

Sapienza - Facoltà di Giurisprudenza
Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza
Diritto penitenziario

Tesi di laurea

La detenzione amministrativa dei migranti

Alessandro Valenti

Prefazione

Questo lavoro ricostruisce disciplina, prassi e politiche della detenzione amministrativa dei migranti, con l'obiettivo di dimostrare l'urgenza di una loro ridefinizione alla luce dei valori di libertà e dignità umana.

La tesi ha vinto il *Premio Acat Italia 2019*, "Una laurea per fermare la tortura e per i diritti dei migranti", con la seguente motivazione: «apprezzando la scelta di indagare, con rigore scientifico e passione civile, un fenomeno emergente finora poco approfondito come la detenzione amministrativa dei migranti e le gravi sofferenze che ne derivano, e di segnalare l'urgenza di soluzioni alternative meno afflittive e più rispettose delle garanzie costituzionali, dei diritti umani e della dignità della persona».

Dall'analisi emerge un paradigma illiberale, diffuso in tutto il mondo e legittimato nel diritto internazionale, per funzioni e procedure di adozione. La detenzione amministrativa, funzionale al rimpatrio o ad altro risultato amministrativo correlato al governo dell'immigrazione, è disposta dalle forze di polizia e trova esecuzione, per periodi significativi, in luoghi simili a carceri, nonostante lo scopo non punitivo. Le "prigioni amministrative", però, sono forse peggiori delle prigioni, essendo state sottratte ai presidi di dignità riconosciuti ai detenuti dal diritto penitenziario. Così, sono pochi gli attori nazionali che prevedono meccanismi di reclamo idonei a far cessare trattamenti degradanti o contrari al senso di umanità.

Le condizioni di detenzione nei centri sono perlopiù ignorate dalla società civile, considerate le restrizioni e i divieti che incontrano giornalisti e Ong all'accesso nelle strutture, nonché la poca trasparenza che talora caratterizza l'affidamento dei servizi ai privati (una regola, in Europa continentale, in controtendenza rispetto al settore penitenziario).

La tesi analizza poi le prassi detentive nei punti di approdo di massa delle frontiere esterne dell'Unione, in cui la privazione della libertà personale trova

spesso applicazione generalizzata e/o de facto in centri non di rado fatiscenti e sovraffollati; quanto accade oggi con l'attuazione del Sistema Hotspot. Emergono significativi indizi del carattere sostanzialmente penale che talora assume la misura, e della sua sostanziale inefficienza alla realizzazione dello scopo amministrativo.

La conclusione: ferma restando l'esigenza di una revisione critica delle attuali politiche migratorie, la detenzione amministrativa va condotta sui binari dei diritti umani e ne va drasticamente ridotto il campo di applicazione. Ciò richiede non solo la ricerca di alternative umane ed efficienti ma anche la piena consapevolezza da parte della società civile del lato oscuro delle politiche della sicurezza.

La versione qui pubblicata è aggiornata al 25 febbraio 2019, con l'esame del caso Diciotti.

Pasquale Bronzo



Murales di Lask - Itvan K. Foto di J. Menjoulet

Centinaia di uomini a bordo di imbarcazioni in un mare visibilmente in tempesta. Una barca sembra essersi capovolta e delle persone sono in mare. C'è del rosso in fondo alla parete. Il sangue di chi non ha finito la traversata. Gli ufficiali, senza occhi, naso e bocca, hanno smarrito i loro tratti umani. Uno di loro dà ordine agli altri di arrestare l'uomo a terra, forse superstite di quello stesso naufragio. Sembra il ricordo di quel bambino, forse il figlio dell'uomo arrestato. Porta la mano dietro la testa, ha lo sguardo perso. Sembra non capire perché nessuno li abbia aiutati quando erano in difficoltà, perché suo padre sia stato portato via come un criminale da quegli stessi uomini a cui chiedeva aiuto...

Più di un anno fa, con la stessa ingenuità di quel bambino e con le stesse domande, ho cominciato questo lavoro, non sapendo nulla della detenzione amministrativa. Giunto alla fine, meno ignorante di prima, ho ancora lo sguardo a terra e la mano dietro la testa.

INDICE

PARTE GENERALE: *La detenzione amministrativa dei migranti*

CAPITOLO I – Coordinate generali

1	La detenzione amministrativa dei migranti come “paradigma”	2
2	Cenni sulla storia e sulla politica della detenzione amministrativa.....	3
3	La detenzione amministrativa tra diritto e politica: il caso Diciotti e il precedente Khlaifia	5
4	Sulla privazione della libertà personale e sui tentativi di negare l’evidenza	9
4.1	La teoria della “prigione con tre pareti”	10
4.2	Trattenimento, rétention e altri 100 modi per non dire “detenzione”	12

CAPITOLO II – Fuori dai centri

1	I mille impieghi della detenzione amministrativa dei migranti	14
1.1	L’esternalizzazione dei controlli alle frontiere e la detenzione amministrativa.....	15
1.2	Gli scopi della detenzione nella Convenzione europea. La CEDU, il sovrano e il migrante.....	18
1.3	Gli scopi legittimi per il diritto dell’Unione europea.....	19
1.4	La detenzione amministrativa dei migranti alla prova dell’articolo 13 della Costituzione e le ipotesi di trattenimento in Italia	23
2	Inversione dei poteri	25
2.1	L’inversione dei poteri in Italia.....	27
3	In principio proporzionalità.....	34
3.1	La Corte EDU e la proporzionalità negata	37
3.1.1	“Proportionality lite”	39
3.1.2	Scontro tra titani: “il diritto sovrano innegabile” e la libertà dei migranti	41
3.2	Il Comitato dei diritti dell’uomo ed il principio di proporzionalità. La mandatory detention australiana	42
3.3	Il principio di proporzionalità nell’Ue.....	44
3.3.1	La Carta di Nizza	45
3.3.2	La normativa secondaria	46
3.3.3	La durata della detenzione. La ragionevole prospettiva di allontanamento.....	47
3.4	Il principio di proporzionalità in Italia: tra legge, prassi e caso	51

CAPITOLO III – Dentro i centri

1	Il divieto di utilizzo delle prigioni.....	58
1.1	I centri di detenzione amministrativa in Italia.....	60

1.2	I Centri di permanenza per i rimpatri	61
2	La privatizzazione come regola non scritta.....	62
2.1	La privatizzazione in Italia.....	63
2.2	La privatizzazione come il male assoluto?.....	65
3	La creazione di prigionieri speciali	66
3.1	Architettura carceraria.....	68
3.2	Le condizioni di detenzione accettabili nel diritto dell'Ue ed il "fattore MSNA" nella giurisprudenza CEDU	68
3.3	La regolamentazione delle condizioni di detenzione negli Stati e il regime di sicurezza	71
3.4	La situazione italiana	77
3.4.1	Cosa (non) prevede la legge italiana sui centri di detenzione amministrativa	78
3.4.2	"Gli Hotspots non esistono" (cenni)	81
3.4.3	La palese violazione dell'articolo 13 della Costituzione	81
3.4.4	L'irragionevolezza della "fuga dal penitenziario"	82
3.4.5	Dignità calpestate ma nessuno a cui chiedere aiuto	83
4	Il rapporto con l'esterno.....	85
4.1	Relazionarsi con l'esterno.....	85
4.2	I "watch dogs" come intralcio	87
4.3	Il caso italiano	88
5	Il regime meramente custodiale	89

PARTE SPECIALE: *Hotspot*

CAPITOLO IV – Introduzione al sistema Hotspot

1	La crisi delle frontiere interne	94
1.1	Il "basic Hotspot approach" come risposta	96
2	Dalla crisi migratoria alla crisi umanitaria: la Dichiarazione Ue-Turchia.....	100
2.1	Fase due: l'"advanced Hotspot approach".....	102
3	L'ingresso degli Hotspots nel diritto dell'Ue	103
4	Il progetto frontiero-centrico della Commissione europea	104
4.1	Premessa: le procedure di frontiera nel diritto dell'Unione europea	105
4.1.1	La detenzione amministrativa nelle procedure di frontiera.....	106
4.2	Le proposte di riforma del CEAS e della direttiva rimpatri	107

CAPITOLO V – Hotspot in Italia

1	I centri di frontiera italiani prima degli Hotspots	109
1.1	L'emergenza Nord Africa.....	110
1.1.1	Sentenza Khlaifia: detenzione arbitraria	112

2	“Basic Hotspot” in Italia	115
2.1	Il “decreto Minniti-Orlando”	117
2.1.1	Hotspot e frontiere interne.....	118
2.2	L’incompresa “Legge Puglia”	120
2.3	Il “decreto Salvini”	121
2.3.1	L’introduzione della <i>fast-track border procedure</i> in Italia. Gli ipotetici scenari del giorno dopo	124
3	L’Hotspot in Italia in concreto: l’architettura dei centri	127
3.1	Centri aperti o centri chiusi.....	128
3.2	Regime di circolazione interna al centro	129
3.3	Le condizioni materiali di vita.....	130

CAPITOLO VI - Hotspot in Grecia

1	La Grecia prima dell’“Hotspot approach”: la frontiera e la crisi dell’accoglienza.....	133
2	Basic Hotspot in Grecia.....	135
3	La prima attuazione dell’advanced Hotspot approach: “ <i>mandatory detention</i> ”	136
4	Chiave di volta dell’Hotspot approach 2.0 ieri ed oggi: “ <i>Fast-track border procedure</i> ”	138
5	La natura dei RIC/Hotspots greci oggi: centri <i>poliformi</i>	139
6	“Geographical restriction”	141
6.1	Restrizione o privazione della libertà personale?	143
6.2	Le ragioni della “restrizione geografica”	144
7	Dalla crisi migratoria alla crisi di coscienza: la deterrenza sulla pelle	146

CAPITOLO VII - Sulla natura e sull’(in)efficienza della detenzione

1	La natura della detenzione “amministrativa” dei migranti.....	149
2	Spunti sull’efficienza di una misura umanamente costosa: ne vale la “pena”?	153
3	Conclusioni.....	156

BIBLIOGRAFIA	158
---------------------------	-----

Lista delle abbreviazioni

Riviste

Criminalia: Crim.
Democrazia e diritto: Dem. dir.
Diritti umani e diritto internazionale: Dir. um. dir. int.
Diritto, immigrazione e cittadinanza: Dir. imm. citt.
Journal of Refugee Studies: J. Refug. Stud.
Politica del diritto: Pol. dir.
Quaderni costituzionali: Quad. cost.
Questione giustizia: Questione giust.
Ragion pratica: Rag. prat.
Rivista trimestrale di diritto pubblico: Riv. trim. dir. pubbl.
Rivista di diritto internazionale: Riv. dir. intern.
Refugee Survey Quarterly: RSQ
Sapienza Legal Papers: SLP

Normative, organismi nazionali ed internazionali, società civile

Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera: Frontex
Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati: UNHCR
Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione: ASGI
Comitato dei diritti dell'uomo/Human Rights committee: HRC
Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti: CPT
Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: Cedu
Corte costituzionale: Corte cost.
Corte di cassazione: Cass.
Corte di giustizia dell'Unione europea: Corte di giustizia
Corte europea dei diritti dell'uomo: CEDU o Corte EDU
Costituzione: Cost.
European Asylum Support Office: EASO

European Council on Refugees and Exiles: ECRE
European Migration Network: EMN
Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale: Garante nazionale
Global Detention Project: GDP
Greek Council of State: CoS
HM Chief Inspector of Prisons for England and Wales: HM Chief Inspector
Medici Senza Frontiere: MSF
National Preventive Mechanism: NPM
Patto Internazionale sui diritti civili e politici: ICCPR
Sistema europeo comune di asilo: CEAS
Steering committee for human rights: CDDH
Ufficio europeo di polizia: EUROPOL
Unione europea: Ue
United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR
United Nations Human Rights Council: UNHRC
United Nations Support Mission in Libya, UNSMIL
Working Group on Arbitrary Detention: WGAD

Centri

Centro di accoglienza: CDA
Centro di accoglienza per richiedenti asilo: CARA
Centro di Identificazione ed Espulsione: CIE
Centro di permanenza per i rimpatri: CPR
Centro di permanenza temporanea ed assistenza: CPTA
Centro di Primo Soccorso ed Accoglienza: CPSA
Centre de rétention administrative: CRA
First Reception Center: FRC
Immigration removal centre: IRC
Reception and Identification Center: RIC

STRUTTURA DEL LAVORO

Il lavoro si compone di una parte generale, una parte speciale ed una conclusione.

Nella parte generale si tenterà di illustrare il “*paradigma*” della detenzione amministrativa. Nel primo capitolo si introdurrà il modello sotto il profilo storico, politico e giuridico. Nel secondo e terzo capitolo verranno analizzati i caratteri dell’istituto, rispettivamente in una prospettiva “esterna” ed “interna” ai centri di detenzione amministrativa. Il metodo prescelto è quello comparatistico. L’attenzione sarà quindi dedicata al diritto internazionale, alle normative e alle prassi registrate in Italia e in altri Stati del mondo.

La parte speciale sarà dedicata all’analisi del sistema “*Hotspot*”. Anch’essa si compone di tre capitoli. Il primo è volto ad introdurre il lettore al sistema Hotspot. Nel secondo e terzo capitolo, si illustrerà l’attuazione del metodo Hotspot in Italia ed in Grecia.

Seguirà infine un capitolo conclusivo, in cui si forniranno alcuni spunti di riflessione riguardo alla *natura* della detenzione “amministrativa” e alla sua *accettabilità sociale*.

PARTE GENERALE:
LA DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEI MIGRANTI

Capitolo primo

COORDINATE GENERALI

SOMMARIO: 1. La detenzione amministrativa dei migranti come “paradigma” – 2. Cenni sulla storia e sulla politica della detenzione amministrativa – 3. La detenzione amministrativa tra diritto e politica: il caso Diciotti e il precedente Khlaifia – 4. Sulla privazione della libertà personale e sui tentativi di negare l’evidenza – 4.1. La teoria della “prigione con tre pareti” – 4.2. Trattenimento, rétention e altri 100 modi per non dire “detenzione”

Abstract

La detenzione amministrativa dei migranti costituisce un “paradigma” custodiale alternativo a quello penalistico, che trova oggi diffusione globale e legittimazione nel diritto internazionale quanto a funzioni e procedure. Il concetto sta a significare una privazione della libertà personale (come è stato spesso negato da taluni governi) che è funzionale al raggiungimento di un risultato amministrativo correlato al governo dell’immigrazione. Disposta dalle forze di polizia, la detenzione amministrativa trova esecuzione in “carceri amministrative”, affidate ai privati, impermeabili alla società civile e sottratte alle tutele previste dall’ordinamento penitenziario. La stessa trovava sviluppo come corollario del potere di esclusione con la nascita degli Stati della sicurezza. Tutt’oggi persiste il suo carattere intimamente sovrano, che riemerge con forza quando le corti sono chiamate a riaffermare la cogenza del diritto.

1 La detenzione amministrativa dei migranti come “paradigma”

La detenzione amministrativa dei migranti costituisce un vero e proprio *paradigma custodiale* alternativo a quello penalistico, presentando caratteri propri, che, di regola, si riflettono negli Stati che ne fanno utilizzo.

Ciò che la differenzia concettualmente dalla detenzione come pena, e che ne spiega il nome, coniato dalle istanze internazionali, è la *funzione amministrativa*. Infatti, la detenzione non è disposta per la commissione di un fatto riprovevole e non ha (*rectius*: non può avere) gli scopi della pena. Diversamente, la stessa trova il presupposto applicativo nella qualità di straniero irregolare o richiedente asilo e nell’attivazione di un procedimento amministrativo correlato al governo dell’immigrazione. La privazione della libertà personale, e quindi la custodia del migrante in un luogo circoscritto, ha lo scopo di favorire il raggiungimento del risultato amministrativo a cui è preordinato il procedimento in cui la stessa si inserisce. Così, ad esempio, la detenzione può essere disposta per neutralizzare il rischio di fuga durante il procedimento di *identificazione* all’ingresso del territorio dello Stato, nel corso delle pratiche volte a dare una risposta alla domanda d’*asilo* oppure nell’attesa che vengano rimossi gli ostacoli che impediscono il *rimpatrio*. Sempre più, la detenzione amministrativa è strumento di governo delle migrazioni, essendo intrinsecamente correlata alla “chiusura delle frontiere” nei Paesi di origine o di transito.

Tale misura è stata scissa da quell'impianto liberale costruito nel tempo a freno dell'autorità e a garanzia della libertà personale. Così, la privazione della libertà viene *disposta di regola dalle forze di polizia*, mentre il giudice interviene in sede di controllo sulla legittimità della detenzione (il c.d. "*judicial review*"). Di fatto la sua applicazione è la regola, in spregio al *principio di proporzionalità*, il cui sindacato appare indebolito persino nelle istanze internazionali. Trova esecuzione in luoghi che, per architettura e regime detentivo, appaiono come *prigioni di fatto*, nelle quali, però, il diritto penitenziario non entra. Regola è anche la *privatizzazione*, a cui talvolta si accompagna la *confidenzialità* dei contenuti contrattuali e di ciò che accade nei centri, *spazi impermeabili* alla società civile, considerate le preclusioni o restrizioni che incontrano giornalisti e Ong. È soffocata la voce di chi vede violata la propria dignità, essendo un'assoluta eccezione la previsione di sistemi di *reclamo*. La stessa è poi caratterizzata poi da un'estrema flessibilità nell'applicazione perché, come una sorta di *cautelare amministrativa*, cessa con la realizzazione dello scopo amministrativo di cui al relativo procedimento.

Per la libertà dalle garanzie e per la flessibilità nell'applicazione della misura, la detenzione amministrativa è, in breve, "*easy detention*".

2 Cenni sulla storia e sulla politica della detenzione amministrativa

La detenzione amministrativa trovava sviluppo tra la fine dell'800 e l'inizio del 900 con la nascita degli "Stati della sicurezza", quando alcuni tra questi, come USA e Regno Unito, rivendicavano l'esistenza di un attributo sovrano di *selezionare ed escludere* gli stranieri dal loro territorio¹. Iniziava il mito dello straniero invasore a cui chiudere le porte dello Stato per preservare l'identità e la ricchezza nazionale. Così, come i confini da delimitazioni della giurisdizione statale divenivano *frontiere dell'esclusione*, allo stesso modo la detenzione amministrativa degli stranieri, da misura da esercitare in tempo di guerra, veniva utilizzata in tempo di pace per dare effettività al potere di escludere. Superati i confini, si effettuavano a bordo delle *navi* o sulle banchine dei porti delle verifiche sulle qualità morali, sul benessere fisico e mentale e sui mezzi di sussistenza dello straniero. In tale contesto, la detenzione amministrativa era priva di specifica regolamentazione, essendo percepita come «*un aspetto burocratico ancillare al processo di classificazione e selezione dei migranti*»². Solo negli anni 90 dell'800, con l'intensificarsi dei controlli, nascevano i primi centri di detenzione, come quello sito in Ellis Island (USA)³.

¹D. WILSHER, *Immigration Detention: Law, History, Politics*, New York, 2012, p. 54.

²WILSHER, *op. cit.* p. 54, corsivo aggiunto. Guardando agli USA, il primo atto che espressamente autorizzava la detenzione amministrativa dei migranti era l'"Immigration Act" del 1891, ma già l'"Act to Regulate Immigration" del 1882, che era il primo atto federale a portata a generale sui controlli all'ingresso degli stranieri nello Stato, si riteneva ammettesse implicitamente la detenzione come potere ancillare al processo di selezione ed esclusione dei migranti giunti in America.

³WILSHER, *op. cit.* p. 15.

In poco più di un secolo, la detenzione amministrativa si è diffusa in tutto il mondo, al punto che oggi è percepita dalla Corte EDU come un «*corollario indispensabile*»⁴ del «*diritto sovrano innegabile di controllare l'ingresso degli stranieri e la loro residenza nel loro territorio*»⁵. La sua espansione è il prodotto dei processi di «*securitarizzazione delle migrazioni*»⁶ e di «*esternalizzazione dei controlli di frontiera*». Infatti, nell'epoca della globalizzazione, gli attori politici statali, incapaci di garantire sicurezza economica e sociale, si reinventano Stati-nazione, offrendo nuove minacce e facili rimedi, tutti all'insegna dell'imperativo della tolleranza zero⁷. In questa narrazione, il migrante diviene fonte inesauribile di macro-pericoli che, per essere adeguatamente fronteggiati, richiedono l'utilizzo di macro-poteri. Così, negli ultimi decenni, con la *regressione economica*, gli Stati hanno innalzato barriere giuridiche all'ingresso nel loro territorio⁸, creando la categoria del «*migrante irregolare*»^{9,10} ovvero di colui che attraversa la frontiera pur non essendovi autorizzato o che rimane nel territorio dello Stato avendo perso il permesso di soggiornarvi. L'11 settembre 2001 ha ulteriormente contribuito a rinforzare la difesa dei confini mediante l'associazione tra richiedente asilo e terrorista¹¹. Lo stesso processo di *abbattimento dei controlli alle frontiere interne* tra gli Stati membri dell'Unione europea ha «*creato nuovi "amici" e costruito nuovi "nemici" contro cui sono stati potenziati i controlli*»¹². Infatti, se da una parte la detenzione amministrativa di un cittadino di uno Stato membro potrebbe essere giustificata soltanto da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica¹³, dall'altra parte l'assenza di controlli alle frontiere interne comporta che la mobilità degli irregolari e dei richiedenti asilo costituisce un *pericolo comune* da neutralizzare con misure di carattere preventivo¹⁴ e reattivo. Queste ultime si traducono in un efficace esercizio dei poteri coercitivi¹⁵.

⁴ CEDU, Grande Camera, *Saadi contro Regno Unito*, 29 gennaio 2008, punto 64, traduzione non ufficiale dal testo originale a cura dell'Unione forense per la tutela dei diritti dell'uomo, corsivo aggiunto.

⁵ *Amuur contro Francia*, punto 41; *Saadi c. Regno Unito*, punto 64, corsivo aggiunto

⁶ Vedi G. CAMPESE, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, p. 21-22.

⁷ Vedi le riflessioni di G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. giust.*, 27 giugno 2014, p. 3.

⁸ WILSHER, *op. cit.* p. XI; S. J. SILVERMAN – A. NETHERY, *Understanding immigration detention and its human impact*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, Abingdon – New York, 2015, p. 6.

⁹ WILSHER, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰ In questo lavoro utilizzeremo il termine «irregolari» ad indicare i migranti che non abbiano manifestato volontà di chiedere asilo.

¹¹ SILVERMAN – NETHERY, *op.cit.*, p. 6.

¹² WILSHER, *op. cit.*, p. 172, corsivo aggiunto.

¹³ Corte di giustizia, caso *Oulane*, C-215/03, 17 febbraio 2005, curia.europa.eu, p. 41.

¹⁴ Sul piano preventivo, occorre «selezionare gli ingressi» ed evitare la creazione di un corridoio dalle frontiere esterne verso l'Europa centrale. Così, venivano definite regole comuni sull'attraversamento delle frontiere esterne ed il loro pattugliamento e dei criteri volti a determinare lo Stato competente all'esame delle domande di asilo presentate da cittadini di Paesi terzi o apolidi in uno Stato dell'area Schengen.

¹⁵ C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I centri di Identificazione e di Espulsione*, Roma, 2013, p. 28 ricorda come «l'esigenza di dare ed avere assicurazioni riguardo a una gestione consapevole e controllata dei flussi migratori, di fatto, si è tradotta in tutti gli Stati europei nella creazione di strutture detentive». Si consideri anche l'incremento dell'utilizzo della detenzione amministrativa dei richiedenti protezione internazionale

Ciò che lega il passato liberista, che relegava l'uso della detenzione amministrativa degli stranieri al "nemico", al presente sovranista o sovranazionale, che la utilizza nei processi di controllo e gestione dell'immigrazione, è lo scopo ultimo dell'esercizio del potere: la "difesa dei confini". Come il nemico minaccia la sicurezza dello Stato, lo straniero, privo di documenti, nello scenario politico, si pone come un rischio per l'ordine pubblico, economico e sociale e, dopo l'11 settembre 2001, per la sicurezza nazionale. Con l'associazione *straniero-pericolo*, la difesa dei confini giustifica agli occhi dell'opinione pubblica l'utilizzo di *macro-poteri*, prima confinati nella dimensione ristretta della politica di guerra, oggi estesi alla politica di gestione dei flussi migratori, allo stesso modo vissuti come un esercizio necessario per contrastare la minaccia alla sopravvivenza dello Stato. Questi poteri non sono rimasti confinati nella dimensione dello stato di eccezione ma, in ragione del «persistere dell'«emergenza»», che richiede costanza nell'azione pubblica, sono stati "giuridificati" fino a creare il descritto *paradigma*¹⁶, a dir poco *anacronistico*, che il processo di "esternalizzazione dei controlli di frontiera"¹⁷ ha contribuito a diffondere e che ha ricevuto legittimazione dalle istanze internazionali¹⁸ quanto agli scopi ed al procedimento di adozione. Tale legittimazione si spiega proprio per il *carattere intimamente sovrano* della misura, percepita come un'appendice della sovranità.

Due recenti e note richieste di archiviazione di Procure italiane sembrano dimostrare quanto questa dimensione politica riemerge con forza quando le Corti sono chiamate a giudicare la rispondenza dell'esercizio del potere a quei (deboli) limiti fissati dalla legge.

3 La detenzione amministrativa tra diritto e politica: il caso Diciotti e il precedente Khlaifia

La prima vicenda che trattiamo è quella relativa al trattenimento a bordo della nave Ubaldo *Diciotti*. Questi, in breve, i fatti. Il 16 agosto 2018 circa centonovanta persone venivano recuperate dalla Guardia costiera italiana in zona SAR maltese. Il natante veniva diretto verso Lampedusa. Il Ministro dell'Interno Matteo Salvini decideva di

dopo l'approvazione della dir. 2003/9/CE. Vedi Parlamento europeo, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, *relazione sull'attuazione nell'unione europea della direttiva 2003/9/ce sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati: visite della commissione LIBE dal 2005 al 2008* (2008/2235(INI)), relatrice: Martine Roure, punto 31. Inoltre, la dir. 2008/115/CE ha portato «alla convergenza» della durata massima del trattenimento negli Stati membri dell'Unione europea. Ad ultimo, nel 2013 è stata definita un'ipotesi di detenzione amministrativa sui generis, ovvero quella disposta per realizzare i trasferimenti verso gli Stati competenti all'esame delle domande di protezione internazionale.

¹⁶L'espressione «giuridificazione» è di CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica, cit.*, p. 196. Sempre CAMPESI, *op. cit.*, p. 22 rintraccia nella stabilizzazione dell'emergenza il passaggio necessario che conduce alla "giuridificazione", momento ultimo di questo processo che origina dalla descritta "securizzazione delle migrazioni".

¹⁷Vedi le costatazioni di SILVERMAN – NETHERY, *op. cit.*, p. 6, 8.

¹⁸Sotto quest'ultimo profilo, vedi anche CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica, cit.*, p. 23.

“chiudere i porti” italiani, impedendo così lo sbarco dei migranti soccorsi. Il rifiuto allo sbarco dipendeva da ragioni di carattere strettamente politico. I migranti divenivano “ostaggio” di un dichiarato *braccio di ferro* tra lo Stato italiano, su cui l’Ue scarica le responsabilità dell’accoglienza, e gli altri Stati membri, da cui il primo pretendeva il superamento di tale approccio, a partire dalla ripartizione dei migranti della nave Ubaldo Diciotti¹⁹. Soltanto tredici persone venivano fatte scendere a Lampedusa in quanto bisognose di cure. Il 20 agosto il natante veniva fatto attraccare al porto di Catania, e i ventisette minori non accompagnati (MSNA) venivano fatti scendere due giorni dopo. Gli altri “trattenuti” venivano fatti sbarcare il 25 agosto²⁰, e venivano poi condotti all’Hotspot di Messina.

Che quella della Diciotti fosse una *sistematica privazione della libertà personale* era chiaro ed evidente anche al Garante nazionale dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale, che, infatti, il 23 agosto saliva a bordo per un’ispezione. Ricontra che al *divieto di abbandonare la nave* si aggiungeva la *sorveglianza costante* dei membri dell’equipaggio sul ponte, un *sistema di videosorveglianza* che permetteva il controllo dalla plancia di comando, nonché la *vigilanza dalla banchina* da parte delle forze di Polizia²¹. Le *condizioni* di detenzione erano indecorose. I trattenuti mangiavano e dormivano sul ponte, dove vi erano due soli bagni chimici privi di lavandini per centocinquanta persone. I trattenuti avevano potuto fare una sola “doccia”²² da un tubo da cui usciva acqua non riscaldata. Il letto era costituito da cartoni, a cui si aggiungevano delle coperte²³.

¹⁹È evidente la difficoltà di inquadrare tale vicenda nel paradigma della detenzione amministrativa. Nel caso di specie, infatti, ove si dovesse sostenere che la detenzione veniva disposta come strumento di risoluzione di un procedimento diplomatico volto alla ridefinizione delle regole europee sull’accoglienza, a venir meno sarebbe lo stesso scopo amministrativo della detenzione. Diversamente, a ritenere che avesse un carattere strumentale al procedimento di redistribuzione a cui miravano le trattative diplomatiche, la misura potrebbe rientrare nel paradigma oggetto di questo studio.

²⁰Garante Nazionale, Intervento di Massimiliano Bagagnoli al meeting APT/ODIHR: *De jure and de facto administrative detention of migrants in Italy: observations and challenges*, www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

²¹Garante nazionale, *Informativa Procura Agrigento*, disponibile nel sito del Garante nazionale: www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 24 agosto 2018.

²²Le virgolette sono dello stesso Garante, *Informativa Procura Agrigento*, p. 3.

²³Le condizioni di detenzione a cui venivano sottoposti persone evidentemente deboli vengono valorizzate dal Tribunale di Catania ai fini del giudizio relativo all’“apprezzabilità” dell’arco temporale in cui i migranti sono stati privati della libertà personale. Inoltre, come notato dal Garante nazionale, *Informativa Procura Agrigento*, cit., vi sono senz’altro gli estremi per una condanna in sede CEDU per violazione dell’art. 3 della Convenzione. Infine, tali condizioni rafforzano l’intensità della misura restrittiva, contribuendo a sciogliere il nodo tra restrizione della libertà di movimento e privazione della libertà personale. Chiamata a giudicare della violazione dell’art. 5, § 1, lett. f) della Cedu, la Corte dovrebbe accertare la sussistenza di una detenzione arbitraria, in quanto disposta *de facto* ed eseguita in *condizioni palesemente inadeguate* allo scopo tipicamente amministrativo della misura (il punto verrà chiarito nel capitolo terzo). Sulla violazione dell’art. 5 § 1 Cedu, vedi anche le riflessioni di F. CANCELLARO - S. ZIRULIA, *Controlling Migration through De Facto Detention: The Case of the ‘Diciotti’ Italian Ship*, in www.law.ox.ac.uk.

Il trattenimento prolungato per un *periodo considerevole* avveniva in *assenza di una base legale*, di un *provvedimento impugnabile*, dell'*intervento di un giudice*, quindi in tutto e per tutto al di fuori del quadro costituzionale. Tali elementi, se accompagnati dal *dolo (generico) del sequestro*, avrebbero configurato il reato cui all'art. 605 c.p. Ritendendo astrattamente ipotizzabile la sua commissione, il Procuratore di Agrigento iscriveva il Ministro Salvini nel registro degli indagati e trasmetteva il fascicolo al Tribunale di Palermo, che non accertava alcuna ipotesi di reato relativamente ai fatti avvenuti tra il 16 ed il 19 agosto, mentre si dichiarava incompetente per le vicende successive e rimetteva i fascicoli alla Procura di Catania. Quest'ultima richiedeva l'archiviazione, ritenendo che il ritardo nello sbarco fosse «*giustificato dalla scelta politica non sindacabile dal giudice penale per la separazione dei poteri, di chiedere in sede Europea la distribuzione dei migranti in un caso in cui, secondo la convenzione Sar internazionale sarebbe spettato a Malta indicare il porto sicuro*». Sebbene dagli atti trasmessi al Tribunale di Catania traspare che l'archiviazione veniva chiesta per la ritenuta infondatezza della notizia di reato, dalla motivazione emerge che per la Procura il giudizio giuridico sulla decisione politica esulerebbe dalla propria giurisdizione. Nell'assetto costituzionale post-fascista, come poi ribadito dalla sezione per i reati ministeriali del Tribunale di Catania in completo disaccordo con la Procura, le decisioni politiche sono ovviamente sindacabili dal giudice penale allorché si manifestino in *atti amministrativi idonei a ledere una situazione soggettiva*²⁴. Tanto meno poteva trovare applicazione la *causa di giustificazione* di cui all'art. 51 c.p., non essendovi alcun apparente pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale. Così, i giudici, per il periodo dal 20 al 25 agosto, ritenevano integrati gli estremi del *sequestro di persona aggravato* dall'abuso dei poteri inerenti alle funzioni del pubblico ufficiale e dalla minore età di alcune vittime e, di conseguenza, ai sensi della l. cost. n. 1/1989, richiedevano al Senato l'autorizzazione a procedere contro il senatore Salvini. La Giunta per le immunità, chiamata ad una prima *valutazione politica* del comportamento del Ministro, negava l'autorizzazione, ritenendolo un *atto finalizzato a tutelare un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante* o a *perseguire un interesse pubblico preminente nell'esercizio della funzione di Governo*²⁵.

Così, in una sorta di stralunamento costituzionale, il trattenimento dei migranti a bordo della nave Diciotti diveniva atto politico insindacabile e volto a perseguire un interesse supremo nazionale.

Il caso Diciotti era preceduto dalla vicenda che avrebbe poi condotto ad una condanna in sede CEDU nel caso *Khlaifia*. In breve, nel contesto dell'"emergenza Nord Africa", il Centro di Primo Soccorso ed Accoglienza (CPSA) di Lampedusa diveniva un centro di detenzione prolungata per gli stranieri giunti sulle coste siciliane. Il trattenimento in un

²⁴Trib. Catania, Sez. Reati Ministeriali, 7 dicembre 2018. La relazione è disponibile in allegato all'articolo di L. MASERA, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in *Quest. giust.*, 29 gennaio 2019.

²⁵Infatti, l'art. 9, l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, permette alla camera competente di negare a maggioranza assoluta dei suoi componenti l'autorizzazione a procedere «ove reputi, con valutazione insindacabile, che 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».

CPSA –tra l’altro sconnesso da un procedimento d’asilo o di rimpatrio - non trovava alcuna base giuridica fino al d.l. 113/2018 (c.d. “*decreto Salvini*”). Di talché, i migranti erano *detenuti de facto*. In seguito ad un esposto, la Procura di Agrigento, dopo aver proceduto all’iscrizione per il solo reato di violenza privata²⁶, il 24 aprile 2012 richiedeva l’archiviazione (che il G.I.P. avrebbe poi accolto «senza ulteriori argomentazioni»²⁷) per le seguenti ragioni: «*La mancata previsione legislativa di un termine massimo di permanenza [...] e di un controllo da parte dell’ autorità giurisdizionale, unitamente agli oggettivi problemi di organizzazione e di sicurezza legati al trasferimento dei predetti cittadini stranieri e all’adozione nei loro confronti dei provvedimenti amministrativi previsti dalla legge, non consentono di ravvisare estremi di alcun reato nei fatti portati a conoscenza di questo ufficio*»²⁸. Eppure, da una parte l’esistenza di problemi di organizzazione e sicurezza connessi alla gestione della primissima accoglienza non integravano una sorta di “stato di necessità” scriminante. Dall’altra, il trattenimento era arbitrario proprio in quanto disposto *de facto*, ovvero in assenza di una base giuridica, di un provvedimento e dell’intervento di un giudice che, evidentemente, deve essere previsto a monte dalla legge ai sensi dell’art 13 Cost. Piuttosto, la motivazione della Procura di Agrigento sembra essere il risultato di un (inammissibile) bilanciamento tra libertà ed autorità dettato da una sorta di *stato di emergenza*, sintetizzabile nel brocardo «*necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*»²⁹ che mal si concilia con l’art. 5 Cedu e con l’art. 13 Cost, così come riconosciuto rispettivamente proprio nel caso *Khlaifia* dalla Corte EDU³⁰ e nella sentenza 105/2001 della Corte costituzionale³¹.

Le argomentazioni utilizzate dalle Procure in entrambi i casi sono evidentemente emblematiche del carattere intimamente sovrano della detenzione dei migranti, che,

²⁶L. Masera - F. Viganò, *La procura di Agrigento sulle recenti vicende di Lampedusa: una replica al nostro editoriale. Lettera del Procuratore Aggiunto di Agrigento dott. Ignazio Fonzo a Diritto penale contemporaneo a proposito dell’editoriale del 14 ottobre 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2013.

²⁷ L. MASERA, *Il ‘caso Lampedusa*, cit., p. 89.

²⁸Ivi, p. 89, 90.

²⁹Afferma L. MASERA, *Il ‘caso Lampedusa’: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.1/2014, p. 90: «è proprio nella gestione delle emergenze di ordine pubblico che si deve cogliere la differenza tra uno Stato di polizia, dove la libertà può essere sacrificata *ad libitum* dall’autorità di polizia in nome di asserite esigenze di difesa dell’ordine pubblico, ed uno Stato di diritto, dove ogni privazione di libertà può essere disposta solo nei limiti fissati dalla Costituzione e dalla legge».

³⁰CEDU, *Grande camera, Khlaifia e altri c. Italia*, 15 dicembre 2015, in www.giustizia.it (traduzione: Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, effettuata e rivista da R. Carnevali, e da M. Scantamburlo). La CEDU ha affermato che il fatto che la privazione della libertà sfugga al controllo di un’autorità giudiziaria «*anche nell’ambito di una crisi migratoria, non può conciliarsi con lo scopo dell’art. 5 della Convenzione: assicurare che nessuno sia privato della sua libertà in maniera arbitraria*».

³¹Corte Cost., *sent. n. 105 del 2001*, in www.giurcost.org: «*Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*».

sempre più, tocca le corde della sovranità al pari delle questioni di sicurezza nazionale, talvolta identificandosi con queste e ponendosi allo stesso modo tra diritto e politica.

4 Sulla privazione della libertà personale e sui tentativi di negare l'evidenza

Sin qui abbiamo accennato ai caratteri fondanti della detenzione amministrativa dei migranti, ne abbiamo spiegato la diffusione e la legittimazione alla luce del suo carattere intimamente sovrano, e abbiamo detto che questa connessione pare influire in modo significativo sull'operato delle Corti. Tutto ciò dando per assodato che la misura di cui al presente lavoro rientri tra le forme di privazione della libertà personale. In realtà, la sua natura detentiva è spesso negata o celata dagli attori nazionali, con l'effetto di dissociarla da quel corredo di tutele che le Costituzioni e il diritto internazionale riconoscono alla persona privata della libertà personale anche prescindendo dalla natura penale o amministrativa della misura. Il punto merita quindi di essere approfondito.

L'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, l'art. 5 della Cedu, l'art. 9 dell'ICCPR riconoscono ad ogni persona il *diritto alla libertà e alla sicurezza*. Allo stesso modo, l'art. 13 Cost. esprime il principio di *inviolabilità della libertà personale*. Sia a livello nazionale che internazionale, viene così definita la priorità della libertà sull'autorità, e vengono poi tracciati principi, che, come paletti, definiscono un recinto di legittimità entro cui le autorità nazionali devono mantenersi. Quando fuoriescono da quel perimetro, l'esercizio dei poteri sconfinava nell'arbitrarietà. In tal caso, nel diritto internazionale si parla di *arbitrary detention*. Alla libertà personale, intesa come libertà fisica³², di disposizione del proprio corpo, sono riconosciute delle garanzie che quella di circolazione non trova, come ad esempio il diritto a ricorrere ad un giudice (il c.d. "*judicial review*"). Eppure, il confine tra privazione e restrizione della libertà è assai labile, non essendo la prima che una limitazione della libertà di movimento più intensa della seconda. Gli Stati hanno sviluppato nel tempo un ampio armamentario di misure, che, con diversa intensità, raggiungono comunque lo scopo di controllare pienamente i movimenti della persona, limitandoli quel che tanto che è (reputato) necessario (od opportuno) per non perderne il contatto materiale. Pertanto, le Corti dei diritti dell'uomo si sono confrontate con la necessità di stabilire dei *criteri* in base al quale effettuare una classificazione delle misure in un genere o nell'altro. La stessa necessità si è ripetutamente posta anche per la detenzione amministrativa, che può svilupparsi in svariati moduli alternativi a quello carcerario in senso stretto, come il confinamento su imbarcazioni, zone internazionali di aeroporto o isole.

Ogni corte dei diritti umani ha sviluppato i suoi criteri per sciogliere il nodo tra *deprivation of liberty* e *restriction upon liberty* che, invero, nell'applicazione pratica, scontano sempre un certo tasso di opinabilità. È certo però che la misura restrittiva colpisce la libertà fisica quando per un periodo più o meno lungo la persona è nella

³²CEDU, *Engel e altri c. Olanda*, 8 giugno 1976, in hudoc.echr.coe.int, punto 58; HRC, CCPR/C/GC/35, General comment n. 35, Art. 9, § 3, 16 dicembre 2014.

disponibilità materiale dell'autorità, dal cui esercizio di potere non può sottrarsi. Questa è senz'altro la situazione tipica della detenzione amministrativa dei migranti. Ciò nonostante, si è detto, tale natura viene spesso negata o celata dai governi, in un processo di banalizzazione 2.0. che si serve di almeno due tecniche: 1) l'utilizzo dell'argomento che Wilsher descrive come «*prigione con tre pareti*»³³; 2) il «*costante tentativo di mimetismo istituzionale e di edulcorazione semantica*», come efficacemente sintetizza Campesi³⁴.

4.1 La teoria della “prigione con tre pareti”

La teoria della prigione con tre pareti veniva sviluppata dalla Corte suprema degli Stati Uniti d'America nel caso *Mezei* (1953)³⁵, che prende il nome dal ricorrente, detenuto per tre anni nel centro per migranti di Ellis Island.

Erano stati fatti diversi tentativi di espellerlo. Infatti, gli USA lo mandavano prima in Francia e poi in Gran Bretagna, ma entrambe non ne autorizzavano l'ingresso nel territorio. Anche le trattative con l'Ungheria fallivano, atteso che questa rifiutava di riconoscerlo come cittadino. A quel punto, il sig. Mezei si operava per cercare un altro Stato disposto ad accoglierlo, facendo domanda a ben dodici Stati dell'America Latina, che, però, la rigettavano. Pertanto, la sua situazione era di *inespellibilità de facto*: non ammesso ad entrare negli Stati Uniti, impossibilitato ad uscirne. Praticamente in trappola.

Eppure, per la Corte suprema non si poteva parlare di “incarcerazione”: il governo stava offrendo un “rifugio” al sig. Mezei e questo avrebbe potuto andarsene in qualsiasi momento, tranne che ad ovest. «*That might mean freedom, if only he were an amphibian. [...] It overworks legal fiction to say that one is free in law when, by the commonest of common sense, he is bound. Despite the impeccable legal logic of the Government's argument on this point, it leads to an artificial and unreal conclusion. We must regard this alien as deprived of liberty*», affermavano i giudici Jackson e Frankfurter nella dissenting opinion.

Quell'argomento, tanto logico quanto astratto, veniva ripreso dal Governo francese nel caso *Amuur*³⁶, deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel 1996.

Ad alcuni cittadini somali, in fuga dal regime del Presidente Siyad Barre, veniva negata l'autorizzazione ad entrare in Francia, poiché gli veniva contestato di aver presentato passaporti falsi. Venivano trattenuti per venti giorni in una parte di un hotel utilizzata come estensione della zona di transito dell'aeroporto di Parigi-Orly.

³³WILSHER, *op.cit.*, p. 112, corsivo aggiunto.

³⁴G. CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica*, in *Rag. prat.*, n. 2/2014, p. 472.

³⁵Corte suprema degli Stati Uniti d'America, *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953), in supreme.justia.com. WILSHER, *op. cit.*, p. 60, 61.

³⁶CEDU, *Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996, in www.asylumlawdatabase.eu.

I giudici di Strasburgo erano chiamati a valutare l'insidiosa eccezione del Governo francese, che riteneva che i ricorrenti sarebbero potuti andare in qualsiasi momento in Siria, che aveva dato garanzie sul fatto che la loro sicurezza sarebbe stata garantita, con la conseguenza che *questi avevano liberamente scelto di non sottrarsi alla misura restrittiva*. Pertanto, non si sarebbe potuto parlare di privazione della libertà. Sembra uno sviluppo della teoria Mezei in senso conforme al principio di non refoulement.

Preliminarmente, la Corte ha ricordato che la distinzione tra restrizione e privazione della libertà «è soltanto di *grado* o *intensità* e non di natura o sostanza» e che, per verificare se una persona sia stata privata della sua libertà, «il punto di partenza deve essere la sua *concreta situazione*, e deve essere tenuto conto di un'intera serie di criteri come il *tipo*, la *durata*, gli *effetti* e la *modalità* di attuazione della misura in questione»³⁷. Criteri che, dice la Corte in *Guzzardi contro Italia*, devono essere considerati «cumulativamente ed in combinazione»³⁸ e comunque, nei «casi limite», «il processo di classificazione in una o l'altra delle categorie [...] è una questione di pura opinione»³⁹. Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo osservavano che ai cittadini somali fosse stato impedito di proseguire oltre la zona di transito dell'aeroporto, che fossero stati messi *sotto stretta e continuata sorveglianza della polizia di sicurezza* e che fossero *privi di assistenza legale o sociale*, nonostante la consapevolezza delle autorità che si trattasse di rifugiati. La Corte riteneva che, nonostante il confinamento nella zona internazionale non si svolgesse secondo un modulo carcerario, quelle restrizioni per un *periodo eccessivamente prolungato* chiamassero in causa le corti, in quanto «tradizionali guardiani delle libertà personali».

Infine, la CEDU rigettava l'eccezione del Governo francese, ritenendo che mere assicurazioni diplomatiche non potessero essere sufficienti al riconoscimento di una vera e propria scelta sullo stato di libertà (incidente sulla *volontarietà* della misura restrittiva), dal momento che la Siria non era Stato firmatario della Convenzione di Ginevra sui rifugiati. Per cui, vero, una possibilità di andarsene dal Paese c'era. La Siria aveva aperto le porte ed aveva altresì promesso protezione. Una promessa debole, però, perché non supportata da un impegno generale assunto in sede pattizia⁴⁰. Tale argomento sarebbe potuto valere ancora oggi per i migranti c.d. "economici", ma sembra non più accolto nel diritto internazionale. Di talché, se la restrizione assume una certa intensità – in un giudizio per la Corte opinabile – pur sempre di detenzione si tratta, al di là dell'ipotetica possibilità di sottrarsi alla misura mediante la partenza volontaria.

