si tratta di un'ipotesi molto frequente, ma questo non vale a farne la regola³⁷⁵. Dubbi più fondati possono emergere invece rispetto al presupposto della necessità e dell'urgenza: appunto perché non si tratta di un'eventualità sporadica, in molti casi potrebbero rivelarsi altrettanto efficaci misure alternative meno coercitive. Invece, la presenza di una qualsiasi delle circostanze elencate dall'art. 13, comma 4-bis, comporta l'esecuzione tramite accompagnamento alla frontiera, senza che sia lasciato in effetti all'autorità di polizia la discrezionalità nel motivare o meno la necessità della coazione.

Un discorso a parte merita l'ipotesi che lo straniero abbia in precedenza attestato false generalità: sebbene a prima vista riconducibile ad un comportamento colpevole dello straniero, l'eccessiva vaghezza di tale ipotesi si coglie nel confronto con l'altra definizione di rischio di fuga presente nel nostro ordinamento, quella disposta dal d. lgs. 142/2015 in riferimento al richiedente asilo. L'art. 6, comma 2, lettera d) del d. lgs. 142/2015 afferma infatti che "la valutazione sulla sussistenza del rischio di fuga è effettuata, caso per caso, quando il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare

³⁷⁵ Ciò è vero solo nel caso in cui la polizia effettivamente svolga una valutazione individuale: in tal senso Cornelisse, in tema di detenzione dei richiedenti asilo, in seguito ad una pronuncia di una corte olandese in cui si affermava che il fatto che un richiedente asilo fosse trattenuto sulla base di requisiti che si possono applicare a quasi tutti i richiedenti non significa che quei requisiti di per sé non siano sufficienti a giustificare la detenzione in un caso individuale, criticava questa linea di ragionamento, sostenendo che essa porta a legittimare la detenzione di un individuo solo in quanto appartenente ad un determinato gruppo sociale. G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights*, cit., 24.

l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione [...]”³⁷⁶. La dichiarazione di false generalità pertanto non solo deve essere reiterata – si noti che è comunissimo che gli stranieri dichiarino nomi e cognomi diversi da quelli presenti sui documenti ufficiali e ciò può essere dovuto a innumerevoli ragioni, anche solo di mancata comprensione – ma deve anche essere teleologicamente orientata ad evitare un provvedimento di espulsione. Proprio nella comparazione delle due nozioni si coglie l'assenza dei requisiti di eccezionalità, necessità e urgenza della disposizione di cui all'art. 13, comma 4-bis, non potendosi le differenze tra le due norme ragionevolmente giustificare in ragione del diverso status dello straniero, richiedente asilo o meno.

Ulteriore disposizione la cui compatibilità con i requisiti di eccezionalità, necessità e urgenza desta qualche dubbio è quella dell'art. 10, comma 2, che disciplina il c.d. respingimento differito. Delle difficoltà di individuare spazialmente e territorialmente il ‘subito dopo’ già si è detto, così come del rischio tutt'altro che astratto che l'autorità amministrativa possa decidere discrezionalmente se disporre il provvedimento di cui all'art. 10, comma 2 o quello dell'art. 13, comma 2, lettera a). Il profilo che qui ulteriormente rileva è la palese mancanza del requisito della necessità che tale sovrapposibilità tra i due istituti denota. Difatti, malgrado i presupposti di applicazione dei due provvedimenti, si è visto, siano molto simili, l'espulsione di cui all'art. 13, comma 2, lettera a) non rientra tra quelle per le quali è previsto l'accompagnamento alla frontiera, al contrario del respingimento differito. Se per il respingimento fosse effettivamente necessario e urgente disporre l'accompagnamento alla frontiera, altrettanto dovrebbe esserlo nel caso di espulsione dello straniero entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera.

La disposizione dell'art. 10, comma 2 sembra, alla luce delle considerazioni già svolte, censurabile anche sotto l'ulteriore profilo della tassatività, per la quale deve essere assicurata la certezza del diritto, evitando qualsiasi rischio di arbitrarietà dell'autorità amministrativa nel disporre la limitazione della libertà personale. La discrezionalità nella scelta dell'istituto da adoperare è dunque problematica e pone l'art. 10, comma 2 in conflitto con l'art. 13, comma 3, Cost. anche alla luce della tassatività.

La tassatività nella previsione dei casi nei quali l'autorità di polizia può adottare provvedimenti limitativi della libertà sembrerebbe carente anche con riferimento all'art. 14, comma 1, secondo cui il trattenimento può essere disposto “quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, a causa di *situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento* [...]”. Tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre a quelle

³⁷⁶ Chiaramente il presupposto della mancanza di passaporto non potrebbe applicarsi al richiedente asilo che ha l'obbligo di consegnarlo al momento in cui presenta domanda di protezione internazionale.

indicate all'articolo 13, comma 4-bis, 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". Non sembrano sufficientemente dettagliate, infatti, le situazioni transitorie che impediscono momentaneamente il rimpatrio che, come è intuibile, possono essere le più svariate e non solo potrebbero non dipendere affatto dallo straniero, cosicché questi non potrebbe evitarle, ma spesso non sarebbero da lui neanche preventivamente conoscibili. Infatti il successivo periodo del comma 1 enumera solo a scopo esemplificativo le necessità di soccorso o quelle organizzative, laddove una elencazione tassativa sarebbe stata più rispettosa del dettato costituzionale.

