



UNIVERSITÀ DELLA
CALABRIA

DIPARTIMENTO
DI SCIENZE POLITICHE
E SOCIALI

Dottorato in “Politica, Cultura e Sviluppo”

Settore scientifico-disciplinare IUS/09

TESI DI DOTTORATO

IL POTERE DI DETENERE, IL POTERE DI ESCLUDERE

La detenzione amministrativa dello straniero tra securitarismo e tutela dei diritti umani

RELATRICE

Dott.ssa Silvia Rizzo

Firma oscurata in base alle linee
guida del Garante della privacy

TUTOR

Prof.ssa Donatella Loprieno

LOPRIENO
DONATELLA
16.11.2020
17:49:45 UTC

COORDINATORE

Prof. Paolo Jedloswki

Firma oscurata in base alle linee
guida del Garante della privacy

A.A. 2019/20

<i>Introduzione</i>	5
---------------------	---

CAPITOLO 1

IL DIRITTO DI ESCLUDERE.

IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA SECURITARISMO E TUTELA DEI DIRITTI UMANI.

<i>1.Lo jus migrandi: un diritto dai contorni ambigui.</i>	16
<i>2.La disciplina internazionale dell'istituto della detenzione amministrativa.</i>	22
<i>2.1La Convenzione di Ginevra del 1951.</i>	24
<i>2.2 Il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.</i>	30
<i>2.3 La Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950.</i>	42
<i>2.4 Il Consiglio d'Europa.</i>	48
<i>3.E l'Unione europea? La "doppia logica" della sicurezza.</i>	52
<i>3.1 Agenda europea sulle migrazioni</i>	69
<i>3.2 Il metodo hotspot</i>	81

CAPITOLO 2

LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA DELLO STRANIERO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO. EVOLUZIONE LEGISLATIVA E COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE

<i>1. La disciplina sulla condizione giuridica dello straniero</i>	85
<i>2. Respingimento ed espulsione. L'anticamera di un istituto maggiormente incisivo sul diritto alla libertà personale: il trattenimento amministrativo.</i>	96

<i>3. Dalla prassi alla legittimazione giuridica dell'istituto della detenzione amministrativa: la Legge n. 40 del 1998.</i>	118
<i>4. Un istituto controverso e discusso. Le prime riflessioni sul rapporto tra la detenzione amministrativa e l'art. 13 della Costituzione: la sentenza n.105/2001 della Corte costituzionale.</i>	125
<i>5. Il potenziamento del diritto di polizia degli stranieri e il conseguente rafforzamento dell'istituto del trattenimento amministrativo: la Legge n. 189 del 2002.</i>	128
<i>6. I "pacchetti sicurezza" del 2008 e 2009.</i>	136
<i>7. Il recepimento della "direttiva rimpatri": la Legge n.129 del 2011.</i>	140
<i>8. Un "silente" spiraglio garantista: la Legge n. 161 del 2014.</i>	153
<i>9. Soggettività "disturbanti" e "indecorose". L'impellente ripresa della linea dura: la Legge n.46 del 2017.</i>	159
<i>10. Una forma "atipica" di detenzione? Il nuovo approccio hotspot.</i>	164

CAPITOLO 3

SICUREZZA E LIBERTÀ: LA NUOVA FRONTIERA DEL POTERE

<i>1. Tra accoglienza e detenzione: il trattenimento dei richiedenti asilo.</i>	171
<i>2. Il trattenimento amministrativo dello straniero alla luce delle ultime modifiche legislative: la Legge n. 132 del 2018.</i>	187
<i>3. Prodotto e produttore di potere: l'ambiguo ruolo delle regole del diritto. Uno sguardo sociologico all'evoluzione dell'istituto della detenzione amministrativa.</i>	193
<i>4. Funzioni manifeste e funzioni latenti. Quali le possibili finalità del "controverso" istituto giuridico?</i>	214

<i>5. Oltre la regola e l'eccezione? Il caso Diciotti.</i>	217
<i>Conclusioni</i>	233
<i>Bibliografia</i>	249

1. Introduzione

Nel 1966, uno tra i più rilevanti strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, il *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, descriveva la restrizione della libertà personale come qualsiasi forma di trattenimento forzato in un luogo ristretto e chiuso rispetto al mondo esterno. Prigioni, ospedali psichiatrici, campi di rieducazione, cliniche per il trattenimento sanitario forzato delle dipendenze, e ogni simile luogo, veniva considerato uno spazio entro cui l'individuo, coercitivamente, viene privato della libertà personale e rispetto ai quali ogni probabilità di uscita non dipende dalla volontà personale ma da una scelta meramente istituzionale.

Qualche anno dopo, Erving Goffman, in apertura di "*Asylums*" - una delle più innovative descrizioni delle istituzioni sociali raccontate rovesciando totalmente le consuete logiche di potere - si riferiva agli stessi luoghi come ad "istituzioni totali": «luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che - tagliate fuori dalla società per un considerevole periodo di tempo - si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato», prendendo come esempio esplicativo le prigioni, ma specificando che «il loro carattere più tipico è riscontrabile anche in istituzioni i cui membri non hanno violato alcuna legge» (GOFFMAN, 1968: 36)

Si tratta di quei luoghi foucaultiani del *Grande internamento* che, mutati nella forma e nelle denominazioni; nelle specifiche funzioni (perlomeno in quelle manifeste) e nelle modalità di attuazione; nella veste giuridica e nelle particolari categorie di soggetti da sorvegliare, non hanno mai abbandonato la scena pubblica e la loro comune missione di contenimento del crimine e più in generale del disordine sociale.

Anzi - «al di là delle retoriche scientifiche, terapeutiche o morali con cui chi detiene il potere nell'istituzione giustifica» (GOFFMAN, 1968: 36) la loro stessa esistenza - vecchi luoghi sono tramontati e hanno lentamente lasciato il posto a nuove simili realtà, diverse sì, perché normalizzate e maggiormente rispondenti ad una evoluzione del tessuto giuridico, sociale e politico in cui, rispetto a nuovi *poteri*, si facevano ormai indispensabili nuove *strategie*.

E così, ogni tempo, ogni contesto, ogni congiuntura politica, conoscerà specifiche tecniche di regolazione, di governo e di gestione, sorrette dalla costruzione di *discorsi* e di *verità*, studiati e diffusi per mezzo del potere e finalizzate all'individuazione, al controllo, al contenimento, e possibilmente all'esclusione, di quelle presenze ritenute pericolose, abusive, minacciose per il mantenimento di un ideale ordine sociale.

A nuove esigenze, corrisponderanno nuovi esclusi; per nuovi esclusi, esisteranno nuove istituzioni totalizzanti. Saranno strutture giuridiche, politiche e sociali in grado di compromettere lo *status libertatis* di quelle categorie di soggetti a cui verrà affidato il ruolo di legittimarle, con l'obiettivo di spiegare e giustificare la specifica amministrazione di un particolare fenomeno.

Lo *Human Rights Committee* (HRC), nel *General Comment* n. 8 del 1982, si sentì di includere all'interno di quelle forme di privazione della libertà personale precedentemente individuate dalla Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, anche quelle riferite alle politiche migratorie. Con l'accrescere di masse "incontrollate" di profughi che, soprattutto a partire dagli anni '70 del secolo scorso, iniziarono a muoversi verso i territori europei, il fenomeno migratorio e la sua gestione divenne il nuovo ago della bilancia dei nuovi assetti che andavano strutturandosi e per i quali era necessario individuare immediate risposte di controllo e contenimento che eliminassero

ogni eventuale minacciosa sollecitazione esterna al “potere sovrano”.

Furono infatti proprio questi gli anni in cui lo *status libertatis* dello straniero iniziò ad essere oggetto di una più organica disciplina giuridica, di una maggiore attenzione politica e soprattutto di nuovi strumenti attraverso cui poterla gestire. Fu questo il periodo in cui, almeno in Europa, si iniziò gradualmente a investire sull’istituto della detenzione amministrativa dello straniero, al punto da trasformarlo presto in uno dei principali ed irrinunciabili dispositivi di governo delle politiche migratorie. Utilizzata dai governi per prevenire gli ingressi irregolari – ed effettuare dunque verifiche sull’identità di persone in ingresso o in attesa di una decisione finale sul loro *status* legale – o in vista delle procedure di espulsione di cittadini di Paesi terzi dal proprio territorio, nel caso in cui essi non presentino i requisiti per risiedere regolarmente all’interno del Paese (UNHCR, 1999), la detenzione amministrativa rappresentò il nuovo fronte di politiche migratorie sempre più ispirate da un *frame* securitario in grado di mettere in discussione una retorica dei diritti umani apparentemente solida ed universalistica.

“Campi aperti” e “campi chiusi”, “campi informali” o “improvvisati”, “campi legali”: sempre più spesso ritroviamo simili definizioni nelle legende che accompagnano le mappe che periodicamente l’organizzazione non governativa *Migreurop* ci fornisce per informarci sulla consistenza del sistema detentivo vigente nei confronti dei migranti, in Europa e nell’area del Mediterraneo. Utilizzando infatti le parole della relazione che accompagna la mappatura, potremmo dire che «oggi, come ieri, le speranze di numerosi profughi si infrangono contro la dura realtà dei campi chiusi degli Stati europei [...]». Difatti, «con il pretesto di arrivi di massa, l’Unione europea e gli Stati contigui hanno continuato a rafforzare i loro sistemi di detenzione: dal 2011 al 2016 la capienza totale dei campi censiti è passata da 32.000 a 47.000 posti». Ogni anno, circa 600.000 migranti sono

privati della propria libertà personale per ragioni legate al “*migratory management*”¹.

Predisposti in strutture appositamente costruite o riconvertite allo scopo (prefabbricati, hangar, caserme militari, prigioni, ecc.), i centri di detenzione sono spesso circondati da muri, recinzioni e filo spinato. A questi luoghi ufficiali, si aggiungono altre aree di reclusione “invisibili”: «quegli spazi informali dove le autorità, con il pretesto dell’urgenza, detengono persone lontano da occhi indiscreti, e spesso al di fuori di qualsiasi quadro legale» (edifici amministrativi distolti dalla loro destinazione abituale, commissariati di polizia e caserme militari, centri chiusi non sottoposti a un quadro giuridico chiaro, stadi, vecchi parcheggi, prigioni di diritto comune, ecc.; o ancora “microspazi” messi a disposizione dalle aziende di trasporto: locali (aero) portuali, cabine sulle navi della marina mercantile, camion, autobus e aerei, o ancora scompartimenti di treni)².

Ad ogni modo luoghi chiusi, territorialmente identificati e riservati all’isolamento di specifiche categorie di soggetti, segnano i confini dell’Unione europea, anche al di là delle proprie frontiere. Ai margini dei propri confini - come in Libia, Marocco, Turchia e Ucraina – ma anche al di fuori di essi – come in Mauritania o in Libano - gli Stati membri continuano ad incoraggiare l’esercizio della detenzione amministrativa dei migranti.

La pratica del confinamento, in ogni sua forma, rimane dunque la principale risposta all’esigenza di governare la

¹ *Mappa dei campi. Desolazione alle frontiere dell’Unione*, edizione 2016. Tuttavia, una ricerca pubblicata nel dicembre 2015 da *Access Info Europe e Global Detention Project* in 33 Paesi (30 Paesi europei e Canada e Stati Uniti) sulla detenzione di migranti e richiedenti asilo, denunciava l’impossibilità di ottenere una fotografia chiara ed esaustiva del numero dei migranti e dei richiedenti asilo che subiscono uno stato detentivo, in quanto i dati non sono spesso disponibili, o comunque, incompleti e non comparabili.

² *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell’Unione europea. Subappalto e privatizzazione della reclusione degli stranieri*, Migreurop, luglio 2016.

mobilità e la presenza dell'essere umano, o almeno di quegli esseri umani rei di aver attraversato o di essersi trattenuti oltre il confine di uno Stato nazionale privi di un'autorizzazione che ratifichi la loro regolarità e per i quali si aprono le porte di quei luoghi appositamente nati per "accoglierli": i luoghi della cosiddetta detenzione amministrativa.

Si tratta di spazi delimitati da un confine materiale (filo spinato, muro, porte o sbarre), formali o meno, stabili o emergenziali, il cui ingresso o la cui uscita sono regolati da un controllo istituzionale che facilmente richiamano alla mente le istituzioni carcerarie ma che, tuttavia, da esse si differenziano. Peculiare è il loro carattere amministrativo e non penale, che consente, dunque, una restrizione della libertà personale sulla base di procedure differenti rispetto a quelle valide per il sistema penale, in quanto non conseguente alla commissione di un reato penalmente sanzionabile ma ad uno specifico tratto del loro essere: alla loro nazionalità, al loro *status* di migranti, apolidi, rifugiati, nomadi e, in generale, di viaggiatori non autorizzati. L'unico "reato" commesso è legato alla loro mobilità, alla colpa di aver oltrepassato un confine senza un'autorizzazione o di permanere oltre quel confine ad autorizzazione scaduta.

Con tempistiche, modalità e funzioni differenti, simili luoghi hanno occupato lo spazio geografico, giuridico e politico dell'Unione europea³. Attraverso minimi aggiustamenti azionati dalle legislazioni nazionali, e concessi da un atteggiamento tendenzialmente elusivo adottato a riguardo dalle istituzioni europee, essi hanno gradualmente raffigurato il principale strumento di gestione della popolazione migrante.

³Considerata secondo tale prospettiva, bisogna immaginare l'Unione europea suddivisa in tre cerchi concentrici. Quello centrale ospita i primi quindici Paesi aderenti, il successivo riguarda gli Stati di recente adesione e l'ultimo quei Paesi che confinano con questi ultimi o sono separati dagli Stati del "cerchio centrale" dal mar Mediterraneo. Ognuno di questi cerchi è popolato dalle strutture in esame.

Del resto, i confini dello stesso istituto giuridico non appaiono del tutto nitidi. Si tratta di una misura che, pur condividendo il carattere afflittivo delle pene, implica un ampio potere discrezionale agito dalle autorità di pubblica sicurezza sulla libertà personale della persona migrante, che non trova ragione d'essere nella commissione di un reato, ma nelle esigenze di gestione delle politiche migratorie, e non gode delle medesime garanzie previste dal sistema della giustizia penale. Una misura che, infatti, è stata spesso oggetto di denuncia da parte di diversi organismi internazionali di difesa dei diritti umani, i quali si sono pronunciati contro la tendenza a utilizzare la detenzione come ordinario strumento di controllo dell'immigrazione. Tra questi, lo *Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, nei suoi rapporti indirizzati all'Assemblea delle Nazioni Unite, ha ripetutamente evidenziato come l'ampio ricorso da parte degli Stati alla detenzione amministrativa, si mostri ingiustificato alla luce dell'impatto che essa ha sulla libertà degli stranieri e limitativo delle garanzie di questi ultimi rispetto a chi è invece sottoposto a processo penale, in quanto largamente esposta al potere dell'autorità amministrativa.

Senza alcuna pretesa di questionare sulla prerogativa sovrana di gestione della mobilità, dunque sul conseguente diritto degli Stati di imporre restrizioni nell'accesso al territorio, e tantomeno di avanzare possibili soluzioni su simili questioni praticamente ormai secolari, utilizzando il filo conduttore dell'evoluzione dell'istituto della detenzione amministrativa dello straniero, il presente lavoro intende riflettere sulla questione del diritto alla libertà di movimento quale snodo fondamentale nel complesso discorso relativo alle migrazioni, rivelatore della più profonda antinomia del diritto internazionale tra universalismo e particolarismo: la tutela dei diritti umani e la prerogativa sovrana di escludere.

In apertura, si intende infatti ricostruire brevemente la disciplina in materia, con riferimento alle fonti giuridiche internazionali e sovranazionali, oltre che al fondamentale contributo giurisprudenziale, consapevoli che è al diritto internazionale che viene primariamente affidata la difficile sfida di ponderare le strategie dell'esclusione all'interno di un difficile equilibrio tra gli interessi dello Stato e la salvaguardia dei diritti individuali, sollecitato dalla dimensione giuridica dell'immigrazione e dai suoi elementi necessari di regolazione. Dovrebbero essere infatti quelle norme poste dal diritto internazionale a tutela dei diritti umani ad evitare che l'immigrazione diventi il punto di rottura di questa precaria convivenza, scongiurando il rischio di legittimare scelte legislative e giurisprudenziali in grado di aggirare le garanzie individuali, conferendo alle politiche di esclusione quella paventata ordinarietà che relegherebbe la libertà di movimento ad una dimensione particolaristica decisamente contrapposta alla portata universalistica dei diritti umani.

Eppure, l'esito di tale dialettica non pare del tutto scontato e le perplessità che essa denota avviano e accompagnano l'intero percorso di ricerca. Con sempre maggiore incidenza la disciplina giuridica in materia di immigrazione ha contemplato un certo numero di ipotesi normative di restrizione della libertà personale che, generalmente, accompagnano l'esecuzione dei provvedimenti di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato, di cui la detenzione amministrativa rappresenta l'elemento essenziale.

Una prassi antica, tuttavia legittimata in tempi relativamente moderni, considerato che è stato nell'ultimo ventennio che l'ordinamento giuridico italiano ha sperimentato un costante investimento legislativo nei confronti di luoghi entro cui, in forza di dispositivi giuridici, lo straniero viene ormai ordinariamente privato della propria libertà personale per mezzo di procedure parzialmente o totalmente diverse rispetto a quelle

utilizzate per chi gode dello *status* della cittadinanza, al fine di garantire una efficace politica di contrasto all'aspetto illegale dell'immigrazione.

Stando infatti all'interpretazione che i testi di legge attribuiscono all'istituto della detenzione amministrativa, la sua specifica funzione sarebbe quella di rendere effettiva l'espulsione dello straniero irregolarmente presente sul territorio quando e ove non sia possibile eseguire con immediatezza l'accompagnamento alla frontiera, sacrificandone la libertà personale al fine di evitare il rischio che lo stesso si disperda dal territorio, vanificando così gli effetti del provvedimento espulsivo. Stando invece alla realtà che, ormai con una certa costanza, i dati a riguardo ci restituiscono, non pochi dubbi trapelano circa le funzioni latenti che potrebbero sostenere un simile sistema.

Tra il 2015 e il 2018, circa 17.000 persone sono transitate nelle strutture dedicate alla detenzione amministrativa presenti sul territorio nazionale. Il fenomeno riguarda i migranti privi di un regolare titolo di soggiorno e destinati al rimpatrio o i richiedenti asilo trattenuti ai sensi della normativa in materia di protezione internazionale. Di essi, le percentuali di persone effettivamente rimpatriate in seguito ad un periodo di trattenimento, si sono mantenute intorno o al di sotto della soglia del 50%, confermando tendenzialmente i dati relativi ai complessivi anni di funzionamento del sistema di detenzione amministrativa nel nostro ordinamento giuridico.

Nei primi sei mesi del 2019, delle persone trattenute nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio (Cpr) presenti sul territorio nazionale, il 45% era stato effettivamente rimpatriato⁴.

⁴*Indagine conoscitiva in materia di gestione dell'immigrazione, diritto d'asilo e gestione dei flussi migratori*: Audizione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Mauro Palma, Camera dei deputati, I Commissione, 27 giugno 2019.

Nel 2018, poco più del 43%⁵. Tali dati confermerebbero una sostanziale inefficacia dell'intero sistema di trattenimento ed espulsione degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio italiano. Questa la considerazione espressa dalla *Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, in un rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia aggiornato al 2017⁶.

Considerando l'intero periodo di funzionamento del sistema detentivo, si rileva infatti che meno della metà delle persone trattenute sia stata effettivamente allontanata dal territorio dello Stato. Sono infatti sempre di più gli stranieri con in mano un decreto di respingimento differito del questore che intima loro di lasciare il territorio dello Stato entro 7 giorni ed è sempre maggiore l'eterogeneità e la promiscuità della popolazione presente all'interno dei centri per il rimpatrio. Oltre alle persone che non hanno mai posseduto un documento regolare che autorizzasse la loro permanenza sul territorio, vi si trovano, ad esempio, persone che hanno a lungo risieduto in Italia e che non avendo più rinnovato il permesso di soggiorno per differenti motivazioni, sono divenute irregolari (i c.d. *overstayer*); apolidi che non hanno fatto richiesta affinché gli venisse riconosciuto tale *status*; ex-detenuiti che, scontata la pena, sono stati trasferiti nel sistema di detenzione amministrativa in attesa di identificazione o rimpatrio; richiedenti asilo che hanno potuto formalizzare la propria domanda solo dopo aver ricevuto un provvedimento di respingimento o espulsione. Un "sistema di raccolta" ormai capace di inglobare le più svariate

⁵ Tali dati sono stati pubblicati nel marzo 2019 dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, *Norme e Normalità. Standard per la privazione della libertà delle persone migranti*, Raccolta delle Raccomandazioni 2016-2018.

⁶ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Senato della Repubblica – XVII Legislatura, *Rapporto sui Centri di Identificazione ed Espulsione in Italia* (aggiornato al gennaio 2017), in cui si denunciava, rispetto all'anno 2016, una percentuale di rimpatri sul totale delle persone transitate negli allora Centri di Identificazione ed Espulsione, pari al 44%.

forme di non cittadinanza, ma incapace di assicurare misure meno coercitive, visto che lo stesso rapporto denuncia l'assenza dei dati relativi alle misure alternative al trattenimento che invece, stando alle normative europee, dovrebbero rappresentare la scelta prioritaria rispetto all'*extrema ratio* della detenzione.

Un trattamento penal-amministrativo ormai usuale, severo ed estremamente lacunoso, fatto di tempi di trattenimento anche assai lunghi (anche fino a 18 mesi) e percentuali, in termini di efficienza ed efficacia, a nostro avviso troppo deboli per poter essere in linea con le esigenze di controllo dei flussi migratori e, ancor meno, per poter giustificare la costante mortificazione di un diritto inviolabile come quello alla libertà personale. Un sistema che oltrepassa il confine di eccezionalità che il volere costituzionale invece riserva a quelle misure amministrative privative della libertà personale, e che infatti, da sempre, suscita non pochi dubbi circa la sua compatibilità a Costituzione. Eppure, una pratica eletta sostanzialmente da tutti gli esecutivi che si sono susseguiti a partire dal Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286⁷ che, in nome di una sempre più politicizzata e incalzante retorica della sicurezza, hanno finito con il rendere ovvia la legittimità giuridica di istituti restrittivi della libertà validati da procedure speciali rispetto a quelle previste per il cittadino, per il quale conservano invece quei caratteri di “necessità” e “urgenza” sanciti dalle moderne costituzioni democratiche. Un diritto derogatorio che può dunque compromettere quel doveroso equilibrio tra i principali criteri che configurano il diritto degli stranieri all'interno del nostro ordinamento giuridico, pregiudicando la fondamentale

⁷ La misura della detenzione amministrativa è stata formalmente introdotta dalla legge n. 40 del 1998, detta anche legge Napolitano Turco. In ottemperanza alla delega contenuta nel suo art. 47, co. 1, il Governo ha poi emanato il d.lgs. n. 286 del 1998 recante “Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, d’ora in poi TUI.

tutela di diritti inviolabili a favore del principio di sovranità e del dovere dello Stato di garantire la sicurezza nazionale.

Una disamina delle politiche migratorie messe in atto negli ultimi decenni e fino a tempi recentissimi, tenderà di mettere in evidenza quelle rigide prerogative di controllo messe in atto attraverso la gestione di specifiche categorie di soggetti della cui libertà la legge si è gradualmente fatta carico. Pratiche di controllo, di segregazione e di esclusione sempre più insidiose, sono andate consolidandosi dentro e oltre l'alveo della legalità, mitigando lo *status libertatis* dello straniero attraverso la divulgazione di un *discorso* che non solo unisce in un improprio legame le nozioni di sicurezza e quelle di libertà, ma fa di queste, beni non equamente distribuiti che divengono l'ago della bilancia di un regime istituzionale, politico e sociale in grado di generare effetti di discriminazione ed esclusione. Dietro il mantra della conservazione di un ideale ordine sociale a cui le più repressive (e paradossali) politiche migratorie dovrebbero mirare, regole di diritto, meccanismi di potere e costruzioni di verità, hanno lentamente edificato diversi gradi di eccezione entro cui governare la popolazione da essi stessi creata: quella nuova categoria di esclusi che potrebbe perfettamente incarnare il nuovo oggetto di interesse delle riflessioni poste in apertura visto che, per loro, la privazione della libertà personale all'interno di luoghi di contenimento ormai giuridicamente e socialmente normalizzati, diventa regola e non più eccezione.

CAPITOLO 1

Il diritto di escludere.

Il difficile equilibrio tra securitarismo e tutela dei diritti umani

«quando io m’imbatto nell’aggettivo *libera*, cui segue immediatamente un *ma*, un *se*, un *però*, mi nasce subito la preoccupazione che il *ma*, il *se*, il *però*, finiscano per distruggere tutto l’effetto della stessa legge»

[CICCOTTI, *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*. Legisl. XXI, I sess., Discussioni, tornata del 28 novembre 1900]

1. Lo jus migrandi: un diritto dai contorni ambigui

Nel 1539 nelle sue *Relectiones de Indis*, il teologo spagnolo Francisco de Vitoria teorizzava per la prima volta sullo *jus migrandi* come un diritto naturale universale. Caposaldo del moderno diritto internazionale, questo principio trovò consacrazione in uno dei più esaustivi documenti giuridici internazionali del mondo: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948 che, all’art. 13 co. 2, così recita “Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese”.

In principio utilizzato dagli occidentali come pratico strumento di legittimazione delle politiche espansionistiche, il concetto di *jus migrandi* è stato sottoposto ad una netta trasformazione nel corso della propria evoluzione: «dopo cinque secoli di colonizzazioni e rapine, non sono più gli occidentali ad emigrare nei Paesi poveri ma, al contrario, sono le masse di affamati di quei medesimi Paesi a premere alle nostre frontiere» (FERRAJOLI, 2009: 10). Un diritto per certi versi “asimmetrico” e

certamente “dimezzato”, dal momento che incorpora in sé un’importante singolarità per la struttura giuridica dei diritti umani, generalmente riconosciuti per favorire le libertà individuali. Non una “condizione fondamentale per lo sviluppo della persona umana” – come definito dallo *Human Rights Committee* (di seguito HRC) in un suo *General Comment* del 1999⁸ – ma un diritto il cui reale esercizio risulta vanificato dalla mancata contemplazione da parte del diritto internazionale, del corrispettivo dovere di essere accolti. Un diritto dai contorni ambigui, che si realizza su un punto di scontro tra pubblico e privato, tra sicurezza e benessere generale e interessi del singolo, suscettibile di molteplici interpretazioni e sottoponibile a un potere statale che, attraverso restrizioni e sospensioni, ne complica l’effettivo esercizio rischiando di vanificarne gli effetti. Dunque, teoricamente inalienabile e incompressibile, lo *jus migrandi* si scontra con meccanismi di esclusione messi in atto dagli Stati nell’esercizio del proprio diritto di escludere: quel potere di disporre nei confronti di chi non appartiene, nei confronti del non cittadino, un “*inherent and inalienable right of every sovereign and independent nation, essential to its safety, its independence, and its welfare*”. Fu questa la posizione espressa dalla Corte Suprema americana nel caso *Fong Yue Ting v. U.S.*⁹ e ripresa dalla dottrina internazionalistica dominante tra fine Ottocento ed inizio Novecento, che fece del potere di espellere lo straniero «*un des éléments complémentaires de la protection sociale qui est le but du droit de punir*», e del potere di obbligarlo ad abbandonare i propri confini nazionali, anche attraverso l’uso della forza, «*résulte immédiatement du droit de souveraineté*» (PRADIER-FODÉRE P.; PRADIER-FODÉRE C., 1906).

⁸ Human Rights Committee, General Comment n.27, *Freedom of Movement*, (Art.12), Human Rights Committee, Un Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999).

⁹ *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. (1893).

La tradizione occidentale sembra dunque declinare lo *ius migrandi* come quel diritto protetto dal primato della sovranità dello Stato che, nel tentativo di difendere l'integrità nazionale, configura un potere discrezionale da esercitare attraverso strumenti di controllo dei flussi migratori, che disciplinino l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato. Il diritto alla libertà di movimento sarà circoscritto entro uno spazio legale che limiterà negli effetti, l'esercizio di quei diritti civili, sociali, personali e familiari, definiti ora come fondamentali ora come inviolabili.

Si configura così una contrapposizione tra universalismo e frammentazione, tra una disciplina internazionale e costituzionale che riconosce tali diritti prescindendo da un particolare *status* legato alla cittadinanza o all'identità nazionale, e un sistema di discriminazioni, disuguaglianze, esclusioni e privilegi, legittimato dal potere sovrano di selezionare gli ingressi sul proprio territorio.

Il diritto alla libertà di movimento si pone, dunque, come una questione emblematica nel complesso discorso relativo alle migrazioni, questione che svela la più profonda antinomia del diritto internazionale tra universalismo e particolarismo: la tutela dei diritti umani e la prerogativa della sovranità statale di escludere.

È alla dimensione giuridica dell'immigrazione che viene affidato il compito di mantenere un equilibrio tra l'interesse dello Stato e i diritti individuali, attraverso l'elaborazione di elementi di regolamentazione, che siano giustificabili alla luce del diritto internazionale e di quello interno e che siano in grado di sfidare quella ponderata strategia dell'esclusione che - guidata dalla retorica dello stato di eccezione - finisce per rivelare «non la straordinarietà ma l'ordinarietà delle politiche di esclusione del migrante, attraverso scelte legislative e giurisprudenziali capaci di aggirare le garanzie individuali» (PIFFERI, 2009: 47) e quindi di conferire alla libertà di movimento un'accezione

decisamente particolaristica contrapposta alla portata universalistica dei diritti umani.

Difatti, in un contesto internazionale privo di un quadro normativo di disciplina dell'immigrazione uniforme e coerente, l'unico limite alla consueta tendenza degli Stati a far valere la propria prerogativa sovrana di escludere, sembrerebbe essere proprio il regime giuridico dei diritti umani, tanto da poter affermare che *“migration law is largely rooted in human rights law”*¹⁰.

Dovrebbero essere, infatti, quelle norme poste dal diritto internazionale a tutela dei diritti umani ad evitare che l'immigrazione diventi il punto di rottura di quel precario equilibrio esistente tra l'esercizio della sovranità e la tutela dei diritti fondamentali e ad impedire che i migranti siano relegati «ai margini della tutela umanitaria, catturati in qualche modo nell'antinomia tra la logica universalistica che pervade la filosofia dei diritti umani e quella particolaristica che si concreta nella prerogativa sovrana di escludere» (CAMPESI, 2012: 341).

Una lunga e consolidata tradizione viene ereditata dal sistema giuridico e sociale odierno che, pur tentando di mostrare la propria uniformità e unicità attraverso il mito della globalizzazione, non abbandona quelle linee divisorie che da sempre decidono l'appartenenza ad un determinato spazio e che trovano massima espressione nel concetto di cittadinanza, in quel bene giuridico attribuito attraverso «criteri di separazione tra gli individui», che «mentre pone i confini necessari alla definizione di un'entità, relega in uno spazio altro (fisico o immateriale) chi non viene incluso all'interno di quei confini» (SCIURBA, 2009: 23).

A tal proposito, in una critica all'istituto della cittadinanza, tenuto conto dell'art. 13 della Dichiarazione

¹⁰*Overview of International Migration*, International Organization of Migrants, 1995.

Universale dei diritti dell'Uomo, Luigi Ferrajoli scrive: «È chiaro che in base all'implicazione [...] tra diritti e garanzie si potranno leggere come antinomie le attuali leggi statali contro l'immigrazione e come lacune la mancata regolazione, ad opera di leggi o convenzioni, dell'obbligo di accoglienza correlativo al diritto di emigrare» (FERRAJOLI, 2001: 152).

Dunque, quello che preoccupa - probabilmente oggi più di ieri - è un contesto caratterizzato per un verso da un diritto internazionale lacunoso, per un altro da un atteggiamento degli Stati europei (e non solo) tendente all'adozione di misure particolarmente restrittive invocate in nome di un fenomeno migratorio senza precedenti e di portata tale da costringere alla straordinarietà, all'eccezionalità, alla deroga rispetto alle ordinarie garanzie giuridiche incompressibili per i cittadini nazionali¹¹, in cui «il diritto dell'immigrazione è costruito in modo tale da *garantire l'esclusione dei migranti dal mondo normale, logico, ragionevole del diritto ordinario*» (GIOLO, 2009). Le politiche migratorie sempre più repressive, i conseguenti dispositivi di controllo messi in atto e l'attribuzione di ampie

¹¹ Tuttavia, non è difficile comprendere come gli odierni provvedimenti urgenti emanati in nome di un perpetuo stato di emergenza in cui si fa sprofondare il quadro politico globale delle migrazioni rievochino, in realtà, antiche «logiche antimigratorie». Basta volgere lo sguardo all'esperienza statunitense di fine Ottocento e inizio Novecento, per individuare strumenti tecnico-giuridici utilizzati nella gestione dell'immigrazione di massa in grado di svelare «le retoriche dello stato di eccezione dietro cui si nasconde una ponderata strategia dell'esclusione» e riconoscere una certa continuità con l'esperienza odierna.

La comparazione storico-giuridica dimostra che di fronte ad un contesto analogo per dimensione del flusso migratorio, ricadute economiche e sociali, crisi del modello di cittadinanza, complessità del fenomeno di integrazione, il sistema giuridico americano, a partire dagli anni settanta dell'Ottocento, operò in maniera tale da rendere irrealizzabile per gli emigranti sud-europei «il sogno americano», tramutando «l'*open door policy* in un insieme di misure che, attraverso la doppia azione di esclusione ed espulsione, dovevano ostacolare l'arrivo o la permanenza sul suolo americano degli *undesiderable aliens* per custodire l'identità nazionale [...]» (PIFFERI, 2009).

Gli ideali rivoluzionari, concretizzatisi nell'inalienabile diritto della *Pursuit of Happiness* basato sul principio giusnaturalistico della Dichiarazione secondo cui *all men are created equal*, sembravano essere messi in discussione da regimi giuridici differenziati introdotti per i soli stranieri e giustificati dall'esigenza di un bilanciamento tra diritti individuali e interesse generale, tra libertà individuali e sicurezza e bene generale della comunità.

competenze decisorie ad organi amministrativi, rappresentano allo stesso tempo strumenti di difesa dei confini da intrusioni non desiderate ed efficaci meccanismi di contenimento dei diritti dei migranti, in grado di restituire il chiaro significato socio-politico che il “regime confinario” che va diffondendosi attribuisce alle frontiere¹².

Di fronte ad una realtà così descritta non ci si può non chiedere, nell’ambito della presente considerazione, quali siano le misure legittime a garantire un certo livello di controllo dei confini e quali, invece, siano i limiti da apporre al potere sovrano per non rischiare di trasformare il non-cittadino in un soggetto abbandonato all’arbitrio del potere e privo di ogni tutela giuridica; quali siano, alla luce della pretesa di un equilibrio tra

¹² Nell’attuale regime confinario, ad esempio, le frontiere non si limitano a regolare lo spazio geopolitico, ma producono forme di soggettività giuridico-politica, poiché lo *status* di chi le attraversa, e le conseguenti proprietà giuridiche, dipenderanno dalla sua cittadinanza, intesa come appartenenza ad Stato territoriale. Partendo da questa prospettiva, sono diversi i teorici politici e sociali, a descrivere i confini attuali come dei dispositivi biopolitici di gestione della mobilità e di governo della popolazione. Mezzadra parla di «un regime flessibile e a geometria variabile, che assai più che a consolidare le muraglie di una “fortezza” [...], sembra puntare a governare un processo di inclusione differenziale dei migranti» (MEZZADRA, 2007: 91); dello stesso parere Nikos Papastergiadis, che ne sottolinea una funzione selettiva che non sancirà mai una loro totale chiusura o apertura (PAPASTERGIADIS, 2000); Saskia Sassen riferisce di un regime confinario molteplice strutturato al fine di gestire le mobilità differenziali di diverse categorie di merci e di persone (SASSEN, 2008).

I confini hanno smesso di delimitare un territorio preciso - quello dei singoli Stati nazionali o dell’Europa nel suo complesso - per trasformarsi in strumenti di regolazione dei flussi, collocati entro e oltre il territorio europeo, attraverso cui progettare e indirizzare specifiche strategie di controllo della mobilità. Così, il percorso di ogni migrante sarà interessato da diverse tappe che ne interromperanno la fluidità: le attese provocate dalle plurime forme di controllo, le deviazioni di rotta, le detenzioni forzate, i rimpatri. Ognuna agirà sulla vita del singolo con un impatto tale da modificarne le biografie e le sorti (giuridiche ed esistenziali) e da delineare una differenza permanente e visibile tra lo *status* del migrante e quella del cittadino europeo. Diversi sono i gradi di cittadinanza che ne deriveranno, perché diverso è il livello di libertà di movimento nello spazio e nel tempo che ad ogni grado sarà attribuito, fino a giungere al *grado zero*, quello della clandestinità: del trattenimento dei corpi, della privazione delle libertà, dell’“invisibilità”.

La comunitarizzazione della gestione delle migrazioni e delle frontiere ha, dunque, dato vita ad un nuovo sistema dei confini, portando avanti «un confinamento in negativo della cittadinanza, del territorio e della mobilità» (SCIURBA, 2009: 79), a partire dall’opposizione cittadino e non-cittadino, che ha avuto tra le conseguenze più estreme il *confinamento*, inteso come il raggiungimento di quel *grado zero* per tutti coloro che non sono stati calcolati nella somma inclusiva di questo nuovo regime.

l'interesse dello Stato e le libertà individuali, le forme di contenimento del fenomeno migratorio che possono essere accettate, dunque, quali siano i dispositivi di esclusione e di espulsione giustificabili agli occhi del diritto interno, europeo e prima ancora di quello internazionale.

2. La disciplina internazionale dell'istituto della detenzione amministrativa

Fu nel corso del dibattito che avrebbe portato all'adozione della *Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Citizens of the Country in which they Live* (1985) e dell'*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrants Workers and Their Families* (1990)¹³ che la comunità internazionale – consapevole di un sempre maggiore inasprimento delle pratiche adottate nelle politiche migratorie, quindi della fragilità delle garanzie giuridiche riconosciute agli stranieri dal diritto internazionale – iniziò a riflettere sulla questione dei diritti dello straniero e dei limiti legittimi entro cui la prerogativa statale di difesa delle frontiere potesse essere esercitata.

Ad occuparsi analiticamente della questione fu la *Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* dell'HCR che, interrogandosi su quali fossero gli

¹³ La *Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie* (entrata in vigore nel 2003) mira a difendere il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona, in particolare del lavoratore migrante. Essa vieta - a prescindere dallo specifico *status* giuridico - ogni forma di detenzione o arresto arbitrario individuale o collettivo e comunque ogni privazione della libertà personale che non sia disciplinata secondo le modalità e le procedure previste dalla legge. La convenzione è stata ratificata soltanto dagli Stati appartenenti al c.d. gruppo dei *Paesi in Via di Sviluppo* che sono prevalentemente Stati di partenza dei flussi migratori, per cui non ha valenza globale, anche se vincola giuridicamente anche alcuni Stati c.d. *di transito* come la Libia e l'Egitto, Stati in cui i regimi detentivi mettono in seria discussione le più basilari forme di tutela dei diritti umani.

strumenti legittimi per assicurare il controllo dei territori nazionali, finì per contemplare il sacrificio del primo dei beni inviolabili dell'individuo: la libertà personale, riconoscendo giuridicamente l'istituto della detenzione amministrativa dello straniero.

The right to liberty and security of person and prohibition of arbitrary arrest or detention are not absolute rights under the provisions of the International Covenant of Civil and Political Rights and may be subjected to restrictions. The right not to be subjected to arbitrary arrests or detention is limited in the case of aliens, by the sovereign right of States to prohibit entry into their territory, which empowers the State's authorities to arrests and detain any person who is suspected of attempting to enter illegally. The alien may also be arrested and detained if he is subject to deportation.¹⁴

Utilizzata come strumento “ancillare” all'esercizio ordinario della prerogativa sovrana di escludere, già a partire dagli inizi del XX secolo, la detenzione amministrativa rappresentò una strategia affidata al potere amministrativo e sottratta alla riflessione giuridica e giurisprudenziale, poiché considerata una misura non incisiva sulla libertà personale dell'individuo. Nella sentenza *Mezei* del 1953, nel descrivere le strutture di *Ellis Island*, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America chiariva il carattere non detentivo ma umanitario della stessa, dichiarando che i detenuti avrebbero potuto recuperare la propria libertà semplicemente decidendo di lasciare il territorio dello Stato.

Tale approccio si definiva teoria della “prigione con tre pareti” poiché si riteneva che una simile restrizione non privasse

¹⁴ELLES N., *The Problem of the Applicability of Existing International Provisions for the Protection of Human Rights to Individuals Who Are Not Citizens of the Country in Which They Live*, 1980, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1.

totalmente l'individuo della propria libertà personale considerato che, la decisione di allontanarsi dal territorio dello Stato, avrebbe permesso l'immediata riacquisizione della stessa, e rappresentò, per lungo tempo, l'indirizzo della retorica istituzionale ufficiale dei paesi occidentali. In alcuni casi, ancora oggi, attraverso un ingegnoso processo di edulcorazione semantica che evita l'uso di termini come detenzione o custodia, si tenta di validare tale teoria nella disciplina del controllo delle migrazioni.

Fu all'interno del regime giuridico dei diritti umani che nacquero le prime riflessioni e le prime critiche a riguardo. Ricalcando l'impronta dell'art. 9 della Dichiarazione Universale del 1948 - secondo cui "*no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile*" - l'attenzione si spostò sulla questioni dei poteri sulla libertà personale che gli Stati esercitano nell'espletamento della propria attività di controllo delle frontiere, affidandosi all'operato degli organismi internazionali di tutela dei diritti umani ed elaborando una serie di strumenti giuridici di protezione della libertà personale da ogni forma di detenzione arbitraria.

2.1 La Convenzione di Ginevra del 1951

Con riferimento particolare allo *status* di richiedente asilo, l'*United Nations High Commissioner for Refugee* (di seguito UNHCR), nelle *Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers* pubblicate nel 1999, negava esplicitamente la teoria della "prigione con tre pareti", presentando la detenzione dei richiedenti asilo come misura "sostanzialmente indesiderabile" poiché ampiamente limitativa della libertà di movimento del richiedente che si trova

confinato all'interno di uno spazio ristretto o delimitato, compresi campi chiusi, prigioni, strutture per la detenzione o zone di transito aeroportuali, dove l'unica possibilità di lasciare tale spazio ristretto è quella di lasciare il territorio.

Alla luce delle disposizioni del 1999, dunque, lo strumento detentivo rappresenterebbe una *extrema ratio* da utilizzare - previa valutazione individualizzata del provvedimento detentivo - esclusivamente quando altre misure di controllo meno coercitive risultassero indisponibili¹⁵ e da sottoporre tassativamente alla revisione di un'autorità indipendente e imparziale rispetto all'esecutivo, come esplicitamente richiesto dalle previsioni in materia di tutela della libertà personale da detenzioni arbitrarie. Una misura da considerare nella sua straordinarietà, dunque, ma che, contemporaneamente, pare essere legittima alla luce di un ampio ventaglio di casi che conferiscono agli Stati ampi margini di manovra¹⁶, facendo di questa specifica forma detentiva una mera convenienza amministrativa adottata dagli Stati nell'esercizio dell'uso legittimo della forza in nome della difesa dei propri confini nazionali (CORNELISSE, 2010). Il documento del 1999, anche se non esaustivo, rappresentò un traguardo importante nel tortuoso percorso che, soprattutto a partire dagli anni '70 del secolo scorso, aveva riguardato la disciplina dello *status libertatis* del richiedente asilo nel contesto internazionale.

Furono quelli gli anni in cui, di fronte ad un forte aumento del numero dei richiedenti asilo e dei profughi, i principali paesi occidentali cominciarono ad assumere un

¹⁵ Le misure a cui ci si riferisce sono ad esempio l'obbligo di firma; l'obbligo di residenza; il rilascio di una cauzione.

¹⁶ I casi considerati riguardano: il controllo dell'identità del richiedente; la determinazione degli elementi della richiesta di asilo; i casi in cui il richiedente abbia distrutto i documenti di identità o utilizzato documenti falsi; motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico, *Revised Guideline on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, UNHCR, 26 February 1999.

atteggiamento nuovo nella gestione del fenomeno, che vide uno spostamento dell'asse interpretativo da una «retorica dei diritti umani apparentemente neutrale e universalistica» (CAMPELI, 2012: 349) ad un *frame* securitario rispetto al quale gli stessi strumenti giuridici di garanzia dei diritti umani offerti dalla Convenzione di Ginevra sembravano deboli e inadeguati.

Essa, infatti, nel disciplinare la questione della libertà personale del rifugiato, pare non chiarire in modo esaustivo alcuni aspetti fondamentali della disciplina, creando delle incongruenze che si rivelerebbero potenti strumenti di legittimazione di una tendenza progressivamente estensiva dell'uso della detenzione amministrativa quale misura ordinaria delle politiche migratorie.

Secondo le disposizioni contenute nella Convenzione, l'esercizio dei poteri statali sulla libertà personale del richiedente asilo muta al mutare della situazione entro cui si esercitano. In base a quanto disposto dall'art. 9 della Convenzione, in tempo di guerra o di emergenza nazionale, al fine di difendere la sicurezza interna, gli Stati sono legittimati ad assumere «misure precauzionali» nei confronti dei richiedenti asilo già presenti sul territorio dello Stato, mentre, secondo il combinato disposto degli articoli 26 e 31, in tempo di pace, lo *status libertatis* si disciplina distinguendo la presenza regolare o irregolare del richiedente asilo sul territorio dello Stato.

L'art. 26 riconosce la libertà di movimento a quanti siano riconosciuti come presenze regolari sul territorio nazionale, salvo misure individuali adottate in nome della salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale. Da parte sua, l'art. 31, pur sancendo un divieto di penalizzazione da parte degli Stati in ragione della mera irregolarità (comma 1) – non esclude la possibilità di altre forme di controllo o limitazioni della libertà di movimento dei rifugiati, autorizzando misure restrittive di natura amministrativa nei confronti di quanti presentino irregolarità rispetto alle norme sull'ingresso e sul soggiorno sul

territorio dello Stato, nel rispetto di un principio di necessarietà (comma 2)¹⁷ che, tuttavia, non trova chiara definizione:

«The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country» (GOODWIN G.; GILL S., 1986).

È qui che la disciplina rivela quelle lacune che hanno consentito agli Stati di optare per una interpretazione sempre meno garantista dell'art. 31. Non offrendo una definizione esaustiva del significato di “presenza irregolare”, la norma non chiarisce se gli Stati siano autorizzati ad applicare misure restrittive anche nei confronti di quei richiedenti che, giunti irregolarmente sul territorio dello Stato, abbiano immediatamente presentato domanda di protezione internazionale alle autorità¹⁸, rischiando di trasformare la questione in mera scelta discrezionale degli Stati riceventi.

Fino alla fine degli anni '70, nonostante la visiva debolezza delle garanzie tracciate dagli strumenti giuridici in vigore nello scenario internazionale, l'effettiva eccezionalità dell'uso dello strumento detentivo aveva garantito un equilibrio che era stato in grado di tenere a bada la coscienza giuridica e giurisprudenziale. Lo stesso UNHCR che - attraverso pareri e conclusioni offre un autorevole punto di vista sull'applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione di Ginevra - aveva assunto un atteggiamento abbastanza cauto, limitandosi a fornire scarse indicazioni in materia.

Nella *Conclusion n. 7/1977* - nel fissare le linee guida e gli standard interpretativi in materia di asilo – si contemplava,

¹⁸ Lo *status* di rifugiato è da considerarsi come “dichiarativo”, dunque anche il semplice inoltro di una richiesta di asilo dovrebbe garantire l'accesso alle protezioni offerte dalla Convenzione.

quale unica forma di detenzione amministrativa, quella riferita agli stranieri che, ottenuta qualche forma di protezione, fossero stati sottoposti a provvedimento di espulsione per ragioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale, specificando la necessità della natura urgente di tali cause e la limitatezza dei tempi di restrizione entro il periodo strettamente necessario ai fini dell'esecuzione dell'espulsione.

Il caso divenne bersaglio di maggiore attenzione e critica negli anni immediatamente successivi a questi quando, parallelamente alla crescita del numero dei richiedenti asilo, diminuì l'eccezionalità dell'uso della misura restrittiva. Fu a questo punto che l'UNHCR trattò, per la prima volta, la questione della legittimità delle misure detentive ai sensi dell'art. 31 della Convenzione. La *Conclusion* n. 22/1981, nel disciplinare la questione della protezione dei rifugiati in situazioni di afflusso di massa, pur riconoscendo il legittimo uso della misura detentiva, si preoccupava di elaborare una serie di *minimum basic human standards* da seguire nei casi di restrizione della libertà dei richiedenti asilo, ribadendo la necessità di sottoporre tali provvedimenti a reali esigenze di difesa dell'ordine e della salute pubblica¹⁹. Tuttavia, questo fittizio equilibrio, che tacitamente si provava a mantenere, fu spezzato dall'elaborazione di un nuovo documento dell'UNHCR, che rappresentò quasi un compromesso tra la prerogativa di tutela dei diritti umani e la forza repressiva e poco garantista ormai largamente esercitata dai principali paesi occidentali nell'ambito delle politiche migratorie.

Nella *Conclusion* n. 44/1986, seppur ribadendo il requisito della necessità di cui all'art. 31 comma 2 della Convenzione e avvalorando l'eccezionalità del provvedimento, l'UNHCR riconosceva ampia discrezionalità agli Stati che

¹⁹ La necessità di rispettare gli standard elaborati nel 1981 fu nuovamente ribadita con le raccomandazioni dell'*Executive Committee* sulla protezione in situazioni di afflusso di massa - Note International Protection, 1983

avrebbero potuto adottare legittimamente il provvedimento detentivo in tutti quei casi in cui fosse necessario “*to verify identity; to determine the elements on which the claim to refugee status or asylum is based; to deal with cases where refugees or asylum-seekers have destroyed their travel and/or identity documents or have used fraudulent documents in order to mislead the authorities of the State in which they intend to claim asylum; or to protect national security or public order*”²⁰.

Sulla scia delle disposizioni sancite nelle *Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum Seekers* del 1999 che, comunque, si erano mostrate incapaci di frenare la tendenza degli Stati a trasformare la questione in «un affare relativo più alla sicurezza nazionale che alla protezione umanitaria» (CAMPESI, 2012: 360), i documenti successivamente prodotti tentarono di ribadire la necessità di considerare la detenzione amministrativa come misura di *extrema ratio*, invitando gli Stati a valutare concretamente la possibilità di individuare misure alternative alla detenzione²¹.

Nelle *Detention Guidelines* pubblicate nel 2012, l’UNHCR elenca dieci principi che spiegano “lo stato del diritto internazionale in relazione alla detenzione dei richiedenti asilo”, applicabili rispetto ad ogni forma di restrizione della libertà personale dei richiedenti asilo, a prescindere dal luogo in cui sono trattenuti (zone internazionali degli aeroporti, campi profughi, strutture detentive, arresti domiciliari). Tra le garanzie previste, spicca l’obbligo per gli Stati di prevedere alternative alla detenzione, partendo dal principio che misure meno afflittive devono essere privilegiate, nonché l’invito ad istituire

²⁰UNHCR *Detention of Refugees and Asylum-Seekers*, 13 October 1986, Conclusion n. 44 (XXXVII), lettera b).

²¹*Agenda for Protection*, 2002: invitava gli Stati ad esplorare concretamente la possibilità di individuare alternative alla detenzione di rifugiati e richiedenti asilo, astenendosi dal ricorrere alla detenzione dei minori di 18 anni; *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, 2006: evidenziava la necessità di sviluppare un sistema di alternative alla detenzione dei richiedenti asilo basato sul ricorso a strutture come i centri di accoglienza aperti.

un meccanismo di monitoraggio indipendente dei luoghi di detenzione destinati ai richiedenti asilo.

2.2 Il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966

Secondo la definizione data dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, per restrizione della libertà personale si intende qualsiasi forma di trattenimento forzato in un luogo ristretto e chiuso rispetto al mondo esterno. Che si tratti di prigionieri, ospedali psichiatrici, campi di rieducazione e lavoro, cliniche per il trattenimento sanitario forzato delle dipendenze, comunque ci si trova in luoghi entro cui, forzatamente, si viene privati della libertà personale e rispetto ai quali la possibilità di uscita non dipende da una scelta individuale ma istituzionale. A ragione di ciò, nel *General Comment n. 8/1982*, l'*Human Rights Committee* (di seguito HRC) estende tale definizione anche alle forme di deprivazione della libertà personale legate alle politiche migratorie. Tale documento specifica, infatti, che le garanzie dell'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR) non si limitano a disciplinare esclusivamente le forme di detenzione penale e che, nonostante siano assenti specifici riferimenti alla detenzione amministrativa dello straniero, il divieto di detenzione arbitraria da esso sancito si estende ad ogni forma di arresto o privazione della libertà personale. L'articolo, dopo aver riconosciuto il diritto di ciascun individuo alla libertà e alla sicurezza della persona, stabilisce le garanzie di natura sostanziale e procedurale da rispettare nell'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale affinché ne possa essere garantita la legittimità²².

²² UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 dicembre 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, art. 9: «1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall

È stata l'ampia giurisprudenza prodotta dall'HRC a indirizzare la portata dell'articolo stesso, attraverso l'individuazione di due fondamentali principi che fungessero da argini all'uso della misura della detenzione amministrativa: il principio di proporzionalità e quello di necessità. Qualsiasi forma di privazione della libertà personale deve essere *proporzionata* a fini specifici stabiliti dalla legge e *necessaria* rispetto al raggiungimento di uno scopo prefissato una volta che, effettuata una valutazione caso per caso, si rileva che lo stesso non potrebbe essere perseguito attraverso misure meno lesive della libertà personale.

Gran parte della giurisprudenza in materia è stata prodotta con riferimento particolare alla situazione australiana in materia di detenzione degli immigrati e dei richiedenti asilo. Il primo dei casi trattati fu *A. v. Australia*²³, nel quale l'HRC condannò l'Australia per aver prolungato il trattenimento di un richiedente asilo in modo arbitrario, per un tempo non necessario al perseguimento dello scopo prefissato. Il provvedimento restrittivo avrebbe dovuto trovare giustificazione in esigenze specifiche valutate caso per caso: la necessità di condurre investigazioni; il rischio di fuga; la mancata cooperazione da parte dello straniero avrebbero potuto legittimare l'uso della

be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law. 2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him. 3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement. 4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful. 5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation».

²³Human Rights Committee *A. v. Australia*, No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997).

misura per un periodo strettamente necessario allo scopo prestabilito e comunque non oltre il momento di cessazione delle cause che lo giustificano. Pur affermando che non vi sia una norma di diritto internazionale che sancisca tassativamente l'illegalità di provvedimenti di detenzione amministrativa, nella *Communication* n. 560/1993, l'HRC dichiara che per poterne comprovare la "legalità" e la "non arbitrarietà", non ci si può affidare esclusivamente a cause generali come il semplice ingresso o la mera presenza illegale dello straniero sul territorio dello Stato, ma bisogna condurre un'analisi sul singolo caso. Difatti l'arbitrarietà non deve essere intesa semplicemente come "against the law"²⁴, ma bisogna considerare una visione più ampia del principio di legalità che tenga in considerazione principi come quello di ragionevolezza e proporzionalità. Bisogna porsi aldilà della mera illegalità dei provvedimenti restrittivi e realizzare una valutazione «alla luce della loro ragionevolezza rispetto agli interessi coinvolti, della loro proporzionalità rispetto allo scopo da conseguire e dell'impossibilità di ricorrere a misure meno afflittive per realizzarlo» (CAMPESI, 2012: 363).

La legittimità delle restrizioni della libertà personale degli stranieri, dunque, non può essere individuata nella mera utilità amministrativa della misura nell'ambito delle politiche di controllo delle migrazioni; vero punto di snodo della questione diviene, così, la capacità di effettuare un bilanciamento tra l'interesse collettivo all'esigenza di controllo delle frontiere e la tutela della libertà personale dello straniero che quelle frontiere tenta di varcare.

²⁴Human Rights Committee, *A.v. Australia*, Communication No. 560/1993, par. 9.3 «the notion of "arbitrariness" must not be equated with "against the law" but must be interpreted more broadly to include such elements as inappropriateness and injustice».

Anche nel caso *C.v. Australia*²⁵ i giudici condannarono l'Australia per violazione dell'art. 9 par. 1 ICCPR, con riferimento al caso di un cittadino iraniano che durante i due anni di detenzione aveva accusato disturbi mentali. Come sottolineato dalla *Communication* n. 900/1999, lo Stato deve sempre fornire una motivazione adeguata per giustificare la detenzione individuale anche alla luce del passaggio del tempo e del mutare delle circostanze e deve dimostrare di non essere nelle condizioni di poter raggiungere lo stesso scopo attraverso misure meno afflittive, quali l'obbligo di presentarsi periodicamente davanti alle autorità, la detenzione domiciliare, il deposito di una cauzione²⁶.

Portando ad una interpretazione estrema le posizioni assunte nelle sentenze precedentemente analizzate, nel caso *Baban v. Australia, Communication* n. 1014/2003²⁷, l'HRC fornisce un indirizzo di fondamentale importanza per la questione in esame concludendo che l'impossibilità di eseguire un provvedimento di espulsione rappresenta una causa di

²⁵Human Rights Committee, *C. v. Australia*, Communication No. 900/1999, U.N. Doc. CCPR/C/76/D/900/1993 (28 October 2002).

²⁶ Human Rights Committee, *C. v. Australia*, Communication No. 900/1999, par. 8.2: «As to the claims relating to the first period of detention, in terms of article 9, paragraph 1, the Committee recalls its jurisprudence that, in order to avoid a characterization of arbitrariness, detention should not continue beyond the period for which the State party can provide appropriate justification.

In the present case, the author's detention as a non-citizen without an entry permit continued, in mandatory terms, until he was removed or granted a permit. While the State party advances particular reasons to justify the individual detention (para. 4.28 et seq.), the Committee observes that the State party has failed to demonstrate that those reasons justify the author's continued detention in the light of the passage of time and intervening circumstances. In particular, the State party has not demonstrated that, in the light of the author's particular circumstances, there were not less invasive means of achieving the same ends, that is to say, compliance with the State party's immigration policies, by, for example, the imposition of reporting obligations, sureties or other conditions which would take account of the author's deteriorating condition. In these circumstances, whatever the reasons for the original detention, continuance of immigration detention for over two years without individual justification and without any chance of substantive judicial review was, in the Committee's view, arbitrary and constituted a violation of article 9, paragraph 1».

²⁷Human Rights Committee, *Baban v. Australia*, Communication No. 1014/2001, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001 (18 September 2003).

sopraggiunta illegittimità del provvedimento detentivo, considerato che lo stesso non è più in grado di rispondere al fine ultimo cui era stato preposto (l'espulsione dello straniero irregolarmente presente). Lo straniero non potrà essere legittimamente trattenuto quando ogni possibilità di essere allontanato dal territorio dello Stato appare irrealizzabile.

Il breve percorso fin qui analizzato permette di individuare l'atteggiamento generale che l'HRC, nel tempo, ha mostrato nei confronti dell'istituto della detenzione amministrativa e di affermare che, anche rispetto alla tendenza seguita dall'UNHCR, esso sia stato in grado di giungere a conclusioni più nette e decise che non hanno mai trascurato il concreto giudizio di ragionevolezza, proporzionalità e necessità della misura analizzata, non fermandosi alla mera valutazione formale ma affrontando nel merito le ragioni sostanziali. Quando, per la prima volta, l'UNHCR trattò la questione delle garanzie procedurali che avrebbero dovuto accompagnare il ricorso alla detenzione, stabilì che “*detention measures taken in respect of refugees and asylum-seekers should be subject to judicial or administrative review*”²⁸, consentendo la revisione del provvedimento per via puramente amministrativa e, dunque, comportando un abbassamento delle garanzie previste a tutela della libertà personale. Soltanto con le Conclusioni del 1999 si riconobbe la necessità di rendere obbligatorio il ricorso alle autorità giurisdizionali nella revisione del provvedimento detentivo.