³⁷*Engel e altri c. Olanda*, punto 59, trad. nostra.

³⁸*CEDU, Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, in www.refworld.org, punto 95, trad. nostra.

³⁹*Guzzardi contro Italia*, punto 93, trad. nostra.

⁴⁰Guardando al quadro attuale, come si vedrà, una situazione simile si ripropone nel quadro dei rapporti tra Grecia e Turchia.

4.2 Trattenimento, rétention e altri 100 modi per non dire “detenzione”

Ulteriore tratto distintivo della detenzione amministrativa è l'utilizzo di concetti che nulla hanno a che vedere con la misura in questione. Si è fatto uso del vocabolario per negare l'incidenza della misura sulla libertà personale e per allontanarla il più possibile dall'area del diritto penale e penitenziario⁴¹.

Guardando al caso italiano, è noto il balletto dei nomi per le strutture destinate agli irregolari: nati come “Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza” (CPTA), vengono poi ribattezzati “Centri di Identificazione ed Espulsione” (CIE), per poi assumere l'attuale denominazione di Centri di Permanenza per i Rimpatri (CPR). Lo stesso vale per i centri di frontiera. Il d.l. 30 ottobre 1995 n. 451, poi convertito in l. 29 dicembre 1995 n. 563 (la c.d. “Legge Puglia”), prevedeva l'istituzione di queste strutture con una finalità di «prima assistenza», e che attualmente sono adibite ad “Hotspots”. Malgrado l'etichetta, la CEDU, nel già citato caso *Khlaifia*, riconosceva che i ricorrenti tunisini fossero stati privati della loro libertà personale dallo Stato italiano, a nulla valendo che per il diritto interno questi fossero stati ospitati in una struttura di prima accoglienza per le esigenze di soccorso, ma rilevando invece il divieto assoluto di allontanarsi dal centro di Lampedusa (e da due navi su cui venivano in seguito condotti) e la stretta e permanente sorveglianza delle autorità nazionali.

La situazione non cambia se la si guarda dalla prospettiva del provvedimento. Il legislatore, all'art. 14, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, utilizza il termine “trattenimento”. Il copyright è del legislatore francese che nel 1980 introduceva l'art. 35-bis nell'Ordonnance n. 45-2658 del 2 novembre 1945, disciplinando l'istituto della *rétention administrative*⁴². Il termine trattenimento fa pensare ad un breve periodo. Questione di ore, di qualche giorno. Di fatti, lo schema utilizzato è analogo a quello delle misure precautelari, ricalcando l'art. 13, 3° co., Cost., come emerge in modo evidente alla lettura dell'art. 14, d.lgs. 286/1998: «*il questore dispone che lo straniero sia trattenuto [...] presso il centro di permanenza per i rimpatri più vicino [...]. Il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al giudice di pace territorialmente competente, per la convalida, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. [...]. Il giudice provvede alla convalida, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive*». Eppure, qui, la convalida del provvedimento del questore «*comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni*». Con il meccanismo delle proroghe, richieste al giudice di pace, il periodo massimo di detenzione amministrativa per gli irregolari può arrivare fino a centottanta giorni⁴³. Lo stesso meccanismo costituito dall'adozione del provvedimento da parte del questore, della sua convalida e delle successive proroghe

⁴¹Vedi anche CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., p. 472-475.

⁴²E. GROSSO, *Il modello originale: «reconduite à la frontière» e «rétention administrative» nell'esperienza costituzionale francese*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, Torino, 2001, p. 107-126; A. PUGIOTTO, *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, n. 3/2014, p. 573.

⁴³Il termine è stato modificato dal decreto 113/2018, c.d. “Salvini”. Precedentemente era di novanta giorni.

da parte del giudice, che in tal caso è il “tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell’Unione europea”, è previsto per i richiedenti protezione internazionale dall’art. 6, d.lgs. 142/2015, che determina la durata massima del trattenimento in dodici mesi. Tutt’altro che un breve “trattenimento”.

«Ma una bugia, per quanto scritta in Gazzetta Ufficiale, resta sempre una bugia»⁴⁴, dice Pugiotto, ricordando che la Corte costituzionale, nella *sentenza 105/2001*, riconosceva che il trattenimento determinasse una privazione della libertà personale, nonostante il fatto che, come rimarcato dalla stessa Corte, «*il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l’identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario*». Ciò in quanto l’art. 14, 7° co., d.lgs. 286/1998, definisce una chiara situazione di *confinamento coatto*, disponendo che il questore, anche con l’uso della forza pubblica, debba prevedere un sistema di vigilanza in grado di impedire l’indebito allontanamento del trattenuto e provvedere immediatamente a ripristinare la misura violata, con ciò determinando «*anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell’uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all’altrui potere e che è indice sicuro dell’attinenza della misura alla sfera della libertà personale*». La logica conseguenza è che le garanzie dell’art. 13 Cost. devono essere rispettate anche per il “trattenimento”⁴⁵.

⁴⁴PUGIOTTO, *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi.*, cit., p. 578.

⁴⁵Vedremo poi, però, come tali garanzie sembrano potersi declinare per la Corte diversamente per l’arresto ed il fermo rispetto al trattenimento dei migranti.

Capitolo secondo

FUORI DAI CENTRI

SOMMARIO: – 1. I mille impieghi della detenzione amministrativa dei migranti– 1.1 L'esternalizzazione dei controlli alle frontiere e la detenzione amministrativa 1.2. Gli scopi della detenzione nella Convenzione europea. La CEDU, il sovrano e il migrante – 1.3. Gli scopi legittimi per il diritto dell'Unione europea – 1.4. La detenzione amministrativa dei migranti alla prova dell'art. 13 della Costituzione e le ipotesi di trattenimento in Italia – 2. Inversione dei poteri – 2.1. L'inversione dei poteri in Italia – 3. In principio di proporzionalità – 3.1. La Corte EDU e la proporzionalità negata – 3.1.1. "Proportionality lite" – 3.1.2. Scontro tra titani: "il diritto sovrano innegabile" e la libertà dei migranti – 3.2. Il Comitato dei diritti dell'uomo ed il principio di proporzionalità. La mandatory detention australiana – 3.3. Il principio di proporzionalità nell'Ue – 3.3.1. La Carta di Nizza – 3.3.2. La normativa secondaria – 3.3.3. La durata della detenzione. La ragionevole prospettiva di allontanamento – 3.3.3.1. Il dovere di espellerli, l'impossibilità di farlo: una vita dentro? – 3.4. Il principio di proporzionalità in Italia

Abstract

La detenzione amministrativa dei migranti è funzionale al governo dell'immigrazione e, sempre più, delle migrazioni. La Corte EDU e l'Ue rimettono la legittimità degli scopi ai singoli Stati: la prima, dando un'interpretazione estensiva dell'art. 5, § 1, lett. f); la seconda, mediante l'espressa previsione di un numero ampio di "autorizzazioni". L'intrinseca compatibilità della misura con la Costituzione italiana è piuttosto dubbia. Non così per il legislatore italiano, che peraltro, con estrema disinvoltura, la configura come una sorte di "precautelare amministrativa", nonostante la compressione della libertà personale possa raggiungere periodi significativi. Per il diritto internazionale, è legittima questa "inversione dei poteri", che fa della detenzione amministrativa una misura di polizia: necessario e sufficiente è il (real) "judicial review" di un'autorità giurisdizionale. In Italia, il sindacato del giudice è tutt'altro che effettivo. Se l'HCR e la Corte di giustizia ammettono una deroga al "proportionality test" per il breve periodo successivo all'arresto, la CEDU rinuncia alla verifica sulla necessità della misura. Gli Stati applicano di rado le misure alternative, che, per la legge italiana sono assoluta eccezione. Eppure, nella prassi italiana, emerge uno scarsissimo investimento sulla detenzione nei processi di rimpatrio, che, così, sembra servire per scopi di prevenzione del crimine.

1 I mille impieghi della detenzione amministrativa dei migranti

Si è detto che ciò che in primis caratterizza la detenzione amministrativa dei migranti è la funzione, che consiste nell'agevolare il raggiungimento del risultato amministrativo a cui è preordinato un procedimento correlato al governo dell'immigrazione. La stessa può essere definita una "misura multitasking", prestandosi a diversi procedimenti amministrativi, in cui può essere disposta solo per specifici motivi, considerato che il diritto internazionale esprime il divieto di "mandatory detention", ovvero di detenzione obbligatoria. Così, ad esempio, il motivo più utilizzato dagli Stati membri dell'Unione

europea a giustificazione della privazione della libertà personale nei procedimenti di rimpatrio è il “rischio di fuga”⁴⁶.

Guardando ai procedimenti, è anzitutto funzionale alla *prima identificazione* e quindi alla raccolta dei dati identificativi del migrante e delle impronte digitali. Il prelevamento di quest'ultime è essenziale ai fini del funzionamento del regolamento “Dublino III”⁴⁷.

Inoltre, la detenzione amministrativa può essere disposta *durante l'esame della domanda d'asilo in una procedura ordinaria*, oppure nel contesto di quelle che vengono definite “*procedure di frontiera*”. In tal caso, la frontiera diventa uno spazio di selezione degli ingressi, e la privazione della libertà personale, che, in genere, è la regola, diviene il perno di un meccanismo *deterrente* per gli ingressi irregolari e si presta a facili abusi, spesso sconfinando in una forma di “*indefinite detention*”⁴⁸. Si tratta di un “sub-modello” difficilmente compatibile con il rispetto della dignità dell'uomo, in quanto ha luogo in zone internazionali di aeroporto, uffici di frontiera o centri di transito collocati in zone isolate, quindi in luoghi intrinsecamente “di passaggio”, evidentemente inadatti a permanenze di lunga durata.

La detenzione amministrativa trova applicazione anche nel corso dei procedimenti di *rimpatrio*, quindi nell'attesa dell'espulsione dal territorio dello Stato.

Se disposta per il rimpatrio o per l'esame della domanda d'asilo con procedura ordinaria, in genere, viene disposta nel caso di rischio di fuga o per motivi di ordine pubblico.

In ragione del regolamento “Dublino III”, l'Unione europea conosce la detenzione applicata nel corso dei procedimenti di *trasferimento* dei richiedenti protezione internazionale tra Stati membri.

Infine, la detenzione dei migranti costituisce uno *strumento di gestione dei flussi migratori*.

1.1 L'esternalizzazione dei controlli alle frontiere e la detenzione amministrativa

In genere, gli Stati esposti a migrazioni massicce investono nella c.d. “*esternalizzazione dei controlli alle frontiere*”, ovvero finanziano le operazioni di pattugliamento alla

⁴⁶EMN, *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2014*, p. 17.

⁴⁷Il regolamento si applica ai richiedenti che non abbiano ancora ricevuto una decisione definitiva alla loro domanda di protezione internazionale e «*stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide*» (art. 1, reg. (UE) 604/2013). La registrazione dei rilievi dattiloscopici nella banca dati Eurodac costituisce la prova principale dello Stato d'ingresso del migrante. Dal momento che il criterio di competenza (di fatto) principale è proprio quello dello Stato di primo ingresso, che coincide con quello alla frontiera esterna, ciò spiega l'imprescindibilità dell'ottenimento delle impronte digitali.

⁴⁸Esempio paradigmatico è il sistema Hotspot in Grecia, dove, dopo la *Dichiarazione Ue-Turchia*, le isole dell'Egeo si sono trasformate in orrende prigioni, dove i migranti rimangono bloccati per un tempo indefinito, e sono tenuti, soprattutto a Lesbo, in condizioni indecenti.

frontiera dei Paesi di transito dei migranti e, talvolta, sono direttamente coinvolti nella costruzione e nella gestione dei centri di detenzione.

Nel secondo caso ci si trova spesso dinanzi alla politica che prende il nome di “*offshore detention*”. Emblematica di quest’approccio è stata la politica americana sull’utilizzo dei centri di *Guantanamo Bay*, a Cuba. Qui venivano condotti gli Haitiani scappati via mare verso gli Stati Uniti dopo il colpo di Stato del 1991. In tal modo, fuori dagli USA veniva definito il loro status. Nel 1994, dopo il crollo dell’Unione sovietica, Guantanamo ospitava gli stessi cubani in fuga da Castro, durante le trattative tra i governi. In quel frangente storico, la giurisprudenza era granitica nel ritenere che le corti non avessero giurisdizione sui fatti di Guantanamo e che la Costituzione, così come gli statuti, non potessero avere applicazione extraterritoriale. Così il *judicial review*, il due process e persino il diritto ad un avvocato non erano reclamabili dagli stranieri bloccati dal Governo statunitense a Cuba⁴⁹.

A spiegare il modello offshore, che in Australia costituisce l’architrave della politica di gestione dei flussi migratori, potrebbe essere il tentativo di *eludere le responsabilità legali per le violazioni dei diritti umani*. I “*boat people*”, intercettati dalle autorità australiane, vengono condotti per l’esame delle domande d’asilo, in regime di *indefinite detention*, a Manus Island e Nauru. In quest’isola le condizioni di detenzione sono a dir poco inumane. MSF riporta che dei 208 richiedenti asilo e rifugiati da loro assistiti a Nauru, 124 hanno pensato di suicidarsi e 63 hanno tentato il suicidio⁵⁰. Il Governo australiano, già nel 2014, ha declinato ogni responsabilità, che sarebbe propria soltanto del Governo di Nauru⁵¹.

Anche laddove gli Stati esposti non siano direttamente coinvolti nella costruzione e nella diretta gestione dei centri di detenzione, l’inevitabile conseguenza è l’utilizzo dello strumento detentivo da parte degli Stati di transito per bloccare le partenze.

Non pare revocabile in dubbio che proprio questo sia quanto accaduto in Libia dopo la conclusione del “*Memorandum d’intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all’immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana*”⁵². Questo impegno ha permesso di arginare i flussi migratori dal Mediterraneo centrale e ha incontrato il favor dei capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell’Unione europea, riuniti il giorno dopo a Valletta⁵³, ma ha comportato un ampio ricorso alla privazione della libertà personale, evidentemente necessaria per realizzare l’obiettivo “*frontiere chiuse*”. Tale effetto era preventivato dallo Stato italiano. Infatti, nei

⁴⁹WILSHER, *op. cit.*, p. 239 e ss.

⁵⁰MSF, *Nauru: “Disperazione senza fine”*, 3 dicembre 2018, in www.medicisenzafrontiere.it.

⁵¹A. LAZARUS HIRSCH, *The Borders Beyond the Border: Australia’s Extraterritorial Migration Controls* Asher Lazarus Hirsch, in *RSQ*, n. 3/2017, p. 78.

⁵²Il documento è disponibile su www.governo.it.

⁵³Si legge nella dichiarazione: «L’UE accoglie con favore il memorandum di intesa firmato il 2 febbraio 2017 dalle autorità italiane e dal presidente del Consiglio di presidenza al-Serraj ed è pronta a sostenere l’Italia nella sua attuazione». Il contenuto della dichiarazione è disponibile qui: www.senato.it.

considerando al Memorandum si legge che le Parti ribadiscono «*la ferma determinazione di cooperare per individuare soluzioni urgenti alla questione dei migranti clandestini che attraversano la Libia per recarsi in Europa via mare, attraverso la predisposizione dei campi di accoglienza temporanei in Libia, sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'Interno libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei paesi di origine, lavorando al tempo stesso affinché i paesi di origine accettino i propri cittadini ovvero sottoscrivendo con questi paesi accordi in merito*». Dalla disposizione emerge in modo chiaro che la predisposizione dei c.d. “campi di accoglienza temporanei” costituiscono la “soluzione urgente” alla questione dell’attraversamento della frontiera libica.

La consapevolezza delle difficoltà che avrebbero incontrato le autorità libiche nella gestione della frontiera spingevano sin dal 2017 lo Stato italiano e l’Unione europea ad impegnarsi nell’assisterle sotto un profilo umanitario⁵⁴. Eppure, i centri libici restano tuttora luoghi notoriamente infernali, in cui i trattenuti vengono «sistematicamente» malnutriti, picchiati, ustionati con oggetti metallici roventi, sottoposti a folgorazione e violenze sessuali per ottenere denaro dai familiari⁵⁵. La correlazione tra il suddetto scenario e le politiche di esternalizzazione sembra chiara alle Nazioni Unite, che nel report sulla Libia, pubblicato il 18 dicembre 2018, hanno inserito un’importante e condivisibile raccomandazione all’Unione europea e agli Stati membri: «*The European Union and its Member States must also reconsider the human costs of their policies and efforts to stem migration to Europe and ensure that their cooperation and assistance to the Libyan authorities [...] do not, directly or indirectly, result in men, women and children being trapped in abusive situations with little hope of protection and remedy*»⁵⁶.

⁵⁴Così, all’art. 2 del Memorandum si legge che la parte italiana e quella libica si impegnano nell’«*adeguamento e finanziamento dei centri di accoglienza summenzionati già attivi nel rispetto delle norme pertinenti, usufruendo di finanziamenti disponibili da parte italiana e di finanziamenti dell’Unione Europea*». In particolare, l’Italia «*contribuisce, attraverso la fornitura di medicinali e attrezzature mediche per i centri sanitari di accoglienza, a soddisfare le esigenze di assistenza sanitaria dei migranti illegali, per il trattamento delle malattie trasmissibili e croniche gravi*». In aggiunta, entrambe le Parti si impegnano nella «*formazione del personale libico all’interno dei centri di accoglienza summenzionati per far fronte alle condizioni dei migranti illegali*». È noto inoltre che, coerentemente all’impegno di rendere più vivibili i centri di detenzione libici, è stato pubblicato un bando per portare le Ong in quelle strutture (Delibera 0045 del 23 ottobre 2017, progetto AID 001273, in www.aics.gov.it; Agenzia italiana per la cooperazione allo sviluppo, *Iniziativa di emergenza a favore della popolazione dei centri migranti e rifugiati di Tarek al Sika, Tarek al matar e Tajoura in Libia* AID 11273. *Elenco dei progetti approvati*, Tunisi, 7 dicembre 2017, disponibile in www.info-cooperazione.it). Ad ultimo, si legge in un documento della Commissione europea, *Contributo della Commissione al dibattito tematico dei leader dell’UE sul futuro della dimensione interna ed esterna della politica di migrazione*, COM(2017) 820 final, 7 dicembre 2017, pag. 3, in www.ec.europa.eu, che «*grazie ai progetti finanziati dall’UE si potranno offrire assistenza e protezione a più di 64 500 persone nei centri di trattenimento, nei punti di sbarco e nelle comunità di accoglienza in Libia*».

⁵⁵UNSMIL-OHCHR, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, in www.ohchr.org, 20 dicembre 2018, p. 5-6.

⁵⁶UNSMIL-OHCHR, *op. cit.*, p. 55.

1.2 Gli scopi della detenzione nella Convenzione europea. La CEDU, il sovrano e il migrante

L'art. 5 Cedu prevede espressamente i casi in cui è ammessa la privazione della libertà personale. I giudici di Strasburgo ritengono che quello di cui all'art. 5 sia un elenco dal carattere chiuso⁵⁷ e che «solo una stretta interpretazione di queste eccezioni è coerente con lo scopo di tale disposizione»⁵⁸. Tra queste eccezioni, il § 1, lett. f) prevede che la libertà dei migranti possa essere privata per *impedirne l'ingresso illegale nel territorio dello Stato o come incidente nel corso di un procedimento di espulsione*.

Per comprendere l'approccio CEDU alla detenzione amministrativa si consideri che per i giudici di Strasburgo «che agli Stati sia permesso di detenere potenziali immigranti che hanno fatto richiesta di autorizzazione ad entrare, sia attraverso l'asilo o meno», è un «corollario indispensabile»⁵⁹ del «diritto sovrano innegabile di controllare l'ingresso degli stranieri e la loro residenza nel loro territorio»⁶⁰. La detenzione amministrativa è un accessorio di un potere elevato a diritto. Di qui discendono una serie di conseguenze.

La prima si riversa sull'interpretazione degli scopi che ai sensi dell'art. 5, § 1, lett. f) giustificano la detenzione dei migranti. In *Saadi* contro Regno Unito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «finché uno Stato non abbia "autorizzato" un individuo ad entrare nel Paese, ogni ingresso è "non autorizzato"» e che «la detenzione di una persona che voglia entrare e che abbia bisogno dell'autorizzazione, ma ancora non la abbia ottenuta, può essere finalizzata, senza alcuna distorsione della formulazione, ad "impedirle di entrare irregolarmente nel territorio"»⁶¹. Infine, ha aggiunto che «interpretare la prima parte dell'art. 5 § 1(f) nel senso che autorizza solamente la detenzione di un individuo di cui sia accertato il tentativo di sottrarsi alle restrizioni all'ingresso significherebbe dare un significato troppo ristretto ai termini della disposizione ed al potere dello Stato di esercitare il suo innegabile diritto di controllo»⁶².

Con questa interpretazione può essere detenuto anche colui che, non volendo "sfidare" il diritto dell'immigrazione dello Stato, si presenta alle autorità di frontiera. Lo stesso poi può essere trattenuto fintanto che non venga chiarito il suo status, senza che debba esservi qualche esigenza cautelare (come il rischio di fuga) a giustificare la misura⁶³. Peraltro, sembra ragionevole ritenere che per la CEDU il richiedente asilo, ovunque si trovi, non essendo autorizzato ad entrare, possa essere trattenuto. Tutto questo purché il motivo di trattenimento sia strettamente connesso con lo scopo di

⁵⁷CEDU, Grande camera, *Medvedyev e altri c. Francia*, 29 marzo 2010, punto 78.

⁵⁸*Medvedyev e altri c. Francia*, punto 78, trad. nostra, corsivo aggiunto.

⁵⁹CEDU, Grande Camera, *Saadi contro Regno Unito*, 29 gennaio 2008, punto 64, traduzione non ufficiale dal testo originale a cura dell'Unione forense per la tutela dei diritti dell'uomo, corsivo aggiunto.

⁶⁰*Amuur contro Francia*, punto 41; *Saadi c. Regno Unito*, punto 64, corsivo aggiunto

⁶¹*Saadi contro Regno Unito*, punto 64.

⁶²*Saadi contro Regno Unito*, punto 65, corsivo aggiunto.

⁶³Quindi, come si approfondirà in seguito, il principio di proporzionalità non può trovare applicazione perché manca il parametro su cui definire la sufficienza della misura rispetto allo scopo.

controllare gli ingressi. Il che dovrebbe ricomprendere anche gli accertamenti sull'identità e la cittadinanza.

Così la CEDU ha realizzato esattamente ciò che in principio vietava di fare, e cioè interpretare estensivamente le ipotesi di cui all'art. 5⁶⁴, essendo preoccupata di non intromettersi eccessivamente nelle prerogative sovrane correlate al governo dei confini⁶⁵. In tal modo, i giudici di Strasburgo hanno svuotato la già debole funzione "filtro" svolta dall'art. 5 lettera f) della Convenzione⁶⁶.

1.3 Gli scopi legittimi per il diritto dell'Unione europea

Le prime disposizioni sovranazionali sulla detenzione amministrativa venivano introdotte con due direttive sui richiedenti protezione internazionale. Si tratta della dir. 2003/9/CE, c.d. "direttiva accoglienza", e della dir. 2005/85/CE, c.d. "direttiva procedure". La prima legittimava il trattenimento soltanto ove lo stesso fosse necessario (art 7), ma, nel descrivere i motivi che giustificavano la privazione della libertà personale, prevedeva che potesse essere disposto, «nel rispetto della legislazione nazionale», non solo per motivi di «ordine pubblico», ma anche per generici motivi «legali». La direttiva procedure si manteneva sulla stessa linea deferente, limitandosi a ribadire il principio di diritto internazionale⁶⁷ secondo cui la detenzione non può essere di per sé giustificata dal fatto che lo straniero sia un richiedente asilo (art. 18). Il risultato finale era lasciare campo libero al legislatore nazionale per determinare nel diritto interno i "motivi legali" che potessero giustificare il trattenimento⁶⁸. Inoltre, il richiamo alla necessità della detenzione era inidoneo a tutelare la libertà al cospetto dell'autorità, perché, in primo luogo, era carente di quel filtro preliminare in cui tale principio si deve inserire, e cioè la rigida predeterminazione dei motivi per cui un uomo può essere privato della libertà personale. In secondo luogo, perché non era accompagnato dall'obbligo di valutazione

⁶⁴Vedi anche P. GUALTIERI, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di A. MASSARO, Roma, 2017, p. 370, nota 20; G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden-Boston, 2010, p. 295. Per la lett. f), vedi BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Lavis, 2012, p. 114.

⁶⁵Si veda, sulla stessa linea, GUALTIERI, *op.cit.*, p. 370.

⁶⁶Alla luce di quanto detto, non potrebbe meravigliare se la CEDU arrivasse a giustificare la detenzione in un trasferimento da effettuare ai sensi del reg. (UE) 604/2013 secondo l'argomento che un trasferimento Dublino equivalga ad un'espulsione dal territorio dello Stato.

⁶⁷Sul punto vedi l'art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951; UNHCR, *Linee Guida sulla detenzione. Linee Guida sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione*, 2012.

⁶⁸Vedi WILSHER, *op. cit.*, p. 187; G. CAMPESI, *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, 2-3/2012, p. 383; CORNELISSE, *The Constitutionalisation of Immigration Detention*, *cit.*, p. 1; M. BENVENUTI, *La protezione internazionale degli stranieri in Italia: uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, Napoli, 2011, p. 503-504.

caso per caso e da quello di applicazione di misure alternative se sufficienti a realizzare lo scopo. Tale carenza testuale aveva condotto all'interpretazione prevalente tra gli Stati membri secondo cui non vi fosse alcun divieto di disporre la privazione della libertà in assenza di misure meno coercitive⁶⁹.

Soltanto con l'approvazione della dir. 2008/115/CE, c.d. "direttiva rimpatri"⁷⁰, l'Unione metteva il primo mattone nella costruzione di un vero e proprio sistema normativo complesso e tendenzialmente completo sulla detenzione amministrativa⁷¹. Dopo la direttiva rimpatri, infatti, venivano emanate la dir. 2013/32/UE, c.d. "nuova direttiva procedure", la dir. 2013/33/UE, c.d. "nuova direttiva accoglienza"⁷², ed il reg. 604/2013/UE, c.d. "regolamento Dublino III"⁷³. Questi atti normativi ribadiscono e rafforzano il principio per cui uno straniero non può essere detenuto per mera

⁶⁹CAMPESI, *Le libertà degli stranieri*, cit., p. 384-385, rileva come non fosse chiaro se la direttiva imponesse o meno «l'obbligo di effettuare uno stringente test di necessità e proporzionalità della misura detentiva». Indici del fatto che quella da noi indicata fosse l'interpretazione prevalente sono l'inserimento nella nuova direttiva accoglienza di un esplicito riferimento alla valutazione "caso per caso" e alle misure alternative alla detenzione, nonché il parere alla nuova direttiva accoglienza presentato dall'UNHCR, *Comments on the European Commission's amended recast proposal for a Directive of the European Parliament and the Council laying down standards for the reception of asylum-seekers*, p. 7, secondo cui l'inserimento del «necessity test» nel testo della nuova direttiva avrebbe ulteriormente limitato la detenzione amministrativa dei richiedenti asilo. Così, nel vecchio regime, gli Stati potevano stabilire in via normativa ed assoluta i casi di necessità, oppure le autorità avrebbero potuto effettuare una libera ponderazione tra interessi in gioco, non vincolati dal criterio del "less restrictive means".

⁷⁰La dir. 2008/115/CE si applica agli stranieri con soggiorno irregolare. Già la Corte di giustizia, nel caso *Arslan* (Causa C-534/11, Terza Sezione, 30 maggio 2013), aveva ritenuto che il soggiorno del *richiedente protezione internazionale* non potesse essere considerato "irregolare", vantando lo stesso il diritto di rimanere nel territorio dello Stato della domanda quantomeno fino alla prima decisione della stessa (art. 7 dir. 2005/85/CE). Così, alla richiesta di protezione internazionale, lo straniero trattenuto ai fini di rimpatrio doveva essere rilasciato, salvo che la domanda apparisse ispirata dall'intento di ritardare o impedire il rimpatrio e che il trattenimento costituisse l'*extrema ratio*. L'art. 8, lett. d), dir. 2013/33/UE recepisce tale orientamento. Sul piano oggettivo, la direttiva rimpatri permette agli Stati membri di escludere i procedimenti in cui gli stranieri sono «sottoposti a respingimento alla frontiera» (art. 2 § 2 lett. b)). In ogni caso, ai sensi dell'art. 4 § 4, trovano applicazione le disposizioni che regolano le condizioni del trattenimento (artt. 16 e 17), non quelle che obbligano a prevedere un periodo per la partenza volontaria (art. 7) o a rispettare le garanzie contro la "detenzione arbitraria" (art. 15), tra cui il principio di proporzionalità del trattenimento.

⁷¹Vedi anche le riflessioni di G. CORNELISSE, *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU LAW and the European Convention on Human Rights*, in GDP, ottobre 2016.

⁷²Le direttive "procedure" ed "accoglienza" si applicano a tutti gli stranieri che «manifestino la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro» (art. 3, dir. 2013/33/UE; art. 3, dir. 2013/32/UE). La prima, per la materia in esame, si limita a vietare il trattenimento disposto esclusivamente in ragione della qualità di richiedente protezione internazionale dello straniero, e rinvia, per i «*motivi e le condizioni del trattenimento*», nonché per «*le garanzie per i richiedenti trattenuti*» (art. 26), alla dir. 2013/33/UE che, ai nostri fini, oltre a tutelare i richiedenti protezione internazionale dalla "detenzione arbitraria" (art. 8, art. 9), disciplina le condizioni di trattenimento (art. 10).

⁷³Si è già chiarito il campo di applicazione oggettivo e soggettivo del regolamento Dublino III. Va detto che l'art. 28 fissa le condizioni in cui può essere disposta e mantenuta la detenzione e rinvia alla direttiva accoglienza per le garanzie a tutela dell'*habeas corpus* e per le condizioni del trattenimento.

convenienza amministrativa, e cioè per il solo fatto che sia “oggetto” di un procedimento amministrativo volto ad accertare la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale⁷⁴, di un procedimento di trasferimento verso lo Stato competente ad esaminare la sua domanda⁷⁵ o di un procedimento di espulsione⁷⁶. Eccezion fatta per la direttiva accoglienza, che prevede motivi generici, ma sancisce un obbligo di specificazione nel diritto interno, tali atti introducono *specifici motivi* di trattenimento.

Segnatamente, ai sensi dell’art. 15 della dir. 2008/115/UE, il trattenimento dello straniero per il conseguimento dell’espulsione può essere disposto «*in particolare*»⁷⁷ ove sussista l’esistenza di un rischio di fuga o quando lo straniero eviti oppure ostacoli la realizzazione del procedimento. Pertanto, la detenzione «consegue [...] ad un *comportamento*», o, quanto meno, ad una situazione, «*imputabile allo straniero irregolare*»⁷⁸. Il rischio di fuga è definito all’art. 3 come «la sussistenza *in un caso individuale* di motivi basati su *criteri obiettivi definiti dalla legge* per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga». Come sottolineato in dottrina, il concetto di “rischio di fuga” è proprio del diritto dell’Unione europea⁷⁹, in virtù del rinvio ai “motivi obiettivi” previsti nel diritto interno. Di talché, la Corte di giustizia potrebbe sindacare l’oggettività dei motivi⁸⁰ e quindi lo schema probabilistico che lega la situazione prevista dalla legge con l’ipotetica fuga del soggetto. La norma parla di “caso individuale” in cui tali motivi devono sussistere. Quindi, seppure la normativa potrebbe reggere alla verifica sull’oggettività dei motivi, ciò non sarebbe sufficiente per disporre legittimamente il trattenimento dell’espellendo, dovendo tali motivi sussistere nel caso concreto. In sintesi, ciò che sulla base dei criteri

⁷⁴Art 8, § 1, dir. 2013/33/UE; art 26, § 1, dir. 2013/32/UE.

⁷⁵Art 28, § 1, reg. (UE) 604/2013.

⁷⁶Art 15, § 1, dir. 2008/115.

⁷⁷Condividiamo la tesi secondo cui i motivi di cui all’art. 15 sono esaustivi, quanto meno sul piano sostanziale, nonostante l’inserimento del lemma “*in particolare*”. Infatti, la Commissione europea si opponeva fermamente all’inserimento dei motivi di ordine pubblico tra quelli che potessero giustificare la detenzione dei migranti, ritenendoli esorbitanti rispetto all’oggetto della direttiva e dagli scopi del trattenimento, adottato in funzione dell’espulsione dello straniero irregolare, non in funzione di prevenzione dell’ordine pubblico. Vedi MANANASHVILI, in *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, a cura di HAILBRONNER K. – THYM D., Monaco – Oxford – Baden Baden, 2016, p. 734-737; per una diversa opinione si veda A. BALDACCINI, *The EU Directive on Return: Principles and Protests*, in RSQ, n. 4/2009, p. 130. L’esclusione dei motivi di ordine pubblico è stata ribadita dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nel caso *Kadzoev*. La stessa Commissione, però, il 12 settembre 2018, ha avanzato la proposta di nuove regole europee sui rimpatri che, se approvata, porterebbe all’inserimento dei motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale nella direttiva rimpatri.

⁷⁸S. DI FRANCESCO, *La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di A. MASSARO, Roma, 2017, p. 491; vedi nello stesso volume P. GUALTIERI, *op. cit.*, p. 392.

⁷⁹MANANASHVILI, *op. cit.*, p. 744.

⁸⁰Ivi, *cit.*, p. 744.

obiettivi porta l'autorità a ritenere che il soggetto potrebbe darsi alla fuga non deve essere smentito da fattori che annullano quella «presunzione»⁸¹.

Il trattenimento del richiedente protezione internazionale durante l'esame della domanda è invece legittimo sulla base di sei motivi determinati dall'art. 8 della dir. 2013/33/UE: *a)* «per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza»; *b)* «per determinare gli elementi su cui si basa la domanda» che non sono acquisibili senza il trattenimento, sempre che in tal caso sussista il rischio di fuga del richiedente; *c)* «per decidere nel contesto di un procedimento sul diritto del richiedente di entrare nel territorio»; *d)* quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio e lo straniero presenta una domanda di protezione internazionale che lo Stato membro può ritenere ragionevolmente pretestuosa, ovvero funzionale a ritardare od ostacolare il rimpatrio; *e)* quando motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico «lo impongono»; *f)* nell'ipotesi di cui all'art 28 del regolamento Dublino III, ovvero nell'ambito di un procedimento di trasferimento, ma solo ove sussista un «notevole» rischio di fuga⁸².

Alla luce di tale elencazione, non è difficile comprendere che la detenzione amministrativa dei richiedenti asilo viene ammessa per le più svariate esigenze, a tal punto che in dottrina si è affermato, in modo del tutto condivisibile, che il numero delle ipotesi e la loro formulazione potrebbero comportare «la detenzione sistematica dei richiedenti protezione internazionale»⁸³. L'impressione è che la linea seguita dalle istituzioni dell'Unione europea sia quella di rinviare la scelta sui motivi alla discussione interna agli Stati membri, segnando, su questo specifico asse, una scelta in continuità con le prime direttive della fase della deferenza. Eppure, vi è una differenza di fondo. Infatti, l'art. 8 della direttiva accoglienza prevede che i motivi debbano essere specificati nel diritto interno. Ciò, a nostro parere, deve necessariamente risolversi nella definizione delle esigenze cautelari che si pongono a giustificazione della misura. Si pensi al concetto di «ordine pubblico», o, soprattutto, al mero rinvio alle esigenze di identificazione. La specificazione dei motivi del trattenimento, nell'ottica di una direttiva antiabusi, non può che tradursi nella predeterminazione di quegli ostacoli che impediscono, ad esempio, di realizzare l'identificazione in assenza della detenzione.

⁸¹Ivi, *cit.*, p. 744

⁸²La definizione di «rischio di fuga» di cui all'art. 2, reg. (UE) 604/2013 è sostanzialmente coincidente con quella della direttiva rimpatri.

⁸³A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*, in *Il diritto d'asilo in Europa*, a cura di G. CATALDI – A. DEL GUERCIO – A. LIGUORI, Napoli, 2014, p.67, corsivo aggiunto. Anche l'ECRE, *The detention of asylum seekers in Europe Constructed on shaky ground?*, 2017, p. 1, ha sottolineato che la traduzione delle ipotesi di detenzione prevista dalla dir. 2013/33/UE per alcuni Stati ha condotto a tale esito. La predeterminazione a livello sovranazionale dei motivi sostanziali che legittimano la detenzione può essere quindi addirittura deleteria laddove non sia il risultato di una riflessione che abbia ad oggetto la *qualità* delle ipotesi di privazione della libertà.

1.4 La detenzione amministrativa dei migranti alla prova dell'articolo 13 della Costituzione e le ipotesi di trattenimento in Italia

Abbiamo visto che il diritto internazionale ammette la detenzione amministrativa dei migranti per molteplici scopi. Dobbiamo entrare nel merito del caso italiano, chiedendoci preliminarmente se il legislatore sia o meno autorizzato dalla Carta costituzionale a prevedere delle ipotesi di "trattenimento". Questo, infatti, *non* è una *zavorra necessaria dello Stato costituzionale*, ma è una scelta politica, che, come tutte le altre, in uno Stato di diritto, deve essere vagliata nella sua legittimità rispetto alla Carta costituzionale.

La questione evoca decenni di discussioni tra i più eminenti costituzionalisti italiani sul c.d. "*vuoto dei fini*" in Costituzione. Il problema è il seguente: l'art. 13 della Costituzione pone al legislatore un vincolo sostanziale sui "*casi*" in cui una persona può essere privata della propria libertà, oppure esaurisce la sua funzione nella riserva assoluta di legge e di giurisdizione?

Una scuola di pensiero, di cui il principale fautore è Pace, sostiene che in Costituzione esista un "*vuoto dei fini*"⁸⁴. Pace ritiene che la garanzia prevista dalla Costituzione contro l'arbitrarietà risieda nella riserva assoluta di legge sulle ipotesi di restrizioni della libertà personale, mentre non vi sarebbe alcuna riserva rinforzata sui fini. Pertanto, il legislatore avrebbe «il potere generale di scegliere i motivi» delle restrizioni della libertà. Sarebbe però necessaria una differenziazione tra quei motivi che giustificano una privazione della libertà di carattere prolungato, dagli altri, per cui invece sono ammissibili soltanto «restrizioni limitate e temporanee». I primi casi «non dovrebbero eccedere quelli previsti dall'art. 5, comma 1, della Conv. europea dei diritti dell'uomo»⁸⁵.

Partendo dall'adesione alla tesi di Pace, Bonetti ritiene, in breve, che il legislatore sarebbe autorizzato dal combinato disposto degli artt. 10, co. 2 Cost. e 5, § 1, lett. f) Cedu a introdurre ipotesi di detenzione amministrativa rientranti nell'area tracciata da quest'ultima disposizione. Ciò in quanto l'art. 10, co. 2 Cost. prevede che «*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*»⁸⁶. Questo indirizzo è stato accolto dal legislatore, come si evince dalla relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 3240, in cui si legge: il trattenimento «*trova [...] un fondamento autorevolissimo - peraltro sorretto dall'art. 10, primo e secondo comma Cost. - nell'art. 5, comma 1, lettera f) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, e*

⁸⁴G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 359, la sintetizza così: «la legge non può più consentire limitazioni della libertà personale ad opera di chiunque, ma può consentire qualunque limitazione di tale libertà che sia da essa prevista e disposta in concreto dal giudice».

⁸⁵A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (Parte Speciale - I): la libertà personale, la libertà domiciliare, la libertà di comunicazione*, Padova, 1985, p. 172-173.

⁸⁶P. BONETTI, *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Dir. imm. citt.*, n. 4/2000, p. 13-14.

delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva ai sensi della l. 4 agosto 1955, n. 848»⁸⁷.

Cerri riassume la diversa tesi di Elia, sostenuta poi da Amato, come «teoria della finalizzazione a tipi costituzionalmente previsti»⁸⁸. Secondo questa scuola di pensiero, nella Costituzione vi sarebbe un argine di natura sostanziale al potere del legislatore di determinare i casi di restrizione della libertà. La Costituzione circoscriverebbe il campo della privazione della libertà personale a quei fini in cui l'intervento sulla libertà personale è espressamente o comunque evidentemente autorizzato: misure cautelari (art. 13); pene e misure di sicurezza (art. 25); trattamenti rieducativi (art. 30); trattamenti sanitari obbligatori (art. 32). Queste sarebbero le uniche misure accettabili costituzionalmente⁸⁹. È in questo campo che il legislatore dovrebbe determinare i motivi della privazione della libertà.

Aderire alla tesi di Elia non avrebbe nulla di sovversivo. La Costituzione, infatti, è sì rigida, ma non immutabile. Non è un testo sacro dato una volta per tutte. Così, sarebbe il legislatore costituzionale ad essere chiamato a saggiare l'accettabilità sociale di quello che è presentato come un "corollario indispensabile" dei poteri pubblici, ma che, alla prova dei fatti, soprattutto a fini espulsivi, si presenta – come vedremo – come uno strumento costoso e poco utile.

Nonostante la dubbia legittimità costituzionale dell'istituto in sé, il trattenimento c'è ed incide sulla pelle di migliaia di persone. Occorre quindi interrogarsi sulla sua disciplina allo stato degli atti, a partire dalle ipotesi in cui è previsto dal legislatore.

Per i migranti c.d. "economici" è l'art. 14, d.lgs. 286/1998 a definire i motivi che lo legittimano. Salvo le nuove previsioni di recente introduzione, è prodromico al trattenimento di un migrante irregolare in un CPR che questo sia destinatario di un provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera o di respingimento. Poi, il trattenimento potrà essere disposto laddove non sia possibile eseguire immediatamente il provvedimento «a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento», tra cui vi sono la necessità di prestare soccorso allo straniero, di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, di acquisire i documenti per il viaggio, di assicurarsi la disponibilità di un mezzo di trasporto. A tali situazioni transitorie si aggiungono le quelle elencate al comma 4 bis dell'art. 13, al cui verificarsi il prefetto può ricollegare la sussistenza di un rischio di fuga. Analizzando la compatibilità del trattenimento con il principio di proporzionalità, emergerà che, ad un'interpretazione letterale del sistema delineato dal legislatore, la privazione della libertà personale è in tal caso la regola.

⁸⁷Tale tesi si presta all'obiezione secondo cui l'art. 10 Cost. si limita «a stabilire una garanzia minima» a favore dello straniero (E. CANNIZZARO – A. Caligiuri, *Art. 10*, in *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, vol. I, Torino, 2006, p. 251). Non opera come una sorta di calamita multidimensionale capace di attrarre nel diritto nazionale tutto quel che concerne la disciplina dello straniero.

⁸⁸A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, 2009, corsivo aggiunto.

⁸⁹ Vedi L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 8, 68.

Il richiedente *asilo*, ai sensi dell'art. 6, d.lgs. 142/2015, può essere trattenuto in un CPR se: ha commesso un *crimine* contro la pace, contro l'umanità, e altri crimini gravissimi; costituisce un *pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica*; sussiste un (*serio*) *rischio di fuga*; è già destinatario di un provvedimento di *espulsione*, si trovava in un CPR in esecuzione del provvedimento di rimpatrio e vi sono fondati motivi per ritenere che la *domanda* è stata *strumentale* ad evitare o ritardare il rimpatrio. In tal caso si può effettivamente parlare di predeterminazione normativa dei casi.

Il d.l. 17 febbraio 2017 n. 13, c.d. "*decreto Minniti-Orlando*", convertito in l. 13 aprile 2017 n. 46, ha introdotto un ulteriore motivo di trattenimento in un CPR, ovvero il *reiterato rifiuto al fotosegnalamento*, che costituisce rischio di fuga rilevante ai fini dell'art. 14, d.lgs. 286/1998. In questa ipotesi, a monte, non vi deve necessariamente essere per l'irregolare un provvedimento di espulsione con accompagnamento coatto. Il d.l. 4 ottobre 2018 n. 113, c.d. "*decreto Salvini*", convertito in L. 1° dicembre 2018 n. 132, introduce un nuovo motivo di trattenimento dei richiedenti asilo, inserendo il comma 3-bis nell'art. 6, d.lgs. 142/2015. Si tratta del trattenimento in Hotspot per le esigenze di *identificazione* e di accertamento della *nazionalità*. Lo stesso decreto prevede che, ove sia fallito il tentativo di identificare o accertare l'identità del richiedente asilo nell'Hotspot, questo può essere ulteriormente trattenuto in un CPR.

Le criticità di queste ultime ipotesi di detenzione amministrativa sono strettamente connesse alla storia dei centri di frontiera e all'"*Hotspot approach*". Verranno pertanto ampiamente esaminate nella parte speciale di questo lavoro.

2 Inversione dei poteri

Il termine "*detenzione amministrativa*" spiega sia la natura della misura che il tipo di procedimento adottato per la sua applicazione. Infatti, nel paradigma che stiamo illustrando, la privazione della libertà è *disposta dall'autorità di pubblica sicurezza*. Le corti, eventualmente, intervengono *in sede di controllo* della legittimità nell'utilizzo di quei poteri.

Il diritto internazionale, dall'ICCPR⁹⁰ fino all'Unione europea⁹¹, passando per la Cedu⁹², riconosce un principio di *indifferenza rispetto all'autorità* deputata all'adozione del provvedimento di trattenimento. Quindi la stessa può essere sia un'autorità giurisdizionale che una amministrativa. In quest'ultimo caso, le autorità nazionali devono garantire un rapido "*judicial review*" da parte di una *corte*⁹³. L'HRC, in *A contro*

⁹⁰Art. 9, § 4.

⁹¹Art. 15, § 2, dir. 2008/115/CE; art. 9, § 2, dir. 2013/33/UE.

⁹²Art. 5, § 4.

⁹³Per i giudici di Strasburgo, il termine "tribunale" di cui all'art. 5, § 4 qualifica quell'autorità che disponga di talune caratteristiche imprescindibili, come l'«indipendenza dal governo e dalle parti in causa» (*Weeks contro Regno Unito*, punto 61), e che soddisfi «le garanzie di una procedura giurisdizionale» (CEDU, *De Wilde, Ooms and Versyp ("vagrancy") c. Belgio*, 18 giugno 1971, punto 76). Vedi per la dottrina P. SPAGNOLO, *Il*

Australia, ha sciolto ogni dubbio sul fatto che, ai fini di un sindacato «reale» e non «meramente formale», le corti devono poter valutare il rispetto di tutte quelle condizioni che rendono la detenzione non arbitraria⁹⁴. I giudici di Strasburgo sono giunti alla stessa conclusione⁹⁵, pur precisando che l'autorità giurisdizionale non deve necessariamente avere il potere di rimettere in discussione le «questioni di pura opportunità», come la sussistenza di motivi di sicurezza nazionale⁹⁶. Ad ultimo, la Corte di giustizia, in *Mahdi*⁹⁷, ha ritenuto che l'autorità giurisdizionale debba svolgere un vero e proprio *riesame*, dovendo possedere *pieni poteri cognitivi, istruttori e decisori* e dovendo esercitare un *potere sostitutivo*⁹⁸.