La disposizione dell'art. 10, comma 2, la cui problematicità è già stata evidenziata in riferimento ad altri profili e persino dalla Corte costituzionale³⁷⁷, viene in rilievo ancora una volta, sotto il profilo del mancato rispetto della riserva di giurisdizione del terzo comma dell'art. 13. Indipendentemente dai dubbi che può destare la scelta del legislatore di attribuire alla polizia il potere di disporre restrizioni della libertà personale degli stranieri, difatti, è indubbio che tali provvedimenti siano provvisori e debbano intendersi revocati e privi di ogni effetto in assenza della convalida dell'autorità giudiziaria³⁷⁸. Peraltro tale principio, che oggi può sembrare pacifico ad una prima analisi della disciplina in materia di libertà dello straniero, non è sempre stato così evidente: è stata la Corte costituzionale nella sentenza n. 105/2001 a chiarire che anche il semplice accompagnamento alla frontiera comportasse una restrizione della libertà personale e dovesse essere convalidato dall'autorità giudiziaria anche a prescindere dal trattenimento³⁷⁹. Tuttavia il legislatore sembrerebbe non avere imparato la lezione: malgrado il respingimento differito si esegua tramite accompagnamento coattivo alla frontiera, infatti, per esso non è prevista alcuna convalida giudiziaria. Il controllo del giudice è previsto solo eventualmente nel caso in cui, non essendo possibile eseguire immediatamente l'accompagnamento, lo straniero respinto sia trattenuto in un CPR. La questione è sostanzialmente analoga a quella affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 105/2001 e infatti analogamente l'ha risolta la Consulta con la sentenza n. 275/2017.

Infine, una preoccupazione di ordine sistematico riguarda più generalmente il fatto che tutte le restrizioni della libertà personale dello straniero previste dalla normativa siano considerate 'casi eccezionali di necessità ed urgenza' e, come tali, siano sempre disposte dall'autorità di polizia. Se è vero che la riserva di giurisdizione dell'art. 13, comma 3 non è una riserva "stretta", nel senso che

³⁷⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 275/2017. Cfr. §2.5.

³⁷⁸ La convalida del respingimento è stata previsto da ultimo dalla l. n. 132/2018 con l'inserimento del comma 2-bis all'art. 10 del testo unico.

³⁷⁹ Allora il legislatore intervenne al fine di evitare una preannunciata declaratoria d'incostituzionalità, ricorrendo alla decretazione d'urgenza (D.L. 51/2002, convertito in L. 106/2002).

non proibisce totalmente qualsiasi ingerenza di altre autorità³⁸⁰, e, per questo motivo, affermare l'assenza di eccezionalità all'interno della singola disposizione può sembrare a prima vista forzato, ad uno sguardo in una prospettiva più generale si avverte come la competenza dell'autorità di pubblica sicurezza rappresenti nella normativa sull'immigrazione la regola e non, come disporrebbe l'art.13, comma 3, della Costituzione, l'eccezione.

I rilievi svolti a proposito dell'assenza dei requisiti della eccezionalità, necessità e urgenza possono essere estesi anche alla nuova ipotesi di trattenimento del richiedente asilo prevista dal comma 3-bis dell'art. 6 del d. lgs. 142/2015, il cui unico presupposto è rappresentato dal non essere il richiedente in possesso di documenti di viaggio sicché debba esserne determinata o verificata l'identità o la cittadinanza. Si noti che l'assenza di documenti è una condizione connaturata all'essere richiedenti asilo (infatti, poiché gli stessi fuggono dal proprio Paese potrebbero avere uno specifico interesse a non portare con sé documenti di riconoscimento) e che l'art. 8, par. 1 della Direttiva 2013/33/UE vieta espressamente che si possa trattenere un richiedente asilo per il solo fatto di essere tale.

Come è stato illustrato precedentemente, inoltre, le critiche relative al mancato rispetto della riserva di giurisdizione dell'art. 10, comma 2, del testo unico sono venute meno in seguito all'introduzione del comma 2-bis, ad opera della l. n. 132/2018.

5.2.2 Riserva di legge e riserva di giurisdizione

Il secondo comma dell'art. 13, dopo avere affermato l'indifferenza rispetto alla qualificazione formale della restrizione della libertà personale (“forma alcuna di detenzione [...] né qualsiasi altra restrizione”: non rileva se la limitazione rientri o meno tra quelle elencate), stabilisce che le restrizioni debbano essere disposte “per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”.

In realtà, lo abbiamo appena visto, nessuna delle norme richiamate al §5.1, rispetta la riserva di giurisdizione del comma 2, poiché tutte le restrizioni della libertà personale dello straniero rientrerebbero tra i casi eccezionali di necessità e di urgenza in cui, alla competenza dell'autorità giudiziaria, si sostituiscono i poteri provvisori della pubblica sicurezza. Avendo già analizzato al paragrafo precedente i profili per i quali le restrizioni previste dalla disciplina legislativa in molti casi sarebbero più rispettose del dettato costituzionale ove fossero disposte, e non solo convalidate,

³⁸⁰ V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1992, 23.

dall'autorità giudiziaria, rimane ora da occuparci della riserva di legge che il comma 2 riferisce ai casi e ai modi: si tratta di una riserva assoluta di legge secondo cui la norma costituzionale attribuisce in via esclusiva alla legge (e agli atti ad essa equiparati) la disciplina delle limitazioni della libertà personale che è sottratta dunque alle fonti subordinate. Indipendentemente dall'interpretazione di tale riserva come rinforzata che taluna dottrina adotta (cfr. *supra* §1.2), è pacifico si tratti di una riserva assoluta che vincola alla legge la discrezionalità amministrativa.

Anche il comma 3 prevede una riserva di legge rispetto ai casi; rispetto a quella, il comma 2 menziona i 'modi' oltre che i 'casi'; ciò non significa che, se le restrizioni sono disposte ai sensi del comma 3, non opera la riserva di legge riferita ai 'modi' di cui al comma 2, per cui tratteremo qui unitamente le due ipotesi.