Diretto fu invece l'atteggiamento del HRC a riguardo. Nell'art. 9, comma 4 dell'ICCPR, appare un esplicito riferimento ad una *Court* chiamata a valutare i requisiti formali e sostanziali del provvedimento di detenzione amministrativa, facendo così pensare alla natura giurisdizionale dell'autorità competente.

²⁸UNHCR, *Detention of Refugees and Asylum Seekers*, 13 October 1986, Conclusion n. 44 (XXXVII), lettera b).

Le giurisprudenza prodotta dall'HRC trova seguito nelle linee guida pubblicate negli anni dal UN *Working Group on Arbitrary Detention (WGAD)*, istituito nel 1991 dall'allora *Commission on Human Rights* delle Nazioni Unite (oggi *Human Rights Council*) per vigilare sull'applicazione degli standard giuridici internazionali in materia di detenzione e nei rapporti pubblicati dal UN *Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, nato per mano della stessa *Commission* nel 1999 per promuovere l'effettivo esercizio dei diritti umani da parte dei migranti; organismi di forte spessore che - su richiesta di associazioni, organizzazioni non governative o singoli, o attraverso apposite missioni di inchiesta - forniscono pareri e raccomandazioni pubblicate nei loro rapporti annuali, in grado di porsi quali importanti parametri di riferimento nel quadro internazionale di tutela dei diritti umani.

Pur riconoscendo l'innegabile prerogativa sovrana di difesa delle frontiere - da esercitare anche attraverso il legittimo uso della detenzione amministrativa - tali organi affrontano la delicata questione del bilanciamento tra i poteri sovrani e la tutela della libertà personale, mostrando particolare sensibilità verso l'ultimo dei due termini e chiedendo di porre maggiori limiti al massiccio utilizzo dello strumento detentivo.

Il *Working Group on Arbitrary Detention*, attraverso la Risoluzione 1997/50, è stato esplicitamente invitato a rivolgere l'attenzione alla situazione di immigrati e richiedenti asilo che si trovano in una condizione di prolungata detenzione. Il primo rapporto a riguardo è quello del 1999 - *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*²⁹ - in cui il WGAD, confermando la diffusa preoccupazione per il crescente utilizzo della misura detentiva in questione, stila delle linee guida a cui far riferimento

²⁹ WGAD, *Civil and Political Rights, including questions of torture and detention* - Report of the Working Group on Arbitrary Detention, E/CN.4/1999/63 18 December 1998.

per poter stabilire l'eventuale arbitrarietà della detenzione³⁰. L'assenza o la violazione di tali garanzie avrebbe qualificato la detenzione come arbitraria.

Tra i criteri indicati emergono il diritto di essere informati in una lingua comprensibile; il diritto all'assistenza legale; il diritto di convalida del provvedimento detentivo da parte di un organismo indipendente dall'esecutivo; il diritto ad entrare in contatto con il mondo esterno; il diritto di richiedere un colloquio con una organizzazione non governativa specializzata nella tutela dei diritti umani. In particolare, si

³⁰Guarantee 1: To be informed, at least orally, when held for questioning at the border, or in the territory concerned if he has entered illegally, in a language which he understands, of the nature of and grounds for the measure refusing admission at the border, or permission for temporary residence in the territory, that is being contemplated with respect to him;

Guarantee 2: Decision involving administrative custody taken by a duly authorized official with a sufficient level of responsibility in accordance with the criteria laid down by law and subject to guarantees 3 and 4.

Guarantee 3: Determination of the lawfulness of the administrative custody pursuant to legislation providing to this end for: (a) The person concerned to be brought automatically and promptly before a judge or a body affording equivalent guarantees of competence, independence and impartiality; (b) Alternatively, the possibility of appealing to a judge or to such a body.

Guarantee 4: To be entitled to have the decision reviewed by a higher court or an equivalent competent, independent and impartial body.

Guarantee 5: Written and reasoned notification of the measure of custody in a language understood by the applicant.

Guarantee 6: Possibility of communicating by an effective medium such as the telephone, fax or electronic mail, from the place of custody, in particular with a lawyer, a consular representative and relatives.

Guarantee 7: To be assisted by counsel of his own choosing (or, alternatively, by officially appointed counsel) both through visits in the place of custody and at any hearing.

Guarantee 8: Custody effected in public premises intended for this purpose; otherwise, the individual in custody shall be separated from persons imprisoned under criminal law.

Guarantee 9: Keeping up to date a register of persons entering and leaving custody, and specifying the reasons for the measure.

Guarantee 10: Not to be held in custody for an excessive or unlimited period, with a maximum period being set, as appropriate, by the regulations.

Guarantee 11: To be informed of the guarantees provided for in the disciplinary rules, if any.

Guarantee 12: Existence of a procedure for holding a person incommunicado and the nature of such a procedure, where applicable.

Guarantee 13: Possibility for the alien to benefit from alternatives to administrative custody.

Guarantee 14: Possibility for the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, the International Committee of the Red Cross and specialized non governmental organizations to have access to places of custody.

parlava di illegittimità della detenzione amministrativa, nei casi in cui questa fosse stata adottata senza considerare l'eventualità di alternative e un limite massimo di tempo.

In occasione della presentazione del rapporto del 2000, sulla base delle 14 garanzie approvate l'anno precedente, il WGAD pubblicò un *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention*³¹. Oltre a richiamare le precedenti linee guida, furono inseriti principi rivolti specificamente al regime detentivo ed ai meccanismi disciplinari

³¹ I. Guarantees concerning persons held in custody:

Principle 1: Any asylum-seeker or immigrant, when held for questioning at the border, or inside national territory in the case of illegal entry, must be informed at least orally, and in a language which he or she understands, of the nature of and grounds for the decision refusing entry at the border, or permission for temporary residence in the territory, that is being contemplated with respect to the person concerned.

Principle 2: Any asylum-seeker or immigrant must have the possibility, while in custody, of communicating with the outside world, including by telephone, fax or electronic mail, and of contacting a lawyer, a consular representative and relatives.

Principle 3: Any asylum-seeker or immigrant placed in custody must be brought promptly before a judicial or other authority.

Principle 4: Any asylum-seeker or immigrant, when placed in custody, must enter his or her signature in a register which is numbered and bound, or affords equivalent guarantees, indicating the person's identity, the grounds for the custody and the competent authority which decided on the measure, as well as the time and date of admission into and release from custody.

Principle 5: Any asylum-seeker or immigrant, upon admission to a centre for custody, must be informed of the internal regulations and, where appropriate, of the applicable disciplinary rules and any possibility of his or her being held incommunicado, as well as of the guarantees accompanying such a measure.

II. Guarantees concerning detention:

Principle 6: The decision must be taken by a duly empowered authority with a sufficient level of responsibility and must be founded on criteria of legality established by the law.

Principle 7: A maximum period should be set by law and the custody may in no case be unlimited or of excessive length.

Principle 8: Notification of the custodial measure must be given in writing, in a language understood by the asylum-seeker or immigrant, stating the grounds for the measure; it shall set out the conditions under which the asylum-seeker or immigrant must be able to apply for a remedy to a judicial authority, which shall decide promptly on the lawfulness of the measure and, where appropriate, order the release of the person concerned.

Principle 9: Custody must be effected in a public establishment specifically intended for this purpose; when, for practical reasons, this is not the case, the asylum-seeker or immigrant must be placed in premises separate from those for persons imprisoned under criminal law.

Principle 10: The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), the International Committee of the Red Cross (ICRC) and, where appropriate, duly authorized non-governmental organizations must be allowed access to the places of custody.

che le autorità sono autorizzate ad utilizzare all'interno dei centri.

Anche nel 2008³² - nonostante le raccomandazioni già espresse in materia negli anni precedenti - il WGAD si ritrovò ad esprimere nuovamente apprensione per il proliferare dei centri di detenzione e invitò gli Stati al rispetto delle garanzie e tra tutte quella di considerare seriamente l'utilizzo di misure alternative alla detenzione. Tra le osservazioni si legge, infatti, che sebbene la detenzione amministrativa di immigrati e richiedenti asilo non sia proibita *a priori* dalla normativa internazionale, essa diventa arbitraria se non necessaria alle circostanze del caso e, ad ogni modo, non può essere considerata quale effettiva soluzione ai tentativi compiuti per stabilire l'identità e la nazionalità degli stranieri irregolarmente presenti, soprattutto nella circostanza in cui la mancanza di interesse o l'impossibilità di collaborare con il paese di origine impediscano le procedure o comunque generino ritardi nell'esecuzione dell'espulsione.

Non distanti da simili conclusioni, le raccomandazioni espresse negli anni successivi. Ancora una volta, il gruppo di lavoro invitava gli Stati a considerare la detenzione amministrativa di immigrati e richiedenti asilo come ultima risorsa, da impiegare soltanto dopo aver valutato l'utilizzo di misure alternative ad essa e comunque per brevissimi periodi di tempo. Si raccomandava, inoltre, di prevedere, esclusivamente attraverso la legge ed in modo chiaro ed esaustivo, le ragioni della detenzione, la cui legittimità doveva essere stabilita, caso per caso, da un giudice e sottoposta ad un riesame automatico, periodico e giudiziario. Infine si dichiarava l'illegittimità dei provvedimenti detentivi qualora l'impossibilità di effettuare l'identificazione e il rimpatrio di immigrati e richiedenti asilo

³²*Promotion and protection of all human rights, civil, economic, social and cultural rights, including the right to development - Report of the Working Group on Arbitrary Detention A/HRC/7/4 10 January 2008.*

non fosse legata alla volontà dell'interessato ma a fattori esterni quali la mancata cooperazione della rappresentanza consolare o la mancanza di mezzi utili.

Cosciente del diritto sovrano degli Stati a regolare le migrazioni, il WGAD non considera la detenzione amministrativa degli stranieri una violazione degli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani; tuttavia, si batte per il rigoroso rispetto delle garanzie da esso sviluppato nel caso in cui il suo utilizzo risulti strettamente necessario, promuovendo comunque la sua graduale abolizione.

Simile orientamento sembra seguire lo *Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*. Nato per promuovere il completo godimento dei diritti umani da parte dei migranti, il suo mandato copre tutti i Paesi, indipendentemente dall'adesione alla *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (1990).

Ed è in un suo rapporto del 2002 che, invitando i governi a considerare la possibilità di un'abolizione progressiva di tutte le forme di detenzione amministrativa, lo *Special Rapporteur* formula uno specifico elenco di raccomandazioni relative alla detenzione degli immigrati nel caso in cui questa si ponga come l'unica scelta possibile, suggerendo in particolare agli Stati di circondare di garanzie sostanziali e procedurali l'adozione di simili provvedimenti restrittivi, di privilegiare il ricorso a misure alternative alla detenzione ed evitare in linea generale la detenzione dei minori, donne ed altri soggetti vulnerabili. Altro aspetto importante contemplato nelle raccomandazione espresse, riguarda l'offerta dei servizi di base da garantire ai detenuti, dunque l'assistenza sanitaria, sociale, psicologica, legale e di traduzione, chiamando gli Stati a concludere accordi con le organizzazioni non governative, le università, le istituzioni di volontariato e umanitarie e a fornire una formazione adeguata alle autorità operanti nei centri, assicurando l'applicazione del

Body of principles for the protection of all persons under any form of detention and imprisonment, dunque l'applicazione di principi quali la previsione di un tempestivo esame e trattamento medico; la fornitura di materiale educativo, culturale e informativo; la visita periodica da parte di persone qualificate ed esperti nominati da un'autorità competente distinta dall'autorità responsabile dell'amministrazione del luogo di detenzione, al fine di vigilare sul rispetto rigoroso di leggi e regolamenti pertinenti. Infine si raccomanda di prevedere un meccanismo attraverso cui i migranti possano esprimere richieste o denunce rispetto al trattamento subito, in particolare in caso di abusi fisici o psicologici, presso le autorità responsabili e quando necessario presso le autorità giudiziarie³³.

In linea generale, lo *Special Rapporteur* promuove la progressiva abolizione di ogni forma restrittiva della libertà personale, sostenendo che, anche nei casi in cui essa appare giustificata alla luce di ragioni esaustivamente previste dalla legge, ogni sforzo deve essere fatto per distinguere i regimi di detenzione amministrativa da quella penale. Appositi luoghi di detenzione devono essere individuati per rispondere esclusivamente alla funzione prestabilita e la gestione interna deve essere affidata ad autorità differenti dalle forze di sicurezza, nonché ad operatori specializzati nella materia dei diritti umani e pronti ad affrontare le peculiarità tipiche della particolare popolazione detenuta. Nel rapporto del 2010, lo *Special Rapporteur* analizza, infatti, l'impatto della criminalizzazione delle migrazioni sul godimento dei diritti umani e dell'abuso di mezzi di controllo particolarmente afflittivi nel quadro delle politiche migratorie, osservando come le politiche migratorie, ormai pianificate e programmate soltanto per affrontare la questione della sicurezza e del controllo delle frontiere, abbiano

³³ *Specific group and individuals migrant workers*, Report of the Special Rapporteur, E/CN.4/2003/85 30 December 2002.

preso le distanze da un approccio umanitario e di protezione dei diritti umani senza neppure riuscire a rispondere allo scopo di dissuasione e scoraggiamento delle migrazioni irregolari, obiettivi che – a parere dell’organismo stesso – non possono essere utilizzati per giustificare la progressiva diffusione della detenzione amministrativa di immigrati e richiedenti asilo³⁴.

Sulla questione si era già precedentemente espresso l’HRC che, nel suo *General Comment* N. 31 (2004) sulla natura degli obblighi generali imposti agli Stati contraenti la Convenzione, dichiarava: “*the enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party*”.

Il fatto che una persona sia irregolarmente presente sul territorio dello Stato non implica che questa non sia protetta dagli standard internazionali dei diritti umani, dai quali non si può prescindere. Così conclude lo *Special Rapporteur* nel rapporto annuale del 2012, osservando che gli Stati fanno riferimento ad un ampio *range* di motivi legittimanti la detenzione di una pluralità di categorie di migranti: migranti senza documenti o in situazione di irregolarità rispetto al soggiorno; richiedenti asilo in attesa dell’esame della loro richiesta di asilo; richiedenti asilo a cui è stata negata la propria richiesta e sottoposti conseguentemente a provvedimento di espulsione. Lo *Special Rapporteur* aggiunge che non risulta alcuna evidenza empirica che dimostri che la detenzione scoraggi l’immigrazione irregolare o le persone dal richiedere asilo. Nonostante la crescita delle politiche detentive introdotte negli ultimi venti anni in diversi paesi del mondo, infatti, non si registra una diminuzione

³⁴ *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, A/65/222 3 August 2010.

degli arrivi irregolari, probabilmente perché la detenzione viene ormai vista dai migranti come una tappa obbligata del loro viaggio migratorio. L'organismo promuove fortemente il diritto alla libertà e alla sicurezza delle persone e la protezione contro ogni forma di detenzione arbitraria, marcando la fondamentale esigenza di prevedere, eventualmente, provvedimenti restrittivi prescritti dalla legge, necessari, ragionevoli e proporzionati agli obiettivi perseguiti, prescrivendo quali ragioni legittimanti il rischio di fuga e il pericolo per la sicurezza pubblica, da individuare ad ogni modo in seguito ad un'analisi condotta sul singolo caso³⁵. Simili raccomandazioni vengono pronunciate anche nel rapporto dell'anno successivo.

La breve sintesi fin qui condotta ci dimostra come, negli anni, l'intervento dello *Special Rapporteur* - così come quello del *WGAD* - si sia focalizzato essenzialmente su aspetti simili, confermando come la detenzione amministrativa sia diventata nel tempo un ingranaggio ormai istituzionalizzato di un *framework* securitario che, a questo punto, sembra dominare la gestione delle politiche migratorie.

2.3 La Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali entra in vigore nel 1953 e, supportata dall'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo - che su di essa vigila per garantirne la corretta interpretazione e applicazione- al momento, rappresenta il più importante strumento di tutela dei diritti umani a livello regionale.

³⁵ *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, A/HRC/20/24 2 April 2012.

Negli anni, la Corte EDU ha prodotto ampie riflessioni sulla questione del bilanciamento tra la tutela dei diritti individuali e gli interessi collettivi di ordine e sicurezza pubblica, non senza difficoltà e incertezze, tutte amplificate dalla presenza di lacune all'interno del testo della Convenzione che, pur distinguendo la mera restrizione alla libertà di movimento (art. 2 del Protocollo aggiuntivo n. 4) dalla detenzione (art. 5 della CEDU), non fornisce una chiara definizione di quest'ultima.

L'inclinazione iniziale della Corte, differentemente dagli organi internazionali fin qui considerata, pareva negare il carattere detentivo del provvedimento restrittivo, sostenendo che lo straniero trattenuto avrebbe potuto riacquisire la propria libertà personale abbandonando il territorio dello Stato e, dunque, consacrando la teoria della "prigione con tre pareti" supportata dagli Stati coinvolti.

Fu a partire dal caso *Amuur v. France 1996* che la Corte³⁶, - chiamata ad esprimersi sulla legittimità della detenzione degli stranieri in ingresso nelle *transit zone* (porti e aeroporti) francesi – iniziò a mostrare un atteggiamento nuovo sulla questione della libertà personale.

Dichiarando che "*the mere fact that it was possible for asylum seekers to leave the country where they wished to seek refuge did not mean that there had not been a restriction on liberty. The possibility became theoretical if no other country offered protection comparable to that which they expected to find in the country where they were seeking asylum*", questa volta, la Corte, avvalorava l'idea del carattere detentivo della misura, affermando che la possibilità di abbandonare il territorio dello Stato per riacquistare la libertà personale non avrebbe dovuto avere natura astratta ma avrebbe dovuto rappresentare una condizione concretamente realizzabile. Focalizzando la

³⁶ Corte Edu, *Amuur v. France*, application n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996.

propria attenzione sul principio di legalità, la Corte condannava la Francia per aver trattenuto arbitrariamente i signori *Amuur*, poiché la detenzione in ingresso praticata dal governo francese era priva di un chiaro regime giuridico nel diritto interno. Tuttavia, la Corte continuava sostenendo che il trattenimento delle *zone d'attente* non potesse paragonarsi alla detenzione degli appositi centri individuati per il trattenimento degli stranieri in vista della loro espulsione, riconoscendo la prerogativa sovrana di controllo delle frontiere attraverso l'uso della detenzione amministrativa come una «inevitabile» pratica amministrativa attraverso cui gli Stati attuano le proprie politiche interne sull'ingresso e sull'espulsione dello straniero.

Importante sottolineare che la pronunzia della Corte, che di certo non scalfisce quell'innegabile prerogativa sovrana di escludere, non può essere letta senza riferimento all'art. 5 della Convenzione. Pur riconoscendo ad ogni persona il diritto alla libertà e alla sicurezza, la disposizione - differentemente dall'art. 9 dell'ICCPR che si riferisce in modo generico al divieto di detenzione arbitraria - elenca una serie dettagliata di casi legittimanti il ricorso a misure privative della libertà personale, menzionando la detenzione amministrativa degli stranieri.

Secondo l'art. 5, comma 2, lettera *f*) è, infatti, consentito «l'arresto o la detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o d'estradizione». Il riconoscimento giuridico della detenzione amministrativa ha, dunque, autorizzato la Corte a produrre una giurisprudenza in materia abbastanza permissiva, che non ha trovato un freno neanche nelle forti denunce portate avanti dagli organi di tutela dei diritti umani, sempre più preoccupati per l'abuso della pratica amministrativa da parte degli Stati membri.

La prima pronunzia prodotta sulla questione risale agli anni '70. Nell'affrontare il caso *Lynas v. Switzerland* del 1976³⁷, in cui la Svizzera veniva condannata per aver sottoposto ad una detenzione prolungata un cittadino straniero in via di estradizione, era emersa un'idea nuova nella disciplina in esame. Per valutare la legittimità del provvedimento detentivo si pensò di elaborare il cosiddetto *diligent test* attraverso cui gli Stati avrebbero dovuto dimostrare che il procedimento amministrativo necessario all'esecuzione dell'espulsione fosse stato condotto con diligenza e senza ritardi. Tale prospettiva venne ribadita, e in parte revisionata, anche dalle successive sentenze. Nel caso *Kolompar v. Belgium* del 1993³⁸, con riferimento al *diligent test* si considerò il grado di collaborazione del detenuto, che spinse ad una interpretazione del provvedimento detentivo in una chiave quasi punitiva.

In due successive sentenze, *Chahal v. United Kingdom* del 1996³⁹ e *Saadi v. United Kingdom* del 2005⁴⁰, la Corte focalizzò l'attenzione su una questione diventata oggetto di discussione a livello internazionale: il giudizio di necessità e proporzionalità come fondamentale requisito di legittimità dei provvedimenti restrittivi. Nel primo caso, rifacendosi all'art. 5, comma 1, lettera *f*), la Corte rifiuta l'obbligo di effettuare un giudizio di proporzionalità e necessità sostenendo che, nel momento in cui sia in corso un provvedimento di espulsione, quello detentivo appare legittimo alla luce del primo, senza dover individuare necessariamente altre cause giustificative.

Anche nel secondo caso, il Collegio - invitato a pronunciarsi rispetto alla detenzione dei richiedenti asilo in

³⁷ Corte Edu, *Lynas v. Switzerland*, application n. 7317/75, sentenza del 6 ottobre 1976.

³⁸ Corte Edu, *Kolompar v. Belgium*, application n. 11613/85, sentenza del 24 settembre 1992.

³⁹ Corte Edu, *Chahal v. United Kingdom*, application n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996.

⁴⁰ Corte Edu, *Saadi v. United Kingdom*, application n. 13220/03, sentenza del 29 gennaio 2008.

ingresso sul territorio inglese – nega nuovamente l’esigenza di effettuare un *test di necessarietà* attraverso cui individuare uno scopo specifico ulteriore rispetto alla semplice garanzia dell’effettività delle politiche di controllo dei confini che – stando alle argomentazioni dei giudici – da sole, legittimerebbero la detenzione dello straniero non autorizzato all’ingresso o al soggiorno sul territorio dello Stato, purché adottate in “buona fede”, in luoghi e condizioni appropriate e per un periodo di tempo ragionevole.

Con questa sentenza la Corte - che finisce per includere tra gli ingressi non autorizzati anche quelli effettuati da quegli stranieri che, varcata la frontiera, facciano immediatamente richiesta di asilo politico presso le autorità competenti - non si limita a fornire una interpretazione stretta dell’art. 5.1 (f) che giustifica la detenzione amministrativa di quanti volontariamente si siano sottratti ai controlli di frontiera ma, tratterebbe la misura quale pratico strumento amministrativo nelle mani della sovranità statale.

Soltanto negli anni più recenti, nel perseguire il difficile tentativo di bilanciare le esigenze securitarie con la tutela degli interessi personali, la Corte pare porsi in una posizione di maggiore garanzia e riconoscimento dei diritti umani, almeno rispetto alla giurisprudenza passata. Nel caso *Raza v. Bulgaria* del 2010⁴¹, è stato valutato come non diligente l’atteggiamento del governo bulgaro che aveva trattenuto, per un tempo considerato sproporzionato, un cittadino straniero sottoposto a provvedimento di espulsione, e tutti gli Stati vennero invitati tutti ad attivarsi «vigorosamente» per eseguire l’esecuzione delle espulsioni in tempi ragionevoli e, in caso di sopraggiunti ritardi, considerare la possibilità di adottare misure alternative alla detenzione.

⁴¹ Corte Edu, *Raza v. Bulgaria*, application n. 31465/08, sentenza dell’11 febbraio 2010.

Spinta da un approccio securitario che sacrifica gli interessi individuali per far prevalere quelli collettivi, almeno fino a questa debole pronunzia, la giurisprudenza della Corte pare aver sempre abbracciato gli standard internazionali meno garantisti forniti dall'UNHCR, piuttosto che la posizione dell'HRC che valuta come fondamentale, ai fini della legittimità delle restrizioni, il giudizio di necessità e proporzionalità, entrando in conflitto anche con le stesse disposizioni della Convenzione che all'art. 53 sancisce che «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi» e con la sua stessa giurisprudenza. Difatti, diversi sono i casi in cui la Corte, in nome dell'art. 5 comma 1, lettere b), d) ed e), richiama l'importanza di quei principi di necessità e proporzionalità, indispensabili per scongiurare il rischio di riservare un "trattamento speciale" alla categoria dei migranti irregolarmente presenti sul territorio dello Stato⁴².

⁴² Il diritto degli stranieri è un diritto che contiene norme specifiche che si applicano soltanto alle persone presenti sul territorio dello Stato ma che ad esso non sono legati da quello specifico rapporto definito *cittadinanza* in senso stretto e giuridico. Tale diritto, rappresenta pertanto «la regolazione del rapporto dialettico tra stranieri e stato, tra sovranità statale e persone che non sono titolari di un diritto soggettivo perfetto all'ingresso, soggiorno e circolazione» e consiste, dunque, in quell'insieme di norme che regolano la condizione per l'ingresso, il soggiorno e l'eventuale allontanamento, in deroga alla consueta disciplina (GASPARINI CASARI, V., 2010: 142). Il tal senso, si parla di «diritto derogatorio» degli stranieri rispetto alle comuni norme vigenti per i cittadini, come di un diritto speciale, particolarmente connotato da margini più o meno ampi di discrezionalità riconosciuti alle autorità di pubblica sicurezza preposte all'applicazione di tali specifiche norme (BONETTI P., 2004: 82).

2.4 *Il Consiglio d'Europa*

Lo stesso Consiglio d'Europa, nel trattare la questione della detenzione amministrativa di immigrati e richiedenti asilo, ha assunto posizioni non perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Già nel 2002, con le Raccomandazioni n. 1547, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha invitato gli Stati membri a indirizzare la propria legislazione nel senso di: a) limitare la durata dei periodi di detenzione precedenti all'espulsione; b) usare la detenzione come misura di ultima ratio, favorendo il ricorso alle alternative; c) ripensare le strutture e riducendo il loro aspetto carcerario; d) garantire le condizioni di detenzione più umane, concedendo in particolare l'accesso all'aria aperta e prevedendo attività per l'impiego del tempo; e) garantire i contatti con l'esterno e in particolare il libero accesso alle strutture detentive da parte di legali, rappresentanti e associazioni.

L'Assemblea si esprime con l'auspicio che il Consiglio elaborasse delle linee guida in materia di espulsione dello straniero. La prima risposta giunse nel 2005, anno in cui vennero adottate le *Twenty Guidelines on Forced Return*⁴³, attraverso cui il Comitato dei Ministri si proponeva di fornire una sintesi degli standard giuridici esistenti in materia, focalizzando l'attenzione in particolare sui principi di proporzionalità e necessità che erano stati trascurati dalle pronunzie della Corte, oltre che sull'obbligo di revisione giurisdizionale, l'obbligo di rilascio in caso di impossibilità di eseguire l'espulsione e su una serie di standard riguardanti le condizioni di detenzione.

Simile fu l'orientamento dell'Assemblea parlamentare negli anni successivi che, preoccupata per il costante aumento

⁴³, Consiglio d'Europa, *Recommendation* n. 2/2006 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules, 11 January 2006.

dell'uso della pratica restrittiva da parte degli Stati, elaborò 10 *guiding principles governing the circumstances in which the detention of asylum seekers and irregular migrants may be legally permissible* a cui gli stessi avrebbero dovuto conformarsi.

I principi ribadivano l'eccezionalità della misura da adottare come *extrema ratio* quando misure meno coercitive non fossero realizzabili e per gli specifici scopi di prevenzione degli ingressi non autorizzati e di esecuzione dei provvedimenti di espulsione o estradizione. Il provvedimento detentivo - per non dirsi arbitrario - doveva essere adottato secondo la procedura prevista dalla legge, autorizzato dall'autorità giudiziaria e sottoposto a periodica revisione della stessa autorità oltre che mostrarsi necessario, proporzionato al fine perseguito e limitato al più breve tempo possibile.

La risoluzione, inoltre, riflettendo la preoccupazione dell'Assemblea per le condizioni materiali riscontrate nei centri detentivi e per il forte impatto che queste comportano sulla salute fisica e mentale dei detenuti, invita gli Stati a conformarsi ad una sorta di codice sulle condizioni e sulla gestione dei centri detentivi. Le *15 European rules governing minimum standards of conditions of detention for migrants and asylum seekers* invocano un trattamento che sia rispettoso della dignità umana e dei diritti dei detenuti, i quali, devono essere immediatamente informati sulle ragioni del provvedimento, sui loro diritti, sulle regole e sulla procedura di reclamo in detenzione; devono essere ristretti in posti specificatamente designati al fine perseguito e sottoposti ad un regime detentivo appropriato che garantisca l'accesso al mondo esterno, un'effettiva assistenza legale e l'operato di uno *staff* accuratamente reclutato, dotato di una formazione adeguata e operante secondo alti standard professionali, etici e personali. Infine, per garantire la trasparenza ed il rispetto degli standard prefissati, autorità indipendenti dovranno essere autorizzate al monitoraggio e all'ispezione dei centri detentivi.

Anche in ambito europeo è stato previsto un organismo di monitoraggio e tutela dei diritti umani delle persone detenute, con lo specifico compito di vigilare sull'applicazione della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del 1987, attraverso indagini mirate a valutare le condizioni di detenzione dei paesi membri.

Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), negli anni ha visto estendere il proprio mandato anche alla questione relativa alla detenzione amministrativa di immigrati e richiedenti asilo, definita come possibile trattamento inumano se prolungata, priva di limiti di tempo stabiliti e senza chiare prospettive di rilascio. Così si esprime il CPT nel suo ultimo rapporto del marzo 2017⁴⁴, all'interno del quale espone in maniera dettagliata le proprie osservazioni, frutto di lunghi anni di scrupoloso operato.

Riprendendo le più volte espresse considerazioni sui principi che dovrebbero guidare l'uso delle misure privative o restrittive della libertà personale, il Comitato intende offrire un esaustivo codice cui gli Stati dovrebbero riferirsi per non ledere i diritti umani di immigrati e richiedenti asilo in detenzione. Le osservazioni espresse non si discostano da quelle redatte dallo *Special Rapporteur* o dal WGAD, richiamando innanzitutto tre principi fondamentali dai quali non si può assolutamente prescindere: il diritto all'assistenza legale; il diritto all'assistenza medica; il diritto ad informare un parente o comunque una parte terza della propria condizione detentiva. Oltre ai tre principi base, il Comitato garantisce rispetto al diritto a contattare le autorità consolari del proprio paese di origine e a godere dell'assistenza da parte di un interprete, oltre che alle garanzie procedurali già precedentemente menzionate, dunque alla

⁴⁴ CPT/Inf(2017)3.

convalida e alla periodica revisione giurisdizionale del provvedimento restrittivo. Pareri importanti vengono anche espressi con riferimento al regime detentivo da seguire, il quale deve riflettere la specifica natura della detenzione, dunque allontanarsi radicalmente dal regime tipico del sistema penale, garantendo il più possibile la libertà di movimento all'interno dei centri e il contatto con il mondo esterno (attraverso visite e contatti telefonici). Inoltre, ampio spazio deve essere concesso alle attività formative e ricreative. Rispetto alla disciplina delle modalità di gestione delle strutture detentive, procedure chiare devono essere previste formalmente, per evitare che vuoti regolamentari lascino spazio a sistemi informali e incontrollati di gestione della vita quotidiana dei centri che potrebbero, contemporaneamente, ostacolare l'operato dello *staff* e ledere i diritti della popolazione detenuta. A tal proposito il Comitato – sottolineando la delicata questione legata alla convivenza forzata di gruppi etnicamente differenti, alla differenza linguistica e in modo particolare alla vulnerabilità emotiva della maggioranza delle persone detenute che non riescono a comprendere e, conseguentemente, ad accettare il fatto di essere private della propria libertà personale senza aver commesso alcun crimine – ribadisce la fondamentale importanza di una attenta selezione del personale operante all'interno dei centri e di una sua adeguata e rigorosa formazione.

Un conflitto costante aleggia intorno alla disciplina della detenzione amministrativa di immigrati e richiedenti asilo. Una irrisolta dicotomia tra i discorsi sovranisti e i tentativi di difesa di quei diritti umani saldamente ancorati al diritto internazionale; un comparto normativo manchevole, a volte tentennante, prodotto dalla costante ricerca di un difficile equilibrio e dalla consuetudinaria denuncia di violazione e abusi di quegli stessi diritti tanto echeggiati. Secondo la visione di Michel Flynn, è proprio l'insoluta tensione tra la libertà personale e la sovranità

statale il pilastro su cui si è evoluto l'istituto della detenzione amministrativa e – stando ad una concettualizzazione ancora più radicale – ogni diritto umano relativo al rispetto della libertà di uno straniero rappresenterebbe un punto di scontro con il quasi illimitato diritto degli Stati di controllare l'ingresso e l'espulsione dei non-cittadini assegnatogli sia dal diritto interno che dal diritto pubblico internazionale (WILSHER, 2004).

3. E l'Unione europea? La “doppia logica” della sicurezza

L'introduzione e la disciplina dell'istituto della detenzione amministrativa dello straniero in Europa, non può essere compresa se non alla luce di una più ampia disamina delle politiche migratorie europee, partendo dal processo di costruzione dell'Unione europea nella sua dimensione economica, politica e sociale e dalla progressiva tendenza degli Stati a concedere parte della propria prerogativa sovrana di difesa dei confini, al fine di sviluppare una disciplina comunitaria, uniforme e coerente, in materia di immigrazione.

I primi decenni di vita della Comunità europea furono caratterizzati da una forte disomogeneità in materia. Una serie di scelte e di interventi politici attuati a livello nazionale puntellavano il quadro europeo delle politiche migratorie, di cui gli Stati conservavano la competenza, seppur consapevoli che la questione della libertà di movimento all'interno dello spazio europeo, rappresentava un obiettivo politico centrale per l'effettiva costruzione della Comunità economica europea. Difatti, i molteplici tentativi di adozione di soluzioni condivise, volte ad uniformare il più possibile i diversi sistemi di ingresso sul territorio - quindi creare un'area comune di libera

circolazione in cui fosse possibile eliminare i controlli alle frontiere interne e rafforzare i controlli alle frontiere esterne - non tardarono ad arrivare.

È infatti nelle disposizioni che concedevano il diritto alla libera circolazione ai cittadini europei economicamente attivi – interne ai Trattati istitutivi delle diverse Comunità economiche – che il processo di costruzione della cittadinanza europea trova origine.

Già il Trattato di Roma del 1957 - atto attraverso cui si avvia il Progetto di integrazione europea (art.3 lettera c del Trattato CEE) - riconosceva tra i suoi principi fondanti, insieme alla libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali, la libera circolazione delle persone. Trattandosi di un trattato essenzialmente economico, perché finalizzato alla costituzione di un mercato comune, il diritto a circolare e soggiornare liberamente nello spazio europeo, non era universalmente riconosciuto, ma riferito ad una categoria specifica di persone, ovvero i cittadini comunitari in possesso di un lavoro. Il reclutamento della manodopera interna alla Comunità rappresentava, per quel periodo storico, l'unico punto di interesse e la sola esigenza su cui costruire le politiche migratorie. Nessuna disposizione era infatti prevista per la gestione dei flussi migratori provenienti dai paesi terzi, mentre si assisteva ad una graduale accettazione da parte degli Stati membri dei limiti posti da alcune direttive comunitarie al loro potere di espellere e al loro pieno controllo dei confini interni e ad una produzione giurisprudenziale, per mano della Corte di Giustizia, che mostrava la volontà di affidare uno statuto quasi costituzionale al diritto alla libera circolazione dei cittadini europei.

Si trattava di una fase di «attitudini liberali nei confronti delle migrazioni economiche» (CAMPESI, 2012: 378) interne, in cui il concetto di libertà rappresentava un caposaldo delle politiche adottate in materia, tant'è che nessun testo normativo

autorizzava esplicitamente gli Stati ad adottare forme di restrizione della libertà personale nella disciplina degli ingressi⁴⁵. Anzi, la Corte di Giustizia, anche nell'interpretare la previsione della Direttiva 64/221/CEE, che riconosceva il diritto di espellere per motivi di *public policy, public health or public security*, dimostrò la sua inclinazione liberale, pretendendo che l'esistenza di un pericolo attuale e concreto per la sicurezza o l'interesse nazionale trovasse esplicita dimostrazione in una specifica condotta tenuta dal soggetto sottoposto a provvedimento di espulsione.

L'onere della prova richiesto dalla Corte in vista dell'uso dei poteri più invasivi riconosciuti agli Stati nell'espletamento delle proprie politiche di controllo, voleva evitare che i provvedimenti di espulsione diventassero mera formalità amministrativa utilizzata nella gestione dei controlli alla frontiera e trovassero, invece, giustificazione unicamente in serie questioni legate alla sicurezza e alla salute pubblica.

Quello che si prospetta è un contesto istituzionale che - soprattutto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel '93 e degli Accordi di Schengen nel '90 (che attribuiscono alla libertà di movimento un'accezione costituzionale)⁴⁶ e alla Direttiva 2004/38/CEE (che riconosce ai

⁴⁵Nessuno esplicito riferimento ai poteri detentivi può essere individuato né nella Direttiva 68/360/CEE sull'ingresso, né nella Direttiva 64/221/CEE che, nel disciplinare i poteri di espulsione, riconosceva il diritto di espellere per ragioni di *public policy, public health or public security* senza contemplare alcun potere detentivo ad esso collegato.

⁴⁶Stipulata nel 1990, la Convenzione di Schengen mirava a creare un'area di libera circolazione tra i Paesi europei firmatari. Lo spazio Schengen, che oggi comprende quasi tutti i Paesi membri dell'Unione europea e alcuni non membri, è stato integrato nell'*acquis* comunitario nel 1997 con l'obiettivo di avviare una graduale abolizione dei controlli alle frontiere interne, di creare una frontiera esterna comune e di iniziare una cooperazione intergovernativa in tema di immigrazione tra gli Stati firmatari. L'Accordo e la Convenzione hanno infatti previsto una serie di norme sulle condizioni di ingresso nello spazio comune (essere in possesso di un documento valido per attraversare le frontiere esterne, esibire documenti che indichino lo scopo e le condizioni del soggiorno, disporre di mezzi di sussistenza sufficienti per la permanenza e per il ritorno nel paese di provenienza, non costituire un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale); istituito un visto uniforme per i soggiorni di breve durata (fino a tre mesi) e stabilito l'obbligo di lasciare il territorio di

cittadini europei il diritto di spostare la propria residenza in altro paese membro) – ridimensiona palesemente la nozione di sicurezza per favorire quella di libertà, attribuendo all'ora cittadino dell'Unione europea una presunzione di non-pericolosità. La sola irregolarità nei requisiti formali che consentono l'esercizio della libertà di movimento e di designazione del proprio domicilio all'interno dell'Unione europea non poteva considerarsi un motivo legittimante l'uso di provvedimenti restrittivi della libertà personale⁴⁷.

Tuttavia, l'avvio degli anni Settanta presentò all'Europa uno scenario differente rispetto a quello tipico dei decenni precedenti. La crisi petrolifera del 1973 – e la crisi occupazionale che ne conseguì – insieme all'intensificarsi dei flussi migratori provenienti dai paesi terzi, condussero verso il superamento di una disciplina migratoria puramente improntata sui *guest-workers*, generando problemi sociali e politici del fenomeno migratorio fino a quel momento sconosciuti e per i quali sembrava indispensabile individuare risposte nuove e comuni, in grado di diminuire il numero degli ingressi e contenere i flussi migratori. Al concetto di libertà – a cui ampio spazio era stato concesso nella questione legata alla gestione delle frontiere interne – si affiancò, in maniera più prepotente rispetto al passato, quello di sicurezza, che iniziò ad orientare la questione relativa ai controlli delle frontiere esterne.

La necessità di coniugare libertà e sicurezza si fondava sull'idea che la libera circolazione delle persone potesse trovare effettivo esercizio esclusivamente all'interno di uno spazio capace di assicurare le indispensabili garanzie di sicurezza e

uno degli Stati parte dell'area nel caso in cui venissero meno i requisiti per il soggiorno. Il sofisticato sistema dei visti rappresenta oggi per l'Unione europea un efficace strumento di selezione, attraverso cui accogliere «gli stranieri che si intende attirare» ed «escludere coloro che vengono considerati come una minaccia migratoria» (*Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea. Subappalto e privatizzazione della detenzione degli stranieri* Migreurop, edizione 2016).

⁴⁷ECJ Case C-215/03, *Salah Oulane vs. Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*, 17 February 2005.

venne sostenuta adoperando “misure compensative”, atte a favorire il concorso tra Stati membri in ambito giudiziario e di polizia⁴⁸. Nel perseguimento di tale obiettivo, fu messo in atto un processo di costruzione sociale e politica dei movimenti transfrontalieri dei cittadini di paesi terzi completamente improntato sul concetto di sicurezza, utile a legittimare politiche di controllo nascenti, sempre più restrittive e, probabilmente, «inconcepibili» se pensate per il cittadino europeo (CAMPESI, 2012: 381).

Le cosiddette misure compensative si tradussero presto nell'intensificazione dei controlli alle frontiere esterne, al fine di permettere l'eliminazione dei controlli su merci e persone all'interno dello spazio comune, contenendo e selezionando i flussi migratori attraverso l'inserimento di differenti interventi - preventivi e successivi - nella cornice delle politiche migratorie comuni agli Stati.

Da un lato si tentò di intercettare, controllare e bloccare i migranti non autorizzati prima del loro ingresso in Europa, delegando tali funzioni all'esterno – attraverso la stipula di accordi con soggetti privati o istituzioni di paesi terzi - o affidando alle istituzioni comunitarie il compito di creare sistemi integrati di controllo utili a condividere informazioni e competenze operative di vario genere; dall'altro si pensò di intervenire una volta varcato il confine europeo, tramite la messa in atto di strategie repressive volte alla sorveglianza, all'identificazione ed all'espulsione del migrante.

Con il progressivo trasferimento della competenza in materia dagli Stati membri all'Unione europea, si assiste ad una sempre maggiore securitarizzazione del fenomeno che introduce politiche e interventi studiati esclusivamente per «controllare i

⁴⁸ Le azioni di contrasto all'immigrazione illegale, nonché alla criminalità organizzata, sono state sostenute con la creazione del Sistema Informativo Schengen (SIS), un database contenente informazioni sui beni e sull'identità delle persone segnalate e consultabile da tutti gli Stati parte dello spazio Schengen automaticamente al momento dei controlli alle frontiere esterne.

movimenti degli indesiderabili e limitare l'arrivo dei migranti e potenziali richiedenti asilo» e in grado di trasformare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, entro cui i cittadini europei sono liberi di muoversi, in un luogo in cui la libertà dei cittadini di paesi terzi viene messa a dura prova (CAMPESI, 2012: 381).

Strategie di investigazione, di identificazione e di trattenimento sono state messe in atto per individuare ed espellere quei soggetti che hanno oltrepassato il confine privi di autorizzazione o che soggiornano irregolarmente sul territorio dello Stato. In seguito al lavoro di indagine e controllo attuato dalle forze di polizia, in linea con la logica securitaria su cui si edifica l'intero impianto europeo di repressione del fenomeno, è risultato opportuno prevedere forme di restrizione della libertà personale - tanto nel quadro della procedura per il riconoscimento dell'asilo che nelle more dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione dello straniero irregolarmente presente - al fine di agevolare l'identificazione dei soggetti interessati ed arginare il rischio di fuga. La detenzione amministrativa dello straniero prende forma concreta in appositi luoghi atti a trattenere gli stranieri e pensati come uno strumento indispensabile per realizzare la politica delle espulsioni e utile a dissuadere altri stranieri eventualmente intenzionati a giungere in Europa (BROEDERS, 2010).

Essa trova legittimazione giuridica in differenti strumenti normativi prodotti dal diritto euro unitario negli ultimi quindici anni.

Stranamente, nessuno esplicito riferimento ai poteri detentivi adottabili dalle autorità di frontiera nei confronti di soggetti cui è stato rifiutato l'ingresso sul territorio dello Stato membro durante le attività di sorveglianza, viene fatto nel documento che per eccellenza disciplina l'azione di controllo della frontiera comune europea. Lo *Schengen Border Code* - Regolamento (EC) n. 562/2006, infatti, si limita a disporre che la polizia di frontiera deve assicurare il divieto di ingresso sul

territorio dello Stato, senza però indicare gli strumenti legittimi attraverso cui le autorità possono realizzare tale fine. La detenzione amministrativa degli stranieri non sembra essere contemplata dal testo, le uniche indicazioni in esso rintracciabili riguardano il rispetto del principio di proporzionalità delle misure restrittive adottate in relazione allo scopo perseguito (art. 6 comma 1); il divieto di discriminazione e l'obbligo di rispettare la dignità umana (art. 6 comma 1 e 2).

I riferimenti normativi su cui poggia la disciplina europea dell'istituto in esame sono, invece, rintracciabili in una serie di direttive in grado di offrire un sistema di garanzie giuridiche che dovrebbe essere rigorosamente rispettato dagli Stati membri che adottano provvedimenti restrittivi della libertà personale nell'ambito della politica migratoria e di asilo.

La detenzione degli stranieri sottoposti a provvedimenti di espulsione in seguito alla loro intercettazione alla frontiera nel tentativo di attraversarla senza esserne autorizzati o sul territorio dello Stato privi di un valido documento di soggiorno, è essenzialmente disciplinata dalla cosiddetta *Return Directive* – Direttiva 2008/115/EC; mentre la disciplina della detenzione dei richiedenti asilo in attesa di esame della propria richiesta è stata interessata da una più vasta produzione normativa cui poter fare riferimento: la *Reception Conditions Directive* – Direttiva 2003/9/EC; la *Asylum Procedure Directive* – Direttiva 2005/85/EC; la *Procedure Directive* - Direttiva 2013/32/UE che rimanda in via generale alla *Reception Directive* - Direttiva 2013/33/UE.

Con il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo del 2008, il Consiglio europeo riconosce l'esistenza di un "vasto spazio di libera circolazione che comprende oggi la maggior parte del territorio europeo" e la conseguente necessità di provvedere alla determinazione "di una politica comune in materia di immigrazione [...] che tenga conto nel contempo dell'interesse collettivo dell'Unione europea e delle specificità

di ciascuno Stato membro”, perseguendo l’integrazione di quanti risiedono regolarmente all’interno di tale spazio – attraverso la disciplina dell’immigrazione legale - e l’esclusione di quanti, invece, sono irregolarmente presenti, tramite la lotta all’immigrazione illegale⁴⁹.

Difatti, gli impegni europei portati avanti in materia, hanno coperto, in via generale, differenti ambiti di intervento - la disciplina del diritto d’asilo, l’armonizzazione delle condizioni di ammissione degli stranieri, la regolamentazione dei diritti da riconoscere agli immigrati regolari, il contrasto all’immigrazione illegale – rispetto ad ognuno dei quali è stato necessario impiegare una serie di risposte normative e azioni concrete.

Nel caso specifico - e di nostro interesse - del contrasto all’immigrazione irregolare, l’intervento europeo ha agito su fronti differenti: la repressione del fenomeno del traffico dei migranti e della tratta di esseri umani; la lotta allo sfruttamento di quanti, irregolarmente presenti, vengono occupati nel lavoro nero; la questione relativa al rimpatrio di coloro che fanno ingresso o soggiornano illegalmente sul territorio dello Stato.

Nel prosieguo dell’analisi è quest’ultimo aspetto che sarà strettamente tenuto in considerazione.

La questione delle espulsioni è stata uno degli argomenti più spinosi da affrontare nell’agenda politica europea, dal momento che rischiava di spezzare il tanto necessario, quanto delicato equilibrio tra le opposte esigenze di salvaguardia dell’integrità nazionale, attraverso il contrasto all’immigrazione irregolare, e di tutela dei diritti fondamentali degli stranieri.

Il tentativo di bilanciare i due opposti obiettivi si è concretizzata nelle discordanti posizioni espresse dal Consiglio e dal Parlamento europeo in sede legislativa nel momento in cui

⁴⁹Il Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo è allegato alle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 16.01.2008, doc. 13440/08.

dovette discutersi la questione. Il primo spingeva verso l'adozione di misure repressive del fenomeno, il secondo – rievocando le posizioni espresse dagli organismi internazionali impegnati nella lotta alla difesa dei diritti umani – promuoveva l'adozione di misure il meno possibile lesive di tali diritti.

Risultato della negoziazione fu l'introduzione di «un corpus orizzontale di norme, applicabile a tutti i cittadini di paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni di ingresso, di soggiorno o di residenza di uno Stato membro» (Considerando n.5)⁵⁰, al fine di assicurare «una efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità» (Considerando n.2). La cosiddetta Direttiva Rimpatri – Direttiva 2008/115/CE⁵¹, che rappresentò l'esito normativo di tale dibattito, si propose, dunque, di fissare degli *standards* minimi di tutela della persona irregolarmente presente cui gli Stati avrebbero potuto derogare offrendo una maggiore tutela⁵².

⁵⁰La direttiva si applicherà a cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare poiché non si soddisfano le condizioni di ingresso stabilite dall'art.5 del Codice frontiere Schengen, oppure altre condizioni di ingresso, soggiorno o residenza nello Stato interessato stabilite dalla legislazione interna.

⁵¹Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.12.2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GUUE L 348 del 24.12.2008. Con l'atto si introducono nell'ordinamento comunitario, per la prima volta, delle regole relative al rimpatrio di cittadini di paesi terzi in posizione irregolare. Tuttavia, esso deve tener conto di un articolato insieme di atti di diritto derivato che lo precedono: la Direttiva 2004/81/CE che prevede la possibilità di conferire un titolo di soggiorno alle vittime di tratta di esseri umani o ai soggetti coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che decidano di collaborare con le autorità competenti; la Direttiva 2004/83, sul riconoscimento della qualifica di rifugiato o comunque di persona bisognosa di protezione internazionale e della Direttiva 2005/85, sulle procedure applicate per il riconoscimento e la revoca dello status di rifugiato; la Dec. 2004/573 del Consiglio, sull'organizzazione e l'impiego dei voli congiunti per il rimpatrio di cittadini entrati nell'UE irregolarmente; nonché del Reg. 562/2006, che introduce nell'ordinamento comunitario il cd. Codice Schengen e il Reg. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20.12.2006, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II).

⁵²I principi cardine sui cui la direttiva si basa riguardano la cooperazione con i Paesi di provenienza ai fini della riammissione della persona da rimpatriare;

Essa garantisce «una armonizzazione minima» (SPITALERI, 2015: 68) dal momento che, nell'individuare una comune procedura di rimpatrio⁵³, riconosce agli Stati una certa discrezionalità nella definizione della disciplina di dettaglio dell'*iter* di espulsione e nel riconoscimento delle specifiche garanzie da assicurare allo straniero. La direttiva si limita ad enunciare, in via generale, la questione relativa alla tutela dei diritti fondamentali che, dunque, non trova compiuta realizzazione nel testo, se non come limite ai poteri esercitabili dagli Stati membri, cui è demandato il compito di disporre in materia, seppur tenendo sempre in stretta considerazione i limiti posti dal diritto internazionale.

Tra le disposizioni generali contenute a riguardo nell'atto europeo, prima tra tutte ritroviamo quelle espresse dall'articolo

il coinvolgimento diretto della persona interessata nel procedimento stesso; la subordinazione dell'uso delle misure coercitive al principio di proporzionalità e all'efficacia rispetto ai mezzi utilizzati e agli obiettivi perseguiti; la tutela del fanciullo, del malato, dei nuclei familiari e dei richiedenti protezione internazionale; la conoscenza della motivazione di rimpatrio, e degli annessi strumenti di tutela giurisdizionale, da parte del soggetto sottoposto al provvedimento (da esprimere in forma comprensibile e scritta).

⁵³ La direttiva attribuisce al concetto di rimpatrio un'accezione più ampia di quella generalmente riconosciuta, secondo cui il termine indicherebbe il fatto di ritorno in patria di un cittadino che si trova in uno Stato diverso dal proprio tanto in adempimento volontario di un obbligo che forzatamente. Essa, infatti, considera quali mete di ritorno volontario o coatto, sia un Paese di transito, attraversato prima dell'arrivo in Europa, che – previo consenso dello stesso – un Paese terzo. Tuttavia, mentre nel caso in cui si tratti di fare ritorno in un Paese terzo (ovviamente non di transito) è necessario ottenere, oltre al consenso dello stesso, anche quello del soggetto interessato, il rimpatrio in un Paese di transito sarà subordinato alla sola esistenza di accordi tra questo e gli Stati membri dell'UE o uno di essi. Tale ipotesi solleva non poche perplessità, dal momento che trascura la volontà delle persone interessate oltre che rischiare di rigettare i migranti in una situazione di non tutela dei diritti umani. Poter ipotizzare una tale circostanza alla luce di disposizioni contenute in un atto giuridico, tuttavia, potrebbe far pensare che lo stesso dettato normativo – ai fini del contrasto all'immigrazione irregolare – tenti in ogni modo di non inceppare l'ingranaggio delle espulsioni, anche attraverso mezzi che suscitano preoccupazioni rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Il tentativo della disposizione in esame, infatti, oltre a voler dissuadere i potenziali migranti "irregolari", sembrerebbe quello di ovviare alle difficoltà (la mancata collaborazione dell'interessato; la precarietà degli assetti statali o la mancata collaborazione delle autorità del potenziale Paese di provenienza dell'interessato) che le autorità competenti possono incontrare nel processo di identificazione del cittadino irregolarmente presente, il quale – si può dedurre – «sopporterà anche le conseguenze di responsabilità o inefficienze a lui non imputabili» (BORRACETTI, 2010).

5, secondo cui, è compito dello Stato considerare, nell'applicazione degli obblighi espressi dal testo normativo: l'interesse superiore del bambino; la vita familiare e le condizioni di salute della persona interessata; il rispetto del "principio di *non-refoulement*".

Sulla base di tali previsioni, la direttiva concede agli Stati membri la possibilità di valutare l'eventuale rilascio di un permesso di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura (art.6 par. 4); di prorogare i termini per la partenza volontaria, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali (art. 7, par.2) o per rispettare il principio di non-refoulement (art. 9, par.1). Altro importante riferimento da non poter non considerare, anche ai fini della nostra analisi, è l'articolo 8 della direttiva, che invita gli Stati al rispetto del principio di proporzionalità, dei diritti fondamentali e della dignità umana e integrità fisica della persona interessata qualora decidano di adottare misure coercitive volte all' "allontanare un cittadino di paese terzo che oppone resistenza".

Rispetto alla procedura di espulsione – dettagliatamente scandita dal testo e poco incline a concedere potere discrezionale agli Stati – l'esigenza di conciliare l'efficacia del sistema e la tutela dello straniero, è chiaramente espressa nel preambolo: "Se non vi è motivo di ritenere che ciò possa compromettere le finalità della procedura di rimpatrio, si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario al rimpatrio forzato e concedere un termine per la partenza volontaria [...]". Quello che si prospetta è un meccanismo di espulsione a «intensità graduale crescente», (SPILATERI, 2015: 280) che, partendo con il privilegiare la partenza volontaria del soggetto sottoposto a provvedimento di espulsione, riconosce agli Stati la possibilità di procedere con il rimpatrio forzato, attraverso l'uso delle misure necessarie, anche coercitive, come la restrizione della libertà personale.

Nello specifico la procedura prende avvio con una decisione di rimpatrio nei confronti del cittadino di Paese terzo il cui soggiorno nel territorio dello Stato non risulti regolare⁵⁴ (art.6, par.1), decisione che deve, però, contemplare la concessione di un periodo di tempo (da sette a trenta giorni) per permettere la partenza volontaria del soggetto interessato (art. 7, par.1). Per la durata di tale periodo possono essere imposti obblighi diretti a evitare il rischio di fuga, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo (art. 7, par. 3). Gli Stati membri possono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni, nei casi in cui sussista il rischio di fuga o se la domanda di soggiorno regolare viene respinta poiché manifestatamente infondata o fraudolenta o qualora il soggetto interessato rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sicurezza nazionale.

Nei casi in cui non sia stato concesso il periodo per la partenza volontaria, o quello concesso non sia stato rispettato, lo Stato, al fine di realizzare l'allontanamento dello straniero, e quindi garantire l'efficacia delle procedure di rimpatrio, è autorizzato ad adottare tutte le misure dovute – se necessario anche coercitive – proporzionate e rispettose dei diritti fondamentali della persona da rimpatriare (art. 8).

È con tale disposizione che la direttiva si dichiara incline a forme privative della libertà personale dello straniero, legittimando l'uso della detenzione amministrativa laddove l'obbligo di rimpatrio non sia stato adempiuto spontaneamente.

⁵⁴ Secondo l'art. 2 della direttiva, essa non trova applicazione nell'ipotesi in cui: la persona da allontanare sia un cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea; la norma interna preveda disposizioni più favorevoli per lo straniero; sia applicabile l'istituto del respingimento alla frontiera; il rimpatrio da eseguire sia una sanzione penale o una misura conseguente ad una sanzione penale.

Gli Stati membri possono, ai fini dell'allontanamento, trattenere il cittadino di un paese terzo privo dei requisiti utili a regolarizzare il soggiorno, ma nei soli casi in cui: il trattenimento sia effettivamente necessario per «preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento», in particolare quando sussiste un rischio di fuga o quando l'interessato evita o ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento; e salvo che non si possano efficacemente applicare altre misure “meno coercitive” per perseguire lo stesso fine (art.15, par. 1).

L'uso della formula “in particolare” - che pare non esaurire nelle ragioni elencate i motivi che potrebbero giustificare una restrizione della libertà personale - potrebbe far pensare alla concessione di un certo margine di manovra che la disposizione lascerebbe in mano ai legislatori nazionali nell'individuazione delle cause legittimanti il trattenimento, mettendo in discussione i principi di necessità e proporzionalità esplicitamente richiamati dal considerando n. 16 dell'atto.

Il trattenimento potrà essere disposto tanto dall'autorità giudiziaria che da quella amministrativa (art.15, par.2), ma in quest'ultimo caso si dovrà provvedere ad un controllo giudiziario nel più breve tempo possibile e ad un riesame ad intervalli ragionevoli di tempo, d'ufficio o su richiesta dell'interessato (art.15 par, 3). Il provvedimento dovrà essere sottoposto a riesame giudiziario periodico al fine di verificare la persistenza delle condizioni che lo rendono legittimo ma – stando al dettato normativo del documento in esame che prevede l'intervento dell'autorità giudiziaria nei periodi di trattenimento prolungati (art. 15, par. 3) – in caso di trattenimento di breve durata potrebbe ammettersi anche la sola verifica amministrativa.

In quanto considerato quale strumento strettamente funzionale all'espulsione dello straniero, il trattenimento dovrà avere una durata quanto più breve possibile e – in linea con la

giurisprudenza della Corte EDU, interpretativa dell'art. 5 CEDU che dispone che la misura limitativa della libertà personale sia commisurata all'esigenza di assicurare le misure di allontanamento forzato – dovrà permanere per il «solo tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio» (art. 15, par.1) e immediatamente sospeso - e la persona trattenuta immediatamente rilasciata - qualora non sussista «più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi» (art. 15, par. 4). La norma non definisce chiaramente quali siano le ragioni giuridiche o di altro genere che potrebbero far pensare alla possibilità o meno di esecuzione del rimpatrio. Saranno le legislazioni nazionali e l'evoluzione giurisprudenziale ad interpretare il significato di ragionevolezza e ad individuare la natura degli «altri motivi» legittimanti l'immediato ritorno in libertà del trattenuto.

La sua durata massima non dovrà superare i diciotto mesi, di cui sei rappresentano il termine massimo ordinario cui le legislazioni interne dovranno fare riferimento, mentre i rimanenti dodici mesi, il periodo straordinario di trattenimento cui gli Stati potranno eccezionalmente far fronte nei casi in cui – espletato ogni ragionevole sforzo – la restrizione risultasse ancora necessaria a causa della mancata cooperazione del cittadino straniero o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte dei Paesi terzi (art. 15, parr. 5 e 6). Dunque, i tempi di trattenimento paiono scanditi dal verificarsi di due differenti condizioni: l'una legata alla responsabilità ed al comportamento – anche soltanto “passivo” - del soggetto interessato; l'altra, invece, strettamente dipendente dall'efficienza degli apparati burocratici-amministrativi dello Stato ricevente, dunque avulsa dalla volontà dello straniero, sul quale comunque incomberanno le eventuali incapacità burocratiche del sistema.