Lo schema di polizia è senz'altro la regola tra gli attori statali. A titolo di esempio: in Francia l'autorità amministrativa dispone la "réention"⁹⁹, poi, entro quarantotto ore dall'adozione del provvedimento, la decisione sul mantenimento degli effetti del provvedimento passa al "juge des libertés"¹⁰⁰; in Finlandia l'autorità amministrativa applica la misura e ne dà comunicazione entro un giorno alla corte distrettuale, dove entro quattro giorni dall'arresto dovrà tenersi l'udienza¹⁰¹; nel sistema canadese l'autorità amministrativa dispone la detenzione e l'Immigration Division ne riesamina le ragioni entro quarantotto ore dall'arresto¹⁰²; in Giappone dopo il trattenimento disposto dagli ufficiali dell'immigrazione, il detenuto deve essere condotto entro quarantotto ore dinanzi ad un'autorità estranea al circuito giudiziario, ovvero l'Immigration Inspector¹⁰³.

tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale, Milano, 2008, p. 84. L'HRC ha chiarito che "court" non possa essere un organismo di carattere politico o che comunque non possa «assicurare un più alto grado di oggettività e indipendenza in tale controllo» (HRC, *Torres contro Finlandia*, 2 aprile 1990).

⁹⁴HRC, *A contro Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 aprile 1997, in hrlibrary.umn.edu. Le corti australiane avevano un potere limitato a verificare il rispetto della legge australiana, che non ammetteva alternative alla detenzione amministrativa degli stranieri privi del necessario visto per entrare e rimanere sul territorio nazionale. Così il judicial review si esauriva nella verifica del possesso di un visto, in presenza del quale la corte disponeva la liberazione del detenuto in quanto illegittimamente privato della libertà personale, ma non si estendeva al rispetto del principio convenzionale di non arbitrarietà.

⁹⁵*E. c. Norvegia*.

⁹⁶CEDU, *E. c. Norvegia*, 29 agosto 1990.

⁹⁷Corte di giustizia, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, causa C-146/14 PPU, 5 giugno 2014, in curia.europa.eu.

⁹⁸Ciò significa che l'autorità giurisdizionale effettua un sindacato pieno sulla legittimità dell'atto amministrativo, di cui deve verificare anche la necessità, potendo diversamente applicare una misura alternativa. L'istruzione non deve essere limitata alle prove e alle osservazioni raccolte dall'autorità amministrativa prima dell'adozione del provvedimento, ma deve estendersi anche alle osservazioni presentate dal trattenuto e agli elementi di prova raccolti dal giudice all'esito della sua istruttoria d'ufficio. Per la Corte, una diversa interpretazione «svuoterebbe del suo contenuto il controllo giudiziario».

⁹⁹Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile Article, L551-1.

¹⁰⁰Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Article L 552-1.

¹⁰¹Aliens Act, Section 124(1)-(2). Fonte: GLOBAL DETECTION PROJECT, *Finland Immigration Detention*.

¹⁰²Va detto però che il judicial review in Canada non è garantito per coloro che sono sottoposti a mandatory detention. Questi possono essere trattenuti per dodici mesi senza l'intervento di un'autorità giurisdizionale. Fonte: GLOBAL DETECTION PROJECT, *Canada Immigration Detention*.

¹⁰³GLOBAL DETECTION PROJECT, *Japan Immigration Detention*.

Vi sono comunque delle eccezioni al modello generale, anche nella stessa Unione europea. Estonia e Lituania hanno previsto che la decisione di detenere per più di quarantotto ore deve essere assunta da una corte amministrativa¹⁰⁴. In Germania la detenzione amministrativa deve essere disposta da un giudice, ma, in casi eccezionali, specificamente indicati nella legge, il provvedimento può essere disposto da un'autorità amministrativa. In tal caso, al più presto ed entro il giorno seguente deve esprimersi un giudice sulla legittimità della detenzione¹⁰⁵.

2.1 L'inversione dei poteri in Italia

L'art. 14, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 disciplina le modalità di trattenimento dello straniero oggetto di un provvedimento di espulsione o respingimento. L'art. 6, d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142, per la regolamentazione del procedimento di trattenimento del richiedente protezione internazionale, rinvia al d.lgs. 286/1998, che si applica in quanto compatibile. Di talché, quanto qui osservato per l'irregolare vale anche per il richiedente asilo, salvo diversa precisazione.

Il caso italiano si inserisce a pieno titolo in questo processo di inversione dei poteri. Il provvedimento restrittivo è *adottato dal questore*, che entro le quarantotto ore deve trasmettere gli atti al *giudice di pace* territorialmente competente (se si tratta di un migrante da rimpatriare) o al *tribunale* competente con sezione specializzata in diritto dell'immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Ue (se il trattenuto è un richiedente protezione internazionale).

Il processual-penalista non potrà che domandarsi: "adottato dal questore *quando?*". Infatti, l'art. 13, 2° co., Cost., prevede che di regola la libertà personale possa essere compressa soltanto con provvedimento (motivato) dell'autorità giudiziaria (nei casi e nei modi previsti dalla legge) ed al comma 3 prevede l'eccezione dell'adozione del provvedimento restrittivo da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Questa può emettere un provvedimento *a carattere provvisorio*, che deve comunicare entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, che deve convalidarlo entro quarantotto se ritiene sussistenti i presupposti per l'adozione. Ma l'autorità di pubblica sicurezza può intromettersi nella sfera della libertà personale soltanto in *casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge*. Sono due i caratteri fondamentali: eccezionalità e temporaneità. L'art. 13 della Costituzione non presenta un "comma 3-bis" che vale nei casi di "trattenimento". Di talché, il legislatore, nel regolare l'istituto, è tenuto al rigoroso rispetto del rapporto regola - eccezione stabilito dalla Carta Costituzionale come risposta al ventennio fascista.

D'altronde, come non è sfuggito alla Corte Costituzionale nella citata sentenza 105/2001, non sfuggirà allo studioso del processo penale che lo schema provvedimento-convalida è quello di cui all'art. 13, 3° co., Cost., tradizionalmente riconnesso alle *misure*

¹⁰⁴EMN, p. 25.

¹⁰⁵EMN, p. 25.

precautelari, ovvero arresto e fermo. Quest'ultime sono un'anticipazione della tutela fornita dalle misure cautelari¹⁰⁶. Il che significa che l'autorità di pubblica sicurezza "prende in prestito" dal giudice il potere di incidere sulla libertà di un individuo, anticipando (!) una tutela nei casi in cui un mancato pronto intervento renderebbe inutile il ritardato esercizio del potere da parte del suo titolare. Quindi, la convalida, come la conversione di un decreto-legge, deve essere effettuata dall'«organo competente in via principale», che in un caso è l'autorità giudiziaria, nell'altro è il Parlamento¹⁰⁷. Allora, *laddove*¹⁰⁸ il pubblico ministero richieda al giudice per le indagini preliminari l'adozione di una misura cautelare, l'art. 391 c.p.p. prevede un doppio vaglio. Il primo è volto a valutare la legittimità del provvedimento di arresto o fermo, e quindi l'esercizio dei poteri precautelari, il secondo attiene alla verifica di quelle condizioni necessarie per l'adozione di una cautela, tra cui proporzionalità, adeguatezza, ed esigenze cautelari. Dato che i presupposti di applicazione delle due misure sono diversi, la decisione sulla legittimità dell'arresto o del fermo e la decisione sull'applicazione di una misura cautelare sono l'una indipendente dall'altra¹⁰⁹.

Invece per il trattenimento non esistono casi ordinari o eccezionali, come non esiste una "cautelare amministrativa" fondata su presupposti diversi da una "precautelare". Ciò dipende dal fatto che l'organo competente è in via esclusiva il questore, dal momento che lo schema provvedimento più convalida è «l'unico iter procedimentale previsto»¹¹⁰. Tanto che il legislatore prevede una "super convalida", dal momento che questa «vale sia per il passato che il futuro»¹¹¹. Il giudice verifica l'osservanza dei termini per l'adozione dell'atto e la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 13 e 14 del d.lgs. 286/1998, e quindi, rispettivamente, quelli al cui ricorrere è legittimo il provvedimento di espulsione e la sua modalità di esecuzione in forma coatta, e quelli al cui ricorrere è legittimo il provvedimento di trattenimento¹¹². Nel caso del richiedente protezione internazionale, ovviamente, manca un provvedimento di espulsione da

¹⁰⁶P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2017, p. 568.

¹⁰⁷AMATO, *op. cit.*, p. 398-399, a proposito del fermo di polizia giudiziaria. Sulla titolarità dei poteri nell'art. 13, 3° comma, Cost., vedi anche R. ROMBOLI, *Legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e di assistenza. Relazione introduttiva*, in *Stranieri tra i diritti*, cit., p. 11-12.

¹⁰⁸Infatti, ai sensi dell'art. 121, d.lgs. 28 luglio 1989 n. 271, il Pm è tenuto a disporre la liberazione dell'arrestato o del fermato quando ritiene che non vi siano i presupposti per l'adozione di una misura cautelare. In tal caso, chiederà soltanto l'udienza di convalida al Gip ai sensi dell'art. 390 cpp.

¹⁰⁹Vedi F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 487-488.

¹¹⁰A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1/2000, p. 59 n. 18.

¹¹¹SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., p. 343.

¹¹²Anche qui, l'art. 14, d.lgs. 286/1998, si conferma un esempio scolastico di violazione dei canoni costituzionali. Infatti, da una parte è competente il giudice del luogo in cui si trova un centro di trattenimento istituito dall'esecutivo, dall'altra l'inosservanza di tale precetto non vizia il trattenimento. Per cui, il questore può portare lo straniero da rimpatriare presso il centro che ritiene più opportuno, tra quelli istituiti dal Ministero, con buona pace della Costituzione che all'art. 25 stabilisce la garanzia del giudice naturale precostituito per legge, da cui «nessuno» dovrebbe essere distolto, quindi anche lo straniero irregolare.

esaminare e mutano i motivi che il giudice deve verificare, che, in tal caso, sono quelli di cui all'art. 6 del d.lgs. 142/2015. Nel caso del migrante da rimpatriare, in un meccanismo che sembra riprendere sul punto l'abnormità costituzionale del *fermo giudiziario* per come veniva disciplinato dalla l. 18 giugno 1955 n. 517¹¹³, «la convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni»¹¹⁴. Si è detto che l'art. 6 del d.lgs. 142/2015 rinvia all'art. 14 del d.lgs. 286/1998 per tutto ciò che non è dal primo regolato ed in quanto compatibile. In assenza di una disciplina ad hoc, la convalida dovrebbe legittimare la detenzione amministrativa per un periodo di trenta giorni¹¹⁵.

Il provvedimento sarà poi *impugnabile (soltanto) per Cassazione*, nel rispetto dell'art. 111, 6° co., Cost.

L'udienza di questa "convalida speciale" *si svolge in camera di consiglio*, e, secondo la giurisprudenza, con il modulo procedimentale di cui all'art. 737 e ss. c.p.c.¹¹⁶. Nel dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 del d.lgs. 286/1998, nella parte in cui prevede lo sviluppo dell'udienza mediante tale rito, la Corte costituzionale¹¹⁷ ha proposto l'unica interpretazione che salva la norma dalla violazione dell'art. 24 della Costituzione. Pur ritenendo la scelta del rito camerale non affetta da irragionevolezza¹¹⁸, ha dichiarato che il giudice debba sentire l'interessato in presenza del difensore e che debba avvalersi, oltre che degli atti dal questore presentati, dei documenti che lo straniero intende presentare. Ha ricordato che la riconduzione al rito camerale di cui al c.p.c. abbia come naturale conseguenza l'applicabilità dell'art. 738 c.p.c., che prevede che «il giudice può assumere informazioni». Di talché, il giudice di pace «può controllare la reale sussistenza degli impedimenti adottati dall'autorità di polizia ad una immediata esecuzione dell'accompagnamento alla frontiera ed accertare se ricorrano ipotesi di divieto di espulsione». L'esercizio di tale potere istruttorio non ha come destinatario esclusivo una p.a., ma «qualsiasi soggetto pubblico o privato in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione».

¹¹³La legge prevedeva che l'autorità giurisdizionale potesse disporre, su richiesta dell'autorità procedente al fermo e ove necessario, la proroga del provvedimento di polizia «fino al settimo giorno dall'avvenuta esecuzione». L'illegittimità costituzionale era manifesta, così con l'intervento legislativo del 1969 veniva eliminata tale stortura, riemersa soltanto nel 1998, appunto, con il trattenimento dei migranti. Sulla storia del fermo vedi F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 100-109. Sull'illegittimità costituzionale della proroga del fermo, tra i tanti, si esprimeva ELIA, *op. cit.*, p. 90.

¹¹⁴Art. 14, comma 5, d.lgs. 286/1998.

¹¹⁵Sul punto, vedi VALENTINI, *op. cit.*, p. 214.

¹¹⁶VALENTINI, *op. cit.*, p. 141, nota 178, riporta la sentenza n. 626446 del 10 maggio 2013 della VI sezione della Corte di cassazione civile. La Cassazione ha escluso che l'assenza del cancelliere all'udienza di convalida comporti la nullità, dal momento che il giudizio è di natura civile.

¹¹⁷Corte Cost., *ord. n. 35 del 2002*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1/2002, p. 155 ss.

¹¹⁸La Corte cost., con sentenza 202 del 1975 ha concluso che la scelta del procedimento è «un problema di politica processuale, il cui esame sfugge alla competenza della Corte [...] nei limiti in cui [...] non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza».

Nel caso del migrante da rimpatriare, ex art. 14, d.lgs. 186/1998, l'udienza si svolge con la partecipazione necessaria di un difensore e quella eventuale del trattenuto, a cui deve essere data tempestiva informazione dell'udienza, dove *deve* essere condotto¹¹⁹ salvo che non intenda partecipare¹²⁰, e del questore (o di un funzionario appositamente delegato). Il d.l. 17 febbraio 2017 n. 13, intervenendo sull'art. 6 co. 5 del d.lgs. 142/2015, ha previsto un diverso trattamento per il richiedente protezione internazionale. In tal caso, la sua partecipazione all'udienza di convalida deve realizzarsi, «ove possibile», in *videoconferenza*¹²¹. Quella in questione è l'ennesima aberrazione giuridica che colpisce la «libertà degli altri»¹²², che, in un sistema distorto, vede prevalere mere esigenze di economia processuale sul rispetto del diritto di difesa. In ragione del diverso rilievo degli interessi coinvolti nel procedimento, dell'importanza che la Corte di cassazione ha riconosciuto alla presenza del trattenuto in udienza di convalida¹²³, nonché del silenzio (negazione) del legislatore sul diritto ad una comunicazione tra trattenuto nel CPR e difensore che abbia scelto di partecipare dinanzi al giudice (in dimenticanza della sentenza 342/1999 della Consulta¹²⁴), è quanto meno dubbio che l'equilibrio trovato dal legislatore non conduca ad un detrimento eccessivo del diritto di difesa del richiedente asilo, in violazione dell'art. 24 Cost. La previsione sembra entrare in frizione anche con l'art. 3 Cost., in quanto non si vede quale possa essere il fattore che giustifichi un diverso trattamento giuridico per il richiedente asilo rispetto a quello di cui è destinatario il migrante da rimpatriare.

Nel caso in cui il trattenuto abbia nominato un difensore di fiducia, il difensore avrà difficilmente modo di studiare adeguatamente il fascicolo del questore, e quindi ciò che giustificerebbe il trattenimento (e, eventualmente, l'espulsione) del migrante, mentre nel caso in cui venga nominato un difensore d'ufficio, questo difficilmente si presenterà in udienza di convalida con cognizione di quanto riguarda l'assistito. Infatti, mentre la polizia giudiziaria informa immediatamente il difensore dell'avvenuto arresto o fermo¹²⁵ ed il pubblico ministero procede immediatamente alla designazione di un difensore d'ufficio, nel caso del trattenimento il *difensore* viene *tempestivamente avvertito dell'udienza*

¹¹⁹L'OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE DI PACE IN MATERIA D'IMMIGRAZIONE, *Executive Summary 2016*, 1 marzo 2017, p. 4, la cui ricerca è relativa al I e al IV trimestre del 2015, ha registrato la prassi, a Bari, Roma e Torino, di svolgere l'udienza di convalida e proroga nei locali dei CIE.

¹²⁰La Cass., Sez. VI civ., *ord. 17 ottobre 2017, n. 26803*, in www.italggiure.giustizia.it, ha chiarito che non è necessaria una richiesta del trattenuto di comparire. La Cass., Sez. VI civ., *ord. 24 febbraio 2017, n. 10743*, in briguglio.asgi.it, ha stabilito che il diritto di rango costituzionale di partecipare all'udienza di convalida non può essere inciso dal fatto che il trattenuto sia stato sottoposto ad un trattamento antiscabbia, laddove non vi sia alcun pericolo per la salute pubblica, difficoltà nella deambulazione o incapacità di difendersi oralmente. Laddove l'impedimento sia di natura «da costringerlo a non comparire», allora non dovrebbe comunque convalidare il provvedimento per permettere al trattenuto di curarsi in luogo adeguato.

¹²¹Vedi VALENTINI, *op.cit.*, p. 210-212.

¹²²L'espressione è utilizzata da M. SAVINO, *Le libertà degli altri: la regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

¹²³Vedi le note precedenti.

¹²⁴Sul punto, vedi le considerazioni di VALENTINI, *op.cit.*, p. 211.

¹²⁵Art. 386 c.p.p.

di *convalida*¹²⁶ ed il difensore d'ufficio è *designato dal giudice*¹²⁷. Per la Corte costituzionale, che l'art. 14 non preveda l'obbligo di dare avviso del trattenimento al difensore, di fiducia o d'ufficio, fin dall'applicazione della misura non determina la violazione dell'art. 24 della Costituzione¹²⁸.

La Corte costituzionale ha ritenuto, nella più volte richiamata sentenza 105/2001, che la riserva di giurisdizione non fosse violata da questa convalida speciale, che guarda all'operato dell'autorità di sicurezza e costituisce altresì titolo per un prolungamento del trattenimento. Questo in quanto «*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*». Sembrerebbe che ai giudici sia riferibile l'atto della convalida. A tal fine, occorre che il giudice compia un reale *judicial review*, ovvero un vero e proprio riesame, anche in ottemperanza al diritto internazionale. Ora, oltre quelli in precedenza indicati, un ulteriore requisito oggetto di verifica ai sensi dall'art. 14 del d.lgs. 286/1998 è il *principio di proporzionalità* (o, tenuto conto del comma 1-bis, di quel che rimane del principio di proporzionalità), che, come vedremo, è imposto dalla direttiva rimpatri e dalla direttiva accoglienza. Laddove la detenzione non sia necessaria al raggiungimento dello scopo, il questore dovrebbe disporre una misura alternativa alla detenzione. Il problema di fondo è che, per il d.lgs. 286/1998, *il giudice, non avendo poteri sostitutivi, non potrebbe disporre l'applicazione di una misura: o convalida o non convalida il provvedimento di trattenimento*. Per cui, sottolinea la dottrina, inevitabilmente il giudice è indotto a convalidare anche trattenimenti sproporzionati^{129, 130}. Di talché, è manifesta la violazione dell'art. 117 Cost. per violazione dell'art. 15, dir. 2008/115/CE, dell'art. 9, dir. 2013/33/UE e dell'art. 9 ICCPR, che obbligano a predisporre un "*real*" *judicial review sul provvedimento di polizia*. A nostro parere, è violato l'art. 13 Cost., non potendo l'atto definirsi riferibile al giudice (come nel procedimento cautelare) allorquando questo non possa intervenire in via sostitutiva, disponendo misure alternative.

Lo stesso problema si propone a proposito della durata del trattenimento del migrante irregolare, che «è predeterminata per legge e suddivisa in blocchi di tempo

¹²⁶Art. 14, d.lgs. 286/1998.

¹²⁷Per la convalida del trattenimento, nella prassi, il difensore d'ufficio, riporta VALENTINI, *op.cit.*, p. 151, «viene immancabilmente nominato solo la mattina stessa dell'udienza». Vedi anche MAZZA, *op. cit.*, p. 69.

¹²⁸La Consulta, con l'ordinanza 385/2001, ha ritenuto sufficiente la possibilità che ha lo straniero, «fin dall'inizio del trattenimento nel centro, di ricevere visitatori provenienti dall'esterno e in particolare il difensore che abbia eventualmente scelto [...] essendogli altresì garantita libertà di corrispondenza, anche telefonica» e che il difensore d'ufficio possa acquisire in udienza «ogni elemento di conoscenza utile alla difesa».

¹²⁹VALENTINI, *op.cit.*, p. 149.

¹³⁰Una parte della dottrina ritiene che il giudice dovrebbe disapplicare la normativa interna in quanto incompatibile con le direttive dell'Ue, che relegano la detenzione amministrativa ad *extrema ratio*, e così, se del caso, disporre l'applicazione delle misure alternative. Vedi D. LOPRIENO, "Trattenere e punire". *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, 2018, p. 148.

prestabiliti»¹³¹. L'art. 14, 4° e 5° co., d.lgs. 286/1998 non permettono un'interpretazione conforme alla dir. 2008/115/CE¹³².

Il meccanismo provvedimento e "super convalida" si arricchisce poi del momento della *proroga* del medesimo atto amministrativo. Il provvedimento di trattenimento di un rimpatriando in un CPR può essere *prorogato* fino a centottanta giorni. La prima proroga è fissa a trenta giorni e può essere accordata da giudice di pace soltanto laddove «l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà». Trascorso tale termine, e quindi giunti ai sessanta giorni, il questore può richiedere ed il giudice di pace accordare ulteriori proroghe a termine non vincolato e fino al raggiungimento dei centottanta giorni, sempre che siano emersi degli elementi concreti (che quindi devono essere oggetto di prova) che permettano di ritenere probabile l'identificazione del trattenuto oppure laddove ciò sia necessario per organizzare il rimpatrio. Diversamente, la detenzione amministrativa di un migrante sottoposto a procedura d'asilo può raggiungere ben *dodici mesi*, mediante ripetute proroghe per periodi non superiori a sessanta giorni. In ogni caso, ex art. 6, 6° comma, d.lgs. 142/2015, «il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda» con procedura accelerata, disciplinata dall'art. 28 bis del d.lgs. 28 gennaio 2008, n.25.

L'art. 14 del d.lgs. 286/1998 prevede espressamente l'udienza solamente per il provvedimento che dispone il trattenimento, non per le eventuali proroghe, per cui viene garantito un ricorso per cassazione che non sospende l'esecuzione della misura. Sul punto sono intervenute la Corte costituzionale e la Corte di cassazione. Con un'interpretazione costituzionalmente orientata, le Corti hanno esteso il meccanismo previsto in sede di convalida del provvedimento applicativo e tutte le garanzie a rispetto del principio del contraddittorio al comma 6 dell'art. 14, e quindi alla convalida della decisione di proroga. Che si tratti di giurisprudenza granitica è riconosciuto anche dalla CEDU, che nel caso *Richmond Yaw* ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5 della Convenzione, dato che la proroga avveniva in segreto e che la violazione del principio del contraddittorio in tale sede costituisce *un'irregolarità grave e manifesta* ai sensi della giurisprudenza italiana¹³³. Ricorda Valentini che, in via giurisprudenziale, e –

¹³¹MAZZA, *op. cit.*, p. 69.

¹³²È evidente che l'impianto normativo è particolarmente rigido: «Il giudice *provvede alla convalida*, con decreto motivato, entro le quarantotto ore successive, verificata...»; «La convalida *comporta* la permanenza nel centro per un periodo di complessivi trenta giorni». Inoltre, la stessa decisione di non convalidare il provvedimento perché sproporzionato non seguita da alcuna misura alternativa ove necessario, si scontra con la previsione dell'art. 8, dir. 2008/115/CE secondo cui «gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria».

¹³³Segnatamente, la Corte Cost., *sent. n. 222 del 2004*, in www.giurcost.org, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, faceva salvo il comma 6 dell'art. 14 del d.lgs. 286/1998 da una dichiarazione di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 24 Cost. Affermava chiaramente che le garanzie a tutela del diritto di difesa del trattenuto che valgono nel procedimento di convalida devono valere anche in quello di proroga. La Cass., Sez. I civ., *sent. 9 febbraio 2010, n. 4544*, in www.meltingpot.org, giungeva alla medesima

aggiungiamo: fisiologicamente rispetto alle premesse su cui si fonda tale orientamento - tali garanzie si applicano anche al procedimento di proroga del trattenimento del richiedente asilo¹³⁴.

La predeterminazione legale della durata della detenzione “da convalida” o “da proroga” si può porre in antitesi con il principio di proporzionalità imposto dalla direttiva rimpatri dal momento che, secondo la legge italiana, nessuno può controllare *in itinere* se perdurino quei motivi che legittimavano la convalida o la proroga agli occhi del giudice¹³⁵. Si tratterebbe dell’ennesima violazione della direttiva rimpatri, che all’art. 15 § 3 prevede il *diritto al riesame ad intervalli ragionevoli* d’ufficio o su istanza di parte. Sarebbe poi l’ennesima discriminazione tra lo straniero assorbito nel circuito penale e lo stesso straniero quando assume la veste di migrante da rimpatriare¹³⁶. Finalmente, la Corte di cassazione, con sentenza del 14 luglio 2017, ha dato attuazione al principio riconosciuto nella sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia, secondo cui l’art. 15 e 16 della direttiva rimpatri «sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto»¹³⁷. In breve, le loro disposizioni sono “*self-executing*”. Di talché, laddove il trattenuto presenti istanza di riesame al giudice, si apre un giudizio camerale ex art. 737 e ss. c.p.c., sempre che l’istante allegli fatti sopravvenuti o non considerati dal giudice in sede di convalida o proroga¹³⁸.

conclusione. La Corte di Cassazione, nella decisione sul ricorso presentato dai ricorrenti nel caso Richmond, l’8 giugno 2010, citando i precedenti sopra indicati, dichiarava la nullità del provvedimento perché adottato in violazione del principio del contraddittorio, aggiungendo che «solo una manifestamente irragionevole interpretazione delle norme di cui ai commi 4 e 6 dell’art. 14 cit. porterebbe ad escludere l’applicabilità del procedimento camerale di convalida in relazione alla richiesta di proroga del trattenimento» (corsivo aggiunto). Così, dal momento che «la giurisprudenza interna era già chiara nel 2002 circa la necessità di rispettare il principio del contraddittorio, anche in caso di proroga di una misura di detenzione», la CEDU, *Richmond Yaw e altri c. Italia*, 6 ottobre 2016, in www.giustizia.it, ha ritenuto che la detenzione successiva alla proroga costituisca *arbitrary detention*, essendo «l’omessa convocazione degli interessati e del loro avvocato e l’omessa fissazione di una udienza [...] una “irregolarità grave e manifesta”» ai sensi della giurisprudenza italiana. La traduzione della sentenza è del Ministero della Giustizia, Direzione generale degli affari giuridici e legali, effettuata e rivista da Rita Carnevali, e da Martina Scantamburlo.

¹³⁴VALENTINI, *op.cit.*, p. 215.

¹³⁵MARLETTA, *op. cit.*, p. 614, sottolinea come anche la durata della misura cautelare è predeterminata dalla legge, con eccezione dell’ipotesi di cui all’art. 274, comma 1, lett. a), c.p.p., con riferimento alla quale l’art. 292, comma 2, lett. d), c.p.p. sanziona con la nullità, rilevabile anche d’ufficio, la mancata determinazione della data di scadenza della misura, in relazione alle indagini da compiere. Vedi anche: MAZZA, *op. cit.*, p. 69; VALENTINI, *op.cit.*, p. 165.

¹³⁶Infatti, è stato giustamente osservato da VALENTINI, *op.cit.*, p. 165, come in materia di misure cautelari, pur non essendovi un controllo giurisdizionale obbligatorio in itinere, sussista il dovere di accertare la legittimità della misura se vi è la richiesta dell’imputato (o del pubblico ministero). Così, ad esempio, il giudice deve sostituire la custodia cautelare con altra misura meno coercitiva per la sopravvenuta sproporzione della “detenzione” rispetto all’entità del fatto, della sanzione o delle specifiche esigenze cautelari, che risultano attenuate.

¹³⁷Punto 47.

¹³⁸Cass., Sez. I civ., *sent. 14 luglio 2017, n. 22932*, in www.italgiure.giustizia.it. L’art. 15, § 3, dir. 2008/115/CE dispone che: «In ogni caso, il trattenimento è riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta del cittadino di un paese terzo interessato o d’ufficio». Per VALENTINI, *op. cit.*, p. 167, la direttiva metterebbe il legislatore

È bene sottolineare che tale “riesame”, nella conformazione assunta dopo le sentenze della Cassazione, è lontano parente del riesame del provvedimento con cui il giudice del procedimento penale ha disposto l’adozione di una misura coercitiva cautelare. Ai sensi dell’art. 309 c.p.p., il tribunale del capoluogo del distretto di corte d’appello (quindi *un diverso giudice* rispetto a quello che dispone la cautelare) può riformare il provvedimento anche sulla base dei *medesimi elementi* conosciuti dal giudice che ha applicato la misura. Si è detto che non è così per il nostro “riesame ad intervalli ragionevoli”, che, se introdotto dal trattenuto, abbisogna di una “novità” e viene comunque esaminato «per il principio della concentrazione delle tutele», dallo «*stesso giudice* della convalida e delle proroghe (ossia il Giudice di Pace)»¹³⁹. Il “riesame europeo” è il lontano parente del procedimento di revoca o sostituzione delle misure cautelari¹⁴⁰. La prima fondamentale differenza sta nel fatto che il giudizio di revoca o sostituzione può essere attivato dall’imputato «in qualsiasi momento»¹⁴¹. In secondo luogo, occorre chiedersi se anche qui si presenti la stessa problematica del (quasi) judicial review della convalida: *il giudice del “riesame europeo” ha poteri sostitutivi?* In altri termini, può sostituire il trattenimento con un obbligo di dimora? Un’interpretazione costituzionalmente orientata, perché rispettosa della direttiva rimpatri, impone di ritenere che, in assenza della configurazione legislativa di un esame di stretta legittimità, il giudice abbia poteri di carattere sostitutivo.

3 In principio proporzionalità

La distorsione dai sistemi liberali che vogliono la libertà come regola e la detenzione come eccezione si realizza soprattutto quando la privazione della libertà è disposta o mantenuta in forma prolungata per *mere esigenze di comodità amministrativa*.

Privare un essere umano della sua libertà per esigenze di carattere amministrativo è legittimo nel diritto internazionale. Non intacca la legittimità della detenzione il fatto che il provvedimento venga adottato da un’autorità amministrativa. Vi deve essere però un “*real judicial review*”. Ciò non basta. Un’istanza elementare di giustizia vuole che gli Stati non ricorrano alla detenzione di un individuo, laddove questa non sia *utile*,

di fronte ad una scelta: prevedere il riesame ad intervalli ragionevoli su richiesta dell’interessato o prevederlo d’ufficio. A nostro parere, questa disposizione non contiene una condizione ed è sufficientemente precisa. La norma si limita a stabilire che se non interviene d’ufficio un giudice in un range di tempo ragionevole, il trattenuto può sempre sollecitarne l’intervento. L’utilizzo del *tempo presente* ci sembra un indice chiaro della volontà delle istituzioni Ue. Inoltre, come nota SAVIO, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi di allontanamento*, scheda ASGI aggiornata al giugno 2017, p. 18, il riesame su istanza di parte non è assimilabile alla proroga, «da cui differisce per presupposti e finalità». Anche a nostro parere il riesame non è un rinnovo della convalida (proroga), consistendo in una valutazione autonoma che coinvolge anche profili di merito. Il giudice può quindi esercitare anche poteri di carattere sostitutivo.

¹³⁹Cass., Sez. I civ., *sent.* 14 luglio 2017, n. 22932, in www.italgiure.giustizia.it.

¹⁴⁰Art. 299 c.p.p.

¹⁴¹VALENTINI, *op. cit.*, p. 174.

necessaria e adeguata, considerati tutti gli interessi in gioco (come la salute della persona). Questa istanza di giustizia, tradotta in principio di diritto, prende il nome di “principio di proporzionalità”¹⁴². Questa rappresenta un’importantissima scelta di valore: la libertà è la regola, la detenzione è l’assoluta eccezione (“*extrema ratio*” o “*last resort*”). Ogni compromesso rispetto a tale schema indebolisce la libertà al cospetto dell’autorità. Se la tecnica della proporzionalità scade a bilanciamento tra interessi, si arriva a sovvertire l’intero impianto liberale.

Le corti dei diritti umani sono chiamate a sorvegliare il rispetto di questo principio da parte delle autorità nazionali anche quando la libertà è quella del migrante economico o del richiedente asilo.

Alla luce di quanto fin qui riportato, non dovrebbe meravigliare il sindacato delle Corti sull’esercizio dei poteri pubblici fosse meno penetrante nel settore della detenzione amministrativa.

L’HRC, l’UNHCR e il diritto dell’Ue ammettono la detenzione amministrativa per le esigenze di identificazione all’ingresso nel territorio anche laddove non sussistano esigenze cautelari (come il pericolo di fuga), purché sia per un *brevissimo periodo*. In tal caso le esigenze di controllo e gestione dell’immigrazione si fondono con il bisogno di sicurezza, ma l’impianto liberale non sembra uscirne capovolto. Oltre la breve parentesi della prima identificazione, il diritto internazionale pretende una *seria valutazione sull’“option zero”* o sulla scelta dell’adozione di *misure alternative* alla detenzione. In questo quadro, ancora una volta, fa eccezione la giurisprudenza CEDU, che finisce per discriminare irragionevolmente la libertà del migrante rispetto a quella dell’arrestato.

Ad una proporzionalità “rimandata” o “indebolita” nel diritto internazionale, risponde la detenzione tendenzialmente sistematica posta in essere dagli attori nazionali. È assai difficile reperire dati riguardanti la scelta tra partenza volontaria (che esclude il trattenimento) e rimpatrio coatto (che invece, in genere, è seguito dalla detenzione), così come quelli relativi all’effettiva adozione delle misure alternative. Le ricerche sull’effettività delle misure alternative sono poche, ma con il tempo si stanno intensificando. Ciò esula dalla nostra ricostruzione. Una cosa è comunque certa: *gli Stati nel mondo fanno scarso utilizzo delle misure alternative alla detenzione*, soprattutto laddove i migranti non abbiano con sé un passaporto o altro documento equipollente¹⁴³.

Lo Sterring Committee for Human Rights ha sviluppato un’analisi sull’effettività delle misure alternative alla detenzione, che è stata pubblicata nel gennaio del 2018, a testimoniare l’improcrastinabilità di ripensare la detenzione amministrativa come

¹⁴²Vedi A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, p. 4643 ss.; D’ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, numero speciale: “I principi nell’esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Roma, 14-15 novembre 2014”, p. 284; CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights*, op cit., p. 301; E. CANNIZZARO, *il principio di proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 5.

¹⁴³GLOBAL DETECTION PROJECT, *Country report immigration detention in Finland: limited use of “alternatives,” restrictive detention review, divisive political debate*, Agosto 2018; GLOBAL DETECTION PROJECT, *Greece Immigration Detention*; GLOBAL DETECTION PROJECT, *Germany Immigration Detention*.

risposta privilegiata alla gestione dei processi migratori. Quest'ultima ricerca si basa su un punto fermo: «A major trend shared by the majority of member States is the fact that *alternatives remain largely unused in practice or are only available to a small number of persons concerned*»¹⁴⁴. Con riguardo agli Stati dell'Ue, la Commissione ha affermato nel 2014 che, nonostante numerosi Stati membri prevedano le alternative alla detenzione nel diritto nazionale, e nonostante i loro vantaggi in termini di costi, «molti Stati membri applicano le alternative al trattenimento solo in casi rari»¹⁴⁵. Lo Special Rapporteur on the human rights of migrants arriva alla medesima conclusione nel 2013: «*in practice, few viable alternatives to detention appear to be explored by the European Union institutionally and by European Union member States individually*»¹⁴⁶. Non sono esenti da questo processo di "custodializzazione" neanche gli Stati nordici, quali Svezia e Finlandia.

Parlando di misure alternative, occorre stare attenti a non trasformare le stesse in un "raddoppio delle sofferenze". Portando un esempio di ciò che non è una best practice, negli Usa, dove le misure alternative vengono maggiormente utilizzate, emerge la preferenza per i *sistemi di monitoraggio elettronici*. Evidentemente, misure quali i braccialetti elettronici sono misure alternative efficienti (se l'obiettivo è ridurre il rischio di fuga), ma ledono in misura importante il diritto alla riservatezza delle persone e contribuiscono alla loro criminalizzazione. Per questo l'UNHCR, nelle Linee guida sulla detenzione, ritiene che tali misure andrebbero evitate il più possibile. Inoltre, i programmi alternativi alla detenzione (ATD), che si avvalgono dei sistemi elettronici, sarebbero fonte di enormi profitti per multinazionali, come GEO, ovvero le stesse che, come vedremo, gestiscono i centri di detenzione amministrativa. Infine, sembrerebbe che questi programmi vengano utilizzati anche contro coloro che vengono rilasciati dalla detenzione. Il che evidentemente lancia un allarme. Il rischio è che, come anticipato, misure non custodiali non diventino altro che misure complementari alla detenzione piuttosto che strumenti ad essa alternativi.

Un ultimo profilo, nient'affatto secondario, concernente il rispetto di un canone elementare di proporzionalità della misura è il *termine legale* e la *durata effettiva* della detenzione amministrativa nei vari Stati del mondo.

Mainwaring e Cook individuano nella "*indefinite detention*" un tratto caratteristico dell'"Anglo model"¹⁴⁷. Quest'ultimo viene definito con riguardo a USA, Australia, Regno Unito e Canada che, sul punto, ammettono che la detenzione dei migranti possa essere disposta a tempo indeterminato, non prevedendo, in tutto o in parte, un termine massimo decorso il quale il trattenuto deve essere rimesso in libertà. Nel 2013 la Nuova

¹⁴⁴CDDH, *Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration*, 26/01/2018, corsivo aggiunto.

¹⁴⁵Commissione europea, *Comunicazione della commissione al consiglio e al parlamento europeo sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea*, COM(2014) 199 final, in www.ec.europa.eu, 28 marzo 2014, p. 18.

¹⁴⁶UNHCR, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants*, 24 aprile 2013.

¹⁴⁷C. MAINWARING – M. L. COOK, *Immigration detention: An Anglo model*, in *Migration studies*, 2018, 1-22.

Zelanda ha introdotto un'ipotesi di "indefinite detention". Si tratta della privazione della libertà personale dei "boat people" giunti in massa nel territorio neozelandese¹⁴⁸. Sempre a titolo di esempio, il Sudafrica prevede un termine massimo di centoventi giorni in caso di detenzione finalizzata al rimpatrio, mentre lo stesso è di quarantotto ore in tutti gli altri casi¹⁴⁹.

Gli Stati membri dell'Unione europea, evidentemente ad eccezione del Regno Unito, non conoscono regimi di detenzione indefinita. La Francia prevede una durata massima di 90 giorni. Si tratta del termine minore in Europa¹⁵⁰. In direzione opposta va la Germania, che, per la "custody to prepare deportation", prevede un termine massimo di diciotto mesi¹⁵¹.

Costatato che la detenzione amministrativa tende a respingere il principio di proporzionalità, analizziamo nel dettaglio quanto anticipato a proposito della giurisprudenza CEDU, del Comitato dei diritti dell'uomo e della normativa dell'Unione europea. Analizzeremo poi il caso italiano.

Si consideri fin d'ora che elementi essenziali per individuare il punto di equilibrio fissato in un sistema giuridico tra libertà personale dei migranti e sicurezza delle migrazioni sono anche *l'accettabilità giuridica del trattenimento dei soggetti vulnerabili* e *la regolamentazione delle condizioni di detenzione nei centri per migranti*. Alla prima componente si accennerà per il diritto dell'Ue, che la disciplina in forma espressa, e per il diritto italiano. La seconda componente troverà ampio sviluppo nel capitolo terzo.

3.1 La Corte EDU e la proporzionalità negata

La Cedu prevede che l'ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio dei diritti garantiti dagli artt. 8-11 debba essere necessaria per la tutela di altri beni giuridici di carattere primario. Il diritto alla libertà non figura tra questi diritti, ma la CEDU ha importato il principio di proporzionalità nell'art. 5, ritenendo che «*la detenzione di un individuo*» costituisca «*una misura così grave che si giustifica solo in ultima istanza, quando altre misure meno severe sono state prese in considerazione e ritenute insufficienti a salvaguardare l'interesse individuale o pubblico che esige la detenzione della persona coinvolta*»¹⁵².

Malgrado questa forte affermazione di principio, la Corte ritiene che «*la nozione di arbitrarietà [...] varia in una certa misura a seconda del tipo di detenzione presa in considerazione*»¹⁵³. L'applicazione di questo metodo di analisi si è tradotta nell'esclusione del test di proporzionalità per i motivi di cui alla lettera a)¹⁵⁴ ed f).

¹⁴⁸GDP, *New Zealand Immigration Detention*; C. MAINWARING – M. L. COOK, *op. cit.*, nota 6.

¹⁴⁹GDP, *South Africa Immigration Detention*.

¹⁵⁰GDP, *France Immigration Detention*.

¹⁵¹GDP, *Germany Immigration Detention*.

¹⁵² *Saadi c. Regno Unito*, Grande Camera, punto 70, corsivo aggiunto.

¹⁵³ *Saadi c. Regno Unito*, Grande camera, punto 68, corsivo aggiunto.

¹⁵⁴ *Vedi CEDU, Weeks c. Regno Unito*, 2 marzo 1987.

Per la materia oggetto di questa analisi, la presa di posizione veniva sancita in *Chahal* contro Regno Unito (un caso concernente l'espulsione di uno straniero per motivi di sicurezza nazionale), in cui la Corte ha affermato che l'art. 5, § 1, lett. (f), rispetto all'art. 5, §1, lett. (c)¹⁵⁵, protegge l'individuo dall'autorità in maniera differente, non prevedendo espressamente, come requisito di legittimità della detenzione, che questa debba esser ritenuta *necessaria ad uno scopo*, come ad es., impedire la fuga o la commissione di reati¹⁵⁶. Eppure, la giurisprudenza di Strasburgo ha ritenuto che si dovesse comunque applicare il principio di proporzionalità in caso di c.d. "detenzione preventiva" di cui alla stessa lett. c)¹⁵⁷, sia «per garantire la presenza dell'imputato al processo» che «per assicurare il corretto svolgimento dello stesso»¹⁵⁸, nonostante qui si ripeta lo stesso deficit di cui alla lettera f). Stesso discorso per la lettera e), dove rispetto alla "persona suscettibile di propagare una malattia pericolosa" e all'"alcolizzato" ha precisato che la privazione della libertà personale debba essere misura di ultima istanza¹⁵⁹, e dove per il soggetto con disordine mentale ha ritenuto che questo debba essere di una gravità tale da portare l'individuo ad essere «un reale pericolo per sé stesso o per gli altri»¹⁶⁰, arrivando a precisare che «the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement»¹⁶¹.

In *Saadi* contro Regno Unito, la CEDU ha esteso il principio affermato nel caso *Chahal* alla prima parte dell'art. 5, con la seguente (altrettanto apparente) motivazione: «lo Stato gode del diritto di controllare allo stesso modo l'entrata ed il soggiorno nel Paese dei cittadini stranieri», quindi «non sarebbe naturale applicare un diverso criterio di proporzionalità ai casi di detenzione contestuale all'ingresso rispetto a quello utilizzato nei casi di espulsione, estradizione o allontanamento di un individuo che si trovi già nel Paese»¹⁶².

¹⁵⁵Questa disposizione ammette la detenzione (regolare) con lo scopo di portare la persona davanti al giudice competente, (anche) laddove vi siano fondate ragioni per ritenere che sia «necessario» impedirgli di compiere un reato o fuggire dopo averlo commesso. Per approfondimenti, SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 150-151.

¹⁵⁶CEDU, Grande camera, *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996, punto 112, corsivo aggiunto.

¹⁵⁷Si tratta della detenzione disposta nei confronti della persona contro cui «vi sono motivi plausibili di sospettare che [...] abbia commesso un reato».

¹⁵⁸BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Lavis, 2012, p. 130.

¹⁵⁹Si rinvia per approfondimenti a S. LONGO – F. ZACCHÈ, *Art. 5*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS – F. VIGANÒ, Torino, 2016, p. 109-111; BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 133-134.

¹⁶⁰CEDU, Camera, *Winterwerp contro Olanda*, 24 ottobre 1979, punti 36-38. Per approfondimenti: S. GROSZ – J. BEATSON Q.C. – PETER DUFFY Q.C., *Human Rights: the 1998 Act and the European convention*, p. 206-208; D. WILSHER, *op. cit.*, p. 149.

¹⁶¹CEDU, quinta sezione, caso *Haidn c. Germania*, punto 77. BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 132, ritengono che la (seconda) condizione sviluppata dalla Corte per cui è ammissibile la detenzione di un "alienato di mente" si traduca nel concetto di indispensabilità nel caso concreto. Quindi, sembra ragionevole sviluppare tale analisi, aggiungendo che la detenzione debba essere anche qui *extrema ratio*.

¹⁶²*Saadi c. Regno Unito*, Grande camera, punto 73, corsivo aggiunto.

3.1.1 “Proportionality lite”

La CEDU applica quella che Cornelisse definisce una versione «*lite*»¹⁶³ del principio di proporzionalità, che, per stessa affermazione della Corte, trova applicazione all’art. 5, § 1, lett. (f), limitatamente alla verifica della *ragionevole durata della detenzione* rispetto allo scopo perseguito¹⁶⁴.

Per non rendere la detenzione arbitraria, perché «*eccessiva*»¹⁶⁵, devono essere rispettati alcuni standard. Anzitutto, la detenzione è giustificata «*solo fino a quando i procedimenti di espulsione sono in corso*»¹⁶⁶.

In secondo luogo, le autorità nazionali si devono conformare all’obbligo di *diligenza* nella prosecuzione del procedimento¹⁶⁷. Nel giudizio sull’“*eccessività*”, la Corte valuta non solo l’attualità del procedimento e il rispetto della “*due diligence*” (per cui considera, ad esempio, l’eventuale inerzia dello Stato nel procurarsi i documenti di viaggio dell’espulso¹⁶⁸), ma anche la sussistenza di una “*realistica prospettiva di espulsione*”.