Per verificare il rispetto della riserva di legge deve essere innanzi tutto chiarito cosa si intenda per 'casi' e per 'modi': cercando di aderire il più possibile alla lettera della Costituzione – ma anche adottando un'interpretazione rispettosa della CEDU e della sua giurisprudenza – può considerarsi soddisfatta la riserva di legge riferita ai 'casi' solo quando i requisiti necessari perché sia disposta la restrizione siano previsti dalla legge in modo sufficientemente chiaro e dettagliato da scongiurare qualsiasi rischio di arbitrarità delle autorità. La riserva di legge sui 'modi' richiederebbe invece che ad essere dettagliatamente disciplinate dalla legge siano le modalità, le condizioni, i tempi e i luoghi di tali restrizioni³⁸¹.

Dal momento che la legge ha previsto (in maniera più o meno legittima a seconda dei casi) che tutte le misure restrittive della libertà degli stranieri possano essere adottate dall'autorità di polizia, si è già trattato al paragrafo precedente relativo al comma 3, dei 'casi'. Ci si può quindi focalizzare ora sul riferimento ai 'modi', che è uno dei profili in cui la disciplina è più carente.

L'unico riferimento alle modalità, in particolare relativamente al trattenimento, che si rintraccia nel T.U. Imm. è quello dell'art. 14, comma 2, secondo il quale "Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno". A prescindere dalla genericità della prima parte del comma 2 in cui si afferma il pieno rispetto della dignità, il richiamo alla libertà di corrispondenza e telefonica con l'esterno e l'obbligo di traduzione degli atti disposto dall'art. 2, comma 6, non possono certamente considerarsi esaustivi nella regolazione dei modi del trattenimento. Tale palese insufficienza si coglie nel confronto con la dettagliata disciplina dell'ordinamento penitenziario (l.

³⁸¹ Diversa è la distinzione che adopera Di Martino secondo cui "il riferimento costituzionale ai casi di trattenimento deve essere declinato in chiave spaziale, rispetto cioè alla definizione astratta di «luoghi» nei quali la compressione della libertà avviene; diversamente, i modi attengono al contenuto intrinseco della detenzione". A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione.*, cit., 33.

354/75) che ne stabilisce le condizioni generali, cosicché siano uniformi le caratteristiche degli edifici, il vestiario, l'igiene, l'alimentazione, ecc. Il fatto che il trattenimento nei CPR non attenga alla materia penale non giustifica il minore dettaglio nella disciplina delle modalità di una privazione della libertà comunque duratura. In effetti, una parziale disciplina dei CPR la si ritrova in fonti subordinate: innanzi tutto è l'individuazione stessa dei centri ad essere demandata dall'art. 14, comma 1, d. lgs. 286/98 a un decreto ministeriale; le modalità attinenti alla gestione della vita nel centro sono stabilite in apposite convenzioni con gli enti gestori dei CPR che però, oltre a non rispettare la riserva di legge, non sono conoscibili e determinano la totale eterogeneità delle condizioni tra un centro e l'altro. Infine, alcune prescrizioni in materia di modalità sono disposte nel regolamento di attuazione del centro (D.P.R. 394/99): peraltro l'art. 21, comma 8, del D.P.R. delega al prefetto, sentito il questore, l'adozione delle "disposizioni occorrenti per la regolare convivenza all'interno del centro, comprese le misure strettamente indispensabili per garantire l'incolumità delle persone, nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite, [...] in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del centro e delle direttive impartite dal Ministro dell'interno per assicurare la rispondenza delle modalità di trattenimento alle finalità di cui all'articolo 14, comma 2, del testo unico". Tutte le disposizioni relative alle modalità del trattenimento, ad esclusione del comma 2 dell'art. 14, dunque, sono contenute in fonti subordinate alla legge, in violazione della riserva di legge assoluta dell'art. 13, comma 2, Cost. Inoltre, non solo la disciplina della più grave tra le misure restrittive della libertà degli stranieri non rispetta la riserva di legge, non solo è insufficiente, essa non riesce nemmeno ad assicurare la certezza e l'omogeneità delle condizioni di trattenimento che variano enormemente tra i vari centri.

Problematiche relative all'indeterminatezza dei modi con cui può essere ristretta la libertà personale emergono anche con riferimento alla novella della l. 132/2018, in particolare laddove non sono sufficientemente determinati i locali in cui gli stranieri possono essere trattenuti ai sensi dell'art. 13, comma 5 bis, del testo unico: sebbene, infatti, la direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 preveda che il trattenimento possa essere disposto in luoghi diversi da quello all'uopo destinati, tali diversi locali devono essere tassativamente individuati dalla legge secondo quanto imposto dall'art. 13 Cost., non bastando a tal fine che la relazione tecnica indichi i locali a) già in uso alla PS per effettuare fermi, identificazioni, rilievo fotodattiloscopici, redazione e consegna

provvedimenti di rimpatrio e b) aeroporti internazionali da cui partono i voli internazionali di rimpatrio.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento al trattenimento ora previsto dall'art. 6, comma 3-bis, d. lgs. 142/2015 in riferimento sia all'indeterminatezza dei modi, che al rapporto con le altre ipotesi di detenzione del richiedente asilo, in particolare riguardo ai termini massimi di trattenimento.