Tale questione fa emergere una forte tensione tra i diritti fondamentali dell'individuo e l'efficienza del sistema nella disciplina dei rimpatri, cui la Corte di Giustizia ha tentato di far fronte, utilizzando un approccio tendenzialmente orientato al primo dei due termini in gioco. Attraverso la sentenza *Kadzoev* del 2009⁵⁵, infatti, essa fornisce una interpretazione vincolante della direttiva rimpatri che, in tutti i suoi principali passaggi, pone l'accento sulla tutela delle libertà individuali.

Il caso riguardava un soggetto di nazionalità russa (cecena) trattenuto da circa tre anni in un centro di permanenza temporanea bulgaro. Nonostante la lunghezza del periodo di detenzione, le autorità bulgare non avevano ancora chiaramente stabilito l'identità e la nazionalità dell'interessato, soprattutto a causa della mancata collaborazione delle amministrazioni russe. La persona risultava priva di validi documenti di identità, oltre che di mezzi di sussistenza, ed inoltre spesso protagonista di comportamenti aggressivi. La situazione così descritta sollevava, dunque, problemi legati all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza, tant'è che il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di Giustizia se, anche di fronte ad un simile caso, la direttiva rimpatri obbligasse comunque al rilascio dell'interessato per l'assenza di una «prospettiva ragionevole di allontanamento» o, ad ogni modo, per il superamento dei termini massimi di detenzione amministrativa. Rispondendo al quesito posto dal giudice del rinvio, la Corte ha innanzitutto chiarito che i termini di detenzione sono assoluti e non ulteriormente prorogabili per nessuna ragione.

L'art. 15, par. 4, deve essere interpretato nel senso che non si applica quando le possibilità di proroga dei periodi di trattenimento (art. 15, par. 6), sono esaurite al momento del controllo giurisdizionale sul trattenimento della persona

⁵⁵ Corte giust., *Kadzoev v. Bulgaria*, causa C-357/2009 PPU del 30 novembre 2009.

interessata e che solo una concreta prospettiva di esecuzione dell'allontanamento, tenuto conto dei termini stabiliti dai paragrafi 5 e 6 dello stesso articolo, corrisponde ad una prospettiva ragionevole di allontanamento e che quest'ultima non sussiste quando risulta poco probabile che l'interessato sia accolto in un paese terzo tenuto conto di detti termini.

I paragrafi 4 e 6 dell'art. 15 devono, dunque, essere interpretati nel senso che non consentono, quando il termine massimo di trattenimento previsto da tale direttiva sia scaduto, di non liberare immediatamente l'interessato anche se “non [...] in possesso di validi documenti”, anche se “tiene un comportamento aggressivo” e – infine – anche qualora non disponga “di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro” con tale finalità. Inoltre, nel caso sottoposto al suo esame, la Corte ha voluto evidenziare che la durata massima del trattenimento – di cui all'art. 15 parr. 5 e 6 - deve includere il periodo di trattenimento amministrativo subito prima che il regime introdotto da tale direttiva divenisse applicabile.

Ha poi specificato che il periodo di trattenimento in un centro di permanenza temporanea in ottemperanza di una decisione adottata a norma delle disposizioni nazionali e comunitarie relative ai richiedenti asilo non deve essere considerato un trattenimento ai fini dell'allontanamento ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2008/115 e che l'art. 15, parr. 5 e 6 della stessa, deve essere interpretato nel senso che il periodo durante il quale l'esecuzione del decreto di riaccompagnamento coattivo alla frontiera è stata sospesa a causa di un provvedimento giurisdizionale avviato dall'interessato avverso tale decreto è preso in considerazione nel calcolo del periodo di trattenimento ai fini dell'allontanamento, quando, durante tale procedimento, l'interessato abbia continuato a soggiornare in un centro di permanenza temporanea.

L'intero capo quarto del testo normativo è dedicato al "Trattenimento ai fini dell'allontanamento" e nello specifico, l'art. 16, delinea, in via generale, le condizioni di tale trattenimento. Esso – una volta notificato il provvedimento - dovrà avvenire all'interno di luoghi appositi⁵⁶ entro cui garantire ai trattenuti la possibilità di entrare in contatto, «a tempo debito», con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari (art. 16, parr. 1 e 2). L'uso di una formula linguistica imprecisa come "a tempo debito" alimenta non pochi dubbi interpretativi che dovranno essere superati a partire dal rapportare l'astrattezza dell'enunciato alle garanzie giuridiche da riconoscere all'interessato, in particolare, alla tutela giurisdizionale dei suoi diritti. Il bilanciamento potrà avviarsi considerando una delle disposizioni della direttiva stessa, secondo cui gli Stati membri devono immediatamente informare il trattenuto della possibilità di presentare ricorso avverso il provvedimento (art. 15, par 2, lettera b)) e dovrebbe condurre, innanzitutto, ad un tempestivo ed effettivo esercizio del diritto di difesa attraverso l'immediato contatto dell'interessato con un legale.

Infine - eventualmente previa autorizzazione – la direttiva contempla la possibilità di accesso ai centri da parte di competenti organismi e organizzazioni nazionali, internazionali e non governative che, a loro volta, possono anche essere direttamente interpellate dagli stranieri ristretti che desiderano entrarvi in contatto (art. 16, parr. 4 e 5).

⁵⁶ Lo stesso paragrafo dell'art. 16, tuttavia, consente che il trattenimento abbia luogo anche presso un istituto penitenziario, "qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un Paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea". La norma si limita a disporre quanto appena ricordato, senza individuare fattispecie concrete che possano condurre a tale impossibilità, per cui si renderà necessaria una valutazione caso per caso. Da una prima lettura della disposizione, ciò che emerge è il rischio di agevolare l'accostamento tra il fenomeno criminale e quello dell'immigrazione irregolare, indebolendo, oltretutto, la marcata differenza esistente tra la natura e le esigenze dei trattenuti e dei detenuti, nonostante la disposizione preveda, per tale ipotesi, la separazione delle due categorie di ristretti.

Eppure, la logica della sicurezza non ha pervaso soltanto gli interventi di lotta all'immigrazione illegale. Accanto alla «retorica affermazione dell'inviolabilità del diritto di asilo» (CAMPESI, 2016: 1), negli ultimi decenni ampio spazio è stato concesso ad una serie di interventi atti a restringere le reali possibilità per i potenziali rifugiati e profughi di raggiungere l'Europa e di muoversi al suo interno alla ricerca di protezione. Quello che è emerso è un sistema di asilo lacunoso e poco efficiente, non avulso da contraddizioni giuridiche e politiche, che confina anziché proteggere, relegando masse di individui alle estremità europee, nei Paesi terzi e in quelli di primo arrivo, se non in “centri”, “campi”, insomma luoghi fisici di confinamento, che ormai costellano lo spazio europeo.

Politiche di chiusura delle frontiere o di gestione extra-territoriale delle stesse hanno tentato di impedire ai potenziali rifugiati di raggiungere quegli Stati europei entro cui presentare la propria richiesta di protezione internazionale; mentre, procedure di selezione, classificazione e discriminazione – fortemente improntate su interventi limitativi della libertà di circolazione e della libertà personale dei richiedenti asilo – sono state studiate per individuare, tra coloro che sono riusciti ad attraversare le rigide barriere europee, gli «autentici» e «falsi» rifugiati (CAMPESI, 2016: 1).

3.1 Agenda europea sulle migrazioni

Misure politico-amministrative di breve e lungo termine sono state previste all'interno dell'Agenda europea sulle migrazioni (European Commission 2015) per rispondere a quella che è stata a più voci definita come una delle più profonde “crisi migratorie” degli ultimi anni, quella del 2015, che ha messo a dura prova il lacunoso sistema di asilo europeo strutturatosi negli

anni precedenti. Obiettivo fondamentale del documento è quello di «ripristinare il sistema di controllo e confinamento dei richiedenti asilo, arginandone il movimento ai margini d'Europa» (CAMPESI, 2016: 6) principalmente attraverso due strumenti. Il primo è rappresentato da un piano di ricollocamento dei richiedenti asilo dai paesi di maggiore arrivo (Italia e Grecia) negli altri Stati membri, utile ad alleviare la pressione sui Paesi meridionali senza mettere in discussione il funzionamento del sistema Dublino⁵⁷. Il secondo invita, invece, i Paesi di primo arrivo a modificare il proprio sistema di accoglienza, al fine di rendere più efficace il processo di registrazione ed identificazione dei migranti e richiedenti asilo.

Ma le origini di un sistema di asilo così descritto possono individuarsi in tempi abbastanza remoti. Con l'adozione del programma di Tampere del 1999, il Consiglio europeo, aveva deciso di impegnarsi per l'istituzione di un regime europeo

⁵⁷ Si tratta di una misura sostanzialmente vincolante per gli Stati membri prevista all'interno di due Decisioni del Consiglio dell'UE: la Decisione 1523 del 14 settembre 2015 e la Decisione 1601 del 22 settembre 2015, adottate per aiutare l'Italia e la Grecia “*ad affrontare meglio una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi nel loro territorio*” (artt. 1 di entrambe le decisioni) e, più precisamente, “*destinate ad alleviare la forte pressione sul sistema di asilo di Italia e Grecia*” (rispettivamente ai considerando n° 21 e 26). Esse prevedono la ricollocazione di 160.000 richiedenti asilo per i successivi due anni e - a partire da fattori come la popolazione residente, il Pil, il numero di domande di asilo ricevute nel periodo 2010-2014 e il tasso di disoccupazione - stabilisce le percentuali di stranieri in *clear need of protection* da ricollocare, con riferimento alla nazionalità il cui tasso di riconoscimento della protezione internazionale ha superato il 75% nell'ultimo quadrimestre. Il piano rappresenta in realtà un intervento straordinario di deroga alle norme del Regolamento Dublino, da adottare ai sensi dell'art. 78 comma 3 TFEU, il quale stabilisce che “*qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio*” dei paesi interessati e da ripristinare nel momento di ritorno alla situazione ordinaria.

Inoltre, entrambe le decisioni prevedono: un supporto per l'Italia e la Grecia, nei termini di un affiancamento da parte delle agenzie europee EASO e Frontex nell'identificazione dei cittadini di Paesi terzi, incluso il rilevamento delle impronte digitali, nonché il fornire informazioni e l'organizzare le operazioni di rimpatrio; l'obbligo di Italia e Grecia di presentare una tabella di marcia “*che comprenda misure adeguate nei settori dell'asilo, della prima accoglienza e del rimpatrio*”; un sostegno finanziario, agli Stati di ricollocazione, di 6.000 euro per ogni persona ricollocata.

comune in materia di asilo, basato sulla piena applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951 e, tra tutti, del principio di non respingimento⁵⁸. Ciononostante, il progetto non ha risolto quella indissolubile tensione tra universalismo e particolarismo: se da un lato si proponeva quale strumento attraverso cui assicurare la protezione dei richiedenti asilo, dall'altro rappresentava un ulteriore mezzo da impegnare nella lotta all'immigrazione illegale. Così, accanto alle norme e alle procedure sull'accoglienza, si contemplavano forme restrittive della libertà di circolazione e della libertà personale del richiedente, volte a mantenere gli stessi nel Paese di primo arrivo ed individuare gli eventuali "falsi" richiedenti, lasciando, oltretutto, ampia discrezionalità in materia al legislatore interno.

Con l'incontro del 4 novembre 2004, il Consiglio europeo adottava il programma dell'Aia, determinando gli obiettivi da conseguire nel periodo 2005-2010 nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e invitando la Commissione a esprimere una valutazione sugli strumenti giuridici fino a quel momento adottati. Attraverso una serie di documenti quest'ultima denunciava lacune e inefficienze nel sistema di accoglienza fino a quel momento strutturatosi, soprattutto con riferimento alla disomogeneità che ancora caratterizza il quadro politico in materia.

Con il terzo programma di lavoro quinquennale proposto dall'Unione europea in materia di libertà, sicurezza e giustizia del 2009 (Programma di Stoccolma) il Consiglio europeo ribadiva il suo obiettivo di istituire entro il 2012 uno spazio comune di protezione e di solidarietà basato su una procedura comune in materia di asilo.

Ma fu a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2009) - il quale introdusse la separazione tra le

⁵⁸ La prima fase del sistema europeo comune di asilo è stata conclusa con l'adozione di una serie di misure giuridiche, tra cui la Direttiva 2003/9/CE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti asilo.

politiche in materia di asilo⁵⁹, di immigrazione⁶⁰ e di controlli alla frontiera⁶¹ - che si tentò concretamente di ridisegnare il sistema europeo di asilo attraverso l’emanazione di una serie di nuovi atti che sembravano essere comunque maggiormente inclini ad un approccio garantista più che securitario, almeno rispetto alla tendenza tipica dei decenni precedenti.

Da qui l’approvazione della Direttiva 2011/95/UE-Direttiva Qualifiche, della Direttiva 2013/32/UE-Direttiva Procedure, della Direttiva 2013/33/UE-Direttiva Accoglienza, ma anche del Regolamento n.604/2013-Regolamento Dublino III, relativo ai criteri ed ai meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame delle domande di protezione internazionale e del Regolamento n.603/2013 sulla banca dati Eurodac.

Di nostro particolare interesse sono le due direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE, aventi ad oggetto, rispettivamente, “Procedure comuni al fine del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato” e “Norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale”, che hanno introdotto nuove e importanti disposizioni relative alla detenzione amministrativa dei richiedenti asilo, modificandone la precedente disciplina.

Il primo dei due atti in esame, in realtà, relativamente alla definizione dei motivi, delle condizioni e della tutela giurisdizionale dei richiedenti asilo eventualmente privati della propria libertà personale nell’ambito di un provvedimento di trattenimento, rinvia, sostanzialmente, alle disposizioni della seconda direttiva (art. 26, commi 1 e 2) e si limita a prevedere l’obbligo in capo ai Paesi membri di garantire le opportune prestazioni di informazione e di assistenza legale per quei richiedenti asilo trattenuti «in centri di trattenimento o presenti

⁵⁹ Art. 78 TFUE.

⁶⁰ Art. 79 TFUE.

⁶¹ Art. 77 TFUE.

ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito alle frontiere esterne» (art. 8, comma 1), assicurando l'effettivo accesso a tali luoghi anche ad organizzazioni non governative di assistenza e tutela dei diritti (art. 8, comma 2). In generale, la direttiva si propone di sviluppare ulteriormente le norme relative alle procedure applicate dagli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca e della protezione internazionale, così da istituire una procedura comune di asilo, orientata principalmente alla limitazione dei movimenti secondari dei richiedenti tra gli Stati membri (Considerando 12 e 13). Essa è stata approvata per apportare le dovute modifiche alle disposizioni contenute nella Direttiva 2005/85/EC (c.d. Direttiva Procedure) che rappresenta il primo passo in materia di procedure di asilo adottato nella prima fase del progetto di costruzione di un comune sistema europeo di asilo (Considerando n. 5). Nel concreto, la direttiva modificata conteneva poche indicazioni disciplinanti lo *status libertatis* del richiedente asilo. Rievocando i principi di diritto internazionale cui i Paesi membri sono già vincolati, essa si limitava a disporre che gli Stati non sono legittimati a trattenere in stato di detenzione lo straniero per il solo fatto che esso abbia inoltrato una richiesta d'asilo: "*shall not hold a person in detention for the sole reason that he/she is an applicant for asylum*" (art. 18, commi 1) e a riconoscere una qualche forma di tutela giurisdizionale per il richiedente asilo eventualmente trattenuto (art. 18, comma 2).

Le uniche disposizioni che indicano le ragioni legittimanti l'adozione della detenzione amministrativa dei richiedenti asilo da parte degli Stati membri potevano individuarsi nella Direttiva 2003/9/EC-Direttiva Accoglienza (oggi modificata dalla Direttiva 2013/33/UE). Essa - dopo aver attribuito ai richiedenti asilo il diritto di muoversi liberamente sul territorio dello Stato, o "all'interno di una zona loro assegnata" - all'articolo 7 riconosceva agli Stati un potere di deroga a tale principio, concretizzabile attraverso l'"obbligo di

residenza” imposto al richiedente asilo per ragioni di ordine pubblico, ma anche il “confinamento” all’interno di uno specifico luogo, “quando ciò è necessario per ragioni legali o di ordine pubblico” (art. 7, comma 3). Un richiamo alla detenzione non del tutto chiaro ed esaustivo, che rischiava di rafforzare ancora una volta l’ordinarietà di tale misura e di esibire il richiedente asilo come «un potenziale *bogus asylum seeker* da tenere sotto sorveglianza di polizia almeno fino alla definizione della sua domanda di protezione internazionale» (CAMPESI, 2012: 385).

Se infatti, per un verso, l’intento del dettato normativo sembrerebbe quello di subordinare il principio di necessità all’adozione della misura restrittiva - probabilmente per evitare il rischio di trasformare il provvedimento in una mera prassi amministrativa e quindi prendere le distanze da una politica di *mandatory detention* - dall’altro, l’indeterminatezza dell’espressione «quando ciò è necessario per ragioni legali», svincolerebbe gli Stati dall’obbligo di effettuare un *test* di necessità e proporzionalità prima di adottare la misura, consentendo, così, l’assunzione di decisioni al quanto discrezionali.

La successiva direttiva ha modificato profondamente le disposizioni contenute all’interno di quella appena esaminata e, sotto alcuni profili, ha espresso una tendenza maggiormente garantista nella disciplina della detenzione amministrativa dei richiedenti asilo: le disposizioni relative alla restrizione della libertà personale dei richiedenti asilo sono ora contenute nella nuova direttiva 2013/33/UE, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

Innanzitutto, all’art. 17, essa invita gli Stati membri a garantire l’“accesso alle condizioni materiali di accoglienza nel momento in cui manifestano la volontà di richiedere la protezione internazionale”, assicurando “un’adeguata qualità di vita che garantisca il sostentamento dei richiedenti e ne tuteli la

salute fisica e psichica”. Gli Stati possono provvedere all’accoglienza, sia “in forma di sussidi economici o buoni” (art. 17, comma 5) che sotto forma di vitto e alloggio “in natura» (art. 18, comma 1) all’interno di «locali utilizzati per alloggiare i richiedenti” durante l’esame della loro domanda di protezione internazionale presentata nelle zone di frontiera o di transito (art. 18, comma 1, lettera a)); “in centri di accoglienza” (art. 18, comma 1, lettera b)); “in case private, appartamenti, alberghi o altre strutture atte a garantire un alloggio” (art. 18, comma , lettera c)). Tuttavia, il comma 9 dello stesso articolo, permette agli Stati di stabilire “in via eccezionale” deroghe rispetto agli obblighi dettati dai precedenti comma, anche se “per un periodo ragionevole e di durata più breve possibile”, nei casi di specifiche esigenze del richiedente e carenza temporanea di alloggio nelle strutture ordinarie. Il diritto all’accoglienza non è tuttavia assoluto, esso può essere infatti revocato per mano degli Stati membri, sulla base di situazioni che riguardano la veridicità della domanda di protezione internazionale, ovvero la condotta personale del richiedente, cui è fatto obbligo di rispettare le regole di convivenza, di non allontanarsi dalle strutture di alloggio e mantenersi in contatto costante con le autorità competenti (art. 20). La disciplina della revoca può, dunque, generare un legame di dipendenza dal sistema di accoglienza in grado di limitare notevolmente la libertà di circolazione dei richiedenti asilo, assoggettandoli al controllo degli agenti umanitari.

Una forma latente di controllo che, tuttavia, si fa manifesta nelle disposizioni contenute in altri articoli della direttiva, disciplinanti i casi in cui agli Stati è riconosciuta la possibilità di limitare tanto la libertà di circolazione (art. 7), quanto quella personale (art. 8).

Accanto al riconoscimento della libertà di circolazione nel territorio dello Stato concessa al richiedente asilo dall’art. 7, comma 1, la direttiva pone, attraverso i successivi commi dello

stesso articolo, una serie di deroghe a tale diritto. Gli Stati possono “stabilire un luogo di residenza per il richiedente per motivi di pubblico interesse, ordine pubblico” o, se necessario, “per il trattamento rapido e il controllo efficace della domanda di protezione” (art. 7, comma 2); “subordinare la concessione delle condizioni materiali d’accoglienza all’effettiva residenza del richiedente in un determinato luogo” (art. 7, comma 3). Inoltre ai richiedenti è fatto obbligo di “comunicare il loro indirizzo alle autorità competenti” (art. 7, comma 5).

Si tratta di «un autentico potere di confinamento del richiedente asilo» (CAMPESI, 2016: 4) che la direttiva conferisce agli Stati attraverso il riconoscimento di ampi margini di discrezionalità utilizzabili nel vincolare la libertà di movimento dei soggetti interessati.

Quanto alla libertà personale del richiedente asilo, la situazione si fa spinosa nel punto in cui la direttiva riconosce palesemente la possibilità di ricorrere a misure restrittive della stessa, specificamente nella forma del trattenimento, seppure l’art. 2 lettera *h*) dell’atto, si limita a definire, *erroneamente*, lo stesso come “il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione”.

Ribadendo quanto già sancito dalla direttiva 2013/32/UE, già nei considerando della direttiva in esame si ricorda che “il trattenimento del richiedente dovrebbe essere regolato in conformità al principio fondamentale per cui nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di chiedere protezione internazionale”, ma soltanto in “circostanze eccezionali” e in conformità ai “principi di necessità e proporzionalità”. (Considerando n. 15), “sulla base di una valutazione caso per caso” e “salvo che non siano applicabili efficacemente misure meno coercitive” (art. 8 comma 2). Stando alla norma, il ricorso al trattenimento deve rappresentare l’ultima risorsa e deve essere applicato solo dopo che tutte le misure alternative non detentive (obbligo di

presentarsi periodicamente alle autorità, costituzione di una garanzia finanziaria, obbligo di dimorare in un luogo assegnato) siano state debitamente prese in considerazione (Considerando n. 20).

Il suo carattere dovrebbe essere eccezionale, residuale e non generalizzato, oltre che rigorosamente adottato secondo il principio di tassatività. I casi eccezionali che legittimano il trattenimento di un richiedente asilo, ai sensi dell'art. 8 comma 3, prevedono: a) la verifica dell'identità e della cittadinanza dell'interessato; b) la determinazione degli elementi su cui si basa la domanda che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga; c) la decisione relativa all'entrata nel territorio (prima di essere respinto o espulso); d) quando una persona è trattenuta sulla base della direttiva 2008/115/CE, se lo Stato membro può comprovare sulla base di elementi oggettivi che la persona manifesta la volontà di presentare domanda di protezione al solo scopo di ritardare o impedire il rimpatrio, come nel caso in cui abbia già avuto l'opportunità di accedere alla domanda di asilo (quindi il ritardo è elemento sintomatico della strumentalità della richiesta); e) quando lo impongono misure di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; f) nei casi di cui all'art. 28 reg. UE 604/2013 (Regolamento Dublino III) che disciplina il trattenimento ai fini di trasferimento nello Stato membro competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale⁶².

⁶² Il Regolamento Dublino II – Reg. n.343/2003, non disciplinava il tema del trattenimento dei richiedenti asilo soggetti alla procedura Dublino. Fu la Commissione europea - che già nella sua relazione sul funzionamento del sistema Dublino (COM 2007/299) aveva denunciato l'abuso della misura da parte degli Stati europei – che, al fine di limitare il ricorso al trattenimento, propose di disciplinare la questione all'interno del Regolamento Dublino III – Reg. UE 604/2013. Il suo art. 28 richiama il principio cardine della disciplina eurounitaria, secondo cui uno straniero non può essere trattenuto per il solo fatto di essere un richiedente asilo. Tuttavia, prevede che “ove esista un rischio notevole di fuga, gli Stati possono trattenere l'interessato “al fine di assicurare procedure di trasferimento a norma del presente regolamento, sulla base di una valutazione caso per caso e solo se il

L'articolo in commento si chiude con la specificazione che invita gli Stati a precisare i motivi del trattenimento e sembra, ancora una volta, lasciare alla legislazione interna ampio potere discrezionale. Diverse sono le ragioni legittimanti un provvedimento di detenzione amministrativa e, tra queste, alcune ipotesi considerate rischiano di equiparare la mancanza di documenti ad un atteggiamento non collaborativo dell'interessato, giustificando un incontrollato ricorso a simili provvedimenti nei confronti di richiedenti asilo privi di documenti o la cui richiesta d'asilo sia stata giudicata infondata o fraudolenta.

All'articolo successivo la direttiva prevede una serie di garanzie a tutela della libertà personale del richiedente asilo. In particolare, gli adempimenti amministrativi che giustificano il trattenimento devono essere espletati con la "debita diligenza", difatti, "i ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento" (art. 9, comma 1).

Secondo il Considerando n. 16 della direttiva, il concetto di "debita diligenza" deve interpretarsi come l'atto degli Stati di adottare "misure concrete e significative per assicurare che il tempo necessario per verificare i motivi del trattenimento sia il più breve possibile e che vi sia una prospettiva reale che tale verifica possa essere effettuata con successo il più rapidamente possibile".

Il trattenimento deve essere adottato dall'autorità giudiziaria o amministrativa ma, in quest'ultimo caso il richiedente ha comunque diritto ad una verifica giurisdizionale del provvedimento, di ufficio o su richiesta del richiedente, ma

trattenimento è proporzionale e se non possono essere applicate efficacemente altre misure alternative meno coercitive". Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile e "non supera il tempo ragionevolmente necessario agli adempimenti amministrativi previsti, da espletare con la dovuta diligenza per eseguire il trasferimento".

nel più breve tempo possibile. La disposizione rimanda tuttavia al diritto nazionale la determinazione del termine entro cui effettuare la verifica dei requisiti del provvedimento detentivo in sede giudiziaria, lasciando così agli Stati ampi margini di manovra che indeboliscono ulteriormente la forza della garanzia dell'*habeas corpus*.

Quanto alle condizioni del trattenimento, le indicazioni fornite dalla direttiva sono scarse e generiche. Al comma 1 dell'art. 10 si specifica che il trattenimento ha luogo presso appositi centri, entro cui i richiedenti devono, tendenzialmente, separati dagli stranieri che non hanno presentato domanda di asilo⁶³. Inoltre, gli Stati devono garantire i contatti con mondo esterno: ai familiari, avvocati o consulenti legali e rappresentanti di organizzazioni non governative è riconosciuta la possibilità di comunicare con i richiedenti. Tuttavia, la stessa disposizione, conferisce al diritto nazionale la possibilità di prevedere limitazioni all'accesso da parte di soggetti esterni laddove necessarie “per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa del centro”, a condizione che “non restringano drasticamente o rendano impossibile l'accesso” (art. 10, comma 4), sottolineando così il carattere chiuso di tali luoghi, cui solo un numero ristretto di soggetti autorizzati può regolarmente accedere.

Altro nodo critico della disciplina dello *status libertatis* di migranti e richiedenti asilo, può individuarsi negli artt. 18 delle due direttive 2013/33/UE e 2008/115/CE, le cui disposizioni sembrano fare strada a forme detentive diverse da quelle ordinarie, adottabili sulla base di un sistema di deroghe al consueto regime di detenzione di richiedenti asilo e di immigrati irregolarmente presenti e in grado di indebolire le garanzie

⁶³ Anche in questo caso, come ai sensi dell'art. 16 comma 1, Direttiva 2008/115/CE, allo Stato membro che non possa ospitare il richiedente in un apposito centro, è riconosciuta la possibilità di “sistemarlo in un istituto penitenziario”.

giurisdizionali e abbassare notevolmente gli standard relativi alle condizioni di trattenimento.

La prima disposizione riguarda il cosiddetto trattenimento “in locali utilizzati per alloggiare i richiedenti durante l’esame della domanda di protezione internazionale presentata alla frontiera o in zone di transito” (art. 18 comma 1, Direttiva 2013/33/UE), cui gli Stati possono ricorrere quando debbano applicare una delle procedure accelerate alla frontiera previste dall’art. 43 della direttiva 2013/32/UE per il trattamento delle domande manifestamente non ammissibili, infondate ovvero presentate da chi abbia tentato di fare ingresso irregolarmente sul territorio dello Stato, si rifiuti di sottoporsi a rilievi dattiloscopici ai sensi del regolamento sulla banca dati Eurodac, o sia da considerarsi una minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. La seconda previsione riguarda, invece, le cosiddette “situazioni di emergenza”, entro cui gli Stati membri, dovendo gestire un numero elevato di cittadini di paesi terzi da rimpatriare, sono “autorizzati a derogare al loro obbligo generale di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi ad essi incombenti dalla presente direttiva” (art. 18, comma 3, Direttiva 2008/115/CE).

Proprio tali previsioni hanno rappresentato la base legale su cui sono state edificate le richieste mosse dalla Commissione europea nell’ambito dell’Agenda europea sulle migrazioni del 2015. La seconda richiesta promossa agli Stati membri - come accennato - riguardava la ridefinizione del sistema di registrazione ed identificazione dei migranti al fine di stabilire il loro *status* giuridico tanto nel quadro delle politiche di asilo, quanto in quelle di rimpatrio. I documenti pubblicati dalla Commissione a riguardo suggerivano di creare dei nuovi *sorting centres* utili a sostenere i paesi di frontiera nel “*swiftly identify, register and fingerprint incoming migrants*”, delineando così

una nuova modalità di confinamento dei migranti definita approccio *hotspot*.

3.2 Il metodo hotspot

Il termine *hotspot* fece irruzione nel linguaggio ufficiale europeo nel 2015 per identificare un indispensabile strumento di risposta agli arrivi di migliaia di persone nei Paesi del sud del continente, dunque, un elemento chiave per reagire ad una dura “crisi migratoria”, di cui principale responsabile - secondo le istituzioni comunitarie - era proprio l’atteggiamento di apertura delle frontiere messo in atto da alcuni degli Stati interessati. Stando alla logica di una politica di asilo restrittiva secondo cui “*il y a ‘crise’ lorsque les exilés arrivent en nombre dans l’UE*”, può comprendersi quanto accaduto alla fine del 2015, quando l’Italia e la Grecia sono stati richiamati all’ordine europeo: «*de camps plutot que des voies d’accès sécurisées, de nouveaux garde-frontières plutot que la mobilisation del sociétés*» (MIGREUROP, 2016) ed obbligati - con il supporto di diverse agenzie europee - ad attuare un rigido processo di identificazione, registrazione e foto-segnalamento volto all’eventuale ricollocamento o rimpatrio degli stranieri giunti sul territorio europeo. Secondo le indicazioni della Commissione europea, tali attività dovrebbero avvenire all’interno di quelle che i documenti ufficiali definiscono “*reception infrastructures*” da crearsi nelle cosiddette “*hotspot areas*”, strutture da cui coloro che possono accedere alla procedura di asilo saranno smistati verso i centri di accoglienza sul territorio del paese di primo arrivo o verso un altro paese europeo in base al piano di ricollocamento, mentre coloro che non ne hanno possibilità dovranno essere rimpatriati. Saranno i funzionari delle agenzie europee (Frontex, Easo, Eurojust, Europol) a comporre i

cosiddetti *Migration Management Support Teams* ed affiancare, all'interno di tali strutture chiuse, le autorità nazionali. Privi di responsabilità sull'adozione dei provvedimenti giuridici da sottoporre ai migranti sbarcati (che rimarrà di competenza nazionale), questi avranno grande potere in ogni fase del processo atto ad individuare e selezionare coloro che possono accedere alla procedura di ricollocamento; coloro la cui domanda di protezione internazionale appare manifestamente infondata o inammissibile; coloro che sono da considerarsi migranti irregolarmente presenti da sottoporre a provvedimenti di espulsione.

Materializzatosi nel dicembre 2015 in Sicilia e nelle isole del mare Egeo, l'approccio *hotspot* ha garantito il fiorire e il rifiorire di vecchi e nuovi campi entro cui esiliare i nuovi profughi, a volte, anche per tempi indefiniti, organizzando «*un arsenal carcéral articulant des camps d'identification et de tri (entre "mauvais" migrants et "bons" demandeurs d'asile), des camps d'attente (pour les demandeurs d'asile pouvant être "relocalisés") et des camps de préparation à l'expulsion (pour toutes celles et ceux considérés comme "indésirables"...)*». Difatti, seppur definiti come «*dispositifs d'accueil et de premier accueil dans les États membres situés en première ligne*», gli *hotspot* finiscono per raffigurare «*un nouvel habillage de la vieille politique de création de camps d'internement aux portes de l'UE*» (MIGREUROP, 2016)⁶⁴.

Alla luce dell'analisi appena condotta che svela la regolarizzazione di forme di confinamento vecchie e nuove, ormai destinate a perdere la loro straordinarietà, il diritto europeo sembra essere guidato da «una doppia logica della sicurezza», in

⁶⁴Per maggiori approfondimenti bibliografici si rimanda ai paragrafi successivi; sul punto si veda in particolare Benvenuti M. (2017), *Gli Hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2.

cui l'esercizio del «diritto della sicurezza dei cittadini europei» viene garantito attraverso «l'insicurezza dei diritti degli stranieri extracomunitari» (CAMPESI, 2012: 390).

Quello che si viene a creare è un'ambigua dialettica tra sicurezza e tutela dei diritti umani, sostenuta e legittimata da un processo di securitarizzazione prodotto e diffuso da forze politiche, sociali - ma anche giuridiche - in nome della lotta all'immigrazione "clandestina". Pare volersi diffondere l'idea che per poter affermare la sicurezza dei cittadini europei e il pieno esercizio delle proprie libertà individuali, sia necessario sacrificare libertà identiche ma appartenenti ad un'altra categoria di individui: i cittadini di paesi terzi il cui *status* giuridico risulta ancora "indefinito" o, ancor di più, "irregolare" rispetto a determinati obblighi giuridici derivanti dall'ordinamento interno. Così, se nel pieno esercizio del diritto alla libera circolazione del cittadino europeo, l'esclusione da un paese membro e la detenzione amministrativa adottata a tale scopo rappresentano realmente l'*extrema ratio*, da utilizzare esclusivamente quando esistano serie minacce alla sicurezza, lo stesso diritto viene praticamente vanificato - anche attraverso il sacrificio della libertà personale - se a goderne dovrebbero essere cittadini di paesi terzi non autorizzati all'ingresso o in attesa della decisione della loro domanda di protezione internazionale. La loro presenza irregolare, o comunque giuridicamente indefinita, potrebbe comunque rappresentare una "minaccia", per cui le limitazioni delle libertà individuali non necessitano, eventualmente, di dimostrazioni concrete e rigorose come nel primo caso.

Ciò ha condotto ad una sopraffazione del diritto di escludere degli Stati rispetto all'esercizio delle garanzie individuali dei cittadini extra-europei. Per giungere ad un simile traguardo gli esecutivi, forti di una sempre più diffusa retorica della sicurezza - e sostenuti da un sapere giuridico sempre più accurato - hanno abusato di una misura che era stata concepita

come eccezionale, tramutandola in un “banale” mezzo di controllo a disposizione delle polizie.

L’ampia discrezionalità conferita dalle norme giuridiche alle legislazioni nazionali, ha così permesso che, tramite minimi compromessi, si giungesse al rovesciamento della relazione tra libertà e sicurezza su cui si fonda il moderno regime giuridico dei diritti umani: l’evoluzione dell’istituto della detenzione amministrativa nella prassi degli ordinamenti europei ha fatto di tale misura «un’eccezione rispetto al delicato equilibrio tra potere politico e libertà personale disegnato dalle moderne costituzioni democratiche», secondo le quali, è solo in casi di “necessità” e “urgenza” che le autorità di pubblica sicurezza possono ricorrere a provvedimenti restrittivi della libertà personale tassativamente disposti dall’autorità giudiziaria. Da misura adottabile come *extrema ratio*, ormai da decenni, essa tende ad assumere la forma di una pratica ordinaria, di «una routine amministrativa che non ha più bisogno di essere legittimata da particolari emergenze» (CAMPESI, 2013: 1), in quanto si è finito col dare per scontata la legittimità teorica di tali istituti restrittivi della libertà personale dello straniero secondo procedure “speciali”, in parte diverse da quelle previste per il cittadino e adottati nella materia, «così squisitamente politica» (LOPRIENO, 2010), della gestione dei flussi migratori.

CAPITOLO 2

La detenzione amministrativa dello straniero nell'ordinamento giuridico italiano. Evoluzione legislativa e compatibilità costituzionale

1. La disciplina sulla condizione giuridica dello straniero

Nel momento in cui si decide di intraprendere l'indagine di determinati fenomeni sociali, ciò da cui lo studioso non dovrebbe prescindere è il concreto pericolo di esaurire la propria analisi nell'utilizzo di strumenti e metodi puramente giuridici che potrebbero indurre ad un'osservazione riduttiva dei fatti in questione. D'altra parte, poi, quegli stessi fenomeni sociali spesso non possono fare a meno di essere approcciati attraverso un prisma giuridico e di garanzia dei diritti fondamentali utile a scongiurare il rischio di mettere in seria discussione «il nesso interno tra diritti e democrazia» (HABERMAS, 1998: 216) dal momento che l'approccio assunto rispetto ad alcune di queste questioni si traduce spesso in prassi e normative direttamente incidenti sulle libertà individuali della persona.

Ed è proprio nello studio di una questione tanto complessa quanto delicata come quella del fenomeno migratorio, che tale assunto trova piena fondatezza e dimostra con vigore i suoi effetti. Le politiche del diritto dominanti rispetto alla disciplina della condizione giuridica dello straniero avrebbero dovuto affermare quella «funzione stabilizzatrice»

che, [...] è coesistente al diritto», tuttavia, soprattutto negli ultimi decenni, non hanno fatto altro che rivelare una assoluta instabilità: «una programmatica e poco ingenua insensibilità ai risultati, [...] una rivendicata refrattarietà alla ragionevolezza, [...] una smaccata propensione all'uso simbolico della legislazione» (CAPUTO, 2011: 273).

Una disciplina degli ingressi e dei soggiorni sempre più restrittiva e forme sempre nuove di espulsione e di prassi esecutive degli allontanamenti, si sono susseguite in modo disordinato e poco chiaro nel corso degli ultimi anni, al fine di disciplinare quello che potrebbe definirsi il «baricentro» delle misure legislative promosse in materia dal nostro ordinamento: il fenomeno dell'immigrazione irregolare. Una «corsa *al rialzo* delle misure repressivo-segregazionistiche sviluppatesi sia sul terreno delle discipline amministrativistiche, sia su quello della normativa penalistica e processual-penalistica» (CAPUTO, 2011: 273), tutta improntata a rendere tangibili gli effetti delle politiche di gestione di quei tassi di irregolarità degli ingressi e dei soggiorni che sono intrinseci ai fenomeni migratori e ai quali bisognerebbe rispondere attraverso interventi programmatici finalizzati ad una gestione ordinata delle entrate e ad un riassorbimento delle quote di irregolarità.

Le politiche del diritto hanno, infatti, gradualmente affiancato un trattamento penal-amministrativo estremamente severo e irragionevole alla condizione di irregolarità dello straniero, di cui l'istituto della detenzione amministrativa può dirsi l'elemento di spicco.

Battezzati dal nostro ordinamento come «centri di permanenza temporanea», rinominati «centri di permanenza temporanea e assistenza» e ancora «centri di identificazione e di espulsione», oggi si identificano come «centri di permanenza per il rimpatrio»: sono questi i luoghi entro cui tale istituto giuridico prende forma e che - stando alla lettura di un recente documento curato dal Ministero dell'Interno - «fanno ormai stabilmente

parte dell'ordinamento e risultano indispensabili per un'efficace gestione dell'immigrazione irregolare»⁶⁵.

Per quanto la modifica del *nomen iuris* possa sembrare meramente terminologica, essa è in grado di riflettere la linea seguita dalle politiche attuate in materia: l'identificazione finalizzata all'espulsione, dunque il rimpatrio, rappresentano «l'epilogo fisiologico» e consueto della presenza irregolare dello straniero sul territorio dello Stato, da perseguire attraverso una serie di istituti giuridici che, con intensità e modalità differenti, agiscono più o meno direttamente sul massimo dei beni individuali comprimibili: lo *status libertatis*, finendo con l'accostare «un trattamento sfavorevole alla libertà personale del soggetto al mero *status* di straniero irregolarmente presente». (PIFFERI, 2009: 149).

Come si può intuire, l'attenzione nel presente lavoro sarà indirizzata principalmente all'analisi di un profilo estremamente controverso della disciplina sulla condizione giuridica dello straniero: l'evoluzione dell'istituto della detenzione amministrativa all'interno dell'ordinamento giuridico italiano in rapporto ai principi ed alle norme costituzionali, al fine di valutarne la compatibilità e gli eventuali punti di contrasto, oltre che l'ambiguo rapporto tra le esigenze di controllo e quelle di assistenza attorno a cui l'intero istituto è stato costruito.

Tuttavia, essendo il trattenimento la «modalità organizzativa prescelta dal legislatore per rendere possibile [...] che lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, sia accompagnato alla frontiera ed allontanato dal territorio nazionale»⁶⁶, il percorso analitico non potrà prescindere da un'indagine sui principali istituti finalizzati all'allontanamento. Infatti, solo quando non sia possibile effettuare nell'immediatezza il respingimento o l'espulsione del soggetto

⁶⁵ Cfr *Documento programmatico sui Centri di Identificazione ed Espulsione* a cura del Ministero dell'Interno, Roma, 2013.

⁶⁶ Corte costituzionale, sent. n.105 del 2001.

interessato, il questore dispone con atto motivato, soggetto alla convalida del giudice di pace, che lo straniero sia trattenuto in appositi centri individuati dal Ministero dell'Interno.

L'azione limitativa dell'ordinamento statale si materializza, difatti, attraverso tre istituti giuridici legittimanti l'intervento dell'autorità sulla persona del soggetto migrante sicché, la sua condizione di soggetto *sine titulo* si trasforma in causa di maggiore esposizione dei propri diritti al potere statale: il respingimento, l'espulsione ed il trattenimento, «strumenti burocratici» che il potere statale esercita sugli stranieri quali efficaci strumenti di «controllo sociale utilizzabili a discrezione delle autorità amministrative» (CAMPESI, 2015: 3), perché esclusi dalle garanzie tipiche del sistema penale.

Si tratta di provvedimenti giuridici in forza dei quali lo straniero viene allontanato dallo Stato se privo di documenti per accedervi o soggiornarvi, connessi tra loro e incidenti sui diritti di libertà del soggetto, dal momento che la loro esecuzione comporta una restrizione fisica, oltre che una «menomazione morale» (BONETTI, 2000: 19) del soggetto interessato.

È il potere-dovere dello Stato di presidiare i propri confini al fine di garantire un ordinato flusso migratorio e un'adeguata accoglienza sul proprio territorio, la base giuridica che permette di adoperare tali strumenti e che prevale sulla volontà del non-cittadino di fare ingresso sul territorio dello Stato. Difatti, essendo lo straniero privo di quel «legame ontologico con la comunità nazionale»⁶⁷, dunque di quel «nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano»⁶⁸ proprio del cittadino che è, invece, «elemento costitutivo dello Stato»⁶⁹, la sua posizione di libertà quanto a ingresso e soggiorno nel territorio nazionale può essere assoggettata a «determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo

⁶⁷ Corte costituzionale, sent. n. 62 del 1994.

⁶⁸ Corte costituzionale, sent. n. 62 del 1994.

⁶⁹ Corte costituzionale, sent. n. 244 del 1974.

determinato»⁷⁰. In effetti, unici destinatari degli istituti giuridici in esame possono essere gli stranieri: tali strumenti non sono «in nessun caso estendibili al cittadino»⁷¹, a cui la Costituzione attribuisce una posizione qualificata da un generale *status libertatis*.

L'allontanamento dello straniero privo di titolo di legittimazione a rimanere nello Stato, o la violazione dell'obbligo ad esserne munito, rappresenterebbero, dunque, «beni giuridici da proteggere siccome inestricabilmente legati all'interesse dello Stato a controllare e gestire i flussi migratori» (LOPRIENO, 2015) al fine di difendere quegli interessi pubblici che, secondo il Giudice costituzionale, potrebbero individuarsi nella sicurezza e nella sanità pubblica, nell'ordine pubblico, nei vincoli di carattere internazionale e nella politica nazionale in materia di immigrazione: «[...] beni pubblici finali, di sicuro rilievo costituzionale, suscettibili di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata»⁷².

Pare sia la stessa sopravvivenza dello Stato a vacillare di fronte a probabili intrusioni esterne, dalle quali sembrerebbe opportuno difendersi anche a costo di sacrificare uno di quei diritti, come quello alla libertà personale che, «al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»⁷³.

La condizione giuridica dello straniero, sia esso regolarmente presente o meno, gode, tuttavia, a livello costituzionale, di una serie di garanzie in termini di principi e diritti, giacché la volontà costituente fu quella di porre al centro gli individui quali «portatori del valore generale e non frazionabile della dignità umana e sociale» e non

⁷⁰ Corte costituzionale, sent. n. 250 del 2010.

⁷¹ Corte costituzionale, sent. n. 62 del 1994.

⁷² Corte costituzionale, sent. n. 250 del 2010.

⁷³ Corte costituzionale, sent. n. 105 del 2001.

«estrinsecazioni della sovranità degli Stati» (D'ALOIA; PATRONI GRIFFI, 1995: 254).

È l'art. 2 della Costituzione che, nell'esprimere il principio personalista, individua nello sviluppo della persona umana «una priorità di valore» (CARRETTI; BARBIERI, 2017: 180) riconoscendo ad ogni essere umano i diritti inviolabili, all'interno di una organizzazione sociale che persegue i “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, cosicché le disposizioni riguardanti i diritti di libertà e i diritti sociali si rivolgano alla persona umana indipendentemente dall'appartenenza allo Stato. Attraverso il riconoscimento del valore della personalità, la disposizione proclama una sua totale tutela all'interno dell'organizzazione sociale, che non può escludere determinati soggetti o aspetti. Ispirandosi al valore della persona, essa non sancisce una netta contrapposizione tra il cittadino e il non-cittadino, anche se una sua più acuta lettura nell'ambito della regolazione della condizione giuridica dello straniero richiama uno specifico confronto con altre fondamentali disposizioni costituzionali. È importante sottolineare la posizione condizionante che la prescrizione in esame assume rispetto all'art. 10 comma 2 della Costituzione. Quest'ultimo, disponendo che “la posizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”, da un lato costringe il legislatore ad una scelta mirata degli strumenti legislativi (la legge ordinaria) da adottare nella disciplina giuridica dello straniero; dall'altro assoggetta i contenuti della materia al rispetto dei vincoli espressi dalle norme internazionali. Proteggendo il non-cittadino dal potere discrezionale dell'esecutivo e riconoscendo la piena tutela internazionale in materia di diritti umani, la disposizione intende attribuire una maggiore tutela giuridica allo straniero, sconsacrando una eventuale condizione discriminatoria rispetto a quella del cittadino e promuovendo la pari dignità tra esseri umani. Ed è proprio la pari dignità a rappresentare il «ponte»

(GRIFFI, 2009: 4) tra i diritti inviolabili dell'art.2 Cost. e il principio di uguaglianza consacrato dall'art.3 Cost.. Essa – sulla base del combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. - si configura come valore e principio in grado di qualificare tutte le libertà fondamentali e di impedire al legislatore di spingersi al di sotto di quello standard che vedrebbe la stessa violata.

Analizzandone concretamente gli effetti, tuttavia, considerato come principio fondamentale da riconoscere prescindendo dal legame di cittadinanza che lega l'essere umano alla comunità statale, il principio di uguaglianza ha, in qualche modo, visto ridurre la propria portata da parte di quegli interventi della Corte costituzionale che ne hanno garantito il pieno esercizio soltanto con riferimento alla sfera dei diritti fondamentali.

Nella sent. n.120 del 1967 la Corte, per la prima volta, affronta la questione della condizione giuridica dello straniero e - pur affermando l'applicabilità del principio di uguaglianza anche agli stranieri quando siano in gioco i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. - si cura di specificare che «la riconosciuta uguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento»⁷⁴.

Dunque, la razionalità costituzionale di un «trattamento differenziato» e del ragionevole bilanciamento tra i diritti, si ergono quale parametro costituzionale delle scelte legislative

⁷⁴ Corte costituzionale, sent. n.120/1967. Secondo una versione più recente: «il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero solo quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo [...]: così da rendere legittimo per il legislatore ordinario, introdurre norme applicabili soltanto nei confronti di chi si in possesso del requisito della cittadinanza – o all'inverso ne sia privo – purché tali da non compromettere l'esercizio di quei fondamentali diritti» (Corte costituzionale sent. n. 432/2005).

disciplinanti la condizione dello straniero: «spetta insindacabilmente al legislatore giudicare sulla parità o diversità delle situazioni, pur nel rispetto dei criteri di ragionevolezza nonché degli altri principi costituzionali», il principio di uguaglianza risulta «intaccato od eluso solo in caso di constata irrazionalità del trattamento differenziato»⁷⁵. Sarà il legislatore a valutare e decidere, la Corte non rappresenterà il giudice del merito della legge, anche se le differenziazioni di trattamento saranno legittime soltanto se in grado di superare uno scrutinio di ragionevolezza della scelta legislativa: «il difetto della cittadinanza non può costituire di per sé il fondamento di una sorta di “Stato di eccezione” valevole solo per i migranti» (GRIFFI, 2009: 7). Tali parametri rappresenteranno il limite invalicabile che il legislatore non potrà oltrepassare al fine di garantire allo straniero gli stessi diritti costituzionali riconosciuti al cittadino e desumere quei diritti inviolabili dell'uomo che esigono riconoscimento giuridico. Così, la categoria dei diritti a cui riferirsi, non trovando specifica determinazione nella giurisprudenza costituzionale, tenderà «a ampliarsi o a restringersi a seconda del punto di vista da cui si pone l'interprete, condizionato nella sua opera da un gran numero di fattori di ordine storico, sociale e culturale» (CUNIBERTI, 1997: 162)⁷⁶.

Oltre alle «improprietà del riferimento ai diritti inviolabili e fondamentali operato in modo confusivo ed indifferenziato» (STANCATI, 2009: 16), nella giurisprudenza è difficile rintracciare una pronuncia in cui la Corte si faccia carico di esplicitare in modo esaustivo l'assunto della superabilità del dato testuale presente nell'art. 3 Cost., il quale potrebbe lasciare

⁷⁵ Corte costituzionale, sent. n. 45 del 1967.

⁷⁶ A partire dalle pronunce della Corte costituzionale relative ai cittadini italiani e dai riferimenti internazionali, la dottrina ha tentato di delineare quel nucleo di diritti spettanti allo straniero in quanto considerati “inviolabili”. Al riguardo si veda G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo, condizione giuridica, estradizione*, Cedam, Padova, pp. 240 e ss., 284 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit. p. 224 ss.

intendere che «il possesso della cittadinanza potrebbe essere assunto dal legislatore ad elemento diversificante nella disciplina di taluni diritti» (PACE, 2010: 1).

Tuttavia, un'ampia dottrina ha ormai assunto tale presupposto, ponendo ai margini la mera questione testuale (che comunque potrebbe indurre, non difficilmente, ad una situazione di differenziazione se non, addirittura, di contrapposizione) e tentando di sopperire alla lacuna giurisprudenziale legata all'individuazione di quel nucleo di diritti imprescindibilmente riconosciuti all'essere umano, considerando l'approccio interpretativo utilizzato dalla Corte nelle sue decisioni, secondo cui «i diritti inviolabili dell'uomo» garantiti dall'art. 2 della Costituzione, configurerebbero una «clausola riassuntiva» dei diritti esplicitamente previsti nelle successive norme della Costituzione. Da qui può dedursi che, quel nucleo di diritti inviolabili riconosciuti sulla base del principio personalista, «trovano negli artt. 13 e seguenti una individuazione ed una disciplina» (BUCCI, 2004: 445).

D'altra parte, il TUI, esplicitamente emanato ai sensi dell'art.10 comma 2 Cost., rimette alla Corte costituzionale e ai giudici comuni il compito di individuare, caso per caso, i diritti che potrebbero essere considerati fondamentali, dichiarando all'art. 2 comma 1 che “allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previste dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciuti”.

Alla luce della breve analisi fin qui condotta, del combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10 comma 2 Cost., e della normativa internazionale che lo annovera esplicitamente tra i diritti fondamentali universalmente riconosciuti alla persona umana (artt. 1, 5 e 14 CEDU), non può non includersi tra i diritti inviolabili riconosciuti all'essere umano uno di quei diritti impersonalmente riconosciuti dalla Costituzione italiana

attraverso il comma 1 dell'art. 13 che così recita: “La libertà personale è inviolabile”.

Eppure, è noto come la presenza dello straniero *sine titulo* sul territorio dello Stato si intrecci negativamente con il suo *status libertatis*, considerando che la disciplina in materia di immigrazione contempla una fitta serie di ipotesi normative di restrizione della libertà personale che accompagnano, generalmente, l'esecuzione dei provvedimenti di allontanamento del migrante.

Ed è qui che, al canto delle previsioni internazionali, entra in scena (anche con maggiore vigore) l'art. 13 della Costituzione italiana che al principio di legalità ed all'*habeas corpus*, affianca quello di “necessarietà” delle misure amministrative privative della libertà personale. Il comma 3 dell'art. 13 dispone che: “in casi eccezionali di necessità e 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”. Difatti, proprio perché i rapporti tra l'individuo e l'autorità statale chiamano direttamente in causa la libertà personale, la piena attuazione della tutela costituzionale in materia risulta essenziale alla tutela del migrante sottoposto a provvedimenti limitativi da parte delle autorità amministrative.

La coazione fisica sembra essere il metodo elettivo attraverso cui eseguire i provvedimenti di espulsione dello straniero irregolare: «in materia di immigrazione la legge ordinaria sembra sospingere l'uso della forza fuori dall'area dell'eccezionalità in cui la Costituzione invece lo confina, riconoscendo l'invulnerabilità della libertà personale» (GABOARDI, 2013: 96). Quello che si intende sostenere – preoccupandosi di sviluppare una dettagliata disamina sul tema – è che, in via generale, si possa constatare «una metodica ed insidiosa

svalutazione del concetto stesso di inviolabilità del diritto». Mancando nell'ordinamento adeguate soluzioni non coercitive relative alle politiche di controllo e gestione del fenomeno migratorio, nel bilanciamento tra le esigenze di presidio del territorio nazionale e il valore inviolabile della libertà personale, sarebbero quest'ultime a risultarne mortificate (GABOARDI, 2013: 97).

L'interrogativo da cui la ricerca intende partire per avviare una accurata analisi in materia, riguarda proprio la plausibilità - in nome della sovranità nazionale, dunque in risposta all'esigenza di tutela dell'integrità del territorio - della produzione di un diritto derogatorio per gli stranieri, in grado di porre questi ultimi in una posizione differenziale rispetto al cittadino italiano, pregiudicando quella sfera di diritti che le carte costituzionali e i trattati internazionali elevano a diritti fondamentali dell'individuo. Si ipotizza, infatti, che il processo di securitarizzazione delle migrazioni abbia spezzato il costituzionalmente obbligatorio equilibrio tra i due criteri che configurano il diritto degli stranieri nel nostro ordinamento giuridico - il principio di sovranità e le esigenze di difesa della sicurezza nazionale da un lato, e la tutela dei diritti umani dall'altro - generando un diritto speciale che andrebbe a pregiudicare in modo evidente il secondo dei due criteri. Ciò che si intende indagare - con maggiore e specifico riferimento all'istituto della detenzione amministrativa dello straniero - è quella eventuale compromissione dei diritti inviolabili dell'individuo che cerca giustificazione nel dovere dello Stato di garantire la sicurezza nazionale e si materializza nel sistema giuridico repressivo che contempla differenti istituti limitativi della libertà personale. Limitazioni che, oltretutto, in quanto compressioni del primo dei diritti inviolabili sganciate da esigenze di giustizia penale, dovrebbero necessariamente collegarsi ad esigenze di tutela di beni costituzionali primari, che

non possono dirsi assolute attraverso generici richiami alle necessità di controllo dell'immigrazione.

Lo *status libertatis* dello straniero di scontra incessantemente con quelle che Brossat definisce «libertà poliziesche». Legalmente previste e giuridicamente disciplinate al fine di contribuire al raggiungimento dei fini generali dell'ordinamento giuridico (benché attraverso una sua parziale sospensione), esse interferiscono con fondamentali garanzie giurisdizionali che dovrebbero essere riconosciute allo straniero, generando un «credito di violenza e di arbitrio» affidato alle autorità di pubblica sicurezza che, per propria natura, svolgono una «funzione politico-amministrativa, pragmaticamente informata alla priorità del risultato rispetto ai mezzi per raggiungerlo, i quali invece sono prioritari nell'attività giudiziaria» (FERRAJOLI, 2004: 863).

2. Respingimento ed espulsione. L'anticamera di un istituto maggiormente incisivo sul diritto alla libertà personale: il trattenimento amministrativo

Chiarito il fondamentale aspetto delle garanzie costituzionali di cui gode lo straniero all'interno del nostro ordinamento anche con riferimento al nucleo di lavoro che sarà affrontato nel prosieguo, pare necessario soffermarsi sull'esame delle forme giuridiche disciplinanti la condizione dello straniero specificatamente al rapporto che intercorre con il diritto alla libertà personale, occupandosi brevemente degli istituti succitati - il respingimento e l'espulsione - visto che tutti i tipi di provvedimenti di espulsione e alcuni tipi di provvedimenti di respingimento comportano restrizioni della libertà personale.

Innanzitutto, respingimento ed espulsione comportano una coercizione fisica della persona respinta o espulsa poiché misure di natura coattiva devono essere adottate, in alcuni casi immediatamente, in altri soltanto se lo straniero non abbia ottemperato all'intimazione di lasciare il territorio dello Stato entro un termine prefissato. Tale coercizione è sempre rappresentata dall'accompagnamento forzato alla frontiera dell'espulso o del respinto per mano delle forze di polizia, nonché, nei casi in cui pervengano degli impedimenti oggettivi al rimpatrio e fino alla loro rimozione, nel trattenimento dello straniero respinto o espulso, presso appositi centri presidiati dalle forze di polizia.

Secondariamente, mediante l'esecuzione delle misure in esame, e soprattutto attraverso il provvedimento di espulsione, si assiste ad «una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio dello straniero che implica un assoggettamento totale della persona all'altrui potere, menomazione o mortificazione in cui secondo la giurisprudenza costituzionale si concreta la violazione dell'*habeas corpus*» (BONETTI, 2000: 20).

Secondo le norme disciplinanti l'ingresso e il soggiorno dello straniero previste dal Testo Unico sull'immigrazione e dalla legge sui soggiorni brevi per visite, affari, studio e turismo (legge n. 68/2007), è punito lo straniero entrato o trattenutosi sul territorio dello Stato in violazione degli obblighi inerenti in esse contenuti.

L'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio dello Stato italiano sono, in effetti, dipendenti dalla sussistenza e dalla valutazione di differenti requisiti soggettivi e oggettivi, rispetto ai quali l'amministrazione statale agisce con un certo grado di discrezionalità, al punto che la stessa giurisprudenza è arrivata ad escludere la configurabilità in capo allo straniero di

una posizione di diritto soggettivo all'ingresso nel territorio statale, qualificandola come interesse legittimo⁷⁷.