In *Kolompar contro Belgio*¹⁶⁹ (che riguardava un caso di estradizione) la Corte affermava che il ricorrente non aveva titolo per lamentarsi di un ritardo nel rilascio che era a lui addebitabile. Così, questa posizione della CEDU giustificava un surplus temporale di trattenimento in tutti i casi in cui questo fosse imputabile alla non collaborazione del migrante o anche all’esercizio dei diritti costituzionali¹⁷⁰. In *Mikolenko contro Estonia* la Corte abbandonava tale orientamento, “*de-criminalizzando*” la non collaborazione dello straniero, e aggiungendo allo scrutinio sull’eccessività della durata della detenzione il parametro della “*realistica prospettiva di espulsione*”. I giudici di Strasburgo giungevano alla conclusione che laddove per la realizzazione dell’espulsione sia necessaria la collaborazione del trattenuto e questo si rifiuti di collaborare con le autorità nazionali, venendo meno «*la realistica prospettiva della sua espulsione*», la detenzione diventa arbitraria, non potendosi sostenere che, data la sua inidoneità rispetto allo scopo, la stessa sia funzionale all’espulsione¹⁷¹ e quindi alla specifica ipotesi di cui all’art. 5, § 1 posta a sua giustificazione dall’autorità.

La Cedu non prevede un termine di durata massima del trattenimento. Pertanto, al di là della non collaborazione, la “*realistica prospettiva di espulsione*” si sarebbe potuta apprezzare anche in periodi di tempo piuttosto lunghi. Sempre in *Mikolenko*, la Corte

¹⁶³Vedi CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights*, cit., p. 296.

¹⁶⁴*Saadi c. Regno Unito*, Grande camera.

¹⁶⁵*Chahal c. Regno Unito*, punto 113.

¹⁶⁶*Chahal c. Regno Unito*, punto 113.

¹⁶⁷*Chahal c. Regno Unito*, punto 113. Si veda la ricostruzione di WILSHER, *op. cit.* 141-146 sul «*due diligence approach*».

¹⁶⁸CEDU, *Raza c. Bulgaria*, 11 febbraio 2010, punti 73-75.

¹⁶⁹CEDU, *Kolompar c. Belgio*, 24 settembre 1992.

¹⁷⁰Per approfondimenti sul punto vedi WILSHER, *op. cit.*, p. 144.

¹⁷¹CEDU, *Mikolenko c. Estonia*, 8 ottobre 2009, corsivo aggiunto.

ha colmato quel vuoto di regolamentazione, stabilendo sostanzialmente che la ragionevole prospettiva si debba apprezzare nel breve termine. Ciò significa che le autorità nazionali non devono effettuare il giudizio sulla sussistenza di una “possibile” prospettiva di espulsione o su una “probabile prospettiva a lungo termine”, ma sulla ragionevole prospettiva di un allontanamento prossimo a essere realizzato. Cosicché, in definitiva, non è ammesso il “sequestro preventivo” dello straniero in attesa che questo decida di collaborare o di un evento che probabilmente potrebbe realizzarsi in un futuro troppo lontano.

La detenzione è altresì arbitraria laddove la stessa non sia disposta in *buona fede* dalle autorità nazionali e laddove le condizioni trattamentali non siano adeguate. Cornelisse considera l'utilizzo di tali parametri come un'ulteriore applicazione del principio di proporzionalità nella forma “lite”¹⁷². Effettivamente un simile sindacato non è che l'estrinsecazione di un giudizio di *adeguatezza* della misura, inteso come valutazione della tollerabilità del bilanciamento di interessi¹⁷³. Per il primo profilo, la stessa autrice nota come la Corte, nel caso Conka ed in Saadi, abbia fatto della buona fede una questione di bilanciamento degli interessi e quindi di rapporto tra mezzo utilizzato e scopo perseguito, ammettendo nel primo caso che, laddove si tratti di contrasto alla criminalità, si possano «utilizzare stratagemmi» per facilitare l'arresto da parte della polizia, ma che ciò non sia tollerabile se attuato contro richiedenti asilo¹⁷⁴, e, nel secondo caso, che l'utilizzo della detenzione nell'ambito di una procedura accelerata «è nell'interesse non solo dei richiedenti, ma anche di quelli che sempre più numerosi attendono il proprio turno»¹⁷⁵. Il concetto di buona fede non è così di facile intuizione e sembra essere una valutazione sulla “banalizzazione” della libertà personale in rapporto agli altri interessi, e quindi sulla ingiustificabilità del bilanciamento. Non richiede così necessariamente un “raggiro” del detenuto.

Per quanto concerne l'idoneità dei luoghi e delle condizioni di detenzione vale lo stesso discorso. Non è un sindacato sulla sussistenza di trattamenti inumani e degradanti ma sulla rispondenza del trattamento detentivo rispetto allo scopo per cui la persona viene privata della libertà personale. Questo si traduce nel distinguo in termini

¹⁷²CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights*, cit., p. 298.

¹⁷³CORNELISSE, *Immigration Detention*, cit., 298 nota come la Corte non realizzi per la detenzione per prevenire l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato un giudizio sull'idoneità, non pretendendo che la misura sia efficiente rispetto allo scopo, ma sia strettamente collegata allo stesso.

¹⁷⁴CEDU, *Čonka c. Belgio*, 5 febbraio 2002, punti 36-42. Qui la Corte ritenne che invitare i richiedenti asilo con una comunicazione scritta a presentarsi alla stazione di polizia per completare le pratiche connesse alla domanda di asilo, per poi li consegnargli un ordine di allontanamento e disporre il trattenimento, fuorviando così i richiedenti asilo sullo scopo dell'incontro con l'intento di rendere più efficiente il trattenimento, portasse la detenzione a essere incompatibile con l'art. 5 della Convenzione.

¹⁷⁵La Corte riprende le parole di Lord Slynn, punto 77.

trattamentali tra detenuti nell'ambito di un procedimento penale e detenuti nell'ambito di un procedimento connesso al controllo dell'immigrazione¹⁷⁶.

Dall'analisi effettuata, emerge che la CEDU pretende l'applicazione del canone dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo, che implica che sussista l'espellibilità dello straniero oggetto di un provvedimento restrittivo della libertà personale, e quello dell'adeguatezza, che qui implica che il trattenimento non debba essere disposto, o debba venire meno, laddove il procedimento abbia un "costo umano" intollerabile. Tale ultimo sindacato però, avulso da ogni verifica preliminare sulla necessarietà della misura, non può che tradursi nella pretesa a che le autorità nazionali facciano applicazione di quello che nella tradizione giuridica italiana è definito come "principio di ragionevolezza", che «impone alla pubblica amministrazione di *bilanciare* gli interessi compresenti nel procedimento in modo *plausibile e giustificabile*»¹⁷⁷.

L'eccezione al principio di proporzionalità entra a pieno titolo nel processo di estraneazione costituzionale della detenzione amministrativa. Occorre interrogarsi sulle reali ragioni di tale deviazione.

3.1.2 Scontro tra titani: "il diritto sovrano innegabile" e la libertà dei migranti

Come già ricordato, la CEDU ha chiarito che il test di proporzionalità si applica anche nei casi di cui alla lettera e), ovvero, in breve, nei casi di soggetti considerati pericolosi socialmente, e questo - come già notato - a prescindere dall'esplicito riferimento alla necessità della misura. Sia nei casi di cui alla lett. e) che in quelli di cui alla lett. f) la libertà personale assume una funzione preventiva, o di condotte socialmente pericolose, o dell'ingresso e della permanenza sul territorio dello Stato. Allora di fronte a situazioni analoghe, il trattamento giuridico dovrebbe essere lo stesso. Diversamente, deve essere chiarito quale sia l'elemento distintivo che giustifica un diverso trattamento.

Se in Chahal la giustificazione dell'assenza di un rigoroso proportionality test veniva trovata nell'interpretazione comparata e letterale tra le disposizioni del medesimo articolo, in Saadi i giudici della quarta sezione davano realmente conto della ratio della diversità di trattamento, giustificando questa «ampia discrezionalità di decidere se detenere potenziali immigrati» in ragione del fatto che i destinatari della misura «non sono "autorizzati" ad essere sul territorio». Sono quindi in una «posizione diversa» rispetto a coloro che sono legalmente dentro il territorio dello Stato¹⁷⁸, quasi che si tratti di uno status minorato. E sul territorio insiste quel «diritto sovrano innegabile di controllare

¹⁷⁶Ad esempio, in Saadi, la Corte affermava (punto 74): «il luogo e le condizioni di detenzione devono essere idonee, tenendo presente che "tale misura non si applica a coloro che hanno commesso infrazioni penali ma a stranieri che, temendo spesso per la propria vita, sono fuggiti dal proprio Paese" (vedi Amuur, cit., § 43)».

¹⁷⁷A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, p. 4803.

¹⁷⁸ Saadi, quarta sezione, punto 44, *trad. nostra*, corsivo aggiunto.

l'ingresso degli stranieri e la loro residenza nel loro territorio»¹⁷⁹ che trova il suo «corollario indispensabile» nel «permesso di detenere potenziali immigranti che hanno fatto richiesta di autorizzazione ad entrare», o permangono in situazione di irregolarità sul territorio dello Stato.

Quindi, la ragione dell'indebolimento delle garanzie dipende non tanto dalla qualità di irregolare, ma dalla costruzione di un *diritto fondamentale dello Stato alla "difesa dei confini"*, con cui la CEDU accantona il modello classico di risoluzione del conflitto tra libertà e autorità, che impone di configurare la libertà come regola e la sicurezza come eccezione. Così, scivola verso lo schema del bilanciamento tra interessi confliggenti. Di talché, quando il diritto fondamentale alla libertà e alla sicurezza incontra il diritto fondamentale, "sovrano" ed "innegabile", al controllo dell'ingresso e della residenza degli stranieri sul territorio, l'antinomia deve risolversi mediante un bilanciamento fra gli interessi in gioco.

3.2 Il Comitato dei diritti dell'uomo ed il principio di proporzionalità. La mandatory detention australiana

L'art. 9 ICCPR sancisce il divieto di arresto e detenzione arbitraria. L'HRC, chiamato a interpretare il concetto di arbitrary detention, in *Van Alphen contro Olanda*, ha chiarito che il concetto di "arbitrary detention" va oltre quello di legalità della detenzione, assumendo un significato che, anche alla luce dei lavori preparatori all'art. 9, include il rispetto di qualità come la *prevedibilità* e la *proporzionalità* della misura¹⁸⁰.

Il Comitato si è occupato di detenzione amministrativa diverse volte a partire dal caso *V.M.R.B. contro Canada* (1987)¹⁸¹. Ha però costruito la sua giurisprudenza mediante le pronunce sulla politica di detenzione australiana.

Il leading case è *A. contro Australia*¹⁸² del 1997 che si riferisce ad un caso di detenzione di un cittadino cambogiano dal 1989 fino al 1994. Si è già accennato alla detenzione amministrativa in Australia, ma ci siamo occupati dell'aspetto "offshore". Tale politica, che viene sviluppata dal 2001 con l'inaugurazione della "Pacific Solution", veniva preceduta dalla detenzione sistematica ("*mandatory detention*")¹⁸³ dei "boat people" giunti sulle coste australiane senza un visto regolare. Questi venivano detenuti fino alla definizione della loro situazione giuridica. Il Parlamento nel 1992 aveva autorizzato con effetto retroattivo la detenzione dei migranti giunti in Australia via mare tra il 1989 e il

¹⁷⁹*Amuur contro Francia*, punto 41; *Saadi contro Regno Unito*, Grande camera, punto 64, corsivo aggiunto.

¹⁸⁰HRC, CCPR/C/39/D/305/1988, *van Alphen contro Olanda*, 23 luglio 1990. Questo affermava «"arbitrariness" is not to be equated with "against the law", but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability. [...]». Aggiungeva: «Further, remand in custody must be necessary in all the circumstances, for example, to prevent flight, interference with evidence or the recurrence of crime»

¹⁸¹HRC, CCPR/C/33/D/236/1987, *V. R. M. B. contro Canada*, 18 luglio 1988.

¹⁸²HRC, CCPR/C/59/D/560/1993, *A contro Australia*, 30 aprile 1997.

¹⁸³*A contro Australia*, punto 7.3, corsivo aggiunto.

1992, prevedendo, di lì, una durata massima di duecentosettantatre giorni, poi rimossa nel 1994. Il Parlamento australiano estendeva la mandatory detention a tutti gli stranieri giunti irregolarmente sul territorio dello Stato australiano.

Nel caso A. contro Australia, questa rivendicava di praticare una simile politica per evitare che si insediassero nella comunità stranieri non autorizzati ad entrare e per assicurarsi la disponibilità degli stessi nel caso in cui la loro richiesta di entrare fosse stata respinta¹⁸⁴.

Il Comitato era chiamato a chiarire se il mero ingresso illegale potesse di per sé giustificare una «*indefinite and prolonged detention*»¹⁸⁵. Qui il Comitato definiva il test che attuerà di lì in poi nel campo della detenzione amministrativa, affermando che «*la detenzione non dovrebbe continuare oltre il periodo per cui lo Stato può fornire una giustificazione appropriata*». Ritiene che dal mero ingresso illegale possa discendere la necessità di svolgere indagini, che giustificerebbero un breve periodo di detenzione. In seguito, devono esservi motivi di carattere qualificato, quali il rischio di fuga o la mancanza di cooperazione. L’HRC giustifica così una politica che, in contrapposizione con la mandatory detention, potremmo definire di “*basic detention upon arrival*”. Tale politica è strettamente correlata all’esigenza di “*schedare*” chi entra, per conoscere l’identità, il Paese di provenienza, l’eventuale profilo criminale, per ridurre in modo radicale la fuga di stranieri prima dell’identificazione. Così, all’ingresso, o comunque al contatto tra autorità e straniero, vi è il “*bilanciamento*” tra interessi contrapposti, che dopo un breve periodo deve esaurirsi nella prevalenza del diritto alla libertà.

Allora l’Australia avrebbe di certo potuto trattenere i “*boat people*” anche per l’esame della domanda, ma solo laddove, all’esito di una valutazione individuale, fosse risultata la sussistenza di un rischio di fuga o la mancanza di cooperazione a giustificazione della misura¹⁸⁶. Invece, lo Stato non dimostrava che vi fossero adeguate giustificazioni per una detenzione prolungata, così l’HRC concludeva per la violazione dell’art. 9 § 1, ICPPR.

In *C contro Australia*¹⁸⁷ (1999) l’HRC è giunto alla medesima conclusione chiarendo altresì che è dovere dello Stato operarsi per *adeguare il trattamento* del richiedente anche alle mutate circostanze personali. Ciò vuol dire che i canoni “*funzionalistici*” dell’idoneità e della necessità sono insufficienti per il rispetto dell’art. 9, implicando questo un sindacato sull’“*adeguatezza*” che potrebbe così portare verso l’abbandono della detenzione, seppure ogni altra misura potrebbe non essere sufficiente a realizzare lo

¹⁸⁴A contro Australia, punto 7.1, corsivo aggiunto.

¹⁸⁵A contro Australia, punto 9.2

¹⁸⁶Il General comment n. 35 del 2014 (CCPR/C/GC/35, p. 5-6, punto 18) supporta l’interpretazione della norma che fin qui si è proposta. Il Comitato afferma che «*i richiedenti asilo che entrano illegalmente nel territorio di uno Stato possono essere detenuti per un breve periodo iniziale per poter documentare il loro ingresso, registrare le loro richieste, e determinare la loro identità se questa è in dubbio*». Afferma poi che sarebbe arbitrario detenerli, mentre la loro domanda viene esaminata, laddove non sussistano particolari esigenze (come evitare una fuga probabile), che potrebbero ostacolare quelle di carattere amministrativo e che con misure alternative non potrebbero essere soddisfatte. Vedi anche HRC, CCPR/c/74/D/794/1998, *Samba Jalloh contro Olanda*, 26 marzo 2002, punto 8.2.

¹⁸⁷HRC, *Mr. C. contro Australia*, CCPR/C/76/D/900/1999 (2002), 13 novembre 2002, in www.refworld.org.

scopo. Nel bilanciamento pesano soprattutto le condizioni di salute del detenuto¹⁸⁸ e la sua situazione familiare¹⁸⁹.

Va posto l'accento su un ultimo profilo. Già nelle Concluding Observations del 1995 sugli Stati Uniti, l'HCR invitava a metter fine alla politica di detenzione potenzialmente indefinita, definendone un termine massimo di durata per coloro che, allo stato degli atti, non potessero essere allontanati dal territorio¹⁹⁰. È poi ritornata sul punto in una serie di ricorsi individuali in cui ha ribadito il principio secondo cui: «*individuals must not be detained indefinitely on immigration control grounds if the State party is unable to carry out their expulsion*»¹⁹¹.

Alla luce di questa analisi, va certamente condivisa l'osservazione di Wilsher, che ritiene che per l'HRC, nell'incontro tra i poteri del sovrano e la libertà del migrante, l'unico "diritto" fondamentale sia quello del migrante¹⁹².

3.3 Il principio di proporzionalità nell'Ue

Gli Stati membri dell'Unione europea hanno espressamente previsto il principio di proporzionalità sia nella Carta dei diritti fondamentali che nella normativa secondaria. Come esaminato nelle sezioni precedenti, anche la Cedu, nonché il Patto internazionale per i diritti civili e politici, così come interpretate rispettivamente dalla Corte EDU e dal Comitato sui diritti umani, garantiscono il migrante dalla "detenzione arbitraria", disegnando un punto di equilibrio tra la libertà personale e la "difesa dei confini" oltre il quale quest'ultima non può essere legittimamente perseguita dalle autorità nazionali. Tuttavia, il diritto dell'Unione europea appresta allo straniero una tutela maggiore di quella garantita dai primi due strumenti.

¹⁸⁸HRC, *Danyal Shafiq v. Australia*, CCPR/C/88/D/1324/2004, 13 novembre 2006, in hrlibrary.umn.edu, punto 8.2: «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».

¹⁸⁹HRC, *Mr. Ali Aqzar Bakhtiyari and Mrs. Roqaiha Bakhtiyari contro Australia*, CCPR/C/79/D/1069/2002, 6 novembre 2003, in hrlibrary.umn.edu, punto 9.3. Il Comitato utilizzava sostanzialmente la stessa formula del caso *Danyal Shafiq v. Australia*, cambiando solo il parametro della valutazione. Non più la salute del soggetto detenuto, ma la composizione della famiglia di migranti.

¹⁹⁰HRC, CCPR/C/79/Add.50, A/50/40 (1995), Concluding Observations: *United States of America Concluding Observations*, punto 298.

¹⁹¹HRC, CCPR/C/108/D/2094/2011, *F.K.A.G. ed altri contro Australia*, 26 ottobre 2013. Sul punto CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights*, cit., p. 255, parla di «reasonable prospect of removal». Di fatti, non è possibile apprezzare un'impossibilità di espulsione, ma una probabilità futura, quindi una prospettiva. Si aggiunge che sembra ragionevole ritenere che si tratti di un sindacato da effettuare ragionando sul breve periodo, in una interpretazione guidata dal principio di libertà personale.

¹⁹²WILSHER, *op. cit.*, p. 332-333.

3.3.1 La Carta di Nizza

In precedenza, si sottolineava che nel 2008 l'Unione europea abbandonava la fase della deferenza avviando un processo di costruzione di un sistema europeo della detenzione amministrativa. Sembra questa la sede opportuna per riflettere su questo cambio di rotta che coincide con la firma del Trattato di Lisbona, quindi con l'assunzione del ruolo di co-legislatore per il Parlamento europeo, l'assunzione di «una competenza pregiudiziale generale nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e di giustizia»¹⁹³ della Corte di Lussemburgo, e della modifica dell'art. 6 del TUE. La sua nuova formulazione non solo prospetta l'adesione dell'Ue alla Cedu ma, soprattutto, riconosce alla Carta di Nizza lo «stesso valore giuridico dei trattati». Di talché la stessa «integra "il blocco di costituzionalità" sul quale la Corte di giustizia può pronunciarsi»¹⁹⁴. Per tale ragione, tutti gli atti secondari dell'Unione europea, tra cui quelli che disciplinano i poteri degli Stati membri di detenere i migranti, devono essere conformi alla Carta dei diritti fondamentali.

Questa riconosce, per quanto qui rileva, il *diritto alla libertà* e alla sicurezza di *ogni persona* (art. 6), ed il *diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale* (art. 47). Ex art. 52 «il significato e la portata» di tali diritti sono quelli assunti nel sistema Cedu, ma ciò «non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Tale richiamo attrae nel diritto dell'Ue i principi che i giudici di Strasburgo hanno sviluppato dal testo dell'art. 5 della Convenzione¹⁹⁵.

Diversamente dalla Cedu, la Carta di Nizza non frammenta la tutela del diritto alla libertà in ragione degli scopi della detenzione¹⁹⁶. Così, risulta di fondamentale importanza, come guida legislativa e interpretativa, la previsione di cui all'art. 52, che statuisce, tra l'altro, che le limitazioni ai diritti e alle libertà devono rispettare il *principio di proporzionalità* ed essere *necessarie* (art. 52).

Si ricordi poi che l'art. 5 Cedu prevede che la detenzione è arbitraria se non disposta «nei modi previsti dalla legge». La legge di uno Stato membro di cui la Corte EDU valuta il rispetto deve essere conforme alla normativa secondaria, che a sua volta non deve violare la Carta di Nizza. Per cui, uno Stato membro, disponendo una privazione della libertà non necessaria, violerebbe il diritto interno e quindi l'art. 5 Cedu^{197, 198}.

¹⁹³ Corte di giustizia, *comunicato stampa n. 104/09*, Lussemburgo, 30 novembre 2009.

¹⁹⁴ *Comunicato stampa n. 104/09*.

¹⁹⁵ Sul punto si veda l'analisi sull'art. 15 di S. MANANASHVILI, *op. cit.*, p. 733-734.

¹⁹⁶ Sul punto vedi anche WILSHER, *op.cit.*, p. 198.

¹⁹⁷ In *Rusu contro Austria*, 2 ottobre 2008, in *hudoc.echr.coe.int*, la CEDU ha affermato che «mentre la necessità della detenzione [...] non è richiesta dalla formulazione dell'art. 5 § 1 (f) della Convenzione, essa può essere richiesta dalla legge nazionale a cui si riferisce tale disposizione. [...] Quando la Convenzione fa riferimento direttamente al diritto nazionale, come nell'art. 5, l'osservanza di tale diritto è parte integrante degli obblighi degli Stati contraenti».

¹⁹⁸ CORNELISSE, *Territory, Procedures and Rights, cit.*, in particolare p. 85-87, è l'autrice che pone l'accento sul fatto che l'obbligo degli Stati membri di recepire nell'ordinamento interno la normativa dell'Ue sulla detenzione amministrativa non potrebbe che portare i giudici di Strasburgo ad applicare il *proportionality*

Così, in definitiva, il riconoscimento del principio di proporzionalità nel diritto primario ha l'effetto di impedire virate nella direzione della deferenza nel diritto dell'Ue, di sciogliere eventuali antinomie interpretative nella prevalenza del diritto alla libertà, e di innalzare lo standard di tutela della libertà personale dei migranti dinanzi alla CEDU quando questa si trovi a dover valutare il rispetto del divieto di *arbitrary detention* da uno Stato membro dell'Unione europea.

3.3.2 La normativa secondaria

Il principio di proporzionalità viene sviluppato dai vari atti normativi che regolano la detenzione amministrativa. Ognuno di questi prevede che le autorità nazionali (sia in sede di applicazione della misura, sia in sede di riesame) debbano verificare, *caso per caso*¹⁹⁹, se la detenzione sia necessaria e, quindi, se le "misure alternative alla detenzione" non permetterebbero, in quanto inidonee allo scopo, di neutralizzare la minaccia al procedimento o alla collettività²⁰⁰. Laddove la privazione della libertà personale non sia (o non sia più) indispensabile, devono adottare una misura alternativa.

A ben vedere però, il diritto dell'Ue sul punto supera in protezione la tutela offerta al migrante dall'ICCPR solo per due ragioni. Anzitutto in quanto connette il principio di proporzionalità a *esigenze cautelari specifiche* (riempiendo di senso la formula: vi sono misure meno coercitive per realizzare lo scopo?) o in quanto impone il *dovere di specificarle nel diritto interno*, se si accoglie l'interpretazione sopra fornita²⁰¹. In secondo luogo, perché impone *specifici limiti di durata massima della detenzione* che così fissano analiticamente il punto di non accettabilità sociale del costo della detenzione.

È poi vero che in principio la detenzione amministrativa deve essere disposta soltanto laddove l'intero armamentario delle misure alternative si riveli insufficiente ad impedire il fallimento di uno dei procedimenti amministrativi in cui questa, come incidente, si inserisce, ma quando si è fuori dal campo delle direttive si espande nuovamente la sovranità degli Stati in materia di detenzione amministrativa. La Corte di giustizia, nel

test laddove in gioco sia la necessità della privazione della libertà personale avvenuta sotto la giurisdizione di uno Stato membro dell'Unione.

¹⁹⁹Considerando 6, dir. 2008/115; art. 8, § 2, dir. 2013/33/UE; art 28, § 2, reg. (UE) 604/2013.

²⁰⁰Considerando 16 e art. 15 § 1, dir. 2008/115/CE; art 8 § 2, dir. 2013/33/UE; art 26, § 1, dir. 2013/32/CE; art. 28, § 2, reg. (UE) 604/2013.

²⁰¹L'art. 8 § 4, dir. 2013/33/UE dispone che gli Stati membri debbano prevedere nel diritto interno le «disposizioni» (nella versione inglese: «rules») sulle «misure alternative al trattenimento come l'obbligo di presentarsi periodicamente all'autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato». In tal modo, l'Unione europea impone agli Stati membri di prevedere nel diritto interno disposizioni sulle misure alternative, pur lasciando loro – mediante l'utilizzo della particella "come" – la possibilità di prevedere le misure meno coercitive che ritengano più adeguate. Vedi sul punto P. DE BRUYCKER (ED.), A. BLOOMFIELD, E. L. TSOURDI, J.PÉTIN, *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, gennaio 2015, p. 87.

caso *Achughbabian*, ha “dedotto” dal considerando 17 della direttiva rimpatri²⁰² che «*le condizioni dell'arresto iniziale di cittadini di paesi terzi sospettati di soggiornare in modo irregolare in uno Stato membro rimangono disciplinate dal diritto nazionale*». Secondo la Corte, la direttiva permette che le autorità dispongano di un termine «breve» e «ragionevole»²⁰³ per identificare lo straniero e compiere i necessari accertamenti sulla nazionalità e sulla regolarità del soggiorno. Accertata irregolarità, ed emessa una decisione di rimpatrio, si applica la dir. 2008/115/CE, per cui il trattenimento può essere disposto solo se necessario nel caso concreto. Così, la Corte di giustizia, preoccupata di ostacolare il perseguimento degli obiettivi securitari dell'Unione europea²⁰⁴, realizza l'equilibrio già definito dal Comitato dei diritti dell'uomo mediante una bizzarra valorizzazione del considerando 17, che ha riguardo alle *condizioni* del trattenimento, non ai presupposti dello stesso.

In aggiunta, il diritto dell'Unione europea, come la Cedu e l'ICCPR, non sancisce un divieto di detenzione del *minore migrante*. Infatti, l'art. 17, dir. 2008/115/CE e l'art. 11, dir. 2013/33/UE, si limitano a rafforzare l'obbligo degli Stati di valutare la necessità del trattenimento, vietando la detenzione amministrativa allorché non costituisca l'ultima risorsa a disposizione delle autorità, e ad imporre che, se disposta, abbia una durata *il più breve possibile*. Per i minori non accompagnati, la direttiva accoglienza relega il trattenimento a «*circostanze eccezionali*», e, quindi, straordinarie²⁰⁵

3.3.3 La durata della detenzione. La ragionevole prospettiva di allontanamento

La normativa secondaria stabilisce che la privazione della libertà personale debba avere la «*durata quanto più breve possibile*». Si impone altresì un obbligo di diligenza a carico delle autorità nazionali. Di talché il trattenimento non può durare per più di quel

²⁰²Questo dispone che «*fatto salvo l'arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell'applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale, il trattenimento dovrebbe di norma avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea*».

²⁰³La Commissione europea ha invitato a limitare il termine massimo del “fermo” a quarantotto ore, eccetto nei casi in cui venga disposto in zone di frontiera.

²⁰⁴La Corte ha infatti affermato che «*la finalità della direttiva 2008/115 – ossia l'efficace rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare – risulterebbe compromessa se gli Stati membri non potessero evitare, mediante una privazione di libertà come il fermo di polizia, che una persona sospettata di soggiornare irregolarmente fugga ancora prima che la sua situazione abbia potuto essere chiarita*».

²⁰⁵Recentemente, la Commissione europea (*Recommendation of 7.3.2017 on making returns more effective when implementing the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council*, C(2017) 1600 final, in www.ec.europa.eu, 7 marzo 2017) ha raccomandato gli Stati di *eliminare il divieto di rimpatrio dei minori non accompagnati* in quanto potrebbe fungere da “pull factor” verso l'Ue, ed in quanto il rimpatrio potrebbe essere nel “*best interest of the child*”. La Commissione ha poi invitato gli Stati a *ripensare il divieto assoluto di trattenimento dei minori*, che, evidentemente, amplifica il rischio di fuga, invalidando le operazioni di rimpatrio.

che sarebbe necessario se le autorità effettuassero le pratiche amministrative con la «debita diligenza»²⁰⁶.

Il regolamento Dublino dispone, rafforzando la diligenza richiesta allo Stato membro, che «qualora una persona sia trattenuta» per realizzare un trasferimento, lo stesso «deve avvenire non appena ciò sia materialmente possibile».

Ovviamente poi la sussistenza dei motivi del trattenimento non giustifica lo stesso a tempo indeterminato. Infatti, quando quelle condizioni non sussistono più, viene meno la ragione giustificativa della detenzione. Stesso discorso vale quando la privazione della libertà personale, in corso di detenzione prolungata, appaia sproporzionata rispetto allo scopo da perseguire, e, per quanto riguarda la direttiva rimpatri, quando «non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento». Preliminare all'esame di tale profilo è l'esame della durata massima della detenzione, stabilita solo dalla direttiva rimpatri²⁰⁷ e dal regolamento Dublino.

L'art 15, § 5, dir. 2008/115/CE impone che ciascuno Stato membro fissi nel diritto interno la durata massima. Questa non può essere superiore ai sei mesi, salvo che non si renda necessario un prolungamento, in quanto, pur essendo stato compiuto ogni sforzo, «la mancata cooperazione» dello straniero o «i ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte dei paesi terzi» causano un ritardo nella conclusione del procedimento. Questi motivi di cui al § 6 si aggiungono a quelli che giustificano il trattenimento per il primo periodo, che devono permanere per tutta la durata della detenzione²⁰⁸. La durata di questa seconda "tranche" non può mai essere superiore a dodici mesi²⁰⁹.

²⁰⁶La direttiva accoglienza trae quella che è la principale conseguenza della violazione di tale regola, ovvero che eventuali «ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento». Si tratta – come notato a proposito della giurisprudenza CEDU - di un'applicazione del canone di adeguatezza, che qui si traduce nel fatto che la detenzione non possa essere prolungata se, con un espletamento diligente della procedura amministrativa, le autorità avrebbero potuto realizzare lo scopo cui la stessa è funzionale. Ciò andrebbe infatti oltre il tollerabile.

²⁰⁷La dir. 2008/115/CE ha portato «alla convergenza» della durata massima del trattenimento negli Stati membri dell'Unione europea. Complessivamente, sottolinea la Commissione europea, *Comunicazione della commissione al consiglio e al parlamento europeo sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea*, COM(2014) 199 final in www.ec.europa.eu, 28 marzo 2014., p. 19-20, tale livellamento è stato al ribasso, ma la situazione è ben più complessa. Otto Stati membri hanno aumentato la durata, tredici l'hanno diminuita. Va calcolato però che «in almeno nove Stati» non era previsto un termine massimo e che la durata massima prevista dalla c.d. "direttiva rimpatri" e assunta a parametro di adeguamento è di diciotto mesi.

²⁰⁸Art. 15 § 4 dir. 2008/115/CE.

²⁰⁹Questa norma ha attratto diverse critiche ragionevoli da parte della dottrina. Vi è chi come CAMPESI, *Le libertà degli stranieri*, cit., p. 386, ha sostenuto che il prolungamento della detenzione basato sul comportamento non collaborativo dell'espellendo rappresenta «una sorta di punizione dalla malcelata finalità deterrente». Vedi anche BALDACCINI, *op. cit.*, p. 130. Le criticità aumentano se si considera che la Corte di giustizia, nel caso *Kadzoev*, ha chiarito che «il periodo durante il quale una persona è stata collocata in un Centro di permanenza temporanea [...] non deve essere considerato un trattenimento ai fini dell'allontanamento ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2008/115». Ciò significa che, laddove uno straniero in stato di privazione della libertà nell'ambito di un procedimento di rimpatrio presenti una domanda di protezione internazionale, come efficacemente spiegato da WILSHER, *op. cit.*, p. 196, viene «fermato

Nella procedura di trasferimento di cui al reg. (UE) 604/2013, lo Stato membro che ha ricevuto una domanda di protezione internazionale, ma che non si ritiene competente, può chiedere allo Stato membro che considera competente di «prendere in carico» il richiedente protezione internazionale. Quando in questo procedimento si innesta il trattenimento del richiedente protezione, tale richiesta deve essere effettuata entro un mese dalla data della domanda²¹⁰. Terminato tale periodo, il richiedente protezione internazionale deve essere rilasciato. Presentata nei termini la richiesta, laddove entro due settimane non pervenga la risposta dell'altro Stato membro, il silenzio equivale ad accettazione e comporta l'obbligo dello Stato richiesto di prendere o di riprendere in carico il richiedente. Dall'accettazione (anche implicita) oppure dal venir meno dell'effetto sospensivo del ricorso o della revisione²¹¹ (momento a partire dal quale è possibile disporre il trasferimento) decorre il termine accelerato di sei settimane per effettuare la presa o ripresa in carico della persona trattenuta²¹². Anche qui, laddove il termine decorra infruttuosamente, il richiedente dovrà essere rimesso in libertà.

A tal punto è possibile tornare a riflettere sulle *“ragionevoli prospettive di allontanamento”*.

In *Kadzoev*, la Corte di giustizia ha chiarito che per tale concetto si debba intendere «una *concreta prospettiva* di esecuzione dell'allontanamento», che deve essere apprezzata con riguardo ai termini fissati dall'art. 15, § 5 e 6, e quindi rispetto alle cause che giustificano il primo periodo di trattenimento e quelle che giustificano il suo prolungamento. Questa *“concreta prospettiva”* non sussiste se appare «*poco probabile*» che l'interessato venga accolto in un paese terzo nel rispetto dei suddetti termini²¹³.

Pretendere che vi sia una prospettiva concreta di allontanamento significa cristallizzare nel dato normativo una specifica declinazione del principio di

l'orologio sotto la direttiva rimpatri» (*trad. nostra*), quindi il trattenimento complessivo potrebbe legittimamente andare oltre i diciotto mesi.

²¹⁰Art. 28, § 3, reg. (UE) 604/2013.

²¹¹Vedi art. 27, reg. (UE) 604/2013.

²¹²Ai sensi dell'art. 29, reg. (UE) 604/2013, in assenza di trattenimento il termine per il trasferimento, che va dall'accettazione della richiesta, è di sei mesi.

²¹³Come già ricordato, il paragrafo 1, richiedendo la *“due diligence”*, impedisce un prolungamento del trattenimento laddove questo sia imputabile alle autorità nazionali, e impone così il rilascio al giudice del riesame. Per cui tale ipotesi non dovrebbe ricadere sotto il paragrafo 1. Diversamente, laddove il ritardo venga ostacolato da cause imputabili alle autorità nazionali, non in conseguenza però di una loro negligenza, la *“concreta prospettiva”* di allontanamento deve necessariamente essere apprezzata nel primo termine previsto dalla normativa nazionale - comunque non superiore a sei mesi - in quanto un prolungamento per un secondo periodo, al massimo di dodici mesi, non potrebbe essere previsto per cause imputabili allo Stato membro, ma solo allo straniero o al paese terzo (sul c.d. «*blame attribution approach*» vedi MANANASHVILI, *op. cit.*, p. 752-753). Per cui, in tale caso, l'autorità che effettua il riesame deve chiedersi se appare *“concreta”* la prospettiva, e quindi probabile, che le autorità riescano a rimpatriare il trattenuto entro il termine di cui al paragrafo 5, rimuovendo la causa che ostacola il rimpatrio, quindi ad esempio, procurandosi il vettore per il trasporto. Allo stesso modo, laddove il ritardo sia imputabile allo straniero o al paese terzo, l'autorità del riesame non deve chiedersi se sia o meno *“possibile”* che nel lungo periodo il paese terzo fornisca la necessaria documentazione o che lo straniero cessi di ostacolare il rimpatrio.,

proporzionalità²¹⁴ che trova un'importante elaborazione anche nella giurisprudenza CEDU²¹⁵ e dell'HRC.

3.3.3.1 Il dovere di espellerli, l'impossibilità di farlo: una vita dentro?

Ricordano i giudici di Lussemburgo in *Kadzoev* che decorso il termine di cui all'art. 15, § 6, il trattenuto deve essere rilasciato²¹⁶.

Eppure, la stessa Corte di giustizia in *El Dridi* ha ritenuto che anche dopo il rilascio la decisione di rimpatrio «continua a produrre i suoi effetti» e che, quindi, non cessa l'obbligo dello Stato membro di tentare di dare esecuzione alla stessa²¹⁷. Ai nostri fini, il problema è che *la direttiva rimpatri non si preoccupa del "poi"*, nonostante la percentuale delle persone espulse dopo il trattenimento è assai lontana dal 100%, condizione su cui evidentemente poggia la regolamentazione. Infatti, come chiarito dalla Corte nel caso *Mahdi*, nell'ipotesi in cui lo straniero venga rilasciato per assenza di ragionevoli prospettive di allontanamento (ma stesso discorso vale nel caso di decorrenza dei termini), la dir. 2008/115/CE non impone agli Stati membri di fornire allo straniero un titolo per permanere regolarmente sul loro territorio. Il rilascio dei titoli «per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura»²¹⁸ rimane una facoltà, non un obbligo giuridico. In assenza di una posizione della Corte sul punto, come rileva Romano, «*la risposta alla domanda: che ne è dello straniero rilasciato e inespellibile sul quale continua a gravare un provvedimento di espulsione, rimane interamente affidata alla disciplina statale*»²¹⁹.

Allora ci si chiede se, dopo aver disposto la liberazione dell'espellendo, sia possibile disporre un nuovo trattenimento dopo un periodo di libertà.

Il principio di proporzionalità impone che la detenzione sia anche *adeguata*. Sembra di per sé inaccettabile un'ulteriore compressione della libertà personale giustificata sulla base dello stesso presupposto, e cioè l'irregolarità dello status. L'interpretazione che pare più in linea con l'intento della direttiva di non impedire l'esercizio dei poteri coercitivi in una materia intimamente sovrana e, allo stesso tempo, fissare seri limiti agli stessi, porta alla conclusione che, *spirato il termine massimo* di diciotto mesi, le autorità amministrative hanno «*esaurito il loro potere d'interferenza sulla libertà personale, cosicché possono essere utilizzate solo misure alternative detenzione*»²²⁰.

Ci sembra ragionevole ritenere che sia *possibile ridisporre il trattenimento*, laddove lo straniero sia stato rimesso in libertà in quanto *non sussistevano ragionevoli prospettive di allontanamento* e le stesse possano ritenersi sopravvenute quando si trovi in libertà.

²¹⁴Vedi *Kadzoev*, *Presa di posizione dell'avvocato generale Ján Mazák*, 10 novembre 2009

²¹⁵Si ricordino in particolare le riflessioni suscitate dalla sentenza *Mikolenko v. Estonia*.

²¹⁶*Kadzoev*, punto 60.

²¹⁷Corte di giustizia, *El Dridi*, causa 61/11 PPU, 28 aprile 2011, in curia.europa.eu, punto 58.

²¹⁸Art. 6, § 4, dir. 2008/115/CE.

²¹⁹A. ROMANO, *La Corte di giustizia e la direttiva "rimpatri"*, in *Questione giust.*, n. 3/2014, p. 117, corsivo aggiunto.

²²⁰ Vedi le riflessioni di MANANASHVILI, *op. cit.*, p. 755.

Sempre che la detenzione non sia già durata oltre i termini massimi consentiti dal diritto nazionale e si mantenga all'interno degli stessi²²¹.

In Mahdi, la Corte ha anche affermato che, in base al considerando 12 della direttiva, incombe sugli Stati membri l'obbligo di rilasciare la c.d. "conferma scritta" della situazione dello straniero che non è ancora possibile allontanare. Non è chiaro quali garanzie attribuisca. L'Avvocato generale riteneva che «un documento di tal genere permetterebbe di evitare che la persona sia fatta nuovamente oggetto di fermo [...] nel caso in cui le venisse richiesto ancora una volta di provare la sua situazione specifica in occasione di una verifica o di un controllo amministrativo». Allora, sviluppando tali considerazioni, il trattenimento sarebbe vietato "*rebus sic stantibus*" e le autorità nazionali avrebbero l'onere di dimostrare la probabilità del rimpatrio e, quindi, l'inattualità di quella conferma scritta. Questa soluzione permetterebbe di evitare inutili periodi di trattenimento, funzionali ad accertare ciò che le autorità nazionali già conoscono. È quindi l'unica interpretazione che pare rispettosa del canone della *buona fede* imposto dalla giurisprudenza CEDU.

3.4 Il principio di proporzionalità in Italia: tra legge, prassi e caso

Quanto al caso italiano, si è detto che in Italia, salvo le nuove previsioni di recente introduzione, è prodromico al trattenimento di un migrante irregolare in un CPR che questo sia destinatario di un provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera o di respingimento. Se si guarda alle ipotesi in cui il provvedimento di espulsione deve essere eseguito con accompagnamento alla frontiera, e che evidentemente incidono sull'area di applicazione della detenzione amministrativa, viene in rilievo il *rischio di fuga*. Ma da che dipende questo *rischio di fuga*, che è, tra l'altro, un necessario elemento – ad esempio – del *fermo* di indiziato di delitto? Guardando all'art. 384 c.p.p., si deve trattare di un *fondato* pericolo di fuga, desunto da specifici elementi, tra cui è necessario ma non sufficiente l'impossibilità di identificare l'indiziato²²². Trasferendoci dal fermo all'espulsione con accompagnamento alla frontiera, il prefetto potrebbe ritenere integrato il pericolo di fuga in una serie di casi, indicati dal art. 13, co. 4 bis, d.lgs. 286/1998, tra cui il «*mancato possesso del passaporto o altro documento equipollente, in corso di validità*». Eppure, nel caso del migrante entrato irregolarmente nel territorio dello Stato, la mancanza dei documenti è la regola. Ne consegue che *l'esecuzione volontaria* del provvedimento di espulsione diventa

²²¹Di certo impedire all'autorità amministrativa di disporre un nuovo trattenimento laddove il rimpatrio appaia probabile (ad esempio per la conclusione di un accordo di riammissione con il possibile Paese di origine) avrebbe come conseguenza l'exasperazione del primo trattenimento, dal momento che le autorità, pur di non rilasciare uno straniero irregolare a quel punto non soggetto al potere detentivo dello Stato, tenterebbero di portare il trattenimento fino al termine massimo.

²²²Anche in tal caso comunque viene previsto un limite di accettabilità sociale del fermo, ovvero un certo limite edittale previsto dal legislatore o una grave e determinata fattispecie criminosa.

*l'eccezione*²²³. Così, se l'esecuzione coatta del provvedimento di espulsione è il presupposto del trattenimento, e se la stessa è la regola, l'area della detenzione si espande a dismisura.

Costatato che il provvedimento prodromico al vaglio sull'applicazione della misura è, a norma di legge, la regola, vediamo al ricorrere di quali ipotesi può essere disposto il trattenimento. Ai sensi dell'art. 14, d.lgs. 286/1998, potrà essere disposto laddove non sia possibile eseguire immediatamente il provvedimento «a causa di *situazioni transitorie* che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento». Tra le situazioni transitorie, in un elenco dal carattere aperto, figura la necessità di prestare *soccorso* allo straniero, di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua *identità o nazionalità*, di *acquisire i documenti* per il viaggio, di assicurarsi la disponibilità di un *mezzo di trasporto*. Si tratta di mere "*necessità amministrative*", a cui si aggiungono le situazioni elencate al comma 4 bis dell'art. 13, al cui verificarsi il prefetto può ricollegare la sussistenza di un *rischio di fuga*, che, tra l'altro, per la direttiva rimpatri, dovrebbe essere definito sulla base di criteri obiettivi. Pertanto, tali situazioni transitorie non sembra che debbano necessariamente dipendere dalla presenza di un rischio di fuga o di una condotta del migrante che si ponga come ostacolo al procedimento, come invece imporrebbe la direttiva rimpatri. In definitiva, non occorre tanto cercare in quali ipotesi il trattenimento può essere disposto, ma occorre compiere lo sforzo esegetico di estrapolare dalla norma i casi in cui il trattenimento è vietato. Ciò significa che la previsione in legge delle ipotesi di detenzione si esaurisce in un *esercizio formale di attribuzione di poteri*, mancando qualunque forma di selezione sostanziale dei casi.

È possibile (e quindi si impone) una diversa interpretazione che potrebbe salvare la norma dalla dichiarazione d'illegittimità costituzionale, quantomeno per violazione dell'art. 13 e 117 Cost. Vi è chi valorizza la *ratio* che traspare dalla disciplina della detenzione amministrativa del rimpatriando, ovvero *impedire il rischio di fuga dello straniero*²²⁴. Allora, fermo restando il pericolo di fuga, dovrebbe sussistere almeno un'altra condizione tra quelle indicate al comma 1 dell'art. 14 che impedisca l'esecuzione coatta del provvedimento di rimpatrio. Del resto, si afferma, ove non vi fosse un'esigenza umanitaria, il bisogno di identificare lo straniero, di ottenere i documenti per il viaggio o la necessità di trovare un vettore, il provvedimento potrebbe essere eseguito immediatamente²²⁵. Di qui, provando a sviluppare l'argomento, discende la constatazione che quella formula identificativa del rischio di fuga, ovvero "oltre" le

²²³Vedi MAZZA, *op. cit.*, p. 58.

²²⁴Vedi A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Crim.*, 2012, p. 608; E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, 2018, p. 93-94.