Capitolo 6 Considerazioni conclusive

Un dato comune sembra emergere con chiarezza da queste analisi – della giurisprudenza, della normativa e della prassi – che, a prima vista, potevano sembrare slegate tra loro, ed è la poca consapevolezza di tutti gli attori – giudici, autorità amministrative e legislatore ma anche, più in generale la classe politica e l'opinione pubblica – di star affrontando questioni terribilmente incidenti su uno dei diritti fondamentali più preziosi, la libertà personale. Tale poca consapevolezza, o scarso interesse non ricorre in generale nei confronti della libertà personale, bensì si rileva unicamente quando in gioco vi sia la libertà personale dello straniero³⁸². Pur non mettendo in dubbio, infatti, il diritto dello Stato al controllo delle frontiere (o affermando un diritto universale di ingresso, come è stato fatto, ad esempio, da certa dottrina internazionalistica già in epoca molto risalente³⁸³) e senza spingersi a valutare la necessità o l'efficacia delle misure coercitive in tema di immigrazione, rimane ferma la necessità di rispettare e garantire il diritto di libertà degli stranieri, parimenti a quanto si fa per i cittadini, a prescindere dall'aver questi fatto ingresso irregolarmente o dall'aver o meno diritto a un titolo di soggiorno. Il tentativo di tirare alcune somme, dunque, non può che passare per la ricerca delle cause di tale disinteresse o poca attenzione.

Una prima considerazione con la quale si giustifica la necessità di un diverso trattamento degli stranieri nella limitazione della libertà personale, ma a volte anche nelle garanzie per essa apprestate, tradizionalmente, è l'emergenza. Si tratta di una contraddizione voluta: che l'emergenza sia una tradizione, infatti, non parrebbe logicamente possibile. La prospettiva emergenziale è invece diventata una costante della disciplina italiana in tema di immigrazione, in nome della quale si motivano continui interventi normativi privi di un disegno sistematico: si parla di numero eccezionale di sbarchi, numero eccezionale di richieste di asilo, numero eccezionale di irregolari presenti sul territorio, quando, guardando questi numeri non più attentamente, ma solo con animo sgombro da pregiudizi, e confrontandoli con quelli di altri Paesi europei, essi si rivelano tutt'altro che eccezionali. Ma non si tratta solo di numeri. Collocare l'immigrazione in una prospettiva emergenziale rende più agevole l'allargamento dell'area dell'eccezione – anche tramite l'assimilazione immigrato-terrorista –, la divaricazione tra la sicurezza oggettiva, vera e propria, e

³⁸² Qualche anno fa A. Pugiotto in tema di detenzione amministrativa avanzava un interrogativo: “Mi (e vi) domando: c'è qualche cittadino che sarebbe disposto a mettere in gioco la propria libertà personale all'esito di un simile rito?”. A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa»*, cit., 588.

³⁸³ P. FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Torino, Utet, 1915, 196; P. ONORATO, *Per uno statuto dello straniero*, in *Dem. e Dir.*, 1989, 303. In epoca più recente, parla di “esercizio da parte di milioni di esseri umani di una libertà (la libertà di emigrare) che le convenzioni internazionali riconoscono come diritto fondamentale”, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, *Relazione generale al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su «Lo Statuto costituzionale del non cittadino»*, in *AIC - Annuario 2009*, Jovene, Napoli, 2010, 18. *Contra*, A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, cit., 21.

la sicurezza (o l'insicurezza) percepita e diffusa e l'accettazione, per questo tramite, di misure che, promettendo la difesa "da aggressioni di nemici reali o potenziali"³⁸⁴, prescindono dal *rule of law*. Si pensi a Guantanamo, senza illudersi di essere immuni da questo tipo di degenerazioni in Italia, il "dominio della sragione" è dietro l'angolo³⁸⁵. Sebbene il confronto con Guantanamo possa sembrare eccessivo poiché le misure incidenti sulla libertà personale degli stranieri in Italia non giungono a quel livello di gravità, ciò che sembra accomunare le due situazioni è la prospettiva "*abyssal thinking*"³⁸⁶, che colloca lo straniero al di là della linea che divide ciò che è legale da ciò che è illegale, nello spazio al di fuori della legge (*lawless*). Non si intende qui portare alle estreme conseguenze questa impostazione, affermando che i centri di trattenimento degli stranieri siano dei luoghi di sospensione del diritto³⁸⁷, bensì semplicemente tentare di individuare tutte o alcune delle possibili cause per le quali trattamenti della libertà personale come quelli esaminati in questa ricerca, che allarmerebbero e scandalizzerebbero l'opinione pubblica, sarebbero censurati dalle autorità giudiziarie e comunque costituirebbero causa di imbarazzo per il legislatore se riferiti ai cittadini, avvengono senza alcuna remora alla luce del sole, in riferimento ai migranti.

Una relevantissima ragione per cui ciò accade è che la disciplina dell'immigrazione è una delle poche aree legali che attingono più alla logica della sovranità, che a quella dello Stato di diritto. È così che la sovranità dello Stato, specialmente quella territoriale³⁸⁸, dimentica di essersi trasformata in una sovranità costituzionale di diritto ("almeno nelle dichiarazioni di principio"³⁸⁹), torna ad esplicitarsi come sovranità assoluta, ignorando i diritti fondamentali delle persone che si presentano ai suoi confini territoriali e giuridici. Questo capovolgimento per il quale la legge si piega alle esigenze della politica viene subito sommessamente anche dalle corti che non rimangono immuni da quei *sovereign bias* a sfavore dei migranti³⁹⁰, che abbiamo potuto osservare nei capitoli 2 e 3. Si è detto, ma vale la pena ribadirlo, non si intende qui sostenere che lo Stato non sia sovrano

³⁸⁴ G. BASCHERINI, L'immigrazione e i diritti, in in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), I diritti costituzionali, vol II, cit., 421, 448.

³⁸⁵ L'espressione è di M. BARBERIS, Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo, Bologna, Il Mulino, 2017.

³⁸⁶ La teoria è di B.S. SANTOS, Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saber, in Revista Crítica de Ciências Sociais, 1978, 3, citato da K. CARDOSO, "Immigrants as Detainees": Some Reflections Based on Abyssal Thinking and Other Critical Approaches, in M.J. GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (eds.), Immigration Detention, Risk and Human Rights, cit., 199, che la applica alla detenzione dei migranti.