La libertà di circolazione e di soggiorno, dunque, non spetta a tutti gli stranieri, ma soltanto a quanti siano regolarmente presenti sul territorio dello Stato. La stessa Corte costituzionale ha, ormai da tempo, dichiarato che non esiste per lo straniero un diritto acquisito di ingresso e soggiorno nello Stato, ma esso è subordinato ad una serie di autorizzazioni, limitato nel tempo e assoggettato a quegli obblighi previsti dall'ordinamento statale ai fini di un corretto svolgimento della vita civile. Soltanto allo straniero regolarmente soggiornante – sulla base della riserva rinforzata di legge prevista dall'art. 10 comma 2 Cost. – è riconosciuta la garanzia di cui all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU che garantisce rispetto al riconoscimento della libera circolazione e della libera scelta della propria residenza, fatte salve le restrizioni previste dalla legge e necessarie in una società democratica alla sicurezza nazionale, alla sicurezza pubblica o al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

L'art. 10 del T.U.I sanziona, mediante provvedimento di respingimento, lo straniero fermato all'ingresso o subito dopo “senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato” (comma 1) o, attraverso l'accompagnamento alla frontiera, gli 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 (comma 2).

Il provvedimento di respingimento, disposto ai sensi del comma 1 dell'art. 10 T.U.I dalla polizia di frontiera nei confronti

⁷⁷ Cass. Sez. Un., 25.3.2005, n. 6426. CED.579987.

dello straniero che si presenta ai controlli previsti ai valichi di frontiera comporta non già una coercizione fisica, bensì il divieto per lo straniero di fare ingresso nel territorio dello Stato italiano e il conseguente obbligo previsto dall'art. 10 comma 3 TUI per il vettore di prendere immediatamente a carico e di ricondurre nello Stato di provenienza lo straniero respinto. Una reale coercizione fisica si verifica, invece, negli altri due casi di respingimento, ovvero nel caso di un provvedimento di respingimento di straniero che sia già presente nel territorio nazionale, provvedimento disposto dal questore ed eseguito con accompagnamento alla frontiera da parte delle forze di polizia nei casi previsti dall'art. 10 comma 2 T.U., ed anche nell'ipotesi in cui si verifichi uno degli ostacoli all'esecuzione del provvedimento di respingimento alla frontiera che legittimano il trattenimento dello straniero respinto ai sensi dell'art. 14, comma 1 TUI.

Nonostante l'accertamento di una effettiva coazione fisica esercitata dall'autorità nelle ipotesi succitate, la disciplina legislativa non si preoccupa di accogliere quei requisiti di legittimità costituzionale previsti per le ipotesi normative di restrizione temporanea della libertà personale ordinata dall'autorità amministrativa, poiché non prevede l'intervento dell'autorità giudiziaria per il procedimento di convalida del provvedimento che, secondo il dettato costituzionale, dovrebbe seguire nell'immediato l'intervento delle autorità di pubblica sicurezza se incidente sulla libertà personale del soggetto interessato.

La situazione muta e il legislatore acquisisce consapevolezza circa la legittimità del proprio operato, se si vagliano le modalità esecutive del provvedimento di espulsione amministrativa di cui all'art. 13 del TUI L'art. 13, comma 2 lettera a) TUI, che sanziona lo straniero "entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non [sia]

respinto ai sensi dell'art.10⁷⁸. L'espulsione, disposta dal prefetto, viene “sempre eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica” e per tali ragioni, la legge prevede l'obbligo per il questore di comunicare tempestivamente (e comunque entro le 48 ore), l'atto di accompagnamento al giudice di pace che dovrà decidere sulla convalida del provvedimento, come previsto dal comma 3, art. 13 Cost.

Dunque, non pare sia il provvedimento di espulsione in sé a recare effetti diretti sullo *status libertatis* dell'interessato dal momento che esso, non consentendo alle autorità di esercitare coazione fisica sul soggetto, si limita a vincolare il diritto alla libertà di circolazione dello stesso⁷⁹.

Piuttosto, sono le modalità esecutive del provvedimento stesso, dunque l'accompagnamento coatto alla frontiera *manu*

⁷⁸ 1. Per motivi di ordine pubblico e 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'art. 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 è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'art. 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n.68;
c) appartiene a taluna delle categorie indicate dagli articoli 1, 4 e 16 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159.
(art. 13 comma 1 e 2).

⁷⁹Rispetto alle nozioni di libertà personale e libertà di circolazione, si intende qui accogliere la posizione sostenuta da autorevole dottrina, secondo cui la libertà personale garantita dall'art. 13 Cost. rappresenta il diritto dell'individuo alla piena disponibilità del proprio corpo e della propria mente e tutela rispetto ad ogni provvedimento consistente in un assoggettamento della persona ad una coazione fisica e morale, inclusi quegli obblighi il cui inadempimento è punito in forma coattiva, anche indipendentemente dalla verifica dell'eventuale “degradazione morale” che tali provvedimenti possono produrre sulla persona; mentre, la libertà di circolazione assicurata dall'art. 16 Cost, consiste nella libertà di autodeterminazione dell'individuo in ordine alla dislocazione del proprio corpo in qualsiasi parte del territorio nazionale e tutela della persona da provvedimenti che consistono in mero obbligo o divieto che la limitino.

militari, a coinvolgere le garanzie costituzionali in materia di libertà personale.

Il contenuto normale del provvedimento amministrativo di espulsione, difatti, è tale che l'obbligo di lasciare il territorio dello Stato viene reso esecutivo direttamente dall'amministrazione con misure coercitive esercitate anche contro il volere dello straniero che avrebbe dovuto spontaneamente eseguire l'obbligo. La Corte costituzionale, infatti, a riguardo non mostra alcuna titubanza, dichiarando che «l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto rappresenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti sulla libertà di circolazione»; per cui, il relativo provvedimento «non può restare estraneo al controllo dell'autorità giudiziaria»⁸⁰.

In un contesto normativo in cui l'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera rappresenta ormai lo strumento ordinario di esecuzione degli allontanamenti e in cui, quando non sia possibile “eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino [...]” (art. 14 comma 1 TUI), il ruolo della detenzione amministrativa degli stranieri diventa centrale e fondamentale per scongiurare la loro «dispersione» (LOPRIENO, 2015) sul territorio nazionale.

⁸⁰ Corte costituzionale, sent. n.105 del 2001.

2.1 Cenni sulla disciplina della detenzione amministrativa precedente alla sua introduzione nell'ordinamento giuridico

Prima di dedicarci all'analisi dell'istituto della detenzione amministrativa dal momento della sua introduzione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, pare importante ripercorrere brevemente la disciplina dell'espulsione degli stranieri antecedente a tale momento storico, al fine di cogliere i prodomi di un istituto che - solo dopo lungo tempo - avrebbe trovato nella legislazione ordinaria una fonte di legittimazione in grado di trasformarlo in "normale" strumento di disciplina del fenomeno dell'immigrazione irregolare.

La materia relativa all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione degli stranieri presenta, nella sua evoluzione storica, il susseguirsi di differenti indirizzi politici sintetizzabili in tre grandi epoche: la fase immediatamente post-unitaria; le riforme liberali di fine secolo; la Grande Guerra e il Fascismo che, in via generale, richiamano una serie di caratteristiche comuni.

Innanzitutto, le scelte normative operate in materia pare si sorreggano sulla comune convinzione che l'ingresso e il soggiorno rappresentino l'esercizio di una naturale libertà dell'uomo su cui la pubblica autorità ha il dovere di intervenire per evitare eventuale pregiudizio per l'ordine e la sicurezza pubblica. Tuttavia, un altro aspetto caratterizzante la materia è dato dalla vaghezza e dalla difficoltà di incanalare i limiti di tale libertà tra le norme penali e quelle di polizia: l'espulsione diventa una misura concepita sia come sanzione penale conseguente alla condanna per reati di particolare natura, sia come misura di polizia disposta dall'autorità amministrativa sulla base di una mera presunzione di pericolosità sociale del soggetto interessato il quale, oltretutto, sarà sottoposto a limitate

garanzie giurisdizionali, altro tratto tipico della disciplina in esame.

All'indomani dell'Unità d'Italia, principi di chiara ispirazione giusnaturalistica e cosmopolitica, caratterizzarono le scelte operate sulla condizione giuridica dello straniero all'interno del Codice civile del 1865.

Gli stranieri godevano degli stessi diritti civili degli italiani (art. 3 c.c.: "lo straniero è ammesso a godere degli stessi diritti civili attribuiti ai cittadini"), erano soggetti a forme di sorveglianza analoghe e potevano essere respinti ai confini se privi di documenti di identificazione validi o di mezzi di sussistenza sufficienti alla loro sussistenza. Quelli già presenti in Italia potevano essere espulsi in caso di condanna penale per decisioni dell'autorità giudiziaria o se considerati pericolosi per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, attraverso sanzione amministrativa decisa dalla polizia.

Dunque, l'art. 3 del codice civile del 1865, riconosceva il "principio di piena e incondizionata equiparazione dello straniero al cittadino", garantendo ai primi uguali diritti civili riconosciuti ai secondi. Tuttavia, fu all'interno di tale scenario che la dottrina sviluppò la sua riflessione, facendo dipendere la forza del potere statale di espellere dalla duale interpretazione attribuita al diritto di soggiorno: quale diritto civile, ascrivibile all'essere umano indipendentemente dal legame di cittadinanza; o diritto politico, da conferire al cittadino in quanto tale. Sposando l'approccio dottrinale che includeva il diritto di soggiorno tra i diritti politici, il legislatore italiano finì con il riconoscere ampi margini di manovra all'esecutivo.

Il codice penale e la legge di pubblica sicurezza disciplinarono i limiti della libertà di ingresso e di soggiorno, configurando l'espulsione come misura adottabile dall'autorità amministrativa nei confronti degli stranieri condannati per alcuni reati. Il codice penale prevedeva l'espulsione – pronunciata dal giudice ed eseguita solo a seguito dell'autorizzazione del

Ministero dell'interno (art. 86 del regolamento di P.S.)⁸¹ – quale pena accessoria, unicamente per gli stranieri condannati per i reati di mendicizia e vagabondaggio (artt. 439 e 446). Inoltre, sulla base dell'art. 9 della legge di pubblica sicurezza che conferiva alle autorità stesse il compito di “vegliare all'osservanza delle leggi ed al mantenimento dell'ordine pubblico”, l'autorità amministrativa era titolare di una serie di casi di espulsione legati appunto a ragioni di sicurezza pubblica ed era autorizzata a condurre gli stranieri ai confini dello Stato e – in caso di incerta nazionalità – ad indirizzare loro in “un luogo di confino” fino al momento dell'esecuzione dell'espulsione.

Era il sistema amministrativo a dettare concretamente le condizioni dello straniero e la tutela di quei diritti fondamentali che l'art. 3 c.c. ad esso riconosceva. Mentre al cittadino veniva riconosciuta la titolarità di un diritto soggettivo pieno, allo straniero spettava esclusivamente una posizione di interesse legittimo: «il diritto dello straniero è posto come subordinato e dipendente dalle esigenze dell'interesse pubblico, in modo che solo in tanto può dirsi esistente, in quanto esso consente, e di fronte ad esso è riconosciuto un potere discrezionale dell'autorità per l'apprezzamento delle esigenze della tutela dell'ordine pubblico, da cui il diritto medesimo dipende» (SIRIANNI, 1999: 7).

Il periodo delle grandi guerre (1914-45) comportò un irrigidimento delle norme di polizia, di presidio del territorio e del sospetto nei confronti degli stranieri: ripetuti forti inasprimenti delle loro condizioni in Italia, in un crescendo drammatico, culminarono in casi, anche tragici, di persecuzione e internamento. Nel periodo della Prima guerra mondiale, gli stranieri si trasformarono da «persone solo potenzialmente pericolose [...] in persone immediatamente sospette, da assoggettare ad un sistema rigido di controlli» (SIRIANNI, 1999:

⁸¹ Inoltre la legge di pubblica sicurezza riconosceva alle amministrazioni dell'interno il potere di disporre l'espulsione (art. 73) degli stranieri condannati per reati contro la proprietà.

11). Difatti, si ridimensionò decisamente lo spazio di libertà di movimento e di soggiorno degli stranieri in Italia: nessuno straniero poteva farvi ingresso se non munito di passaporto e di visto di ingresso (art. 1 Regio Decreto 2 maggio 1915, n. 634 - adottato dal legislatore fascista nel 1923)⁸².

Per rispondere a situazioni rispetto alle quali non poteva prefigurarsi alcuna forma di reato poiché legate al pericolo rappresentato dalla mera presenza degli stranieri sul territorio o alla mera espressione di opinioni di dissenso - in nome della salvaguardia della sicurezza nazionale e della conseguente necessità di controllo dei confini - si tentò di ottimizzare l'azione di governo attraverso la legittimazione di «uno spazio situato al di fuori delle tipiche garanzie giuridiche del sistema penale» (LOPRIENO, 2015) di cui i centri di detenzione e le politiche di internamento furono un esorbitante epilogo.

Perseguendo l'obiettivo del pieno controllo degli spostamenti e, in generale, dell'attività del singolo straniero, l'azione del regime fascista fu quella di stabilizzare la normativa precedente recependo, attraverso il Regio Decreto 25 gennaio 1923, n. 64, il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (Regio Decreto 18 giugno 1931, n.773) ed il rispettivo Regolamento di attuazione (Regio Decreto 6 maggio 1940, n.635), le disposizioni contenute nel Regio Decreto 2 maggio 1915, n.634.

L'impianto complessivo delle leggi del 1931 - che rimase sostanzialmente immutato fino al 1986 - oltre che confermare e codificare le norme sulle condizioni di ingresso introdotte dopo l'unificazione, prevedeva l'espulsione, per mano del Ministro

⁸² Si stabilì, inoltre, l'obbligo per gli stranieri, anche di passaggio, di presentarsi all'autorità di polizia, entro ventiquattro ore dall'ingresso nel territorio, per rilasciare una dichiarazione di soggiorno. L'obbligo di presentarsi all'autorità di polizia sussisteva anche per gli spostamenti successivi di domicilio (art.3) e qualora vi fossero fondati motivi "di dubitare delle generalità" (art. 15), lo straniero era obbligato a sottoporsi ai rilievi fotografici, dattiloscopici ed antropometrici. Infine, si estendeva ulteriormente il potere del Prefetto (previa autorizzazione del Ministro dell'Interno) di espellere gli stranieri, compresi coloro che venivano denunciati per la violazione di semplici contravvenzioni (art.17).

dell'interno, dello straniero reo di aver commesso un reato o di intralciare l'ordine pubblico.

Venne prevista l'espulsione tramite accompagnamento coattivo alla frontiera oltre che l'espulsione con il foglio di via obbligatorio, che obbligava gli stranieri a muoversi all'interno di uno spazio tracciato dalla polizia, pena l'arresto da uno a sei mesi (art. 152, comma 3, del T.U.L.P.S.).

L'art. 271 del regolamento di attuazione disponeva, inoltre, "in ogni caso" il respingimento alla frontiera, o l'espulsione, di tutti gli stranieri "indigenti", oppure di tutti coloro che esercitavano "il meretricio o mestieri dissimulanti l'ozio o il vagabondaggio o la questua". All'interno di questo contesto, decisivo fu il ruolo delle prassi amministrative. Soprattutto attraverso l'uso delle circolari, si trasferivano i contenuti delle direttive provenienti dagli uffici ministeriali centrali e gerarchicamente superiori a quelli periferici e di grado inferiore, dettando i tempi e le modalità di attuazione di leggi e regolamenti e legittimando il diffondersi di pratiche non solo non contemplate dalla normativa, ma addirittura con essa discordanti (GJERGJI, I., 2013).

Una prassi al quanto antica che, tuttavia, continua a mostrarsi quale caratteristica tipicamente italiana della gestione del fenomeno migratorio; «un sistema dove la giurisdizione non aveva diritto di cittadinanza, perché la legge era dettata da prassi e circolari» (SAVIO, 2013: 167) che integravano le norme in materia di espulsione e respingimento, stabilendo ipotesi e strumenti esecutivi di tali provvedimenti a volte non contemplati dalla normativa di riferimento. Un caso emblematico a riguardo è quello delle c.d. "espulsioni a rischio e pericolo" dello straniero che, soggetto a provvedimento di espulsione e privo di mezzi e/o documenti, viste le difficoltà di reperimento dei documenti d'identità o l'indisponibilità di risorse utili al rimpatrio, veniva posto nelle condizioni di attraversare illegalmente le frontiere, quindi spesso respinto nuovamente dalle autorità dei paesi di

confine con l'Italia. Inoltre, associata a questa particolare forma di espulsione – ma in generale all'espulsione di quanti sprovvisti di idonei documenti di identità – era prevista una forma abusiva di trattenimento presso gli uffici di polizia dei valichi di frontiera.

Per valutare la condizione giuridica dello straniero nel periodo qui esaminato, non si può però prescindere dall'indissolubile legame tra la storia dell'Italia liberale e fascista e quella coloniale. La totale convergenza tra le scelte legislative e le «dottrine razziali e la pratica della dominazione, delle occupazioni [...], di espropri [...] di deportazioni di massa, lager e via dicendo» (BASSO, 2000: 86), attraverso cui l'assolutismo dell'esecutivo gestiva la mobilità fisica degli stranieri nel periodo bellico, fu infatti figlia di quei dispositivi e di quelle strategie sperimentate nel periodo coloniale come pervasivi meccanismi di dominazione e di governo che permisero, tra l'altro, di introdurre nell'ordinamento giuridico italiano una concezione del diritto per cui «l'eccezione vale come la regola» (GEORGI, 2003: 10).

E tra i meccanismi e dispositivi funzionali dello stato di eccezione rientravano quelle circolari contenenti ordini sull'internamento, il confinamento, l'invio nei campi di concentramento, l'espulsione di stranieri e non; tipiche prassi del periodo bellico che, in tempi più recenti, hanno spesso interrogato la dottrina sull'esistenza o meno di soluzioni di continuità tra l'universo concentrazionario della prima metà del Novecento e gli attuali centri di detenzione per stranieri, seppur suscitando non poche perplessità considerato che, ogni qual volta ci si rapporta con la nozione di “campo” quale “luogo di eccezione” ci si ritrova di fronte a considerazioni che non appariranno mai esaustive, lineari e prive di contrasti⁸³.

⁸³ A partire dalle considerazioni di Agamben, non sembra inusuale l'uso della nozione di campo come forma idealtipica di analisi utilizzata nelle indagini attuali sui centri per migranti, tuttavia, per poter condurre una simile disamina

Alle importanti innovazioni introdotte dalla Costituzione nella configurazione della condizione giuridica dello straniero e precedentemente approfondite, non è tempestivamente conseguito un riesame della legislazione di polizia e delle norme penali fin qui esaminate. Fino a pochi decenni fa, gli scarsi, autoritari e approssimativi interventi di riforma legislativa, anziché ampliare le garanzie in capo agli stranieri, estesero ancor di più i poteri di polizia, affievolendo i controlli giudiziari (a titolo esemplificativo ma particolarmente significativo si ricorda l'approccio tipico degli anni '50, ma consolidatosi nel tempo, che non obbligava alla previsione di motivazioni convalidanti i provvedimenti di espulsione e di allontanamento).

Fu di fronte alla necessità di adeguare gli «istituti di polizia» ai principi costituzionali e agli obblighi internazionali ed al processo di trasformazione dell'Italia da paese di emigrazione a paese di immigrazione, che emerse con estrema chiarezza «l'elementarità» (SIRIANNI, 1999: 46) di una normativa che non poteva più essere tollerata. Il processo di riforma fu lento, complesso ed inevitabilmente influenzato da una ulteriore metamorfosi in atto in quegli stessi anni (ampiamente esaminato nel capitolo precedente) che interessava dall'esterno il nostro ordinamento: la comunitarizzazione delle politiche migratorie, sulla cui base si insinuava già uno «sdoppiamento» del regime di polizia che, se da un lato tratteneva i cittadini di paesi terzi nella «lacunosa e illiberale disciplina dettata dal Testo Unico di Pubblica Sicurezza», dall'altra assicurava ai cittadini dei Paesi membri «un regime assolutamente più garantista» (SIRIANNI, 1999: 48).

bisognerà soffermarsi non tanto su quanto accaduto al loro interno, quanto sulla struttura politico-giuridica che lo sorregge. Ciò permetterà di approcciarsi al campo «non come a un fatto storico e a un'anomalia appartenente al passato (anche se ancora eventualmente riscontrabile), ma [...] come alla matrice nascosta, al *nomos* dello spazio politico in cui ancora viviamo» (AGAMBEN, 1996). Sul punto si approfondirà accuratamente nei paragrafi successivi.

Fino a quegli anni, e precisamente fino al 1986, nonostante il radicale mutamento politico ed istituzionale introdotto dall'entrata in vigore della Costituzione, fortemente ispirato al principio personalista ed internazionalista, fu per lo più la legislazione di polizia degli stranieri a definire materialmente la condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano.

Il *corpus* delle norme in materia prevedeva, sostanzialmente, misure di controllo amministrativo e penale ed era rintracciabile: a) nelle norme contenute nel T.U.L.P.S. del 1931 e nel relativo regolamento di esecuzione del 1940; b) nel D.Lgs. n.50/1948 (che imponeva a chiunque l'obbligo di segnalazione agli uffici di pubblica sicurezza degli stranieri a cui veniva offerta ospitalità e lavoro); c) nella legge n.152/1975 ("legge Reale") che considerava varie ipotesi di respingimento alla frontiera e di espulsione, "tutte caratterizzate da un'ampia discrezionalità, circondate di scarse garanzie e sostanzialmente inefficaci rispetto agli scopi ufficiali perseguiti [...] d) negli artt. 215, 235 e 312 del codice penale; e) nella legge n.685/1975 ("Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope").

Erano poi le circolari ministeriali a colmare le lacune di un quadro normativo del tutto carente rispetto alla disciplina della condizione giuridica dello straniero relativamente all'esercizio dei suoi diritti civili, politici e sociali durante la permanenza sul territorio dello Stato.

La disciplina delle espulsioni era sostanzialmente definita dagli artt. 150, 151, 152, T.U.L.P.S. e dagli artt. 25 della legge n.152/1975 e 271 del regolamento di attuazione T.U.L.P.S., i quali legittimavano l'allontanamento dello straniero per differenti ragioni: irregolarità del soggiorno; denuncia per contravvenzione alle norme sul soggiorno; motivi di ordine pubblico; condanna per delitto; incapacità di dare contezza di sé o di dimostrare la sufficienza o la liceità dei mezzi di sostentamento; esercizio di mestieri dissimulanti l'ozio, il

vagabondaggio o la questua. L'adozione dei provvedimenti di espulsione spettava al Ministro dell'Interno ed ai prefetti, mentre l'esecuzione era affidata ai questori, i quali potevano ricorrere ad una serie di istituti giuridici: a) l'espulsione; b) l'allontanamento; c) l'accompagnamento; d) il rimpatrio; e) l'avviamento alla frontiera mediante foglio di via obbligatorio.

Si trattava di provvedimenti amministrativi avverso i quali difficilmente si potevano esperire i rimedi formalmente previsti (ricorso amministrativo per via gerarchica e tribunale amministrativo) e, in ogni caso, il ricorso non sospendeva l'efficacia del provvedimento.

Per una lunga fase della storia repubblicana, a delineare la condizione giuridica dello straniero, fu una logica repressiva ispirata da un criterio di natura essenzialmente derogatoria da applicare esclusivamente a quanti, pur presenti sul territorio, non fossero legati ad esso dal vincolo della cittadinanza. Nessuna traccia di un approccio maggiormente universalistico, nessun segno di qualche logica ispirata al vincolo del rispetto del diritto internazionale e alla rievocazione «dell'efficacia universale e dell'effettività dei diritti fondamentali della persona umana» (BONETTI, 2004: 83): «il diritto degli stranieri si configurava, dunque, come un vero e proprio diritto di polizia» (GEORGI, 2003: 17) che mirava al controllo dello straniero quale soggetto pericoloso e non alla regolazione del fenomeno migratorio, e ciò, per diversi caratteri ha qualificato la disciplina del diritto degli stranieri per l'intero dopoguerra.

Un primo timido tentativo di disciplina parziale della condizione giuridica dello straniero giunse con la legge 30 dicembre 1986, n. 483, recante “norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine” (c.d. Legge Foschi), adottata in applicazione della Convenzione OIL n. 143/1975, volta a garantire parità di trattamento dei lavoratori stranieri con quelli italiani. Argomento centrale della legge fu la

predisposizione di un sistema di programmazione dei flussi di immigrazione, mentre nessuna modifica riguardò il sistema delle espulsioni che, solo a partire degli anni Novanta, divenne oggetto di attenzione dell'agenda politica.

A gettare le basi della moderna disciplina del soggiorno e dell'espulsione dello straniero fu, infatti, la legge 28 febbraio 1990, n. 39 (c.d. Legge Martelli), risultante dalla conversione del decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416. In un'ottica fortemente poliziesca la riforma - che rappresentò il primo reale pilastro del diritto dell'immigrazione italiano - tralasciò completamente la disciplina relativa ai diritti civili e sociali e alle misure di integrazione degli stranieri per concentrarsi sulla questione del contrasto all'immigrazione illegale, dunque alla regolazione delle misure penali ed amministrative a riguardo, «rafforzando in questa maniera l'identificazione dello straniero con un soggetto pericoloso da tenere sotto stretta sorveglianza di polizia» (CAMPESI, 2013: 198).

Essa abrogava gli artt. 150 e 152 del T.U.L.P.S. del 1931 e l'art. 267 del relativo documento di esecuzione mentre introduceva importanti modifiche nella disciplina dell'allontanamento: a) il potere di respingimento veniva attribuito alla polizia di frontiera (art. 3, comma 5); b) si stabilivano nuove competenze prefettizie in materia di espulsione (art.7, comma 4); c) aumentava la casistica dei presupposti necessari all'espulsione dello straniero (art. 7, commi 1, 2, 3); d) si introduceva una nuova figura di espulsione amministrativa (facoltativa) per motivi di pericolosità sociale; e) la previsione di ricorso giurisdizionale al "Tribunale amministrativo regionale del luogo di domicilio eletto dallo straniero contro i provvedimenti di espulsione dal territorio dello Stato e contro il diniego e la revoca del permesso di soggiorno" (art. 5, comma 3). Esclusi i casi di espulsione adottati dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato, al ricorso seguiva la temporanea sospensione

dell'esecuzione del provvedimento di espulsione adottato dal Prefetto.

L'intimazione del Questore allo straniero ad “abbandonare entro quindici giorni il territorio dello Stato secondo le modalità di viaggio prefissate o a presentarsi in questura per l'accompagnamento alla frontiera entro lo stesso termine” (art. 7, comma 7), rappresentava l'ordinaria modalità di esecuzione dell'espulsione. Per i soli casi di inottemperanza all'intimazione (e nell'ipotesi di espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato) era previsto l'accompagnamento immediato alla frontiera (art. 7, comma 9).

Importante ai fini della nostra analisi è la previsione di cui all'art. 7 comma 11 della legge che può dirsi l'antecedente storico dell'istituto del trattenimento amministrativo, successivamente introdotto nell'ordinamento con la legge n.40 del 1998 (c.d. Legge Turco-Napolitano). La disposizione attribuiva al questore il potere di richiedere al tribunale un regime di “sorveglianza speciale”, con o senza l'obbligo di soggiorno, in una determinata località quando, a seguito di provvedimenti di espulsione, era necessario procedere: 1) ad accertamenti supplementari in ordine all'identità ed alla nazionalità dello straniero da espellere; 2) all'acquisizione di documenti o visti; 3) in ogni altro caso in cui non si poteva procedere immediatamente all'esecuzione dell'espulsione. Nei casi di particolare urgenza, inoltre, il questore avrebbe potuto richiedere al presidente del tribunale l'applicazione provvisoria della misura di “sorveglianza speciale”, anche prima dell'inizio del procedimento.

In caso di violazione degli obblighi derivanti dalle misure di sorveglianza speciale era previsto l'arresto e la pena con la reclusione fino a due anni (art. 7, comma 12).

Tuttavia, l'istituto della sorveglianza speciale rappresentava l'eccezione nella concreta esecuzione dei provvedimenti di espulsione, dal momento che la misura

dell'accompagnamento coattivo alla frontiera era riservato alle sole decisioni straordinarie del Ministro dell'Interno per motivi di sicurezza o di ordine pubblico o a quanti non avessero ottemperato all'intimazione ad allontanarsi dallo Stato, che rappresentava il regolare istituto di esecuzione degli allontanamenti.

Gli indirizzi dettati dalla legge non solo non apportarono una reale emancipazione della legislazione ordinaria sulla condizione giuridica degli stranieri dalla tradizionale prospettiva dell'ordine pubblico ma, all'interno del dibattito politico, vista l'ineffettività delle espulsioni, se ne evidenziò l'inadeguatezza, naturalmente generata «non certo nell'abnorme ampiezza dei presupposti, non certo nell'inefficienza della pubblica amministrazione nello svolgimento di accertamenti sull'identità delle persone da espellere, ma nella eccessiva liberalità delle misure espulsive» (CAPUTO, 2000: 52).

Un simile presupposto, rafforzato dai costi sempre più elevati delle espulsioni; dalle resistenze da parte del sistema giudiziario; dai problemi legati all'accertamento dell'identità e della nazionalità dello straniero; dalla scarsa collaborazione con i paesi di provenienza degli interessati al fine della loro riammissione, da un lato resero sempre più debole il sistema di espulsione pensato dalla legge Martelli, dall'altro, spinsero i governi all'inasprimento della normativa in materia facendo dell'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica il principale strumento di espulsione amministrativa dello straniero. A tali questioni si aggiunsero fattori storici di grande rilevanza, quali le gravi crisi politiche della Jugoslavia e dell'Albania, che determinarono esodi di massa, e più in generale, forti pressioni migratorie, difficilmente contenibili nell'alveo della legalità oltre che le sollecitazioni esterne

provenienti dall'esigenza di rivisitazioni legislative utili a dare attuazione alla Convenzione di Schengen⁸⁴.

Fu la decretazione di urgenza il principale strumento legislativo utilizzato in risposta a tali sollecitazioni. Il primo richiamo va alle integrazioni e alle modifiche introdotte dal D.L. 14 giugno 1993, n. 187, (c.d. Decreto Conso - Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri), successivamente convertito con modificazioni nella legge n.296/1993.

Nella sua originaria formulazione, il decreto prevedeva una sanzione penale per chi si fosse sottratto volontariamente ai controlli di frontiera che, tuttavia, non trovò conferma in sede di reiterazione. Una ulteriore figura di reato - invece confermata in sede di reiterazione, ma successivamente colpita da una declaratoria di incostituzionalità dalla sent. n. 34 del 1995 per violazione del principio di determinatezza del precetto penale - sanzionava la condotta di chi "non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente" (art. 7 bis), prevedendo l'arresto anche fuori dai casi di flagranza.

Per ciò che concerne la disciplina delle espulsioni, la legge n. 296/1993, introduceva due nuove fattispecie: l'"espulsione a richiesta"- che consisteva nell'espulsione dello straniero sottoposto a custodia cautelare per delitti diversi da quelli previsti nell'art. 407, comma 2, lett. a), numeri da 1 a 6 c.p.p. o condannato per una pena non superiore a tre anni (anche nelle ipotesi in cui tale periodo costituiva la parte residua della pena) - e l'espulsione quale misura di prevenzione, ordinata dal pretore su richiesta del pubblico ministero.

⁸⁴ Con la Legge 30 settembre 1993, n. 388, di autorizzazione alla ratifica degli accordi di Schengen, l'Italia ratificava la Convenzione che sarebbe entrata in vigore nel 1995 e che avrebbe fortemente influenzato i futuri sviluppi della politica italiana di controllo delle frontiere.

Un secondo decreto fu il D.L. n. 489 del 1995 (c.d. Decreto Dini - Disposizioni urgenti in materia di politica dell'immigrazione e per la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno nel territorio nazionale dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea), reiterato per ben cinque volte fino al 1996, ma mai convertito in legge⁸⁵.

Esso riproponeva in modo dettagliato la disciplina delle espulsioni già precedentemente dettata dalla legge Martelli, delineando il sistema di detenzione amministrativa che da lì a pochi anni sarebbe stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano.

L'art. 7-*quinquies* disponeva che “lo straniero che si trova sul territorio dello Stato in condizione irregolare deve essere espulso”, che “l'espulsione, disposta con provvedimento motivato del prefetto, consiste nell'intimazione a lasciare entro dieci giorni il territorio dello Stato” (art. 7-*quinquies*, comma 4) e che, una volta espulso, lo straniero non potesse rientrare nel territorio dello Stato prima dei sette anni (art. 7, *sexies*).

Tra gli strumenti esecutivi degli ordini di espulsione con accompagnamento coatto alla frontiera si contemplava la misura dell'obbligo di dimora (di cui all'art. 283 c.p.p.) sotto forma di

⁸⁵ Il decreto non ottenne mai l'approvazione del Parlamento a causa dell'esistenza di forti divergenze politiche e di seri dubbi di costituzionalità rappresentati in numerose ordinanze di remissione, concernenti aspetti qualificanti della riforma. Il definitivo accantonamento dell'iniziativa di riforma intrapresa dal D.L. n. 489 del 1995 è stato, poi, determinato da una importante ordinanza monitoria emanata dalla Corte costituzionale (n. 187 del 1996). La Consulta, ordinando la trattazione davanti a sé dell'ultimo dei decreti legge reiterati, vigente al momento della decisione, in riferimento all'art. 77 Cost. ha fatto intendere di essere pronta a dichiararne l'illegittimità, in quanto rinnovante norme già decadute a seguito della mancata conversione nel termine costituzionale. Soprattutto, la Corte ha espresso il dubbio che, nello specifico, la violazione dell'art. 77 dovesse essere valutata “anche in relazione all'ambito nel quale intervengono le norme impugnate che, disciplinando una particolare forma di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, attingono alla sfera dei diritti fondamentali della persona e sono suscettibili di produrre effetti irreversibili in tale sfera”. In sostanza, secondo la dottrina della Corte che si può trarre dalla ordinanza, la materia della espulsione, per il fatto di incidere su diritti fondamentali, non può essere disciplinata da una fonte intrinsecamente caduca, come il decreto legge, quantomeno, aggiungerei, nel caso in cui essa venga ad operare una variazione della previgente disciplina svantaggiosa per l'interessato.

prescrizione “di non allontanarsi dall’edificio o struttura indicati nel provvedimento e scelti fra quelli individuati con uno o più decreti del Ministero dell’Interno”. Era l’art. 7 del decreto a stabilire che “quando per l’esecuzione dell’espulsione [...] occorre procedere ad accertamenti supplementari in ordine all’identità o nazionalità della persona da espellere, ovvero all’acquisizione di documenti o visti, ovvero nei casi in cui vi sia il pericolo che la persona si sottragga all’esecuzione del provvedimento, l’autorità giudiziaria dispone la misura dell’obbligo di dimora [...] per il tempo necessario e comunque non oltre i trenta giorni”.

Il richiamo alla detenzione contenuto nel decreto seguiva una matrice sostanzialmente cautelare che faceva del provvedimento una misura volta ad assicurare l’esecuzione delle espulsioni, da esercitarsi nelle forme del procedimento di riesame previsto dal c.p.p per le ordinarie misure cautelari, seppure con una importante limitazione delle garanzie per esse previste. Ai fini dell’adozione del provvedimento non erano infatti richiesti i gravi indizi di colpevolezza indispensabili per applicare misure limitative della libertà personale *ante iudicium* e i termini per il riesame venivano ridotti della metà rispetto a quelli fissati per i casi di carcerazione preventiva.

Nello stesso anno una vigorosa spinta verso il riconoscimento della detenzione amministrativa quale strumento di gestione dei flussi migratori, arrivò dal D.L. n. 451 dell’ottobre 1995 - recante disposizioni urgenti per l’ulteriore impiego del personale delle forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella regione Puglia, poi convertito nella legge 29 dicembre 1995, n. 563, detta appunto legge Puglia. Attraverso le previsioni in esso contenute si istituzionalizzarono quelle pratiche contenitive che, a partire dai primi anni Novanta, vennero adottate nel tentativo di gestire i massicci flussi migratori che, mossi dalle gravi crisi politiche della Jugoslavia e dell’Albania, avevano raggiunto le coste pugliesi.

Ed è proprio in questo periodo storico e in queste vicende che Alessandro Dal Lago individua le prime radici di quello che sarebbe divenuto il sistema italiano dei centri di detenzione:

All'inizio di agosto del 1991, la migrazione, immediatamente definita esodo biblico, diviene emergenza internazionale. La fotografia della nave stracarica nel porto di Bari [...] fa il giro del mondo [...]. Gli albanesi vengono dirottati nello stadio di Bari (con la promessa di soggiorno e lavoro) [...]. Lo stadio è circondato dalle forze dell'ordine [...]. Il 14 agosto, lo stadio è sgomberato dalla polizia, parte degli albanesi è avviata in campi di raccolta, mentre alcune centinaia sono dispersi in varie città italiane e infine rispediti in Albania con voli militari. [...]» (DAL LAGO, 1999: 183-185).

L'autore, si sofferma volutamente sull'immagine dello stadio al fine di enfatizzarne la «funzione di discarica» a suo avviso attribuita ad uno spazio di raccolta entro cui, «l'extraterritorialità culturale» si trasforma in «extraterritorialità giuridica», «in uno spazio extraterritoriale, meramente fisico, la cui unica funzione è il contenimento provvisorio» (DAL LAGO, 1999: 186).

Una ritratto emblematico per l'evoluzione del sistema dei centri per stranieri in Italia quello descritto in queste righe da Dal Lago che, se secondo il sociologo testimonierebbe «una modalità nuova nel patrimonio tecnico di spersonalizzazione degli esseri umani [...] che, nell'estate del 1998, l'Italia avrà modo di perfezionare [...]» (DAL LAGO, 1999: 187), per altri non sarebbe altro che «la matrice di uno dei segmenti istituzionali che verranno a costituire il futuro sistema detentivo, quello della prima accoglienza».

Giuseppe Campesi preferisce infatti parlare dell'esperienza dello stadio di Bari come «il progenitore» dei centri di accoglienza e primo soccorso introdotti dalla legge in esame (CAMPESI, 2013: 200). Per la prima volta un testo normativo

utilizzava la parola centri, pur non chiarendone scrupolosamente la reale funzione. L'art. 2 della legge Puglia disponeva che: “per far fronte a situazioni di emergenza connesse con le attività di controllo (e contrasto all'immigrazione clandestina) e che coinvolgono gruppi di stranieri privi di qualsiasi mezzo di sostentamento ed in attesa di identificazione o espulsione” è autorizzata l'istituzione, a cura del Ministero dell'Interno, di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi “per le esigenze di prima assistenza a favore di predetti gruppi di stranieri”.

Nell'enunciazione apparivano contemporaneamente le nozioni di “controllo” (volto alla gestione dell'immigrazione illegale) e di “assistenza” (volto alla risposta umanitaria che il governo avrebbe avuto il dovere di garantire nei casi di emergenza migratoria). Due concetti sostanzialmente opposti, due dimensioni di uno stesso fenomeno in grado di svelare il forte conflitto e il difficile bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e quelle di tutela dei diritti umani che da sempre accompagnano la disciplina delle politiche migratorie e che, attraverso tale disposizione, si materializzano all'interno dei centri per stranieri, intorno ai quali si tenderà di far ruotare l'intero sistema detentivo italiano che solo tre anni dopo sarebbe approdato nel nostro ordinamento giuridico.

3. Dalla prassi alla legittimazione giuridica dell'istituto della detenzione amministrativa: la legge n. 40 del 1998

Dal 1998, l'idea di «libertà diversa» pensata per lo straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato, si traduce in realtà normativa, comportando un passaggio importante nell'evoluzione di quel «sotto-sistema differenziato»

(MASERA, 2012: 68) in relazione alla libertà di una specifica categoria di esseri umani che, ormai da tempo, caratterizzava l'impianto delle politiche e degli interventi rivolti al contrasto all'immigrazione illegale.

I decreti di necessità e urgenza e le ordinanze prefettizie che avevano regolato le misure di restrizione della libertà personale nate nella prassi dei controlli di polizia, vennero definitivamente normalizzate attraverso la legge 6 marzo 1998, n. 40, la c.d. legge Turco-Napolitano.

Una fase di maggiore stabilità politica, succedutasi ad un lungo periodo di governi tecnici e governi politici deboli, favorì l'elaborazione di una nuova normativa organica in materia di immigrazione che tentò di far convivere la volontà "egualitarista" e "promozionale" nei confronti degli stranieri c.d. "regolari", con quella della "tolleranza zero" rispetto a quanti non fossero in regola con la normativa sull'ingresso e sul soggiorno.

Essa costituì la base per il decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286 (*Il Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* – TUI) che raggruppava per la prima volta tutta la legislazione vigente in materia (poi completata dall'emanazione di un regolamento di attuazione - Regolamento di attuazione del testo unico sull'immigrazione, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394) - e sulla base del binomio "integrazione e sicurezza": da un lato affrontava i temi degli ingressi, del lavoro e dell'integrazione; dall'altro restituiva un ordine all'insieme di strumenti di contrasto all'immigrazione irregolare creati nei precedenti anni, rivedendo la questione del controllo del territorio, della cooperazione internazionale e delle espulsioni.

La disciplina dell'espulsione non si allontanava di molto da quella tratteggiata dalla legge Martelli del 1990 che, ad eccezione dell'art. 1, veniva totalmente abrogata. I presupposti legittimanti i provvedimenti di espulsione non mutavano rispetto

alle precedenti previsioni e includevano: a) la violazione delle norme sull'ingresso e sul soggiorno nel territorio dello Stato; b) la condanna per taluni delitti; c) la pericolosità sociale (appartenenza ad una delle categorie previste dagli artt. 1 della legge n. 1423/1956⁸⁶ e 1 della legge n.575/1965⁸⁷); d) la pericolosità per la sicurezza pubblica. I provvedimenti di espulsione contemplati dalla legge, riguardavano: a) l'espulsione come misura di sicurezza (art. 15 TUI); b) l'espulsione come misura alternativa o sostitutiva alla detenzione (art. 16 TUI); c) l'espulsione disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato (art. 13 comma 1, TUI); d) l'espulsione amministrativa disposta dal prefetto (art. 13, comma 2, TUI).

Furono le misure sussidiarie scelte per accompagnare i provvedimenti di espulsione nei casi in cui si ipotizzasse una possibile sottrazione dello straniero all'esecuzione dello stesso, a subire, invece, un notevole irrigidimento.

Seppure la modalità individuata dal legislatore quale regola valida per l'esecuzione dei provvedimenti di espulsione sembrava essere l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni, l'accompagnamento alla frontiera per mano della forza pubblica era previsto - oltre che nei casi di permanenza sul territorio oltre i quindici giorni assegnati o di espulsione per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato - anche qualora il prefetto, sulla base di dati obiettivi, ritenesse sussistente il pericolo di inottemperanza all'ordine di allontanamento di quegli stranieri ritenuti pericolosi o sospetti, ovvero entrati illegalmente sul territorio dello Stato e

⁸⁶ Si fa riferimento a coloro che sono abitualmente dediti ai traffici delittuosi, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, oppure che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

⁸⁷ Il riferimento è a coloro che sono indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni mafiose, comunque localmente denominate.

privi di documenti attestanti l'identità e la nazionalità (art. 11, commi 4 e 5). Già nel 1998, "almeno nei casi difficili", la spontanea ottemperanza all'intimazione a lasciare il territorio dello Stato nei limiti fissati dalla legge, si presentava come l'eccezione, «sì che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera diventa, in questi casi, la regola» (PEPINO, 2000: 14), pur se formalmente accompagnata da una valutazione prefettizia, «che ben difficilmente potrà subire un vaglio giurisdizionale puntuale» (SIRIANNI, 1999: 95).

Ma è l'art. 12 della legge in esame a tradurre in maniera esaustiva la linea di rigore adottata dalla legge di riforma. In continuità con la logica poliziesca che, ormai da tempo, ispirava la disciplina in materia, agli istituti dell'espulsione e del respingimento alla frontiera, si aggiungeva adesso la misura del "trattenimento". La disposizione normativa prevedeva infatti l'internamento temporaneo degli stranieri in centri di permanenza ed assistenza in tutti i casi in cui l'espulsione ed il respingimento in forma coattiva non potesse essere immediatamente eseguito.

Stando al primo comma del suddetto articolo (art. 14 TUI, il cui contenuto subirà negli anni diverse modifiche), "ove non fosse possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante l'accompagnamento alla frontiera, ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo necessario presso il centro di permanenza temporanea ed assistenza più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'Interno, di concerto coi Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro".

Nuove strategie contenitive approdano anche nello scenario giuridico italiano «nell'intento di innalzare una nuova

diga legale per proteggere le frontiere europee dai flussi indisciplinati – o indisciplinabili – di immigrazione» (SIRIANNI, 1999: 97), soppiantando severamente la misura della sorveglianza speciale con o senza l'obbligo di soggiorno, già prevista dalla legge Martelli (art. 7, comma 11).

Una «nuova misura di polizia degli stranieri» (SIRIANNI, 1999: 98) può ora trovare applicazione quando lo straniero sia stato già raggiunto da provvedimento di espulsione o di respingimento con carattere esecutivo e da eseguire nell'immediatezza ed esclusivamente nei casi in cui sussistano le ragioni giustificative che la legge individua nelle quattro fattispecie prima elencate (necessità di soccorso; accertamenti supplementari sull'identità e la nazionalità; acquisizione dei documenti di viaggio; indisponibilità di vettore o altro mezzo idoneo al trasporto).

L'internamento prevede il trattenimento dello straniero presso i centri appositamente individuati o costituiti, con esclusione, quindi, degli stabilimenti carcerari: lo straniero che sia allontanato indebitamente deve essere immediatamente ricondotto (art. 12 comma 7) con disposizione del questore.

La durata della misura limitativa è circoscritta a venti giorni complessivi, prorogabili dal giudice di ulteriori dieci giorni solo qualora sia “imminente l'eliminazione dell'impedimento all'espulsione o al respingimento” (art. 12, comma 5). La norma specificava che il questore, anche prima dei termini concessi dall'autorità giudiziaria, e dandone tempestiva comunicazione, avrebbe potuto eseguire l'espulsione (o il respingimento). Mentre alcuna specificazione viene fatta rispetto a quei casi in cui, spirato il termine massimo di trattenimento, gli adempimenti all'espulsione o al respingimento non siano avvenuti.

Per quanto concerne la sua procedura di applicazione, compatibilmente con il volere costituzionale che esige l'obbligo di sottoporre al controllo giurisdizionale tutti i provvedimenti

dell'autorità di pubblica sicurezza incidenti sulla libertà personale del soggetto, la decisione di trattenimento deve essere comunicata entro le quarantotto ore dal questore del luogo ove il centro è situato al pretore.

Questi, entro le successive quarantotto ore - ove sussistano i requisiti che giustificano l'espulsione amministrativa - deve procedere alla convalida del provvedimento del questore sentito l'interessato nei modi di cui agli artt. 737 e ss. del c.c.p.⁸⁸ o, al contrario, sancire la perdita di ogni effetto del provvedimento stesso. Contro i decreti di convalida e di proroga è consentito il solo ricorso in Cassazione il quale non sospende l'esecuzione della misura.

Rispetto alle modalità di trattenimento, la legge si limita ad affermare che lo straniero è "trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità" (art. 12, comma 2). Nulla dice, infatti, in ordine alle condizioni materiali di permanenza, rimandando la disciplina in materia al regolamento di esecuzione. L'art. 21, comma 1, del regolamento di attuazione del TUI, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394⁸⁹, stabilisce che allo straniero trattenuto devono essere garantiti: a) i diritti fondamentali della persona; b) la libertà di colloquio con i visitatori, il difensore che lo assiste ed i ministri di culto; c) la libertà di corrispondenza, anche telefonica, fermo restando "l'assoluto divieto di allontanarsi dal centro", divieto che poggia sulla previsione di cui all'art. 14, comma 7, TUI secondo cui: "il questore, avvalendosi della forza

⁸⁸ Si tratta delle disposizioni relative ai procedimenti in camera di consiglio previsti per quelle materie di interesse generale che, di norma, non risolvono controversie (si parla di "giurisdizione volontaria") e perciò sono circondati da minori garanzie giuridiche rispetto a quelle previste per il processo di cognizione ordinaria.

⁸⁹ Oggi sostituito dal Regolamento recante "Criteri per l'organizzazione e la gestione dei Centri di identificazione e di espulsione" – Decreto del Ministero dell'Interno del 20 ottobre 2014, diffuso con la circolare del 25/11/2014 del Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, cui è stata allegata la Carta dei diritti e dei doveri dello straniero nel Centro di identificazione e di espulsione.

pubblica, adotta efficaci misure di sorveglianza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura nel caso questa venga violata”. Si tratta, senza alcun dubbio ormai, di centri “chiusi” sottoposti alla stretta sorveglianza delle forze di polizia, entro i quali è consentito l’accesso “oltre che al personale addetto alla gestione dei centri e agli appartenenti alla forza pubblica, al giudice competente e all’autorità di pubblica sicurezza [...], i familiari conviventi o i difensori delle persone trattenute o ospitate, i ministri di culto, il personale della rappresentanza diplomatica o consolare, e gli appartenenti ad enti, associazioni del volontariato e cooperative di solidarietà sociale, ammessi a svolgere attività di assistenza a norma dell’art. 22 ovvero sulla base di appositi progetti di collaborazione concordati con il prefetto della provincia in cui è istituito il centro” (art. 21, comma 7). Secondo l’art. 22, comma 1, del regolamento, infatti, il prefetto “provvede all’attivazione e alla gestione” del centro di permanenza temporanea e assistenza, “anche mediante la stipula di apposite convenzioni con l’ente locale o con soggetti pubblici o privati che possono avvalersi dell’attività di altri enti, di associazioni del volontariato e di cooperative di solidarietà sociale”.

I rimandi controversi, le ambiguità semantiche che descrivono il nuovo istituto con una «terminologia che sembra voler esprimere, edulcorandola, una situazione assai diversa da quella reale» (ROMBOLI, 2001: 11), le lacune relative soprattutto alla definizione di garanzie materiali e giuridiche della detenzione – come di seguito meglio si argomenterà – fanno dell’introduzione dell’istituto del trattenimento «un vero e proprio punto di rottura degli assetti democratici dello Stato italiano» (GJEORGJI, 2003: 22).

Un delicato ruolo di conciliazione tra una retorica xenofoba ed escludente che spinge l’opinione pubblica al desiderio di «sbarazzarsi, nel modo più rapido possibile, del

doloroso fardello umano generato dalle immigrazioni illegali [...] e la consapevolezza del fatto che ciò può essere seriamente impedito da una serie di ostacoli morali (obblighi di assistenza), materiali» e giuridici, è ora attribuito a questo nuovo istituto che finisce col rappresentare «l'ultimo approdo della polizia degli stranieri nell'era della globalizzazione» (SIRIANNI, 1999: 99) e che diviene presto bersaglio al vaglio della più attenta dottrina e giurisprudenza.

4. Un istituto controverso e discusso. Le prime riflessioni sul rapporto tra la detenzione amministrativa e l'art. 13 della Costituzione: la sentenza n.105/2001 della Corte costituzionale

Il TUI delineava un sistema delle espulsioni a doppio binario da realizzarsi attraverso o l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato o con l'accompagnamento coattivo alla frontiera per mano della forza pubblica e che - a garanzia della sua efficacia «mediatica e culturale, prima ancora che operativa» - preventivava, quale intervento residuale, la possibilità di trattenere lo straniero presso i centri di detenzione amministrativa solo qualora la celerità dell'allontanamento fosse impedita da motivi tassativamente previsti, mettendo comunque in campo degli «strumenti di intervento drastici e di grande valenza simbolica» (PEPINO, 2000: 15).

La stessa Corte costituzionale - chiamata a vagliare sulla legittimità degli artt. 13 e 14 TUI - non ha avuto alcuna esitazione nell'individuare in tali scelte legislative una compromissione della libertà personale così come garantita dall'art. 13 della Costituzione, in quanto recanti sull'individuo l'«assoggettamento fisico all'altrui potere» (ANGIOLINI, 2001: 69).

Nello specifico - mentre nel caso dell'istituto dell'intimazione a lasciare il territorio dello Stato ad essere incisa risultava la libertà di circolazione e di soggiorno dell'interessato - la Corte, per mezzo della sent. n.105/2001, dichiarava che sia la misura dell'accompagnamento dello straniero espulso dall'Italia con la forza pubblica alla frontiera sia quella del "trattenimento" temporaneo presso i centri di permanenza, costituivano atti di carattere coercitivo e dunque implicitamente ancorati al rispetto delle garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione per la tutela della libertà personale, la quale, avendo "carattere universale" deve essere garantita ad ogni essere umano, senza discriminazioni tra cittadini e non cittadini.

Dal che deriva che - sulla base del comma 3 dell'art. 13 della Costituzione, che al principio di legalità ed all'*habeas corpus*, affianca quello di "necessarietà" della misura amministrativa - tanto l'accompagnamento coattivo dello straniero espulso alla frontiera di cui all'art.13 TUI, quanto il trattenimento previsto all'art. 14, possano essere disposti dall'autorità amministrativa solamente sotto la condizione che il relativo provvedimento sia comunicato entro 48 ore all'autorità giudiziaria, la quale, se del caso, deve "convalidare" nelle 48 ore successive; giacché, se entro questo lasso di tempo non c'è convalida, secondo il comma 3 dell'art. 13 cost., i provvedimenti "si intendono revocati e privi di ogni effetto".

Si tratta di una decisione ambivalente che, se per un verso, esibisce «un impianto robusto e persuasivo», per l'altro rimane una pronuncia «prudente» (ANGIOLINI, 2001: 67) e non priva di zone d'ombra.

Difatti, specificato tale aspetto - seppur dichiarando il primato dei diritti umani sull'integrità della sovranità territoriale - la Corte conferma la legittimità della detenzione amministrativa, dichiarando che le garanzie di cui all'art. 13 commi 2 e 3 Cost., risultano formalmente garantite dalle

previsioni legislative che prescrivono che il provvedimento adottato dalle autorità di pubblica sicurezza debba essere, entro novantasei ore, convalidato dall'autorità giudiziaria, pena la decadenza di ogni effetto. Tuttavia, la dottrina non ha perso occasione per specificare che, attraverso quest'ultima previsione, si concretizza un rovesciamento «del rapporto logico/cronologico fra controllo giurisdizionale e provvedimento di limitazione della libertà personale» (LOPRIENO, 2015) che considera presupposta quell'urgenza che conferisce il potere di intervento all'autorità di pubblica sicurezza (art.13 comma 2 Cost.), trasformando la detenzione amministrativa in strumento amministrativo adottabile in via ordinaria nel quadro delle politiche migratorie e generando un «sostanziale capovolgimento dei rapporti tra potere amministrativo di polizia, potere giurisdizionale e libertà personale» (CAMPESI, 2011: 7), rispetto a quanto prescritto dalla Carta costituzionale.

Ancora, nel prosieguo della sua pronuncia, il Giudice costituzionale avanza con ponderatezza, quando è interpellato per la risoluzione della questione di costituzionalità sollevata in merito all'art. 14 comma 5 TUI, “nella parte in cui prevede che la convalida del provvedimento del questore comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi venti giorni e non prevede che la permanenza nel centro consegua a provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria per il periodo di tempo da questi indicato, nel rispetto del limite massimo di venti giorni”. Al riguardo, i giudici *a quibus* hanno richiamato l'attenzione della Corte sulla flessibilità del periodo del trattenimento, entro il limite massimo di legge, a garanzia della “ragionevolezza” e della “proporzionalità” della misura in rapporto alle sue finalità come disposte dal comma 1 dell'art. 14 TUI.

Nel dichiarare l'infondatezza della questione, la Corte sostiene che l'azione legislativa “non pare affetta da

irragionevolezza” in quanto il periodo di trattenimento (stabilito per legge a venti più dieci giorni) non rappresenta “un tempo di restrizione della libertà personale che deve essere consumato interamente”, per cui, “concorrendone le condizioni, la misura deve cessare prima del termine ultimo” e conclude affermando che il “fatto che la convalida si riferisca all’operato dell’autorità di pubblica sicurezza e, insieme, costituisca titolo per l’ulteriore trattenimento fino al limite di venti giorni” non viola la riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 della Costituzione «giacché il trattenimento convalidato è riferibile, sia per la restrizione già subita sia per il periodo residuo entro il quale può protrarsi, ad un atto motivato dell’autorità giudiziaria».

Il resto rimane quasi privo di giudizio: la Corte non fornisce un orientamento interpretativo «netto e risolutivo» (ANGIOLINI, 2001:70), non avendo, per esempio, specificato se la cessazione del trattenimento prima dello spirare dei venti giorni, possa essere disposta dal giudice in sede di convalida, o rimanga di competenza del potere discrezionale dell’autorità amministrativa.

5. Il potenziamento del diritto di polizia degli stranieri e il conseguente rafforzamento dell’istituto del trattenimento amministrativo: la Legge n. 189 del 2002

Il contesto culturale di riferimento entro cui si evolve l’indirizzo politico-legislativo di quegli anni - dunque entro cui si insedia e si sviluppa l’istituto giuridico del trattenimento amministrativo - è quello dell’accresciuta valenza ideologica e

simbolica degli strumenti di controllo e - a partire dalla riforma in materia introdotta dalla legge n. 189 del 2002, c.d. legge Bossi-Fini - della “tolleranza zero” degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato. Il sistema tracciato tra il 1995 e il 1998 ha infatti conosciuto un notevole inasprimento a seguito del cambio di maggioranza politica al governo e dell’emanazione della suddetta legge. Il centrodestra, sulla base del rilancio del binomio immigrazione-criminalità, di una maggiore severità contro “clandestini” e trafficanti e sull’obiettivo della riduzione dei flussi migratori, gettava le basi che avrebbero sostanzialmente ispirato lo schema della legge Bossi-Fini. Una legge di “Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo”, da un lato tesa a concepire i movimenti migratori come «variabile dipendente dal mercato», dall’altro come minaccia forte e diretta all’ordine pubblico e alla sicurezza dello Stato che, dunque - insieme all’introduzione di importanti innovazioni legislative quali la subordinazione degli ingressi alle necessità del sistema economico; la riduzione delle ipotesi di ricongiungimento familiare; l’introduzione del “contratto di soggiorno” (un istituto giuridico basato sulla diretta connessione tra soggiorno e contratto di lavoro) - spinse l’intera disciplina degli allontanamenti verso una ulteriore «amministrativizzazione dei diritti» (CAMPESI, 2011).

Innanzitutto, abbandonato (se non per casi eccezionali) il sistema del doppio binario delineato dalla legge Turco-Napolitano, la regolare modalità esecutiva dei provvedimenti di espulsioni diviene – non più soltanto nella prassi, ma per scelta legislativa - l’accompagnamento coattivo alla frontiera.

La legge n. 189/2002 prevede, innanzitutto, che l’espulsione dello straniero sia disposta “con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell’interessato” (art. 13, comma 3, TUI novellato) ed in tutti i casi, fatte salve le ipotesi in cui lo straniero si sia trattenuto nel territorio dello Stato con il permesso di

soggiorno scaduto e senza averne chiesto il rinnovo entro i sessanta giorni stabiliti dalla legge. Tuttavia, anche in questa ultima eventualità, la legge dispone che il questore possa autorizzare “l’accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero, qualora il prefetto rilevi il concreto pericolo che quest’ultimo si sottragga all’esecuzione del provvedimento” (art. 13 comma 5, TUI novellato).

Non sembrerebbe inopportuno individuare tra i principali obiettivi della legge in esame, la volontà di eliminare ogni possibile ostacolo al funzionamento della “macchina delle espulsioni” considerando che – tra gli altri interventi – si contempla anche la compromissione dell’effettività del controllo giurisdizionale e del diritto alla “parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi” che lo stesso art. 2 del TUI riconosce a tutti gli stranieri.

Malgrado una formale garanzia che consente di presentare ricorso (anche dall’estero) entro sessanta giorni dalla comunicazione del provvedimento di espulsione, la tutela giurisdizionale contro tali decisioni, difatti, si materializza in «una procedura meramente cartolare [...] che non contempla neppure la necessaria audizione dell’espellendo» (PEPINO, 2002:11).