²²⁵Scrive MARLETTA, *op. cit.*, p. 610: «La formulazione della norma è chiara nell'alludere a una rilevanza autonoma del requisito: nondimeno sembra difficile immaginare i margini per una tale applicazione in un sistema in cui l'accompagnamento alla frontiera dovrebbe essere «immediato». Detta in altri termini, non si vede per quale ragione debba essere differita l'espulsione di uno straniero "ad alto rischio di fuga", identificato, munito di titolo di viaggio e con vettore idoneo già individuato».

situazioni “indicate all’art. 13 co. 4-bis”, che è stato inserito nel 2011, con il recepimento della direttiva rimpatri, non indica che un primo e necessario presupposto del trattenimento, a cui deve seguire un effettivo ostacolo. Il risultato a cui si arriva è apprezzabile ma insoddisfacente perché ad essere delle costanti non sono soltanto gli ostacolo al rimpatrio, ma anche le stesse condizioni che determinano il rischio di fuga tipico.

L’unica valvola mediante il quale riportare il trattenimento alla logica dell’extrema ratio è quindi un’interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di “rischio di fuga”, che permetterebbe di restringere il campo dell’esecuzione coatta del provvedimento di rimpatrio e della stessa detenzione amministrativa, rimanendo altresì fermo il bisogno di “reali ostacoli” all’esecuzione immediata. Nota Marletta che nel comma 4-bis dell’art. 13 insiste un netto contrasto tra la «necessità di accertamento in concreto e presunzione *iuris et de iure* del rischio»²²⁶. Di fatti, da una parte il pericolo «*si configura* [...] qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze...», dall’altra, da queste circostanze il prefetto dovrebbe accertare il rischio di fuga «*caso per caso*». Tale dissidio deve essere risolto nel senso che il *rischio di fuga deve essere accertato in concreto*²²⁷. Allora, le circostanze di cui al comma 4-bis dell’art. 13 “scadono” a «sintomi di un pericolo di fuga»²²⁸.

Anche accogliendo tale interpretazione, ricorrendo il rischio di fuga e quindi l’accompagnamento coatto alla frontiera, sussistendo le situazioni transitorie di cui all’art. 14, d.lgs. 286/1998, la regola rimarrebbe la detenzione amministrativa. Lo stesso vale per il trattenimento del richiedente asilo per cui – salvo l’ipotesi di nuova introduzione - si può effettivamente parlare di predeterminazione normativa dei casi. In altri termini, laddove il trattenimento sia astrattamente applicabile, la sua applicazione è la regola. Ciò in quanto ad essere ridotta è l’area delle misure alternative alla detenzione. Segnatamente, in luogo del trattenimento, sia nel caso di un procedimento di rimpatrio, che nel caso di un procedimento d’asilo, il questore può disporre una delle *misure alternative* previste dall’art. 14, co. 1-bis, d.lgs. 286/1998. Si tratta della *consegna del passaporto* o altro documento equipollente, dell’*obbligo di dimora* in luogo specifico, dell’*obbligo di presentazione* in un ufficio della forza pubblica in giorni e orari stabiliti. Anzitutto lo straniero deve essere in *possesso di un passaporto* o di un documento equipollente, il che, evidentemente, è assai raro. Così, tale requisito fa del trattenimento la regola e delle misure alternative l’eccezione.

²²⁶Ivi, p. 609.

²²⁷MARLETTA, *cit.*, p. 609, è l’autore che ha proposto di sciogliere il nodo interpretativo in tal senso. Lo stesso ha valorizzato soprattutto il profilo della difficile compatibilità delle presunzioni assolute nel sistema costituzionale. È l’unica soluzione interpretativa che salva la norma da una dichiarazione di illegittimità costituzionale per contrasto alla dir. 2008/115/CE, nel punto in cui privilegia la partenza volontaria all’esecuzione coatta, e quindi dell’art. 117 Cost., nonché per contrasto all’art. 13 Cost., che impone che i casi di privazione della libertà personale siano realmente predeterminati per legge, attecchendosi la libertà a regola e la sua privazione ad eccezione. Sulla «gradualità» nella direttiva rimpatri vedi MAZZA, *op. cit.*, p. 57.

²²⁸VALENTINI, *op. cit.*, p. 97.

Nessun intervento correttivo è possibile. La previsione è “secca”: lo straniero che non ha passaporto deve essere trattenuto. Per cui, contravvenendo il sistema al principio di proporzionalità, sotto il profilo della necessità della detenzione rispetto allo scopo, è manifesta la violazione dell’art. 15, dir. 2008/115/CE, dell’art. 8, dir. 2013/33/UE e dell’art. 9 ICCPR, e, di conseguenza, dell’art. 117 della Costituzione italiana. Ad essere violato, a nostro parere, è poi *l’art. 13 della Costituzione*. È bene ricordare infatti che la Corte costituzionale, prima ancora che dall’art. 27 della Costituzione, ricavò dall’art. 13 il *principio del sacrificio minimo della libertà personale*²²⁹, secondo cui la libertà personale può essere sacrificata, nel contesto del procedimento penale, nei limiti in cui risulti indispensabile a garantire il “bisogno cautelare” nel caso concreto²³⁰. Ora, per le misure cautelari, questa ritiene che presunzioni assolute (che quindi non ammettono prova contraria) sull’adeguatezza della custodia cautelare siano vietate, salvo non sia ragionevole ritenere che, in base alle regole della comune esperienza, la custodia cautelare sia l’unica in grado di raggiungere lo scopo²³¹. Sembra del tutto irragionevole negare l’estensione di tali considerazioni alla materia della detenzione amministrativa. Significherebbe partire dalla considerazione che il principio del minimo sacrificio necessario è corollario del principio di non colpevolezza piuttosto che di quello dell’inviolabilità della libertà personale. Di talché, che sia detenzione amministrativa o penalistica, poco importa. La libertà è la regola e la sua compressione è l’eccezione, e per essere accettabile deve essere confinata negli angusti limiti del principio di proporzionalità, che è principio di rango costituzionale che trova applicazione per ogni misura “cautelare”, a prescindere dal carattere penale o amministrativo.

Ora, la mancanza del passaporto o altro documento analogo aumenta il rischio che il migrante fugga e che venga assorbito nella criminalità organizzata, ma, per la comune esperienza, non rende “adeguato” il solo trattenimento. In aggiunta, per coloro che sono in possesso di un passaporto o altro documento idoneo, il sistema è pensato per permettere al questore ampio potere decisionale. Questo “può” disporre l’applicazione delle misure alternative. In tal caso, è ammissibile, quindi è doverosa, un’interpretazione orientata al rispetto della Costituzione e del diritto internazionale. L’inciso “può” non deve essere interpretato come se l’autorità di pubblica sicurezza possa liberamente scegliere (“a piacere”) tra l’adozione del trattenimento o di una misura alternativa. Se è vero che garanzia dell’arbitrarietà è la predeterminazione dei casi in cui la persona sarà privata della libertà²³², allora deve essere certo quando il migrante verrà trattenuto. La certezza è data dall’adozione dell’unico parametro utilizzabile, che è la proporzione tra il mezzo utilizzato ed il fine perseguito. Di talché il questore adotterà una misura alternativa laddove questa possa neutralizzare (per quel che si diceva prima) il rischio di fuga dello straniero.

²²⁹Corte costituzionale, sentenza n. 292/1998.

²³⁰TONINI, *op. cit.*, p. 430.

²³¹Ivi, p. 454.

²³²Rilevano soprattutto l’art. 13 Cost. e art. 5 Cedu.

Un ulteriore profilo relativo alla proporzionalità della misura rispetto allo scopo concerne il trattamento degli *inespellibili* in stato di trattenimento. In Italia, accade che rilasciato il trattenuto, viene emesso dal questore un provvedimento avente ad oggetto l'ordine di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato che deve essere eseguito entro 7 giorni dalla notifica. Prima della nota pronuncia della Corte di giustizia nel caso *El Dridi*, in cui questa riconosceva l'incompatibilità della detenzione penalistica con il perseguimento delle finalità della dir. 2008/115/CE²³³, l'inottemperanza all'ordine era punita con l'arresto da sei mesi ad un anno. Con la nuova disciplina, introdotta nel 2011, lo straniero che non esegue l'ordine del questore è punito con una multa da 10000 euro a 20000 euro e diviene destinatario di un nuovo provvedimento di espulsione prefettizio da eseguirsi con accompagnamento immediato alla frontiera. Ove non sia stata possibile l'esecuzione immediata del provvedimento, il questore potrà emettere un *nuovo provvedimento di trattenimento*. Laddove, ancora una volta, non sia stato possibile rimpatriare lo straniero dal centro, si potrà procedere nuovamente con la sequela ordine del questore, espulsione con accompagnamento alla frontiera – detenzione. Si tratta di un sistema inquietante che pare legittimare una *catena infinita di trattenimenti*²³⁴.

Diversamente, è positivo l'atteggiamento del legislatore in merito al trattenimento delle categorie deboli. L'art. 7, 5° co., d.lgs. 142/2015 vieta il trattenimento in un CPR dei *richiedenti asilo* che, per condizioni di *salute* o *vulnerabilità*, sono «incompatibili con il trattenimento»²³⁵. Taluni di questi soggetti, come ad es. i minori che non esercitino il diritto di seguire il genitore o l'affidatario espulso, se *irregolari*, non potrebbero essere trattenuti in quanto *inespellibili* ai sensi dell'art. 19, 2° co., d.lgs. 286/1998, salvo che l'espulsione non sia disposta ex art. 13, 1° co., ovvero per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato²³⁶. L'art. 19, 4° co., d.lgs. 142/2015, per i *minori stranieri non accompagnati*, vieta non solo il trattenimento, ma anche l'accoglienza nei CPR, nei centri governativi di prima accoglienza per adulti e nei CPSA/Hotspots.

Esaminate le criticità della normativa italiana, esaminiamo la prassi relativa al trattenimento degli irregolari.

Secondo alcuni studi, il rapporto tra migranti irregolari presenti sul territorio e migranti transitati negli allora CIE dal 1998 al 2012 si aggirava costantemente su percentuali vicine all'1%²³⁷. Occorre cercare di capire chi sia quel migrante su cento ad

²³³Sul punto, si rinvia al capitolo settimo.

²³⁴Si vedano le considerazioni già svolte nel paragrafo 4.3.3.2.

²³⁵Si tratta di: minori; disabili; anziani; donne in stato di gravidanza; vittime di tratta; malati gravi o soggetti con disturbi mentali; vittime di tortura, stupro, altra forma di violenza fisica sessuale o psicologica, oppure legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere; genitori singoli con figli.

²³⁶In aggiunta ai minori, si tratta di: stranieri con permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo; stranieri che convivono con coniuge italiano o con parenti italiani entro il secondo grado; donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita, e, in seguito all'intervento della Consulta, il marito convivente della donna incinta o che abbia partorito da non più di sei mesi.

²³⁷Nel 2012, riporta MEDU, *Arcipelago CIE. Indagine sui centri di identificazione ed espulsione italiani*, maggio 2013, p. 29, dei 326.000 irregolari presenti in Italia (secondo le stime dell'ISMU), soltanto 7944 sono transitati in un CIE (di questi, circa la metà sono stati rimpatriati), ovvero soltanto l'1,2% del totale. MAZZA, *op. cit.*, p.

essere trattenuto. Caterina Mazza²³⁸ affermava nel 2013 che i questori chiamati a decidere sul trattenimento, contattando il Ministero dell'Interno, effettuavano una verifica sulla *disponibilità dei posti* nei centri di espulsione italiani. In caso negativo davano ordine allo straniero di allontanarsi dal territorio entro sette giorni. In caso positivo, *se il centro era lontano* e non vi erano *mezzi di trasporto o personale*, di regola, optavano per la partenza volontaria. Quanto riportato accade oggi anche nell'ambito dell'"Hotspot approach"²³⁹. Un quadro simile emerge da un altro rapporto²⁴⁰, dove, dai provvedimenti di convalida dei giudici di pace che sono stati esaminati, si è riscontrato che, nel 2015, *nelle città in cui vi era un CIE*, in particolare, Bari, Roma e Torino, non veniva disposta l'applicazione di *alcuna misura alternativa*. Diversamente, a Bologna, dove non vi era un CIE, ne veniva fatto un uso importante. Inoltre, emerge che le misure amministrative iniziavano ad essere applicate in maniera diffusa agli uomini dopo la chiusura della sezione maschile del CIE di Ponte Galeria, a fine 2015²⁴¹.

Per cui, sembra che in Italia l'opzione tra trattenimento in un CPR e misure alternative alla detenzione, e, ancor prima, tra partenza volontaria ed esecuzione coatta del provvedimento di espulsione, sia strettamente dipendente dall'*esistenza di posti nei centri*, se non dalla stessa *esistenza di un centro per i rimpatri in loco*. Di qui, la conclusione che quel migrante su cento ad essere raggiunto da un provvedimento di trattenimento, è colui che "sfortunatamente" si trovava nel posto sbagliato al momento sbagliato. È lo stesso art. 14, d.lgs. 286/1998, che sembra ammettere che sia il *caso a decidere della libertà* del migrante, prevedendo al comma 5-bis che «il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di permanenza per i rimpatri». Il caso, quando incontra la libertà personale, prende il nome di *arbitrio*. Così, non sembra irragionevole sostenere che l'art. 14, d.lgs. 286/1998 violi l'art. 117 Cost. per contrasto con il principio di prevedibilità della detenzione, riconosciuto dalla Corte EDU per l'art. 5 Cedu e dall'HRC per l'art. 9 ICCPR.

130-131, sostiene che «un rapporto così basso ha caratterizzato il livello di incidenza dell'uso del trattenimento nella lotta all'immigrazione irregolare già a partire dall'istituzione dei Centri nel 1998».

²³⁸ MAZZA, *op. cit.*, p. 71-72, sulla base di un colloquio con l'Avv. Guido Savio.

²³⁹L'allora questore di Agrigento affermava in audizione alla Camera: «Se ci sono posti disponibili presso i CIE, procediamo al trasferimento presso i CIE. Se non ci danno i posti disponibili, procediamo all'intimazione di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni». Tra l'altro, questa prassi è coerente con quanto previsto dalle Procedure operative standard (SOP), ovvero un documento ministeriale sull'attuazione del sistema Hotspot.

²⁴⁰OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE DI PACE IN MATERIA D'IMMIGRAZIONE, *op. cit.*, p. 4.

²⁴¹È interessante notare che, come per le misure cautelari nel procedimento penale, dove però vi è una norma ad hoc inserita nel c.p.p., nella prassi romana sono state disposte una pluralità di misure alternative alla detenzione amministrativa. Si riscontra, in via esclusiva, il cumulo della misura della consegna del passaporto con l'obbligo di presentazione in questura. A Bologna, nel 52% dei casi viene realizzato tale cumulo, nel 21% è stato applicato il cumulo della consegna del passaporto con l'obbligo di dimora e nel 15% è stata prevista la sola misura dell'obbligo di presentazione.

Il destino è pilotato da un sistema sotterraneo a quello legale che sembra essersi affermato (almeno) durante gli anni dei CIE. Oltre al ricordato *criterio di economia*, che guarda alle risorse, in termini di uomini e mezzi per trasferire lo straniero in un CPR lontano, si applicherebbe un criterio di *efficienza e di tutela dell'ordine pubblico*²⁴² per decidere tra libertà e detenzione in caso di posti disponibili in un centro. Sostanzialmente, sembrerebbe che si valuti *l'effettiva capacità di rimpatrio* e la *pericolosità dello straniero* perché pregiudicato oppure perché fermato più volte dalla polizia²⁴³. In un rapporto sugli Hotspots dell'ottobre 2018 si legge che, in quello che allora era l'Hotspot di Trapani, sembrerebbe che i trasferimenti verso i CPR riguardassero soltanto coloro con precedenti penali, accertati mediante «riscontri fotosegnalatici»²⁴⁴.

Di questi criteri, che sembrano prescindere dalla sussistenza di un effettivo rischio di fuga, quello della pericolosità (evidentemente presunta) trasforma illegittimamente la detenzione amministrativa in *una misura di prevenzione atipica*^{245, 246}.

²⁴²MAZZA, *op. cit.*, p. 71-72, sulla base del colloquio con l'Avv. Guido Savio.

²⁴³Ivi, p. 72. Dell'effettiva capacità di rimpatrio e del criterio della pericolosità sociale si legge nell'articolo di I. SCOVAZZI, *Quando un Cie rinomina il suo acronimo*, in <http://www.arcimilano.it>.

²⁴⁴F. FERRI – A. MASSIMI, *Scenari di frontiera: il caso Lampedusa L'approccio Hotspot e le sue possibili evoluzioni alla luce del Decreto legge n. 113/2018*, ottobre 2018, p. 21.

²⁴⁵Sul punto vedi VALENTINI, *op. cit.*, p. 103.

²⁴⁶Recentemente, la Corte di cassazione si è pronunciata sull'illegittimità dell'adozione delle *misure alternative* alla detenzione amministrativa *in funzione di prevenzione* (Cass., Sez. I Civ., *sent.* 27 giugno 2018, n. 27692, in www.italgiure.giustizia.it). La Corte ha dichiarato che: «Non può essere convalidato in sede giurisdizionale un provvedimento limitativo della libertà personale fuori del paradigma legale dei requisiti specifici che ne giustificano l'adozione, in funzione di un'esigenza immanente di prevenzione e di sicurezza. Questa specifica finalità può essere realizzata mediante le misure di prevenzione, le quali, tuttavia, pur avendo un contenuto in parte analogo a quelle indicate nell'art. 14 comma 1 bis d.lgs n. 286 del 1998, possono essere disposte esclusivamente dal giudice penale all'esito di un procedimento in contraddittorio delle parti che accerti la sussistenza degli specifici requisiti contenuti nell'art.1 del d.lgs n. 159 del 2011». Per un commento vedi G. SAVIO, *Il trattenimento amministrativo dello straniero nei Centri per i rimpatri non può avere finalità di prevenzione e di ordine pubblico, pena la sua radicale illegittimità. Commento alla sentenza n. 27692/2018 della Corte di cassazione*, 6 dicembre 2018, in <http://www.questionegiustizia.it>.

Capitolo terzo

DENTRO I CENTRI

SOMMARIO: – 1. Il divieto di utilizzo delle prigioni – 1.1. I centri di detenzione amministrativa in Italia – 1.2. I Centri di permanenza per i rimpatri – 2. La privatizzazione come regola non scritta – 2.1. La privatizzazione in Italia – 2.2. La privatizzazione come il male assoluto? – 3. La creazione di prigioni speciali – 3.1. Architettura carceraria – 3.2. Le condizioni di detenzione accettabili nel diritto dell’Ue ed il “fattore MSNA” nella giurisprudenza CEDU– 3.3. La regolamentazione delle condizioni di detenzione negli Stati e il regime di sicurezza - 3.4. La situazione italiana – 3.4.1. Cosa (non) prevede la legge italiana sui centri di detenzione amministrativa – 3.4.2. “Gli Hotspots non esistono” (cenni) – 3.4.3. La palese violazione dell’art. 13 della Costituzione – 3.4.4. L’irragionevolezza della “fuga dal penitenziario” – 3.4.5. Dignità calpestate ma nessuno a cui chiedere aiuto – 4. Il rapporto con l’esterno – 4.1. Relazionarsi con l’esterno – 4.2. I “watch dogs” come intralcio – 4.3. Il caso italiano – 5. Il regime meramente custodiale

Abstract

Nel diritto internazionale viene considerato sproporzionato l’utilizzo delle carceri per la detenzione amministrativa. I migranti dovrebbero essere trattenuti in apposite strutture adeguate allo scopo. La loro gestione è in genere affidata ai privati, anche alle multinazionali. Presentando un’architettura carceraria, una regolamentazione delle condizioni trattamentali minimale o securitaria e comunque delle rigide regole di sicurezza, i centri sono prigioni speciali di serie B, in Italia regolate dalla legge in forma elementare (CPR) o del tutto ignorate anche dalla normativa secondaria (Hotspots). Vi è un gravissimo problema di effettività dei diritti, essendo un’eccezione la previsione di meccanismi di reclamo, assenti anche in Italia, nonostante la recente condanna nella sentenza Khlaifia per violazione dell’art. 13 Cedu in relazione all’art. 3. I contatti con l’esterno difficilmente vengono “garantiti” in modo adeguato. Infine, i centri sono in genere “impermeabili” alla società civile, che, così, fatica ad acquisire consapevolezza sulla realtà di questi spazi di trattenimento prolungato, dove i trattenuti svolgono poche o nessuna attività ricreativa, come in Italia.

1 Il divieto di utilizzo delle prigioni

Gli attori internazionali, dall’UNHCR, passando per il CPT, fino all’Unione europea, si oppongono fermamente alla detenzione dei migranti nelle carceri. Ciò nonostante, in alcuni Stati si ammette come regola che la stessa possa trovare esecuzione in quei luoghi. Ad esempio, nel Regno Unito²⁴⁷, a causa di indisponibilità di posti negli Immigration Removal Center (IRC), capita spesso che i migranti da rimpatriare che sono stati condannati continuino ad essere ospitati nelle prigioni nonostante abbiano scontato l’intero periodo di condanna²⁴⁸. Nei penitenziari canadesi finisce circa un terzo dei

²⁴⁷Fonte: GDP, *United Kingdom Immigration Detention Profile*. Il Regno Unito non è vincolato dalla dir. 2008/115/CE né dalla dir. 2013/33/UE, che, come si dirà, ammettono solo in via di eccezione l’utilizzo delle strutture penitenziarie.

²⁴⁸AVID, *Detention in Prison*, in www.aviddetention.org.uk; MAZZA, *op. cit.*, p. 113.

detenuti amministrativamente²⁴⁹. Altri Stati, come l'Irlanda, non conoscono neppure delle strutture a ciò dedicate. Così il trattenimento ha necessariamente luogo in prigioni o nelle stazioni di polizia di Garda Síochána²⁵⁰. La situazione irlandese potrebbe cambiare a breve dal momento che il Ministro della giustizia e dell'eguaglianza ha annunciato l'intenzione di esercitare l'"opt-in" verso la dir. 2013/33/UE.

Questa, infatti, per i richiedenti protezione internazionale²⁵¹, così come la dir. 2008/115/CE per i migranti irregolari²⁵², dispone che la detenzione debba avvenire in *centri specifici*. Soltanto laddove, in casi eccezionali²⁵³, questi non siano disponibili, gli Stati membri dell'Ue possono utilizzare un penitenziario, avendo però l'obbligo inderogabile di separare il trattenuto dai detenuti ordinari^{254, 255}. Si tratta di standard riconosciuti generalmente dalla comunità internazionale²⁵⁶. La direttiva accoglienza sancisce poi il divieto assoluto di trattenimento dei minori non accompagnati richiedenti protezione internazionale in un istituto penitenziario²⁵⁷.

L'importanza di queste direttive sul punto si può apprezzare nella vicenda tedesca. Nel 2013 la Germania faceva uso delle prigioni per trattenere i migranti in dieci Stati su

²⁴⁹GDP, *Immigration detention in Canada: important reforms, ongoing concerns*, giugno 2018.

²⁵⁰GDP, *Ireland Immigration Detention*. Nel 2018 avrebbero dovuto concludersi i lavori per la costruzione di un centro di detenzione dedicato sito all'aeroporto di Dublino. Nella fonte sopra citata si afferma che lo stato dei lavori all'inizio del 2018 rimaneva poco chiaro. Quanto meno fino al 2015, il Brasile non conosceva centri di detenzione amministrativa. Fonte: A. BEDUSCHI, *The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants' Rights: Opportunities and Challenges*, in RSQ, n. 4/2015, p. 72.

²⁵¹Art. 10.

²⁵²Art. 16.

²⁵³La Commissione europea, C(2015) 6250 final, *cit.*, a proposito dei "casi eccezionali" di cui alla direttiva rimpatri, ritiene che «la deroga prevista dall'art. 16, § 1, può essere applicata quando picchi imprevedibili del numero di persone trattenute dovuti a oscillazioni quantitative imprevedibili insite nel fenomeno della migrazione irregolare (che non raggiungono ancora il livello di una "situazione di emergenza" espressamente disciplinata dall'art. 18) rendono problematico sistemare le persone trattenute nei centri appositi in uno Stato membro che altrimenti dispone di un numero adeguato/ragionevole di centri appositi». La posizione della Commissione rende il senso di un divieto da interpretare nel modo più rigoroso possibile.

²⁵⁴Anche in tal caso al richiedente asilo devono essere applicate le condizioni di trattenimento previste dalla direttiva.

²⁵⁵Nel caso *Pham* (Corte di giustizia, *Pham*, causa C 474/13, 17 luglio 2014, in curia.europa.eu), la Corte di giustizia ha ritenuto che «l'obbligo di separazione dei cittadini di paesi terzi in situazione di soggiorno irregolare dai detenuti comuni non conosca alcuna eccezione e costituisca una garanzia di rispetto dei diritti espressamente riconosciuta dal legislatore dell'Unione ai suddetti cittadini nell'ambito dei presupposti per il trattenimento ai fini dell'allontanamento all'interno di istituti penitenziari». Per cui ha concluso che l'art. 16, dir. 2008/115/UE, impedisce ad uno Stato membro di non tenere separati detenuti comuni e trattenuti anche laddove il trattenuto abbia a ciò acconsentito.

²⁵⁶Vedi, ad esempio: Guideline n. 10 in Committee of Ministers, *Twenty Guidelines on Forced Return*, 4 maggio 2005; Guideline 8 in UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012; CPT, *Factsheet: Immigration Detention*, 2013, p. 3.

²⁵⁷Art. 11 § 3, dir. 2013/33/UE.

sedici. Nelle cause *Bero* e *Boulzamate*²⁵⁸, decise il 14 luglio 2014, la Corte di giustizia ha sostanzialmente concluso per l'irrelevanza della natura federale ai fini del "divieto di imprigionamento". Di talché, in uno Stato federale come la Germania, se l'autorità deputata ad applicare la direttiva, e quindi a disporre la sistemazione del trattenuto in un centro di detenzione, è quella di uno Stato federato, ed in questo non vi sia alcun centro di permanenza temporanea, presente invece in altro Stato federato, è necessario che il primo possa disporre il trattenimento presso le strutture del secondo. Quindi, il divieto è tanto importante che il suo rispetto può spingersi sino a rendere necessaria la conclusione di «accordi di cooperazione amministrativa» tra Stati federati. Dopo *Bero* e *Boulzamate* la Germania ha abbandonato la politica di utilizzo dei penitenziari come spazi di detenzione amministrativa²⁵⁹.

1.1 I centri di detenzione amministrativa in Italia

Gli specifici centri di detenzione amministrativa previsti dalla legge italiana sono gli *Hotspots*, i CPR e altre "strutture idonee".

Il CPR è stato l'unico centro deputato legalmente al trattenimento fino al "decreto Salvini", che – come si è detto nel secondo capitolo e come si approfondirà nel capitolo quinto – ha previsto il trattenimento dei richiedenti asilo in Hotspot per le esigenze di identificazione e di accertamento della nazionalità.

Precedentemente gli Hotspots e, prima di loro, i CPSA, erano centri di detenzione *de facto*, cioè disposti in assenza di una base legale, di un provvedimento e dell'intervento di un giudice. I CPSA e gli Hotspots si possono far rientrare nella categoria dei *centri di frontiera* deputati alla gestione delle fasi immediatamente successive allo sbarco dei migranti nelle coste italiane. Eppure – come vedremo nel capitolo quinto - il "decreto Minniti-Orlando", che per la prima volta introduce gli Hotspots nel diritto italiano, rende quest'ultimi centri ambigui perché deputati ad "ospitare" anche coloro che vengono rintracciati all'attraversamento della frontiera interna dell'Ue.

I CPR, nonostante il nome, non sono soltanto centri di trattenimento degli stranieri da rimpatriare coattivamente. Infatti, vi vengono ristretti anche i richiedenti asilo, nonché, con il recente "decreto Minniti Orlando", quei migranti che rifiutano reiteratamente di farsi prendere le impronte digitali. Con il "decreto Salvini" è stata prevista un'ulteriore ipotesi di trattenimento in un CPR. Anch'essa è strettamente connessa alle dinamiche relative all'identificazione negli Hotspots.

Il 4 ottobre 2018 segna anche la nascita di nuove strutture deputate al trattenimento. L'art. 4 del "decreto Salvini" ha previsto che in attesa dell'udienza di convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, prodromico al trattenimento in un

²⁵⁸Corte di giustizia, *Bero*, causa 473/13, 14 luglio 2014, in curia.europa.eu; Corte di giustizia, *Boulzamate*, causa 514/13, 14 luglio 2014, in curia.europa.eu.

²⁵⁹GDP, *Germany Immigration Detention*.

CPR del rimpatriando, laddove non vi sia posto nei CPR, il giudice di pace possa autorizzare, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, il trattenimento del migrante in «*strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza*». Ulteriormente si prevede che, laddove permanga l'indisponibilità di posti nei CPR, il giudice della convalida possa autorizzare la permanenza «*in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato*» per le successive quarantotto ore all'udienza di convalida. Per cui il migrante destinatario di un provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera potrebbe esser trattenuto per un periodo di quattro giorni presso un ufficio di polizia.

1.2 I Centri di permanenza per i rimpatri

Quelli che attualmente prendono il nome di centri di permanenza per i rimpatri (CPR) venivano istituiti dalla l. 6 marzo 1998 n. 40, c.d. "*Turco-Napolitano*", e venivano definiti "Centri di permanenza temporanea ed assistenza" (CPTA). Nel 2008, con il d.l. 23 maggio 2008 n. 92 venivano rinominati "Centri di identificazione ed espulsione" (CIE). Ad ultimo, il d.l. 17 febbraio 2017 n. 13 dava loro l'attuale denominazione, presentandoli come «centri di nuova istituzione», che, rispetto ai CIE, avrebbero dovuto essere più piccoli, capillarmente distribuiti sul territorio e fuori dai centri abitati. Avrebbero dovuto idonei ad assicurare «l'assoluto rispetto della dignità della persona». Diversamente, il Garante nazionale ha "smascherato" la natura dei CPR, che non sono che i vecchi CIE, le cui condizioni erano tanto pessime da portare il Tribunale di Crotone nel 2012 a riconoscere la scriminante della legittima difesa a favore degli imputati per i reati di danneggiamento dei locali e resistenza al pubblico ufficiale²⁶⁰, e a portare ad una condanna di risarcimento danni da parte della prima sezione del Tribunale di Bari contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Interno e a favore del Comune di Bari. Questo in quanto il CIE avrebbe danneggiato la città nell'immagine e nell'identità storico-culturale, «da un sempre un territorio di accoglienza per gli stranieri»²⁶¹.

Al 31 luglio 2018 vi erano 6 CPR attivi per un totale di 880 posti disponibili: Torino, Roma, Bari, Brindisi, Palazzo S. Gervasio, Caltanissetta. Risultavano in fase di

²⁶⁰Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410. Per un commento si rinvia A. GABOARDI, *Difesa legittima e C.I.E. La vulnerabilità giuridica di una detenzione 'fuori legge'*, in Dir. pen. cont., 10 ottobre 2013.

²⁶¹Già in via cautelare, nel 2014, il Tribunale di Bari aveva ordinato alle p.a., ex art. 700 e 669 octies c.p.c., di effettuare una serie specifica di interventi (es: «incrementare le aule per le attività occupazionali, didattiche e ricreative») entro il termine «improrogabile di giorni 90 a far tempo dalla comunicazione all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari della presente ordinanza». Scaduto il termine in assenza degli interventi ordinati, i migranti avrebbero dovuto essere «trasferiti» in centri «rispondenti ai requisiti previsti dalle norme vigenti». Per una ricostruzione della vicenda vedi A. GILIBERTO, *Quale tutela giurisdizionale della dignità degli stranieri detenuti nei C.I.E? Una singolare pronuncia del Tribunale civile di Bari*, in Dir. pen. cont., 19 febbraio 2014. Dello stesso autore, *La violazione dei diritti umani degli stranieri trattenuti in un C.I.E. (oggi C.P.R.) danneggia l'immagine della comunità territoriale dove la violazione è avvenuta*, in Dir. pen. cont., n. 12/2017, p. 153-158.

attivazione altri quattro centri, con complessivi 440 posti disponibili: ex carcere di Macomer (Nuoro), Modena, Gradisca d'Isonzo (Gorizia), Milano²⁶².

2 La privatizzazione come regola non scritta

Studiando il sistema di gestione dei centri di detenzione amministrativa emerge la presenza di una regola non scritta: “i centri di detenzione devono essere affidati, in tutto o in parte, ai privati, che siano aziende, o che siano soggetti appartenenti al mondo del sociale”.

Gli Stati sviluppano la “regola della privatizzazione” in varie forme. Si va dall'appalto di singoli servizi o di blocchi di servizi fino all'intero affidamento della struttura a delle società private²⁶³.

È noto che i Paesi di common law, diversamente da quelli dell'Europa continentale, hanno da tempo iniziato quel processo di “esternalizzazione” del settore penitenziario ai soggetti privati. A titolo esemplificativo, analizziamo brevemente la situazione nel Regno Unito, negli USA e in Australia che negli ultimi decenni hanno affidato la gestione delle prigioni e dei centri di detenzione amministrativa ad alcune multinazionali. Per il Regno Unito 14 prigioni risultano gestite da tre compagnie private (G4S, Serco, Sodexo)²⁶⁴. Il numero è comunque esiguo se si considera che le prigioni nel Regno Unito sono circa 120²⁶⁵. Negli USA soltanto l'8% dei posti letto nelle prigioni è gestito da imprese private²⁶⁶ (GEO Group, Corrections Corporation of America e Management & Training Corporation²⁶⁷). In Australia la percentuale sale circa al 15% (GEO Group, G4S e Serco sono responsabili della gestione di circa 6000 persone)²⁶⁸. Se però si guarda alla gestione dei centri per migranti, la situazione cambia radicalmente. Ci si accorge che il vero business per le multinazionali della sicurezza non è il carcere, ma la detenzione amministrativa dei migranti. Negli USA la gestione privata dei centri di detenzione per migranti è del 62%²⁶⁹. Ad aprile 2015, il 72% dei posti letto nei centri privati per migranti era in mano a due compagnie (CCA e GEO Group), che gestivano nove dei dieci centri più grandi²⁷⁰. Eisen afferma: «*the story of immigration detention is inextricable from the story*

²⁶²Ministero dell'Interno, *Dossier viminale 1 agosto 2017 - 31 luglio 2018*.

²⁶³Con “servizi” intendiamo quelli alla persona (ad esempio: il servizio mensa, pulizia, cura della salute) e (persino) quello di sicurezza nei centri.

²⁶⁴Dati aggiornati al 4 settembre 2017 in www.justice.gov.uk.

²⁶⁵Fonte: 2018-09-06 *Breakdown List of the Prison Estate and CPAs* in www.gov.uk.

²⁶⁶L. B. EISEN, *Inside Private Prisons*, New York, 2018, p. 143.

²⁶⁷Fonte: www.bop.gov.

²⁶⁸EISEN, *op. cit.*, p. 219. Nel gennaio 2016, risulta che i detenuti in Australia fossero circa 40000. C. MASON, *International Growth Trends in Prison Privatization.*, in <https://sentencingproject.org>, p. 2, mostra che nel 2011 la percentuale dei posti letto affidati ai privati era del 19%.

²⁶⁹EISEN, *op. cit.*, p. 143.

²⁷⁰B. CARSON AND E. DIAZ, *Payoff: How Congress Ensures Private Prison Profit with an Immigrant Detention Quota*, aprile 2015.

of for-profit prisons»²⁷¹. Nel Regno Unito il processo di privatizzazione dei luoghi di privazione della libertà personale ha avuto inizio proprio dai centri di detenzione per migranti²⁷², dove, al 2013, era ristretto il 73% dei migranti detenuti²⁷³. Al 2017, solo due Immigration Removal Centres erano in mano pubblica²⁷⁴. Si tratta anche qui di aziende private²⁷⁵. L'Australia poi ha interamente affidato la detenzione amministrativa dei migranti al mondo imprenditoriale²⁷⁶.

È quindi evidente che USA, Regno Unito e Australia, ricorrono al settore privato per la gestione dei penitenziari, ma in percentuali molto basse. Invece, all'incontro con il migrante estraneo al circuito penale, si affidano in tutto o in gran parte alle multinazionali esperte nel settore della privazione della libertà.

Ciò che sorprende è però l'entità del fenomeno nei Paesi dell'Europa occidentale, che, di regola non ricorrono al privato per la gestione dei penitenziari. A ben vedere, sebbene non tutti gli Stati membri ricorrano al privato, né tanto meno lo facciano allo stesso modo, la privatizzazione nell'Ue si presenta come una «tendenza generale»²⁷⁷. A titolo di esempio, la Francia avrebbe privatizzato il servizio legale e assistenziale, mentre in Grecia il processo di privatizzazione riguarderebbe il servizio di sicurezza.

2.1 La privatizzazione in Italia

In Italia il servizio di sicurezza e gli altri aspetti relativi all'ordine pubblico rimangono «spazi pubblici». Tutto il resto è «affare» privato.

Il che è evidentemente stupefacente dato che il sistema italiano è da sempre impermeabile ad una gestione privata dei penitenziari.

Le prefetture italiane, che, ai sensi dell'art. 22, d.P.R. 394/1999, sono responsabili per l'amministrazione dei centri ma possono dare in appalto i servizi, dal 1998 al 2000 affidavano direttamente alla CRI la gestione di quasi tutti i centri di espulsione. Nei casi eccezionali, l'affidamento era rivolto a soggetti con cui le prefetture già collaboravano, ai proprietari dei centri oppure ad enti con una certa esperienza nella gestione delle emergenze²⁷⁸. Nel 2002, dopo un debole tentativo di aprire ad altri enti, nasceva il mercato dei centri di espulsione²⁷⁹. Il corrispettivo era dato agli appaltatori in base alle presenze effettive, ma, da capitolato d'appalto del 2008, se le stesse fossero state inferiori del 10% a quelle previste, l'importo rimaneva invariato. Con la «spending review» del

²⁷¹EISEN, *op. cit.*, p. 143, corsivo aggiunto.

²⁷²L. ARBOGAST, *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea*, 2017, p. 24, nota 33.

²⁷³MASON, *op. cit.*, p. 2.

²⁷⁴ARBOGAST, *op. cit.*, p. 24.

²⁷⁵Ivi, p. 24.

²⁷⁶EISEN, *op. cit.*, p. 219; MASON, *op. cit.*, p. 2.

²⁷⁷ARBOGAST, *op. cit.*, p. 40. In controtendenza si pone la Svezia, che, verso la fine degli anni 90, ha abbandonato il modello del privato, tornando al pubblico. Fonte: ARBOGAST, *op. cit.*, p. 43.

²⁷⁸MAZZA, *op. cit.*, p. 73.

²⁷⁹Ivi, p. 77.

2011, il quadro mutava radicalmente in quanto veniva previsto in tutti i bandi un costo pro capite massimo di 30 € + iva. Così, il consorzio Oasi, nel 2012, si aggiudicava la gestione dei centri di Modena, Bologna e Trapani rispettivamente per 29 €, 28 € e 27 € pro capite. A Crotone le Misericordie d'Italia vincevano il bando per 21,42 € pro capite²⁸⁰.

La ricerca del risparmio dello Stato e l'obiettivo dei privati di presentare la migliore offerta nella gara al ribasso si traducono nel carattere scadente dei servizi offerti. Tutto questo spiega perché un direttore di un CIE avrebbe dichiarato: «In queste condizioni rimane solo la gabbia»²⁸¹. La situazione romana rende chiaro il problema. Risulta dal bando di appalto in scadenza il 2 marzo 2009 che l'importo per la prestazione dei servizi per un triennio, importo che rappresentava quello massimo per l'erogazione dei servizi e la base d'asta di appalto, da aggiudicarsi poi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era pari a 18.527.400 € per 360 posti disponibili²⁸². La convenzione tra prefettura e ente gestore, ovvero la cooperativa Auxilium, prevedeva un costo pro capite di 41 €, ma, al netto di tutte le altre spese, rimanevano soltanto 5 € per quelle relative al vitto²⁸³. L'11 marzo 2013 veniva pubblicato un nuovo bando, dove l'importo scendeva a 11.826.000 €, con 30 € + iva di spesa pro capite e per gli stessi 360 posti disponibili²⁸⁴. Il Gruppo GEPSA-Acuarinto nel dicembre 2014 otteneva la gestione del CIE di Roma per 28,80 € al giorno per migrante²⁸⁵. Senza sorpresa alcuna, ad una sola settimana dal cambio di gestione, veniva riportato che il pocket money veniva ridotto da 3,5 a 2,5 euro²⁸⁶. La stessa multinazionale, nello stesso anno, ha ottenuto la gestione dei CIE di Torino e Milano, rispettivamente per 37,86 € e 40 €, ovvero tariffe che, rispetto a quelle della precedente gestione della CRI, erano inferiori del 20-30%²⁸⁷.

Proprio in Italia è possibile che si abbandoni il modello del ricorso al privato. Si legge infatti nel c.d. *“Contratto di governo per il cambiamento”*: «Si deve superare l'attuale sistema di affidamento a privati dei centri e puntare ad un maggiore coinvolgimento delle istituzioni pubbliche, a cominciare da quelle territoriali, affidando la gestione dei centri stessi alle regioni e prevedendo misure che dispongano l'acquisizione del preventivo assenso degli enti locali coinvolti, quale condizione necessaria per la loro istituzione».

²⁸⁰MEDU, *Arcipelago CIE. Indagine sui centri di identificazione ed espulsione italiani*, maggio 2013, p. 24.

²⁸¹Ivi, p. 24.

²⁸²LUNARIA (a cura di), *Costi disumani. La spesa pubblica per il “contrasto dell'immigrazione irregolare”*, p. 59.

²⁸³Ivi, p. 59.

²⁸⁴Ivi, p. 51.

²⁸⁵V. BRINIS – L. VITA, *Fondi tagliati al Cie*, in Il manifesto, 16 dicembre 2014. Ponte Galeria GEPSA-Acuarinto si è aggiudicata l'appalto per gestire il CIE di Roma dal 15 dicembre 2014 al 14 dicembre 2017. Vedi: www.prefettura.it.

²⁸⁶V. DI BENEDETTO MONTACCINI-G. ZANDONIN, *Ponte Galeria, “La Guantanamo italiana”, la situazione al Cie dopo il cambio gestione*, in www.repubblica.it, 22 dicembre 2014.

²⁸⁷Ivi, p. 30.

2.2 La privatizzazione come il male assoluto?

Il fatto che siano coinvolte le multinazionali, in Italia come all'estero, prova che la privazione della libertà personale dei migranti è un *mercato molto attraente*.

Ciò però non significa che il privato è il "male". È ben difficile sostenere che il ricorso al pubblico garantisca di per sé, e quindi necessariamente, una migliore qualità della vita nei centri di detenzione. È noto invece che il ricorso al privato può migliorare la qualità dei servizi e non si vede perché ciò non possa avvenire anche all'interno dei centri di detenzione amministrativa, e, perché no, nei penitenziari.

Il problema, a nostro modo di vedere, non è la privatizzazione in sé, ma il "perché" della privatizzazione ed il "come" si privatizza.

Sotto il primo profilo, con la privatizzazione dei centri di detenzione amministrativa, gli Stati possono "scaricare" sui privati la responsabilità per la gestione di spazi notoriamente problematici, in cui non sono inclini ad investire risorse ed in cui le persone avvertono di essere trattate come criminali soltanto per aver esercitato il loro diritto di migrare. Allora, allo scoppiare di uno scandalo, lo Stato può rapidamente azzittire il dissenso cambiando il gestore del centro²⁸⁸, o, semplicemente, chiedendo a gran voce "pene esemplari" ed annunciando il cambiamento di gestione, nell'attesa che si calmino le acque. Quindi, la privatizzazione può coincidere con la *fuga dalla responsabilità politica* (nonché giuridica²⁸⁹).

Sempre guardando al "perché" della privatizzazione, nasce un problema se il ricorso al privato si giustifica come *strumento finalizzato al risparmio* e non all'ottimizzazione dei costi. Se chi ottiene l'appalto è colui che offre un servizio al prezzo minore, il conseguente risparmio diventa spesso un costo in termini di diritti umani.

Con riguardo al "come" della privatizzazione, vi dovrebbero essere *adeguati controlli sugli affidatari dei servizi*²⁹⁰. I controllori dovrebbero essere estranei agli ambienti e alle questioni politiche e non dovrebbero avere rapporti con il controllato²⁹¹. Su questo aspetto Eisen sottolinea che non esiste nessun modello di controllo che può essere definito perfetto. Ad esempio, si potrebbe pensare che, per controllare il privato, la migliore soluzione sia collocare un controllore pubblico a monitorare l'ente gestore a tempo pieno. Eppure, tale sistema, sottolinea l'autrice, rischia di avvicinare eccessivamente il controllato al controllore, che, a quel punto, potrebbe non essere incline a fare il proprio dovere. Un ruolo fondamentale sul punto è quello delle autorità indipendenti. Con riguardo al caso italiano, il Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale effettua controlli a sorpresa su tutti gli spazi di privazione della libertà personale ed ha penetranti poteri di accesso agli atti, ma

²⁸⁸Vedi ARBOGAST, *op.cit.*, p. 63.

²⁸⁹Ivi, p. 61.

²⁹⁰EISEN, *op. cit.*, p. 227.

²⁹¹Per il Regno unito vedi ARBOGAST, *op.cit.*, p. 61.

si tratta di ispezioni, in genere, di carattere annuale, che evidentemente non soddisfano appieno il bisogno di controllare il rispetto delle convenzioni.

In secondo luogo, i centri dovrebbero essere gestiti in modo trasparente²⁹². Diversamente, sembra che la *confidenzialità* dei contenuti contrattuali e della vita dei centri costituisca una caratteristica spesso ricorrente nel rapporto tra gestori e Stati²⁹³. L'esempio eclatante giunge dal nostro Paese. Il Ministero dell'Interno avrebbe appaltato a OIM, UNHCR e Save the Children servizi quali quello di informativa legale, di individuazione delle vulnerabilità e di assistenza ai minorenni. Tali enti, che insieme alle organizzazioni che hanno sviluppato protocolli d'intesa con le prefetture e con il Ministero dell'Interno per servizi quali l'informativa legale e l'assistenza sanitaria, sarebbero le uniche organizzazioni a poter entrare nei centri¹, non renderebbero pubbliche eventuali criticità riscontrate nella gestione del sistema Hotspot «per questioni di competenza o *per impegni contrattuali – quali l'obbligo di riservatezza*»²⁹⁴.

In un profilo già esaminato in precedenza, la scelta del privato non dovrebbe basarsi su offerte al ribasso, ma su un meccanismo che valorizzi il profilo economico soltanto in rapporto al fattore della qualità dei servizi.

Con adeguati controlli sui gestori, trasparenza nella gestione del centro e accettabilità (in termini economici ed umani) dei costi, non vediamo la ragione per ritenere la privatizzazione una scelta da scartare, a priori.