³⁸⁷ V. *supra* §1.3

³⁸⁸ Cfr. Cornelisse: "whereas sovereignty's decisional content as the exercise of jurisdiction over people within a given territory has always been limited by various constitutional discourses, sovereignty's territorial form, although a relative latecomer on the political stage, has remained substantially insulated against the usual forces of political and legal correction. Such inoculation of territorial sovereignty could only occur as a result of the reification of territoriality in modern political and legal imagery". G. CORNELISSE, Immigration detention and human rights, cit., 315.

³⁸⁹ Cfr. V. MILITELLO, A. SPENA, "La cruna dell'ago": il migrante fra mobilità e controllo, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione, Torino, Giappichelli, 2015, 8.

³⁹⁰ Parla di '*sovereign bias*', R. KOULISH, Sovereign Bias, Crimmigration, and Risk, in M.J. GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (eds.), Immigration Detention, Risk and Human Rights, cit., 1.

sui propri confini, né negare la correlazione tra cittadini e territorio³⁹¹, affermando un diritto di ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, che pure è punto cruciale, bensì affermare che tale correlazione non può e non deve portare ad un diverso metro di giudizio delle garanzie della libertà personale degli stranieri.

Alla radice di tale atteggiamento nei confronti della libertà personale degli stranieri vi è innanzitutto un 'razzismo istituzionale'³⁹²: secondo Ferrajoli, infatti, le norme sull'immigrazione esprimono volutamente l'immagine dell'immigrato come cosa, come non-persona – secondo la celebre espressione di Alessandro Dal Lago³⁹³ – perché questa è la rappresentazione che il legislatore intende trasmettere alla società di intere categorie di persone stigmatizzate come pericolose. Si tratta di un circolo vizioso perché da un lato l'immigrato, proprio perché riceve un trattamento deteriore nei diritti, viene avvertito (e si avverte) come diverso e inferiore; dall'altro questa percezione razzista legittima (anche ai suoi stessi occhi) la disuguaglianza e la discriminazione nei diritti.

Ma vi è anche un altro circolo vizioso, quello tra l'atteggiamento del legislatore (emergenziale, 'sovranista', razzista) e il sentimento dell'opinione pubblica: la percezione di pericolo e la richiesta di sicurezza che provengono dalla cittadinanza da una parte pretendono un intervento in senso securitario da parte delle autorità, dall'altra sono proprio dalla normativa (ma anche dai mezzi di informazione e più in generale dal linguaggio politico) in qualche modo alimentate. Ed è proprio la dinamica di questo circolo a permettere che la libertà personale degli stranieri riceva una tutela che ho tentato di dimostrare essere deteriore da parte di tutti gli attori statali, senza che ciò susciti alcuna remora. Un diverso trattamento della libertà degli stranieri può avvenire alla luce del sole soltanto perché lo straniero si colloca ancora nell'immaginario collettivo in una posizione estranea rispetto al sistema giuridico, "al di fuori di quegli schemi di comportamento che infondono serenità nelle relazioni umane in ragione della loro prevedibilità"³⁹⁴. La categoria della cittadinanza, che alle origini dello Stato moderno era stata veicolo di inclusione, annullando le differenze per nascita, si è trasformata, oggi, nell'ultimo dei privilegi, strumento giuridico di esclusione in un periodo di forti migrazioni³⁹⁵; così anche l'idea di nazione, che aveva operato come fattore di inclusione³⁹⁶. Ma oggi il migrante contribuisce a trasformare e declinare la

³⁹¹ Cfr. C. CORSI, *Ius migrandi*, sovranità statale e cittadinanza, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015, 15.

³⁹² L'espressione è di L. Ferrajoli: L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*. (Note a margine della legge n. 94/2009), in *Questione giustizia*, 5, 2009, 9, 17.

³⁹³ A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999.

³⁹⁴ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Milano, Cedam, 2011, 61.

³⁹⁵ L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione e di soggiorno*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004

³⁹⁶ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1996.

nostra stessa identità, è il nostro specchio³⁹⁷. È necessario allora un ripensamento del ruolo della cittadinanza in cui i confini territoriali esistono sì, ma non per delimitare un ordine sociale precostituito e statico in cui ciò che non vi appartiene fa paura e deve essere neutralizzato affinché non si crei il disordine, bensì un ordine sociale dinamico che non esclude il cambiamento e l'inclusione³⁹⁸.

Una volta accettato che il diritto dei migranti rappresenta e definisce oggi l'idea di comunità e le regole della convivenza e del vivere civile³⁹⁹, tollerare una disciplina dell'immigrazione illegittima e, più in generale un trattamento dei migranti non rispettoso del diritto di libertà significa non soltanto tradire gli ideali del costituzionalismo e dei diritti umani, ma anche la propria stessa immagine. Contro qualsiasi forma di insicurezza e di razzismo diffuso o istituzionale, la ricetta più efficace non può che essere ritornare alle basi legali che giustificano le misure restrittive in ciascun caso individuale, per assicurarsi che operi sempre, per lo straniero come per il cittadino, il *favor libertatis*. Sembrerebbe scontato che le autorità competenti a prevedere, adottare o a giudicare le misure restrittive della libertà debbano individuarne le basi legali, ma, si è visto, non sempre ciò accade. Le basi vanno ricercate nella legge, ma ancor prima nel testo costituzionale e nelle convenzioni internazionali che tutelano i diritti umani, perché l'unica soluzione pensabile e accettabile per i problemi legati all'immigrazione è una soluzione rispettosa del dettato costituzionale e internazionale. L'unica alternativa possibile per non ritrovarsi, come Dorian Gray, ad uccidere la nostra stessa civiltà, nel tentativo di preservarla per sempre immutabile.

³⁹⁷ G. AZZARITI, Piuttosto che concludere, aprire il discorso sull'immigrazione, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*. Atti del Convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011, Napoli, Jovene, 2011, 406.