Come conseguenza del delinarsi di un simile quadro normativo, il ruolo della detenzione amministrativa quale strumento di risposta all’impossibilità di effettuare nell’immediatezza l’allontanamento degli stranieri, diviene fondamentale. Difatti, la legge di riforma interviene sulla figura giuridica del “trattenimento” raddoppiandone i tempi massimi di durata che, dai venti giorni (più gli eventuali dieci di proroga) previsti dalla riforma del 1998, divengono trenta, prorogabili dal giudice di altri trenta, “qualora l’accertamento dell’identità e della nazionalità, ovvero l’acquisizione di documenti per il

viaggio presenti gravi difficoltà” (art. 14, comma 5, TUI novellato).

Inoltre, secondo quanto disposto dalla legge, laddove non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, ovvero siano trascorsi i termini di permanenza senza aver eseguito l’espulsione o il respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni (art. 14, comma 5-bis). Ove l’ordine di allontanamento impartito dal questore venga disatteso dallo straniero che, «senza giustificato motivo», si tratterà sul territorio dello Stato, quest’ultimo sarà punito con l’arresto da sei mesi ad un anno e si procederà a nuova espulsione, questa volta con accompagnamento coattivo alla frontiera (comma 5-ter). Laddove, nonostante l’esecuzione di quest’ultima misura, lo straniero venga ritrovato nel territorio dello Stato - si potrà procedere con la reclusione da uno a quattro anni (5-quater). Si specifica, inoltre, che per i reati previsti ai commi 5-ter e 5-quater è obbligatorio l’arresto dell’autore del fatto mediante rito direttissimo (comma 5-quinqies).

Con la legge Bossi-Fini muta anche il ruolo del diritto penale nella complessiva disciplina dell’immigrazione e della condizione giuridica dello straniero, un ruolo che acquisisce una posizione di rilievo vista l’introduzione della contravvenzione di ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore e lo strutturarsi di «un meccanismo penal-amministrativo incentrato sul passaggio dall’espulsione all’ordine di allontanamento del questore, dall’incriminazione alla sua inottemperanza all’arresto, dal giudizio direttissimo, nuovamente, all’arresto» (CAPUTO, 2011: 278).

Un meccanismo che – in accordo con quanto espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 223/2004, attraverso cui si dichiarava l’incostituzionalità della norma sull’arresto dello straniero che non aveva ottemperato all’ordine del questore di allontanarsi dal territorio dello Stato – risulterebbe «fine a se

stesso» e «finalizzato a utilizzare la misura precautelare a fini amministrativi estranei al diritto penale», finendo per attribuire alla giurisdizione un «ruolo di vassallaggio dell'azione amministrativa di polizia» (SAVIO, 2013: 172).

Nella sentenza la Corte specifica, infatti, che tale meccanismo – oltre che in contrasto con i principi costituzionali posti a tutela della libertà personale - «non trova valida giustificazione neppure dove la si voglia ritenere finalizzata, sia pure impropriamente, ad assicurare l'espulsione amministrativa dello straniero che non abbia ottemperato all'ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato», considerato che il corrispondente procedimento amministrativo potrebbe comunque seguire il suo corso.

Nello stesso anno, attraverso la sent. n. 222/2004, la Corte costituzionale assestò un ulteriore colpo al nuovo impianto espulsivo che andava delineandosi, questa volta dichiarando l'incostituzionalità di una disposizione introdotta da una “leggina *ad hoc*” che permetteva la convalida giudiziale dell'accompagnamento in frontiera *ex post*⁹⁰.

Secondo il Giudice costituzionale, dunque, non si poteva ammettere l'arresto dello straniero inottemperante all'ordine di allontanamento, né effettuare l'accompagnamento coattivo alla

⁹⁰ La norma fu introdotta con una leggina *ad hoc* – la n. 106/2002 – nella speranza di evitare la declaratoria di incostituzionalità dell'accompagnamento immediato senza convalida, in conseguenza della sent. n. 105/2001 della Corte costituzionale che affermò che pure l'accompagnamento coercitivo inerisce la coercizione della libertà personale “in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione”. All'art. 2, essa prevede l'obbligo del questore di comunicare il provvedimento de quo immediatamente e comunque entro 48 ore dalla sua adozione al tribunale in composizione monocratica territorialmente competente, il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. Il tribunale, verificata la sussistenza dei requisiti, può convalidare il provvedimento entro le successive quarantotto ore. Tuttavia, la normativa de qua attribuisce al provvedimento adottato dal questore la natura immediatamente esecutiva e ciò comporta la possibilità che il giudice sia chiamato a convalidare lo stesso nel momento in cui lo straniero sia stato già materialmente espulso.

frontiera previa convalida giudiziale. Tuttavia, tali intenzioni furono in parte disattese dall'astuta scelta dell'esecutivo che – ancora una volta attraverso la decretazione di urgenza – rispose ai richiami della Corte trasformando la contravvenzione in delitto e introducendo la convalida preventiva all'accompagnamento coattivo alla frontiera ma attuando, al contempo, un trasferimento di competenze in materia di espulsione amministrativa⁹¹ dal tribunale al giudice di pace.

Attraverso il decreto legge n. 241/2004 (noto anche come decreto “salva espulsioni”), convertito con modificazioni nella legge n. 271/2004: il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento veniva trasformato in delitto, punito con la reclusione da uno a quattro anni (art. 14, comma 5-ter, TUI) o da uno a cinque anni nei casi di reiterazione (art. 14, comma 5-quater, TUI), sì da consentire - ai sensi dell'art. 280, comma 2 c.c.p. - l'applicazione delle misure cautelari, dunque l'effettivo ingresso degli stranieri nel circuito carcerario; il giudice di pace riceveva competenze importanti relative a procedure incidenti sulla libertà personale. Ad esso veniva attribuita la competenza sulle convalide dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento nei centri di permanenza temporanea ed assistenza, oltre che quella relativa ai ricorsi avverso i provvedimenti di espulsione amministrativa.

Una scelta che rivela profili di tensione con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 della Costituzione; una scelta non in linea con il ruolo ricoperto dal giudice di pace, al quale vengono ora attribuite competenze non conformi all'accezione costituzionale di riserva di giurisdizione. Un «volto mite»

⁹¹I tribunali rimangono soggetti competenti relativamente ai decreti espulsivi emanati nei confronti di stranieri che abbiano in corso giudizi relativi al diritto all'unità familiare o di autorizzazione all'ingresso o soggiorno del familiare di minore straniero.

chiamato ad intervenire laddove il volere costituzionale pretende una garanzia “forte”; un giudice della conciliazione interpellato - non più per risolvere conflitti facendo incontrare le parti - ma per esercitare un controllo di legittimità su misure coercitive della libertà personale, per redimere un «conflitto tra autorità e libertà individuale» (CAPUTO; PEPINO, 2005: 24), ribaltando così «la rivoluzionaria posizione» (CAPUTO; PEPINO 2005: 23) che la Costituzione affida alla giurisdizione. Difatti, se al legislatore è attribuito il compito di fornire contenuti a quello «spazio della legge» da essa tracciato, alla magistratura viene chiesto di rendere concreto lo «spazio dei diritti» (FIORAVANTI, 1995: 439), delineando così un valore «sostanziale» (CARETTI, 1994: 233) della riserva di giurisdizione custodita con riferimento alla tutela della libertà personale: «ricondere a mera eccezione ciò che fino ad allora era stata la regola» (CAPUTO, 2004: 22), ripristinando gli equilibri relativi alla riserva di legge e di giurisdizione, al fine di ridimensionare gli ampi poteri attribuiti all'esecutivo e alle autorità di pubblica sicurezza quando in gioco è la libertà personale dell'individuo.

Dunque, quando entra in scena l'*habeas corpus*, il significato costituzionale della riserva di giurisdizione esige l'intervento di un giudice professionale che, operando in via esclusiva e non temporanea, gode di un profilo ordinamentale che permette un sindacato “forte” sulla legittimità della coercizione personale provvisoria ordinata dall'autorità amministrativa.

Un assetto che mette in discussione il valore sostanziale della riserva di giurisdizione quando si discute della condizione giuridica dello straniero; un “diritto speciale” che, probabilmente, abbraccia la dimensione non penalistica per “neutralizzare” le garanzie sostanziali e procedurali tipiche di un ordinamento maggiormente garantista; «un modello punitivo» (CAPUTO, 2004: 23) che rafforza le funzioni amministrative a discapito di quelle di garanzia giurisdizionale e che, dunque,

necessita di una profonda rivisitazione al fine di evitare il rischio di un pericoloso sacrificio dell'accezione universalistica del principio personalista, che farebbe dei diritti inviolabili meri privilegi legati alla cittadinanza.

Una scelta di comodo più che una svista del legislatore, attuata in un contesto in cui «le politiche del diritto prevalenti in una determinata contingenza (e in particolare le politiche del controllo sociale) richiedono procedure “sbrigative” [...] e interventi giurisdizionali miti» (CAPUTO, 2004: 24).

A conferma di ciò, l'intervento legislativo prediletto dalla riforma del 2004 ha contribuito a svilire l'impianto garantista relativo alla condizione giuridica dello straniero irregolarmente presente anche attraverso l'introduzione di ulteriori modifiche ad alcune norme poste a garanzia del contraddittorio e dell'effettività del diritto di azione e difesa dello straniero trattenuto. Ora, “L'udienza per la convalida si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito [...]. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le 48 ore successive, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 13 e dal presente articolo, escluso il requisito della vicinanza del centro di permanenza temporaneo, di cui al comma 1, e sentito l'interessato, se comparso [...]” (art. 14, comma 4, TUI novellato).

In primo luogo, attraverso l'esclusione della valutazione del requisito di vicinanza del centro di permanenza temporanea da parte del giudice della convalida, il legislatore rischia di attribuire all'autorità di pubblica sicurezza la decisione relativa all'individuazione del giudice della convalida del trattenimento, sacrificando la volontà stessa di un'altra disposizione inclusa nel testo unico. Il comma 1 dell'art. 14 TUI, difatti – trovando fondamento giuridico nell'art. 25, comma 1 della Costituzione, secondo cui «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge» e al fine di garantire, anche allo straniero

trattenuto, un giudice naturale precostituito per legge, come garanzia dell'imparzialità del suo giudizio - specifica che il trattenimento dello straniero debba avvenire "presso il centro di permanenza e assistenza più vicino" rispetto alla sede del questore stesso che lo ha disposto. Una ulteriore mutilazione delle tutele giurisdizionali dello straniero trattenuto si ha nella parte in cui la norma dispone che l'interessato possa essere ascoltato "se comparso".

La frenetica evoluzione legislativa di quegli anni non lasciò trapelare molti dubbi circa il deciso orientamento delle maggioranze di governo diretto «al potenziamento del diritto di polizia degli stranieri, al rafforzamento della detenzione amministrativa e animate da un forte rigore sanzionatorio» (LOPRIENO, 2015), tant'è che la stessa Corte costituzionale riservò delle critiche alle «opzioni politico-criminali» (MASERA, 2013: 70) partorite in quella fase politica in materia di immigrazione.

Nella valutazione della norma penale prodotta per contrastare l'immigrazione illegale - pur ritenendo che essa rientrasse nella sfera di discrezionalità politica di spettanza del potere legislativo - mediante la sentenza n. 22/2007, il Giudice costituzionale riconosceva che «il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale [...] presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali e di stessa».

6. I "pacchetti sicurezza" del 2008 e 2009

Non solo la sentenza n. 22/2007 non venne accolta ma, "al fine di tutelare la legalità della presenza dei migranti", negli anni ad essa immediatamente successivi, con il c.d. pacchetto sicurezza, si introdussero notevoli e restrittive modifiche nel complessivo regime di polizia degli stranieri. Dall'"aggravante"

e dal “reato” di clandestinità, alle modifiche introdotte in materia di espulsione penale ed amministrativa, oltre che sull’istituto del trattenimento, la condizione giuridica dello straniero subiva un ulteriore svilimento tramite la previsione di nuovi e severi strumenti penalistici.

Attraverso il decreto legge del 23 maggio 2008, n. 92 recante “Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza” (successivamente convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 125) il Governo introduceva un istituto giuridico simbolo della virata fortemente repressiva dei nuovi interventi legislativi che, però, ebbe brevissima vita all’interno del nostro ordinamento giuridico. Difatti, la previsione del c.d. “aggravante di clandestinità” [introdotta dall’art. 1, lett. *f*] venne presto dichiarata incostituzionale dalla sent. 249/2010 della Corte costituzionale⁹².

Per quanto riguarda le innovazioni riguardanti direttamente l’istituto del trattenimento, adattando la forma ai contenuti, l’art. 9 del decreto modificava il *nomen iuris* dei centri di detenzione amministrativa, non più definiti Centri di Permanenza Temporanea e di Assistenza ma Centri di Identificazione ed Espulsione. Se fino a quel momento il legislatore - probabilmente per godere di una maggiore legittimazione giuridica, politica e sociale - aveva preferito sottolineare il carattere umanitario e temporaneo della misura

⁹² Cfr. Corte costituzionale, sent. 249/2010, con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 61, numero 11-*bis*, del c.p., introdotto dall’art. 1, lettera *f*, del D.L. del 23-05- 2008, n. 92, nel testo risultante dalle modifiche apportate, in sede di conversione, dalla l. n. 125/2008 e che prevedeva una circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole “mentre si trova illegalmente sul territorio dello Stato”). La Corte, in particolare, dopo aver richiamato i principi in materia di diritti inviolabili della persona umana, ha riconosciuto «non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati». Né, d’altra parte potrebbe «essere ritenuta ragionevole e sufficiente ... la finalità di contrastare l’immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari».

restrittiva, la nuova formula, «rilevandone senza infingimenti la funzione» (BASCHERINI, 2012: 5), eliminava ogni riferimento alle finalità di assistenza ed alla durata, svelando la natura di un istituto giuridico pensato esclusivamente per l'identificazione ai fini espulsivi dello straniero irregolarmente presente, divenuto ormai strumento ordinario delle procedure di allontanamento e preparando il terreno per la futura previsione - contenuta nel secondo dei due interventi relativi al c.d. "pacchetto sicurezza" - che avrebbe prolungato i tempi di trattenimento.

Difatti, con la legge del 15 luglio 2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", oltre alla nota ed emblematica introduzione del c.d. "reato di clandestinità" - ovvero del reato contravvenzionale di ingresso e di soggiorno illegale nel territorio dello Stato (nuovo art. 10 *bis* TUI) - si modificava il comma 5 dell'art. 14 TUI che triplicava i tempi di trattenimento, passando dai due mesi precedentemente contemplati a sei mesi.

Si parlò di «misura complessa»⁹³ per riferirsi al nuovo sistema di proroghe pensato per determinare il cospicuo allungamento dei tempi di internamento dello straniero respinto o espulso all'interno dei CIE.

Il primo periodo di trattenimento, pari a 30 giorni, veniva disposto dal questore e convalidato dall'autorità giudiziaria entro le 72 ore dal verificarsi di uno degli impedimenti di cui all'art. 14, comma 1, TUI⁹⁴, in ragione dei quali si rendeva impossibile

⁹³ Occorre specificare che, ove non fosse stato possibile trattenere lo straniero presso un CIE ovvero fossero scaduti i termini massimi del trattenimento senza che si fosse riusciti ad eseguire coattivamente espulsione o respingimento, il questore ordinava allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni (art. 14, comma 5-*bis*, TUI). Inoltre, anche il controllo giurisdizionale continuava a mostrare la sua debolezza, considerato che al giudice di pace non era riconosciuto il potere di determinare la durata del trattenimento relativamente alle richieste presentate dall'autorità di pubblica sicurezza a sostegno della richiesta di proroga del provvedimento.

⁹⁴ Occorre procedere al soccorso dello straniero o ad accertamenti supplementari sulla sua identità o nazionalità o all'acquisizione di documenti di viaggio o non sono disponibili vettori o altri mezzi di trasporto idonei.

l'immediata esecuzione con accompagnamento coattivo alla frontiera del provvedimento di respingimento disposto dal questore (ai sensi dell'art. 10, comma 2, TUI) o del provvedimento espulsivo disposto nelle ipotesi di cui all'art. 13 TUI o disposto per violazione dell'ordine di allontanamento del questore ai sensi dell'art. 14, comma 5 *bis*, TUI.

In caso di gravi difficoltà in ordine all'accertamento dell'identità o della nazionalità o all'acquisizione dei documenti di viaggio protrattesi oltre il primo periodo di 30 giorni, il questore poteva richiedere una prima proroga di ulteriori 30 giorni. A questo punto, il nuovo comma 5 dell'art. 14 TUI, consentiva al questore una nuova richiesta di proroga al giudice di pace per ulteriori due periodi di 60 giorni in caso di a) mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del paese terzo interessato; b) ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi. Infine, qualora non fosse stato possibile eseguire l'espulsione poiché, nonostante ogni ragionevole sforzo, persistevano le condizioni validanti la seconda proroga, il questore poteva richiederne una terza della valenza di ulteriori 60 giorni.

Dunque, a legittimare il prolungamento del trattenimento erano anche i casi di "semplice difficoltà dell'accertamento di identità legale del soggetto o nell'acquisizione della documentazione di corredo malgrado la sua piena disponibilità alla preparazione del rimpatrio" (questo il parere del C.S.M. sul ddl n. 773 del 3 giugno 2008, recante Disposizioni in materia di pubblica sicurezza, Delibera del 10 giugno 2009) e, mentre nella prima delle due ipotesi, l'allungamento dei tempi era riferibile alla volontà del trattenuto che avrebbe potuto declinare le proprie generalità o declinarla falsamente, nella seconda esso dipendeva esclusivamente dall'efficacia della macchina amministrativa.

7. Il recepimento della “direttiva rimpatri”: la legge n. 129 del 2011

Intanto, nel 2008, il Parlamento e il Consiglio dell’Unione europea adottavano la direttiva 2008/115/CE allo scopo di istituire, nei confronti delle persone che abbiano fatto ingresso o che soggiornino irregolarmente nel territorio di uno Stato membro, “un’efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità”.

Tuttavia, nel dicembre 2010, scadeva il termine fissato per l’attuazione della direttiva rimpatri senza che il nostro legislatore avesse provveduto a recepirla, probabilmente poiché, ciò che «oltre i *patri confini*» (NATALE; RENOLDI, 2011: 11) costituiva una compressione dei diritti di libertà inaccettabile dalla cultura giuridica più sensibile, in Italia, rischiava di assumere le fattezze di una leva attraverso cui ingentilire il nostro diritto dell’immigrazione, con una estensione dell’area delle garanzie poste a tutela dei diritti dei migranti.

Si trattava difatti di una normativa al quanto controversa che aveva spaccato in due il dibattito dottrinale: per molti essa rappresentava un’importante evoluzione nel processo di tutela dei diritti umani, poiché in grado di offrire finalmente un ventaglio di regole comuni agli Stati membri, il cui rispetto trovava sorveglianza nell’operato della Commissione e della Corte di Giustizia; per altri, si mostrava come la “direttiva della vergogna”, in ragione dell’approccio fortemente securitario con cui affrontava la questione migratoria. All’interno di un simile quadro, proprio per ovviare all’inattività del legislatore interno, nel 2011, il governo intercedeva attraverso l’emanazione di una circolare del Ministero dell’Interno – c.d. circolare Manganelli – tentando di conformare con un atto privo di valore normativo un

sistema amministrativo regolato da fonti di rango primario, dimostrare la compatibilità della direttiva con la legislazione interna e soprattutto «neutralizzare» gli effetti dei probabili ricorsi contro i provvedimenti di espulsione non conformi al dettato comunitario, mediante una motivazione dei decreti prefettizi dai quali «emerge con chiarezza la conformità dell'azione di rimpatrio rispetto ai contenuti della normativa comunitaria».

Lo stratagemma ideato dall'Esecutivo non ebbe però gli esiti desiderati. Molti dei ricorsi presentati, precedentemente alla trasposizione interna della direttiva, furono comunque accolti poiché alcune delle norme in essa contenute furono considerate direttamente applicabili. Diversi giudici italiani avevano infatti approfittato dell'incombente scadenza dell'attuazione della normativa europea per porre rimedio all'irragionevolezza ed alle storture della legislazione in vigore, soprattutto con riferimento – come nel caso della nota sentenza *El Dridi*⁹⁵ – all'incompatibilità dell'art. 14 comma 5-ter TUI con la direttiva, dal momento che esso faceva conseguire all'irregolarità del soggiorno, o meglio, dall'inottemperanza all'ordine di allontanamento disposto dal questore sulla base di un precedente decreto di espulsione, una pena detentiva da uno a quattro anni⁹⁶. Allo scadere dei termini, molti di essi avevano direttamente disapplicato il comma in questione.

In particolare, la Corte di Giustizia veniva interrogata sulla compatibilità dell'art. 14, comma 5-ter con gli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri, disciplinanti il trattenimento ai fini dell'allontanamento, in vista della garanzia dei principi di leale

⁹⁵ Corte giust., *Hassen El Dridi v. Italia*, causa C-61/11 PPU del 28 aprile 2011.

⁹⁶ La Corte costituzionale si era precedentemente espressa sul punto attraverso la sent. n.223 del 2004, limitandosi a dichiarare l'illegittimità costituzionale della previsione dell'arresto obbligatorio per la contravvenzione inizialmente prevista dalla legge Bossi-Fini.

collaborazione, dell'effetto utile e di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza della pena.

Le giurisdizioni interne si trovavano difatti ad affrontare la questione all'interno di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale assai variegato e confuso, entro il quale, ad emergere era la tesi validante il contrasto tra le due normative in esame, tenuto conto del dovere delle legislazioni interne di interpretare il diritto comunitario in maniera tale da garantire un bilanciamento tra gli interessi degli Stati e i diritti fondamentali da esso tutelati. Tale argomentazione faceva leva sull'esistenza di un "contrasto frontale" tra l'art. 14 TUI e gli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri, da eliminare attraverso l'indebolimento dei poteri statuali a favore delle libertà del migrante, valorizzando le garanzie offerte dal controllo giurisdizionale. La disciplina penale interna non avrebbe potuto non considerare il punto di equilibrio individuato dalla normativa europea tra interessi contrapposti come la difesa delle frontiere e la tutela delle libertà individuali, in quanto anche espressione della tutela minima prevista dal diritto comunitario in materia di libertà personale nelle procedure di espulsione, bilanciata con il contrapposto interesse degli Stati alla effettività delle espulsioni.

Dopo un'attenta ricostruzione del sistema di allontanamento in vigore nell'ordinamento italiano, la Corte di Giustizia non poté che dare adito alla tesi sostenuta dalla maggioranza dottrinale e giurisprudenziale, dichiarando che gli artt. 7, 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE hanno effetto diretto sul diritto interno e che al giudice interno «incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5 ter, di tale decreto legislativo» (punto 61 della sentenza). Ciononostante, pur non trascurando i richiami alla necessità di tutela dei diritti umani e al principio di

proporzionalità presi in considerazione dal legislatore comunitario e dal dibattito nazionale, la Corte pare non considerarlo nucleo centrale della propria *ratio decidendi*.

Nell'argomentare la sua decisione, infatti, centrale fu la considerazione delle necessità legate all'efficacia dell'azione di allontanamento considerato che, l'impianto normativo italiano «rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva», visto che l'applicazione delle sanzioni detentive previste per i casi di insuccesso della procedura espulsiva, comporterebbe un ritardo nell'esecuzione delle decisioni di rimpatrio (punto 59 della sentenza).

Guardando più da vicino l'atteggiamento della Corte a riguardo potremmo, contemporaneamente, considerare un suo probabile sbilanciamento verso le esigenze di tutela delle frontiere a discapito della tutela dei diritti dello straniero; o semplicemente un modo per «depoliticizzare la decisione» (NATALE; RENOLDI, 2011: 14) visto il non poco rilevante peso politico che la questione in argomento possiede. Altra interpretazione potrebbe conferire a tale pronuncia un valore ancora diverso e cioè il potere di aver rievocato la doppia finalità della direttiva stessa: «l'attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni», cosicché «le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità» (par. 31 della sentenza, che ricalca il considerando n. 2 della direttiva).

Al proposito, la Corte continua dichiarando che «la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana [...] differisce notevolmente da quella stabilita da detta direttiva», come a voler dire che allo scadere del termine di attuazione della direttiva sia l'intero impianto normativo nazionale - che ormai considera l'accompagnamento coatto

come regola di esecuzione dei provvedimenti espulsivi - a necessitare di una complessiva rivisitazione⁹⁷.

La dottrina e la giurisprudenza nazionale accolgono presto tale orientamento, tant'è che la Corte di Cassazione, ribadisce che la diretta applicabilità del diritto dell'Unione sul sistema normativo interno, impedisce la configurabilità del reato. L'attesa risposta del Governo giunge invece nel 2011, attraverso il decreto legge n. 89 recante "Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari", convertito con modificazioni dalla legge con legge del 2 settembre 2011, n. 129

Seppur con notevoli forzature, esso recepisce l'impianto generale della direttiva e ridimensiona il peso dell'aspetto penalistico nella gestione dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, anche se non mediante l'abrogazione delle fattispecie incriminatrici dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, ma tramite la conversione della pena da detentiva a pecuniaria. Una scelta poco risoluta che piuttosto pare essere il «frutto delle rime obbligate scandite dalla Corte di giustizia [...]» (CAPUTO, 2011: 281) e che lascia non pochi dubbi anche in relazione alla compatibilità della nuova normativa con gli istituti dell'espulsione e ancor più del trattenimento.

⁹⁷ Un tale orientamento della Corte costituzionale era già emerso nella sent. n. 250 del 2010, relativamente al reato di immigrazione clandestina. Il Giudice costituzionale aveva, in particolare, prospettato la violazione dell'art. 117 comma 1 della Costituzione, per contrasto con la direttiva 2008/115/CE, "nella parte in cui quest'ultima prefigura come modalità ordinaria di esecuzione delle decisioni di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi, il cui soggiorno è irregolare, la fissazione di un termine per la partenza volontaria (art. 7)", specificando che "detto contrasto [con la direttiva in oggetto] non deriverebbe comunque dall'introduzione del reato oggetto di scrutinio, quanto piuttosto - in ipotesi - dal mantenimento delle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi (in particolare, art. 13, comma 4 TUI)".

Prima di esaminare le modifiche introdotte dalla legge in esame al testo unico sull'immigrazione, per meglio coglierne l'impostazione di fondo, riteniamo opportuno ricordare che, di fronte alla possibilità riconosciuta dal legislatore comunitario a quello interno di delimitare l'ambito di applicazione della direttiva, il legislatore italiano ha preferito avvalersi di tale facoltà, subordinando le politiche di accoglienza alle misure restrittive pensate per il controllo del fenomeno migratorio.

Innanzitutto, contrariamente al volere della direttiva in discussione, che pone al centro del suo impianto l'utilizzo dello strumento del rimpatrio volontario quale regola nell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione e la misura del trattenimento come l'*extrema ratio*, il legislatore nazionale attua la scelta politica di mantenere l'ordine originario delle disposizioni all'interno del testo unico sull'immigrazione. La disposizione contenente la previsione dell'esecuzione immediata dell'espulsione⁹⁸ precede quella relativa al diritto alla concessione di un termine per la partenza volontaria⁹⁹; quella delle misure alternative al trattenimento¹⁰⁰ segue le ipotesi di trattenimento in un Centro di identificazione ed espulsione¹⁰¹.

Mentre la direttiva rimpatri riserva i primi tre commi dell'art. 7 all'ipotesi di rimpatrio volontario, relegando all'ultimo paragrafo l'ipotesi eccezionale di riduzione o abolizione del termine per la partenza volontaria (nei casi di rischio di fuga; domanda manifestatamente infondata; pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale), la legge in esame contempla prioritariamente i casi di espulsione con accompagnamento forzato alla frontiera¹⁰² e, in via residuale, la

⁹⁸Art. 13 comma 4 e 4 bis TUI.

⁹⁹Art. 13, comma 5, 5.1 e 5.2 TUI.

¹⁰⁰Art. 14 comma 1 bis TUI.

¹⁰¹Art. 14 comma 1 TUI.

¹⁰² a) nelle ipotesi di espulsioni ministeriali (art. 13, co. 1, TU e art. 3, co.1, l.n. 155/2005) e nei casi di espulsione per pericolosità sociale (art. 13, co. 2, lett. c) TU); b) quando sussiste il rischio di fuga di cui al successivo co. 4 bis dell'art. 13; c) quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta; d) quando lo straniero, senza

facoltà di concedere un termine per la partenza volontaria qualora non esistano le condizioni per una esecuzione coatta. La scelta del legislatore ruota, probabilmente, intorno ad una concezione del concetto di “rischio di fuga” quale requisito legittimante l’esclusione del rimpatrio volontario così ampia e vaga da ridimensionare notevolmente l’utilizzo di quest’ultimo strumento. Il comma 4 *bis* introdotto dalla legge n. 129/2011, infatti, concretizza la possibilità del rischio di fuga nella presenza – valutata caso per caso - di almeno una delle seguenti circostanze: a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente; 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 false generalità; d) non aver ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità amministrativa in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell’art. 14; e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2.

Le prime due ipotesi contemplate in questa disposizione si collegano al successivo comma 5.2 dell’art. 13 TUI novellato che subordina la concessione della partenza volontaria, oltre che alla sussistenza di sufficienti risorse economiche provenienti da fonti lecite, anche alla previsione da parte del questore delle seguenti misure: a) consegna del passaporto; b) obbligo di dimora in un luogo dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione presso un ufficio di polizia.

un giustificato motivo, non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria prevista dal nuovo co. 5 dell’art.13; e) quando lo straniero abbia violato una delle misure disposte in concomitanza con la concessione del termine per la partenza volontaria (consegna del passaporto o documento equipollente in corso di validità, obbligo di dimora, obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica), oppure una delle stesse misure disposte in alternativa al trattenimento ai sensi dell’art. 14 co. 1 bis; f) in tutte le ipotesi di espulsioni disposte dall’autorità giudiziaria: artt. 15 e 16 TU e ove l’espulsione sia sanzione penale o conseguenza di una sanzione penale; g) in caso di mancata richiesta del termine per la partenza volontaria (art. 13 co. 5.1).

Di conseguenza, queste circostanze finiscono per correlare la presunzione di fuga alla difficoltà di rispettare le misure richieste dal legislatore per la concessione del rimpatrio volontario e relegare la maggior parte dei migranti nella cornice del “rischio di fuga”, eludendo così il volere della direttiva che invita a non “prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare”, ma a valutare singolarmente gli specifici casi.

Anche con riferimento alla nuova disciplina dell’istituto del trattenimento, non sono pochi i dubbi circa la compatibilità con le disposizioni comunitarie. L’ottica della direttiva viene praticamente ribaltata anche nel caso specifico della detenzione amministrativa: vengono ampliate le condizioni che giustificano il trattenimento il quale trova – nel testo della normativa interna – precedenza rispetto alle misure alternative contemplabili.

La novella del comma 1 dell’art. 14 TUI, ha infatti sostituito la previgente elencazione delle ipotesi che legittimavano il trattenimento¹⁰³ con una formula generale “Quando non è possibile eseguire con immediatezza l’espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento”. Se ad un primo sguardo la formula ora richiamata pare rifarsi all’espressione usata dal legislatore comunitario, un’analisi più attenta dimostra come nella normativa interna manchi completamente il riferimento alla misura del trattenimento come ipotesi di *extrema ratio*. L’art. 15 della direttiva prevede infatti che il trattenimento possa essere disposto “salvo se nel caso concreto possono essere

¹⁰³ Nella previgente normativa, il comma 1 dell’art. 14 TUI prevedeva che il questore disponesse il trattenimento dello straniero “Quando non è possibile eseguire con immediatezza l’espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all’acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l’indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo”.

efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive” e “soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga; b) il cittadino del Paese terzo evita od ostacola la preparazione al rimpatrio”. Al contrario, l’art. 14 comma 1 TUI novellato, attraverso la formulazione “a causa di situazioni transitorie” e – nella seconda parte – riprendendo parzialmente espressioni caratterizzanti la previgente versione, finisce per contemplare tra i requisiti che legittimano tale misura coercitiva, anche situazioni che prescindono dalla volontà del destinatario del provvedimento: “tra le situazioni che legittimano il trattenimento rientrano, oltre a quelle indicate nell’articolo 13, comma 4-*bis* [ossia quelle che configurano un rischio di fuga], 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” (tutte ipotesi che l’art. 15, par. 6 della direttiva individua esclusivamente quali requisiti della proroga).

Pur invertendo ancora l’ordine di previsione, in linea con l’art. 15 par. 1 della direttiva rimpatri, il legislatore ha introdotto all’art. 14, comma 1-*bis*, le misure alternative al trattenimento (consegna del passaporto; obbligo di dimora; obbligo di presentazione presso le autorità di pubblica sicurezza) che il questore può disporre qualora lo straniero sia in possesso di passaporto o di equipollente documento di identità e la sua espulsione non dipenda da questioni di particolare pericolosità sociale

Tali misure, il procedimento per la loro applicazione e le eventuali sanzioni per la loro violazione, sono equivalenti a quelle contemplate dal comma 5.2 dell’art. 13 TUI per i casi di concessione di partenza volontaria, con la differenza che, mentre in questa ultima ipotesi il questore è obbligato a provvedervi al fine di assicurare l’adempimento dell’onere, nella prima

circostanza esse risultano funzionali all'esecuzione coattiva dell'espulsione e dipendono dalla discrezionalità del questore che non ha l'obbligo, ma la sola facoltà di adozione.

A rimanere nell'ombra all'interno della legislazione nazionale sono, inoltre, quei principi di ragionevolezza e proporzionalità che a più voci sono stati rievocati ogni qual volta fosse in gioco la libertà personale dell'individuo. Previsti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'ottavo dei Venti orientamenti sul rimpatrio forzato adottati il 4.5.2005 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa; in numerose decisioni del Comitato per i diritti dell'Uomo; nella stessa sentenza *El Dridi* del 28 aprile 2011 - che al par. 43 evidenzia l'importanza del principio di proporzionalità nella detenzione - e *Kadzoev*, del 30 novembre 2008, nella quale è stato precisato che “una prospettiva ragionevole di allontanamento [...] non sussiste quando risulta poco probabile che l'interessato sia accolto in un Paese terzo tenuto conto dei detti termini” (par.66), essi trovano ampio spazio anche nella normativa comunitaria in argomento.

L'ultimo capoverso dell'art. 15, par. 1 della direttiva 2008/115/Ce prevede, infatti, che “Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio” e “Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistano più le condizioni di cui al paragrafo 1 (rischio di fuga e/o condotta ostativa alla preparazione del rimpatrio), il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata” (art. 15 par. 4).

Ciononostante, la legge del 2011 – questa volta compatibilmente con la direttiva rimpatri – prolunga da sei a diciotto mesi la durata massima del trattenimento. È il comma 5 dell'art. 14 novellato a scandirne i tempi secondo più fasi: la

convalida del trattenimento autorizza una permanenza nel centro pari a trenta giorni; nei casi in cui l'accertamento dell'identità o della nazionalità ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio siano ostacolate da gravi difficoltà, il giudice, su richiesta del questore, può concedere una proroga pari a ulteriore trenta giorni, prorogabili in ulteriori sessanta giorni qualora permangano le condizioni di cui al comma 1; trascorso tale termine, qualora persistano le condizioni di cui al punto precedente, il questore può chiedere al giudice di pace un prolungamento di ulteriori sessanta giorni, giungendo così ad un periodo totale di centottanta giorni, il limite massimo di trattenimento previsto dalla previgente normativa.

Con la riforma del 2011, si aggiunge un ulteriore passaggio nel complesso sistema di proroghe: “qualora non sia stato possibile procedere all'allontanamento, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino di Paesi terzi, il questore può chiedere al giudice di pace la proroga del trattenimento, di volta in volta per periodi non superiori a sessanta giorni, fino ad un termine massimo di ulteriori dodici mesi” per poi riprendere la conclusione, già contemplata dalla precedente disciplina, secondo la quale: “Il questore, in ogni caso, può eseguire l'espulsione e il respingimento anche prima della scadenza del termine prorogato, dandone comunicazione senza ritardo al giudice di pace”.

Ad un primo sguardo, dunque, risulta che le riforme in materia di trattenimento apprestate dal decreto legge in esame, non può dirsi adeguino la normativa nazionale a quella comunitaria, innanzitutto perché laddove nella direttiva tale istituto è destinato ad un'applicazione marginale, nel TUI novellato, questa forma di internamento continua ad avere diffusa attuazione, in ragione della residualità delle ipotesi di partenza volontaria e della generale immediata esecutività delle misure di allontanamento. Ma non solo, la disciplina interna

segna la propria distanza da quella comunitaria anche sul terreno delle garanzie giurisdizionali che caratterizzano il trattenimento.

Difatti, neppure il comma 3 dell'art. 15 della direttiva è stato recepito dal legislatore interno, che ha nuovamente perso l'occasione per intervenire su alcuni punti nodali che, già prima della novella del 2011, avevano suscitato non poche perplessità circa la conformità costituzionale della disciplina del trattenimento. Il comma in esame prevede un sistema di proroghe basato sul riesame del provvedimento ad intervalli regolari, fondamentale per valutare l'eventuale sopravvenire di situazioni che potrebbero cessare di legittimare l'esecuzione dell'espulsione e di conseguenza del trattenimento. Non può dirsi, infatti, che tale tutela trovi attenzione nel meccanismo di convalida delle proroghe previsto all'art. 14, comma 5 TUI novellato.

La struttura normativa della convalida giurisdizionale, infatti, comporta una notevole limitazione dei poteri riconosciuti al giudice, al quale è inibito il potere di graduare la durata del trattenimento in base a valutazioni specifiche, ma gli è consentito soltanto di effettuare una scelta secca, convalidare o meno il provvedimento di trattenimento secondo intervalli di tempo scanditi dal legislatore, fino ad un massimo di diciotto mesi. In tal modo – diversamente da quanto accade in ambito penale - il provvedimento di convalida costituisce titolo della detenzione valido sia come convalida della restrizione disposta dall'autorità di pubblica sicurezza che per il futuro.

Ciò conduce ad un considerevole indebolimento della tutela giurisdizionale del soggetto sottoposto al provvedimento, aggravata dalla posizione espressa dalla Corte di Cassazione¹⁰⁴, secondo cui il giudice della convalida del trattenimento e dell'accompagnamento è tenuto a verificare solo la validità e l'efficacia del decreto espulsivo, senza sindacarne il merito, la

¹⁰⁴ Corte di Cassazione (Sez. Civile), sentenza n. 4544 del 24 febbraio 2010.

cui valutazione è oggetto di giudizio in sede di (eventuale) ricorso contro il provvedimento di espulsione, ricorso che – ribadiamo - non ha efficacia sospensiva del decreto espulsivo (che è invece immediatamente esecutivo) e che, dunque, potrebbe accertarne l'eventuale illegittimità ad allontanamento avvenuto. Anche la novella del 2011, per quanto attuativa di una normativa probabilmente più garantista, continua ad alimentare quella «gabbia limitativa dei poteri del giudice e, conseguentemente, del diritto di difesa dello straniero espulso», simbolo di «un diritto speciale che non trova omologhi nell'ordinamento, essendo riservato ai soli non cittadini» (SAVIO, 2013: 175).

Inoltre, anche con riferimento alle garanzie del contraddittorio nelle udienze di proroga del trattenimento, la novella del 2011 procede con una spinta meno garantista, prevedendo l'esclusiva partecipazione del questore che la richiede e del giudice di pace che la può disporre¹⁰⁵.

L'atteggiamento omissivo del legislatore italiano - che ha evitato di recepire parti fondamentali di una normativa che si direbbe maggiormente garantista - farebbe pensare, ancora una volta, all'intenzione «di lasciare al riparo da un effettivo controllo giurisdizionale importanti dispositivi del regime di polizia degli stranieri, lasciando la loro gestione [...] affidata alle prassi delle singole questure, quando non alla sensibilità e professionalità del singolo funzionario, degli addetti alla gestione dei centri ed alla comunicazione tra gestore e questura» (BASCHERINI, 2012: 10), privando di un adeguato sistema di garanzie dei diritti quei soggetti sottoposti ad una misura privativa della libertà personale che è stata gradualmente

¹⁰⁵ È bene evidenziare l'intervento della I sezione civile della Cassazione sul punto che, con sentenza n. 4544/2010, stabilisce che la presenza del difensore e l'audizione dell'interessato previste per il trattenimento dall'art. 14 TUI, devono essere garantite anche in sede di proroga attraverso una lettura *secundum constitutionem* del comma successivo che pure non la riproduce espressamente.

spogliata anche delle sue originarie prerogative di straordinarietà e temporaneità.

8. Un “timido” spiraglio garantista: la Legge n. 161 del 2014

Più in generale, pare che le norme nazionali atte a garantire l'effettività della direttiva rimpatri non recepiscano «in pieno lo spirito di quel provvedimento, che si basa sui principi di gradualità nell'adozione delle misure, di proporzionalità e di rispetto dei diritti fondamentali, della dignità e dell'integrità fisica della persona»¹⁰⁶.

La stessa *Commissione straordinaria per la promozione e la tutela dei diritti umani del Senato* ha svolto, negli anni successivi all'entrata in vigore della legge n.129/2011, uno studio sistematico sulla situazione dei centri di identificazione ed espulsione, aggiornando i lavori precedentemente svolti e pubblicando le sue conclusioni all'interno del rapporto sui “Centri di identificazione ed espulsione in Italia” presentato nel 2014.

Nel tentativo di promuovere un ricorso alla misura del trattenimento che sia il più possibile «residuale e finalizzata esclusivamente al rimpatrio»¹⁰⁷, la Commissione definisce il prolungamento del trattenimento dai trenta giorni del 1998 ai diciotto mesi del 2011 un intervento di fatto «inutile». Stando a quanto espresso nel rapporto, il trattenuto attenderebbe «per mesi una risposta che non arriverà per poi essere rilasciato con un decreto di espulsione, dopo aver trascorso sostanzialmente recluso un tempo indefinito, senza alcuna giustificazione».

¹⁰⁶Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Senato della Repubblica, XVII Legislatura, *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione in Italia*, p. 8.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 5.

L'incremento dei termini massimi di detenzione pare, difatti, non aver incrementato il tasso di espulsioni: «rispetto al 2010, il rapporto tra i migranti rimpatriati e il totale dei trattenuti nei Centri di identificazione ed espulsione, nel 2012 è cresciuto di appena il 2,3%; mentre nel 2011 l'incremento del tasso di efficacia nei rimpatri è risultato addirittura irrilevante (+0,3%)»¹⁰⁸. Il personale degli uffici immigrazione delle questure sosterebbe infatti, che, ai fini dell'identificazione del trattenuto siano sufficienti 45 giorni, decorsi i quali è difficile che le autorità consolari svolgano ulteriori indagini al riguardo.

La consapevolezza di una inefficacia operativa¹⁰⁹ - oltre che i richiami ad un adeguamento concreto alle garanzie previste dalle norme nazionali e internazionali per le persone sottoposte a trattenimento - ha condotto all'approvazione di una ulteriore modifica legislativa che ha, «senza nessun clamore mediatico» (LOPRIENO, 2018: 125), notevolmente ridotto la portata dell'istituto in questione. Con la legge 30 ottobre 2014, n. 161¹¹⁰ (Legge europea 2013-bis), viene riscritto il comma 5, art. 14, TUI, che riduce i tempi di restrizione da diciotto a tre mesi e a soli 30 giorni nelle ipotesi in cui i detenuti in via d'espulsione abbiano già trascorso almeno tre mesi in carcere.

Tuttavia, occorre esaminare più da vicino la nuova disciplina per comprendere nel dettaglio quelle modifiche che hanno in parte restituito all'istituto del trattenimento «la sua originaria, quanto discutibile, fisionomia di strumento cautelare finalizzato alla rimozione degli ostacoli transitori

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 23.

¹⁰⁹ Il su richiamato Rapporto (p. 64), rifacendosi a sua volta al *Dossier statistico immigrazione 2011*, a cura di Caritas/Migrantes, rilevava quanto poco efficace fosse il sistema della detenzione amministrativa ai fini del ridimensionamento dell'area della irregolarità: i rimpatri degli stranieri trattenuti nei CIE hanno un peso quasi irrilevante sul totale della popolazione in condizione di irregolarità: per avere una idea delle dimensioni basti dire che i 7.039 immigrati transitati nel 2010 attraverso uno dei 13 centri sparsi sul territorio nazionale incidono per appena l'1,2% sul totale dei circa 544mila stranieri irregolari stimati dall'ISMU.

¹¹⁰ Recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis".

all'allontanamento dal territorio dello Stato» (LOPRIENO, 2018: 126).

L'*incipit* della nuova disposizione del comma 5 dell'art. 14 TUI - dunque la disciplina dell'adozione del trattenimento, della convalida e quella della prima proroga del trattenimento - rimane immutato rispetto alla previgente previsione legislativa. Il provvedimento di convalida rimane il titolo di privazione della libertà personale posto che esso «comporta la permanenza nel centro per un periodo complessivo di 30 giorni» e solo in presenza di «gravi difficoltà» legate all'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, il giudice, su richiesta del questore, può prorogare il termine del trattenimento di ulteriori 30 giorni, senza vedersi ancora riconosciuta la possibilità di prescrivere un trattenimento avente una durata massima inferiore ai 30 giorni prestabiliti per legge, anche se al questore è sempre riconosciuta la possibilità di eseguire l'espulsione o il respingimento anche precedentemente allo scadere dei termini.

Tuttavia, nell'esame della richiesta della prima proroga il giudice dovrà verificare la reale sussistenza delle «gravi difficoltà» in relazione all'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero all'acquisizione dei documenti per il viaggio. Infatti, la legge ha modificato anche l'art. 14 comma 5-*bis* TUI, prevedendo che il questore debba impartire allo straniero l'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro 7 giorni in luogo del trattenimento qualora «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». Per cui, le «gravi difficoltà» a cui il testo normativo si riferisce, non devono mai consistere in elementi concreti che possano far ritenere inesistente ogni ipotesi ragionevole di allontanamento.

A mutare è, però, oltre alla durata del trattenimento, il sistema delle successive proroghe. Come già precedentemente

sottolineato, infatti, sulla base delle scelte legislative operate fino a tale modifica, al giudice non veniva riconosciuta la facoltà di stabilire la durata delle proroghe sulla base di esigenze legate ai singoli casi, ma la convalida richiamava periodi di permanenza nei centri rigidamente predeterminati per legge. La stessa Commissione nel succitato rapporto sottolinea l'esigenza di rivedere l'intero sistema delle proroghe «per evitare interventi inutilmente afflittivi»¹¹¹.

Mentre la disciplina previgente, in seguito alla prima proroga, prevedeva - in presenza delle condizioni legittimanti il trattenimento *ab origine* - ulteriori proroghe ciascuna di 60 giorni, ora, decorsi i 60 giorni di trattenimento (30 conseguenti alla convalida del primo trattenimento e 30 conseguenti alla prima proroga del trattenimento) «il questore può chiedere al giudice una o più proroghe qualora siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione ovvero sia necessario [il trattenimento] al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio. In ogni caso il periodo massimo di trattenimento non può superare i 90 giorni».

Rispetto ai criteri decisori utilizzati con riferimento al potere del giudice di concedere proroghe per uno o più periodi non predefiniti per legge, ma orientabili in base ai singoli casi, è necessaria «un'interpretazione in senso tassativo e restrittivo dei presupposti della proroga dei trattenimenti».

Si esige la sussistenza di elementi concreti che attestino che l'identificazione sia plausibile (dunque che le procedure siano già sostanzialmente avviate e che quindi l'amministrazione ha efficacemente utilizzato i precedenti 60 giorni a disposizione), ovvero che le operazioni di rimpatrio siano

¹¹¹Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, XVII Legislatura, *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione*, approvato il 24 settembre 2014, p. 22.

prossime (e che quindi lo straniero sia stato identificato e che l'amministrazione si sia concretamente adoperata per superare le "gravi difficoltà" legittimanti la prima proroga).

Dunque, grazie alla nuova disciplina – ora maggiormente in linea con il dettato della normativa comunitaria – la necessità del trattenimento ai fini del rimpatrio dovrà essere verificata, oltre che alla luce del pericolo di fuga, delle condizioni di salute e dell'impossibilità di disporre in concreto di misure alternative a quelle coercitive – attraverso una stretta valutazione da parte del giudice di pace del tempo effettivamente necessario all'esecuzione del rimpatrio, dunque dell'esistenza di "elementi concreti" che rendano probabile l'identificazione e il rimpatrio e non impediscano l'accoglimento della richiesta di proroga.

Infatti, in base al nuovo art. 14 comma 5-*bis* TUI, il questore deve adottare l'ordine allo straniero di lasciare l'Italia entro 7 giorni invece che il trattenimento allorché «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».

Pertanto, uno dei nodi centrali da risolvere per velocizzare le procedure di trattenimento e di espulsione degli stranieri pare essere proprio il momento dell'identificazione. A tal proposito è doveroso dedicarsi a un importante aspetto relativo alla popolazione trattenuta all'interno dei luoghi di detenzione amministrativa, per cogliere l'importanza della nuova disciplina legislativa nel punto in cui prevede - all'art. 14 comma 5-*quater* - che «Lo straniero che sia già stato detenuto 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».

Lo stesso Rapporto del 2014, nell'illustrare la composizione della popolazione trattenuta nei centri, denunciava

la massiccia presenza di persone provenienti dal carcere a fine pena che, destinatari di provvedimenti di espulsione amministrativi e/o giudiziari, finivano negli ingranaggi della detenzione amministrativa per poter essere identificati ed espulsi, a dimostrazione del fatto che, durante il periodo di detenzione penale, non è stato possibile procedere all'identificazione.

Già nel 2013, nel tentativo di rimediare al problema della «doppia detenzione», il decreto-legge n. 146 del 2013, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, introduceva anche alcune disposizioni in materia di trattenimento degli immigrati, modificando la disciplina dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione (ampliando il campo di possibile applicazione della misura); delineando i diversi ruoli per direttore del carcere, questore e magistrato di sorveglianza; e prevedendo una velocizzazione delle procedure di identificazione (art. 6). Secondo il sopravvenuto comma *5bis* dell'art. 16 TUI, all'atto di ingresso in carcere di un cittadino straniero, la direzione dell'istituto penitenziario richiede al questore del luogo le informazioni sull'identità e la nazionalità dello stesso e il questore avvia le procedure di identificazione attraverso le competenti autorità diplomatiche, proseguendo con l'eventuale espulsione dei cittadini stranieri identificati.

Una saggia decisione del legislatore che permette di evitare una ulteriore restrizione della libertà personale nei confronti di chi è già stato sottoposto ad un periodo di detenzione idoneo a consentirne l'identificazione, disponendo criteri utili all'identificazione in carcere degli stranieri «a qualsiasi titolo detenuti».

Nonostante le importanti modifiche introdotte dalla riforma del 2014 al testo unico sull'immigrazione e il notevole sforzo attuato dal legislatore per conformarsi al dettato

comunitario in materia, la nuova disciplina rimane foriera di dubbi interpretativi di non agevole soluzione. L'impianto sostanziale dell'istituto della detenzione amministrativa rimane praticamente immutato. Nulla cambia rispetto ai suoi presupposti legittimanti, alle riserve relative alla tutela giurisdizionale dello straniero trattenuto e all'autorità giudiziaria competente; nessuna attenzione viene posta all'effettiva attuazione di istituti fondamentali quali il monitoraggio degli accompagnamenti coattivi, l'effettiva tutela delle persone vulnerabili, il riesame del trattenimento e continua a permanere, quale presupposto ai provvedimenti di detenzione amministrativa, una interpretazione del concetto di rischio di fuga così ampia e generale da rendere praticamente omeopatico l'utilizzo delle misure alternative al trattenimento e della partenza volontaria.

Ancora una volta il legislatore perde l'occasione per spogliare della sua ordinarietà un istituto giuridico concepito come misura di *extrema ratio* all'interno del quadro delle politiche di contrasto all'aspetto illegale del fenomeno migratorio.

9. Soggettività “disturbanti” e “indecorose”. L'impellente ripresa della linea dura: la Legge n.46 del 2017

Fu nel febbraio 2017 che - agendo ancora secondo una logica emergenziale e securitaria - le questioni legate al fenomeno migratorio furono nuovamente inserite nell'alveo del diritto penale simbolico e del nemico e trattate alla stregua di materie con esse poco affini. Il Governo approvava - in

successione e sotto la firma del medesimo ministro - i decreti legge n. 13 e n. 14 del 2017, recanti rispettivamente misure relative ai procedimenti in materia di protezione internazionale e al contrasto all'immigrazione irregolare e disposizioni in materia di sicurezza della città.

Superata la breve parentesi garantista operata dal legislatore tra il 2013 e il 2014, infatti, le scelte legislative in materia riprendono il solco tracciato dalla retorica securitaria e dalle forti spinte repressive e di controllo, scagliate contro quelle categorie sociali già poco garantite ma “presumibilmente” pericolose. Si tratta dei migranti in particolare e delle soggettività “disturbanti” e “indecorose” in generale, da tenere sotto stretta sorveglianza e disciplina, nel tentativo di rispondere alle “esigenze” di sicurezza espresse dall'opinione pubblica e cavalcate dalla propaganda politica. Contrasto all'immigrazione illegale da un lato, sicurezza e decoro urbano dall'altro: questi i principali richiami espressi da due decreti e affrontati, sostanzialmente, attraverso la stessa politica escludente e poco garantista.

Tuttavia, ai fini della presente ricerca, l'attenzione verrà posta sul primo dei due atti normativi: il decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13 (noto come decreto legge Minniti-Orlando), recante “Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea”, convertito con modificazioni con legge n. 46 del 2017¹¹², attraverso cui l'esecutivo promuove, innanzitutto, una riforma del sistema amministrativo e giudiziario dei procedimenti in materia di protezione internazionale, ma anche alcune modifiche relative all'istituto della detenzione amministrativa che, pur se non mutando la sua struttura portante, ne rinvigoriscono l'originaria

¹¹² Recante “Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale”.

natura, intervenendo sui luoghi e sulle modalità di trattenimento. L'intero capo III è dedicato alle "misure per l'accelerazione delle procedure di identificazione e per la definizione della posizione giuridica dei cittadini di paesi non appartenenti all'Unione europea nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale del traffico di migranti". In particolare, l'art. 19 – le cui disposizioni sono finalizzate ad assicurare l'effettività delle espulsioni e il potenziamento dei centri di permanenza per il rimpatrio – modifica l'art. 14 TUI, rilanciando le strutture di trattenimento. Come stabilito dal primo comma del succitato articolo, la locuzione Centri di Permanenza per il Rimpatrio (CPR), sostituisce quella di Centri di Identificazione e di Espulsione (CIE), probabilmente a voler enfatizzare, senza più alcuna remore, quella impellente necessità di esecutività dei rimpatri difesa a più voci all'interno dei salotti istituzionali.

Anche il comma 5 dell'art. 14 TUI subisce alcune modifiche per mano del secondo comma dell'art. 19, nella parte in cui, alla lett. a) si prolunga fino ad un periodo totale di 45 giorni il termine massimo di trattenimento per gli stranieri che già erano stati detenuti per almeno novanta giorni in una struttura carceraria. Nei casi «di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio», tali stranieri possono essere trattenuti, dopo gli iniziali 30 giorni, per un ulteriore periodo di 15 giorni, previa convalida della proroga da parte del giudice di pace.

La legge non si preoccupa di precisare quali siano realmente i casi di "particolare complessità" che giustificano un prolungamento del trattenimento, ma lascia tale interpretazione alla mercé delle autorità amministrative, aggravando, ancora una volta, le già compromesse garanzie dell'*habeas corpus* senza, presumibilmente, assicurare efficacia in termini di risultati perseguiti (pare improbabile raggiungere un esito positivo dell'identificazioni negli ulteriori quindici giorni di

trattenimento concessi se ciò non è avvenuto nei novanta giorni di detenzione in carcere).

Tuttavia, non sono soltanto i tempi di trattenimento a subire una estensione. Contrariamente all'atteggiamento adottato negli ultimi anni che - di fronte agli indiscutibili limiti e alla palese inefficacia del sistema di trattenimento ai fini dell'esecuzione delle espulsioni coattive - aveva puntato al ridimensionamento del numero dei centri di detenzione diffusi sul territorio,¹¹³ il comma 3 dell'art. 19 del decreto in esame promuove nuovamente un ampliamento delle strutture allo scopo di "assicurare la più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero". A tal fine si dispone l'adozione di iniziative volte a "garantire l'ampliamento della rete dei centri [...] tenendo conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona" e si destina alla realizzazione di tale obiettivo la somma di 13 milioni di euro.

Un segno distintivo dell'approccio repressivo adottato dalla nuova normativa, edulcorato dall'ovvio richiamo al rispetto della dignità della persona ed evidentemente volto a conferire un ruolo anche simbolicamente centrale alla detenzione amministrativa e del tutto marginale al sistema dei rimpatri assistiti e volontari che, probabilmente, troppo poco peso avrebbe nella campagna propagandistica degli ultimi tempi.

A questo punto non pare un caso neppure la previsione di cui all'art. 17 comma 3 del decreto legge Minniti-Orlando, mediante cui si introduce una nuova fattispecie legittimante il trattenimento ai fini identificativi, estendendo ulteriormente il già vasto ventaglio di ipotesi di rischio di fuga. Attraverso l'introduzione dell'art. 10-ter TUI novellato si dispone che, il

¹¹³ Al momento, i CPR operativi sono 7, situati in 5 regioni: Torino (Piemonte); Roma (Lazio); Bari e Brindisi (Puglia); Palazzo San Gervasio, Potenza (Basilicata); Caltanissetta e Trapani (Sicilia). Vedi <https://temi.camera.it/leg18/post/cpr.html>

rifiuto reiterato dello straniero rintracciato in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o durante una operazione di salvataggio in mare di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici, configura una nuova ipotesi di rischio di fuga ai fini del trattenimento. In tali casi, il questore - effettuata una valutazione caso per caso - può disporre un provvedimento di trattenimento della durata massima di trenta giorni, salvo l'anticipata decadenza delle circostanze che lo hanno legittimato.

In realtà, già la previgente normativa prevedeva l'ipotesi di trattenimento ai fini identificativi dello straniero che si fosse sottratto alle procedure di identificazione: il “mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità” raffigurava uno dei casi inclusi nella circostanza del rischio di fuga (art. 13, comma 4 TUI), dunque legittimante il trattenimento dello straniero finalizzato all'identificazione e al rimpatrio, successivo all'emanazione del decreto di espulsione o respingimento. Ciò che muta - e richiama ad una più sensibile lettura - è, però, la previsione di una ulteriore e specifica ipotesi di trattenimento che, stavolta, il questore può autorizzare anche precedentemente all'emanazione del provvedimento espulsivo, sebbene previa convalida del giudice di pace.

Più in generale, l'articolo in questione dispone relativamente all'“identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare”, tentando di operare - come meglio vedremo nel paragrafo successivo - una «maldestra, ma affatto ingenua» (LOPRIENO, 2018: 130) manovra ricettiva del c.d. *approccio hotspot*, richiamando al comma 1 i cosiddetti “punti di crisi”, quali sedi finalizzate alle esigenze di soccorso e di prima assistenza; alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico; alla diffusione delle informazioni relative alla procedura di protezione internazionale, al programma di ricollocazione in altri Stati

membri dell'Unione europea e alla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito.

10. Una forma “atipica” di detenzione? Il nuovo approccio hotspot

In seguito alle indicazioni fornite nel maggio 2015 dalla Commissione europea agli Stati membri attraverso l'Agenda europea sulle migrazioni, il concetto di *hotspot* non aveva ancora fatto irruzione all'interno di un testo normativo nazionale fino all'emanazione del decreto legge appena esaminato. Tradotto con i termini di “punti di crisi”, la legge Minniti-Orlando del 2017 tenta di affidare loro una base legale che possa finalmente qualificarne la natura giuridica e, dunque, legittimare la loro sopravvivenza all'interno del nostro ordinamento giuridico.