3 La creazione di prigioni speciali

Si è detto che nel diritto internazionale viene riconosciuta *l'inadeguatezza dei penitenziari* per il trattenimento dei migranti e che l'Ue sancisce un vero e proprio *divieto* di detenzione amministrativa nelle carceri, la cui ratio principale è evitare la sottoposizione ad un *regime "punitivo"* in una detenzione dalle funzioni amministrative. Da evitare è lo stesso contatto con l'ambiente carcerario, che comporta una serie di conseguenze facilmente apprezzabili: la *stigmatizzazione*, in quanto il trattenuto finisce per essere associato nell'immaginario collettivo ad un pericoloso "criminale"; la *desocializzazione*, data la separazione del trattenuto dalla società esterna; la *criminalizzazione*, essendo il carcere un facile "centro per l'impiego" per la criminalità organizzata.

Di qui la scelta di centri dedicati a quel «*mostro giuridico*»²⁹⁵ che è la detenzione amministrativa. Per il CPT, gli ambienti non dovrebbero riflettere l'immagine di un

²⁹²Vedi EISEN, *op. cit.*, p. 229.

²⁹³SILVERMAN – NETHERY, *Understanding immigration detention and its human impact*, p. 7.

²⁹⁴F. FERRI – A. MASSIMI, *Scenari di frontiera*, cit. p. 6, corsivo aggiunto. Per completezza, si consideri che negli Hotspots oltre alle Ong, operano le Agenzie dell'Ue, quali Frontex ed EASO e gli enti gestori dei singoli centri. Ad esempio, a Trapani e Messina l'ente gestore è la cooperativa Badia Grande, mentre a Lampedusa opera la Croce Rossa Italiana (CRI). Sul punto, si veda la stessa fonte già citata.

²⁹⁵L. PEPINO, *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, 12 dicembre 2018, in www.questionegiustizia.it

carcere²⁹⁶. In secondo luogo, dovrebbe essere previsto un *regime detentivo adeguato*²⁹⁷ a chi non è privato della libertà in quanto “criminale”. Di talché, le *restrizioni* alla libertà di movimento e alle altre libertà fondamentali non dovrebbero eccedere quelle *strettamente indispensabili*. Infine, in tali strutture i migranti dovrebbero poter svolgere un’ampia gamma di attività ricreative.

Si pensi ora se il trattenimento avvenisse in luoghi che per architettura e regime detentivo fossero simili a delle prigioni, ma che, giuridicamente, venissero riconosciuti come centri specifici per migranti, quindi estranei al circuito penitenziario, ovvero al complesso di tutele che lo stesso appresta. Si pensi se a questa estraniamento non seguisse un diverso regime giuridico altrettanto garantista. L’effetto del divieto di trattenere in un penitenziario sarebbe paradossale perché trasformerebbe *una garanzia in un trattamento peggiore*. Questo è quanto accade oggi nel settore della detenzione amministrativa, dove alla scelta di principio di non utilizzare i penitenziari, corrisponde la configurazione dei centri come *prigioni di fatto escluse dall’applicazione del diritto penitenziario o del criminal law*²⁹⁸.

Occorre preliminarmente sgomberare il campo d’indagine che vogliamo effettuare da un equivoco. Cos’è un *carcere*? Nell’immaginario collettivo ricorrono due grandi immagini che lo identificano. La prima è l’imponente *muro di recinzione* che separa in maniera totale i detenuti dalla società libera. La seconda è la *cella* chiusa che racchiude in qualche metro l’idea della pena. Come ricorda Massaro, “carcere” «è un termine mutuato dal linguaggio comune e da quello sociologico»²⁹⁹. Non esiste una sua definizione giuridica. In aggiunta, occorre considerare che nel tempo i moduli carcerari si sono moltiplicati, sviluppando un vero e proprio *sistema progressivo della sicurezza*, dove, a vari livelli, il penitenziario si rende “indipendente” dalla cella³⁰⁰. Si potrebbe sostenere che il nucleo essenziale del concetto dinamico di “carcere” porti a identificarlo con quel luogo di confinamento coatto di taluni individui, così separati dal resto della società, sottoposti ad un trattamento giuridico particolarmente restrittivo delle libertà fondamentali.

²⁹⁶CPT, *Factsheet: Immigration Detention*, 2013, p. 4.

²⁹⁷CPT, *Factsheet: Immigration Detention*, 2013, p. 3.

²⁹⁸SILVERMAN – NETHERY, *op.cit.*, cit., p. 1, 2; WILSHER, *op. cit.*, p. 300.

²⁹⁹A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, cit., p. 46.

³⁰⁰In Italia, ad esempio, è stata introdotta la c.d. “*sorveglianza dinamica*” con circolare del DAP del 14 luglio 2013. Con questo regime giuridico, le celle dei penitenziari sono aperte per otto ore al giorno. Inoltre, si sta sperimentando in Brasile, anche con il sostegno dell’Unione europea, il c.d. “*modello APAC*” (Commissione europea, *A new chance for prisoners in Brazil*, https://ec.europa.eu/europeaid/case-studies/new-chance-prisoners-brazil_en). Con questa modalità di esecuzione della pena, durante il giorno, i ristretti, che hanno le chiavi delle loro stanze, possono circolare liberamente nell’istituto, dove non sono presenti guardie. Eppure, anche qui, nessuno penserebbe di non chiamare queste strutture “carceri”. Sarebbe poi possibile non chiamare “carcere” una piccola isola se adibita a luogo di confinamento coatto? A nostro parere non sarebbe ragionevole negarne tale carattere.

Per cui, dato come punto di partenza che i centri di detenzione per migranti sono carceri, ci interessa dimostrare *quanto* “carcerario” possa esservi il regime detentivo e quindi quanto il divieto di “imprigionamento” sia – paradossalmente – dannoso ove non accompagnato da una regolamentazione garantistica quale quella apprestata dall’ordinamento penitenziario. Un ideale “*carcerometro*” indicherebbe il valore sulla base della soluzione data a due “variabili”, che sono gli *ambienti* e il *regime di sicurezza*.

3.1 Architettura carceraria

Tra *muri*, recinzioni di *filo spinato* e *forze di polizia* lungo il perimetro, la prima impressione di chi, ignaro della natura del centro, lo guardasse dall’esterno, sarebbe quella di avere davanti a sé un tipico carcere. Entrandovi, l’osservatore non potrebbe che convincersi della natura di quella struttura, in cui incontrerebbe *celle* e *presidi di guardie*. Nel centro di Trandum, in Norvegia, troverebbe personale con bastoni, manette e spray al peperoncino³⁰¹.

I testimoni parlano chiaramente di “*ambienti penitenziari*”³⁰² e talvolta, come per il centro di Amygdaleza, in Grecia³⁰³, non risparmiano l’associazione con il campo di concentramento³⁰⁴.

Gli alti muri e le recinzioni di filo spinato a definire il perimetro della struttura e il dispiegamento di forze dell’ordine non possono che aumentare il *senso di prigionia*, con quel che ne consegue in termini psicologici.

Passiamo ad esaminare il regime dei centri di detenzione a partire dalla normativa secondaria dell’Unione europea.

3.2 Le condizioni di detenzione accettabili nel diritto dell’Ue ed il “fattore MSNA” nella giurisprudenza CEDU

Abbiamo già descritto il divieto di “imprigionamento” e quello sussidiario di promiscuità tra detenuti e trattenuti in un penitenziario. Occorre approfondire, anzitutto, il profilo della “promiscuità” tra i trattenuti.

L’art. 10 della direttiva accoglienza prevede che i richiedenti protezione internazionale possano essere trattenuti nei medesimi centri per migranti da rimpatriare,

³⁰¹I. MAJCHER – M. FLYNN, *Harm reduction in immigration detention: A comparative study of detention centres in France, Germany, Norway, Sweden, and Switzerland*, ottobre 2018, p. 14.

³⁰²Per fare alcuni esempi: il Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Avis du 9 mai 2018 relatif à l’enfermement des enfants en centres de rétention administrative*, describe i CRA come «un univers quasi pénitentiaire, anxiogène, entourés de murs, de grilles et de barbelés»; l’HM Chief Inspector of Prisons for England and Wales, *Annual report 2016-2017*, afferma che le unità abitative dei centri di Brook House e Colnbrook fossero «indistinguishable from prison units».

³⁰³Vedi HINDPAL SINGH BHUI, M. BOSWORTH, A. FILI, *Monitoring Immigration Detention at the Borders of Europe. Report on a pilot project in Greece, Hungary, Turkey and Italy, 2016- 2017*, p. 14.

³⁰⁴Sembra che sia stato descritto così da alcuni gruppi a tutela dei diritti umani. Fonte: en.protothema.gr.

ma, «*per quanto possibile*», le due “categorie” devono essere tenute separate. In tal caso, irregolari e richiedenti verranno comunque sottoposti ai *due distinti regimi trattamentali* previsti dalle rispettive direttive.

La direttiva accoglienza, per proteggere il diritto all’unità familiare, impone che gli Stati membri, nella decisione sul luogo del trattenimento, prevedano delle misure idonee a proteggere l’unità della famiglia presente sul territorio. Entrambe le direttive garantiscono alle famiglie trattenute una sistemazione separata, in modo da garantire la loro privacy. Soltanto la direttiva accoglienza si preoccupa di prevedere la separazione tra donne e uomini e una sistemazione separata dagli adulti per i minori non accompagnati.

Esauriti i divieti correlati ai luoghi di detenzione esaminiamo il profilo delle garanzie in detenzione.

Le direttive stabiliscono soltanto talune *tutele minime*, ma, anche per tali profili, emerge una macroscopica differenza di regolamentazione tra richiedenti protezione internazionale e migranti irregolari.

L’art. 16 della direttiva rimpatri³⁰⁵, in merito all’assistenza politica, legale e ai rapporti familiari, sancisce il *diritto del trattenuto di comunicare con l’esterno*. Le figure che possono essere contattate sono rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti. Queste figure tanto importanti per il trattenuto possono essere contattate soltanto a «tempo debito». Questo sarà evidentemente determinato dalle autorità nazionali. Viene stabilito che i pertinenti e competenti organismi internazionali, nonché le Ong, possono accedere ai centri di trattenimento per irregolari, ma *previa autorizzazione* se richiesta nel diritto interno³⁰⁶. Diversamente, l’art. 10 della direttiva accoglienza garantisce la possibilità di comunicare con i trattenuti a familiari, avvocati e Ong competenti (piuttosto che alle autorità consolari). Sparisce l’inciso «a tempo debito» e viene aggiunto il *diritto di visita* per queste figure. Possono essere disposte limitazioni all’accesso soltanto ove sia «obiettivamente» necessario per ragioni di sicurezza, ordine pubblico e per la gestione del centro. Comunque, tali limitazioni, ai sensi del paragrafo 4, non devono rendere impossibile l’accesso né possono tradursi in una sua drastica restrizione. Il diritto di comunicazione e accesso è garantito all’*UNHCR* senza limitazioni.

³⁰⁵Si ricordi che, per la Corte di giustizia, l’art. 16 della dir. 2008/115/UE, che appunto regola le condizioni del trattenimento, è “self-executing”.

³⁰⁶La norma, nella parte in cui ha riguardo agli organismi di monitoraggio, è palesemente inadeguata dato che prospetta la possibilità di annullare l’“effetto sorpresa” delle visite dei “monitoring body”. D’altronde, la previsione è palesemente arretrata dato che il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) e i National Preventive Mechanism (NPM), tra cui il Garante nazionale dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale, hanno potere ispettivo non soggetto ad autorizzazione in tutti i luoghi di privazione della libertà personale, rispettivamente in ragione delle previsioni della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti e dell’OPCAT.

Sia i migranti irregolari che i richiedenti protezione internazionale hanno *diritto ad essere informati* in modo sistematico delle norme vigenti nel centro e dei loro diritti e obblighi. La direttiva rimpatri prevede anche che debbano essere informati del loro diritto, «ai sensi della legislazione nazionale», di mettersi in contatto con gli organismi e con le organizzazioni sopra indicate. La direttiva accoglienza ammette che nel caso di *trattenimento in frontiera o in una zona di transito*, l'obbligo informativo possa incontrare una deroga purché sia «*in casi debitamente giustificati* [...] per un periodo ragionevole di durata più breve possibile» e richiedente non sia trattenuto nel contesto di una procedura di frontiera. Per cui si ammette che nel caos di frontiera l'obbligo informativo possa essere ritardato per qualche giorno, dovendo negli altri casi essere rispettato «sistematicamente» (quindi nell'immediatezza dell'ingresso nel centro).

La direttiva rimpatri assicura alle «*persone vulnerabili*» le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie³⁰⁷. Diversamente, la direttiva accoglienza impone agli Stati lo svolgimento di controlli periodici e sostegno adeguato, anche dal punto di vista sanitario. Si va oltre la previsione della direttiva rimpatri dato che la tutela è anche preventiva e costante. È singolare che, in entrambi i casi, gli Stati membri non abbiano concordato sulla necessità di sancire norme minime a livello euro-unitario sulla salute dei soggetti non vulnerabili.

Una garanzia minima viene prevista dall'art. 10, § 2, dir. 2013/33/UE, che sancisce il diritto dei trattenuti all'*accesso a spazi all'aria aperta*.

Le direttive europee non impongono agli Stati membri alcun obbligo generale di garantire ai trattenuti la possibilità di praticare delle *attività* di qualsiasi tipo (di mero svago o qualificate)³⁰⁸.

Viene però previsto un obbligo in tal senso nei confronti dei minori (accompagnati e non), che devono poter svolgere attività di svago, tra cui il *gioco* e altre attività ricreative «*consono alla loro età*». Le strutture deputate ad ospitare i MSNA, che siano irregolari o che siano richiedenti, devono essere «*consoni a soddisfare le esigenze di persone della loro età*» e vi deve essere del personale idoneo a tali scopi. Si tratta di una regola che trova ampia eco nel diritto internazionale, soprattutto nella giurisprudenza CEDU, che, in *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga*³⁰⁹, riteneva violato il *diritto alla libertà e sicurezza* del minore non accompagnato in stato di detenzione amministrativa, poiché, senza riguardo alla sua situazione di estrema vulnerabilità, lo stesso veniva sottoposto allo stesso trattamento riservato agli adulti. Così, condizioni del genere, palesemente inadeguate, e quindi eccessive rispetto allo scopo, rompono la necessaria relazione tra le stesse e lo

³⁰⁷Si consideri che, ai sensi dell'art. 3, dir. 2008/115/CE, per persone vulnerabili intendiamo: minori, MSNA, disabili, anziani, donne in gravidanza, famiglie monoparentali con figli minori e le persone che hanno subito torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale.

³⁰⁸La stessa direttiva accoglienza riconosce ai richiedenti protezione internazionale l'accesso al mercato del lavoro e la formazione professionale dei richiedenti protezione internazionale in libertà, mentre prevede che la qualità della vita dei trattenuti debba essere adeguata dagli Stati membri alla specifica situazione in cui si trovano.

³⁰⁹CEDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, 12 ottobre 2006, in www.asylumlawdatabase.eu.

scopo ammesso dall'art. 5, § 1, lett. f), Cedu. In tal caso, ad un giudizio di arbitrarietà del trattenimento, segue una probabile violazione dell'art. 3 Cedu, per la cui valutazione è decisiva la condizione di minore non accompagnato. In *Popov*³¹⁰, due bambini, uno di cinque mesi e l'altro di tre anni, venivano detenuti con i loro familiari in un centro di detenzione per la durata di quindici giorni. Per elementi quali *l'importante dispiegamento di polizia e la mancanza di attività* per trascorrere il tempo, questo ambiente era «manifestamente poco adatto alla loro età», e quindi creava loro «una situazione di stress ed ansia, con conseguenze particolarmente traumatiche». Nel caso *Rahimi*³¹¹ i giudici di Strasburgo, considerando anche la vulnerabilità propria del minore non accompagnato, riconoscevano la violazione dell'art. 3 Cedu per una detenzione di soli due giorni nel centro di Pagani, dove i migranti erano tenuti in condizioni disumane.

Così, in estrema sintesi, soltanto la normativa sui minori affianca al divieto di utilizzo degli istituti penitenziari disposizioni volte a disegnare gli «istituti di trattenimento» come luoghi non «punitivi». Nonostante siano state recentemente presentate una serie di proposte a modifica del Sistema europeo comune di asilo (CEAS) e della direttiva rimpatri che finiscono per incidere sul trattenimento dei migranti, una sola norma sembra poter migliorare sensibilmente le loro condizioni di detenzione. Ancora una volta, l'Unione europea si rivolge al minore, e lo fa nella proposta di modifica della direttiva accoglienza, che prevede che «i minori trattenuti vedono assicurato il loro diritto all'istruzione»³¹².

3.3 La regolamentazione delle condizioni di detenzione negli Stati e il regime di sicurezza

Si è detto che, per la regolamentazione delle condizioni di detenzione, le direttive accoglienza e rimpatri si specchiano, talvolta in via incompleta o con qualche minima modifica, nei diritti nazionali di molti Stati membri dell'Ue. Tra questi vi sono Italia, Malta e Grecia. Vi sono significative eccezioni. Illustriamo qui taluni esempi per poi esaminare anche modelli estranei all'area Ue. Consideriamo poi talune informazioni relative all'effettivo regime di sicurezza all'interno dei centri.

Il Residence Act tedesco prevede per i migranti irregolari che le famiglie debbano essere trattenute in locali separati così da poter garantire adeguatamente la loro privacy. Ai trattenuti è garantita la comunicazione con avvocati, familiari, consolato e l'aiuto e il supporto delle organizzazioni³¹³. Tra i Länder tedeschi, Berlino, Brandenbo, Brema, e la Renania Settentrionale-Vestfalia prevedono una regolamentazione di dettaglio, che ricalca quella delle direttive nella parte in cui prevede l'obbligo informativo, ma va oltre

³¹⁰CEDU, *Popov c. Francia*, 19 gennaio 2012, www.asylumlawdatabase.eu.

³¹¹CEDU, *Rahimi c. Grecia*, 5 aprile 2011, in www.asylumlawdatabase.eu.

³¹²Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)*, COM(2016) 465 final, 2016/0222(COD), in www.ec.europa.eu, 13 luglio 2016.

³¹³GDP, *Germany Immigration Detention*.

laddove dispone la separazione tra uomini e donne, che i migranti abbiano accesso ad *attività ricreative* e alla mail. È di fondamentale importanza la previsione del *diritto di presentare reclami* al direttore della struttura di trattenimento³¹⁴. Al centro di Ingelheim, taluni detenuti possono circolare liberamente nella loro sezione dalle 7:00 alle 22:00 e possono trascorrere quattro ore all'aria aperta. Gli altri hanno tra un'ora ed un'ora e mezza di tempo da poter trascorrere all'aria aperta. Per il resto, salvo che non siano impegnati nel lavoro volontario, trascorrono il tempo in cella³¹⁵.

In Francia, il CESEDA supera di gran lunga la scarna regolamentazione europea. Si prevede ad esempio che: la capienza massima dei centri sia di 140 posti; ogni detenuto abbia a disposizione una superficie di 10 m²; tutti i detenuti abbiano accesso ad un telefono: vi debbano essere degli appositi spazi per le visite familiari, per le visite mediche e degli avvocati, e per le Ong che operano nel centro; vi debbano essere degli *spazi comuni*³¹⁶. In Francia i *reclami* vengono presentati ai team di legali presenti stabilmente nei centri di detenzione amministrativa ai sensi del CESEDA. Ai nostri fini, questi effettuano una costante attività di ascolto dei trattenuti, di monitoraggio giorno per giorno delle condizioni di detenzione e poi di denuncia nei rapporti annuali³¹⁷. Nei centri di detenzione francesi, riportano gli esperti, i migranti possono liberamente circolare nello spazio composto dalle stanze, dalle sale mensa ed in quelli destinati alle attività ricreative³¹⁸. I detenuti non vi incontrano forze di polizia ma sono controllati con un sistema di telecamere a circuito chiuso³¹⁹.

In Finlandia la regolamentazione riprende sostanzialmente quella euro-unitaria. Il Detention Act prevede però delle garanzie ulteriori, come la possibilità di usare il telefono e altri strumenti digitali di comunicazione, nonché il diritto del migrante di trascorrere almeno un'ora al giorno all'aria aperta. La previsione di un diritto di accesso ad Internet³²⁰ costituisce un fattore particolarmente importante, su cui torneremo. I telefoni personali possono essere sequestrati soltanto in casi eccezionali, indicati dalla legge. Si tratta di motivi di ordine pubblico e sicurezza. È interessante poi l'espressa determinazione delle ipotesi in cui un detenuto può essere tenuto in isolamento. Viene previsto il potere del personale dei centri di ispezionare le celle e gli oggetti personali, se necessario per ragioni di sicurezza e nel rispetto della privacy del migrante. Sono ammessi i controlli di sicurezza sui detenuti, ma, cosa di fondamentale importanza, l'ispettore deve avere lo stesso sesso dell'ispezionato. Viene regolato anche l'utilizzo della forza, che è ammessa per superare il dissenso del trattenuto nei controlli di

³¹⁴GDP, *Germany Immigration Detention*.

³¹⁵MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, cit., p. 43.

³¹⁶GDP, *France Immigration Detention*.

³¹⁷FISCHER, *Games of law and repression. Immigration detention in France*, cit., p. 35.

³¹⁸FISCHER, *Games of law and repression. Immigration detention in France*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, cit., p. 35.

³¹⁹Ivi, p. 35.

³²⁰M. KMAK – A. SEILONEN, *Balancing control with rights. Immigration detention in Finland*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, cit., p. 44.

sicurezza e negli altri casi indicati dalla legge³²¹. Quella finlandese è una regolamentazione dettagliata, che ci introduce in maniera importante all'interno delle prigioni amministrative, dove le regole di sicurezza derivano dal ramo del diritto penitenziario.

Un modello interessante, che si presenta anche qui come eccezione al quadro generale che vuole normative elementari sulla gestione dei centri, è quello austriaco. L'Austria esprime la preferenza per il sistema della prigione aperta, ma prevede che ove non sia possibile dovrebbero essere adottate altre soluzioni, come l'apertura delle celle e un più facile accesso alle aree comuni. Il diritto del detenuto rispetto al regime di circolazione è quello di avere almeno un'ora al giorno per l'esercizio all'aria aperta. I migranti possono tenere i loro vestiti. Ai trattenuti è garantito l'accesso all'acqua calda, almeno una doccia calda a settimana, cibo sufficiente, di cui almeno un pasto caldo al giorno, e acqua potabile. La legge prevede che il comandante debba controllare quotidianamente la quantità e la qualità del cibo, mentre il medico debba effettuare controlli regolari. Viene poi garantita l'assistenza sanitaria. I prodotti per l'igiene devono essere forniti a coloro che non possono acquistarli. Viene previsto il diritto alle visite per mezz'ora a settimana. Per quanto riguarda le chiamate, la legge garantisce a chi è privo di mezzi di chiamare gratuitamente parenti, avvocati, autorità e il consolato. La pulizia del corpo e della cella è un obbligo. Vengono regolamentate le condizioni che giustificano l'isolamento. Si tratta dei casi in cui il trattenuto può diffondere malattie o rappresenta un pericolo per gli altri ristretti. Quelli che violano intenzionalmente le regole del centro possono essere sanzionati, ad esempio, con l'isolamento fino a tre giorni o sospendendoli dalla possibilità di praticare le attività sociali. È ammesso l'uso della forza se necessario per la sicurezza del centro e nel centro³²². Che la regolamentazione delle garanzie sia dettagliata è certamente meritevole. D'altro canto, però, il regime appare essenzialmente punitivo. Alla lettura di tali norme si ha l'impressione di una regolamentazione di un carcere (in senso stretto).

La stessa impressione ha avuto la dottrina con la regolamentazione della detenzione amministrativa in Spagna. Si è parlato di uno «strictly police force model»³²³. Del modello spagnolo è interessante notare il meccanismo di reclamo per lamentare le cattive condizioni trattamentali. I detenuti possono presentare denunce e questioni dinanzi al direttore del CIE, ai competenti organi amministrativi e giurisdizionali, al Pubblico ministero e al difensore civico³²⁴. Nel 2009, con la riforma della legge degli stranieri, è

³²¹GDP *Finland Immigration Detention*.

³²²GDP, *Finland Immigration Detention*; GDP, *Austria Immigration Detention*.

³²³Á. S. CORELLA, *Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas. A critical analysis of migrant detention centres in Spain: regulation, reality and alternatives*, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 19/2016, p. 37.

³²⁴GDP, *Spain Immigration Detention*.

stato istituito il “*juez de control*” come organo di reclamo. Questo avrebbe svolto un ruolo essenziale nel miglioramento delle condizioni di detenzione³²⁵.

A regolamentazioni amministrative dal carattere sostanzialmente penalistico risponde il legislatore olandese, che, di certo, non pecca di ipocrisia. Questo ha previsto che la detenzione diversa da quella in frontiera venga regolata dal Penitentiare Beginselen Wet³²⁶. Quindi è l’ordinamento penitenziario a regolare le condizioni di detenzione nella maggior parte dei centri di detenzione amministrativa olandesi³²⁷. In Olanda, i migranti finiscono per trascorrere ben sedici ore in cella³²⁸.

Il Trandum Utlendingsinternat è l’unico centro norvegese dedicato alla detenzione amministrativa. Qui la libertà di movimento dei trattenuti è limitata a 12 ore³²⁹. Le restanti vengono trascorse nella cella. Una particolarità della normativa norvegese è il meccanismo di vigilanza e reclamo. Si tratta del “Supervisory Board”, di cui fanno parte un giudice, un’infermiera ed uno specialista in salute e sicurezza. Quest’organo complesso ha sia poteri ispettivi sia poteri decisionali riguardo i reclami presentati dai trattenuti³³⁰.

La Svizzera non prevede una regolamentazione reale delle condizioni di trattenimento limitandosi a stabilire che i bisogni specifici delle persone vulnerabili, dei minori non accompagnati e delle famiglie con minori debbano essere considerati ai fini della sistemazione, che, comunque, deve essere in strutture idonee³³¹. In realtà, si tratta dell’unico Stato tra quelli obbligati al rispetto della dir. 2008/115/CE che utilizza le prigioni in modo regolare per la detenzione dei migranti³³². A Frambois, durante il giorno i migranti possono muoversi liberamente durante il centro³³³.

In Canada, la disciplina dei centri di detenzione amministrativa è una fonte di soft law (IRCC’s Enforcement Manual on Detention), quindi di principi guida. Anzitutto viene ribadita la necessità di rispettare la dignità umana nel trattamento dei migranti in regime di trattenimento. In aggiunta, si prevede, ad esempio, che le operazioni nel centro dovrebbero essere condotte in maniera trasparente e che i detenuti dovrebbero essere informati dei loro diritti³³⁴. I ristretti possono uscire dalle loro stanze per recarsi nelle

³²⁵C. MANZANEDO, “*Las calamitosas condiciones de internamiento en los CIE españoles*”, in *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjerías*, a cura di M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2015, p. 41; GDP, *Spain Immigration Detention*.

³²⁶GDP, *Netherlands Immigration Detention*.

³²⁷CORNELISSE, *Guarding the external border. Immigration detention in the Netherlands*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, cit., p. 28.

³²⁸Ivi, p. 28.

³²⁹MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, cit., p. 15.

³³⁰CPT, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 18 to 27 May 2011*, 21 dicembre 2011.

³³¹MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, cit., p. 55.

³³²MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, p. 55.

³³³Ivi, p. 57.

³³⁴GDP, *Canada Immigration Detention*.

aree comuni, ma per spostarsi da un'area all'altra del centro devono essere accompagnati dagli agenti della sicurezza. Sono sottoposti ad una costante vigilanza sia da parte delle guardie in uniforme che da parte delle telecamere di sorveglianza³³⁵. In breve, i centri di detenzione amministrativa funzionano come «medium security prisons»³³⁶. In Canada, diversamente dalla detenzione di diritto penale, non esiste un meccanismo di *reclamo*. Come sappiamo questa non è una novità nel contesto internazionale. Il dato interessante è che questa assenza si registra sia che il trattenimento abbia luogo in un centro di detenzione amministrativa sia che si svolga in una prigione³³⁷.

Negli USA esiste un modello di regolamentazione simile a quello canadese. Infatti, le condizioni di detenzione sono definite da linee guida, disposte dall'Immigration and Naturalization Service (INS) e poi riviste dall'attuale Immigration and Customs Enforcement (ICE)³³⁸, che hanno un carattere strettamente amministrativo. Nel centro di detenzione di Laredo, riporta Eisen, «*the distinction between a minimum security prison and the immigration detention center was to discern*»³³⁹. Si pensi che i detenuti, al momento della visita dell'autrice, erano vestiti con degli abiti colorati in ragione della loro pericolosità: le donne vestite di blu era ritenute a "basso rischio"; quelle in arancione "a medio rischio"; quelle in rosso "ad alto rischio"³⁴⁰.

Sempre sul terreno dei Paesi anglofoni, vediamo che anche nel Regno Unito le condizioni di detenzione sono regolate da standard. Questi sono definiti dalle "Detention Centre Rules"³⁴¹. Riporta l'HM Chief Inspector nel rapporto 2016-2017: «*detainees were held in prison-like conditions*». Abbiamo già sottolineato come il NPM per il Regno Unito ritenga che Brook House e Colnbrook costituiscano strutture analoghe, o «indistinguishable», da prigioni. Nei centri di detenzione amministrativa per migranti, ha accertato l'HM Chief Inspector, i trattenuti trascorrevano un tempo significativo chiusi nelle celle³⁴².

Anche in Sudafrica le condizioni di detenzione sono regolate da linee guida previste nell'"Immigration Act"³⁴³. A Lindela i trattenuti possono uscire dalle stanze durante il giorno. Anche qui però i migranti sono sottoposti a video sorveglianza³⁴⁴.

³³⁵J. CLEVELAND, *Not so short and sweet. Immigration detention in Canada*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, p. 83.

³³⁶Ivi, p. 83.

³³⁷Ivi, p. 85.

³³⁸CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica, cit.*, p. 130-131.

³³⁹Vedi EISEN, *op. cit.*, p. 141, corsivo aggiunto.

³⁴⁰Ivi, p. 141.

³⁴¹CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica, cit.*, p. 155-156.

³⁴²Le stesse, nei due centri sopra indicati, i migranti non potevano aprire le finestre e non veniva fatto impiego dell'aria condizionata. Scrive l'HM Chief Inspector of Prisons for England and Wales, *Annual report 2016-2017*, p. 74: «*The fact that detainees could not open a window in their cells and were still locked in for extended periods clearly affected their sense of well-being*».

³⁴³A. HIROPOULOS, *Migration and detention in South Africa. A review of the applicability and impact of the legislative framework on foreign nationals*, novembre 2017, in www.apcof.org, p. 11.

³⁴⁴R. AMIT, *The expansion of illegality. Immigration detention in South Africa*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact, cit.*, p. 148.

In Indonesia, non vi è una regolamentazione delle condizioni di detenzione a livello centrale. Quel che accade è che i migranti sono «*at the discretion of management*»³⁴⁵. Per i centri di Surabaya e Pontianak giungono testimonianze di ragazzi che affermano di essere stati chiusi nelle celle per mesi. Invece, a Belawan le testimonianze parlano di dodici ore di cella a notte. Diversamente a Pekambaru i detenuti hanno dichiarato che le autorità permettevano l'uscita dal centro il venerdì per la preghiera in moschea³⁴⁶.

Dal mosaico che abbiamo provato a ricomporre emerge che, in genere, per il "trattamento amministrativo" non sussiste la precisa definizione dei diritti e la descrizione analitica dei poteri, dei doveri e degli obblighi delle autorità. Così, i migranti sono esposti all'arbitrio delle autorità o degli enti gestori dei centri³⁴⁷. Diversamente, laddove sussiste una regolamentazione dettagliata delle condizioni di detenzione, emergono stringenti regole di *sicurezza* di derivazione penitenziaria, se non addirittura l'applicazione del diritto penitenziario, come in Olanda. Che la regolamentazione sia dettagliata o meno, è un'eccezione la previsione di sistemi di *reclamo*, ovvero dei meccanismi, tipici del diritto penitenziario, mediante i quali i detenuti possono lamentare la negazione dei loro diritti. Se si condivide che il riconoscimento di una situazione giuridica costituisca una garanzia della persona soltanto se questa venga messa nelle condizioni di superare l'opposizione di colui che è tenuto all'osservanza del comportamento, allora si può comprendere la gravità dell'assenza di meccanismi di reclamo.

Per cui, in definitiva, si potrebbe dire che, guardando agli ambienti e al regime di sicurezza, la differenza tra un "carcere punitivo" ed un "carcere amministrativo" stia nel nome. Non è una differenza di poco conto perché nel *nome* c'è tutto. Nel nome sta il trattamento giuridico dei ristretti e dal trattamento dipende la tutela della dignità dell'uomo. Non essendo una detenzione dalle funzioni rieducative, non si chiede una regolamentazione ispirata in tutto e per tutto al diritto penitenziario, ma una che ne recuperi le tutele, valorizzando le diverse esigenze di un regime "non punitivo". Come si approfondirà in seguito, ad es., non è affatto necessario assicurare al detenuto la fruibilità del lavoro, ma la possibilità di praticare delle attività ricreative. Si tratta quindi di garantire degli standard di vivibilità all'interno dei centri, anche mediante la possibilità di reclamarne il mancato rispetto delle norme funzionali alla realizzazione di tale obiettivo.

³⁴⁵A. NETHERY – B. RAFFERTY BROWN – SAVITRI TAYLOR, *At the discretion of management. Immigration detention in Indonesia*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, cit. 118, corsivo aggiunto.

³⁴⁶Ivi, *cit.*, p. 118.

³⁴⁷SILVERMAN – NETHERY, *Understanding immigration detention and its human impact*, p. 3, scrivono: «In most countries, judicial imprisonment is regulated by well-established procedures with a view to afford accountability and transparency of the prison and the experiences of prisoners. Immigration detention is not regulated in the same way, and thus the conditions of detainees can be arbitrarily applied and are often harsh». WILSHER, *op. cit.*, p. 301, descrive i centri di detenzione per migranti come «lawless environment where detainees are at the mercy of both their guards and their government masters».

3.4 La situazione italiana

Nell'ultimo rapporto del Garante nazionale sui CPR, si legge che «*la configurazione strutturale dei CPR, riscontrata dalle delegazioni nel corso delle visite, è apparsa del tutto assimilabile a quella di un ambiente carcerario*»³⁴⁸. Lo stesso giudizio lo esprimeva il CPT per i CPR di Caltanissetta e Torino, sottolineando, comunque, che tutte le strutture visitate fossero rette da *regole di sicurezza piuttosto dure*³⁴⁹.

Il Garante nazionale descrive analiticamente la struttura del CPR di Torino³⁵⁰. Questo è suddiviso in sei aree abitative, l'una separata dall'altra da *alte cancellate in ferro*. In ognuna di queste aree vi è un edificio, al cui interno vi è lo spazio di alloggio dei detenuti. Le stanze si compongono di quattro letti, un bagno ed un piccolo cortile. I migranti sono liberi di circolare *nella loro area abitativa*. Dal momento che questi non vi possono uscire, *li si esaurisce il loro spazio di libera circolazione*. La libertà di movimento non viene garantita neanche per raggiungere il corpo di fabbrica, in cui vengono anche erogati servizi come la consulenza legale³⁵¹. Nel CPR di Torino vi è il c.d. "ospedaletto", ovvero un'area, definita da alte inferriate sul perimetro, suddivisa in una serie di locali funzionali all'isolamento per ragioni sanitarie, ed il cui cortile, che costituisce l'accesso alla stanza, si presenta come «*sovrastato [...] da alte cancellate in ferro chiuse*», e «*ricoperto da travi metalliche*»³⁵². Si crea così un vero e proprio effetto gabbia³⁵³. Non a caso il CPT definiva i locali dell'ospedaletto di Torino delle «*celle*», tra l'altro usate anche per altre ragioni oltre a quelle strettamente sanitarie, tra cui quelle di sicurezza o a carattere disciplinare o protettivo³⁵⁴. Inoltre, il Garante ha *rilevato l'esistenza di «"celle di sicurezza" collocate all'interno del corpo fabbrica destinato agli Uffici della Polizia di Stato e dell'Ente gestore: una collocata al piano terreno e altre tre situate nel livello interrato*»³⁵⁵.

Il centro di Ponte Galeria a Roma si presenta esteticamente come un ambiente grigio, metallico, che, a non sapere che si tratti di un centro per persone senza permesso di

³⁴⁸Garante nazionale, *Rapporto sulle visite tematiche effettuate nei centri di permanenza per il rimpatrio (cpr) in italia (febbraio - marzo 2018)*, 6 settembre 2018, p. 8, corsivo aggiunto. Il Garante visitava i centri di Brindisi-Restinco, Palazzo San Gervasio, Bari e Torino, tra febbraio e marzo 2018.

³⁴⁹CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017*, 10 aprile 2018, p. 31. Il CPT visitava i CPR di Caltanissetta, Torino e Roma dal 7 al 13 giugno 2017.

³⁵⁰Garante nazionale, *Rapporto sulle visite tematiche, cit.* Quanto si riporta per i vari centri è riferito al momento del rapporto.

³⁵¹Ivi, p. 9.

³⁵²Ivi, p.12.

³⁵³Garante nazionale, *Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli Hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività)*, p. 21.

³⁵⁴CPT, *Report to the Italian Government, cit.*, p. 31.

³⁵⁵Garante nazionale, *Rapporto sulle visite tematiche, cit.* p. 13. Si legge nel rapporto: «*la cella situata al pian terreno non è riscaldata e reca un foro da cui entra l'aria mentre le celle collocate al piano terreno sono di ridottissime dimensioni, con uno scarsissimo apporto di luce e aria naturali. Entrambe sono quasi del tutto prive di arredo se non una modestissima panca*».

soggiorno, si potrebbe pensare che sia destinato ad ospitare i peggiori criminali d'Italia. Caterina Mazza spiega che nella costruzione del centro è stato preso a *modello* il *carcere di massima sicurezza*³⁵⁶. Ovunque sono presenti «alte sbarre in metallo che suddividono i vari blocchi e locali abitativi»³⁵⁷. A fronte dell'estetica carceraria, sia il CPT che il Garante, nelle rispettive visite del 2017, constatavano che all'interno del centro fosse permesso alle detenute di circolare liberamente tra i vari settori. D'altra parte, tale maggiore libertà era più che compensata da un irrigidimento delle restrizioni relative agli oggetti proibiti. Tali *restrizioni*, dice il CPT, oltre ad amplificare l'impressione delle detenute di essere in un «ambiente punitivo»³⁵⁸, erano state stabilite dalla polizia e, agli occhi del Comitato, apparivano «eccessive o irrilevanti dal punto di vista della sicurezza»³⁵⁹. Si pensi al divieto di tenere frutta nelle aree detentive, occhiali da sole e borse.

3.4.1 Cosa (non) prevede la legge italiana sui centri di detenzione amministrativa

Già nella relazione di accompagnamento alla l. 6 marzo 1998, n. 40, che introduceva nell'ordinamento italiano il "trattenimento" dello straniero, il legislatore metteva nero su bianco che «I centri di permanenza temporanea sono estranei al circuito penitenziario». Il bisogno di effettuare tale espressa esclusione nasconde un'ammissione di fondo: i CPR giuridicamente non sono penitenziari, ma, di fatto, ne possiedono tutti gli attributi.

Il legislatore ha dedicato alle condizioni di detenzione dei migranti irregolari in un CPR *un solo comma* dell'art. 14 del d.lgs. 286/1998. Ha previsto soltanto che debba essere assicurata *la libertà di corrispondenza* con l'esterno, anche via telefono, e che il trattenimento nel centro debba essere effettuato «con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità». Di certo non serviva una norma di legge per riconoscere la dignità al migrante trattenuto. Gli artt. 13, 4° co., Cost. e 27, 3° co., Cost., sono espressione di un *generale rifiuto* per i trattamenti inumani e degradanti delle persone in custodia dello Stato, un rifiuto che è al fondamento della civiltà giuridica³⁶⁰ e si riassume nella formula: «qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona

³⁵⁶MAZZA, *op. cit.*, p. 150.

³⁵⁷Garante nazionale, *Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli Hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività)*, p. 21.

³⁵⁸CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017*, cit., p. 31, trad. e cors. dell'autore.

³⁵⁹*Trad. nostra*, corsivo aggiunto.

³⁶⁰È riconosciuto nei testi fondamentali di tutto il mondo. Ad esempio: art. 3 Cedu; art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 10 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; art. 5 Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; art. 5 della Convenzione americana sui diritti umani; art. 20 Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam.

umana»³⁶¹. Lo ribadisce anche il legislatore del *penitenziario* nell'art. 1, a cui seguono però *novanta articoli*, taluni dei quali sono volti a concretizzare tale scelta di principio³⁶².

Per i *richiedenti protezione internazionale* trattenuti in un CPR, il legislatore, nel d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142, pur ribadendo il principio del trattamento conforme al rispetto della dignità dell'uomo, ha avuto cura di stabilire all'art. 7 delle *garanzie minime* sulle condizioni di detenzione, con un'opera di "copia-incolla" dalla direttiva accoglienza. Viene previsto che il trattenuto debba essere sistemato in *locali separati* dai migranti da rimpatriare, che vadano separate le donne dagli uomini, e che, allo stesso tempo, se possibile, vada preservata l'unità del nucleo familiare. Il richiedente protezione internazionale deve essere *informato* delle regole che governano la vita del centro e dei suoi diritti ed obblighi nella prima lingua che questo ha indicato o in quella che ragionevolmente si ritiene che possa comprendere. Nel ribadire "il principio di dignità", il legislatore rinvia alle disposizioni di cui all'art. 14. Di talché deve essere garantita la *corrispondenza* con l'esterno con le medesime modalità. Viene garantito l'*accesso ai centri* e la libertà di *colloquio* all'UNHCR e a coloro che operano per suo conto, ai familiari del trattenuto, ai legali, ai rappresentanti degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale «con esperienza consolidata nel settore» e ai ministri del culto. Per le modalità di accesso e per i colloqui, il medesimo art. 7 co. 2 rinvia a direttive del Ministero dell'Interno, adottate ai sensi dell'art. 21 co. 8 del d.P.R. 31 agosto 1999 n. 394. L'accesso nei centri può essere limitato mediante tali direttive soltanto per motivi di sicurezza, ordine pubblico, e per ragioni correlate alla corretta gestione amministrativa della struttura. Riguardo al diritto di accesso dell'UNHCR, la normativa italiana dovrebbe essere interpretata in conformità alla direttiva accoglienza. Il legislatore prevede il diritto del trattenuto alla fruibilità di spazi all'*aria aperta*. Infine, dispone un *divieto di trattenimento* in un CPR per le "*persone vulnerabili*" che versano in condizioni non compatibili con un simile trattamento. Il d.l. 17 febbraio 2017 n. 13 ha previsto che nei centri debba essere effettuata una verifica periodica con riguardo alla «*sussistenza di condizioni di vulnerabilità che richiedono misure di assistenza particolari*».

In aggiunta, a prescindere dalla categoria di trattenuto (richiedente/irregolare), l'art. 7, 5° co., lett. e) del d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 (c.d. "svuota carceri") *riconosce* il potere del Garante nazionale (istituito proprio da tale decreto) di accedere nei locali dei CPR senza alcuna restrizione³⁶³. Ad ultimo, con l'art. 19 del d.l. 17 febbraio 2017 n. 13, il legislatore ha rinviato all'*art. 67 dell'ord. penit.*, che stabilisce il diritto di visita senza autorizzazione per talune figure istituzionali, tra cui figurano: il Presidente ed i giudici della Corte costituzionale; i membri del Parlamento; i componenti del Consiglio superiore della magistratura; i magistrati di sorveglianza (che però non hanno

³⁶¹Art. 10 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

³⁶²Come efficacemente riassume A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit., p. 46., «fino a quando la dignità non si articola in una serie di diritti (giustiziabili), la stessa, specie a livello di legge ordinaria, non riesce ad andare oltre la consistenza di una formula di stile meramente declamatoria».

³⁶³Si tratta di un mero riconoscimento perché il protocollo OPCAT già autorizza il Garante ad accedere in tutti i luoghi di privazione della libertà.

giurisdizione nei CPR); i garanti dei diritti dei detenuti ad ogni livello (es: regionale); i membri del Parlamento europeo.

Se la normativa primaria è di facciata per gli irregolari e di base per i richiedenti protezione internazionale, occorre cercare la disciplina sostanziale nei rami delle fonti secondarie.

La prima fonte che viene in rilievo è il d.P.R. 31 agosto 1999 n. 394 (art. 21-23), adottato in attuazione del d.lgs. 286/1998. Vengono riconosciute poche situazioni soggettive, tra cui il *diritto di colloquio* con i visitatori provenienti dall'esterno, «in particolare» con il legale e i ministri del culto. Viene comunque garantita la possibilità di accedere ai centri per i familiari conviventi, il personale diplomatico, e alle organizzazioni con progetti di collaborazione concordati con il prefetto. Vero che si prevede che «nell'ambito del centro sono assicurati, oltre ai servizi occorrenti per il mantenimento e l'assistenza degli stranieri trattenuti o ospitati, i servizi sanitari essenziali, gli interventi di socializzazione e la libertà del culto nei limiti previsti dalla Costituzione», ma la norma si presenta come una promessa al rispetto della Costituzione, delegata ad autorità amministrative. Lo sforzo regolamentare sostanzialmente si esaurisce in un esercizio di individuazione dell'autorità esercente poteri arbitrari, ora il prefetto, ora il questore ognuno destinatario di una «delega in bianco»³⁶⁴ nella regolamentazione di aspetti come le modalità di erogazione di prestazioni di cura e assistenza o in materia di provvedimenti per la sicurezza e l'ordine pubblico dei locali, la promozione della persona³⁶⁵. Il regolamento dice poco altro per i trattenuti.

Quest'elevata discrezionalità delle prefetture, che si esercitava anche nel potere contrattuale con gli enti gestori, e che il "capitolato d'appalto" del 2008 non metteva adeguatamente a freno, portava, a parità di situazioni, a significative discriminazioni trattamentali da centro a centro³⁶⁶. «Ravvisata l'esigenza di assicurare regole e livelli di accoglienza uniformi per l'organizzazione interna dei centri di identificazione ed espulsione [...] e per l'erogazione dei servizi all'interno degli stessi», veniva emanato il decreto del Ministero dell'Interno n. 12700 del 20 ottobre 2014, con cui veniva approvato il «regolamento recante criteri per l'organizzazione dei centri di identificazione ed espulsione». Questo contiene una disciplina piuttosto articolata ed analitica. A titolo di esempio, viene stabilito che al momento dell'ingresso nel centro lo straniero deve essere *informato* dei suoi diritti e doveri, delle modalità del trattenimento e delle regole di convivenza nel centro e a tal fine viene a lui consegnata una Carta dei diritti e dei doveri, allegata al decreto. O ancora, l'art. 3 disciplina dettagliatamente la questione delle visite mediche, prevedendo anche *visite mediche obbligatorie* all'ingresso del centro e durante la permanenza. Garantisce la presenza di *personale medico 24/24 ore*, compresi i festivi. Negli allegati vengono stabiliti con cura i requisiti e gli strumenti che deve possedere l'ambulatorio.