³⁹⁸ Z. BAUMAN, *Il disagio della modernità*, Milano, Mondadori, 2002.

³⁹⁹ G. AZZARITI, Piuttosto che concludere, aprire il discorso sull'immigrazione, cit., 407.

Bibliografia

- AGAMBEN G., *Homo sacer*, Torino, Einaudi, 1995.
- ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- ANGIOLINI V., *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1992.
- ASTA F., CAPRIOGLIO C., *Per giusta decisione. Riflessione sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 553.
- AZZARITI G., *Piuttosto che concludere, aprire il discorso sull'immigrazione*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza. Atti del Convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011*, Napoli, Jovene, 2011, 406.
- BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in ANASTASIA S., PALMA M. (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, Franco Angeli, 2001, 19.
- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- BARBERA A., sub art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, 116
- BARBERIS M., *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, Il Mulino, 2017.
- BARILE P., *Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale*, in *Foro pad.*, IV, 1951, 175.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984.
- BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla CEDU*, Padova, Cedam, 2012.
- BASCHERINI G., *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 2001, 1687.
- BASCHERINI G., *L'immigrazione e i diritti*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol II, Torino, Giappichelli, 2006, 421.
- BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali, l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007.
- BAUMAN Z., *Il disagio della modernità*, Milano, Mondadori, 2002.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2001.
- BISCOTTINI, *Il principio di reciprocità nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Int.*, 1967, II, 43.
- BONETTI P., *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2018, 15.
- BOSWORTH M., *Subjectivity and identity in detention: Punishment and society in a global age*, in *Theoretical Criminology*, 16, 2011, 123.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, Utet, 1973, 7.
- 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", Milano, Giuffrè, 1975, 29.
- BRYAN I., LANGFORD P., *The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 80, 2011, 193.

BULL M., SCHINDELER E., BERKMAN D., RANSLEY J., *Sickness in the System of Long-term Immigration Detention*, in *Journal of Refugee Studies* Vol. 26, 1, 2012, 47.

CALOZ-TSCHOPP M.C., *On the detention of aliens: the impact on democratic rights*, in *Journal of Refugees Studies*, 10, 2, 1997, 167.

CALOZ-TSCHOPP M.C., *Les étrangers aux frontières de l'Europe et les spectre des camps*, La Dispute, Paris 2004.

CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Democrazia e diritto*, 3-4, 2011, 177.

CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carrocci, 2013.

CAMPESI G., *I Centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, in SPENA A., MILITELLO V. (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015, 221.

CAMPESI G., FABINI G., *La detenzione della «pericolosità migrante»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 515.

CAPUTO A., PEPINO L., *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3, 2004, 13.

CAPUTO A., *Dubbi di legittimità costituzionale del nuovo delitto di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4, 2004, 83.

CAPUTO A., PEPINO L., *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti*, in *Questione giustizia*, 1, 2005, 9.

CARDOSO K., *“Immigrants as Detainees”*: Some Reflections Based on Abyssal Thinking and Other Critical Approaches, in GUIA M.J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Springer, 2016.

CARLINO V., *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica* (Nota a Corte cost., sent. n. 275/2017), su www.federalismi.it, n. 17/2018.

CARNEVALE S., *Stranieri al processo: meccanismi di esclusione e accertamento penale*, in GIOLO O., PIFFERI M. (a cura di), *Diritti contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, Giappichelli, 2009, 111.

CASSESE A., *Commento art. 10*, in BRANCA G. (a cura di), *Principi fondamentali. Articoli 1-12 Costituzione, Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, 508.

CERRI A., *Ordine pubblico, II) Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990.

CERRI A., *Libertà. II) Libertà personale (Dir. Cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991.

CHIASSONI P., *Codici interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004.

CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007.

CHIAVARIO M., *La libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in ELIA L., CHIAVARIO M. (a cura di), *La libertà personale*, Torino, Utet, 1977, 272.

CHOLEWINSKI, *The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy*, in TONER H., GUILD E., BALDACCINI A. (eds.), *Whose freedom, security and justice? Eu Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 301.

CIERVO A., *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra “sistema hotspot” e Brexit*, in www.costituzionalismo.it, 3, 2016, 97.

- COLLINSON S., *Le migrazioni internazionali*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- COLOMBO A., *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- CORNELISSE G., *Human Rights for Immigration Detainees in Strasbourg: Limited Sovereignty or a Limited Discourse?*, in *European Journal of Migration and Law* 6, 2004, 93.
- CORNELISSE G., *Immigration detention and human rights. Rethinking territorial sovereignty*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- CORNELISSE G., *Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009, in *Common Law Market Review*, 48, 2011, 925.
- CORNELISSE G., *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU Law and the European Convention on Human Rights*, Global Detention Project Working Paper No. 15, 2016.
- CORSI C., *Ius migrandi*, sovranità statale e cittadinanza, in MILITELLO V., SPENA A. (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015, 15.
- CORSO G., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 1060.
- CORSO G., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, Utet, 1995, 439.
- 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*, 19, 1, 2012, 257.
- CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964
- CUNIBERTI M., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997.
- DAL LAGO A., *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999.
- D'AMICO M., RANDAZZO B. (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, Giappichelli, 2008.
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale. Ordinamento. Tutela giurisdizionale. Competenze (6° edizione)*, Milano, Giuffrè, 2018.
- DANZIGER S., LEVAV J., AVNAIM-PESSO L., *Extraneous factors in judicial decisions*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2011, 108.
- DE BÚRCA G., *After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20, 2013, 168.
- DE FIORES C., *Libertà personale*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VIII, Milano, Giuffrè, 2006, 3524.
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999.
- DI MARTINO A., RAFFAELLI R., *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011.
- DI MARTINO A., BIONDI DAL MONTE F., BOIANO I., RAFFAELLI R., *The criminalization of irregular immigration: law and practice in Italy*, Pisa, Pisa University Press, 2013.
- DI MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. Imm. Citt.*, XVI, 1, 2014, 17.
- D'ORAZIO G., *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Dir. e soc.*, 1973, 943.
- D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1992.
- D'ORAZIO G., *Condizione dello straniero e "società democratica". (Sulle «ragioni» dello Stato)*, Padova, Cedam, 1994.
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1962.