In realtà, oltre ai pochi richiami contenuti nelle decisioni adottate dal Consiglio d'Europa nel mese di settembre 2015 nel quadro della richiamata Agenda europea¹¹⁴, nessuna normativa comunitaria o nazionale si era fatta portavoce della disciplina dell'innovativo piano attraverso cui la Commissione europea proponeva un supporto nella gestione delle forti ondate migratorie, agli Stati membri maggiormente colpiti dal fenomeno (*in primis* Italia e Grecia). Si presentava una nuova metodologia di approccio, basata principalmente sui c.d. “punti di crisi” e volta: all'identificazione e alla rilevazione delle impronte digitali delle persone appena arrivate e solitamente portate sulle coste dopo operazioni di ricerca e soccorso in mare; allo *screening* finalizzato alla separazione tra i richiedenti asilo e i migranti cosiddetti “economici”; al rimpatrio di questi ultimi.

¹¹⁴ Decisione 1523 del 14 settembre 2015 e decisione 1601 del 22 settembre 2015.

Effettivamente, almeno nella fase di esordio del programma europeo, era possibile individuare quale unico richiamo ad una definizione del quadro normativo entro cui realizzare la sua applicazione, la Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia e che, pur non facendo specifico riferimento all'approccio *hotspot*, tenta di delinearne la base legale e le attività in esso contemplate, evidenziando i caratteri dell' «eccezionalità (in relazione alle condizioni fattuali del fenomeno) e della temporaneità (rispetto alla durata)» (PENASA, 2017: 5).

Solo in tempi più recenti le istituzioni europee hanno provato a colmare il vuoto normativo generato dalla presenza di soli atti non giuridicamente vincolanti nella nuova disciplina, attraverso il Regolamento (EU) 2016/21624 del 14 settembre 2016. Si tratta di un atto approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio (relativo alla guardia di frontiera e costiera europea) che fornisce indicazioni concernenti i principi generali, i criteri e le funzioni che devono accompagnare l'esecuzione della nuova linea di intervento.

Tuttavia, la già lacunosa disciplina in materia si faceva maggiormente problematica guardando all'atteggiamento dell'ordinamento interno che rimaneva inerte nonostante le raccomandazioni provenienti dalle istituzioni europee - che invitavano gli Stati interessati a fornire una specifica copertura legislativa in grado di assicurare una base giuridica alle attività svolte nell'ambito dell'approccio *hotspot* - e da diverse organizzazioni non governative che denunciavano gravi lacune con riferimento sia all'accesso alle procedure, sia alle condizioni di accoglienza.

Difatti, fino all'emanazione della legge n. 46 del 2017, la risposta del diritto interno continuava a basarsi per lo più su due atti non giuridicamente vincolanti che tentavano,

rispettivamente, di delineare e guidare gli indirizzi forniti dall'Agenda europea con riferimento al metodo *hotspot*.

Il primo dei due documenti redatti dal Ministero dell'Interno è la *Roadmap* del 20 settembre 2015, recepito non tramite una legge, ma attraverso un allegato alla Circolare del Ministero dell'Interno del 6 ottobre 2015 e finalizzato a migliorare la capacità, la qualità e l'efficienza del sistema italiano nei settori dell'asilo, della prima accoglienza e dei rimpatri¹¹⁵. Esso introduce nel nostro ordinamento il nuovo approccio *hotspot* quale «piano volto a canalizzare gli arrivi in una serie di porti di sbarco selezionati» per espletare le attività di *screening* sanitario, di pre-identificazione e quelle investigative/intelligence e indirizzare le persone presso i *regional hubs* se richiedenti protezione internazionale o presso i Centri di Identificazione ed Espulsione se in posizione irregolare.

Proprio in relazione a quest'ultima previsione, sembra opportuno sottolineare - anche ai fini della presente analisi - che nonostante il documento, nel disciplinare la materia dei rimpatri, richiami tra le possibili opzioni una “maggiore attenzione” al ritorno volontario assistito (AVR), “in modo da incrementare il numero totale delle persone rimpatriate”, specifica che “una politica di rimpatrio forzato sostenibile ed efficace, in conformità con l'approccio *hotspot*, implica l'aumento del numero dei posti nei CIE nazionali [...] dove poter attuare tutte le procedure che sono necessarie per il rimpatrio forzato dei migranti irregolari”, viste le “oggettive difficoltà” che intralciano l'esecutività del rimpatrio coatto: “adeguata *capacity*” di posti nelle strutture; cooperazione da parte delle

¹¹⁵ Sul punto si veda anche Masera L. e Savio G. (2017), *La “prima accoglienza”*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, Editoriali Scientifiche, i quali definiscono il documento come una sorta di regolamento di attuazione informale *extra ordinem*.

autorità dei Paesi interessati; priorità della procedura di asilo, che potrebbe essere interessata da eventuali richieste strumentali.

Più in generale, stando alle indicazioni fornite dalla *Roadmap*, non si riesce ad acquisire una chiara indicazione circa la qualificazione dello *status* giuridico delle aree *hotspot*. Essa, richiamando, al contempo, il carattere di “chiusura” delle aree *hotspot* (supponendo forme di restrizione della libertà personale assimilabili a quelle attuate all’interno degli attuali Centri di Permanenza per il Rimpatrio) e quello dell’“accoglienza” (rievocando luoghi probabilmente somiglianti ai Centri di Primo Soccorso e Assistenza), probabilmente finisce col definire le stesse quale un «*tertium genus*» (PENASA, 2017: 11) che non trova una corrispettiva configurazione e copertura giuridica all’interno della legislazione italiana.

Nel marzo 2016, il Ministero dell’Interno redige il secondo dei due documenti di attuazione, al fine di esplicitare le procedure standard operative all’interno degli hotspot e le indicazioni esemplificative relative alle attività organizzative e alla loro successione: le *Standard Operating Procedures* (SOP).

Nell’interpretare la natura di tale approccio innovativo, il testo individua due differenti accezioni, che ricordano i contenuti utilizzati da Marc Arno Hartwing - funzionario del team per gli *hotspot* in Italia della Commissione europea – che nel definire tale strumento parla contemporaneamente di «luogo», come lo spazio in cui avviene lo sbarco, e di «concetto», un sistema modulare pensato per affrontare collaborativamente la pressione migratoria e basato su tre principali pilastri: l’asilo, la ricollocazione e i rimpatri.

In senso strutturale, esso può essere inteso come spazio, individuato generalmente presso i luoghi di sbarco, entro cui attuare quelle attività di controllo, identificazione e informazione delle persone in ingresso finalizzate alla categorizzazione delle stesse in “persone irregolari” o richiedenti protezione

internazionale¹¹⁶; dunque al successivo avvio alle procedure di espulsione o a quelle di protezione internazionale o ricollocazione per gli eventuali aventi diritto. Dal punto di vista organizzativo, gli *hotspot* individuano invece un metodo di lavoro di *équipe* - che vede la collaborazione tra le autorità nazionali (le Forze di Polizia, il personale sanitario e le organizzazioni internazionali e non governative) e il personale delle agenzie europee (Frontex, Europol, EASO) – volto ad «assicurare una gestione procedimentalizzata delle attività, standardizzata e pienamente efficiente».

Anche in questo caso, le indicazioni fornite non riescono a soddisfare l'esigenza di determinazione giuridica di tale approccio, che continua a mostrare la propria connaturata complessità. Qualora tali centri fossero assimilabili alle forme attualmente presenti all'interno del nostro ordinamento giuridico, gli atti ministeriali in esame, potrebbero considerarsi delle "forme atipiche" attuative della normativa esistente; diversamente, appoggiando l'ipotesi del *tertium genus*, la questione che si porrebbe non sarebbe assolutamente irrilevante, dal momento che ricondurrebbe alla fondamentale esigenza di determinare la natura "chiusa" o "aperta" di tali luoghi, indispensabile per definire le garanzie attorno alle quali strutturare la loro stessa esistenza nel sistema giuridico.

Stando alla duplicità richiamata in tali atti circa la natura di tale strumento e alle analisi concrete condotte sulle operazioni finora attuate nell'ambito di tale approccio, si può comunque desumere che - almeno nelle fasi di pre-identificazione e di raccolta delle impronte digitali - i migranti subiscano una forma di trattenimento¹¹⁷, poiché appare al quanto improbabile che esse

¹¹⁶ Subito dopo la procedura di pre-identificazione, tutte le persone saranno fotosegnalate come CAT1 (richiedenti asilo) e CAT2 (ingresso irregolare).

¹¹⁷ Stando alle generiche previsioni contenute nelle SOP: «il periodo di permanenza nella struttura, dal momento dell'ingresso, deve essere il più breve possibile, compatibilmente con il quadro normativo vigente» e «salvo il verificarsi di afflussi eccezionali che impongono l'adozione di iniziative diverse, la persona può uscire dall'Hotspot solo dopo essere stata foto-

si definiscano entro un tempo limitato, in conformità con quanto disposto per il trattenimento in casi eccezionali di necessità e urgenza dal terzo comma dell'art. 13 della Costituzione.

A tal proposito si è espressa – nel caso *Khlaifia* e altri c. Italia¹¹⁸ – la Corte CEDU relativamente alla situazione di alcuni ricorrenti ospitati nei centri dedicati alla fase di prima accoglienza e assistenza di Lampedusa, che denunciavano un'arbitraria privazione della propria libertà personale. Nell'esaminare la compatibilità della disciplina italiana in tema di trattenimento nei centri CPSA con l'art. 5 CEDU, la Corte condanna l'Italia per violazione del suddetto articolo, dichiarando che l'unica forma di limitazione della libertà personale dello straniero riconosciuta nell'ordinamento giuridico italiano è quello relativo al trattenimento nei Centri di Identificazione ed Espulsione, poiché imprescindibile da una apposita fonte legislativa che ne disciplini casi, finalità e modalità di esecuzione.

Pertanto, la decisione espressa dalla Corte sembra «confermare la prospettiva qui assunta, nel senso di considerare irrinunciabile un quadro legislativo *ad hoc* che disciplini i casi e le modalità, oltre che le finalità, del trattenimento che avviene all'interno del regime degli *hotspot*» (PENASA, 2017: 17) e la conseguente necessità di colmare quel deficit legislativo che pone seri interrogativi sulla deferenza costituzionale e convenzionale.

A questo punto, parrebbe ammirevole l'azione di governo che, mediante la legge Minniti-Orlando, si è proposta di trattare la disciplina di tale materia attraverso una fonte di rango primario. Tuttavia, analizzando più da vicino le disposizioni in essa contenute, ci si rende conto di quanto l'intervento normativo

segnalata concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono state completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia».

¹¹⁸ Corte EDU, sez. II, sent. 1 settembre 2015, *Khlaifia* e altri c. Italia.

rimanga alquanto fittizio. Secondo l'art. 17, comma 1, della legge Minniti-Orlando – che introduce l'art. 10 *ter* TUI – “lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso 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, e delle strutture di cui all'art. 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142”. È all'interno di tali punti che verranno realizzate le “operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico” e verranno garantite “le informazioni sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito”¹¹⁹.

Come evidenziato da attenta dottrina, la presente disposizione realizza un “rinvio vuoto”, rimandando la disciplina delle aree *hotspot* a normative prive di riferimenti concreti rispetto alla natura, al funzionamento e ai caratteri di tali luoghi, dunque «inidonee a soddisfare la riserva di legge dell'art. 13, comma 2, Cost.» (VALENTINI, 2018: 84)¹²⁰.

Ciò che ne scaturisce è «un trattenimento atipico e, nella sostanza, anomico» (LOPRIENO, 2018: 137), entro cui, ancora una volta, garanzie giuridiche fondamentali vengono affidate alla discrezionalità delle autorità di polizia generando importanti violazioni di disposizioni costituzionali e finanche convenzionali.

¹¹⁹ Sul punto si veda anche LEONE C. (2017), *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98: un'occasione mancata*, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2.

CAPITOLO 3

Sicurezza e libertà: la nuova frontiera del potere

“Se una teoria di compartimentazione della popolazione si afferma con tanta forza da plasmare i luoghi, se un certo sistema di visione e di divisione produce un ambiente a sé coerente, le persone che vi abitano avranno difficoltà ad immaginare che la società possa essere strutturata secondo comparti differenti. Guardandosi attorno vedranno solo conferme che il proprio sistema sia quello più ovvio.

[...] Le norme, come i romanzi, narrano, inventano personaggi, generano o inibiscono emozioni, ma, a differenza dei personaggi letterari, le creazioni giuridiche si oggettivano nella realtà e prendono corpo”.

[BARTOLI C., *Razzisti per LEGGE. L'Italia che discrimina*, Laterza, Bari, 2012, p.55]

1. Tra accoglienza e detenzione: il trattenimento dei richiedenti asilo

Tra gli appelli che la Commissione europea aveva specificatamente rivolto all'Italia all'interno dei documenti di accompagnamento all'attuazione dell'Agenda europea del 2015, un esplicito riferimento veniva indirizzato al potenziamento della rete dei centri di detenzione amministrativa e alla rivisitazione dei termini massimi di trattenimento, al fine di garantire una efficace politica di identificazione e di rimpatrio di quei migranti ai quali fosse negato il riconoscimento di una qualche forma di protezione internazionale.

«Italy should ensure full use of the existing detention capacity to ensure compliance with the rules on identification

and should open further places in detention centres to provide the capacity needed for an effective identification and return process. (...) Italy should consider reforms of existing norms concerning detention, to ensure that longer-term detention is possible where this is essential for identification to be completed in difficult cases)» (EUROPEAN COMMISSION 2015: 2)

Si trattava, più in generale, di un richiamo, attuato a livello continentale, alla resistenza e alla prevenzione dell'afflusso migratorio, non intenzionato a incidere soltanto sull'ordinario trattenimento dello straniero in via di espulsione, ma a scomodare, in maniera insolita, anche la restrizione della libertà personale dei richiedenti protezione internazionale, sia nei Paesi di transito, sia all'ingresso nel territorio dell'Unione, in particolare negli *hotspot* greci e italiani. Un richiamo a nuovi confinamenti, al riconoscimento di «territori ai margini della legalità, luoghi iper-monitorati [...] eppure teatro di violazioni massificate di diritti fondamentali, delegificati, numericamente saturi ma giuridicamente vuoti». Sono gli anni in cui pur di contenere e controllare i flussi migratori, ogni dovere minimo di solidarietà e di accoglienza viene messo ai margini per fare spazio ad una «forma subdola e potenzialmente definitiva di trattenimento»: il respingimento (VEGLIO 2018: 170).

Un clima di ostilità e chiusura, in cui «il fenomeno – la migrazione – viene narrato come un problema» e il problema «raccontato come un'emergenza» (FACCHINI 2018: 11), in cui, anche dopo una sostanziale riduzione degli arrivi, dunque di probabili allarmismi sociali, alla fase di sommario disinvestimento politico sul sistema della detenzione amministrativa, segue una nuova e forte volontà di restringere i diritti e le libertà degli individui e di generare nuove ed equivoche forme di tensione sociale. Un quadro maturo per poter ospitare e consacrare provvedimenti normativi che già diversi governi - mediante l'utilizzo della decretazione di urgenza -

avevano messo in scena, ma che realizzano il vero punto di rottura con il sistema, attraverso l'imponenza e la lucidità dell'ultimo degli interventi in materia: il decreto legge 4 ottobre n. 113 del 2018 (c.d. decreto Salvini), convertito con poche modifiche ed integrazioni, nella legge 1 dicembre 2018, n.132¹²¹. Non completamente avulso dall'approccio utilizzato dai precedenti governi, il recente decreto rafforza ulteriormente i previgenti meccanismi di privazione della libertà personale dello straniero, mostrando la linea di tendenza dell'esecutivo nei confronti del fenomeno migratorio. Da un lato l'immigrazione, dall'altro la sicurezza. Ancora una volta, attraverso «un'operazione culturale spregiudicata e violenta», il nuovo complesso normativo decide scientemente di trattare in modo congiunto questioni distanti, con «l'evidente obiettivo di indurre (o consolidare) la convinzione che i responsabili dell'insicurezza diffusa sono i migranti» (PEPINO 2018: 3) da respingere, criminalizzare, restringere, segregare.

La durata massima del trattenimento dello straniero in via di espulsione o respingimento presso i Centri di permanenza per il rimpatrio raddoppia, passando dai novanta giorni previsti dalla previgente modifica legislativa, ai centottanta stabiliti dall'art. 2 del decreto legge 113/2018¹²². Al dichiarato scopo di «migliorare il sistema di rimpatrio nazionale, garantendo in ultima istanza una più efficiente gestione ed esecuzione delle operazioni di rimpatrio»¹²³, vengono difatti introdotte importanti modifiche all'istituto del trattenimento amministrativo, caratterizzate oltre che dall'indurimento dei tempi di detenzione,

¹²¹ Recante "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata".

¹²² Se lo straniero è stato detenuto in carcere per almeno 180 giorni, il suo trattenimento non potrà essere superiore ai trenta giorni, prorogabili di ulteriori 15 giorni.

¹²³ Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, p.9.

dal principio del decentramento e della moltiplicazione dei luoghi di restrizione.

Così, mentre il precedente esecutivo, con il decreto legge n. 13 del 2017, annunciava la costruzione di nuovi centri per il rimpatrio, senza effettivamente dare seguito alla previsione, al comma 2 dell'art. 2, la nuova riforma intende ricorrere – «al fine di assicurare la tempestiva esecuzione dei lavori» - «alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara», garantendo i principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, rivolgendo l'invito ad almeno cinque operatori economici (probabilmente scelti dal Governo in base a criteri non espressi nel decreto)¹²⁴.

Ciò che si prefigura è un rafforzamento della rete dei centri per il rimpatrio e un allungamento dei termini di trattenimento entro tali luoghi quasi “a costo zero”, che contrasta con le denunce promosse da diversi organismi di tutela dei diritti umani relativamente alle condizioni di vita rilevate nel complessivo sistema della detenzione amministrativa. “Al fine di assicurare la tempestiva esecuzione dei lavori per la costruzione, il completamento, l'adeguamento e la ristrutturazione”¹²⁵ dei suddetti centri, la legge autorizza l'utilizzo di una procedura derogatoria che permette di scegliere l'operatore economico sulla base dell'offerta più vantaggiosa; mentre, nessun onere per le finanze pubbliche dovrà derivare dall'attuazione del co. 1 art. 2 del presente decreto: “Le Amministrazioni interessate provvedono ai relativi adempimenti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a

¹²⁴ Tale scelta normativa non sembrerebbe specificare con chiarezza quali siano quei requisiti di necessità e urgenza che – secondo l'art. 63 (“Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara”) del D.Lgs. n.50 del 2016 e delle Linee Guida n.8 di ANAC – potrebbero legittimare il ricorso ad una procedura derogatoria secondo cui le amministrazioni individuano gli operatori economici da consultare “sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione” (co. 6, art. 63 D. Lgs. n.50/16).

¹²⁵ Art. 2, co. 2, l.n. 132/2018.

legislazione vigente”¹²⁶. Un atteggiamento quello del nuovo esecutivo che continua ad essere inadeguato e completamente cieco di fronte alla lettura di dati empirici che raffigurano la detenzione amministrativa come un sistema fallimentare dal punto di vista della realizzazione della sua funzione ultima (almeno di quella manifesta) e lesivo, oltre che degradante, se si considera il più generale esercizio dei diritti delle persone trattenute e le condizioni di vita cui sono sottoposte.

Peraltro, mediante l’art. 4, il decreto aggiunge all’art. 13, comma 5-bis TUI, la previsione secondo cui, in caso «non vi sia disponibilità di posti nei Centri di cui all’art. 14 o in quelli ubicati nel circondario del Tribunale competente», al giudice di pace è data facoltà di autorizzare, su richiesta del Questore, il trattenimento temporaneo presso «strutture diverse e idonee nella disponibilità delle Autorità di pubblica sicurezza». Stando alle prime indicazioni formulate nella relazione illustrativa del Senato che accompagna il decreto, la permanenza si realizzerà presso locali attualmente adibiti alla custodia delle persone in attesa della definizione di procedure connesse alle fasi di fermo, rilevamento fotodattiloscopico e di identificazione, nonché di redazione e notifica dei provvedimenti di rimpatrio. Se, anche dopo l’udienza di convalida, permane l’indisponibilità di posti, 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».

Ove il giudice non autorizzi la permanenza presso tali luoghi, la procedura di accompagnamento non potrà proseguire e qualora entro le 48 ore non si riesca a dare esecuzione all’allontanamento, non essendo prevista la proroga del trattenimento in frontiera, o si opera un trattenimento presso un

¹²⁶Art. 2, co. 3 l.n. 132/2018.

CPR o il questore emetterà l'ordine di allontanamento ex art. 14, comma 5-*bis*, D.Lgs. 286/98.

La mancata previsione di *standard* individuati per legge che guidino tassativamente la scelta dei presunti “locali idonei”, pone la disposizione in probabile contrasto con il requisito di legittimità costituzionale dichiarato nel comma 1 dell'art. 13, Cost., oltre che con il proposito europeo secondo cui «il trattenimento dovrebbe ‘di norma’ avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea»¹²⁷. Tale ultima disposizione consente, infatti, la possibilità di individuare luoghi idonei alternativi a quelli istituzionalmente demandati alla specifica funzione, ma non il ribaltamento del rapporto tra regola ed eccezione che ha spesso condotto alla normalizzazione di quest'ultima, generando, nel caso specifico, una ormai poco sorprendente *amministrativizzazione* dei diritti ora espressa nel potere dell'autorità di pubblica sicurezza di valutare l'idoneità dei locali.

Un intervento che reitera una vana mortificazione dell'*habeas corpus*, rinsaldando il carattere coercitivo di vecchi e già questionati istituti giuridici nell'intento di mostrare il pugno duro rispetto alla risoluzione di situazioni per le quali le già sperimentate ipotetiche soluzioni si sono mostrate dispendiose ed inefficaci, ma che non arresta qui la propria portata. Un'altra forma di privazione della libertà personale dello straniero, successiva ed accessoria all'ordinario trattenimento, subisce la forza repressiva della nuova previsione legislativa: la detenzione amministrativa del richiedente protezione internazionale acquisisce un ruolo centrale nelle nuove politiche di gestione dei flussi migratori.

Pare, infatti, proprio quest'ultimo il nodo più discusso - oltre che difficilmente districabile - generato dal decreto legge n. 113/2018 in materia di libertà personale dello straniero. Prima di

¹²⁷ Considerando n. 17 e art. 16, co. 1, direttiva 2008/115/CE.

addentrarci nelle innovazioni introdotte, che «ha approfondito la distanza tra i precetti costituzionali e la disciplina di aspetti della condizione giuridica dello straniero» (LOPRIENO 2018: 3), sembra, dunque, necessario indagare le evoluzioni che hanno accompagnato tale istituto, le cui radici giuridiche sono rintracciabili nell'intervento legislativo del 2002, ma la cui pratica può collocarsi nei primi anni Novanta quando, nella gestione di una improvvisa e importante ondata migratoria¹²⁸ non era mancata una «stretta commistione tra l'accoglienza ed il trattenimento amministrativo» (VASSALLO PALEOLOGO, 2012: 104),

La legge Puglia aveva infatti preannunciato forme di trattenimento e respingimento di quanti erano giunti irregolarmente sul territorio nazionale o erano stati ammessi per esigenze di soccorso o richiedevano asilo, facendo gravare il peso dell'inasprimento delle politiche di controllo dell'immigrazione illegale anche sugli istituti di protezione internazionale e sulle connesse garanzie giuridiche.

Una chiara subordinazione della disciplina sul riconoscimento dello *status* di rifugiato alle scelte politiche in materia di immigrazione caratterizzò, infatti, l'orientamento politico che, a partire dalla legge Martelli del 1990, aveva accompagnato le scelte legislative relative all'ingresso e al soggiorno e spesso mescolato ai suoi contenuti le norme in materia di protezione internazionale.

La specifica disciplina in materia si individua, però, nell'art. 32 della legge Bossi-Fini, che inseriva l'art. 1 *bis* nell'impianto della legge Martelli. Al comma 1, esso disponeva una forma facoltativa di trattenimento del richiedente asilo, per il tempo strettamente necessario “alla definizione delle autorizzazioni alla permanenza sul territorio dello Stato”: a) per

¹²⁸ Gli ingenti flussi provenienti dai Balcani che, nei primi anni Novanta, interessarono raggiunsero le coste adriatiche del nostro Paese.

verificare o determinare la nazionalità o l'identità del richiedente asilo oppure quando questi abbia presentato, al suo arrivo nello Stato, documenti risultati falsi (comma 1, lett. a); b) per verificare gli elementi su cui si basa la domanda di asilo qualora tali elementi non siano immediatamente disponibili (comma 1, lett. b); c) in dipendenza del procedimento concernente il riconoscimento del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato (comma 1, lett. c).

Per quei casi in cui il richiedente asilo fosse stato fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo o, comunque, in condizioni di soggiorno irregolare (comma 2, lett. a) o risultasse già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento (comma 2, lett. b), la legge invocava invece un trattenimento obbligatorio dei soggetti interessati.

Mentre il testo normativo individuava nei c.d. "Centri di Identificazione" i luoghi di restrizione preposti per le ipotesi di trattenimento facoltativo e di trattenimento obbligatorio del richiedente sorpreso in condizione di irregolarità; i rimanenti casi di trattenimento obbligatorio si spendevano all'interno dei CPTA, già disciplinati dall'art. 14 TUI. La prima delle due forme restrittive rimaneva invece sconnessa da una specifica disciplina da parte di una fonte di rango primario, probabilmente a volerne sottolineare la «volontà di considerare quest'ultima misura incidente sulla sola libertà di circolazione e soggiorno e non anche sulla libertà personale» (LOPRIENO, 2018: 141). Difatti, soltanto due anni dopo la riforma e soltanto per mezzo di una fonte secondaria i centri trovarono disciplina nel Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato¹²⁹ e non furono poche le perplessità circa la compatibilità costituzionale di tale previsione.

¹²⁹ D.P.R. 16 settembre 2004, n. 303.

A occuparsi della questione fu la stessa Commissione de Mistura che, nel 2007- nell'ambito di una indagine conoscitiva sulle condizioni di sicurezza e di vivibilità delle strutture preposte al trattenimento temporaneo e all'assistenza degli immigrati irregolarmente presenti sul territorio dello Stato, nonché all'ospitalità dei richiedenti asilo - con specifico riferimento al trattenimento dei richiedenti asilo presso i Centri di Identificazione, aveva denunciato differenti criticità ed invitato il governo a provvedere ad un loro superamento in favore di un "Sistema unico" di accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati. Forti preoccupazioni erano nutrite dalla diffusione di una misura - nata come prassi residuale ma divenuta ordinaria - che costringeva i soggetti interessati ad una restrizione della libertà personale non soggetta al controllo dell'autorità giudiziaria, dunque a forme di trattenimento informale poiché non pienamente conformi al dettato costituzionale di cui all'art. 13. Si dovette attendere il D.Lgs. 25/2008 - atto di recepimento della direttiva europea 2005/85/CE di modifica delle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato - per determinare risposte legislative alla questione sollevata.

La procedura per il riconoscimento della protezione internazionale introdotta dal nuovo decreto non faceva riferimento al trattenimento amministrativo dei richiedenti asilo, se non per alcuni casi di espulsione, ma individuava nuove pratiche di accoglienza all'interno di centri c.d. "aperti": i Centri di Accoglienza per i Richiedenti Asilo (CARA)¹³⁰.

In base al testo originario dell'art. 21 del D.Lgs. 25/2008 - poi modificato in senso più restrittivo dal decreto legislativo n. 159 dello stesso anno - era soltanto una l'ipotesi di trattenimento all'interno dei centri c.d. "chiusi", dunque degli allora CIE,

¹³⁰Fulvio Vassallo Paleologo rileva come, almeno fino al 2012, il sistema di trattenimento nei famigerati CID, sia stato comunque mantenuto nella forma di trattenimenti all'interno di strutture informali o centri di transito: «ancora una volta la discrezionalità delle autorità amministrative si è dimostrata più forte delle norme di legge, dei principi costituzionali e delle direttive comunitarie».

mentre l'art. 20 del decreto disciplinava le ipotesi in cui il richiedente non era trattenuto ma ospitato all'interno dei CARA. In tal modo, le ipotesi legittimanti il trattenimento si riducevano sostanzialmente e riguardavano: coloro che si trovavano nelle condizioni previste dall'art. 1 par. *f*, della Convenzione di Ginevra¹³¹; coloro che siano stati condannati in Italia per uno dei delitti indicati dall'art. 308, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, ovvero per i reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minore da impiegare in attività illecite; quanti siano destinatari di un provvedimento di espulsione, purché non si tratti di espulsione prefettizia disposta per ingresso e soggiorno irregolare.

Le positive modifiche introdotte dal decreto legislativo del 2008 vennero però presto ridimensionate. Nello stesso anno si verificava il cambio di governo e nel mese di ottobre veniva pubblicato il decreto legislativo n. 159, che introduceva “Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, recante attuazione della direttiva 2005/85/CE relativa alle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato”.

Il trattenimento amministrativo del richiedente asilo rappresentava nuovamente la risposta ordinaria a tutti quei casi in cui il richiedente asilo avesse già ricevuto un provvedimento di espulsione o di respingimento, al fine “di evitare l'uso strumentale del diritto di asilo e la permanenza dello straniero

¹³¹ Ovvero, persone che abbiano commesso crimini contro l'umanità, o azioni contrarie ai principi delle Nazioni Unite, o comunque reati gravi di diritto comune commessi prima di entrare nel territorio nazionale.

sul territorio nazionale in assenza dei requisiti generali, senza, d'altra parte incidere sulla necessità di tutelare le posizioni dei richiedenti la protezione internazionale per tutta la durata del procedimento”¹³².

Per mutare le sorti della disciplina si dovette attendere la modifica del quadro normativo sovranazionale che, come approfonditamente trattato nel capitolo precedente, attraverso le direttive 2013/33/UE e 2013/32/UE - aventi ad oggetto, rispettivamente, norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato - ha innovato radicalmente le disposizioni inerenti la detenzione amministrativa dei richiedenti asilo, dunque, obbligato il legislatore nazionale a rivisitare la normativa in materia.

Con il D. Lgs 142/2015 (di attuazione delle due direttive succitate) si abroga l'art. 21 del D.Lgs.. 25/2008 e agli artt. 6 e 7 si disciplinano, in modo assai più dettagliato e complesso, i casi e le condizioni di trattenimento del richiedente asilo.

Nello specifico, l'art. 6 comma 2 della novella normativa, nell'individuare i presupposti del trattenimento prescrive che esso sarà disposto: a) nell' ipotesi di cui all'abrogato art. 21, lett a), D.Lgs.. 25/2008; b) nei casi in cui il richiedente sia sottoposto a provvedimento di espulsione per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, comma 1, TUI), pericolosità sociale (art. 13, comma 2, lett. c, TUI) o prevenzione del terrorismo, anche internazionale (art. 13, comma 1, legge 155/2005); c) nella circostanza in cui si ritenga che il richiedente costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica¹³³; d)

¹³² Circolare Ministero Interno n. 10 del 3 novembre 2008, applicativa del decreto legislativo 3 ottobre 2008, n. 159.

¹³³ Diversamente dalle previsioni di cui all'art. 21, lett b), D.Lgs.. 25/2008 - che disponevano l'automaticità del rapporto tra il trattenimento e determinate condanne penali - secondo la nuova norma l'aver riportato determinate condanne penali (anche se non definitive o rese a seguito di patteggiamento) costituirebbe un indice di pericolosità se accompagnato da altri elementi di valutazione che, tuttavia, non vengono specificate neppure dalle novelle disposizioni.

qualora, in seguito alla valutazione e dimostrazione caso per caso, si individui la concreta sussistenza del rischio di fuga¹³⁴.

Al fine di garantire il reale esercizio del diritto di presentare richiesta di protezione internazionale, il comma 4 dell'art. 6, dispone che l'ente gestore del centro di trattenimento debba informare i trattenuti sulla possibilità di esporre tale domanda e consegnare l'opuscolo informativo previsto all'art. 10, co. 2, D.Lgs. 25/2008. A disciplinare l'eventuale fase successiva - dunque il prosieguo del trattenimento di quanti, già trattenuti, presentino richiesta di protezione internazionale - è il comma 3 del medesimo articolo, secondo cui tale ipotesi risulta legittima soltanto qualora esistano fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione sia stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del provvedimento di espulsione amministrativa.

Sarà il questore a presentare al Tribunale monocratico per la convalida, il provvedimento di trattenimento del richiedente, previa valutazione della questione, dunque dei presupposti su cui si fonda la strumentalità della domanda, vista la necessaria immediatezza di tale esame al fine di non vanificare il principio generale - dettato anche dalla direttiva 2013/33 - secondo cui "il richiedente non può essere trattenuto solo al fine di esaminare la sua domanda". Almeno fino al momento dell'audizione in Commissione - durante la quale al richiedente verrà riconosciuta la possibilità di esporre le ragioni della propria domanda - si tratterà, dunque, di «un giudizio aprioristico, che richiede estrema cautela» (SAVIO 2016: 36) vista l'ampia genericità dei criteri utilizzati dal questore per la prima

¹³⁴ La norma in questo caso individua casi concreti che circoscrivono il rischio di fuga: d1) ricorso sistematico a false dichiarazioni o attestazioni; d2) non ottemperanza ai provvedimenti di cui: alle misure disposte dal prefetto nei casi di concessione del termine per la partenza volontaria al fine di garantire l'adempimento del provvedimento (art. 13, co. 5 e 5.2, TUI); violazione del divieto di reingresso (art. 13, co. 13, TUI); inottemperanza, senza giustificato motivo, all'ordine di allontanamento disposto dal questore (art. 14, TUI); alle misure facoltativamente disposte dal questore in alternativa al trattenimento (art. 14, co. 1 *bis*, TUI).

valutazione¹³⁵. Nel caso in cui si realizzi tale ultima fattispecie di trattenimento del richiedente protezione internazionale, al momento della richiesta della domanda da parte del trattenuto sottoposto a provvedimento di espulsione, muta il titolo della detenzione che ora non si configura nella convalida del Giudice di pace ma nel decreto di convalida del Tribunale presso cui il questore, entro le 48 ore dalla presentazione della domanda, presenta il provvedimento. Dunque, si sospendono i termini del trattenimento finalizzato all'espulsione, per avviare una nuova forma di trattenimento finalizzata alla realizzazione della c.d. "procedura accelerata" attraverso cui espletare l'esame della domanda.

In via ordinaria l'esito di una domanda di protezione esposta da un trattenuto al CPR, o da uno straniero ristretto in seguito alla richiesta, dovrebbe pervenire entro 9 giorni. Tuttavia, in ragione della "sopravvenuta esigenza di acquisire nuovi elementi" il termine sale a due mesi (artt. 27, c. 3, e 28-bis, c.3, D.Lgs. 25/08) e qualora "l'esame della domanda richiede la valutazione di questioni complesse in fatto in diritto", in presenza di "un numero elevato di domande presentate simultaneamente" o ove "il ritardo è da attribuire all'inosservanza da parte del richiedente degli obblighi di cooperazione", può essere concessa una proroga di ulteriori tre mesi (art. 27, c.3, D.Lgs. 25/08), ai quali può sommarsi un ulteriore mese ove fosse necessario un ulteriore esame della domanda. A criteri di valutazione delle eventuali proroghe sempre più evanescenti, corrispondono termini temporali sempre più ferrei ma sempre meno tassativi, se si considera che il principio secondo cui "Il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente

¹³⁵ Tra questi il momento della presentazione della domanda rispetto alla data di ingresso sul territorio nazionale; la valutazione del paese di provenienza quale paese più o meno sicuro; l'acquisizione dei documenti d'identificazione o di viaggio.

necessario all'esame della domanda" (art. 6, c. 6, D.Lgs.. 142/15) viene quasi completamente vanificato da una realtà che calcola come "tempo strettamente necessario" un lasso di tempo che può estendersi da un minimo di 9 giorni¹³⁶ ad un massimo di 6 mesi¹³⁷.

Eppure, in maniera davvero inverosimile, il termine massimo di trattenimento di un richiedente protezione internazionale non si consuma neppure nei sei mesi ora questionati. Per il migrante "colpevole" di aver richiesto una qualche forma di protezione, «l'inefficienza si tramuta in punizione» (VEGLIO 2018: 171): l'art. 6 ai commi 2 e 8, individua in dodici mesi la durata massima del trattenimento del richiedente protezione internazionale, includendo in tale periodo anche il tempo eventualmente dedicato alla fase di impugnazione, dinanzi alla Sezione specializzata, del provvedimento di rigetto dell'istanza.

Nello specifico, il decreto di convalida del trattenimento finalizzato all'espletamento della procedura accelerata ha una validità di sessanta giorni, decorsi i quali il questore deve chiedere al Tribunale una proroga ed allegare le ragioni del ritardo individuate dalla Commissione¹³⁸, considerato che ai sensi dell'art. 6, c. 6, D.Lgs.. 142/2015, "i ritardi nelle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento". Ad ogni modo, l'eventuale raggiungimento dei dodici mesi di trattenimento avverrà secondo un sistema di proroghe ognuna della validità di sessanta giorni.

¹³⁶La questura invia gli atti alla Commissione territoriale competente con immediatezza ed entro i sette giorni essa dovrà effettuare l'audizione e adottare la decisione entro due giorni successivi.

¹³⁷I termini possono essere raddoppiati qualora la richiesta sia palesemente infondata; il richiedente abbia reiterato la domanda senza aggiungere nuovi motivi; la domanda sia stata presentata dopo che il richiedente sia stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o di respingimento.

¹³⁸ La Commissione può ritardare la decisione relativa alla procedura accelerata a causa della sopravvenuta esigenza di acquisire elementi nuovi necessari per assumere la decisione; della complessità della questione da redimere; della presenza di un elevato numero di domande presentate simultaneamente;

Anche in questo caso, come nella disciplina di cui all'art. 14 TUI, continua ad essere forte il potere attribuito ad organi amministrativi e non giurisdizionali nella valutazione di decisioni incidenti sulla libertà personale del soggetto interessato, senza il rispetto della riserva assoluta di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 della Costituzione.

Se, infatti, nella prima delle due forme di trattenimento “situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio e l'effettuazione dell'allontanamento”, consentono la concessione di proroghe, dunque il prolungamento del trattenimento pre-espulsivo; nella seconda, le categorie a cui fa riferimento la Commissione territoriale per giustificare i propri ritardi, e che quindi legittimano l'allungamento del trattenimento finalizzato all'esame della domanda di asilo, appaiono giuridicamente vaghi, dunque sottoponibili ad interpretazioni discrezionali da parte dell'autorità amministrativa. In quest'ultimo caso, a rendere la situazione ancor più delicata, intervengono i termini massimi di trattenimento che, paradossalmente, per un richiedente asilo possono raggiungere periodi di gran lunga superiori a quelli stabiliti per i trattenuti ordinari (SAVIO, 2015).

Tuttavia, volendo approfondire la comparazione, potremmo sottolineare come, a seguito della legge n. 46 del 2017, maggiori garanzie sono state riconosciute al richiedente asilo con riferimento all'autorità giudiziaria competente per la convalida dei provvedimenti di trattenimento: mentre nel caso del regime pre-espulsivo il giudice della convalida, come noto, è rappresentato dal giudice di pace; nelle ipotesi di trattenimento finalizzato all'esame della domanda di asilo, pur essendo il decreto di prima applicazione di spettanza questorile, la convalida è ora affidata al “tribunale sede della sezione specializzata in materia di protezione internazionale e di libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea”. Ciononostante, la stessa legge, quasi a voler controbilanciare la propria azione

garantista, al fine di mirare ad una maggiore celerità ed efficacia nei lavori delle sezioni specializzate dei Tribunali, ha sottratto il richiedente asilo della concreta possibilità di comparire dinanzi al giudice: le modalità di audizione del richiedente protezione internazionale prevedono, ora, un sistema di videoregistrazione ed anche la procedura di convalida può svolgersi in videoconferenza¹³⁹.

Ma non solo. Se fino alla disciplina dettata in materia dal decreto legislativo 142/2015, erano due i presupposti legittimanti il trattenimento di quanti richiedevano protezione internazionale dall'interno di un Centro di Identificazione ed Espulsione (la presenza di un provvedimento di espulsione e la strumentalità della domanda di protezione internazionale), la riforma "Minniti" introduce una nuova fattispecie di trattenimento. Difatti, il primo dei due requisiti previsti dalla normativa del 2015, rendeva praticamente automatica la cessazione del trattenimento per quei trattenuti sottoposti a provvedimento di respingimento differito ai sensi dell'art. 10, co. 2, TUI, considerato quanto disposto dal co. 4 del medesimo articolo, ovvero l'esclusione delle disposizioni di cui all'art. 10 dai casi previsti dalle norme relative all'asilo politico, al riconoscimento dello *status* di rifugiato, all'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari.

La legge n. 46 del 2017, modificando l'art. 6, co. 3, D.Lgs. 142/2015, estende invece l'obbligo di mantenere in regime di restrizione anche lo straniero che si trova in un CPR in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di respingimento differito, nel caso in cui presenti domanda di protezione internazionale dopo la notifica del provvedimento, qualora la domanda risulti strumentale allo scopo di ritardare o impedire

¹³⁹ In sede di colloquio, il richiedente può, tuttavia, formulare istanza motivata di non avvalersi del supporto della videoregistrazione e sull'istanza decide la Commissione territoriale con provvedimento non impugnabile.

l'adozione o l'esecuzione del provvedimento ablativo. Si tratta, dunque, dell'introduzione di una nuova fattispecie di trattenimento che, oltretutto, non può dirsi poco pregiudizievole visto l'ampio uso dell'istituto del respingimento differito.

2. Il trattenimento amministrativo dello straniero alla luce delle ultime modifiche legislative: la Legge n. 132 del 2018

L'art. 3 della legge n. 132/2018, al primo comma introduce al corpo dell'art. 6 del D.Lgs. 142/2015 il nuovo comma 3-*bis* secondo il quale, salve le ipotesi di trattenimento del richiedente protezione internazionale già previste dai commi 2 e 3 dell'art. 6, questi può essere trattenuto per il tempo strettamente necessario, e comunque per un periodo non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture di cui all'art. 10 *ter*, c. 1, D.Lgs. 142/2015, ai fini della determinazione o verifica della sua identità.

Si tratta di una nuova fattispecie di trattenimento finalizzato alla determinazione o alla verifica dell'identità del richiedente asilo che si, figura nell'elenco tassativo dei motivi di detenzione dei richiedenti asilo di cui all'art. 8, par. 3, lette. a) della direttiva accoglienza¹⁴⁰, ma rispetto alla quale la legge

¹⁴⁰La motivazione all'origine di tale previsione nella direttiva accoglienza è che essa è legata al buon funzionamento del Sistema europeo comune di asilo. Nella sentenza 14 settembre 2017, causa C-18/16, *K.*, la CGUE si è pronunciata sulla validità dell'art. 8, par. 3, primo comma, lettere a) e b) della direttiva accoglienza ritenendola non in contrasto con l'art. 6 della Carta dei diritti UE, interpretato alla luce dell'art. 5, par. a, lett. f) della CEDU. Per il giudice dell'UE la misura del trattenimento fondata sui motivi di cui alle lettere a) e b) «consente di identificare le persone che chiedono protezione internazionale e verificare se soddisfano le condizioni per pretendere una tale protezione, al fine di evitare, qualora così non fosse, che esse entrino e soggiornino illegalmente nel territorio dell'Unione» (punto 36). Per la Corte, però, tale disposizione non deve andare oltre quanto necessario per raggiungere il suddetto obiettivo e vincola l'esercizio del potere di trattenimento al rispetto di una serie di condizioni tra cui il divieto di trattenere una persona per il solo fatto della

nazionale non individua le ipotesi tassative in cui la misura può essere disposta dall'autorità di pubblica sicurezza.

Le strutture al cui interno dovranno essere individuati “appositi” locali idonei, cui la novella legislativa rimanda sono i famigerati e rocamboleschi “punti di crisi” o “hotspot”, istituiti nei CPSA o nei Centri governativi di prima accoglienza menzionati dall'art. 9, D.Lgs. 142/2015. Viene dunque introdotta una nuova ipotesi di privazione della libertà personale presso i c.d. “punti di crisi” (*hotspot*), probabilmente con l'intento di voler risanare quel “rinvio vuoto” che l'art. 17, co. 1, della legge Minniti, operava nei confronti delle strutture contemplate dalle normative del 1995 e del 2015, dunque quel vuoto giuridico che privava le forme di detenzione *extra ordinem* praticate presso i CPSA, di ogni copertura legale. Difatti, come precedentemente visto, il nuovo art. 10 *ter* TUI per come introdotto dall'art. 17, co. 1, legge n.46/2017, nel tentativo di fornire una veste formale al sistema “*hotspot*”, finisce per inserire «un altro elemento di incoerenza nell'architettura, già assai barocca, del sistema di accoglienza italiano», non potendo cogliere nella nuova disposizione «alcunché di giuridicamente rilevante quanto al trattenimento degli stranieri presenti nei punti di crisi» (BENVENUTI 2018: 19).

Tuttavia, neanche questo nuovo tentativo pare risolvere la questione dell'indeterminatezza di tali luoghi, dunque il contrasto con la riserva assoluta di legge di cui all'art. 13 della Costituzione riguardo ai modi di trattenimento, che continuano a essere indefiniti. In particolare, il legislatore avrebbe dovuto porre maggiore attenzione a quanto prescritto dall'art. 10 della direttiva accoglienza. Tale disposizione prevede infatti che il trattenimento debba, ‘di regola’, aver luogo presso gli appositi centri di trattenimento (e non in appositi locali all'interno di

presentazione di una domanda di protezione internazionale e l'obbligo per gli Stati di prevedere misure alternative al trattenimento.

strutture funzionalmente preposte ad altro) e solo in casi eccezionali all'interno di un istituto penitenziario, garantendo però un regime di detenzione differente rispetto a quello dei detenuti ordinari¹⁴¹. Inoltre, secondo il considerando 19 della direttiva, laddove risulti impossibile assicurare immediatamente il rispetto di determinate garanzie di accoglienza nel quadro del trattenimento, è opportuno che qualsiasi deroga sia temporanea e applicata solo nelle circostanze eccezionali previste dalla direttiva stessa, oltre che debitamente giustificata in base alla valutazione di ogni singolo caso.

Stando a tale premessa, infatti, poco convincente appare il richiamo che il legislatore interno – nella relazione illustrativa al decreto - opera proprio nei confronti di tali disposizioni, in particolare alla locuzione “di regola” che giustificerebbe le deroghe all'ordinario trattenimento presso le strutture istituzionalmente deputate, cioè i CPR.

Nell'interpretazione datane dal nostro legislatore, il trattenimento avviene innanzitutto presso le strutture indicate dall'art. 10 ter, TUI. Gli appositi locali dei Centri di soccorso e prima assistenza, dei Centri governativi di prima accoglienza, degli hotspot e dei locali delle Questure, in questa specifica ipotesi di trattenimento, rimpiazzano i Centri di permanenza per il rimpatrio, invertendo ancora una volta il rapporto tra regola ed eccezione per come concepito dalle disposizioni comunitarie e senza che siano definitive le tassative modalità di trattenimento, potendo così incorrere nella violazione degli artt. 13, co. 2 e 117, co. 1, della Costituzione¹⁴². Tuttavia, le probabili questioni di incostituzionalità sono continuamente chiamate in causa dal tenore generale del decreto. Come visto in precedenza, il trattenimento amministrativo del richiedente asilo in ambito sia

¹⁴¹ Sul punto si veda capitolo precedente.

¹⁴² All'art. 10 comma 1, la direttiva 2013/33/UE ammette l'eventuale sistemazione dei richiedenti trattenuti, presso un istituto penitenziario obbligando alle garanzie relative alle “condizioni di trattenimento previste dalla presente direttiva”.

internazionale che europeo, non può concepirsi al di là del suo principio cardine secondo cui il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda, che fa del trattenimento “una misura eccezionale”, alla quale è possibile fare ricorso esclusivamente in ultima istanza, “qualora sia ritenuto necessario, ragionevole e proporzionato ad uno scopo legittimo”¹⁴³ e a norma del quale è vietato sanzionare l’ingresso o il soggiorno del richiedente asilo per la sola indisponibilità dei documenti di identità¹⁴⁴.

La normativa interna richiama tale principio al primo comma dell’art. 6, D.Lgs. 142/2015, anche se ai commi successivi ne disciplina le eccezioni. Non pare invece che siano tenuti in considerazione gli obblighi discendenti dagli artt. 10 co. 2 e 3, 13 co. 3 e 117, co. 1 Cost., laddove l’art. 3 bis della legge 132/2018, pare introdurre una nuova ipotesi ‘automatica’ di trattenimento, ponendo il fine relativo alla determinazione o verifica dell’identità o della nazionalità del richiedente protezione internazionale come “la modalità”. Si tratta, infatti, del presupposto ordinario legittimante il trattenimento di ogni richiedente privo di validi documenti di identità (circostanza questa che non rappresenta di certo l’eccezione), senza apportare alcuna specificazione relativa ai suoi motivi legittimanti. Essa si limita a ricopiare la disposizione di cui all’art. 8, par. 3, lett. a) della direttiva 33/2013/UE che autorizza il trattenimento del richiedente “per determinarne o verificarne l’identità o la cittadinanza” (art. 8, par. 3, lett. a)), non considerando però l’ultima annotazione dell’articolo secondo cui: “I motivi del trattenimento sono specificati nel diritto nazionale”.

L’articolo in esame continua, inoltre, con un’altra disposizione che consolida la portata della normativa stessa,

¹⁴³Sent. K., cit. Orientamento comune cui fanno riferimento le linee guida e le raccomandazioni del Consiglio d’Europa, dell’UNHCR oltre che la direttiva stessa dell’Unione europea.

¹⁴⁴ Il principio guida e l’orientamento che ne deriva è espresso innanzitutto dall’art. 31 della Convenzione di Ginevra.

giacché permette di convertire la prima forma di trattenimento da esso sancito, in una detenzione estendibile fino a centottanta giorni all'interno di un Centro di permanenza per il rimpatrio. Senza specificare quali siano i motivi e le impossibilità che possono autorizzare questo secondo periodo di trattenimento, lo stesso comma 1 dell'art. 3, l.n. 132/2018 sancisce che qualora prima della scadenza del termine indicato per il primo trattenimento presso le strutture di cui all'art. 10 ter., co. 1 TUI, non sia stato possibile determinare o verificarne l'identità o la nazionalità, il richiedente potrà essere trattenuto per un massimo di centottanta giorni presso un centro di permanenza per il rimpatrio secondo le modalità di cui all'art. 14, co. 5, D.Lgs.. 286/98.

Quello introdotto dal decreto-sicurezza del 2018 si affaccia sullo scenario giuridico come un complesso normativo che, nel tentativo di essere “espressione del c.d. sovranismo”, dunque portavoce dello *ius excludendi* cui gli Stati fanno ricorso nella gestione dei flussi migratori, genera, ancora una volta, uno spazio di ambiguità e discrezionalità entro cui riconoscere forme di privazione della libertà personale non troppo distanti dal tanto discusso concetto di arbitrarietà. Anziché privilegiare la tassatività cui il diritto interno dovrebbe puntare per sopperire alla risaputa fumosità di molte delle prescrizioni rinvenibili nel diritto internazionale ed europeo, la riforma non fa altro che incrementare la vaghezza di un sistema da sempre controverso, palesando però, senza alcun perbenismo, un intento politico che non mira certamente ad incentivare nuovi approdi sul territorio dello Stato. Del resto, «l'essenziale è che ad essere compatibili con il canone della tassatività siano le norme relative ai cittadini, gli unici meritevoli di una piena protezione della libertà» (DANIELE 2018: 103), poco importa se un ordinamento giuridico che non dovrebbe ammettere deroghe suscettibili di incorrere in discriminazioni del non cittadino, generi invece un sacrificio dell'*habeas corpus*, non solo incapace di assicurare la parità di

trattamento, ma che difficilmente porterà ai risultati così energicamente divulgati. O forse bisognerebbe interrogarsi su quali siano realmente gli effetti sperati, d'altro canto, se «persiste il problema, persiste il consenso. Persiste il potere» (FACCHINI 2018: 13).

Un atteggiamento non inusuale che culmina nella sicuramente non ipocrita ultima manovra politica. Un susseguirsi di modifiche e reinterpretazioni della disciplina della detenzione amministrativa del richiedente asilo, «un florilegio di sigle e acronimi [...], ove le destinazioni d'uso cambiano da un giorno all'altro», grande confusione e complessità è stata generata dal continuo e inevitabile tentativo di tenere insieme aspetti apparentemente inconciliabili, tale da far assumere alla misura della detenzione amministrativa un “carattere sistemico” che oramai non si limita ai soli centri destinati al confinamento dei migranti irregolarmente presenti, ma si estende ai Centri governativi di primo soccorso, agli *Hub* regionali, agli *hotspot* e oggi ai non meglio identificati luoghi idonei, «ove si consuma, certo in misura diversa, un assoggettamento all'altrui potere mai in linea con quanto costituzionalmente prescritto in materia di limitazione della libertà personale» (LOPRIENO 2019: 7)

Un perverso gioco che non può fare a meno di considerare controverse logiche di potere se è al mantenimento del potere stesso che si mira. Un ‘uso’ del corpo del migrante che rischia di trasformarsi in utile strumento di consenso politico e che prende forma in un modello di «accoglienza repressiva» che tenta in ogni modo di controllare l'eventuale abuso delle procedure di asilo, confinando e detenendo individui potenzialmente vulnerabili all'interno di luoghi di coercizione entro i quali essi saranno portati a tenere «un comportamento docile e collaborativo» (CAMPESI, 2016: 19). Una violenza istituzionale impressa da interventi politici attraverso “luoghi”, procedure, pratiche, che confonde (forse volutamente?) il vincolo dell'accoglienza con lo sfrenato bisogno di controllo

delle presenze non desiderate, che preoccupa e interroga e che troppo spesso viene astutamente e pericolosamente taciuta.

3. Prodotto e produttore di potere: l'ambiguo ruolo delle regole del diritto. Uno sguardo sociologico all'evoluzione dell'istituto della detenzione amministrativa

Calarsi entro attente riflessioni sulle origini e sull'evoluzione dell'istituto giuridico della detenzione amministrativa, significa non poter fare a meno di considerare gli aspetti più propriamente sociologici che essa naturalmente richiama e che - come abbiamo accennato e come vedremo meglio in seguito - rappresentano le cause e allo stesso tempo le più dirette conseguenze di un agire istituzionale e sociale caratterizzato da complesse dinamiche di potere che qui, ora, intendiamo approfondire.

Da un lato un gruppo dominante che tenta di radicare e consolidare costantemente il proprio primato, reinventando strategie di affermazione del sé che ormai appaiono nuove nella forma ma inalterate nella sostanza, dall'altro un gruppo posto ai margini, se non addirittura escluso; da un lato il baluardo della cittadinanza quale strumento del proprio potere e della propria identità, utile ad elaborare una sorta di ideologia della "supremazia" (o più correttamente del controllo) che fa dei «privilegi dei cittadini un diritto», del «loro vantaggio la condizione di ogni competizione», del «loro dominio il naturale assetto delle cose» (BARTOLI, 2012: 10), dall'altro un gruppo minoritario, quello che potremmo definire dei non cittadini, «invisibili come soggetti sociali di diritti e spesso anche

semplicemente come soggetti umani, supervisibili come soggetti devianti e come soggetti pericolosi» (BRIGHENTI, 2009: 95-6).

Poi il diritto, fonte di legittimazione e delegittimazione di una simile controversa relazione di potere; germe di ogni dualità e ogni dialettica, che non solo classifica ufficialmente il corpo sociale in inedite categorie di soggetti, ma permette la loro concreta esistenza, inserendosi in modo estremamente capillare nel più consueto *regime di pratiche*.

Lo studio finora condotto ha permesso di mettere in evidenza il crescente grado di rigidità e controllo cui hanno teso, in maniera più o meno costante, le politiche legate ai flussi migratori, dunque alla vera e propria gestione di specifiche categorie di soggetti, poiché è della loro libertà di movimento che la legge si fa carico, mettendo in funzione pratiche sempre più ambigue e limitative della libertà personale. Elspeth Guild al proposito affermava che «tanto più gli Stati *investiranno* capitale politico nell'effettività dei controlli sui movimenti delle persone attraverso la frontiera, tanto più problematico *apparirà* l'individuo che è sfuggito a tali controlli» (GUILD, 2009: 52) e tanto più su di esso sarà applicata «la legge della disuguaglianza». Sarà violato il suo *status libertatis* attraverso pratiche di controllo, segregazione ed esclusione ammesse dalla divulgazione di un *discorso* che non solo unisce in un improprio legame le nozioni di sicurezza e quella di libertà, ma fa di questi, beni non equamente distribuiti che divengono l'ago della bilancia di un regime istituzionale, politico e sociale tendenzialmente discriminatorio, in grado di generare effetti di etichettamento, emarginazione e deprivazione che finiscono con il produrre «il circolo vizioso dell'esclusione sociale plurifattoriale»¹⁴⁵. Dunque, quello che potremmo definire come

¹⁴⁵ Stokely Carmichael e Charles Hamilton parlano di esclusione sociale plurifattoriale per indicare le conseguenze generate dall'atteggiamento discriminatorio che un intero sistema (che include quindi gli apparati dello Stato e più in generale le discriminazioni croniche e diffuse nella vita pubblica) agisce nei confronti di alcune minoranze. A tal proposito gli autori del libro-manifesto del Black Power, alla

«il pregiudizio delle istituzioni» risulta dannoso poiché, strutturando la realtà, costruisce la propria conferma e attraverso quel *regime di pratiche*, permea un contesto stabilendone rapporti e caratteristiche, tramandandone «privilegi e deprivazioni» (BARTOLI, 2012: 13) e conferendo una esistenza istituzionale alle identità che adotta. Innanzitutto, l'azione attraverso cui il diritto effettua una determinata classificazione o utilizza determinati parametri per suddividere la popolazione in categorie giuridiche, pur se legittima e ragionevole, è sempre un atto arbitrario, perché dipendente dalla convenzione che il diritto stabilisce sulla base di determinati fini che intende perseguire. Secondariamente, per mezzo dei poteri e delle pratiche che conseguono alle specifiche norme, esse si rendono anche capaci di conferire alle stesse identità create, specifici significati e valori di cui le proprietà pregiudiziali erano prive. Per ultimo, al fine di produrre «l'illusione che la distinzione stia nelle cose, prima che nel diritto» (BARTOLI, 2012: 54) esso attua una «perimetrazione» (RASTELLO, 2010) degli spazi parallela alla classificazione normativa. Si tratta di una spazializzazione della classificazione giuridica che mira a delineare gli spazi fisici per

fine degli anni '60, coniarono il termine "razzismo istituzionale", da distinguere da un razzismo più propriamente *individuale* e facilmente condannabile, proprio perché meno esplicito, più sottile e difficilmente individuabile (tuttavia non meno pericoloso dell'altro) e derivante dalle forze costituite e rispettate della società e perciò molto meno esposto alla pubblica condanna (CARMICHAEL, HAMILTON, 1968:38), anche perché sarebbe difficile individuarne il colpevole dal momento che le responsabilità si diluiscono tra una pluralità di soggetti e fattori tra loro connessi. Qualche decennio dopo la nozione venne ripresa da una specifica commissione, presieduta da Sir William MacPherson, che era stata incaricata di vagliare sulle inadempienze della polizia britannica nelle indagini su un omicidio di un ragazzo di origine giamaicana ucciso da una banda di giovani ragazzi bianchi. Al termine dell'inchiesta, la commissione parlava chiaramente di razzismo istituzionale per identificare «quel complesso di leggi, costumi e pratiche vigenti che sistematicamente riflettono e producono disuguaglianze nella società», aldilà della intenzionalità o inconsapevolezza di quanti lo agiscono (MACPHERSON, 1999: 6.30). Stando ad una tale logica, il criterio di identificazione delle istituzioni razziste riguarda, infatti, gli effetti discriminatori prodotti, non l'intenzione dell'ente o dei suoi funzionari. (BARTOLI 2012: 5)

affermare una determinata «geometria delle relazioni» (BARTOLI, 2012:54), per marcare la distinzione tra ciò che sta dentro e ciò che sta fuori da quei confini legittimati dal diritto e rafforzati da mura innalzate, filo spinato, cancelli blindati.