³⁶⁴VALENTINI, *op. cit.*, p. 110.

³⁶⁵Vedi ad esempio l'art. 21, 8° e 9° comma.

³⁶⁶Ivi, p. 112.

3.4.2 “Gli Hotspots non esistono” (cenni)

Per quanto riguarda i CPSA/Hotspots, li (dovrebbe) regola(re) la c.d. “Legge Puglia”, adottata quattro anni dopo l'ondata migratoria albanese del 1991. Su questa legge si tornerà ampiamente nel capitolo successivo. Basti considerare che *non detta alcuna disciplina delle condizioni di accoglienza*.

Non vi è una sola norma nell'ordinamento giuridico italiano, neanche appartenente alla normativa secondaria, che si preoccupa delle condizioni del trattamento.

I centri di frontiera costituiscono così dei *blindspots dell'ordinamento giuridico*, e ciò si traduce nel *potere di fatto* delle cooperative, delle forze di polizia e delle Agenzie europee di decidere sull'esercizio e la tutela dei diritti “inviolabili”³⁶⁷.

3.4.3 La palese violazione dell'articolo 13 della Costituzione

Sia per i CPR che, evidentemente, per gli Hotspots viene *violato il principio della riserva di legge*.

Infatti, il 2° co. dell'art. 13 Cost., dopo aver sancito il principio della riserva di legge sui casi di privazione della libertà personale e la riserva di giurisdizione, aggiunge che la libertà può essere compressa solo nei *modi previsti dalla legge*, intendendo stabilire che la legge debba indicare anche le «modalità» del trattamento³⁶⁸.

Il “bisogno di legalità” si ripropone anche per la compressione di ulteriori diritti inviolabili come il diritto alla segretezza della corrispondenza (15 Cost.), il diritto alla salute (art. 32 Cost.) ed il diritto all'unità familiare (art. 29 e ss. Cost.), la cui tutela, per i soggetti in custodia dello Stato, passa necessariamente per la condotta dell'amministrazione.

La legge è garanzia di discussione parlamentare, e quindi di trasparenza, di responsabilità politica e può essere oggetto di un sindacato di legittimità costituzionale. Per questo il “trattamento penitenziario” di condannati, internati (cioè sottoposti a misura di sicurezza detentive), e imputati è regolato con minuziosità di dettagli dalla l. 26 luglio 1975 n. 354. Il Regolamento approvato con d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 non fa che specificare quanto previsto dall'ordinamento penitenziario e che non può essere spazzato via con un semplice colpo di penna. Seppure il potere delle maggioranze potrebbe rivoluzionare il testo normativo, frutto di decenni di lotte, ciò comporterebbe l'assunzione di un'enorme responsabilità politica. Per cui, al contropotere costituito dalla Corte Costituzionale si affiancherebbe quello ancor più forte: la società civile.

³⁶⁷LOPRIENO, *op. cit.*, p. 137, parla di trattenimento sostanzialmente «anomico» in strutture che finiscono per costituire «una sorta di “terra di nessuno”».

³⁶⁸A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, Dir. imm. citt., n. 1/2014, p. 35. Vedi anche PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, p. 580, VALENTINI, *op. cit.*, p. 106. La stessa Corte costituzionale, nella sentenza 26/1999, ha affermato che l'ordinamento penitenziario è «materia di legge, alla stregua dell'art. 13 della Costituzione».

3.4.4 L'irragionevolezza della "fuga dal penitenziario"

L'art. 3 Cost. vuole che a situazioni uguali corrisponda un eguale trattamento giuridico. Occorre allora chiedersi qual è il *termine di paragone* che rende dissimile la detenzione in un CPR/Hotspot rispetto a quella in un istituto penitenziario.

Partiamo dai punti in comune. Anzitutto, *si tratta in entrambi i casi di luoghi strutturalmente simili di privazione della libertà personale*. In entrambi i casi, i diritti inviolabili, che la Repubblica dovrebbe (!) riconoscere e garantire (art. 2 Cost.), con l'ingresso in un luogo di privazione della libertà personale non dovrebbero essere degradati a mere aspettative³⁶⁹. Ovviamente, per il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) le norme dell'ordinamento penitenziario si applicano *anche agli stranieri*.

Le modalità del trattamento in un istituto penitenziario non sono poi necessariamente connesse con la finalità rieducativa di cui all'art. 27 della Costituzione. Si pensi al diritto ad un «adeguato corredo per il proprio letto»³⁷⁰, all'«uso adeguato e sufficiente di lavabi e di bagni e docce, nonché degli altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona»³⁷¹. Si pensi altresì alla disposizione secondo cui «il vitto è somministrato, di regola, in locali all'uopo destinati»³⁷². O, ancora, si pensi all'analiticità con cui l'art. 11 attua l'art. 32 della Costituzione. Poi all'art. 27 secondo cui negli istituti devono essere favorite e organizzate attività culturali, sportive e ricreative e ogni altra attività volta alla realizzazione della personalità dei detenuti e degli internati, *anche* nel quadro del trattenimento rieducativo. Queste disposizioni, che si applicano a condannati, internati, imputati, hanno la sola finalità di *rispettare la persona umana*, sancendo una *soglia minima e legale di dignità*.

Per cui non vi è alcun elemento discrezionale tra le due ipotesi. Di talché, la violazione del principio di eguaglianza è evidente³⁷³.

Vi è un ultimo profilo assolutamente centrale di questa insensata "fuga dal penitenziario". A differenza dei centri di detenzione amministrativa, nei penitenziari italiani al dovere di dare o di fare dell'amministrazione corrispondono *diritti da far valere dinanzi ad un magistrato*. È l'ennesima violazione del principio di eguaglianza.

³⁶⁹Ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza 26/1999 che «*la dignità della persona anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale*».

³⁷⁰Art. 6, ord. penit.

³⁷¹Art. 8, ord. penit.

³⁷²Art. 9, ord. penit.

³⁷³Forse però non è necessario attendere il legislatore, né un intervento della consulta. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit., p. 63, suggerisce l'estensione analogica delle norme dell'ordinamento penitenziario in quanto compatibili. Questo sulla base di una «nozione ampia di carcere».

3.4.5 Dignità calpestate ma nessuno a cui chiedere aiuto

Si è detto che con il d.l. 13/2017 il legislatore ha rinviato all'art. 67 dell'ord. penit. per il diritto di visita senza autorizzazioni. Tra quelle figure istituzionali ci sarebbe anche il magistrato di sorveglianza, ma il suo diritto è limitato all'esercizio delle proprie funzioni, che non si estendono ai CPR-Hotspot.

Non esiste alcuna autorità giurisdizionale per i trattenuti nei centri di detenzione amministrativa, o meglio, a differenza dei sistemi nazionali sopra esaminati, come quello francese, tedesco e spagnolo, *non vi è proprio un meccanismo di reclamo*. Si tratta di un fatto gravissimo perché soffoca la voce di chi cerca aiuto oltre a rendere ineffettivi i diritti a loro (debolmente) riconosciuti.

Così, il regolamento del 2014 sui CPR prevede che le visite si debbano svolgere nel presidio sanitario in modo da garantire *privacy* e tutela della dignità personale e che il gestore debba garantire il *servizio mensa in appositi locali* adibiti allo scopo. Tra gli altri aspetti, il regolamento si preoccupa della vigilanza interna ed esterna al centro. Sulla vigilanza esterna, prevede che «presso ogni Centro è istituito un presidio permanente di vigilanza e il *Questore*, d'intesa con il Prefetto, sentito il Comitato Provinciale per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica, *adotta i provvedimenti e le misure occorrenti per la tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno del Centro* e per impedire indebiti allontanamenti degli stranieri disponendo, altresì, un piano specifico al fine del ripristino della misura del trattenimento in caso in cui la stessa venga violata». Viene altresì disposto che il gestore debba *organizzare attività ricreative, sociali e religiose* «in modo da consentirne la fruizione giornaliera e in spazi appositamente dedicati».

Diversamente, quanto alla *privacy*, come «ordinaria routine», il Garante, in visita ai CPR nel periodo febbraio-marzo 2018, riscontrava che i detenuti facevano le visite in presenza della polizia, nonché l'assenza a Torino di porte o tendine a separare i bagni dalla stanza o i gabinetti tra loro³⁷⁴. Quest'ultimo centro era l'unico tra quelli visitati ad avere dei locali *mensa*. Così, a Palazzo San Gervasio i trattenuti mangiavano in camera, sul letto. Nei CPR visitati dal Garante vi era un enorme *problema di sicurezza* per gli "ospiti" dei centri. Infatti, non vi erano sistemi di *allarme* funzionanti (anche semplici citofoni) che i detenuti potessero usare in caso di bisogno. Il CPT, in visita ai centri nel giugno 2017, riportava di aver ricevuto una serie di denunce aventi ad oggetto il *non intervento* nel caso di scontri tra detenuti. Questa sarebbe stata la situazione di Caltanissetta e Torino³⁷⁵, una situazione gravissima che portava il Garante ad usare queste parole: «la sensazione è che gli stranieri trattenuti vivano in una sorta di *stato di abbandono* o comunque scarsa considerazione, lontani dal corpo fabbrica in cui sono gli uffici amministrativi, *blindati* all'interno del settore abitativo di assegnazione *in balia di loro stessi*»³⁷⁶. Sempre a Torino,

³⁷⁴Garante nazionale, *Rapporto sulle visite tematiche*, cit., p. 7.

³⁷⁵CPT, *Report to the Italian Government*, cit., p. 23.

³⁷⁶Garante nazionale, *Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli Hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività)*, p. 20.

il Garante verificava che le camere non disponessero di pulsante di accensione e spegnimento. La luce veniva infatti azionata a livello centrale dal personale. Pertanto, i trattenuti per accendere o spegnere la luce dovevano raggiungere l'area perimetrale esterna e sperare che li notasse un operatore³⁷⁷. I centri si presentavano poi come *spazi di ozio forzato*, attesa l'«*assenza di ogni attività diversa dall'attendere che il tempo scorra*»³⁷⁸.

Così, il regolamento è disatteso, la dignità umana calpestata, e manca un rimedio effettivo contro la violazione dei diritti fondamentali. Vi è pertanto un *enorme quanto naturale problema di effettività dei diritti* garantiti dalla Costituzione. Questa, come gli eventuali regolamenti, leggi, Roadmap, linee guida e quant'altro, senza l'intervento di un giudice, rimangono un bellissimo ritratto di ciò che ci proponiamo di essere, poiché «*non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere*»³⁷⁹. Un soggetto terzo ed imparziale deputato ad intervenire sulle violazioni dei diritti *deve* esserci.

Si pone un ulteriore problema oltre quello dell'effettività. In assenza di un'autorità giurisdizionale a cui ricorrere, il "fatto" taglia le gambe al diritto perché non si vede come poter sollevare un *giudizio di costituzionalità* per le questioni già esaminate. In assenza di un diverso organo giurisdizionale a cui lamentare le violazioni dei diritti fondamentali per ottenerne il rispetto, né un giornalista che renda edotta la società civile della realtà dei centri, questi divengono *pericolosi regni di polizia*, in cui la società è tagliata fuori e i migranti abbandonati al loro interno.

La gravità del silenzio del legislatore è amplificata dal fatto che il 1° settembre 2015, nel caso *Khlaifia*, la seconda sezione della CEDU condannava all'unanimità lo Stato italiano per violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 Cedu, dopo aver accertato che non vi fosse per i ricorrenti tunisini, trattenuti nel CPSA di Lampedusa nel settembre 2011, un ricorso effettivo per lamentare la sussistenza di trattamenti inumani o degradanti. La Grande camera, il 15 dicembre 2016, condannava anch'essa lo Stato italiano all'unanimità. Allora la *Khlaifia* doveva e *deve tutt'ora* (in ragione dell'art. 41 e 46 Cedu³⁸⁰) giocare un ruolo importantissimo, al pari della sentenza *Torreggiani* dell'8

³⁷⁷Garante nazionale, *Rapporto sulle visite tematiche*, cit., p. 6. La situazione sembra sempre la stessa da anni. A. BALLERINI...*a noi che sogniamo un mondo senza CIE*, 7 gennaio 2017, in www.a-dif.org, (precedentemente pubblicato col titolo "*Nei CIE, in punta di dita*", in www.corrieredellemigrazioni.it), dopo la visita nel centro di Torino l'8 ottobre 2013, scriveva: «*Una ragazza boliviana vorrebbe leggere ma non c'è luce nella stanza. L'interruttore si trova negli uffici esterni e il suo utilizzo può essere governato solo dall'ente gestore. [...]. Chiedo come si fa a farsi accendere la luce, a chi bisogna chiedere: mi spiegano che come prima cosa devono riuscire ad attirare l'attenzione di un militare posto di guardia fuori dalla rete e poi implorare un contatto con la Croce Rossa. Ma il milite è svogliato, distratto dal cellulare e non le degna di ascolto. E così si rinuncia a leggere*» (corsivo aggiunto). Vedi MAZZA, *op. cit.*, p. 88, per i racconti dei parlamentari all'uscita del CIE di Roma e Milano il giorno 25 luglio 2011.

³⁷⁸Garante nazionale, *Rapporto sulle visite tematiche*, cit., p. 8.

³⁷⁹Corte costituzionale sentenza 212/1997.

³⁸⁰Il Garante nazionale ha nuovamente ricordato nel parere sul decreto 4 ottobre 2018 n. 113, che definire una procedura di reclamo è necessario «anche nell'ottica di prevenire ulteriori censure in sede internazionale». Garante nazionale, *Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante titolo: "disposizioni urgenti in materia di protezione*

gennaio 2013. Dopo quella vicenda, in cui vi entrava anche la Corte costituzionale, che, il 7 giugno dello stesso anno, riconosceva che i provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza fossero obbligatori per l'Amministrazione penitenziaria³⁸¹, lo Stato italiano introduceva nell'ordinamento penitenziario il *reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza* (art. 35 bis)³⁸².

Non sembra pensabile, nel breve periodo (e la tutela è ormai improcrastinabile), la "sperimentazione" di un nuovo organo giurisdizionale. Sarebbe quindi necessario un cospicuo ampliamento d'organico dei magistrati di sorveglianza³⁸³. La riduzione degli sbarchi è certamente un fattore che favorisce tale processo.

4 Il rapporto con l'esterno

Esaminato il regime di sicurezza all'interno dei centri e giunti alla conclusione che «la "detenzione amministrativa" nulla ha da invidiare a quella eseguita negli istituti penitenziari, senza però poter contare (almeno) sulle garanzie offerte dall'ordinamento penitenziario»³⁸⁴, come efficacemente riassume Massaro, occorre adesso interrogarci sul grado di *segregazione dei detenuti*. Si tratta di indagare due profili: la capacità del trattenuto di relazionarsi con l'esterno; la capacità del mondo esterno di penetrare all'interno della fortezza amministrativa. Da qui dipende un ulteriore giudizio sulla natura di questi centri e sul rispetto dei migranti in quanti esseri umani.

4.1 Relazionarsi con l'esterno

In merito alla capacità del trattenuto di relazionarsi con l'esterno, consideriamo l'utilizzabilità del *telefono cellulare* e *Internet*. È intuitivo che per un migrante trattenuto, che spesso non ha familiari nello Stato di destinazione, il telefono e la rete possano essere le uniche soluzioni possibili per rimanere in contatto con la famiglia.

Per questo, in una scala delle restrizioni definita per gravità, il primo posto dovrebbe spettare alla proibizione, diretta o indiretta, dell'uso del telefono. Questa viene scarsamente praticata dato che quella componente di segregazione che viene utilizzata in funzione della detenzione da reato, nella nostra materia, non può trovare ratio adeguata alla limitazione dei diritti fondamentali su cui la misura andrebbe ad incidere.

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-, 15 ottobre 2018, p. 14. Infatti, vi sono diversi ricorsi pendenti per il trattamento subito dai migranti all'interno degli Hotspot.

³⁸¹Corte Cost., *sent. n. 135 del 2013*, in www.cortecostituzionale.it.

³⁸²D.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014.

³⁸³L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Quest. giust.* 5/2009, p. 16., sosteneva già in questo scritto la necessità che la giurisdizione di sorveglianza facesse il suo ingresso nei centri di detenzione per migranti.

³⁸⁴MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione*, cit., p. 46, corsivo aggiunto.

Guardando all'estero, al centro francese di Toulouse i migranti possono usare i telefoni del centro e gli viene data una carta telefonica se hanno con sé meno di 7,50 €³⁸⁵. In Germania, nel centro di Ingelheim, i trattenuti possono utilizzare i telefoni installati su ogni piano, ma soltanto due chiamate sono gratuite: una al momento dell'arrivo nel centro e una all'uscita³⁸⁶. Al centro svedese di Märsta i migranti possono utilizzare il loro telefono se privo della fotocamera, oppure viene loro consegnato un telefono di questo tipo³⁸⁷. Va sottolineata la presenza di postazioni *Internet*³⁸⁸. Sappiamo poi che nella struttura norvegese di Trandum i migranti non hanno accesso illimitato ai telefoni³⁸⁹. Al centro di Metsälä, in Finlandia, i trattenuti possono utilizzare sia il telefono personale che quello pubblico, e possono chiamare gratuitamente talune autorità o istituzioni, quali, ad esempio, l'UNHCR, le Ong che prestano assistenza legale e gli avvocati³⁹⁰. Nel centro svizzero di Frambois i detenuti possono utilizzare delle cabine telefoniche in un'area a loro accessibile quotidianamente³⁹¹. Quel che è interessante della struttura in questione è la possibilità che i detenuti hanno di *ricevere chiamate*³⁹². Nel Regno Unito i trattenuti possono utilizzare i loro telefoni³⁹³. In Canada il telefono gli viene sequestrato insieme agli effetti personali. I migranti possono però chiamare gratuitamente alcuni numeri locali. Diversamente, per chiamate non locali, necessitano di carte telefoniche³⁹⁴.

In conclusione, la tendenza generale, da cui sembrerebbe che vadano esclusi gli USA³⁹⁵, è quella di *non impedire* al trattenuto i contatti con l'esterno.

È altrettanto vero che non impedire non significa *garantire*. È noto che spesso i "viaggi della speranza" rendono poveri, che quindi chi arriva lo fa senza avere più nulla. Per questo il mero possesso di un apparecchio digitale non è garanzia di comunicazione. Le stesse ricariche, eventualmente acquistate con il "pocket money", non sono sufficienti a soddisfare il bisogno di comunicare con gli affetti. Non bisogna mai dimenticare il *carattere non "punitivo"* della detenzione amministrativa. L'estraneità rispetto ai fini penalistici ci fa ritenere doveroso garantire al trattenuto l'incondizionato contatto con i suoi cari. Così, i sistemi Märsta e Frambois dovrebbe essere "ordinaria gestione". Rispettivamente, *l'utilizzo di Internet e la possibilità di ricevere chiamate dall'esterno* garantiscono la possibilità di comunicazione anche per gli indigenti e possono favorire

³⁸⁵MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, cit., p. 15.

³⁸⁶Ivi, p. 15.

³⁸⁷Ivi, p. 63.

³⁸⁸Ivi, p. 63.

³⁸⁹Ivi, p. 15.

³⁹⁰M. KMAK – A. SEILONEN, *Balancing control with rights. Immigration detention in Finland*, cit., p. 44.

³⁹¹MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, cit., p. 62.

³⁹²Ivi, p. 62.

³⁹³M. GRIFFITHS, 'A proud tradition'? *Immigration detention in the United Kingdom*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, cit., p. 15.

³⁹⁴CLEVELAND, *Not so short and sweet. Immigration detention in Canada*, cit., p. 83

³⁹⁵Vedi per l'accesso all'utilizzo del telefono: Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, *Report on immigration in the United States: detention and due process*, 30 dicembre 2010, p. 100 ss.

una più armoniosa convivenza con le stesse istituzioni presenti nel centro³⁹⁶. Il CPT ritiene che le autorità dovrebbero garantire l'esistenza di postazioni internet, che permettano la circolazione in rete e l'utilizzo di software, come ad esempio Skype³⁹⁷.

4.2 I "watch dogs" come intralcio

I giornalisti, le Ong e gli organismi di monitoraggio a tutela dei diritti umani dovrebbero essere l'anello di congiunzione tra ciò che è dentro le mura ed il mondo esterno³⁹⁸.

Diversamente, in taluni Stati vi è un regime particolarmente restrittivo, se non proibitivo, per l'accesso nei centri ai giornalisti, nonché agli organismi e alle organizzazioni di tutela dei diritti umani³⁹⁹. Su tutti, spicca la politica "offshore detention" australiana. Sono note le restrizioni ai giornalisti per l'accesso nei centri di Nauru e Manus Island. Ad ottobre 2018 il Governo di Nauru ha sospeso i servizi di assistenza psichiatrica e psicologica che MSF svolgeva a titolo gratuito dal novembre 2017. Nell'arco di 24 ore la Ong è stata costretta ad interrompere le attività⁴⁰⁰, sebbene il contesto di "indefinite detention" faceva di MSF l'ultima ancora di salvezza per tante persone in stato mentale scioccante. Questa è la situazione denunciata da MSF: «Tra i 208 richiedenti asilo e rifugiati che abbiamo assistito a Nauru, 124 (il 60%) hanno pensato di togliersi la vita e 63 (il 30%) hanno tentato il suicidio. A dodici pazienti, adulti e bambini, è stata diagnosticata la "sindrome da rassegnazione", una rara condizione psichiatrica in cui le persone arrivano a uno stato semicomatoso, incapaci anche di mangiare o bere, e hanno bisogno di cure mediche per restare in vita»⁴⁰¹. Nel 2014 la Commissione europea pubblicava un rapporto sull'implementazione della direttiva rimpatri nell'Unione europea. Questa scriveva: «In sette Stati membri è tuttora problematico il recepimento giuridico del diritto di accedere autonomamente e pienamente ai centri di trattenimento di cui godono gli organismi e le organizzazioni nazionali, internazionali e non governativi, ai sensi dell'art. 16, § 4. Tre di questi Stati membri si sono già impegnati a modificare le loro legislazioni, negli altri quattro la prassi non risulta del tutto conforme agli obblighi». Per fare un ulteriore esempio, nel Regno Unito l'accesso ai giornalisti sarebbe impedito⁴⁰².

L'«impermeabilità ai media»⁴⁰³ impedisce alla società civile di acquisire consapevolezza sulla realtà di questi luoghi. Impedisce, quindi, una *rielaborazione critica*

³⁹⁶ Vedi le considerazioni di MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, cit., p. 62.

³⁹⁷CPT, Factsheet: Immigration Detention, 2017, p. 5.

³⁹⁸Vedi EISEN, *op. cit.*, p. 229.

³⁹⁹Ad es., si consideri quanto riportato dalla Commissione europea in COM(2014) 199 final, *cit.*, p. 21.

⁴⁰⁰MSF, *Australia: i rifugiati devono lasciare Nauru, non MSF*, 11 ottobre 2018, in www.medicisenzafrontiere.it.

⁴⁰¹MSF, *Nauru: "Disperazione senza fine"*, 3 dicembre 2018, in www.medicisenzafrontiere.it.

⁴⁰²Vedi ad es.: NUJXFORD, *Why are journalists denied access to immigration detention centres?*, in www.oxfordnuj.wordpress.com.

⁴⁰³Garante nazionale, *Relazione al Parlamento 2017*, p. 109.

sull'*accettabilità sociale* di un sistema che spesso va oltre il confine dei diritti umani. Soltanto in parte tale gap può essere colmato dai meccanismi di monitoraggio contro la tortura nei luoghi di privazione della libertà personale.

4.3 Il caso italiano

Si è detto che una delle pochissime garanzie previste dalla legge italiana è proprio «la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno»⁴⁰⁴.

Da quanto riportato dal Garante nazionale, in visita all'allora CIE di Brindisi il 20 giugno 2016, risultava che all'ingresso del centro venissero *sequestrati i cellulari* con fotocamera e che non vi fossero telefoni fissi, contrariamente a quanto previsto dal regolamento dei CIE per cui vi dovrebbe essere un telefono ogni 15 persone. Veniva consentito di acquistare un telefono privo di fotocamera all'interno del centro, ma si registravano ritardi fino a quattro giorni per coloro che fossero entrati nel centro il venerdì e vi era un solo carica batterie per ogni "lotto"⁴⁰⁵. Le schede telefoniche erano acquistabili con il "pocket money" fornito dalla cooperativa, nel rispetto dell'art. 4 lett. g) del regolamento sui CIE del 2014.

All'ingresso del CIE di Caltanissetta, visitato il 16 gennaio 2017, i migranti ricevevano tre schede telefoniche da 5 €. Poi, ogni dieci giorni, veniva loro consegnata una scheda da 5 €.

Per cui, sembrerebbe che a Brindisi i migranti incontrassero difficoltà di comunicazione, soprattutto all'ingresso del centro, diversamente da Caltanissetta, dove gli stessi venivano messi nelle condizioni di comunicare con l'esterno. Si tornerà sulla questione nell'analisi dell'approccio Hotspot.

"Lontano dagli occhi, lontano dal cuore" sembra essere il motto che ispira la regolamentazione dell'accesso ai media anche in Italia. Il 1° aprile 2011, ovvero nel contesto dell'emergenza Nord africa, l'allora Ministro dell'Interno Maroni emanava la circolare 1305/2011 che consentiva l'accesso nei centri per migranti soltanto ad UNHCR, OIM, CRI, Amnesty International, MSF, Save The Children, Caritas e alle associazioni con progetti ministeriali in corso nelle strutture di accoglienza. Ciò era disposto «in considerazione del massiccio afflusso di immigrati provenienti dal Nord Africa e *al fine di non intralciare le attività loro rivolte*»⁴⁰⁶. Il 13 dicembre 2011, il Ministro Cancellieri ripristinava con delle modifiche la disciplina contenuta nella circolare n. 1307 del 24 aprile 2007, che permette l'accesso ai giornalisti previa autorizzazione del prefetto. La circolare del dicembre 2011 impone ai prefetti di dare comunicazione delle istanze di accesso al competente dipartimento del Ministero dell'Interno, che, quindi, deve dare il nulla osta. L'accesso può essere ritardato per motivi di ordine pubblico o per motivi di sicurezza nel caso di lavori nei locali del centro. Anche il nuovo regolamento del 20

⁴⁰⁴Art. 14, d.lgs. 286/1998.

⁴⁰⁵Le virgolette sono dello stesso Garante.

⁴⁰⁶Corsivo aggiunto.

ottobre 2014 sui CIE mantiene la necessità dell'autorizzazione della Prefettura e coinvolge, oltre al Ministero dell'Interno, anche il questore, di cui serve il nulla osta.

Il Garante nazionale afferma che «*le risposte dei prefetti, sottoposte al nullaosta del Ministero dell'Interno, possono arrivare anche un anno dopo*»⁴⁰⁷. Così, il 3 ottobre 2016, quindi un anno dopo la riqualificazione del CPSA di Lampedusa in Hotspot, i giornalisti riuscivano ad accedervi, comunque senza telecamere, macchinette fotografiche e registratori. Tale divieto di «*riprese video fotografiche e/o registrazioni audio della struttura o delle sue immediate pertinenze*», superabile con autorizzazione della Prefettura, è sancito espressamente solo per i CPR, essendo previsto dal regolamento del 2014. Diversamente, la circolare del 2007 prevede che per le modalità e i tempi delle visite si deve considerare la privacy dei ristretti e le necessità di ordinaria gestione del centro.

Con un simile regime amministrativo, quel muro che separa i detenuti dagli uomini liberi è ancora più spesso. Ciò alimenta l'ingiustizia di una detenzione senza reato e senza un giudice di controllo.

5 Il regime meramente custodiale

Un ulteriore elemento che permette di dare un giudizio sui centri di detenzione amministrativa è il regime di attività che i detenuti possono praticare.

Come si è accennato, all'interno dei centri, in Italia come all'estero, l'offerta trattamentale è scarsa, quando non assente. Se il trattenimento avesse una durata di 24/48 ore, ci si porrebbe esclusivamente il problema dello stato dei luoghi, della qualità del cibo, dell'igiene, e delle altre condizioni che rendono un luogo vivibile. Diversamente, abbiamo già visto che la durata massima della detenzione può arrivare ad essere assai lunga. Anche guardando alla durata in concreto, i centri di detenzione amministrativa sono tutt'altro che «*celle di sicurezza*» in cui trascorrere la notte. Il trattenimento *dura anche mesi*, e, in casi eclatanti, prosegue per *anni*⁴⁰⁸. Così, i centri di detenzione amministrativa non possono essere spazi di ozio forzato.

Ragionevolmente il CPT afferma che *più lungo è il trattenimento, più «svilupate» dovrebbero essere le attività offerte*⁴⁰⁹. Le attività che le autorità *potrebbero* garantire vanno

⁴⁰⁷Garante nazionale, *Relazione al Parlamento 2017*, p. 109-110, corsivo aggiunto.

⁴⁰⁸Ad es., un documento della Commissione europea, COM(2014) 199 final, *cit.*, tabella 5, riporta che, nel 2012, la durata media del trattenimento in Belgio è stata di sessantaquattro giorni, mentre la durata massima applicata maggiormente in Grecia è stata di centottanta giorni. Il Canada Border Services Agency, *Annual Detention Statistics - 2012-2017*, riporta che, nel periodo 2016-2017, la durata media della detenzione in Canada è stata di diciannove giorni e mezzo. Nello stesso periodo sarebbe stata di trentacinque negli USA e di sei mesi in Australia (Fonte: GLOBAL DETECTION PROJECT, *Canada Immigration Detention*). Scrive l'HM Chief Inspector of Prisons for England and Wales, *Annual report 2015-2016*, che, in genere, la durata massima praticata in concreto è di uno o due mesi, ma che in ogni centro una parte dei trattenuti vi resta per uno o più anni. Così, al centro The Verne, una persona è rimasta nel centro per più di cinque anni. Ad ottobre 2018, riporta MSF, *Australia: i rifugiati devono lasciare Nauru, non MSF*, 11 ottobre 2018, in www.medicisenzafrontiere.it, i migranti si trovavano da circa cinque anni nell'isola di Nauru.

⁴⁰⁹CPT, Factsheet: *Immigration Detention*, in www.coe.int, 2017, trad. nostra, corsivo aggiunto.

dai corsi di lingua, di computer, di giardinaggio ai laboratori d'arte e di cucina. Ciò che *dovrebbero* garantire è l'accesso a locali comuni, radio, televisioni, giornali, magazines, una biblioteca, un locale per pregare. I trattenuti dovrebbero poi praticare sport, o poter giocare almeno a tennis tavolo o con giochi da tavolo.

Tra l'essere ed il dover essere c'è spesso un divario incolmabile. Variano da Stato a Stato le attività che i detenuti possono praticare effettivamente. Si va da quelle che sul punto sono eccellenze, come il centro di Frambois (Svizzera), dove i detenuti possono cuocere cibi e svolgere dei lavori (stirare, pulire, cucinare, occuparsi del giardino) remunerati 3 franchi svizzeri (circa 2,60€) l'ora⁴¹⁰. Nel centro tedesco di Ingelheim, i trattenuti possono vedere DVD, giocare a tennis tavolo, basket, calcio e giochi da tavolo, e, soprattutto, possono partecipare a corsi di giardinaggio e cucina⁴¹¹. Nel centro norvegese di Trandum, i detenuti hanno a disposizione un'area comune spaziosa in cui possono trascorrere il tempo con i giochi da tavolo, vi è un piccolo palazzetto dello sport, una stanzetta per giocare a tennis tavolo, una per la Tv ed i video giochi e una stanza per pregare⁴¹². Nel Regno Unito, vi è disponibilità di palestre e librerie di buona qualità⁴¹³. Ben diversa è la situazione a Tolosa, in Francia, dove i trattenuti hanno soltanto la possibilità di guardare la Tv⁴¹⁴. La situazione di Tolosa somiglia a quella dei centri in Canada, dove, appunto, lo svago principale e quasi esclusivo è guardare la televisione⁴¹⁵. Non va meglio negli USA, dove, scrive Eisen, «men and women at immigration detention facilities don't have many ways to occupy their time»⁴¹⁶. Chi è «fortunato» percepisce 1\$ al giorno per pulire i pavimenti o piegare le lenzuola in lavanderia⁴¹⁷.

In genere, comunque, si registra come regola, che incontra rare eccezioni, l'*esclusione da attività qualificate*, dove per queste intendiamo il lavoro e corsi di formazione linguistica e professionale. Dobbiamo così interrogarci sulle ragioni che spingono gli Stati a non praticare queste attività. Si è detto a più riprese che la detenzione amministrativa non ha *funzione "rieducativa"*. Eppure, ciò non esclude di per sé la possibilità di praticare attività qualificate. Occorre infatti distinguere un *trattamento risocializzante* da un *trattamento umano*, ovvero un insieme di prestazioni e servizi al detenuto che abbiamo lo scopo di non determinarne lo svilimento della personalità, riducendolo a mero oggetto in custodia⁴¹⁸.

⁴¹⁰MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, cit., p. 58.

⁴¹¹Ivi, p. 15.

⁴¹²Ivi, p. 15.

⁴¹³Vedi HM CHIEF INSPECTOR OF PRISONS FOR ENGLAND AND WALES, *cit.*, p. 74.

⁴¹⁴MAJCHER - FLYNN, *Harm reduction in immigration detention*, cit., p. 15.

⁴¹⁵GDP, *Immigration detention in Canada: important reforms, ongoing concerns*, giugno 2018, p. 31.

⁴¹⁶EISEN, p. 142.

⁴¹⁷Ivi, p. 142.

⁴¹⁸In merito all'ordinamento italiano, la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, 2° comma, Cost. impedisce che il trattamento degli imputati sia teleologicamente orientato a «promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale» (art. 1 comma 2, d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230). Ciò vale a maggior ragione per una detenzione che prescinde persino da un'imputazione penale. Dall'altra

Un primo fattore da considerare è la tendenza generale degli Stati a differenziare l'offerta trattamentale dei detenuti in ragione dell'*appartenenza alla comunità*, da cui il migrante irregolare è stato escluso e di cui il richiedente asilo non è ancora parte. La conseguenza è la negazione di quelle opportunità che dipendono da quelle attività che "migliorano il cittadino" e quindi la comunità⁴¹⁹. Tale tendenza, che si manifesta in primis nel trattamento dei detenuti da reato, non sembra risparmiare neanche il "modello scandinavo"⁴²⁰. Un ulteriore fattore è il *periodo relativamente breve* (se comparato con la detenzione da reato, e salvo i casi eclatanti, che, forse, eccedono dalla funzione amministrativa del trattenimento) che i migranti, in genere, trascorrono nei centri di trattenimento. Le strutture sono così modellate per il breve periodo. Di talché, la carenza nella programmazione di attività qualificate è evidentemente fisiologica⁴²¹.

In secondo luogo, anche laddove la durata massima (quindi astratta) del trattenimento giunga ad un arco temporale significativo che superi il mese, occorre considerare il fattore della *precarietà della detenzione amministrativa*: la permanenza in un centro di detenzione amministrativa potrebbe durare un giorno o prolungarsi per mesi perché dipende soltanto dal procedimento amministrativo. In queste condizioni, inserire un "trattenuto" in un programma di lavoro incontra *evidenti difficoltà gestionali*⁴²². Così, a nostro parere, si tratta di una differenza tanto significativa rispetto ai penitenziari che giustifica una *legittima differenziazione di trattamento giuridico*. Lo stesso CPT non pretende

parte, gli artt. 27 e 13 Cost. impongono che il trattamento sia umano. Lo stesso non deve essere "risocializzante", ma non può essere "de-socializzante".

⁴¹⁹Per lo Stato italiano è intervenuta la Corte Costituzionale, *sentenza 78 del 2007*, www.giurcost.org. Alcune sentenze della Corte di cassazione interpretavano gli artt. 47, 48 e 50 ord. penit. nel senso di escludere lo straniero senza permesso di soggiorno dall'*applicazione delle misure alternative* dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà, dal momento che l'irregolare non avrebbe avuto titolo per circolare nel territorio. Un secondo orientamento della Cassazione valorizzava i principi di cui agli artt. 2, 3 e 27 Cost. Quest'ultimo, in particolare, impedisce preclusioni assolute alla concessione delle misure alternative. La Corte costituzionale ha aderito a tale orientamento, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 dell'ord. penit., se interpretati nel senso che allo straniero irregolare è in ogni caso preclusa la concessione di misure alternative.

⁴²⁰Vedi per la Norvegia: T. UGELVIK, *Seeing Like a Welfare State: Immigration Control, Statecraft, and a Prison with Double Vision*, in *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, a cura di K. F. AAS – M. BOSWORTH, New York, 2013, p. 183-198.

⁴²¹Per gli USA, vedi EISEN, *op. cit.*, p. 142.

⁴²²Guardando al caso italiano, neanche il sistema penitenziario è in grado di garantire ad ogni detenuto lo svolgimento di un'attività lavorativa. Dai dati del Dap, riportati dal Garante nazionale, *Relazione al Parlamento 2018*, p. 195-196, risulta che al 31 dicembre 2017 solo il 31,95% della popolazione detenuta fosse impiegata in attività lavorative. Di questi, l'86,52% erano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. Occorre comunque considerare che vi è una significativa turnazione. Quindi, le ore di lavoro effettivo sono ben poche. P. BRONZO, *Lavoro e risocializzazione*, in *La legislazione penale*, 2018, p. 1-2, ricorda anche come i lavori al servizio dell'amministrazione penitenziaria si risolvano nei c.d. "servizi di istituto". Il problema del lavoro penitenziario dipende principalmente dal *costo* del lavoro, per cui occorre considerare – appunto – anche la sua *programmazione*. Vedi anche P. BRONZO, *Modifiche in tema di lavoro di pubblica utilità*, in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. GIOSTRA – P. BRONZO, Roma, 2017, p. 203-205.

che gli Stati offrano corsi professionalizzanti e lavoro, che sono probabilmente un peso eccessivo per lo Stato.

Ciò che è inaccettabile è non fornire al migrante altra scelta che fissare la parete bianca della sua stanza sdraiato sul suo letto, come in Grecia e in Ungheria⁴²³. Questo è quanto accade anche in Italia, dove il trattenuto non fa assolutamente niente, se non pensare a quel procedimento amministrativo che deciderà per sempre della sua vita. È soltanto una pratica da sbrigare.

Come una *macchina in divieto di sosta*, viene prelevato da uno spazio in cui non dovrebbe stare, per poi essere parcheggiato in un grande e grigio locale, dove rimane in deposito per giorni, settimane o mesi. Per utilizzare le parole del Garante, «senza la pur minima considerazione degli aspetti cognitivi e relativi allo sviluppo dell'individuo, la privazione della libertà all'interno dei CPR assume i caratteri di una *misura afflittiva e di mero confino* rispetto a una realtà statuale che prima ancora del rimpatrio fisico lo esclude dalla propria collettività, quasi considerandolo come “*non persona*”»⁴²⁴.

⁴²³In un recente rapporto sui centri di detenzione alle frontiere d'Europa (HINDPAL SINGH BHUI, BOSWORTH, FILL, *Monitoring Immigration Detention at the Borders of Europe*, cit., p. 15) si legge che nel centro di espulsione di Amygdaleza, in Ungheria, «there were no activities to keep men occupied». Con riguardo al centro femminile di Elliniko, in Grecia, si afferma: «The director said the women were generally very anxious and this was not helped by the lack of activities and outdoor space. 'Currently there is nothing.' A woman later told us that all they did was play cards. They had made a football out of tape» (ivi, p. 17).

⁴²⁴Garante nazionale, *Rapporto sulle visite tematiche*, cit., p. 8, corsivo aggiunto.

PARTE SPECIALE: HOTSPOT

Capitolo quarto

INTRODUZIONE AL SISTEMA HOTSPOT

SOMMARIO: 1. La crisi delle frontiere interne – 1.1. Il “basic Hotspot approach” come risposta – 2. Dalla crisi migratoria alla crisi umanitaria: la Dichiarazione Ue-Turchia – 2.1. Fase due: l’“advanced Hotspot approach” – 3. L’ingresso degli Hotspots nel diritto dell’Ue – 4. Il progetto frontiero-centrico della Commissione europea – 4.1. Premessa: le procedure di frontiera nel diritto dell’Unione europea. – 4.1.1. La detenzione amministrativa nelle procedure di frontiera – 4.2. Le proposte di riforma del CEAS e della direttiva rimpatri

Abstract

Italia e Grecia, nel contesto della recente crisi migratoria, violavano sistematicamente gli obblighi Eurodac relativi al fotosegnalamento, invalidando il sistema Dublino. Per evitare il ripristino dei controlli alle frontiere interne, nel maggio 2015, la Commissione europea elaborava un sistema di cooperazione tra autorità nazionali ed agenzie europee per la gestione efficiente della frontiera esterna: l’“Hotspot approach”. Nei punti di crisi (Hotspots) dovevano essere canalizzati gli sbarchi e svolte quelle attività di identificazione tipiche dei preesistenti centri di frontiera. La novità era che il foto-segnalamento doveva essere effettuato esclusivamente in quelle strutture, se del caso ricorrendo alla detenzione per superare il rifiuto del migrante. Con l’intensificarsi della crisi politica tra gli Stati membri, veniva conclusa la Dichiarazione Ue-Turchia. Nelle isole dell’Egeo il focus si spostava sulla deterrenza. I migranti dovevano essere lì confinati anche durante l’esame delle domande di asilo, da svolgere in modo rapido e con il supporto di EASO. Nel settembre del 2016, la Commissione, nonostante i costi umani prodotti dall’implementazione di tali politiche, istituzionalizzava il sistema Hotspot ed avanzava una serie di proposte, che investono con decisione sulle procedure di asilo accelerate e di frontiera, moduli procedurali di regola accompagnati dalla privazione della libertà personale, che pare il perno di un meccanismo volto a scoraggiare gli ingressi irregolari nell’Unione europea.

1 La crisi delle frontiere interne

«La situazione nel Mediterraneo è drammatica. L’Unione europea si adopererà con ogni mezzo a sua disposizione per evitare ulteriori perdite di vite umane in mare e per affrontare le cause profonde dell’emergenza umana a cui stiamo assistendo, in cooperazione con i paesi di origine e di transito. La nostra priorità immediata è evitare altre morti in mare»⁴²⁵. Era il 23 aprile 2015, cinque giorni dopo la tragedia del Canale di Sicilia, in cui persero la vita centinaia di uomini, donne e bambini che tentavano di giungere nelle coste italiane e di cui tutt’ora non conosciamo i nomi. Il Consiglio europeo si riuniva in via straordinaria. Era il momento dell’assunzione di una responsabilità comune per impedire nuove morti in mare. Così l’Unione europea si impegnava a «rafforzare la [...] presenza in mare», a «lottare contro i trafficanti», a «prevenire i flussi migratori illegali», e «rafforzare la solidarietà e la responsabilità interne».

⁴²⁵Consiglio europeo, *Riunione straordinaria del Consiglio europeo (23 aprile 2015) – Dichiarazione*, 23 aprile 2015, in data.consilium.europa.eu.

Quest'ultimo profilo era evidentemente sconnesso dagli altri. Infatti, quel Consiglio europeo era l'occasione per risolvere un altro annoso problema, che rischiava di decretare la fine dell'Unione europea: la *crisi delle frontiere interne*.

Dal 2014 le *frontiere esterne* dell'Unione europea sono state sottoposte ad una particolare pressione. Se la geografia rende gli Stati di frontiera, quindi soprattutto Italia e Grecia, sede naturale del primo soccorso di tutti migranti, è il diritto dell'Unione europea che li vorrebbe "Stato di accoglienza" della maggior parte dei beneficiari di protezione internazionale. Ciò è conseguenza della combinazione fra le regole del regolamento "Dublino III" e quelle sulla libertà di circolazione nello spazio europeo. Se le prime rendono lo Stato di frontiera quello maggiormente responsabile dell'esame delle domande di protezione internazionale, prevedendo come criterio (di fatto) principale quello dello Stato di primo ingresso del migrante, le seconde lo rendono Stato di accoglienza, limitando la libertà di circolazione del "beneficiario di protezione internazionale" allo Stato che ha esaminato la domanda. Pertanto, anche coloro a cui viene accolta la domanda di protezione internazionale si trovano ad essere "intrappolati" all'interno degli Stati di frontiera, spesso non coincidenti con quello di destinazione⁴²⁶.

Così, nel contesto della crisi migratoria, Italia e Grecia si trovavano sole «in prima linea»⁴²⁷ a gestire le frontiere esterne, con tutte le difficoltà connesse all'assicurare ai migranti tenuti in custodia dallo Stato la dignità che merita ogni essere umano e alla percezione del fenomeno da parte della cittadinanza. In risposta, *violavano sistematicamente l'obbligo di foto-segnalamento* di cui agli artt. 9 e 14 del reg. (UE) 603/2013, ovvero l'obbligo di rilevare e trasmettere tempestivamente al database *Eurodac* i rilievi dattiloscopici del migrante di età superiore ad anni quattordici entrato irregolarmente nel territorio dello Stato membro da un Paese terzo. Essendo la registrazione delle impronte digitali sul database *Eurodac* la principale prova dell'ingresso illegale all'interno di uno Stato membro dell'Unione europea, questi inadempimenti, a cui seguiva l'apertura delle conseguenti procedure d'infrazione, impedivano che i richiedenti protezione internazionale, giunti dalle frontiere esterne in un altro Stato membro, in genere non competente ad esaminare la domanda, potessero venire trasferiti verso lo Stato di primo ingresso. La situazione veniva amplificata dal *blocco dei*

⁴²⁶Vedi J.P. BREKKE - G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *J. Refug. Stud.*, Vol. 28, No. 2, 2014, p.145-162; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'unione europea*, *Riv. dir. intern.*, n. 3/2015, p. 701-747; S. PEERS, *Transfer of International Protection and European Union Law*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 3/2012, p. 527-560; E. GUILD, *The Europeanisation of Europe's Asylum Policy*, *International Journal of Refugee Law*, n. 3-4/2006, p. 636-637; E. GUILD - C. COSTELLO - M. GARLICK - V. MORENO LAX, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, in *Liberty and Security in Europe Papers*, n. 83, settembre 2015; M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea*, in *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, a cura di A.M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI, Lavis, 2012, p. 270; A. MACRILLÒ, *Il diritto degli stranieri*, Lavis, 2014, p. 139; A. Leogrande, *La frontiera*, Milano, 2017.

⁴²⁷Commissione europea, *Agenda europea sulla migrazione*, COM(2015) 240 final, in www.eur-lex.europa.eu, 13 maggio 2015.