FEELEY M., SIMON J., The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications, in *Criminology*, 30, 4, 1992, 449.

FERRAJOLI L., Libertà di circolazione e di soggiorno, in BOVERO M. (a cura di), *Quale libert . Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004

FERRAJOLI L., La criminalizzazione degli immigrati. (Note a margine della legge n. 94/2009), in *Questione giustizia*, 5, 2009, 9

FILIPPETTA G., La libert  personale e le libert  di domicilio, di circolazione e individuale, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2006, 559.

FIGLIANO P., Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica, Torino, Utet, 1915.

FIGLIANO F., Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/Ce sui reati di cui all'artt. 14 co. 5-ter e 5 quater d. lgs. 286/98, su www.penalecontemporaneo.it.

FIGLIANO S., La libert  personale. (Studio di diritto costituzionale italiano e comparato), Milano, Giuffr , 1953.

FIGLIANO M., La libert  di circolazione e di soggiorno (dall'Unificazione alla Costituzione repubblicana), in P. BARILE, (a cura di), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1967.

FIGLIANO HERNÁNDEZ C.C., Immigration detention as punishment, in *UCLA Law Review*, 61, 2014, 1346.

GATTA G. L., La criminalizzazione della "clandestinit " fra scelte nazionali e contesto europeo, in *Riv. It Dir. Pen. proc.*, 2015, 192.

GIANFORMAGGIO L., L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 65.

GIUPPONI T.F., Le dimensioni costituzionali della sicurezza, Bologna, Libreria Bonomo editrice, 2010.

GORNATI B., Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione dei c.d. hotspot, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2016, 472.

GOSME C., Trapped between administrative detention, imprisonment, and freedom-in-limbo, in GUIDA M.J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Springer, 2016, 91.

GROSSI P., Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana, Padova, Cedam, 1972.

GUASTINI R., Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1990, 77.

GUASTINI R., Interpretare e argomentare, Milano, Giuffr , 2011.

GUASTINI R., La sintassi del diritto, Torino, Giappichelli, 2011.

GUILD E., *The Legal Elements of European Identity: EU Citizenship and Migration Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.

GUILD E., A Typology of Different Types of Centres for Third Country Nationals in Europe, Report for the European Parliament, Directorate-General Internal Policies: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2006.

GUILD E., *Security and migration in the 21st century*, Cambridge, Polity Press, 2009.

GUILD E., *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Council of Europe Issues Paper, 2010.

GUILD E., Understanding Immigration Detention in the UK and Europe, in GUIDA M.J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Springer, 2016, 142.

HABERMAS J., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1996.

INSOLERA G., Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANNOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1997.

KOSIŃSKA A. M., The Problem of Criminalisation of the Illegal Entry of a Third-Country National in the Case of Breaching an Entry Ban—Commentary on the Judgment of the Court of Justice of 1 October 2015 in Case C 290/14, Skerdjan Celaj, in *European Journal of Migration and Law* 18, 2016, 243.

R. KOULISH, Sovereign Bias, Crimmigration, and Risk, in GUIA M.J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Springer, 2016, 1.

KUBAL A., Struggles against subjection. Implications of criminalization of migration for migrants' everyday lives in Europe, in *Crime Law Soc Change*, 62, 2014, 91.

LANZA E., *Gli stranieri e il diritto penale*, Milano, Cedam, 2011

LEONE C., La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata, in *Dir. Imm. Citt.*, 2, 2017.

LEVY C., Refugees, Europe, camps/state of exception: “into the zone”, the European Union and extraterritorial processing of migrants, refugees, and asylum-seekers (theories and practice), in *Refugee Survey Quarterly*, XXIX, 1, 2010, 101.

LOSANA M., «Stranieri», e principio costituzionale di uguaglianza, in *Rivista AIC*, 1, 2016.

LUCIANI M., Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale, Padova, Cedam, 1984.

LUCIANI M., Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 203.

LUCIANI M., Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a», in *Foro amm. – TAR*, VI, supplemento al n. 7-8, 2007, 91.

MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

MANGIARACINA A., Hotspot e diritti: un binomio possibile?, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, ed. on line del 9.12.2016.

MANGIARACINA A., Una «nuova» forma di detenzione per l'identificazione dei migranti. Note a margine del d.l. n. 13/2017, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 594.

MARTINES T., *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957.

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994.

MASERA L., La Corte di Giustizia Ue dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU Imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/Ce). Nota a Corte di giustizia UE, IV sez., sent. 1 ottobre 2015, Celaj, causa n. C-290/14, su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

MASERA L., I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano il numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti, su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

MASERA L., SAVIO G., La prima accoglienza, in SAVINO M. (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 35.

MAZZIOTTI DI CELSO M., *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1993.

MILITELLO V., SPENA A., “La cruna dell'ago”: il migrante fra mobilità e controllo, in MILITELLO V., SPENA A., (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015.

MILLER T., Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 17, 2003, 611.

MINCHEVA E., Case Report on Kadzoev, 30 November 2009, *European Journal of Migration and Law* 12, 2010, 361–371.

MITSOLEGAS V., Immigration control in the area of globalization: Deflecting Foreigners, Weakening Citizens, Strengthening the State, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 19, 1, 2012.