Il potere prende praticamente in gestione la vita della popolazione che esso stesso struttura, introducendo una frammentazione, una separazione (a volte anche fisica), «tra ciò che deve vivere e ciò che deve morire», poiché «più lascerai morire, più, per ciò stesso, tu vivrai» (FOUCAULT, 1997: 220).

Il concetto di diritto che sorregge la nostra prospettiva di studio, non si limita a contemplare esclusivamente la legge, ma ingloba gli apparati, le istituzioni, i regolamenti, i dispositivi e le pratiche attraverso cui esso si realizza; le molteplici forme di cui si serve, non solo per stabilire la legittimità, ma soprattutto per attuare quei «rapporti di dominazione» e quelle «tecniche di assoggettamento» che attraversano il corpo sociale. Una accezione del diritto, dunque, che richiama a sé relazioni di potere e costruzioni di verità: «da un lato, le regole di diritto che delimitano formalmente il potere; dall'altro [...] gli effetti di verità che il potere traduce e trasmette, e che a loro volta riproducono il potere».

Una disposizione del corpo sociale decisa e confermata da relazioni di potere che non potrebbero reggersi e sopravvivere senza «una certa economia dei discorsi di verità» (FOUCAULT 1997: 29-32) che nascono e si nutrono dal potere stesso rappresentando un «discorso storico e politico» che tende ad una determinata verità, sfruttando e riproducendo un rapporto di forza che «esclude il soggetto che parla – il soggetto che parla del diritto e cerca la verità – dall'universalità giuridico-filosofica» (FOUCAULT 1997: 51) e che, come in ogni rapporto di forza che si realizza, riproduce a sua volta asimmetrie: dominanti e dominati.

Regole di diritto, meccanismi di potere, effetti di verità: questa la triangolazione viscerata da Foucault nei suoi

molteplici studi e scelta come filo conduttore della nostra analisi per tentate di individuare quali siano i reali meccanismi che si celano dietro una legislazione sempre più repressiva e controllante che, nonostante i suoi palesi fallimenti, continua a perpetrarsi nell'attuale scenario delle politiche migratorie.

A realizzare un simile processo di costruzione sociale della realtà, dunque, non è il solo diritto nel senso più ridotto del suo significato. Il suo contributo è sì fondamentale, ma affiancato dall'intervento di altre importanti matrici sociali, rispetto alle quali esso conserva però un potere straordinario, dal momento che non è soltanto in grado di convalidare e divulgare una specifica identità, ma anche di costruire intorno ad essa un intero sistema ad essa perfettamente conforme. Le identità sancite dal diritto appaiono infatti come naturali, poiché le classificazioni istituzionalizzate «hanno educato il linguaggio e le menti di chi le adotta» [...]. E menti strutturate in accordo ad una determinata classificazione strutturano lo spazio e i rapporti in conformità di quella classificazione» (BOURDIEU 1983: 173 - 228), cosicché i conseguenti giudizi e le conseguenti relazioni non possano essere messe in discussione.

Trattasi di un processo complesso - che con riferimento al nostro nucleo di lavoro abbiamo precedentemente definito di securitarizzazione - alla cui radicazione, diffusione e conservazione partecipano una molteplicità di forze (giuridiche, sociali e politiche), sia in termini di attori agenti che di strumenti utilizzati, tutti rivolti al comune obiettivo di fare del fenomeno migratorio una sorta di questione «meta-securitaria»¹⁴⁶, attorno

¹⁴⁶ A tal proposito si possono distinguere tre differenti paradigmi. Il primo descrive la migrazione come un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato. In generale il legame tra migrazioni e aumento dell'insicurezza è istituito attraverso due linee argomentative fondamentali: una più strettamente associata con l'ordine pubblico interno dello Stato, che punta l'accento sull'aumento del disordine urbano e della criminalità comune; un'altra associata al tradizionale discorso della sicurezza nazionale, che tende a legare la migrazione con una serie di minacce strategiche di natura transnazionale. Il secondo tende invece a distinguere i membri legittimi di una comunità dagli invasori, dipingendo il fenomeno migratorio come una

a cui vengono strutturati una serie di discorsi e di pratiche che legano in un rapporto diretto di dipendenza, la sicurezza garantita sul territorio nazionale al grado di controllo esercitato a partire dalle frontiere dello stesso fino a quello impresso sul corpo dei migranti.

Si tratta di una serie di dispositivi di sicurezza che vengono appositamente attivati per rispondere ad una specifica funzione che i promotori stessi definiscono “governo della sicurezza”, ma che nei fatti svolgono «una funzione definitoria delle minacce per il solo fatto di essere attivati» sono *securitarian speech-acts* studiati, prodotti e diffusi dagli attori politici e dagli esperti della sicurezza per generare e rinvigorire consenso politico e potere; ma anche le pratiche non-discorsive, come l’uso di particolari mezzi istituzionali o di determinate tecnologie che giustificano e supportano la creazione di poteri e competenze speciali (CAMPESI, 2012: 16-19).

Trattasi dunque di atti discorsivi e non, che si intrecciano e spesso si sovrappongono e che, pur se agiti da attori diversi e per opera di strumenti diversi, inseguono un fine comune. Laddove i primi tendono ad assumere un carattere drammatizzante, teso ad enfatizzare la minaccia e ad invocare la rottura del quadro giuridico-politico ordinario, le seconde sembrano invece funzionare secondo una logica incrementale, che erode lentamente e quotidianamente il quadro giuridico-politico senza drammatiche invocazioni dello stato di emergenza. Potremmo parlare di *stato di eccezione* da un canto e di *governamentalità* dall’altro, proprio per tentare di spiegare, con l’ausilio di differenti ma coagenti prospettive teoriche offerte dai contributi dei rispettivi autori, una tendenza ormai

minaccia di natura prevalentemente politico-identitaria, capace di ridurre l’integrità sociale e aumentare il grado di violenza politica. Il terzo, infine, individua nelle persone migranti i soggetti da cui dipendono le sicurezze e le insicurezze sollevate dal processo di deindustrializzazione e dalla crisi del modello politico economico dello Stato sociale, quindi nella migrazione quel fenomeno in grado di minacciare l’assetto socio-economico dello Stato.

consolidata nell'approccio al fenomeno migratorio, che ha fatto della sicurezza una bandiera che sventola quanto più essa riesce ad agitare lo spettro dell'insicurezza. Il processo di securitarizzazione riesce infatti ad incarnare una perfetta esemplificazione dell'utilizzo del paradigma dell'eccezione come potente mezzo di governo delle odierne società.

L'approccio metodologico proposto dalla teorizzazione sullo *stato d'eccezione* mette al centro dell'evoluzione del processo, la specifica categoria degli attori politici che, posizionati entro il particolare contesto della competizione elettorale e del "mercato" politico interno, ostentano la retorica discorsiva dell'emergenza in difesa dell'ordine e della sicurezza nazionale, facendo ricorso a strategie politiche e a misure di carattere eccezionale che implicano la sospensione dell'ordinario quadro giuridico. Così, analizzato dal punto di vista della legge, l'esclusione sarà l'atto dell'autosospensione, nel senso che il diritto ordinario limiterà il proprio rapporto con gli esclusi al fatto di tenerli fuori dalla sfera da essa governata e ne genererà uno nuovo, diseguale, derogatorio: quello dell'eccezione. Per dirla con Giorgio Agamben: «Non è l'eccezione che si sottrae alla regola, ma la regola che, sospendendosi, dà luogo all'eccezione e soltanto in questo modo si costituisce come regola, mantenendosi in relazione con quella» (AGAMBEN, 1995:22).

Nell'emergenza ogni azione resta saldamente legata alla regola, perché è solo attraverso la capacità della legge di tracciare il confine della sua applicazione che essa potrà generare la «categoria universale dell'escluso» (BAUMAN, 2004: 41). Controllare, separare, segregare, escludere sono ormai tra le fondamentali attività e "metafunzioni" svolte dalle politiche nazionali in materia di immigrazione (e non solo); ogni azione è ormai indirizzata a tracciare una linea chiara tra ciò che è legale e ciò che non lo è, tra un "ordine" e un "caos" che allontana, che separa, che genera «una zona grigia: un regno dell'indefinito,

dell'incerto – e del pericolo» (BAUMAN, 2004: 36). La costruzione di un ordine sembra ormai essere il mantra dietro cui si preparano e sbandierano le più repressive politiche migratorie; «regolare, governare, gestire» affinché si possa creare l'ideale «condizione in cui ogni cosa è al posto che le spetta e svolge la funzione che le è assegnata»¹⁴⁷.

È così che il diritto genera «luoghi ad accesso vietato» (BAUMAN, 2004:41), *zone di indistinzione* collocate ai margini dell'ordinamento giuridico, entro cui i soggetti migranti vengono relegati affinché possano essere esclusi dal tessuto sociale, politico e giuridico, quei territori eccezionali che Agamben identifica nella “forma campo”. Un'anomalia rispetto alla legge dello Stato dalla quale non può però prescindere poiché è essa stessa vitale per la sua stessa sopravvivenza. Uno spazio di eccezione che agisce sui corpi attraverso il loro trattenimento, attraverso la privazione della libertà personale, attraverso il raggiungimento di quel *grado zero* della cittadinanza che annulla ogni libertà di movimento nello spazio e nel tempo di quanti si desidera escludere dall'ordinario regime giuridico, politico e sociale. Il potere sovrano individua le presenze che bisogna sorvegliare e controllare perché ritenute pericolose o “abusive” e su cui poter imprimere forme atipiche di potere, caratteristiche di quei contesti giuridici entro cui il diritto si sospende e viene fatta valere l'eccezione (si pensi ai “casi eccezionali di necessità e urgenza” citati dall'art. 13 comma 3 della Costituzione italiana).

A tal proposito, il filosofo francese Balibar – riferendosi al più ampio scenario sovranazionale - parla di pericolo dell'istituzione di un *regime europeo di segregazione* partendo dal concetto stesso di *apartheid europea* che si presenta laddove esistano, all'interno della medesima cornice nazionale, almeno

¹⁴⁷ Definizione fornita dall'*Oxford English Dictionary* per indicare in concetto di “ordine” e “ordinare”.

due gruppi distinti di soggetti e che uno dei due abbia il potere economico, politico o militare di imporre all'altro un regime di accesso e di circolazione rispetto agli spazi da condividere (BALIBAR 2004).

Tuttavia, ci si potrebbe spingere anche oltre la definizione stessa data dal filosofo e affermare che, attraverso la codifica di appositi spazi di confinamento e della loro ordinaria diffusione e legittimazione all'interno dell'ordinamento, il gruppo "dominante" non si limita a imporre un regime che neghi all'altro gruppo l'accesso e la circolazione sul territorio, ma crea i luoghi della non-appartenenza, della non-condivisione, entro cui soltanto gli "irrappresentabili" e le *non-persone* vi potranno fare accesso. È sono proprio questi i luoghi che rischiano di far ritornare «prepotentemente di attualità» la nozione di forma campo, pur considerando che ogni volta che ci si accosta ad un concetto di tale portata ci si ritrova di fronte a riflessioni che non appariranno mai esaustive, lineari e prive di contrasti (RAHOLA 2003). L'emotività che evoca, i significati che implica e l'irripetibilità che se ne pretende, non ne rendono semplice l'approccio, tant'è che nel *Il secolo dei campi* Joël Kotek e Pierre Rigoulot (2001) parlano del termine come di una «parola malata», ormai priva di ogni capacità descrittiva, che non può più essere associata a nessun'altra violazione dei diritti umani.

Eppure, il timido avvicinamento che si sta tentando di attuare è chiaramente propenso a considerare il concetto come una forma idealtipica di analisi, dunque non tanto a soffermarsi su quanto accaduto al loro interno, quanto sulla struttura politico-giuridica che lo sorregge, così da consentire di approcciarsi a tale astrazione «non come a un fatto storico e a un'anomalia appartenente al passato (anche se ancora eventualmente riscontrabile), ma [...] come alla matrice nascosta, al *nomos* dello spazio politico in cui ancora viviamo» (AGAMBEN 1996: 185). Secondo Agamben, infatti, l'Occidente non avrebbe mai abbandonato la modernità e le sue logiche escludenti, divenute

particolarmente visibili nella prima metà del Novecento, per lo più tramite particolari ingerenze attraverso cui la politica avrebbe espresso il proprio potere di disporre delle vite altrui: la messa al bando del diverso, atualizzabile tramite la proclamazione dello stato di eccezione, quindi attraverso un processo di legittimazione istituzionale della logica inclusione/esclusione; la *nuda vita* come elemento politico originale e come soglia di articolazione fra natura e cultura (*zoè* e *bíos*) che finisce per essere prodotta dal potere sovrano; il *campo* come forma e spazio sociale della modernità.

In particolare l'autore, soffermandosi su quest'ultimo aspetto, parla della forma campo come paradigma biopolitico dell'Occidente¹⁴⁸ sorretto dall'assunto *Necessitas legem non habet*, dal quale lo stato di eccezione trarrebbe legittimazione e dal quale poter estrarre una duplice interpretazione: «la necessità non riconosce alcuna legge» e «la necessità crea la sua propria legge» (AGAMBEN, 2003). È, dunque, l'esigenza di dover mettere ordine ad una situazione di caos giuridico provocato da un'emergenza che fa ricorrere alla proclamazione dello stato di eccezione, che verrà sospeso nel momento in cui sarà ripristinato

¹⁴⁸Le più antiche origini risalirebbero ai *campos de di concentraciones*, istituiti dagli spagnoli a Cuba nel 1896 durante l'insurrezione coloniale, per recludere la popolazione civile e ai *concentration camps* delle autorità inglesi in Sud Africa del 1900, entro cui migliaia di civili boeri furono contenuti. In entrambi i casi si trattò dell'internamento di un'intera popolazione civile autorizzato da "provvedimenti di emergenza" emanati in un contesto di guerra coloniale in nome della sicurezza, per preservare la popolazione innocente dalla "pericolosa" insurrezione. E fu ancora in nome della difesa dello Stato dalla presunta pericolosità di alcune tipologie di individui non colpevoli di aver commesso alcun reato penale che, in epoca nazista, si legittimò la custodia protettiva all'interno di quei campi che successivamente sarebbero divenuti luoghi di sterminio. Anche in questo caso, e probabilmente con maggiore evidenza, la legittimità giuridica dell'internamento non derivava dal diritto ordinario, ma dalla *Schutzhaft* (custodia protettiva), un istituto giuridico proveniente da una legge prussiana sullo stato di assedio del 1851. Fatta questa brevissima regressione sulla indagine svolta dall'autore relativamente alla nascita dell'idea di campo e ribadendo che non voglia sostenersi nessuna diretta analogia, appare sostanziale considerare l'impianto giuridico sui cui tali esempi poggiando le proprie radici. Essi non nascono dal diritto comune ma dalla legge marziale e dallo stato di eccezione.

lo stato di necessità. Tuttavia – come argomenta Agamben in *Stato di eccezione* (2003) – lo stato di necessità può finire con l'essere incluso nell'ordine giuridico e mostrarsi come un vero e proprio stato della legge: «è soltanto con i moderni che [...] il principio secondo cui la necessità definisce una situazione singolare in cui la legge perde la sua *vis obligandi* (questo è il senso dell'adagio *necessitas legem non habet*) si rovescia in quello secondo cui la necessità costituisce, per così dire, il fondamento ultimo e la sorgente stessa della legge» (AGAMBEN, 2003: 15). Ciò significa che dallo stato di eccezione e dai suoi provvedimenti di urgenza sospensivi della legge, si giungerà alla legge, alla norma, e cioè ad una prassi organizzativa del sociale che non ha più nulla di eccezionale.

E nulla di eccezionale sembra ormai esserci nei provvedimenti amministrativi decretati dall'esecutivo che legittimano la restrizione degli stranieri in luoghi tipicamente extragiudiziari in ragione del proprio *status*, disciplinati attraverso la legge ordinaria e certamente figurabili come misure assolutamente ordinarie, svincolate però dal sistema penale e carcerario. «Il campo è lo spazio che si apre quando lo stato di eccezione comincia a diventare regola»: la sospensione temporale dell'ordinamento, attraverso cui lo stato di eccezione si manifesta, acquista un «assetto spaziale permanente», uno spazio di eccezione che viene spinto fuori dall'ordinamento giuridico ma non rimane «semplicemente uno spazio esterno» (AGAMBEN, 1996: 188).

Si tratta di un «paradosso tipico della sovranità»: la detenzione amministrativa, pur rappresentando una eccezione rispetto alle garanzie costituzionali previste in materia di libertà personale, esercitata in nome della “prerogativa sovrana” di difesa del territorio nazionale e, dunque, pur essendo rappresentabile come misura straordinaria rispetto all'ordinamento giuridico, occupa nel quadro delle politiche migratorie uno spazio la cui funzione è quella di protezione della

linea di demarcazione che identifica quello stesso ordinamento giuridico (CAMPESI, 2013). Kotek e Rigoulot (2003) ne parlano in termini di misura eccezionale utilizzata dai regimi democratici in risposta ad eventi temporanei di elevata criticità, attraverso cui si materializzano violazioni dei diritti delle persone ristrette, non giustificabili al di fuori di quello stato di necessità. Tuttavia, essa non sprofonda nel puro vuoto giuridico, essendo prevista dalla legge e regolata nelle sue modalità esecutive. Per quanto la vita delle persone migranti sarà spinta al di fuori dello scenario giuridico rappresentato dallo Stato di diritto, all'interno dei centri essa sarà costantemente e minuziosamente scandita da esso.

Benjamin sostiene che dal momento che «lo stato di eccezione è diventato la regola» (BENJAMIN 1942), esso si mostrerà non soltanto come «tecnica di governo» e «misura eccezionale», ma anche come paradigma costitutivo dell'ordinamento giuridico (AGAMBEN 2003). Ed è questo che fa la differenza, nel senso che, nata dall'emergenza e adottata nella prassi, la detenzione amministrativa potrà dirsi legittima e “normale” nel momento in cui sarà il diritto stesso a disciplinarla, ad istituzionalizzarla.

Seguendo la prospettiva finora considerata, ci si trova di fronte ad una forma campo, proprio ogni qual volta si assiste alla istituzionalizzazione di uno spazio finalizzato al controllo e al contenimento di soggetti trattenuti non sulla base delle proprie condotte ma in ragione dell'appartenenza ad una categoria generale, qualificata sulla base dell'inammissibilità al territorio dello stato e della non appartenenza alla comunità nazionale. In particolare, abbiamo visto rimarcare l'origine coloniale dei campi, proprio a voler tracciare una linea di continuità «tra il passato coloniale e il presente post-coloniale» (CAMPESI, 2013) perché, oggi come ieri, i campi si configurerebbero come dei «dispositivi che, nel gesto di territorializzare chi non appartiene,

segnalano e direttamente danno “forma” a un’umanità in eccesso» (RAHOLA, 2003: 17).

Centri temporanei per ospitare definitivamente profughi; centri provvisori per richiedenti asilo; centri di detenzione per stranieri da espellere; centri di smistamento o *hotspot*; ogni simile forma spaziale riproduce lo sconfinamento di quanti - rimanendo fuori da logiche di appartenenza studiate e validate *a priori* - diventano «il sintomo di un’inclusione che a ogni latitudine si rivela sempre più come impossibile» (RAHOLA 2003: 70).

«Lo scollamento crescente tra la nascita (la nuda vita) e lo stato nazione è il fatto nuovo della politica del nostro tempo e ciò che chiamiamo campo è questo scarto. A un ordinamento senza *localizzazione* (lo stato di eccezione in cui la legge è sospesa) corrisponde ora una *localizzazione* senza ordinamento (il campo, come spazio permanente di eccezione). [...]. Il campo come *localizzazione dislocante* è la matrice nascosta della politica in cui ancora viviamo, che dobbiamo imparare a riconoscere attraverso tutte le sue metamorfosi, nelle *zone d’attente* dei nostri aeroporti come in certe periferie delle nostre città» (AGAMBEN 1995: 197), un «limbo giuridico» entro cui gli stranieri rimangono imprigionati (CAMPESI 2013).

È il nesso con lo stato di eccezione - e l’extragiuridicità che ne consegue - a permettere che nel campo siano internati civili che siano non-cittadini. Il campo è infatti il luogo dei *displaced*, di tutti coloro che sono esclusi dall’universo dell’appartenenza; di tutti coloro che il gruppo dominante prima citato, ha deciso di sottrarre a quel paradigma moderno di localizzazione giuridica rappresentato dalla cittadinanza che garantisce il godimento e l’esercizio dei diritti, per essere relegati in uno spazio di eccezione dove le ordinarie garanzie giuridiche sono sospese.

Divenuto regola anziché eccezione, il campo rappresenta oggi la plastificazione istituzionale di un approccio

securitario all'immigrazione, in altre parole, il simbolo dell'esclusione sociale e legale di esuli peregrini che la società europea si rifiuta di accogliere. La temporaneità, tipica dell'emergenza, è stata abilmente raggirata dal susseguirsi di politiche che hanno elargito misure eccezionali diventate normali e legittime anche quando i presupposti dell'urgenza sono venuti a mancare, legittimate da quel processo di securitarizzazione che, promuovendo l'ordinaria detenzione degli stranieri, ha minato il regime dei diritti umani nel suo nucleo più profondo: il diritto alla libertà personale. Ed è «quando l'appartenenza alla comunità in cui si è nati non è più una cosa naturale e la non appartenenza non è più oggetto di scelta, quando si è posti in una situazione in cui, a meno che non si commetta un delitto, il trattamento subito non dipende da quel che si fa o non si fa» che ogni concetto di libertà e giustizia viene seriamente compromesso, palesando una privazione dei diritti inviolabili che «si manifesta soprattutto nella mancanza di un posto nel mondo che dia alle opinioni un peso e alle azioni un effetto» (ARENDETT, 1948: 410).

Come scrive Claudio Sarzotti «il sapere giuridico della modernità, soprattutto nel suo aspetto tecnico-pratico, tende a perdere la forma di un discorso sulla legittimità del potere e sulla sacralità dei diritti individuali per diventare invece un sapere di gestione della popolazione [...] il diritto diventa tattica, strumento di governamentalità» (SARZOTTI, 1991: 78-9): una particolare e complessa forma di potere che si esprime attraverso istituzioni, procedure, strategie, analisi e calcoli e «che ha per bersaglio la popolazione, per forma principale di sapere l'economia politica, per strumenti tecnici essenziali i dispositivi di sicurezza» (FOUCAULT, 2014: 65).

È all'interno di tale prospettiva che il processo di securitarizzazione delle migrazioni diviene il riflesso di una tattica utilizzata per governare le insicurezze generate dal

sistema politico-economico neoliberale: sicurezza e popolazione, un sottile filo a cui è appeso il destino delle libertà individuali e che questa volta non si intende gestire mediante la deviazione dall'ordinario quadro giuridico-politico, ma attraverso «la retta disposizione delle cose, delle quali ci si prende cura per condurle ad un fine conveniente» (FOUCAULT, 2014: 51), le quali si intende normalizzare eliminando qualsiasi effetto di straordinarietà. Non si tratta semplicemente di adottare delle leggi, piuttosto di utilizzare delle pratiche e delle strategie – al massimo di usufruire delle «leggi stesse come tattiche» – per far credere di gestire quotidianamente l'insicurezza, perseguendo in verità precise intenzioni che saranno «l'obiettivo stesso del governo» (FOUCAULT, 2014: 51-55).

Meccanismi disciplinari e tecnologie governamentali attraversano le istituzioni giuridiche, instaurando con esse una dialettica complessa che trasforma i meccanismi giuridici in strumenti funzionali al potere politico nella sulla latente mansione di riproduzione di rapporti di forza «nelle istituzioni, nelle disuguaglianze economiche, nel linguaggio, fin nei corpi degli uni e degli altri» (FOUCAULT, 1997: 23). Foucault parla del potere come di una forza che attraversa il corpo e tramite esso si manifesta, diventando il luogo tipico entro cui individuare i tratti del dominio e le sue regole di formazione e di esercizio. Non vi è potere, difatti, se non laddove si realizza la possibilità concreta di «*disporre* un mondo», di disporre delle vite altrui, di disporre di corpi all'interno di un sistema di regole ed entro specifici *ordini discorsivi*, pensati appositamente per essere vincolanti rispetto ad un determinato gruppo di oggetti che tali discorsi intendono ordinare (NATOLI, 2005: 71).

Così, il migrante prima ancora di essere un corpo da “smistare”, espellere o la cui condizione giuridica richiede del tempo per poter essere definita, sarà semplicemente un corpo irregolare, diverso, ma principalmente un corpo portatore di un certo potenziale di *caos* all'interno di un contesto caratterizzato

da una ferrea esigenza di mantenimento dell'ordine che finirà, in ultima istanza, con l'essere coerente con una delle più totalizzanti espressioni del potere: la segregazione. Una potente arma di esercizio del potere, una «struttura semigiuridica, una specie di entità amministrativa che, accanto ai poteri costituiti, e al di fuori dei tribunali, decide, giudica ed esegue» (FOUCAULT, 1997: 73), e che una volta istituita, sarà anche compresa e razionalizzata poiché detentrica dell'indispensabile funzione di controllo sociale.

Ed è proprio quest'ultimo mandato affidato al potere che ci aiuta particolarmente nella comprensione delle probabili motivazioni che potrebbero aver alimentato e esasperato quell'investimento politico su determinate figure giuridiche che oggi permettono l'esercizio di un simile potere, agendo secondo molteplici forme - ma ormai con una persistenza preoccupante - sul corpo dei migranti.

Una specifica forma di governamentalità – che si distingue dalla disciplina poiché rivolto a popolazioni e non a singoli individui ma che «certo, delle discipline è sorella» (DE GIORGI, 2000: 44) - rivolta al mantenimento di un ordine sociale che sarebbe stato messo in discussione dall'emergenza dettata dalla presenza dei migranti, matrice di ogni intervento repressivo e di controllo che ha caratterizzato la politica, la legislazione e gli atteggiamenti istituzionali degli ultimi decenni, e ancor di più dei periodi recentissimi.

Più propriamente si organizzeranno precisi codici di operatività (identificare, smistare, classificare, confinare, escludere) sorretti da specifiche produzioni di verità (intese non come produzione la produzione di enunciati veri, ma come «la regolazione di campi nei quali la pratica del vero e del falso può essere al tempo stesso controllata e pertinente»); un insieme di prescrizioni calcolate e ragionate (secondo le quali dovrebbero organizzarsi le istituzioni, gli spazi, regolare dei comportamenti), una retorica che darà loro validità, una legge

che gli fornirà legittimità, delle istituzioni che gli permetteranno di prendere corpo (FOUCAULT, 2014: 77). Tutto un processo indirizzato verso la sorveglianza e che si concretizzerà nella costruzione di barriere materiali o simboliche che limiteranno la capacità di movimento, di interazione e di azione di quei corpi; sostanzialmente la loro libertà, sbandierando quale paradossale prerogativa da salvaguardare, la gestione, entro una determinata soglia di tolleranza, le sfide dichiarate da quella stessa libertà.

Si diffonderanno dei discorsi egemonici il cui principale lessico sarà quello dell'insicurezza, del rischio, della pericolosità, e attraverso i quali si tenterà di divulgare una descrizione allarmante di intere categorie di soggetti. Le *élites* del potere attiveranno degli specifici processi di costruzione sociale della realtà, utilizzando delle particolari strategie di dislocazione dei problemi, delle vere e proprie “crociate morali” indirizzate contro determinati nemici pubblici che saranno presentati come fonte di ogni forma di disagio economico e di insicurezza sociale che - generalmente e non casualmente - caratterizza i momenti storici entro cui simili processi si radicano¹⁴⁹.

Utilizzando il pensiero di Dario Melossi, difatti, esisterebbe una diretta connessione tra periodi di crisi economica e la diffusione di vocabolari motivazionali orientati al rigore e al mantenimento dell'ordine sociale. Il radicato senso di incertezza e la forte necessità di protezione generata da ormai strutturate situazioni di disagio economico, di precarietà delle condizioni sociali e lavorative e di insicurezza sociale generalizzata,

¹⁴⁹ Questo approccio potrebbe essere ciclicamente valido: in qualsiasi momento storico che presenti determinate peculiarità (il disagio economico, lavorativo, sociale, la generalizzata precarietà) e per diverse categorie di soggetti appositamente individuati come colpevoli della generale condizione di malessere (gli immigrati, i criminali, i tossicodipendenti, e altro ancora) Come scriveva Herbert Marcuse in *L'uomo a una dimensione*, «il Nemico è un dato permanente. Non fa parte della situazione di emergenza ma del normale stato di cose. Esso avanza minacce in tempo di pace non meno che in tempo di guerra (e forse ancor di più); in tal modo esso viene inserito nel sistema come forza coesiva» (MARCUSE 1974 :71).

rappresenterebbero la fonte privilegiata delle agenzie del controllo per attuare una “dissociazione dei fenomeni reali dai metadiscorsi socialmente costruiti intorno a essi”, dirigendo l’attenzione dell’opinione pubblica verso specifici fenomeni, certamente accessori, ma immediatamente percepibili¹⁵⁰. Si tratta di un processo di costruzione sociale del consenso studiato per favorire la legittimazione dell’autorità impegnata nella lotta ai fenomeni incriminati e screditare, invece, i fattori strutturali che effettivamente determinano la situazione, le reali origini dell’insicurezza: uno specifico lessico fungerà da strumento di legittimazione sociale di quelle pratiche di controllo e insieme definiranno quei determinati gruppi che, esclusi dal circuito dell’integrazione economica e sociale, saranno considerati come devianti rispetto alla norma, e in quanto tali, meritevoli di subire una incapacitazione in termini di riduzione dei diritti individuali, degli spazi e delle azioni di socialità, fino all’assoggettamento totale dei corpi mediante le pratiche di confinamento.

Sono quest’ultime le pratiche che – con differenti denominazioni e varie declinazioni, tutte inglobate nell’istituto giuridico della detenzione amministrativa - rappresentano la massima configurazione di quell’opposizione (ovunque riscontrabile) tra il potere istituzionale e i corpi assoggettati. Quelli che, utilizzando il pensiero di Agamben, abbiamo definito *campi*; quei *non luoghi* di Augè che Goffman ha preferito definire *istituzioni totali*; che Deleuze includerebbe nella categoria di *apparato di cattura* all’interno di un processo più ampio di *surcodificazione* attivato dalle cosiddette *società del*

¹⁵⁰ Questo particolare approccio nasce da un’analisi di impronta puramente materialistica che poggia sul dispositivo della *less eligibility* per spiegare l’interrelazione tra sistema di controllo e sistema economico. Si tratta di un principio secondo cui, in periodi caratterizzati da un aggravamento delle condizioni economiche, lavorative e sociali, la stabilità del sistema e l’ordine sociale sarebbero assicurati da un irrigidimento delle politiche punitive. «La punitività aumenta fino al punto in cui qualsiasi condizione di lavoro risulti preferibile in confronto a quella di chi è trattato istituzionalmente come criminale». (DE GIORGI 2000: 88).

controllo e che rientrano nella rete *eterotopica* descritta da Foucault¹⁵¹.

Degli spazi sociali all'interno dei quali l'organizzazione dello spazio produce e riproduce incessantemente – ed ora non più soltanto in senso metaforico – le complesse dinamiche delle relazioni di potere, «ove l'insieme delle manifestazioni vitali, organiche e psichiche di un individuo sembrano implodere in uno spazio esistenziale pienamente codificato» (FOUCAULT, 1968: 9-20) di cui il soggetto ristretto rappresenta l'oggetto di una violenza istituzionale che agisce a tutti i livelli, privandolo di ogni «potere sociale, economico, contrattuale: una semplice presenza negativa, ridotta ad essere aproblematica e acontraddittoria» (BASAGLIA, 1968:128).

Sono le *istituzioni della violenza* - che hanno rappresentato la storia recente e che raggiungono la nostra epoca quasi immutate nella sostanza – ad essere formalizzate e normalizzate a partire da quel principio secondo cui il fine ultimo del governo e dell'ordine delle nostre società sarebbe perseguibile attraverso la divisione «tra *normali e anormali*, tra cittadini pienamente detentori di diritti sanciti, e individui passibili in ogni momento di internamento amministrativo» (SCIURBA, 2009: 32).

«Ogni società, le cui strutture siano basate soltanto su differenziazioni culturali, di classe e su sistemi competitivi, crea in sé aree di compenso alle proprie contraddizioni, nelle quali concretare la necessità di negare o di fissare in una oggettualizzazione una parte della propria soggettività»

¹⁵¹ Per approfondimenti si rimanda a M. Augé, *Non-lieux*, 1992. Trad. it, *Non luoghi. Introduzione a un'antropologia della surmodernità*, Milano, Elèuthera, 1993; E. Goffman, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, 1961. Trad. it., *Asylums*, Torino, Einaudi 1968; G. Deleuze-F. Guattari, 7000 a.c. *Apparato di cattura*, in Mille Plateaux. *Capitalisme e schizofrénie*, 1980, Trad. it., *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, voll. 2, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, 1987; M. Foucault, *Spazi altri. I luoghi delle eterotopie*, a cura di S. Vaccaro, Milano, *Eterotopia*, 2002; M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, 1975. Trad. it, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976.

(BASAGLIA, 1968:136). La necessità del confinamento sarà sempre una diretta conseguenza di una contestuale esigenza di ridefinire le caratteristiche di riferimento di una determinata società e sarà sempre dettagliatamente studiata per tracciare nuovi e diversi confini sociali e politici, utili alla messa ai margini di qualcuno verso cui quei confini avranno effetti esclusivi.

Ne deriva un rapporto di sopraffazione fra potere e non potere, «che si tramuta nell'esclusione da parte del potere, del non potere» (BASAGLIA, 1968: 114) e che - secondo gradi e modalità differenti, decise a seconda del bisogno che chi detiene il potere ha di velarlo – agiranno ininterrottamente forme di violenza e di esclusione giustificate dal costante richiamo a quel principio di necessità indispensabile per confermare, e contemporaneamente sancire, quel concetto di norma da esso stabilito.

Esiste, difatti, un legame imprescindibile tra l'azione politica e lo spazio entro cui essa si compie, capace di dotare tali luoghi di senso e di significato politico, grazie ai quali, paradossalmente, la *nuda vita* assumerà finitezza. Il confinamento, la separazione, l'esclusione, agiti dal diritto attraverso la definizione di simili spazi come simbolo di garanzia della norma, saranno «la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo». Così, le politiche migratorie e i dispositivi di controllo della mobilità del migrante, rappresenteranno quelle pratiche studiate e messe in atto di volta in volta per definire la collocazione delle persone migranti all'interno delle società di arrivo, proprio a partire dalle esigenze e dai progetti di quella stessa comunità politica e volte a contrastare le soggettività, le scelte personali, le volontà, i diritti e le strategie di resistenza delle persone migranti, che tanto disturbano le esigenze di ordine e che per questo richiedono la sperimentazione di diverse pratiche di confinamento «capaci di reindirizzare le energie dei

soggetti temporaneamente sfuggiti al controllo» . (SCIURBA, 2009: 15-32).

Una vera e propria tecnologia di filtraggio, il cui scopo non sarebbe la totale esclusione dei suoi destinatari, quanto il governo della stessa esclusione, finalizzata a fini specifici; l'espressione di un dentro soggiogato da un fuori che ha necessità di mantenere il proprio primato, forse minacciato dalle molteplici sollecitazioni che i *discorsi* diffusi tentano di mascherare.

4. Funzioni manifeste e funzioni latenti. Quali le possibili finalità del “controverso” istituto giuridico?

Una particolare modalità di gestione dell'esclusione e della collocazione degli individui all'interno dello spazio sociale e politico, che necessita e pretende una continua legittimazione giuridica che ne ratifichi la validità, benché i dati continuino a dimostrare un generale fallimento della detenzione amministrativa in rapporto alla sua efficacia rispetto ad una funzione teoricamente originaria o, più propriamente, manifesta.

Mathieu Bietlot, riflettendo sulla presenza dei campi per stranieri in Europa, faceva infatti emergere una distinzione tra le funzioni cosiddette manifeste e latenti di ogni simile sistema di detenzione, ipotizzando delle precise finalità verso cui sarebbe indirizzato: “funzioni simboliche, ideologiche e spettacolari”; “funzioni politiche”; funzioni economiche”; “funzioni poliziesche”.

Sintetizzando la sua argomentazione, partendo dalla prima delle funzioni espresse, l'autore individua tre diversi obiettivi perseguiti, validi per tre diverse categorie di destinatari:

«ottimizzare una gestione preventiva e proattiva dei flussi migratori», dunque, non arrestare gli arrivi ma mostrare la rigidità del sistema ai potenziali migranti; dimostrare ai migranti già presenti (la cui condizione giuridica sappiamo essere estremamente labile, vista la precarietà dei permessi di soggiorno concessi, la difficoltà di ottenere autorizzazioni per lungo-residenti, la quasi impossibilità di vedersi riconoscere la cittadinanza) il rischio permanente di poter essere confinati «nell'invisibilità», costretti alla «docilità» e all'«arrendevolezza»; «restituire un'apparente consistenza ad un potere politico che sta perdendo sovranità e credibilità», attraverso lo «spettacolo delle migrazioni securitarie» che devono costantemente esagerare, drammatizzare e addirittura ritualizzare «la parola e l'azione securitaria» per dimostrare alla popolazione autoctona (dunque all'elettorato nazionale) la presenza di uno Stato che garantisce protezione ma che, attraverso la «semplice enunciazione dell'allarme dimostra la realtà che esso denuncia», deviando da quei problemi che quello stesso Stato non è in grado o non intende affrontare». A tal proposito Dal Lago ideava il concetto di “tautologia della paura” per esprimere quel processo teso alla spettacolarizzazione della repressione che, all'enunciazione dell'allarme sociale utilizzato per produrre quegli effetti di veridicità foucaultiana, fa immediatamente seguire una risposta delle istituzioni che possa confermare l'allarme stesso e giustificare ogni azione repressiva.

La seconda ipotesi contemplata da Bietlot non si discosta particolarmente da quest'ultimo aspetto e riguarda la volontà di voler rendere visibile una certa rappresentazione della politica ufficiale, ancora in grado di difendere la sovranità interna dalle difficoltà e dalle vulnerabilità derivanti dalle dinamiche della globalizzazione e di cui il «confinamento istituzionale» rappresenta «la prova che essere cittadini di uno Stato [...] ha ancora dei vantaggi». (SCIURBA 2009: 115).

Inoltre, riflettendo sulle alte percentuali di migranti transitati nel sistema di detenzione amministrativa senza che sia stato effettivamente eseguito il loro successivo rimpatrio ma che invece avrebbero perpetuato la loro condizione di irregolarità sul territorio dello Stato, l'autore suppone quelle che definisce le "funzioni economiche" dietro cui si celerebbe la presenza di tali sistemi e che li porrebbe come dispositivi di filtraggio preposti «all'inclusione selettiva di determinati gruppi di migranti» e alla produzione di un utile tasso di clandestinità. (SCIURBA 2009: 117). In altre parole, essi contribuirebbero ad alimentare quell'*inclusione differenziale* dei soggetti migranti, promossa dalle più generali politiche di chiusura delle frontiere europee e funzionale all'attuale sistema economico informale. Se è vero infatti che le persone migranti vengono considerate "clandestini" prima ancora di cadere nelle maglie della detenzione, «è altrettanto vero che è lì dentro che tale condizione viene suggellata pubblicamente e stabilmente» mediante un'azione di assoggettamento degli individui e di definizione formale della loro irregolarità che li rende maggiormente vulnerabili rispetto ai lavoratori locali e, dunque, maggiormente pronti a sottostare alle esigenze di un mercato sempre più flessibile e meno disposto ad accogliere eventuali resistenze. (SCIURBA 2009: 117).

Infine, iscritte nel più ampio processo di securitarizzazione e di sviluppo di pratiche di controllo della popolazione sempre più capillari, che del primo sono conseguenza e al contempo nutrimento, Bietlot contempla le funzioni poliziesche della detenzione amministrativa, la quale si aggiunge «alla gestione politica delle popolazioni interessate, da un lato situando all'interno di uno spazio repulsivo che materializza un messaggio di inospitalità, e dall'altro lato permettendo diversi processi di identificazione, di differenziazione e di gerarchizzazione al loro interno» (BIETLOT, 2005: 231 e ss).

La possibilità di poter facilmente assimilare il profilo della misura amministrativa al mondo dei ghetti e alle pratiche di imprigionamento penale, ci suggerisce, infatti, una loro inclusione all'interno di un più ampio progetto di gestione della società che genera, e contemporaneamente sfrutta, i luoghi di detenzione amministrativa come ulteriori strumenti idealtipici di *normalizzazione* della pratica dell'internamento in quanto strategia di controllo della popolazione e di prevenzione del pericolo. Ognuno di questi modelli di sorveglianza può, difatti, essere inserito all'interno di uno stesso sistema che, in nome della sicurezza, ha normalizzato pratiche eccezionali, introducendo delle modifiche permanenti nell'ordinamento giuridico a discapito di alcuni diritti e delle libertà personali, generando uno "stato di emergenza permanente" che permette l'esercizio di pratiche illiberali all'interno di regimi cosiddetti liberali.

Riconducendo la teoria di Bietlot alla prospettiva cui finora ci siamo ispirati, il confinamento istituzionale dei migranti acquisisce senso e valore specifico in funzione delle rappresentazioni dominanti all'interno di una data società, perché in grado di localizzare il potere che in essa fluttua, tanto verso l'esterno (attraverso la spettacolarizzazione), quanto verso l'interno (attraverso l'assoggettamento); una tecnologia di filtraggio che non rappresenta affatto una forma di eccezione rispetto alle pratiche ordinarie dello Stato neoliberale, ma uno strumento fondamentale del suo ordinario repertorio di pratiche di governo.

L'esito cui si giunge incrociando le traiettorie analitiche di cui ci siamo serviti per articolare la nostra riflessione, ci pone di fronte ad una trasformazione del nostro rapporto con la normalità, caratterizzato, ora, da una sorta di stato di eccezione a bassa intensità permanente, alimentato dal costante inserimento di porzioni di "eccezionalismo" all'interno delle più ordinarie dinamiche giuridiche, e vorrei aggiungere, politiche e

sociali. Se per un verso, si può effettivamente osservare come una tendenziale dinamica di normalizzazione dell'emergenza sia in grado di trasformare le straordinarie tecnologie di sicurezza in comuni mezzi di regolazione, quasi completamente assorbiti dall'ordinario regime giuridico; dall'altro, le medesime prassi burocratiche si pongono ai margini dell'ordinamento, erodendo lentamente i confini della legalità e generando degli «spazi di vuoto giuridico», delle «zone di infra-diritto o di legalità limitata» (CAMPESI, 2012: 24). Due differenti modi di intendere il rapporto tra norma ed eccezione che, tuttavia, finiscono per utilizzare la questione della sicurezza come la principale categoria politica attraverso cui leggere la realtà e utili, nello specifico, a rendere la privazione della libertà personale, generalmente adottata per casi eccezionali di necessità e urgenza, una prassi ormai consolidata e sulla quale - seppure con intensità differente in base alle diverse fasi politiche - non si smette ancora di investire.

5. Oltre la regola e l'eccezione? Il caso Diciotti.

Fuori dalle considerazioni e dalle criticità finora rilevate rispetto ad un istituto che, comunque, continua a mantenere la propria giuridicità, la battaglia tra norma ed eccezione decretata da esigenze securitarie (c.d. "ragion di stato") - e cruciale per il precario bilanciamento tra le libertà individuali e la sicurezza collettiva - continua, e probabilmente diviene più aspra e giuridicamente patologica, quando incontra la più recente casistica relativa al diniego dell'autorizzazione allo sbarco sul territorio italiano di navi delle Organizzazioni non governative impegnate nel soccorso dei migranti in mare. Una questione finora relativamente discussa, balzata all'attenzione della

cronaca soprattutto in seguito alla ultima agenda politica (ed elettorale), scandita dalla propaganda dei “porti chiusi” e della “guerra alle Ong” e divenuta oggetto di disciplina giuridica da parte di una serie di interventi che, in forme diverse, hanno tentato di indebolirne gradualmente la portata garantista, fino a giungere alle dure previsioni di cui al c.d. “decreto sicurezza bis” (decreto legge n. 53 del 14 giugno 2019) che all’art. 2 autorizza la multa e la confisca delle imbarcazioni in caso di mancato rispetto del divieto di ingresso nelle acque italiane.

Dalla la nave *Alex* (battente bandiera italiana) della *Mediterranea Humans* alla *Mare Jonio* (battente bandiera italiana); dalla tedesca *Alan Kurdi* della Ong *Sea Eye* alla *Sea Watch 3* (battente bandiera olandese) gestita dalla Ong tedesca *Sea Watch*; dalla nave *Open Arms*, della spagnola *Proactiva* alla nave *Lifeline* della omonima Ong tedesca; fino alla nave francese *Aquarius* di Medici Senza Frontiere, sono diverse le imbarcazioni finite sotto il mirino del nuovo disegno politico, bloccate per giorni in mare o costrette a sbarcare fuori dalle acque territoriali.

Tuttavia, un caso che ha sollevato le più importanti riflessioni politiche e anche giuridiche, è stato quello della motovedetta “Diciotti” della Guardia costiera italiana giacché, a seguito del fatto, il Tribunale di Catania ha richiesto l’autorizzazione a procedere nei confronti dell’allora Ministro degli Interni Matteo Salvini. Vista e considerata la valenza simbolica del caso in questione, nonché le sue ripercussioni in materia giuridica, le pagine seguenti proporranno un’analisi dello stesso, nel tentativo di illustrare come esso potrebbe configurare il punto di collasso dell’ormai storico dissidio tra le pretese securitarie e la garanzia delle libertà individuali.

La legge costituzionale n. 1 del 1989, che dà attuazione all’art. 96 della Costituzione, al terzo comma dell’art. 9, stabilisce che la Camera cui appartiene un rappresentante del popolo, o il Senato se il membro del Governo non è

parlamentare, “può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l’autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l’inquisito abbia agito per l’interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell’esercizio della funzione di Governo”.

È sulla base di tale disposizione che, nel febbraio scorso, la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, a maggioranza, proponeva (e successivamente otteneva) all’Assemblea il diniego dell’autorizzazione a procedere in ordine al reato di sequestro di persona aggravato (previsto e punito dall’articolo 605, commi primo, secondo, n. 2, e terzo del codice penale) iscritto nei confronti del Ministro degli interni, con riferimento alla condotta tenuta rispetto a centosettantasette immigrati a bordo dell’unità navale “Diciotti”.

Gli eventi a cui si ci sta riferendo sono ormai noti, tant’è che i fatti vengono ormai riconosciuti sotto la locuzione di “caso Diciotti”, per riferirsi a quanto accaduto a bordo dell’omonima unità navale nell’agosto 2018 e ai successivi accadimenti politici e giudiziari terminati il 19 marzo 2019 con il diniego del Senato all’autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell’interno. Brevemente ricordiamo che, la vicenda all’origine dei fatti, riguarda l’operazione di soccorso e salvataggio di 190 immigrati effettuata in data 16 agosto 2018 dall’unità navale della guardia costiera “U. Diciotti” in zona SAR maltese, di cui parte (centosettantasette) trattenuti a bordo nel porto di Catania fino al 25 agosto 2018.

Seguendo un ordine cronologico, il 14 agosto si segnalava in mare la presenza di un’imbarcazione proveniente dalla Libia, con a bordo più di un centinaio di individui di varia nazionalità che, nei giorni seguenti, diveniva bersaglio di una controversia tra le autorità italiane e quelle maltesi, circa la responsabilità del soccorso, conclusasi con la presa in carico della Guardia Costiera Italiana che, vista la precarietà della

situazione, trasferiva i 177 migranti a bordo dell'unità navale "U. Diciotti". Soltanto il 20 agosto - dopo giorni di continue discussioni tra le autorità nazionali coinvolte rispetto all'individuazione del Paese responsabile dell'indicazione del POS (*place of safety*), che tenevano bloccata la nave nei pressi di Lampedusa - la Diciotti riceveva l'autorizzazione ad entrare nel porto di Catania, ma non a sbarcare i naufraghi, dal momento che il Ministro degli interni rifiutava il rilascio del Pos, dunque la conseguente autorizzazione allo sbarco, in attesa di una risposta a livello europeo sulla successiva distribuzione dei migranti approdati. Solo a seguito di un'esplicita richiesta del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minori di Catania, motivata dalle impervie condizioni che ormai si registravano a bordo della nave, il 22 agosto veniva autorizzato lo sbarco dei minori non accompagnati e dopo tre giorni quello dei rimanenti ospiti.

Ai fini della successiva indagine, le vicende vengono suddivise in due fasi: la prima (dal 15/16 agosto al 20 agosto) si avvia con l'accoglienza dei migranti sulla Diciotti e termina nel momento in cui essa approda al porto di Catania; la seconda (dal 20 agosto al 25 agosto) che comprende il periodo in cui i migranti vengono trattenuti sulla nave all'interno del porto di Catania, senza poter sbarcare.

Rispetto al primo intervallo temporale, con decreto depositato il 16 ottobre 2018, il Tribunale dei Ministri di Palermo, esclude la sussistenza di condotte costituenti reato da parte del Ministro, dichiarando la propria incompetenza riguardo ai fatti accaduti successivamente a quella data e rimettendo gli atti al Procuratore della Repubblica di Catania per le valutazioni di competenza. Diverso è per le vicende dei giorni a questa successivi, per i quali il Tribunale di Catania ritiene che sussistano gli estremi della fattispecie di cui all'art. 605, comma 3 c.p. (sequestro di persona aggravato dall'abuso della qualità di pubblico ufficiale e della minore età di alcune delle vittime).

Confermando che la condotta sia riconducibile nell'ambito del "reato ministeriale", perché connessa all'abuso dei poteri esercitati dall'indagato nell'esercizio delle sue funzioni di Ministro dell'Interno, rispetto alla configurazione del reato ipotizzabile e sulla sua qualificazione giuridica, il Tribunale, sulla base delle indagini preliminari considera fondata la *notitia criminis* in ordine al delitto di sequestro di persona contemplato dall'art. 605 del codice penale, in quanto nella veste di pubblico ufficiale, l'indagato avrebbe "abusato delle funzioni amministrative attribuitegli nell'ambito dell'*iter* procedurale per la determinazione del *place of safety*, ponendo – "arbitrariamente" secondo lo stesso tribunale – il proprio veto all'indicazione del POS da parte del Dipartimento per le libertà civili e per l'immigrazione, quale atto amministrativo propedeutico e necessario per autorizzare lo sbarco. In tal modo avrebbe determinato la forzosa permanenza degli immigrati a bordo dell'unità navale Diciotti, con conseguente illegittima privazione della libertà personale per un arco temporale giuridicamente apprezzabile e al di fuori dei casi consentiti dalla legge".¹⁵²

Nel formulare tale ipotesi di reato, il Collegio ha chiaramente fatto riferimento allo specifico quadro normativo in materia, esplicitando i relativi obblighi, le competenze e i margini di manovra concessi nella gestione del fenomeno del soccorso in mare, "che coniuga aspetti di assoluto rilievo costituzionale, quali quelli del diritto alla vita, alla libertà e al rispetto della dignità umana, nonché alla gestione dei flussi migratori e dalle correlate problematiche inerenti alla sicurezza e all'ordine pubblico di uno Stato sovrano".¹⁵³

Ha avviato la propria argomentazione dichiarando innanzitutto che "l'obbligo di salvare la vita in mare costituisce

¹⁵² Relazione della Camera di Consiglio del Tribunale di Catania - Sezione Reati Ministeriali in data 7 dicembre 2018, p. 3.

¹⁵³ *Ivi* p. 7.

un preciso dovere degli Stati e prevale su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare”, ovvero il principio base su cui poggiano quell'insieme di Convenzioni internazionali in materia, cui l'Italia ha aderito e che rappresentano “un limite alla potestà legislativa dello Stato e, in base agli artt. 10, 11 e 117 Cost., non possono costituire oggetto di deroga da parte di valutazioni discrezionali dell'autorità politica, assumendo un rango gerarchico superiore rispetto alla disciplina interna”.¹⁵⁴

I principi da cui partire per analizzare il quadro normativo in materia sono contenuti nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (Convenzione UNCLOS – *United Nation Convention on the Law of the Sea*), che però risulta una mera esplicazione di quanto già contenuto in precedenti trattati internazionali elaborati dall'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO) e relativi all'attività di soccorso in mare. Si tratta della Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 “SOLAS” (*Safety Of Life At Sea*) e della Convenzione internazionale di Amburgo sulla ricerca e il soccorso marittimi del 1979 “SAR” (*Search and Rescue*)¹⁵⁵ che, sostanzialmente, disciplinano gli obblighi di collaborazione ai fini del soccorso in mare. Ed è proprio sulla base di tali obblighi internazionali che il Tribunale di Catania tiene a sottolineare che “ove l'attività di soccorso in mare sia stata effettuata materialmente da unità navali della Guardia costiera italiana, la richiesta di assegnazione del POS debba essere presentata da MRCC Roma (*Maritime Rescue Coordination Center*) al Centro nazionale di coordinamento (NCC), che poi provvederà all'inoltro della stessa al competente Dipartimento per le libertà civili e per l'immigrazione del

¹⁵⁴ *Ivi.*

¹⁵⁵ Gli Stati membri dell'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO), nel maggio 2004, hanno adottato importanti emendamenti, entrati in vigore il 1° luglio 2006) alle richiamate Convenzioni internazionali SOLAS e SAR.

Ministero dell'interno, competente all'indicazione del POS ove operare lo sbarco".¹⁵⁶ Dal momento che le autorità italiane avevano assunto di fatto e di diritto la gestione dei soccorsi, riscontrando l'indisponibilità delle autorità maltesi ed autorizzando la nave a dirigersi verso le coste siciliane, esse avevano il dovere di indicare il POS ove poter effettuare lo sbarco.

Secondo il Tribunale, difatti, "la condizione di stallo che ha imposto ai migranti di rimanere confinati a bordo della nave "U. Diciotti" fino alle prime ore del 26 agosto costituisce obiettiva conseguenza della mancata indicazione del POS, dietro precise direttive del Ministro dell'Interno,¹⁵⁷ da parte del Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione",¹⁵⁸ la quale "ha determinato dopo che alle 23.49 del 20 agosto l'unità navale raggiungeva l'ormeggio presso il porto di Catania [...], una situazione di costrizione a bordo delle persone soccorso fino alle prime ore del 26 agosto [...], con conseguente apprezzabile limitazione della libertà di movimento dei migranti, integrante l'elemento oggettivo del reato contestato"¹⁵⁹. Inoltre, la prolungata e forzata permanenza dei migranti a bordo della Diciotti, aggravata dalle precarie condizioni entro cui ormai versavano i naufraghi, "costituiscono circostanze che manifestano le condizioni di assoluto disagio psico-fisico sofferte dai migranti a causa di una situazione di "costrizione" a bordo non voluta e subita, sì da potersi qualificare come "apprezzabile", e dunque, penalmente rilevante, l'arco temporale di privazione della libertà personale sofferto"¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 12.

¹⁵⁷ Va ricordato che "Il delitto di sequestro di persona è integrato da qualsiasi condotta che privi la vittima della libertà fisica e di locomozione, sia pure non in modo assoluto, per un tempo apprezzabile, a nulla rilevando la circostanza che il sequestrato non faccia alcun tentativo di riacquistare la propria libertà di movimento, non recuperabile con immediatezza, agevolmente e senza rischi" – Cass. Pen., sez. III, n. 15443/2014.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 16.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 26.

¹⁶⁰ *Ivi*.

Lo stesso Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il 22 agosto denunciava la situazione a bordo della nave equiparando la costrizione subita a quella della detenzione e chiedendo che i migranti potessero usufruire delle relative garanzie. Affinché l'elemento oggettivo dell'apprezzabile limitazione della libertà personale dei migranti, possa assumere rilevanza penale nei termini del reato contestato, occorre che, dal punto di vista soggettivo, si verifichino la sussistenza e la configurabilità di ulteriori elementi: la riconducibilità dell'omessa indicazione del POS e del correlato divieto di sbarco ad una precisa direttiva del Mdi; l'accertamento della illegittimità della privazione della libertà personale; l'esclusione di cause di giustificazione con valenza scriminante ex art. 51 c.p.

Rispetto alla circostanza di cui al primo punto, il Tribunale chiarisce che, sia le esplicite esternazioni del Ministro che le dichiarazioni rese dai vertici amministrativi del Ministero dell'Interno interrogate sulla questione, dimostrerebbero che dietro la decisione del Dipartimento delle Libertà Civili e dell'Immigrazione di non indicare il POS si individuerebbe una "precisa volontà"¹⁶¹ del Ministro dell'interno, conseguenza diretta della situazione di stallo creatasi nei giorni seguenti, dunque della costrizione forzata dei migranti a bordo della Diciotti. A prescindere dalle ragioni politiche motivanti la condotta, secondo il Tribunale, essa avrebbe determinato "plurime violazioni di norme internazionali e nazionali, connotandosi per ciò solo di quella indubbia illegittimità integrante il reato ipotizzato",¹⁶² agendo in violazione delle già citate: Convenzione internazionale SAR (ratificata in Italia con Legge n. 147/89), del decreto di attuazione D.P.R. N. 662/1994, della Risoluzione MSC 167/78 e della direttiva SOP 009/15.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 28.

¹⁶² *Ivi*, p. 31.

In base alla prima fonte normativa, l'evento SAR dichiarato e coordinato dalla Guardia costiera italiana non può infatti definirsi completo, quindi rispondente agli obblighi dettati dalla Convenzione, senza l'indicazione del "luogo sicuro" (POS), considerato che le sue disposizioni attribuiscono allo Stato di "primo contatto" l'obbligo di soccorrere le persone in pericolo in mare e "di coordinare le operazioni di salvataggio", anche quando l'autorità nazionale competente per la zona SAR (Malta) dia risposta negativa alla possibilità di intervenire in tempi utili, ovvero in assenza di ogni riscontro da parte di quest'ultima. Del resto, stando alle Linee Guida dettate dall'IMO nella Risoluzione MSC 167-78, il "luogo sicuro" è rappresentato da una località ove le operazioni di soccorso possano ritenersi concluse e dove: a) la sicurezza dei sopravvissuti e della loro vita non sia più minacciata; b) le necessità umane primarie possano essere soddisfatte; c) possa essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale (par. 6.12). E sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe tuttavia essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative (par. 6.13).

Anche la direttiva SOP 009/15, con cui è stato adottato a livello nazionale il "piano operativo" per dare seguito a quanto raccomandato dalle Linee Guida IMO, ha statuito che allorquando l'Italia abbia assunto "il coordinamento delle operazioni di soccorso SAR", connesse al fenomeno emergenziale di coordinamento dei flussi migratori via mare, deve "minimizzare i tempi per il trasporto delle persone soccorse in luogo sicuro ed evitare indebiti ritardi nello svolgimento delle operazioni di sbarco [...] avendo cura di limitare quanto più possibile la permanenza a bordo", residuando un margine di discrezionalità (legato esclusivamente a valutazioni di tipo tecniche) solo in ordine all'individuazione del punto di sbarco ritenuto più opportuno sul territorio nazionale, ipotesi da non

considerare con riguardo al caso specifico, visto che ad essere stati investiti sono stati “profili di indirizzo prettamente politico connessi al controllo dei flussi migratori”¹⁶³. Ne consegue che l’assenza di reali motivi che possano giustificare il veto del Ministro al rilascio del POS ed all’autorizzazione dello sbarco, nell’ambito e nei limiti della normativa che disciplina l’accoglienza dei migranti soccorsi in mare, manifesta il carattere “illegittimo” della conseguente condizione di coercizione a bordo della nave.