MITSOLEGAS V., *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Heidelberg, Springer, 2015.

MITSOLEGAS V., Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive, in GUIA M.J., KOULISH R., MITSOLEGAS V. (eds.), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Springer, 2016, 39.

MODUGNO F., *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995.

MORESO J.J., *Lógica, argumentación, e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2005.

MORGESE G., Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati, in *Dir. Imm. Citt.*, 3-4, 2015, 15.

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.

MORTATI C., Rimpatrio obbligatorio e Costituzione, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, 683.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976.

NANIA R., *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, Giappichelli, 1989.

NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1988.

NEUMAN G.L., Anomalous zones, in *Stanford Law Review*, 48, 5, 1996, 1197.

NEVILLE D., SY S., RIGON A., On the frontline: the hotspot approach to managing migration, Directorate general for internal policies policy department c: citizens' rights and constitutional affairs, civil liberties, justice and home affairs, in <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses-search.html>.

NUVOLONE P., Misure di prevenzione e misure di sicurezza, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 632.

OCELLO E., La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2009, 87.

ONIDA V., Lo statuto costituzionale del non cittadino, Relazione generale al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su «Lo Statuto costituzionale del non cittadino», in *AIC - Annuario 2009*, Jovene, Napoli, 2010, 18.

O'NIONS H., No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience, in *European Journal of Migration and Law* 10, 2008, 149.

ONORATO P., Per uno statuto dello straniero, in *Dem. e Dir.*, 1989, 303.

PACE A., Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana, in *Arch. Giur.* 1963, 111.

PACE A., Libertà personale (diritto costituzionale), *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 288.

PACE A., Corte costituzionale e «altri» giudici: un diverso garantismo?, in *Giurisprudenza costituzionale - Parte I*, 1982, 453.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1983.

- PACE A., La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, 702.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1990, 144.
- PACE A., Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo, in *Rivista AIC*, 2010, 21.
- PAJNO A., Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali ed immigrazione, su www.federalismi.it, 2, 2017.
- PALAZZO F., Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 1998.
- PARLATO L., Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un «giusto processo minore»? , in *Cass. pen.*, 2004, 346.
- PEPINO L., Centri di detenzione ed espulsioni. (Irrazionalità del sistema e alternative possibili), in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2000, 11.
- PICCIONE D., Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria, in *Giur. cost.*, 2001, 1706.
- PUGIOTTO A., «Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Cagliari il 16 ottobre 2009*, Napoli, Jovene, 2010, 333.
- PUGIOTTO A., La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi, in *Quaderni costituzionali*, XXXIV, 3, 2014, 573.
- RAFFAELLI R., Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation. Nota a Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sent. 6 dicembre 2011, Achughbabian, causa C-329/11, su www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- RAFFAELLI R., Criminalizing Irregular Immigration and the Returns Directive: An Analysis of the El Dridi Case, in *European Journal of Migration and Law* 13, 2011, 467.
- RAHOLA F., La forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente, in *Conflitti Globali*, 4, 2007, 11.
- RIDOLA P., Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, 139.
- RIGO E., Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 475.
- RUGGERI A., Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale, in LA TORRE M., SPADARO A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, 97.
- RUGGERI A., L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema, su www.rivistaaic.it, 2, 2014.
- RUGGERI A., Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali, su www.federalismi.it, 18/2014.
- RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 2014.
- RUGGERI A., Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione, in *Consulta online*, 3, 2016, 350.
- RUOTOLO M., Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale, in *Questione giustizia*, 2004, 235.
- RUOTOLO M., La sicurezza nel gioco del bilanciamento, in COCCO G. (a cura di), *I diversi volti della sicurezza. Atti del Convegno (Milano, 4 giugno 2009)*, 2012, 17.

SAITTA A., Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, Milano, Giuffrè, 1996.

SANCHEZ S., The Court and the Charter: the Impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the Ecj's approach to fundamental rights, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, 1565.

SANTOS B.S., Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saber, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 1978, 3.

SAVINO M., Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori, Milano, Giuffrè, 2012.

SAVINO M., Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2017, 41.

SAVIO G., Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nella definizione del diritto degli stranieri, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 739.

SAVIO G., Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte costituzionale: una resa del giudice delle leggi?, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2007, 82.

SCACCIA G., Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale, Milano, Giuffrè, 2000.

SCIURBA A., Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa, Ombre Corte, Verona 2009.

SCUTO F., I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare, Milano, Giuffrè, 2012.

SILVERMAN S.J., MASSA E., Why immigration detention is unique, in *Population, Space and Place*, 18, 2012.

SORRENTI G., L'interpretazione conforme a Costituzione, Milano, Giuffrè, 2006.

SPENA A., La *crimmigration* e l'espulsione dello straniero-massa, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017, 508.

SPENA A., A Just Criminalization of Irregular Immigration: Is It Possible?, in *Criminal Law and Philosophy*, 11, 2017, 351.

STANCATI P., Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili, in AA. VV., Lo statuto costituzionale del non cittadino. Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Cagliari il 16 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2010, 16.

STUMPF J., The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power, in *American University Law Review*, 56, 2006, 367.

TARELLO G., L'interpretazione della legge, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, tomo 2, Milano, 1980;

VASSALLO PALEOLOGO F., Frontiere interne, cittadinanza negata ed esclusione degli immigrati, in CUTTITTA P., VASSALLO PALEOLOGO F. (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 220.

VIGANÒ F., MASERA L., Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice italiano, *Cassazione penale*, 5, 2010, 1410.

VIRGA P., Libertà giuridica e diritti fondamentali, Milano, Giuffrè, 1947.

WILSHER D., *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

WRÓBLEWSKI J., Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale, in COMANDUCCI P., R. GUASTINI R. (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, Giappichelli, 1987.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.