L’assenza di cause di giustificazione e le “finalità politiche” perseguite dal Ministro dell’Interno, infine, chiariscono l’ultimo profilo analizzato dal Collegio con riferimento alla configurabilità del reato in ordine alla possibile scriminante di cui all’art. 51 c.p. Il Collegio sottolinea che, la sola consapevolezza di infliggere alla persona offesa una illegittima privazione della libertà personale risulta sufficiente ad integrare il reato di cui all’art. 605 c.p. e nessun rilievo è dato agli scopi ulteriori perseguiti dall’agente (Cass.Pen, sez. V, n. 19548/2013), a meno che lo stesso non costituisca il risultato del corretto esercizio di un potere. Tale ultima ipotesi è però esclusa dal Tribunale che, nel caso specifico, esclude la configurabilità di una causa di giustificazione ex articolo 51 c.p., e cioè la scriminante dell’esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, in quanto il Ministro non avrebbe agito in adempimento del suo dovere istituzionale di garantire l’ordine e la sicurezza pubblica, bensì per gli obiettivi prettamente politici di affrontare la questione dei flussi migratori invocando, in base al principio di solidarietà, la suddivisione dei migranti tra tutti gli Stati membri dell’UE. Tra le dichiarazioni del Collegio a sostegno di tale tesi si legge infatti che: «Lo sbarco di 177 cittadini stranieri non regolari non poteva costituire un problema cogente di

¹⁶³ *Ivi*, p. 33.

“ordine pubblico” per diverse ragioni, ed in particolare: a) in concomitanza con il “caso Diciotti”, si era assistito ad altri numerosi sbarchi dove i migranti soccorsi non avevano ricevuto lo stesso trattamento; b) nessuno dei soggetti ascoltati da questo Tribunale ha riferito (come avvenuto invece per altri sbarchi) di informazioni sulla possibile presenza, tra i soggetti soccorsi, di “persone pericolose” per la sicurezza e l’ordine pubblico nazionale»¹⁶⁴.

Al riguardo, il Tribunale rafforza la propria posizione richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che in diverse occasioni - e in particolare con le due rispettive sentenze, sentenza n. 105 del 2001¹⁶⁵ della Corte costituzionale e sentenza *Khlaifia e altri c. Italia* del 2016¹⁶⁶ - hanno ribadito l’inviolabilità del diritto alla libertà personale, il quale non può dunque subire attenuazioni rispetto agli stranieri in vista della tutela di eventuali altri beni costituzionalmente tutelati “per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell’immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati”¹⁶⁷.

Ed è proprio quest’ultimo profilo che rende il caso in questione un «*experimentum crucis* sul senso del costituzionalismo» (SANTORO, 2019: 2). Il reato ipotizzato risulta, infatti, integrato da una condotta che non può essere negata, ma per la quale il Ministro coinvolto, e in generale il Governo, hanno deliberatamente ricercato e individuato nell’assunto secondo cui “il fine giustifica i mezzi”, le motivazioni legittimanti l’atto, per cui la ipotetica arbitrarietà della detenzione di centosettantasette persone a bordo di una

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 40.

¹⁶⁵ Corte costituzionale, Sent. n.105 del 2001.

¹⁶⁶ Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza 15 dicembre 2016.

¹⁶⁷ Corte costituzionale, Sent. n.105 del 2001.

nave risponderebbe all'impellente necessità di tutelare “un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante” ovvero di perseguire “un preminente interesse pubblico”.¹⁶⁸

Nella relazione della Giunta del Senato si legge, infatti, che con riferimento alla decisione del Tribunale di Catania di escludere la configurabilità di una causa di giustificazione *ex art.* 51 c.p., “le cause oggettive di esclusione del reato sono particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti sarebbe da considerarsi reato, tale non è perché la legge lo consente, lo impone o lo tollera” e, nel caso di specie, “la decisione di non comunicare con maggiore sollecitudine il POS alla nave Diciotti, si inquadri in una controversia di natura internazionale tra Italia e Malta, a seguito dell'inadempimento di quest'ultimo Stato, alla normativa internazionale”.¹⁶⁹ Per cui - considerando le indicazioni fornitegli dall'esecutivo nel settembre 2018, con riguardo alla specifica vicenda, ma poste come parte integrante di una più ampia strategia di contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare - secondo la Giunta la condotta esaminata rientrerebbe nel “tentativo di dare una regolamentazione più rigorosa e corretta alla gestione dei flussi migratori, al duplice scopo di disincentivare il traffico degli immigrati e i conseguenti naufragi, oltre che delimitare il numero di accessi irregolari clandestini sul territorio nazionale”, al fine di perseguire un interesse pubblico¹⁷⁰.

Non ci si può riferire ancora a sentenze ma a soli pareri, tuttavia, di fronte a tali affermazioni l'idea che si stia tendendo ad una rimodulazione “al ribasso” dello *status libertatis*, in nome (forse) della difesa dei confini nazionali e, nel caso specifico, nel tentativo di richiamare “la responsabilità comune europea”

¹⁶⁸ Senato della Repubblica Italiana, *Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari*, Doc. IV-bis n. 1-A. Trasmessa dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Catania il 23 gennaio 2019 e pervenuta alla Presidenza del Senato il 23 gennaio 2019 Comunicata alla Presidenza il 21 febbraio 2019, p. 4.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 11.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 12.

nell'ambito delle politiche migratorie, non pare ormai soltanto ipotetica. L'orientamento da tempo perseguito e, come già evidenziato, nutrito e legittimato dalla normalizzazione di un eccezionale istituto giuridico limitativo della libertà personale come quello della detenzione amministrativa, oggi, nello specifico caso, trova configurazione in una forma di detenzione *extra ordinem*, la cui evidenza ammette deliberatamente la torsione della tutela dei diritti fondamentali in nome del potere sovrano di gestione dei flussi migratori.

Tuttavia, è lo stesso art. 2 del TUI a ricordare che “allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti” e che, dunque, la discrezionalità concessa nella gestione del fenomeno migratorio non può mortificare l'inviolabilità di alcuni diritti.

Eppure, ostacolare l'ingresso dello straniero sul territorio dello Stato equivale a negare, in principio, al titolare del diritto di asilo, la possibilità di richiedere la protezione internazionale sulla base degli artt. 10 della Costituzione e 18 della Carta UE. «Le norme, gli atti amministrativi, i comportamenti che chiudono i confini indipendentemente dallo scopo che si prefiggono, violano la Costituzione nella misura in cui precludono la possibilità di accesso al territorio» (MINNITI, 2018: 4), non limitandosi a condizionare il diritto alla protezione internazionale nei suoi contenuti e nella sua durata, in base alle “condizioni stabilite dalla legge” (art. 10 comma 3), ma intaccando l'inderogabilità stessa del diritto che «non può essere bilanciato con altre esigenze nazionali come quelle del contenimento dei flussi migratori». (MINNITI, 2018:10). Ed è la stessa Corte europea che nel 2012, nel caso *Hirsi Jamaa e altri*

*c. Italia*¹⁷¹, condanna lo Stato italiano per aver attuato un respingimento di migranti senza consentire loro di presentare domanda di asilo e ancora, nel 2016, nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*,¹⁷² dichiara che le evidenti difficoltà di gestione dei flussi migratori da parte delle autorità italiane, non esonerano dal rispetto degli obblighi relativi alle condizioni di detenzione e, soprattutto, dalla garanzia di forme di detenzione ammesse dalla legge italiana. Riservare agli Stati un margine di manovra nella gestione delle politiche migratorie non vuol dire, dunque, concedere la possibilità di attuare forme di bilanciamento tra principi che sacrificino gli obblighi convenzionali cui gli Stati aderiscono. E tra questi, in un contesto di probabile violazione, non possiamo non ricordare il diritto alla “libertà e sicurezza” garantito dall’art. 5 CEDU e le disposizioni di cui all’art. 13 CEDU, secondo cui “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella (...) Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un’istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali”.

Proprio in previsione di un simile scenario e al fine di tutelarsi da plausibili attacchi circa le violazioni agite, la Giunta non intende lasciare nulla al caso e costruisce l’ipotesi di reversibilità del diritto leso, sottolineando che “nel caso di specie nessuna lesione irreversibile può configurarsi rispetto ai diritti fondamentali. È indubbio che gli immigrati in questione siano dovuti rimanere, a causa della mancata autorizzazione allo sbarco, per cinque giorni a bordo della nave Diciotti. Tuttavia, tale nave poteva considerarsi luogo sicuro [...] in altri termini, non sono noti specifici danni subiti dagli immigrati a causa di tale attesa [...] va altresì evidenziato che una volta sbarcati, gli

¹⁷¹ Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza 23 febbraio 2012.

¹⁷² Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza 15 dicembre 2016.

immigrati in questione non sarebbero stati liberi di circolare sul territorio italiano ma sarebbero stati condotti presso i centri *hotspot* per le procedure di identificazione. Dunque, il diritto compresso non sarebbe quello della libertà personale *tout court*, ma quello della libertà di circolazione (ove in astratto sussistente)¹⁷³. In questo senso, la Giunta procede richiamando lo stesso art. 5 CEDU, in riferimento alla possibilità di compressione del diritto alla libertà personale degli stranieri per impedirne l'accesso illegale sul territorio, per ribadire che il diritto di libera circolazione e accesso sul territorio dello Stato da parte di uno straniero, non è assoluto e inviolabile, giacché soggetto a una possibile limitazione a fronte del diritto-dovere dello stato di identificarne le generalità e di monitorarne i movimenti fisici. La Giunta, dunque, non considera la possibilità che questi stessi diritti rientrino tra quelli fondamentali “incomprimibili”, quali la vita e la salute; di conseguenza, si ritiene che tale fattispecie normativa possa superare il vaglio della ministerialità.¹⁷⁴

La fattispecie giuridica della reversibilità del diritto leso, dunque, rende sì il reato ministeriale ma, al contempo, appare funzionale alla successiva valutazione della Giunta stessa, che lo pone in bilanciamento con il riconoscimento della “ragion di stato”, quindi del fatto che - stando al comma 3 dell'art. 9 della legge n. 1 del 1989 - “l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo”.

Le tesi sostenute nelle dichiarazioni della Giunta incontrano, tuttavia, delle possibili incoerenze logico-giuridiche, per cui non rimangono effettivamente avulse da ulteriori possibili critiche.

¹⁷³ Senato della Repubblica Italiana, *Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari*, Doc. IV-bis n. 1-A, p. 13.

¹⁷⁴ *Ivi* p. 14.

Innanzitutto il reato contestato al Ministro dell'interno è quello di sequestro di persona aggravato, art. 605, commi primo, secondo, n. 2, e terzo del codice penale, reato che è posizionato nel Titolo XII (è quindi un delitto contro la persona), capo III (è quindi un delitto contro la libertà individuale), sezione II (è quindi un delitto contro la libertà personale), il quale considera la violazione della libertà personale e non la libertà di circolazione della persona offesa. Trattasi, dunque, della lesione di un diritto fondamentale la cui inviolabilità gode di una duplice protezione costituzionale, la riserva assoluta di legge e quella di giurisdizione e che, pur volendo eventualmente aderire ad una interpretazione restrittiva dell'art. 2 della Costituzione, rimarrebbe tra quei diritti espressamente dichiarati inviolabili dalla Carta stessa. Rimane allora il fatto che, «se l'inviolabilità della libertà personale viene riconosciuta e garantita dalla Repubblica e, quindi, dalla Costituzione, essa si pone, in una ideale gerarchia valoriale, persino al di sopra della Costituzione stessa» (CIERVO, 2019: 5), almeno rispetto ai suoi contenuti essenziali e alla duplice garanzia costituzionale, che difficilmente potranno essere bilanciati e assoggettati al "preminente interesse pubblico di sicurezza".

In conclusione, il diritto fondamentale leso dalla condotta in esame non coinciderebbe con quello previsto dal codice penale per il reato perseguito e la reversibilità della sua lesione non sarebbe che «un *escamotage* tecnico-giuridico» ideato dalla Giunta per «non svolgere il bilanciamento previsto dalla legge costituzionale in maniera convincente, perché nessun superiore interesse pubblico può prevalere sulle garanzie connesse all'inviolabilità della libertà personale in uno Stato democratico» (CIERVO, 2019: 6).

Conclusioni

“Qui si fa ancora più evidente il nesso tra principio di solidarietà e principio di dignità, perché il sacrificio del primo si converte immediatamente in violazione del secondo. Il richiamo alla comune umanità non può essere eluso considerandolo poco realistico e sostanzialmente retorico. Ma la forza dei fatti si fa sentire e rivela continuamente come le politiche del rifiuto, *e dell’esclusione*, possano dare frutti, avvelenati, nel brevissimo periodo [...]”.

[RODOTÀ S., *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Gius. Laterza & Figli, Bari 2014, p. 37]

È forse bastato il voto del Senato sul caso Diciotti e la posizione espressa dalla Corte europea dei diritti dell’Uomo sui casi di respingimento collettivo denunciati dalla Sea Watch 3 del giugno 2019 (almeno per come percepita dal Governo e dell’opinione pubblica)¹⁷⁵, per inaugurare una nuova violenta

¹⁷⁵ La vicenda è ormai nota alle cronache. Nel giugno scorso, una imbarcazione con a bordo circa cinquanta migranti provenienti dalla Libia è stata soccorsa in acque internazionali, nella zona SAR libica, dall’equipaggio dell’ONG Sea Watch. Dopo aver disatteso le indicazioni della Guardia costiera libica che aveva indicato lo sbarco a Tripoli, ormai pacificamente ritenuto porto non sicuro, la nave si è diretta verso il più vicino porto di attracco, quello di Lampedusa, chiedendo all’Italia un *place of safety*. Proprio il 15 giugno, mentre la Sea Watch si trovava ancora in acque internazionali, entrava in vigore il decreto legge n. 53 del 2019 e lo stesso giorno il Ministro dell’Intero firmava il primo dei provvedimenti consentitogli dalla novella legislazione: il divieto di ingresso nei confronti della Sea Watch nelle acque territoriali per finalità di contrasto all’immigrazione irregolare. Pertanto, una volta autorizzato lo sbarco di undici migranti (famiglie, minori e donne incinte) per ragioni di salute e vulnerabilità, circa quaranta migranti rimanevano bloccati sulla nave, in acque internazionali nei pressi dell’isola di Lampedusa. Avverso tale divieto, era stato anzitutto esperito ricorso al TAR del Lazio, con richiesta al Presidente di sospendere in via cautelare l’efficacia del provvedimento ministeriale, richiesta tuttavia rigettata in ragione della circostanza che i soggetti vulnerabili erano stati sbarcati e che dunque non risultavano ragioni di eccezionale gravità tali da giustificare la sospensione.

È a questo punto della vicenda che la capitana della nave Sea watch 3 e i migranti ancora presenti a bordo avanzavano la richiesta di misure provvisorie alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Invocando l’incompatibilità degli artt. 2 e 3 della Convenzione (rispettivamente il diritto alla vita ed il divieto di trattamenti inumani e degradanti) con la prolungata permanenza dei naufraghi su una nave sovraffollata e inadatta ad ospitarli per un lasso di tempo di tale entità e senza, tra l’altro, la possibilità di presentare domanda di protezione internazionale, i

irruzione nella vita giuridica della persona migrante, ancora una volta, in nome dell'ordine e della sicurezza pubblica. È infatti sotto la generica materia della "sicurezza" che, con l'ennesima decretazione di urgenza, il legislatore intende trattare temi tra loro eterogenei che, tuttavia, si inseriscono perfettamente in un contesto propagandistico ancora scevro di una norma che potremmo definire "manifesto", dal momento che, se considerata nelle sue ufficiali disposizioni, andrebbe a capovolgere i solidi assetti esistenti tra il diritto interno e quello internazionale, rischiando di violare l'esecuzione di obblighi internazionali ratificati dall'Italia così da trasformare gli artt. 10 e 117 della Costituzione in una mera e duttile variabile politica.

In base all'art. 1 del D.L. 14 giugno 2019 n. 53, recante Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, convertito nella legge 8 agosto 2019, n. 77 e che comporta una

ricorrenti chiedevano ai giudici di Strasburgo di invitare il Governo italiano ad autorizzare l'ingresso della nave nelle acque territoriali ed il successivo sbarco. Il 25 giugno 2019, la Corte europea, dopo aver raccolto informazioni dai ricorrenti e dal Governo circa lo stato a bordo e la gestione delle situazioni di vulnerabilità, rigettava tuttavia la richiesta. Da un lato essa decideva di non indicare al Governo la misura dell'autorizzazione all'ingresso, dall'altro, richiedeva comunque alle autorità italiane di continuare a fornire assistenza di carattere umanitario.

Nonostante la posizione espressa dalla Corte abbia suscitato non poche perplessità, vista anche la condizione di urgenza e precarietà dell'imbarcazione in mare, le dichiarazioni espresse non devono essere totalmente intese come una anteprima di una futura posizione della Corte rispetto ad un eventuale ricorso proposto dalle stesse persone per violazione dei propri diritti fondamentali; tantomeno come conferma della compatibilità del decreto sicurezza-bis e dei provvedimenti in base ad esso adottati con la Convenzione europea. Il rigetto della richiesta di misure provvisorie non pare infatti una circostanza atipica nel contesto delle procedure d'urgenza dinanzi alla Corte di Strasburgo, le quali conservano carattere eccezionale al fine di contenerne il numero assoluto. «La portata della pronuncia deve essere infatti contestualizzata nel quadro di un consolidato orientamento restrittivo in materia di misure provvisorie, le quali vengono concesse soltanto a fronte di un imminente rischio di danno irreparabile (*«an imminent risk of irreparable harm»*)» (ZIRULIA, CANCELLARO, 2019)

I giudici si sono dunque limitati a ritenere che la situazione a bordo della Sea Watch non rischiava di generare danni irreparabili, senza però fare riferimento alcuno al contrasto all'immigrazione irregolare o alla questione dei soccorsi in mare da parte delle Ong.

integrazione dell'art. 11 TUI: "Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n.121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei Ministri".

Con un semplice tratto di penna - sulla base di un nuovo potere attribuito al Ministro dell'interno, di concerto con quello della difesa e delle infrastrutture e previa informazione del Presidente del Consiglio - sarà ora possibile vietare a tempo indeterminato lo sbarco a terra di persone soccorse in acque internazionali, dunque prorogare fino a data indefinita una condizione di particolare vulnerabilità e violazione di soggetti che, di fatto, si vedranno trattenuti a bordo di unità navali di salvataggio in attesa di una più chiara definizione del proprio destino giuridico ed esistenziale.

Nuovi luoghi sospesi; nuove vite sospese. Forse un surrogato o un ausilio di un sistema di confinamento ed esclusione che, nonostante gli innumerevoli tentativi di rinnovamento, continua a rivelarsi fallimentare e al collasso. Un ennesimo tentativo di gestione dei flussi migratori e di contrasto all'aspetto illegale dell'immigrazione che, considerato nell'ottica dell'impedimento del passaggio nelle acque

territoriali e, dunque, nell'attracco nei porti italiani, di navi di organizzazioni umanitarie impegnate in attività di ricerca e soccorso in mare, determinerebbe una reiterata violazione dei doveri di soccorso e dei correlati obblighi di sbarco, con gravissime violazioni dei diritti dei naufraghi. Nei loro confronti, infatti, sulla base di cause di giustificazione legate all'adempimento del dovere di salvataggio ed allo "stato di necessità", il diritto del mare e il diritto umanitario pretendono la certezza dello sbarco in un luogo sicuro e nel più rapido tempo possibile.

Una sproporzionata inclinazione verso le esigenze di controllo delle frontiere che si pone, così, in chiaro contrasto con le logiche solidaristiche e con le sovraordinate finalità di soccorso, che non possono essere certamente delineate dalla interpretazione che il potere esecutivo, nell'Ufficio del Ministero dell'interno, ne vuole offrire. Un ulteriore richiamo ai "motivi di ordine e sicurezza pubblica" ancora in grado di ledere i diritti fondamentali ma che, per consolidata giurisprudenza, decade immediatamente se si considera che la nozione di ordine pubblico materiale è connessa alla necessità di prevenire con misure amministrative la commissione di reati e che certamente non appartengono a tale rango il soccorso in mare e lo sbarco in un porto sicuro; un ultimo assestamento di uno stato di polizia nei confronti degli stranieri, che rende ormai agevole e diffusa la compressione delle libertà individuali garantite dalla Costituzione.

È questo il risultato ultimo di un complesso dispositivo, normativo e amministrativo, sempre più restrittivo e sempre meno garantista, figlio di ambienti politici (nazionali e non solo) sempre più ostili che, dopo aver invano tentato di far valere la propria dialettica di potere attraverso i baluardi della segregazione e dell'espulsione dal proprio perimetro nazionale, per via di centri governativi giuridicamente legittimati, trasferiscono le loro decisioni di vita o di morte ai confini

dell'Europa. Sono stati eretti confini fisici per “mantenere fuori” rifugiati e migrati; emanati decreti che vietano ai cittadini di fornire loro cibo, alloggio e trasporto; perseguite le azioni di soccorso in mare da parte di imbarcazioni private, e specificatamente di quelle di proprietà di organizzazioni non governative, equiparate ad illecite attività penalmente punibili.

La questione va quindi ben oltre le possibili riflessioni sul progressivo rinvigorimento di un atteggiamento - istituzionale e mediatico - di “sospetto” nei confronti degli operatori umanitari che prestano attività di soccorso nelle acque del Mediterraneo e rispetto alla quale, basterebbe considerare lo “stato di necessità” quale «luogo dogmatico di emersione del senso di umanità di un ordinamento giuridico» (MASERA, 2018: 236).

L'estremo pericolo che ci preme considerare riguarda piuttosto il generale ridimensionamento, ed addirittura la punibilità, della generale capacità della società civile di promuovere in modo efficace ed indipendente i diritti fondamentali dei rifugiati e degli altri migranti che, nel riempire il vuoto lasciato dalle istituzioni, sostiene implicitamente i valori fondanti dell'Unione europea, le regole di diritto, la democrazia, la tutela dei diritti inviolabili.

Un crescente clima di criminalizzazione delle Ong e dei singoli volontari che offrono assistenza in mare o sulla terraferma, contro i quali vengono oramai applicate le leggi relative al traffico di esseri umani e all'immigrazione e che prende il nome di “*hostile environment*” nel Regno Unito; di “*blaming the rescuers*” in Italia e Grecia; di “*délits de solidarité*” in Francia” o “*shrinking civil society space*” in Ungheria e Polonia. Un palese attacco sferrato nei confronti di singoli o di associazioni, accusati di “facilitare” l'ingresso, il transito ed il soggiorno illegale dei migranti; di colludere con le organizzazioni criminali che gestiscono il traffico di esseri umani; di rappresentare un “fattore di attrazione” rispetto agli

arrivi ed, infine, di mettere in ulteriore pericolo la vita dei migranti.

Già nel breve periodo di sei mesi di ricerca, l'organizzazione londinese *Institute of Race Relations (IRR)* - che nel suo ultimo rapporto *Humanitarianism: the unacceptable face of solidarity* ha analizzato il lavoro delle Ong e dei volontari impegnati nell'assistenza ai migranti sia in mare che nei territori di confine - ha potuto individuare 25 casi studio in cui 45 soggetti diversi, impegnati in operazioni umanitarie, sono stati accusati di aver infranto le leggi relative al traffico degli esseri umani e all'immigrazione, all'incirca nel biennio 2015-2017.

Almeno 158 persone sono state invece individuate dalla *Research Social Platform on Migration and Asylum (ReSoma)*, in quanto soggetti sottoposti a indagini formali o azioni penali in almeno 49 procedimenti giudiziari, avviati per aver fornito assistenza umanitaria a rifugiati e migranti in 11 Paesi europei.

Di questi, 37 procedimenti riguardano l'accusa di facilitazione all'ingresso o al transito dei migranti sul territorio dello Stato. In sei casi si denuncia invece l'aver facilitato la permanenza dei migranti, mentre altrettanti si riferiscono a diverse ipotesi di reato, tra cui il riciclaggio di denaro, l'appartenenza a organizzazioni criminali, il sabotaggio e l'uso improprio della documentazione.

Al primo posto per numero di persone coinvolte nei processi si trova la Grecia, con 53 tra indagati e imputati; segue l'Italia con 38 casi e la Francia con 31. Ed è proprio quest'ultima che ha invece registrato il numero maggiore di condanne rispetto alla cifra complessiva di 17 procedimenti che hanno portato alla condanna di 30 cittadini che hanno agito per favorire ricongiungimenti familiari o umanitari in sei Stati membri. In Francia 19 persone – tra cittadini comuni, volontari, accademici e difensori dei diritti umani – hanno subito sentenze fino a sette anni di prigione. Tra queste c'è anche Francesca Peirotti, trentenne cuneese e residente a Marsiglia, condannata dalla

Corte d'Appello di Aix En Provence a sei mesi di carcere con la sospensione condizionale della pena per aver aiutato, nel 2016, otto migranti ad attraversare il confine di Ventimiglia. Le altre condanne sono state comminate in Croazia, Danimarca, Grecia, Svezia e Regno Unito.

Nessuna condanna ha invece ancora riguardato l'Italia, dove però 38 persone sono state indagate per motivi legati al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e alla collusione con i trafficanti: il rapporto cita il caso del sindaco di Riace, Domenico Lucano, e le Ong Mediterranea, Medici senza frontiere, Jugend Rettet e Open Arms, alle quali oggi si aggiunge la Sea Watch.

Eppure, ciò che ci preme maggiormente evidenziare, quale ulteriore dimostrazione di una tendenza verso una torsione estrema del bilanciamento tra le esigenze di sicurezza collettiva e la tutela dei diritti individuali, che ha condotto ad un vero e proprio punto di rottura a nostro avviso rappresentato dalla "criminalizzazione della solidarietà", è in particolare uno dei risultati della ricerca.

Stando ai dati forniti dal rapporto, il numero di casi ricollegabili al c.d. "reato di solidarietà", sarebbe drasticamente aumentato al diminuire degli arrivi effettivi e della presenza c.d. irregolare sul territorio dello Stato. Solo nel 2018 i procedimenti giudiziari per azioni umanitarie a favore dei migranti sono stati 24 in sette Paesi, con un totale di 104 persone coinvolte, il doppio rispetto al 2017. E questo nonostante gli sbarchi sulle coste italiane e greche siano diminuiti del 90% rispetto al 2015, anno a cui si fa risalire la c.d. "crisi dei rifugiati" ed in cui i procedimenti in corso erano soltanto otto. Inoltre, solo nel primo trimestre del 2019, risultavano aperti 15 casi con 79 persone coinvolte in sei Paesi. Tale aumento si ricollega per di più ad un periodo in cui la presenza irregolare delle persone migranti è diminuita di quasi quattro volte: da 2,2 milioni nel 2015 a 0,6 nel 2017, dal momento che, una parte significativa di essi è stata

riconosciuta come bisognosa della protezione internazionale o comunque non respingibile ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra.

Obiettivo principale di questa tendenza criminalizzante sono difensori dei diritti umani, volontari, membri dell'equipaggio di imbarcazioni coinvolte in operazioni di ricerca e salvataggio, ma anche cittadini comuni, familiari delle persone migranti, giornalisti, sindaci e leader religiosi, coinvolte, per la maggior parte dei casi, in azioni giudiziarie legate all'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, nella specifica forma di azioni umanitarie promosse per agevolare l'ingresso e il transito dei migranti sul territorio nazionale.

Si tratta di bersagli di un reato ideato anche per mano di un diritto sempre più impiegato per punire e meno per garantire. A riguardo, infatti, lo specifico quadro giuridico di riferimento non sembrerebbe così granitico. Anzi, sono proprio alcune lacune e ambiguità normative che, attribuendo agli ordinamenti statali ampi margini di apprezzamento rispetto alla criminalizzazione del reato, avrebbero collaborato al consolidarsi del fenomeno stesso. Nonostante, come già visto, il soccorso umanitario possa risultare non punibile quando sussistano gli estremi di una causa di giustificazione (l'adempimento del dovere o lo stato di necessità) - per cui il disappunto di tali obblighi equivale ad una violazione delle norme internazionali - lo stato delle norme vigenti permette che gli estremi dei delitti di favoreggiamento risultino integrati anche quando l'agevolazione è motivata da ragioni squisitamente umanitarie.

La perseguibilità delle condotte di favoreggiamento dell'ingresso di stranieri irregolarmente presenti nel territorio dell'Unione europea, anche se prive di alcuna intenzione lucrativa, è infatti oggetto di un preciso ordine di incriminazione ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2002/90/Ce, la quale, si limita a residuare agli Stati membri la mera facoltà di non prevederne

la punibilità nelle ipotesi di agevolazioni compiute ai soli fini solidaristici¹⁷⁶.

Più chiara la posizione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che attraverso la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria* (2000)¹⁷⁷ intende offrire un approccio globale di prevenzione e contrasto al traffico dei migranti. All'art. 6 del Protocollo addizionale alla Convenzione, si stabilisce uno standard internazionale per definire il comportamento incriminato, il cui elemento cruciale è il fine, diretto o indiretto, di ottenere un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale. Sembrerebbe dunque che i reati legati al traffico di migranti comprenderebbero esclusivamente quegli atti compiuti a scopo lucrativo. Tuttavia, anche la presente disposizione conferisce largo margine di manovra agli Stati firmatari, considerato che nessuna clausola è prevista per evitare che la condotta agita per fini umanitari possa rappresentare un reato ai sensi del diritto interno¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Art. 2 Direttiva 2002/90/Ce: «*Comportamenti illeciti*» – 1. Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri. 2. Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

¹⁷⁷ Adottato dall'Assemblea Generale con Risoluzione A/RES/55/25 del 15 novembre 2000.

¹⁷⁸ Art. 6 Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria «*Penalizzazione*» (1) Ogni Stato Parte adotta misure legislative e di altro tipo necessarie per conferire il carattere di reato ai sensi del suo diritto interno, quando l'atto è commesso intenzionalmente e al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale: a) al traffico di migranti; b) quando l'atto è commesso al fine di permettere il traffico di migranti: i) alla fabbricazione di un documento di viaggio o di identità fraudolento; ii) al fatto di procurarsi, fornire o possedere tale documento; c) al fatto di permettere ad una persona che non è cittadina o residente permanente di rimanere nello Stato interessato

Così, nell'allineare le leggi nazionali, pochi sono gli Stati membri che hanno incluso una esplicita esenzione umanitaria rispetto alle azioni di sostegno all'ingresso e al transito di migranti nel proprio territorio. Facilitare l'ingresso dei migranti sul territorio nazionale, oggi, è un crimine anche "senza l'intenzione di ottenere benefici economici" in 24 dei 28 Stati membri dell'Ue, ricorda lo studio di ReSoma. Le eccezioni sono Germania, Irlanda, Lussemburgo e Portogallo, dove i benefici finanziari devono essere dimostrati in tribunale.

Con specifico riferimento al nostro ordinamento giuridico, bisogna muovere da una fondamentale considerazione: stando ad una interpretazione letterale del delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare per come formulato dall'art. 12 TUI, le condotte, anche se compiute secondo fini solidaristici ma comunque in grado di agevolare in qualsiasi modo l'arrivo in Italia di stranieri privi di titolo per l'ingresso, integrano gli estremi di gravi delitti previsti ai co. 1 e 3 della disposizione.

Mentre per le condotte di favoreggiamento della permanenza dello straniero irregolarmente presente sul

senza soddisfare i requisiti necessari per permanere legalmente nello Stato tramite i mezzi di cui alla lettera b del presente paragrafo o tramite qualsiasi altro mezzo illegale. (2) Ogni Stato Parte adotta misure legislative e di altro tipo necessarie per conferire il carattere di reato: a) fatti salvi i concetti fondamentali del suo ordinamento giuridico, al tentativo di commettere un reato determinato ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo; b) alla partecipazione, in qualità di complice, ad un reato determinato ai sensi del paragrafo 1 lettere a), b) comma i) o c) del presente articolo e, fatti salvi i concetti fondamentali del suo ordinamento giuridico, alla partecipazione, in qualità di complice, ad un reato determinato ai sensi del paragrafo 1 lettera b) comma ii) del presente articolo; c) all'organizzare o dirigere altre persone nella commissione di un reato determinato ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo. (3) Ogni Stato Parte adotta misure legislative e di altro tipo, necessarie per conferire il carattere di circostanza aggravante dei reati di cui al paragrafo 1 lettere a), b) comma i) e (c) del presente articolo e, fatti salvi i concetti fondamentali del suo ordinamento giuridico, dei reati di cui al paragrafo 2 lettere b) e c) del presente articolo: a) al fatto di mettere in pericolo, o di rischiare di mettere in pericolo, la vita e l'incolumità dei migranti coinvolti; o b) ai trattamenti inumani o degradanti, incluso lo sfruttamento, di tali migranti. (4) Nessuna disposizione del presente Protocollo impedisce ad uno Stato Parte di prendere misure nei confronti di una persona la cui condotta costituisce reato ai sensi del suo diritto interno.

territorio, i co. 5 e 5 *bis* dell'art. 12 TUI prevedono la punibilità nelle sole ipotesi in cui esse siano compiute con finalità di ingiusto profitto, per il favoreggiamento all'ingresso, la disposizione non solo non contiene alcun riferimento testuale che possa escludere il reato quando la condotta miri a soli fini umanitari, ma al co. 3 ter, lett b), prevede una specifica circostanza aggravante quando le condotte di favoreggiamento siano legate all'intenzione "di trarne profitto, anche indiretto", così da rimarcare la perseguibilità di tali condotte anche se prive di qualsiasi scopo di lucro.

Un assetto normativo che nasce, e a sua volta nutre, una "politica della punizione", che interroga sulla fedeltà (anche europea) a quella tradizione umanitaria codificata dal regime internazionale dei diritti umani e rispetto alla quale è probabilmente necessario individuare possibili freni per scongiurarne gli estremi effetti. Bisognerebbe forse provare a ritornare sul concetto di stato di necessità, abbandonandone una lettura aprioristicamente restrittiva e relativizzandone il concetto di pericolo in sé insito. La variabile decisiva della sua definizione giuridica, diventa infatti il requisito di *pericolo* di un danno grave alla persona, che rappresenta la pre-condizione logica e normativa della scriminante di cui all'art. 51 c.p.: quando la lesione di un interesse comunque meritevole di tutela è determinata dalla necessità di salvare una persona da un pericolo di particolare gravità, «le ragioni della punizione fanno un passo indietro, ed il fatto lesivo, se proporzionato alla gravità del pericolo, non deve considerarsi illecito». Sostenere dunque che, «quando viene in considerazione l'interesse al controllo delle frontiere, risulti irrilevante ogni pericolo che non sia strettamente connesso al pericolo di naufragio, ci pare una conclusione che si pone in radicale contrasto con la logica solidaristica» e con la difesa degli interessi fondamentali della persona umana. (MASERA, 2018: 236).

E la solidarietà non può prescindere da altri principi dell'ordine giuridico, rispetto ai quali è legata da un rapporto di interdipendenza. Essa non può «essere né isolata, né separata, il suo offuscarsi si lega con i limiti della libertà materiale e con una crescita delle disuguaglianze che incide sulla stessa dignità della persona» (RODOTÀ, 2014: 36) In altri termini, la logica solidaristica non può essere perseguita e garantita se altri fondamentali principi ad essa connessi vengono negati e, al contrario, senza il suo effettivo esercizio si rischia di non assicurare loro una piena garanzia. A confermarlo è l'art. 2 della Costituzione, il quale connette direttamente il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali e "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Ciò non indica soltanto il saldo e inscindibile legame tra dignità, solidarietà e uguaglianza «ma individua anche il "il carattere "trasformativo" che la Costituzione imprime a questi principi attraverso l'indicazione di comportamenti dinamici che devono essere tenuti da soggetti pubblici e privati: i "doveri" di solidarietà dei singoli e il "compito" di rimozione degli ostacoli da parte della Repubblica» (RODOTÀ, 2014: 46).

Pertanto, seppure la ricerca di un equilibrio tra interessi diversi appare spesso doverosa, si deve stare molto attenti a non rimanere intrappolati all'interno di dinamiche che trasformerebbero la solidarietà in un mero «principio di facciata» (RODOTÀ, 2014: 88).

“*La fraternité est un principe à valeur constitutionnelle*”, un principio imprescindibile per tenere viva la triade rivoluzionaria – *liberté, égalité, fraternité* – divenuta il motto della Repubblica francese, secondo l'art. 2 della Costituzione, nonché “*un idéal commun*” secondo il Preambolo e l'art. 72-3 della stessa. Così il *Conseil constitutionnel* in una recente decisione sul punto.

Chiamata ad esprimersi su una *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) - strumento di tutela incidentale dei

diritti e delle libertà fondamentali sanciti dalla Costituzione francese – su un caso di sostegno al soggiorno e alla circolazione di stranieri già presenti sul territorio dello Stato, con decisione n. 2018-717/718 del 6 luglio 2018 il *Conseil*, per la prima volta si rifà espressamente al valore costituzionale del principio di fraternità per richiamare l’attenzione del legislatore ad avere maggiore cautela nell’incriminazione di simili condotte quando spinte da fini puramente solidaristici.

Il caso specifico riguarda Cédric Herrou, uno dei due cittadini che – sostenuti da alcune associazioni umanitarie operanti sulle Alpi Marittime, al confine con l’Italia – ha sollevato la QPC, dopo essere stato condannato in primo grado ad una pena pecuniaria di 3.000 euro (Tribunal de grande instance de Nice, 10 febbraio 2017, n. 16298000008) e in appello a quattro mesi di reclusione, per aver prestato assistenza e trasporto a circa 200 migranti in condizione di irregolarità. Più precisamente, secondo la *Cour d’appel d’Aix-en-Provence* (13^e chambre, 8 agosto 2017), nel caso di specie non si sarebbero realizzate le condizioni poste dall’art. L. 622-4 CESEDA per escludere la punibilità dell’aiuto al soggiorno¹⁷⁹. Secondo i

¹⁷⁹ L’art. L. 622-1 del *Code de l’entrée et du séjour des étrangers e du droit d’asile* (CESEDA), punisce con la reclusione fino a 5 anni e con una pena pecuniaria di 30.000 euro chiunque, direttamente o indirettamente, faciliti o tenti di facilitare l’ingresso, la circolazione o il soggiorno irregolare di uno straniero sul territorio francese.

Una fattispecie che è stata più volte oggetto di modifiche e correzioni, assai spesso intese ad estenderne la portata, fino all’ultima di queste, introdotta con la *loi* n. 2012-1560 del 31 dicembre 2012, che ha invece ampliato le cause di non punibilità (previste all’art. L. 622-4 del CESEDA) e depenalizzato il soggiorno irregolare dello straniero sul territorio francese (precedentemente punito dall’art. L. 612-1 del CESEDA).

In particolare, secondo il terzo punto dell’art. L.622-4 l’aiuto al soggiorno (e solo al soggiorno) di uno straniero irregolare non è punibile qualora sia compiuto da una persona fisica o giuridica, senza alcuna contropartita diretta o indiretta, e consista nel fornire consulenze giuridiche, vitto, alloggio o cure mediche intese ad assicurare condizioni di vita degne e decenti («dignes et décentes») allo straniero ovvero volte a preservare la dignità o l’integrità fisica dello stesso.

La disposizione, tuttavia, si limita a richiamare unicamente l’«aide au séjour irrégulier», non menzionando né «l’entrée», né la «circulation irrégulière», cosicché ne risultano punibili tutte quelle condotte che, pur condividendone gli stessi fini solidaristici, sono finalizzate ad agevolare l’ingresso e la circolazione irregolare degli stranieri sul territorio francese.

giudici le prestazioni offerte non sarebbero infatti ascrivibili entro finalità di consulenza, vitto, alloggio o cure intese a preservare l'integrità fisica degli stranieri - non essendo stata provata alcuna loro condizione di particolare gravità o rischio - bensì ad una intenzione "*d'action militante*" finalizzata a sottrarre gli stranieri alle procedure di controllo messe in opera dalle autorità francesi in applicazione alla disposizione di legge in materia di immigrazione. Tuttavia, la *Cour de cassation*, rimette la questione al *Conseil constitutionnel* in quanto suscettibile di un possibile vizio di incostituzionalità rispetto al principio di fraternità richiamato dal Preambolo e dall'art. 2 della Costituzione francese.

Ed è da tale principio che il *Conseil* deduce la libertà di aiutare gli altri ("*la liberté d'aider autrui*"), secondo un fine umanitario che non può tener conto della regolarità o meno del soggiorno di uno straniero.

Per cui, nel condannare qualsiasi forma di aiuto alla circolazione dello straniero irregolare, inclusa quella che si pone come accessoria alla prestazione di aiuto al soggiorno e mossa da soli intenti solidaristici, il legislatore, nell'adempiere al proprio compito di bilanciamento tra il principio di fraternità e le esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico, non ha assicurato un sano equilibrio tra i due valori. L'aiuto alla circolazione, infatti, non necessariamente concorre a realizzare una fattispecie criminosa. Ne deriva che, secondo il *Conseil*, l'espressione "*au séjour irrégulier*" contenuta nell'art. L. 622-4 CESEDA è da ritenersi eccessivamente restrittiva e contraria alla Costituzione.

Può, dunque, la solidarietà configurare una ipotesi di reato? Se considerata quale «ragion d'essere e legittimazione, per le indicazioni che essa esprime per ricostituire le condizioni

dell'uguaglianza" di quella incancellabile tensione verso l'inclusione» (RODOTÀ, 2014: 89), la risposta sarà affermativa. Il proprio ritorno sulla pubblica scena con una forza nuova e quasi inverosimile, potrebbe infatti rappresentare l'ultimo baluardo di un atteggiamento politico ormai consolidato che, sostenuto dalla logica securitaria, ha, al contrario, fatto dell'esclusione la propria ragion d'essere ed ha trovato in un diritto sempre più sorvegliante e punitivo, una preziosa fonte e un perfetto complice. Visto in tale ottica, l'ossimoro del "reato di solidarietà" finisce con il rappresentare l'esito estremo e paradossale di una evoluzione legislativa che - per come accuratamente studiata all'interno del presente lavoro - ha portato al sacrificio di inviolabili libertà individuali in nome di una ipotetica difesa dei confini, oltre che dell'ordine e della sicurezza pubblica. L'ennesimo tentativo di rafforzare con nuovi e subdoli mezzi, quelle logiche di controllo, di allontanamento, di segregazione e di rifiuto che non possono più celarsi dietro la volontà di contrastare l'aspetto illegale dell'immigrazione; dietro i centri governativi finalizzati all'identificazione e all'espulsione, le cui pareti ormai si sgretolano in maniera troppo evidente nonostante le più sfrenate propagande; dietro centri di smistamento attraverso i quali si tenta di far vedere l'incolumabile distanza tra i soggetti "immeritevoli" e quelli "meritevoli" di assistenza e protezione, nel momento stesso in cui la commistione tra controllo e cura è ormai così compromessa da non poter quasi trovare distinzione; dunque, dietro ad un sistema che cede e rispetto al quale, forse, non rimane che andare oltre. Allora perché non entrare in quei luoghi in cui probabilmente neanche la giuridicità trova posto, sulle imbarcazioni in mezzo al mare per esempio, dove le "ragion di stato" prendono il posto delle libertà individuali, dello stesso diritto alla libertà personale, e dove, l'ultima ancora di salvataggio della nuda logica del potere rimane la metamorfosi di un atto di accettazione e di

inclusione dell'altro, in un delitto: «delitto, appunto, di solidarietà» (DELMAS-MARTY, 2013: 25).

Bibliografia

AGAMBEN G. (1996). *Mezzi senza fine. Note sulla Politica*, Bollati Boringhieri, Torino.

AGAMBEN G. (2003). *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino.

AGAMBEN G.(1995), *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino.

AMADEO S.; SPILATERI F. (2015) a cura di, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, Torino.

AMOROSI M. C. (2017), *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, *Costituzionalismo.it*, 1

ANASTASIO, S.; CENTONZE, S. (2016), *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, vol. 17, Key Editore, Frosinone.

ANGIOLINI, V. (2001) *L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale con la sentenza n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2.

ARENDT H. (1948), *Le origini del totalitarismo* (1948), Edizioni di Comunità (1999), Milano.

AVANZINI B. B., (2002), *Devianza e controllo sociale*, FrancoAngeli, Milano.

BALIBAR É. (2004). *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo stato, il popolo*. Manifestolibri, Roma.

BARTOLI, C. (2012), *Razzisti per legge: l'Italia che discrimina*. Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, 2012.

BASAGLIA F. (1968). *Le istituzioni della violenza. L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Baldini & Castoldi, Milano.

BASCHERINI, G. (2012), *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di*

identificazione ed espulsione, Associazione Italiana Costituzionalisti, 1.

BASSO, P. (2000), *Razze schiave e razze signore*. Franco Angeli.

BAUMAN Z. (2004), *Vite di scarto*, Laterza, Roma-Bari.

BENJAMIN W., *Tesi di filosofia della storia*, 1942.

BENVENUTI, M. (2018) *Gli Hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*. Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2.

BENVENUTI S. (2018), *Il Conseil Constitutionnel cancella il délit de solidarité...o no? L'aiuto all'ingresso, al soggiorno e alla circolazione di stranieri irregolari nel territorio francese in una recente decisione del Conseil Constitutionnel*, *Questione e giustizia*.

BIETLOT M. (2005). *Le camp, révélateur d'une politique inquiétante de l'étranger*, *Cultures & Conflits*, 57, 221-250.

BONETTI, P. (2000) *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4.

BONETTI, P. (2002). *Profili costituzionali della convalida giurisdizionale dell'accompagnamento alla frontiera*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2.

BONETTI, P. (2009). *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4.

BORRACCETTI, M. (2010), *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1.

BOURDIEU, P. (1983). *La distinzione: critica sociale del gusto*. Il mulino, Bologna.

BRIGHENTI A. (2009), *Territori migranti. Spazio e controllo della mobilità globale*, ombre corte, Verona.

BROEDERS, D. (2010) *Return to sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands*. *Punishment & Society*, 12.2: 169-186.

BUCCI, G. (2014), *Una Circolare per circolare. A proposito delle politiche sull'immigrazione*, Costituzionalismo.it, 1.

BURGIO A. (a cura di), (2003), *La forza e il diritto. Sul conflitto tra politica e giustizia*, DeriveApprodi, Roma.

CAMPESI G. (2016), *Chiedere asilo in tempo di crisi: accoglienza, confinamento e detenzione ai margini d'Europa*. Chiara Marchetti e Barbara Pinelli Dirs. *Confini d'Europa. Modelli di controllo e inclusioni formali*, Milano, Raffaello Cortina, 1-36.

CAMPESI, G. (2008). *L'"individuo pericoloso". Saperi criminologici e sistema penale nell'opera di Michel Foucault*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 38(1), 121-142.

CAMPESI, G. (2009), *Diritto e teoria sociale: introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*, a cura di Pupolizio, I.; Riva, N., Carocci.

CAMPESI, G. (2011) *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*. *Democrazia e diritto*, 48: 177-225.

CAMPESI, G. (2012) *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*. *Politica del diritto*.

CAMPESI, G. (2012) *Migrazioni, sicurezza, confini nella teoria sociale contemporanea*, *Studi sulla questione criminale*.

CAMPESI, G. (2013) *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*. Carocci, Roma.

CAMPESI, G. (2015) *I centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, a cura di A. Spena, V. Militello, *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, Torino.

CAMPESI, G.; FABINI, G. (2017). *La detenzione della «pericolosità sociale»*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 47(2), 515-532.

CAPUTO, A. (2000) *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1.

CAPUTO, A. (2006), *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*. Giappichelli, Torino.

CAPUTO, A. (2011), *I migranti e lo sguardo dei giuristi*. *Questione giustizia*, 3-4.

CAPUTO, A.; PEPINO, L. (2004). *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3.

CAPUTO, A.; PEPINO, L. (2005), *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti* *Questione giustizia*, 1.

CARETTI P. (1994), voce *Libertà personale*, in *Dig. Pubbl.*, Utet, vol. IX, Torino.

CARETTI, P.; BARBIERI, G. T. (2017), *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Giappichelli,

CASADONTE A.; DI BARI, P. L. (2002), *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3.

CAVAZZINI A. (a cura di) (2005), *Asylumisland. Accoglienza ed inserimento socio-economico di rifugiati e richiedenti asilo nelle regioni del Sud Italia*, Rubbettino, Soveria Mannelli.

CHIGNOLA S. (a cura di), (2006), *Governare la vita. Un seminario sui Corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*, ombre corte, Verona.

CIERVO A. (2018), *Ancora sul parere della Giunta del Senato per le immunità sul caso Diciotti*, *Questione giustizia*.

COHEN, A. K. (1968), *Controllo sociale e comportamento deviante*, Il Mulino.

COLAVECCHIO, G. (2015). *Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri*, *Democrazia e Sicurezza-Democracy and Security Review*, 4.

CONSITO, M. (2016). *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi* (pp. 1-258). Jovene, Napoli.

CORNELISSE, G. (2010) *Immigration detention and the territoriality of universal rights. The Deportation Regime: Sovereignty, Space and the Freedom of Movement*, 101-123.

CUNIBERTI, M. (1997). *La cittadinanza: libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*. Cedam.

D'ALOIA, A.; PATRONI GRIFFI, A. (1995), *La condizione giuridica dello straniero tra valori costituzionali e politiche pubbliche*, *Rivista amministrativa della Regione Campania*, 4, 253-278.

DAL LAGO, A. (1999) *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*. Feltrinelli Editore, Milano.

DANIELE, M. (2018), *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza*, *Diritto penale contemporaneo*, 11.

DE GIORGI, A. (2000), *Zero tolleranza: strategie e pratiche della società di controllo*. DeriveApprodi, Roma.

DELLA ROCCA P. M. (2015), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, Maggioli Editore, Rimini.

DELMAS-MARTY M. (2013), *Résister responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*, Seuil, Paris, in Rodotà, S. (2014). *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Gius. Laterza & Figli, Bari.

EINAUDI L. (2007), *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, Laterza, Roma-Bari.

FACCHINI D. (2018), *Alla deriva. I migranti, le rotte del Mar Mediterraneo, le Ong: il naufragio della politica, che nega i diritti per fabbricare consenso*, Altraeconomia, Milano.

FANTOZZI, P. (a cura di), (2004). *Potere politico e globalizzazione* (Vol. 1), Rubbettino, Soveria Mannelli.

FERRAJOLI, L. (2001), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari. .

FERRAJOLI, L. (2004), *Diritto e Ragione Teoria del garantismo penale*, VIII ed., Laterza, Roma-Bari.

FERRAJOLI, L. (2009) *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*. *Questione giustizia*, 5.

FIORAVANTI M. (1995), *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in Romanelli R. (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Donzelli Editore, Roma.

FOUCAULT M. (2014), *Poteri e strategie*, a cura di Dalla Vigna P., Mimesis, Milano.

FOUCAULT, M. (1975). *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, traduzione di Tarchetti A., Einaudi, Torino.

FOUCAULT, M. *Bisogna difendere la società*, a cura di Bertana M., Fontana A., Feltrinelli, Milano, 1997.

GABOARDI, A.; GARGANI A.; MORGANTE G.; PRESOTTO A.; SERRAINO M.; (2013) *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*. Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012, Giappichelli, Torino.

GASPARINI CASARI, V. (2010). *Il diritto dell'immigrazione* - Volume I. Profili di Diritto Italiano, Comunitario ed Internazionale, V Quaderno de "Il diritto dell'economia", Mucchi Editore, Modena.

GIOLO, O.; PIFFERI, M. (2009). *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*. Giappichelli, Torino.

GIOVANNETTI M. (2018), *Riconosciuti e "diniegati": dietro i numeri, le persone*, *Questione giustizia*, 2.

GJERGJI, I. (2003), *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*.

GJERGJI, I. (2013). *Circolari amministrative e immigrazione*, Franco Angeli,

GOFFMAN E. (1968), *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Traduzione di Franca Basaglia, introduzione di Franco e Franca Basaglia, Einaudi, Torino.

GOODWIN-GILL, GUY S. (1986) *International law and the detention of refugees and asylum seekers*. *International Migration Review*, 20.2: 193-219.

GUILD, E. (2009) *Security and Migration in the 21st Century*. Polity Press, Cambridge.

HABERMAS, J. (2000) *Stato di diritto e democrazia: nesso paradossale di principi contraddittori?*, *Teoria politica*, 3.

INQUIRY, M. (1999), *The Stephen Lawrence Inquiry*, Report of an Inquiry by Sir William Macpherson of

Cluny. London: Stationery Office, Parliamentary papers, Cm, 1999, 4262: 3-10.

KOTEK, J.; RIGOULOT, P. (2001). *Il secolo dei campi: detenzione, concentramento e sterminio: 1900-2000*. Mondadori.

LE COUR GRANDMAISON, O., LHUILIER, G.; VALLUY, J. (2007). *Le retour des camps ? Sangatte, Lampedusa, Guantanamo*, Paris: Autrement.

LEONE, C. (2017). *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*. Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2.

LIGUORI, A. (2009). *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione dei migranti in Europa*. Diritto, immigrazione, cittadinanza, 3.

LIGUORI, A. (2011). *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, Diritto, immigrazione e cittadinanza, 3.

LOPRIENO D. (2019), *Il trattenimento dello straniero alla luce della l.n. 132 del 2018*, Diritto, immigrazione e cittadinanza, 1.

LOPRIENO D. (2018), *Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero*, Editoriale Scientifica, Napoli.

LOPRIENO, D. (2010) *I campi per gli stranieri: luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello stato?* in *Immigrazione e diritti fondamentali: fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*. Giuffrè. p. 505-531.

LOPRIENO, D. (2015) voce *Detenzione amministrativa*, in Dig. Disc. Pubbl, XV, Torino.

MARCUSE H. (1974), *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata*, Einaudi, Torino.

MASERA L. (2018), *L'incriminazione dei soccorsi in mare. Dobbiamo rassegnarci al disumano?*, *Questione giustizia*, 2.

MASERA L., *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, *Questione giustizia*.

MASERA, L. (2013), *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa*, in A. GABOARDI-GARGANI A.; MORGANTE G.; PRESOTTO A.; SERRAINO M.; *Libertà*

dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale, Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012, Giappichelli, Torino.

MAZZA C. (2013), *La prigione degli stranieri. I centri di Identificazione ed Espulsione*, Ediesse, Roma.

MELOSSI D. (1996), *Lezioni di sociologia del controllo sociale*, Clueb, Bologna.

MEZZADRA, S. (2006), *Diritto di fuga: Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione, ombre corte*, Verona.

MEZZADRA, S. (2007) *Confini, migrazioni, cittadinanza*. Papers: rivista de sociologia, 85: 31-41.

MINNITIL. (2018), *La Costituzione italiana come limite alla regressione e spinta al rafforzamento della protezione dello straniero in Europa*, *Questione giustizia*, 2.

NASCIMBENE, B.; BONETTI, P. (2004), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova.

NATALE, A. (2011), *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2.

NATALE, A. (2013). *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*. *Questione giustizia*, 5.

NATALE, A.; RENOLDI, C. (2011), *La tutela dei diritti ei paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, *Questione giustizia*, 5.

NATOLI S. (2005). *La verità in gioco: scritti su Foucault*. Feltrinelli Editore, Milano.

PACE, A. (2010), *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, Associazione Italiana Costituzionalisti, 2.

PALEOLOGO V. F. (2018), *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, *Questione giustizia*, 2.

PALEOLOGO, F.V. (2012), *Diritti sotto sequestro: dall'emergenza umanitaria allo stato di eccezione*, Aracne, Roma.

PALIDDA S. (a cura di) (2009), *Razzismo democratico. Le persecuzioni degli stranieri in Europa*, Xbook, Milano.

PAPASTERGIADIS, N. (2018), *The turbulence of migration: Globalization, deterritorialization and hybridity*, John Wiley & Sons.

PATRONI GRIFFI, A. (2009). *Stranieri non per la Costituzione*, Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione E. de Nicola su Immigrazione nell'equilibrio tra esigenze di sicurezza e integrazione sociale, Torre del Greco (Na), 16 maggio 2009.

PENASA S., (2017), *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, Associazione Italiana costituzionalisti, 2.

PEPINO L. (2018), *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, *Questione giustizia*.

PEPINO, L. (2000) *Centri di detenzione ed espulsioni (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2.

PEPINO, L. (2002), *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3.

PIFFERI, M. *La doppia negazione dello ius migrandi tra Otto e Novecento*. 2009 in GIOLO, O.; PIFFERI, M. (2009). *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*. Giappichelli, Torino.

PRADIER-FODÉRE, P.; PRADIER-FODÉRE, C. (1906) *Traité de droit international public européen & américain: suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*. G. Pedine-Lauriel.

PUGIOTTO, A. (2014). *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, *Quaderni costituzionali*, 34(3), 573-604.

QUASSOLI, F. (1999). *Immigrazione uguale criminalità. Rappresentazioni di senso comune e pratiche organizzative degli operatori del diritto*, *Rassegna italiana di sociologia*, 40(1), 43-76.

RAHOLA F. (2003), *Zone definitivamente temporanee. I luoghi dell'umanità in eccesso*, ombre corte, Verona.

RASTELLO L., *Le frontiere addosso. Così si deportano i diritti umani*, Laterza, 2010.

RAUTI, A. (2004), *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in Forum di Quaderni costituzionali, 25.

RODOTÀ, S. (2014). *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Gius. Laterza & Figli, Bari.

RUGGERI, A. (2011). *Note introduttive ad uno studio sui diritti e doveri costituzionali degli stranieri*, Associazione Italiana Costituzionalisti, 2.

RUGGERI, A. (2015). *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, Relazione al convegno su Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri, Reggio Calabria 26-27 marzo 2015.

SANTORO E. (2019), *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, Questione giustizia.

SARZOTTI, C. (1991). *Sapere giuridico tra diritto di sovranità e pratiche disciplinari nel pensiero di Michel Foucault*, vol. XVIII, Sociologia del diritto.

SASSEN, S. (2008) *Territorio, autorità, diritti: assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Mondadori B.

SAVIO G. E. (2016), *Espulsione e respingimenti: la fase esecutiva. Scheda pratica aggiornata a luglio 2016*, Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione.

SAVIO G. E. (2017), *La legge 13 aprile 2017 n.46 recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale. Prime riflessioni interpretative*, aggiornamento a giugno 2017, Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione.

SAVIO, G. E., (2000). *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanea*, Diritto, immigrazione e cittadinanza, 1.

SAVIO, G. E., (2007). *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte Costituzionale: una resa del giudice delle leggi?* Diritto, immigrazione e cittadinanza, 1.

SAVIO, G. E. (2011), *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, Diritto, immigrazione e cittadinanza, 3.

SAVIO, G. E., (2015) *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*. Diritto, immigrazione e cittadinanza, 3-4.

SAVIO, G. E. (2013), *La progressiva erosione del controllo giurisdizionale nelle procedure di allontanamento dei migranti*, *Questione giustizia*, 5.

SAVINO M. (Ed.). (2017). *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*. Editoriale scientifica.

SCIURBA A. (2018), *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, *Questione giustizia*, 2.

SCIURBA, A. (2009) *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, ombre corte, Verona.

SIMONE A. (2003), *Gabbie per migranti*, in *Globalizzazione ed esperienze di vita. Nuove povertà e processi di liberazione*, Millepiani, Mimesis, Milano, 26.

SIMONE A. (2006), *Le frontiere dell'esclusione. Il caso dei centri di permanenza temporanea in Italia dopo la legge Bossi-Fini*, Diritto, immigrazione e cittadinanza, 3.

SIRIANNI, G. (1999), *La polizia degli stranieri*. Giappichelli, Torino.

SPITALERI, F. (2015) *Il rimpatrio dell'immigrato in condizione di soggiorno irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione europea*.

STANCATI P. (a cura di), (2011), *Lo status libertatis del "cittadino di paese terzo" nell'Unione europea. Ingresso, soggiorno, trattenimento, allontanamento*, Aracne, Roma.

STANCATI, P. (2009). *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*. Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009.

TURE, K; HAMILTON, C. V.; CARMICHAEL, S. (1968), *Black power: The politics of liberation in America: With new afterwords by the authors*, Vintage Books.

VALENTINI E. (2018), *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.

VEGLIO M. (2018), *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, *Questione giustizia*, 2.

WILSHER, D. (2004) *The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control: International and constitutional law perspectives*. *International & Comparative Law Quarterly*, 53.4: 897-934.

ZIRULIA S.; CANCELLARO F. (2019), *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, *Diritto penale contemporaneo*.