“trasferimenti Dublino”, disposto in seguito al riconoscimento da parte della CEDU e della Corte di giustizia delle gravi carenze strutturali del sistema di accoglienza greco, e che avrebbero esposto lo Stato del trasferimento ad una probabile condanna da parte della Corte europea per violazione dell’art. 3 Cedu. Così, i richiedenti protezione internazionale sfruttavano l’ineffettività del reg. (UE) 604/2013, presentando domanda di protezione internazionale altrove, nella piena consapevolezza che difficilmente sarebbero stati trasferiti verso il meridione d’Europa⁴²⁸.

1.1 Il “basic Hotspot approach” come risposta

È dalla gestione delle frontiere esterne che dipende l’ordine e la sicurezza nell’area dell’Ue *senza controlli alle frontiere interne*. Di talché, le negligenze e le difficoltà italiane e greche sono questione che interessa tutti e ventotto gli Stati membri, alcuni dei quali minacciavano di reintrodurre i controlli⁴²⁹. Per risolvere la crisi delle frontiere interne, con urgenza, il 13 maggio 2015, la Commissione europea presentava l’*Agenda europea sulla migrazione*⁴³⁰, in cui, sviluppando l’indirizzo politico definito in seno al Consiglio europeo il 23 aprile 2015, concepiva gli ingranaggi essenziali del nuovo progetto euro-unitario per il governo delle migrazioni. Tra questi vi è la “relocation”, ovvero un meccanismo temporaneo ed emergenziale di trasferimento, da Italia e Grecia verso gli altri Stati membri, di 160.000 “*persone con evidente bisogno di protezione internazionale*”⁴³¹ giunte nei primi due Stati tra il 24 marzo 2015 e il 26 settembre 2017. La relocation veniva strutturata come un meccanismo legato funzionalmente al perno della nuova politica europea di gestione delle frontiere esterne: l’*“Hotspot approach”*.

La Commissione definiva l’*Hotspot (punto di crisi)* come quell’«*area alla frontiera esterna*» dell’Unione europea «*che si confronta con una sproporzionata pressione*»

⁴²⁸In Grecia, nel 2015, venivano registrati 44709 ingressi di cittadini siriani a fronte di 1735 domande di protezione internazionale da questi presentate. Secondo i rilevamenti trimestrali Eurostat, *File: First instance decisions by outcome and recognition rates, 30 main citizenships of asylum applicants granted decisions in the EU-28, 2nd quarter 2015.png*, nel periodo tra aprile e giugno 2015, i siriani presentavano più di 44000 domande nell’Ue. Ben 16300 domande venivano presentate in Germania, 8400 in Ungheria, cui seguivano l’Austria con 5300 e la Svezia con 3900. Guardando ai dati elaborati dall’UNHCR, per il periodo tra gennaio e luglio 2015, risulta che a fronte di 25657 cittadini eritrei entrati in Italia, solo 214 presentavano domanda di protezione internazionale in questo Paese. Al 31 ottobre, dai dati Eurostat riportati da A. LANNI, *5 cose che bisogna sapere sui rifugiati eritrei*, in www.openmigration.org, 27 dicembre 2015, risulta che, per il 2015, in Svizzera erano state presentate già 9520 domande di protezione internazionale, 7885 in Germania, 6980 nei Paesi Bassi e 6780 in Svezia. In conclusione, tali dati permettono di toccare con mano che Italia e Grecia erano di fatto *Paesi di transito, sebbene eletti a Paesi di accoglienza dalle regole europee*.

⁴²⁹Del resto, il sistema Dublino aveva evidentemente fallito nell’obiettivo di «prevenire il fenomeno della mobilità dei richiedenti asilo da un paese all’altro» garantendo comunque «che almeno uno Stato» potesse «dare loro ascolto». Descrive così lo scopo del sistema Dublino, A. FABBRICOTTI, *La politica dell’immigrazione nell’Accordo di Schengen*, in *AWR Bulletin*, 1991, vol. 38, n. 1, p. 20.

⁴³⁰ Commissione europea, COM(2015) 240 final, *cit.*

⁴³¹Vedi art. 3, decisione UE 2015/1601 del Consiglio.

migratoria»⁴³², e che, quindi, costituisce una dei principali porte d'ingresso d'Europa⁴³³. La gestione di quel punto della frontiera si ripercuote su tutti e 28 gli Stati membri. Per questo, la Commissione pensava all'“*Hotspot approach*”: un *metodo di lavoro cooperativo* tra autorità nazionali ed Agenzie europee da svolgere in quei punti di crisi, dove Italia e Grecia dimostravano di necessitare di *aiuto*, se non di un *controllo*.

Questo schema cooperativo può assumere forme più o meno intense. Distinguiamo tra quella che potremmo definire una versione “*basic*”, ancora operativa in Italia, e una che chiamiamo “*advanced*”, sperimentata in Grecia dopo la Dichiarazione Ue-Turchia del marzo 2016 e che probabilmente interesserà anche l'Italia con l'implementazione del decreto Salvini. Tali modelli sono prodotto degli indirizzi dettati dalla Commissione, che, fino all'“*accordo*” con il Governo di Erdogan, puntava al raggiungimento di un livello di cooperazione *almeno* minimale tra autorità nazionale ed Agenzie europee, comunque non incidendo sulle scelte di politica migratoria d'Italia e Grecia⁴³⁴.

L'obiettivo era «aiutare gli Stati membri in prima linea a rispondere alla sfida immediata degli arrivi di migranti»⁴³⁵, facendo venire meno la ragione degli Stati di transito e di destinazione di dubitare sull'effettività del sistema Dublino per la futura gestione della crisi migratoria, così evitando il ripristino dei controlli alle frontiere interne. Da tutto quanto premesso, è facile comprendere che nel “*basic Hotspot*” il «*supporto operativo*» delle Agenzie doveva rispondere e risponde tutt'oggi, utilizzando le parole della Commissione, all'esigenza di «*assicurare che i migranti che arrivano siano registrati*» e a quella di «*evitare che essi vadano verso altri Stati membri in un modo incontrollato*»⁴³⁶. Per cui, in altre parole, il livello minimo di cooperazione era volto al raggiungimento dell'obiettivo “*fingerprint 100%*”.

La “*contro-partita*” all'adempimento degli obblighi Eurodac poteva venire dal funzionamento della *relocation*, comunque dipendente dal rilevamento e dalla registrazione delle impronte digitali⁴³⁷, in una sorta di meccanismo oscillante tra la «*condizionalità*»⁴³⁸ ed una “*messa alla prova*” degli Stati di frontiera⁴³⁹. Se comunque

⁴³²Commissione europea, *Managing the refugees crisis: immediate operational, budgetary and legal measures under the European Agenda on Migration*, COM(2015) 490 final/2 Annex 2 Corrigendum, in www.ec.europa.eu, 29 settembre 2015, p. 2, trad. nostra e corsivo nostro.

⁴³³ Si pensi a Lampedusa, che si trova a circa 100 km dalla Tunisia e 200 km dall'isola di Sicilia, oppure a Lesbo, che quasi tocca le coste della Turchia.

⁴³⁴I documenti della Commissione permettevano già di lì uno sviluppo in uno senso maggiormente cooperativo, in particolar modo sul ruolo di EASO, ma non “*spingevano*” le autorità nazionali ad aderire ad un modello cooperativo forte.

⁴³⁵Commissione europea, *Agenda europea sulla migrazione*, p. 7.

⁴³⁶Commissione europea, COM(2015) 490 final/2 Annex 2 Corrigendum, *op. cit.*, p. 2, trad. nostra, corsivo aggiunto.

⁴³⁷Art. 5 § 5 decisione (UE) 2015/1601 del consiglio, 22 settembre 2015.

⁴³⁸È interessante la riflessione di G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3-4/2015, p. 24. All'autore sembrava che l'Ue stesse utilizzando uno schema che tipicamente viene utilizzato con i Paesi terzi, ovvero il meccanismo della «*condizionalità*».

⁴³⁹In merito, si può pensare che il test consistesse nel dimostrare la capacità di “*schedare*” i migranti all'ingresso, e che al superamento della prova rispondesse il ripensamento per il futuro del sistema Dublino.

il foto-segnalamento era «precondizione» per la redistribuzione dei richiedenti asilo tra gli Stati membri, è vero anche che l'Hotspot approach era indipendente dalla relocation⁴⁴⁰, un meccanismo che se non ha raggiunto l'obiettivo solidaristico per cui era stato pensato, ha comunque giocato un ruolo chiave nel convincimento dei migranti a farsi foto-segnalare.

Trattandosi di un "aiuto", l'Agenda europea prevedeva che l'attivazione di questo meccanismo si realizzasse solo su base volontaria, ovvero solo *su richiesta* dello Stato di frontiera⁴⁴¹. Alla richiesta di sostegno doveva corrispondere l'invio nei punti di crisi di un team di *Frontex, EASO, Europol ed Eurojust*.

Il compito delle Agenzie nel modello "basic" è quello di aiutare le autorità nazionali nello svolgimento delle seguenti attività: l'accertamento delle vulnerabilità; il foto-segnalamento; la differenziazione tra migranti c.d. "economici" e richiedenti protezione internazionale e tra richiedenti "semplici" e "ricollocabili"; le indagini principalmente attinenti alla tratta; l'agevolazione delle pratiche attinenti al rimpatrio.

Queste attività devono essere compiute in *specifiche strutture di frontiera*, che, così, assumono il ruolo di *base strategica dell'Hotspot approach*. Data la centralità per l'attuazione di tale metodo di lavoro, d'ora in poi parleremo anche di Hotspot come centro di frontiera⁴⁴².

Il modello dei centri di frontiera come *centri di transito*, ovvero strutture deputate al primo soccorso, all'assistenza di base per la presentazione delle domande d'asilo, all'identificazione e classificazione dei migranti prima del rapido "smistamento" nel territorio nazionale, è una realtà ampiamente consolidata in Italia e di recente sperimentata anche in Grecia.

Con l'implementazione del sistema Hotspot, i centri di frontiera mantenevano i loro caratteri originari di *centri di transito*⁴⁴³, ma vi era una novità fondamentale: *il foto-segnalamento diveniva un'attività da effettuare esclusivamente nei punti di crisi*. Ciò avrebbe impedito ad Italia e Grecia di trasferire i migranti nei centri di seconda accoglienza o rimpatrio senza la previa "schedatura" del soggetto.

Rendere la frontiera un *grande ed esclusivo ufficio immigrazione* per tutti i migranti entrati irregolarmente dalla frontiera esterna è ovviamente *efficiente* perché azzera i pericoli connessi alla fuga del migrante non identificato ed è un modello ampiamente legittimato dal diritto internazionale. Eppure, è allo stesso modo *particolarmente*

⁴⁴⁰COM(2015) 490 final/2 annex 2, cit., p. 3.

⁴⁴¹Commissione europea, *Explanatory note on the "Hotspot" approach*, in www.statewatch.org, p. 3.

⁴⁴²Del resto, è la stessa Commissione ad utilizzare tale termine con riferimento alla sede in cui deve essere svolta l'attività delle Agenzie, e che è, appunto, il centro di frontiera.

⁴⁴³Si vedano le stesse note che la Commissione europea inviava all'Italia. Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Progress Report on the Implementation of the Hotspots in Italy*, COM (2015) 679 final, in www.eur-lex.europa.eu, 15 dicembre 2015: «the Commission called on Italy to operationalise all Hotspots on schedule, to ensure full use of the existing detention capacity and consider reforms of existing norms regarding detention, as well as a *swift transfer of migrants from the Hotspot areas to the second-line reception facilities, or to detention facilities*» (corsivo aggiunto).

problematico perché se alla “canalizzazione degli sbarchi” non segue un rapido “ricambio” nei posti letto, diventa fisiologico il *congestionamento* di questi centri, di per sé problematici perché collocati in frontiera, dove la società civile, gli organismi di controllo e i legali faticano ad avere *accesso*⁴⁴⁴, e dove troppo spesso non possono essere assicurate adeguate *cure* mediche, assistenziali e psicologiche.

Subito dopo la pubblicazione dell’Agenda europea, la Commissione ammetteva nel maggio 2015 che la detenzione (così come l’uso della forza) fosse, a certe condizioni, una *valida opzione* per superare il rifiuto dei migranti di sottoporsi al fotosegnalamento. Rinveniva poi le norme del diritto dell’Ue che l’avrebbero potuta giustificare⁴⁴⁵.

Il funzionamento del regolamento di Dublino vale la tenuta delle frontiere interne. Così, «*per consentire l’identificazione*», «*è importante che gli Stati membri, in particolare quelli in prima linea, prendano misure appropriate per evitare che i migranti fuggano e tentino movimenti secondari verso altri Stati membri*»⁴⁴⁶. La Commissione rendeva esplicito che «*le esigenze di accoglienza nei “punti di crisi” sono legate in parte all’identificazione e alla registrazione dei migranti irregolari che non hanno un evidente bisogno di protezione internazionale e non possono quindi beneficiare della ricollocazione. Occorre quindi che le strutture abbiano capacità sufficienti per evitare la fuga*

⁴⁴⁴Si veda *Quale idea di Europa? Appello pubblico ai Parlamentari Europei per una significativa modifica della proposta di nuovo Regolamento Procedure*, www.asgi.it; ECRE, *Information Note on Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)*, p. 48.

⁴⁴⁵Commissione europea, *Commission staff working document on Implementation of the Eurodac Regulation as regards the obligation to take fingerprints*, SWD(2015) 150 final, in www.ec.europa.eu, 27 maggio 2015.

Secondo la Commissione, per gli irregolari la base giuridica può essere rintracciata nell’art. 15 della dir. 2008/115/CE. Di fatti, il rifiuto di fotosegnalamento può astrattamente costituire un ostacolo al rimpatrio perché, non permettendo il confronto dei rilievi dattiloscopici con quelli eventualmente presenti in altre banche dati, impedisce la verifica dell’identità e della nazionalità dello straniero. Nel caso in cui il migrante sia un richiedente protezione internazionale, gli Stati potrebbero utilizzare la procedura accelerata e/o di frontiera ai sensi dell’art. 31 § 8 della “direttiva procedure”, che alla lett. i) l’ammette nel caso in cui «*il richiedente rifiuta di adempiere all’obbligo del rilievo dattiloscopico a norma del regolamento (UE) N. 603/2013*». Si ricordi che l’art. 8, lett. c), dir. 2013/33/UE autorizza gli Stati membri a privare della libertà personale un richiedente protezione internazionale durante una “procedura di frontiera”. Laddove non sia applicabile la procedura di frontiera, la base giuridica può essere costituita dall’art. 8, lett. a), dir. 2013/33/UE, che autorizza la detenzione dello straniero «*per determinarne o verificarne l’identità o la cittadinanza*». Con riguardo alla legittimità del trattenimento in Hotspot per il diritto dell’Ue, si ricordi quanto affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Achughbabian*. La questione sta nel capire se possa sussistere un “breve periodo” in cui le autorità possano trattenere a fini identificativi negli Hotspots al di fuori della direttiva accoglienza, quindi per il periodo precedente all’attivazione della procedura d’asilo.

⁴⁴⁶Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Piano d’azione dell’Ue sul rimpatrio*, COM(2015) 453 final, in www.parlamento.it, 9 settembre 2015, p. 9, corsivo aggiunto. La Commissione discuteva dell’Hotspot approach e del contributo di Frontex nell’«*agevolare l’identificazione dei migranti*» e svolgeva tale considerazione in un riquadro dal titolo “*Rafforzare il sostegno agli Stati membri in prima linea, con il metodo basato sui punti di crisi*”.

dei migranti irregolari⁴⁴⁷». Così invitava lo Stato italiano ad «assicurare il pieno utilizzo delle attuali capacità di trattenimento al fine di garantire il rispetto delle norme in materia di identificazione» ed a «prendere in considerazione riforme delle norme esistenti in materia di trattenimento, per garantire la possibilità di un trattenimento più lungo se ciò è essenziale per completare l'identificazione in casi difficili»⁴⁴⁸.

Tale ultima raccomandazione, se da una parte fa trasparire la preoccupazione che, in caso di *detenzione de facto*, i funzionari delle Agenzie possano incorrere in procedimenti penali, allo stesso tempo è un ulteriore riconoscimento del carattere ritenuto talvolta "essenziale" della detenzione finalizzata alle procedure di identificazione in Hotspot. Così, anche per la Commissione, i centri di prima accoglienza dovevano essere all'occorrenza *centri chiusi* per tutti coloro che si fossero opposti al fotosegnalamento⁴⁴⁹.

2 Dalla crisi migratoria alla crisi umanitaria: la Dichiarazione Ue-Turchia

Nell'estate del 2015 gli ingressi in Grecia aumentavano in modo esponenziale nella nuova rotta dell'Egeo. Tra giugno ed agosto del 2015 si registravano più di 160000 ingressi in Grecia via mare, di cui 800000 solo ad agosto, in un crescendo che porterà per il mese di ottobre a superare i 200.000 ingressi. Così la rotta balcanica veniva percorsa da centinaia di migliaia di migranti, intenzionati a presentare domanda di protezione internazionale in Europa centrale. Se alcuni Stati di transito, come la Croazia, praticavano la politica del "lascia passare", fornendo mezzi di trasporto per superare i loro confini, altri come la Germania, a partire da settembre 2015, ripristinavano i *controlli di frontiera*⁴⁵⁰. L'Unione veniva frammentata per l'incapacità degli esecutivi degli Stati membri di modificare il regolamento di Dublino. Il piano di preservazione delle frontiere interne, basato sulla relocation e sull'Hotspot approach, pareva destinato a fallire. Le deficienze del sistema di accoglienza e l'isolamento della Grecia portavano poi al

⁴⁴⁷Commissione europea, *Gestire la crisi dei rifugiati: stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, COM(2015) 510 final, in www.eur-lex.europa.eu 14 ottobre 2015, corsivo aggiunto.

⁴⁴⁸Commissione europea, *Allegato della comunicazione della Commissione al parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio gestire la crisi dei rifugiati: stato di attuazione delle azioni prioritarie intraprese nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione*, in COM(2015) 510 final, *cit.*, corsivo aggiunto.

⁴⁴⁹Vedi anche G. CAMPESI, in *Chiedere asilo in tempo di crisi. Accoglienza, confinamento e detenzione ai margini d'Europa*, in *Confini d'Europa. Modelli di controllo e inclusioni informali*, a cura di C. MARCHETTI e B. PINELLI, 2016, Milano, p. 8.

⁴⁵⁰La Germania poneva a giustificazione il flusso imponente di migranti provenienti dalla frontiera esterna e della negligente gestione della stessa. La Commissione europea, COM(2015) 675 final, 15 dicembre 2015, p. 6, ha legittimato tale reintroduzione, ritenendo che «l'afflusso incontrollato di un numero elevato di persone prive di documenti o con documenti inadeguati, che non vengono registrate al momento del loro primo ingresso in UE, può costituire una grave minaccia alla sicurezza interna e all'ordine pubblico e può pertanto giustificare l'applicazione delle misure straordinarie disponibili a norma del codice frontiere Schengen». Per approfondimenti, vedi A. ROMANO, *La rinascita delle frontiere interne: il declino (reversibile?) di Schengen*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive*, a cura di M. SAVINO, p. 262-268.

disastro: da una parte la tensione tra migranti, popolazione locale e forze di polizia⁴⁵¹, dall'altra le condizioni di accoglienza nelle isole dell'Egeo, disastrose nel settembre 2015⁴⁵².

Marzo 2016 definiva lo spartiacque tra la crisi migratoria e la vera e propria *crisi umanitaria*. In quel momento le frontiere greche "si raffreddavano". Il numero degli ingressi tornava gradualmente a quello precedente alla crisi per l'intervento di due fattori concomitanti⁴⁵³, ovvero lo *sbarramento della rotta dei Balcani* dell'8 marzo, giorno in cui la Macedonia serrava il valico di frontiera con la Grecia (dopo la chiusura dei confini da parte di Croazia e Serbia nel febbraio) e la *Dichiarazione Ue-Turchia* del 18 marzo, tesa a chiudere la porta orientale dell'Europa alle migrazioni irregolari⁴⁵⁴. Da una parte il ripristino dei controlli alle frontiere interne e le recinzioni portavano all'effettivo *blocco della mobilità* dei migranti giunti in Grecia⁴⁵⁵, dall'altra l'accordo con la Turchia – per le ragioni che vedremo – aveva l'effetto di restringere ulteriormente lo spazio del confinamento, riducendolo alle *isole dell'Egeo*.

La Dichiarazione Ue-Turchia potrebbe essere definita un accordo complesso (dalla natura e dall'imputabilità soggettiva incerta) volto a realizzare una serie di obiettivi strumentali ad un unico scopo finale, ovvero *scoraggiare gli ingressi irregolari dalla Turchia*⁴⁵⁶. Il primo vicepresidente del Consiglio europeo, il 16 marzo, spiegava le ragioni che due giorni dopo avrebbero condotto alla pubblicazione della Dichiarazione: «Le proposte discusse oggi dai leader dell'UE e della Turchia [...] possono *smantellare una volta per tutte il modello di attività dei trafficanti*»⁴⁵⁷. Il solito imperativo umanitario della lotta ai trafficanti di uomini introduceva uno degli impegni più costosi in termini di diritti umani della storia dell'Unione europea.

⁴⁵¹UNHCR, *Greece UNHCR operational update 1 – 16 September 2015*, p. 2. Si pensi che al termine della prima settimana di settembre, 20.000 migranti si trovavano nell'isola di Lesbo, dove la principale città (Mytilini) era abitata da 27.000 persone.

⁴⁵²UNHCR, *Greece UNHCR operational update 1 – 16 September 2015*, p. 4.

⁴⁵³Vedi M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 3/2016, p. 752-753; UNHCR, *Greece factsheet 1 January – 31 May 2016*, p. 2; Corte dei conti dell'Unione europea

⁴⁵⁴Si consideri che già l'Agenda europea poneva l'attenzione all'azione esterna dell'Ue, volta ad impedire gli ingressi illegali e aumentare la capacità degli Stati membri di rimpatriare i migranti irregolari. Entrambi gli obiettivi richiedevano una strategia di cooperazione con i Paesi di origine e di transito dei migranti, dove componenti essenziali a cui si fa riferimento nell'Agenda sono rispettivamente la c.d. "esternalizzazione dei controlli alle frontiere esterne" (vedi il rinvio al processo di Khartoum) e la conclusione di *accordi di riammissione* con i Paesi di origine o di transito.

⁴⁵⁵Sul punto, C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2/2016, p. 406.

⁴⁵⁶Per le complesse questioni giuridiche relative alla qualificazione della dichiarazione si rinvia a FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo*, cit., p. 418-423; D. VITIELLO, *La dimensione esterna della politica europea*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, cit., in particolare p. 340-341; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2018, pag. 17.

⁴⁵⁷Commissione europea, *Comunicato stampa: Sei principi per sviluppare ulteriormente la cooperazione UE-Turchia nella gestione della crisi migratoria*, www.europa.eu, 16 marzo 2016, corsivo aggiunto.

La Dichiarazione prevede anzitutto *l'esternalizzazione del controllo della porta orientale d'Europa al Governo di Erdogan*, che ha il compito di «evitare» la «migrazione irregolare dalla Turchia all'UE» con «qualsiasi misura necessaria», e di cooperare, oltre che con l'Ue, con i paesi limitrofi per il raggiungimento di tale obiettivo⁴⁵⁸.

In secondo luogo, viene stabilito che coloro che sono sfuggiti ai controlli del Governo turco, «compiendo la traversata dalla Turchia alle isole greche a decorrere dal 20 marzo 2016», «saranno rimpatriati in Turchia». Si aggiunge, specificando, che ad essere trasferiti dall'altra parte della frontiera saranno «coloro che non faranno domanda d'asilo o la cui domanda sia ritenuta infondata o non ammissibile». Ciò implica evidentemente una precisazione. Non si prevede nell'accordo il respingimento collettivo, ma che coloro che giungono sulle isole dell'Egeo «saranno debitamente registrati e qualsiasi domanda d'asilo sarà trattata individualmente dalle autorità greche conformemente alla direttiva sulle procedure d'asilo»⁴⁵⁹. Infine, viene previsto che «per ogni siriano rimpatriato in Turchia dalle isole greche un altro siriano sarà reinsediato dalla Turchia all'UE tenendo conto dei criteri di vulnerabilità delle Nazioni Unite. [...] La priorità sarà accordata ai migranti che precedentemente non siano entrati o non abbiano tentato di entrare nell'UE in modo irregolare». Ciò significa creare un *canale legale d'ingresso*, dove l'accesso prioritario viene accordato a coloro che non hanno tentato di attraversare illegalmente il confine.

La Dichiarazione è comunque un documento che deve essere letto insieme al comunicato stampa della Commissione europea del 16 marzo 2016, in cui si affermava che l'implementazione dell'Accordo necessitasse di modifiche del diritto nazionale greco e turco. La Turchia avrebbe dovuto modificare il diritto interno «per garantire l'accesso a procedure di asilo efficaci per tutte le persone bisognose di protezione internazionale», mentre la Grecia avrebbe dovuto prevedere che la Turchia fosse definita come *paese terzo sicuro*⁴⁶⁰. La Turchia avrebbe potuto essere considerata, per la Commissione europea, anche come *paese di primo asilo*⁴⁶¹.

In entrambi i casi la domanda di protezione internazionale può essere definita *inammissibile* e quindi i migranti entrati irregolarmente nelle isole dell'Egeo possono essere rimpatriati in Turchia anche se persone bisognose di protezione internazionale.

2.1 Fase due: l'"advanced Hotspot approach"

La funzione degli Hotspots nelle isole dell'Egeo cambiava radicalmente. Da *centri di transito*, finalizzati alla prima accoglienza, all'identificazione ed alla classificazione, divenivano *centri di permanenza prolungata*, strumentali alle procedure di asilo e di rimpatrio, come sottolineava chiaramente la stessa Commissione europea nella Comunicazione del 16 marzo 2016: «occorrerà adattare l'organizzazione dei punti di crisi

⁴⁵⁸Dichiarazione UE-Turchia, 18 marzo 2016, punto n. 3.

⁴⁵⁹Dichiarazione UE-Turchia, 18 marzo 2016, punto n. 1.

⁴⁶⁰Commissione europea, *Sei principi per sviluppare ulteriormente la cooperazione UE-Turchia nella gestione della crisi migratoria*, cit.

⁴⁶¹Commissione europea, *EU-Turkey Statement: Questions and Answers*, in www.europa.eu, 19 marzo 2016.

(hotspot) sulle isole greche, spostando l'accento dalla registrazione e dallo screening prima di un rapido trasferimento sul continente all'obiettivo di assicurare i rimpatri in Turchia. Le infrastrutture dei punti di crisi, ad esempio, dovrebbero essere riorganizzate per poter ospitare gli uffici per la riammissione e l'asilo e gestire adeguatamente i gruppi vulnerabili. Un altro elemento importante consisterebbe nel rafforzare in misura considerevole la capacità di accoglienza nelle isole. Questo potrebbe comportare, fra l'altro, l'allestimento di strutture separate per i migranti irregolari e per quelli oggetto della procedura, più lunga, della domanda di asilo, e richiederebbe una capacità di trattenimento sufficiente per impedire potenziali fughe»⁴⁶².

Cambiava anche il ruolo delle Agenzie negli Hotspots, soprattutto di EASO, che la Commissione europea riteneva opportuno che fosse "invitata" mediante una richiesta di assistenza supplementare per aiutare le autorità greche a gestire rapidamente ed efficacemente le domande di asilo ed i rimpatri.

In breve, la Dichiarazione Ue-Turchia comportava la nascita di un diverso modello di cooperazione, un modello avanzato, in cui il rilascio del migrante è condizionato all'esame della domanda d'asilo, condotto in Hotspot con *procedura accelerata*. Un modello che nella sua implementazione greca trasformava le isole dell'Egeo in terribili prigioni sul mare.

3 L'ingresso degli Hotspots nel diritto dell'Ue

Con il reg. 14 settembre 2016 n. 1624, l'*Hotspot approach* faceva il suo ingresso nella normativa secondaria, divenendo un *meccanismo tipico* di gestione della frontiera in caso di crisi migratorie⁴⁶³.

Nel regolamento viene data una definizione di "*punto di crisi*"⁴⁶⁴, corrispondente a quella fornita nei documenti della Commissione, in cui Hotspot è *luogo e metodo*. Vengono le funzioni nei punti di crisi di Frontex, ribattezzata "Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera". Di riflesso vengono toccate le competenze di EASO⁴⁶⁵,

⁴⁶²Commissione europea, COM(2016) 166 final, cit, p. 4, corsivo aggiunto.

⁴⁶³Lo stesso non può dirsi della "relocation", che era un meccanismo biennale, che ormai ha esaurito le sue funzioni (eccezion fatta per eventuali migranti ricollocabili entrati in Italia o in Grecia prima del 27 settembre 2017 e che attendono il trasferimento) e che si è rivelato fallimentare. Al 30 settembre 2018, si contano soltanto 34705 ricollocamenti verso gli altri Stati dell'Unione europea. Fonte: ec.europa.eu. Il risultato finale non ha nulla a che vedere con i 160000 messi nero su bianco dalle decisioni del Consiglio.

⁴⁶⁴Viene espressamente definito «una zona in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie dell'Unione competenti e gli altri Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna» (art. 2).

⁴⁶⁵All'art. 9 viene stabilito che coadiuva le autorità nazionali nello screening, nel debriefing, nell'identificazione e nel rilevamento delle impronte digitali. Ha poi il compito di definire un procedimento di orientamento ed informazione per coloro che siano intenzionati a presentare domanda o che è noto che necessitano di protezione. In merito viene regolata anche una specifica attività di EASO, dal momento che

ma non ci si allontana dall'Agenda europea e dagli altri documenti di definizione del modello pubblicati dalla Commissione.

Il regolamento tenta di andare un *passo oltre la volontarietà* del meccanismo (correlata a fattori scarsamente in grado di orientare gli Stati di frontiera all'adempimento di norme evidentemente avvertite come inique) perché l'intervento delle Agenzie non è più necessariamente richiesto dallo Stato di frontiera, ma può essere "*deciso*", sebbene "non attuato", coattivamente. Ora, «uno Stato membro che si trovi a fronteggiare sfide migratorie sproporzionate in particolari punti di crisi alle sue frontiere esterne, caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori misti», o si adopera da solo per un'efficace gestione delle frontiere esterne, o chiede un «un rinforzo tecnico e operativo da parte delle squadre di sostegno per la gestione della migrazione» (art. 18), oppure coopera con l'Agenzia (ex Frontex) per eseguire le misure proposte dalla Commissione ed indicate nella decisione del Consiglio (disposta «al fine di attenuare il rischio di compromettere lo spazio Schengen») e per attuare il piano operativo concordato con l'Agenzia. Tra le misure vi può essere quella di «dispiegare squadre della guardia di frontiera e costiera europea nell'ambito delle squadre di sostegno per la gestione della migrazione nei punti di crisi» (art. 19). Se lo Stato non si conforma alla decisione e/o non coopera con l'Agenzia, non si giunge ad un vero e proprio "commissariamento"⁴⁶⁶, ma si stabilisce che la Commissione possa disporre l'attivazione della *procedura sul ripristino dei controlli alle frontiere interne*, prevista dall'art. 29 del reg. (UE) 399/2016.

La minaccia "istituzionalizzata" di reintroduzione dei controlli alle frontiere, ancorata ad un preciso presupposto giuridico, ovvero l'inottemperanza alla decisione del Consiglio ed al progetto dell'Agenzia, dovrebbe avere una certa capacità di *moral suasion*.

4 Il progetto frontiero-centrico della Commissione europea

Nell'estate del 2016, ovvero nel contesto della "crisi umanitaria" dell'Egeo, la Commissione europea presentava un pacchetto di riforma del sistema europeo comune di asilo (CEAS). Segnatamente, proponeva la modifica del regolamento Dublino III⁴⁶⁷, la

viene previsto che Frontex debba cooperare nello stabilire questa procedura di orientamento e informazione con Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) e le autorità nazionali.

⁴⁶⁶Commentando la proposta di regolamento, MORGESE, *op. cit.*, p. 23, avanzava l'ipotesi che si potesse arrivare addirittura ad un intervento coatto da parte dell'Agenzia europea, e che quindi potesse prescindere dall'autorizzazione dello Stato membro: un vero e proprio «commissariamento di fatto». Per approfondimenti sul punto vedi G. CAMPESI, *Sicurezza, democrazia e diritti in Europa. A proposito della nuova guardia costiera e di frontiera europea*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 3/2016, p. 7-35.

⁴⁶⁷Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione)*, COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD), in eur-lex.europa.eu, 4 maggio 2016.

revisione della direttiva accoglienza⁴⁶⁸ e un regolamento procedure⁴⁶⁹. L'ultimo tassello della riforma del "sistema di sicurezza delle frontiere" veniva inserito nel settembre 2018, quando la Commissione presentava un progetto di modifica della direttiva rimpatri⁴⁷⁰, che si pone in perfetta linea con le precedenti proposte.

Il filo rosso che le unisce è la *centralità delle procedure accelerate e di frontiera* per il governo dell'immigrazione e delle stesse frontiere esterne, che, ormai, sembrano siti gestiti dalle istituzioni politiche dell'Unione europea⁴⁷¹. La Commissione, per la gestione della frontiera esterna, pare aver sposato il modello della *deterrenza*, nell'imperativo di risolvere la "crisi politica" dei rifugiati. La stessa sembra auspicare che gli Stati membri alla frontiera esterna impediscano l'ingresso nello spazio europeo ai migranti indesiderati, nemici del progetto di un'Unione europea senza controlli alle frontiere interne⁴⁷².

4.1 Premessa: le procedure di frontiera nel diritto dell'Unione europea

Ai sensi dell'art. 43, dir. 2013/32/UE, ai richiedenti protezione internazionale che hanno varcato la frontiera *può essere impedito l'ingresso nel territorio dello Stato*. Si tratta di una *fictio iuris* secondo cui le "porte dello Stato" rimangono chiuse al richiedente, fintantoché non venga accertata l'ammissibilità o la fondatezza della domanda di protezione internazionale. Così la frontiera assume la fisionomia di *un'area limite*, in cui poter "mettere in stato di attesa" lo straniero durante l'esame della domanda⁴⁷³.

Delimitare lo spazio di libera circolazione alla frontiera, durante l'esame della domanda di protezione internazionale, per gli Stati membri dell'Ue è possibile soltanto con una procedura specifica: la *procedura di frontiera*. Questa può essere disposta

⁴⁶⁸Commissione europea, COM(2016) 465 final, 2016/0222(COD), cit.

⁴⁶⁹Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, COM(2016) 467 final 2016/0224 (COD), in www.eur-lex.europa.eu, 13 luglio 2016.

⁴⁷⁰Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione)*. *Contributo della Commissione europea alla riunione dei leader di Salisburgo del 19-20 settembre 2018*, COM(2018) 634 final, 2018/0329 (COD), eur-lex.europa.eu, 12 settembre 2018.

⁴⁷¹Del resto, il regolamento relativo alla guardia costiera e di frontiera europea parla di *gestione europea integrata delle frontiere esterne*.

⁴⁷²Commentando la riforma del Ceas, il Garante nazionale, nella *Relazione al Parlamento 2018*, p. 241, scriveva: «la riforma del Ceas [...] si prefigge [...] di spostare nei luoghi di frontiera meridionale dell'Ue [...] una gran parte dei richiedenti asilo, confinandoli negli *Hotspot* e nei Cpr, abbreviandone il decorso della valutazione delle domande e incrementando i casi in cui è possibile, in tempi rapidi, eseguire il rimpatrio forzato del cittadino straniero verso il suo paese di origine o verso un paese terzo considerato sicuro».

⁴⁷³La direttiva accoglienza, a differenza della direttiva rimpatri, si applica anche ai "casi frontalieri", quindi, segnatamente, laddove la volontà di chiedere protezione internazionale venga manifestata in frontiera, nelle acque territoriali e nelle zone di transito (art. 3, dir. 2013/33/UE), che così non vengono trattate come spazi extra-territoriali. Ciò si traduce nella piena applicabilità delle garanzie previste dalla direttiva a tutela della libertà personale.

solamente laddove venga prevista tale possibilità *nel diritto interno* e al ricorrere di una domanda che è, semplificando, probabilmente inammissibile⁴⁷⁴ o probabilmente infondata⁴⁷⁵.⁴⁷⁶ In quest'ultimo caso, alla frontiera può trovare applicazione una *procedura accelerata*.

L'art. 43 prevede che, nel caso di procedura di frontiera, la decisione sulla domanda debba essere assunta «entro un termine ragionevole», comunque *non oltre quattro settimane*, trascorse le quali, in assenza di una decisione, «il richiedente è *ammesso sul territorio nazionale*». La normativa secondaria si preoccupa così di sancire un limite al potere degli Stati di *confinare* i richiedenti asilo in zone spesso inadeguate a garantire un'accoglienza dignitosa, come zone di attesa degli aeroporti, uffici di polizia, o isole lontane centinaia di chilometri dalla «terraferma», come Lesbo o Lampedusa.

Che le procedure di frontiera si scontrino intrinsecamente con il rispetto della dignità umana è fatto noto. Non a caso nel *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, adottato a Marrakech nel dicembre del 2018, è stato previsto come obiettivo quello di ridefinire le procedure di frontiera all'insegna del rispetto dei diritti umani⁴⁷⁷.

4.1.1 La detenzione amministrativa nelle procedure di frontiera

L'art. 8, lett. c), dir. 2013/33/UE, autorizza espressamente la detenzione dei richiedenti protezione internazionale «per decidere, *nel contesto di un procedimento*, sul diritto del richiedente di *entrare* nel territorio». Il riferimento alle c.d. «procedure di frontiera» è chiarissimo, dal momento che le autorità, sempre che il diritto interno lo permetta, possono scegliere solo tra due strade: esaminare la domanda alla frontiera, «impedendo» così l'ingresso nel territorio dello Stato, o permetterne l'«ingresso» durante l'esame della domanda⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴Art. 33, dir. 2013/32/UE.

⁴⁷⁵Art. 31 § 8), dir. 2013/32/UE.

⁴⁷⁶Ai fini del presente lavoro, rilevano in maniera particolare il concetto di Paese di origine sicuro, Paese terzo sicuro e Paese di primo asilo. Nel caso in cui il richiedente asilo provenga da un *Paese di origine sicuro*, la domanda potrà essere esaminata nel merito, e quindi nella *fondatezza*, con procedura accelerata, eventualmente condotta in frontiera. Nel caso in cui il richiedente protezione internazionale provenga da un *Paese terzo sicuro* o sia legato a un *primo asilo*, la domanda può non essere esaminata nel merito. Ciò significa che potrebbe non essere vagliata la situazione personale del richiedente asilo, per valutare se lo stesso si trovi in quella situazione che permetterebbe lui di ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato. Lo Stato membro dell'Unione europea in cui è presentata la domanda si limiterà a valutare se, nel caso concreto, ovvero nella situazione del richiedente, si tratti effettivamente di un Paese di primo asilo o un Paese terzo sicuro. Si parla in tal caso di valutazione sull'*ammissibilità* della domanda.

⁴⁷⁷Obiettivo numero 11.

⁴⁷⁸Vedi E. L. TSOURDI, *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in RSQ, p.20-21. Tale interpretazione è confermata da quella che potrebbe essere la nuova lettera d) dell'art. 8, dir. 2013/33/UE, laddove venisse approvata la proposta della Commissione europea, COM(2016) 465 final, 2016/0222 (cod), *cit.*, e che incide sull'attuale lett. c) sopra esaminata. La proposta elimina l'inciso «procedimento» sostituendolo con «procedura di frontiera». Nell'illustrazione alla proposta, la Commissione spiega che verrebbe introdotto «un motivo supplementare di trattenimento», ovvero quello di cui alla possibile nuova

Nonostante l'Unione europea non ammetta un'eccezione al principio di proporzionalità per la detenzione disposta nelle procedure di frontiera⁴⁷⁹, sussiste una correlazione spesso naturale tra le stesse e la *detenzione amministrativa* dei richiedenti, come riconosciuto dalla stessa Commissione europea nella relazione alla proposta di un regolamento procedure, in cui ha affermato che tale procedura «di norma implica il trattenimento durante l'intero suo corso»⁴⁸⁰. In tale contesto, la detenzione pare il perno di un *meccanismo deterrente*, volto quindi a scoraggiare gli ingressi nel territorio dello Stato.

Inoltre, la direttiva accoglienza impone che gli Stati membri specificino i *motivi* nel diritto interno. Quindi, uno Stato che voglia introdurre un'ipotesi di detenzione nelle procedure di frontiera dovrà prevedere la procedura nel diritto interno ai sensi dell'art. 43, § 1, dir. 2013/32/UE e specificarne l'ipotesi di detenzione, ai sensi dell'art. 8, § 3, dir. 2013/33/UE. Dal momento che la formula «ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso» implica la definizione di specifiche esigenze cautelari, il legislatore è tenuto ad indicarle con esattezza nel diritto interno.

4.2 Le proposte di riforma del CEAS e della direttiva rimpatri

L'art. 3 § 3 della proposta di riforma del regolamento di *Dublino* stabilisce che il primo Stato membro in cui la domanda è presentata deve verificare la sussistenza di un *Paese di primo asilo* o un *Paese terzo sicuro*, un *Paese di origine sicuro* o *rischi per la sicurezza nazionale* o per l'*ordine pubblico dello Stato*. Laddove tale verifica dia esito positivo, lo Stato dovrà rispettivamente esaminare la domanda con procedura accelerata o dichiararla inammissibile. Anche in tal caso sarà ritenuto competente per il regolamento Dublino. La proposta rende *obbligatorio l'utilizzo della procedura accelerata*⁴⁸¹ (si ricordi che uno dei due casi in cui può applicarsi la procedura di frontiera sono le ipotesi in cui può applicarsi una procedura accelerata) ed ha l'effetto di sospendere il viaggio dei richiedenti asilo alle "*dogane d'Europa*", in cui verranno bloccati come pacchi postali da rispediti indietro quelli che verranno ritenuti indesiderati⁴⁸².

Come si è indicato in precedenza, la direttiva accoglienza ammette la detenzione *nel contesto di un procedimento*. Sulla base di un'interpretazione sistematica, se ne è dedotto che il legislatore dell'Ue si riferisse alle procedure di frontiera. Nel nuovo art. 8 lettera d) della direttiva 2013/33/UE, l'inciso «procedimento» verrebbe sostituito con «*procedura di frontiera*». Di fatto, quindi, sembrerebbe non cambiare nulla. Però, attualmente,

lettera c), che non riguarderebbe la procedura di frontiera. Così sottolinea che il trattenimento nell'ambito delle procedure di frontiera non rappresenterebbe una nuova base giuridica per il diritto dell'Unione europea.

⁴⁷⁹CORNELISSE, *Territory, Procedures and Rights*, cit. 84.

⁴⁸⁰Commissione europea, COM(2016) 467 final 2016/0224 (COD), cit., p. 16, corsivo aggiunto.

⁴⁸¹Anche per il nuovo regolamento procedure, la Commissione propone l'obbligatorietà della *procedura accelerata* in una serie di ipotesi.

⁴⁸²Vedi le riflessioni di L. RIZZA, *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1/2018, p. 8.

L'utilizzo di una procedura di frontiera richiede un'espressa previsione nel diritto interno. Diversamente, attraverso lo strumento del *regolamento*, verrebbe "bypassata" la *discussione parlamentare* negli Stati membri perché l'utilizzo delle procedure di frontiera sarebbe ammesso nel diritto interno ai sensi dell'art 41 del "regolamento procedure"⁴⁸³.

Quanto alla proposta di revisione della direttiva rimpatri, all'art. 22 § 7 viene previsto che gli Stati membri possano trattenere ai fini di rimpatrio il migrante la cui domanda è stata esaminata con procedura di frontiera e che si trova in stato di trattenimento. Ciò significa che la Commissione pensa ad una sorta di *prolungamento della detenzione amministrativa* in frontiera. L'obiettivo è risolvere la "pratica" in frontiera per «evitare che il cittadino di paese terzo sia automaticamente rilasciato e autorizzato a entrare nel territorio dello Stato membro nonostante gli sia stato negato il diritto di soggiorno»⁴⁸⁴. Essendo una detenzione fondata su una diversa base giuridica, l'assenza di alcuna previsione espressa sull'adozione di misure alternative, né alcun richiamo ad esigenze concrete che potrebbero giustificare il trattenimento, porta ad escludere che per la proposta di direttiva la detenzione debba essere l'*extrema ratio*. Ogni dubbio cessa alla lettura del considerando 36 della proposta, in cui la Commissione afferma che «è necessario e proporzionato» che il trattenuto che si è visto respingere la domanda con procedura di frontiera permanga in stato di trattenimento per essere rimpatriato. In aggiunta, l'art. 22 § 7 prevede una durata massima di questo prolungamento pari a quattro mesi. Ad ogni modo, sussistendone i presupposti, ai sensi dell'art. 18 (ovvero l'attuale art. 15 con le relative modifiche), fallito il tentativo di rimpatrio in frontiera, gli Stati possono applicare il regime "ordinario", trattenendo l'irregolare per gli ulteriori diciotto mesi.

Questa ossessione per le procedure di frontiera può essere forse spiegata dalla proposta modifica al considerando 4 della direttiva 2008/115/CE⁴⁸⁵, che reciterebbe così: «Occorrono norme chiare, trasparenti ed eque per definire una *politica di rimpatrio efficace che funga da deterrente nei confronti della migrazione irregolare e sia coerente con il sistema europeo comune di asilo e il sistema per la migrazione legale, contribuendo inoltre alla loro integrità*». La frontiera, soprattutto quella esterna, giocherebbe un ruolo importante nella politica della deterrenza. Sembrerebbe che il migrante indesiderato debba risvegliarsi dal "sogno europeo" ai confini d'Europa, lontano dall'effettiva destinazione, irraggiungibile. Lì, l'Europa mostra i muscoli: dopo un *rapido esame della domanda d'asilo*, svolto in stato di *detenzione amministrativa*, il migrante dovrà essere *rapidamente rimpatriato*, perché arrivi il messaggio che presentarsi alla "dogana d'Europa" senza essere in regola con la normativa europea implica soltanto inutile sofferenza.

⁴⁸³Si veda anche *Quale idea di Europa?*, cit., in www.asgi.it

⁴⁸⁴Considerando 36 della proposta.

⁴⁸⁵In quello attuale, si legge: «Occorrono norme chiare, trasparenti ed eque per definire una politica di rimpatrio efficace quale elemento necessario di una politica d'immigrazione correttamente gestita».

Capitolo quinto

HOTSPOT IN ITALIA

SOMMARIO: – 1. I centri di frontiera italiani prima degli Hotspots – 1.1. L'emergenza Nord Africa – 1.1.1. Sentenza Khlaifia: detenzione arbitraria – 1.1.1.1 Trattamenti (in)decenti – 2. Basic Hotspot in Italia – 2.1. Il "decreto Minniti-Orlando" – 2.1.1. Hotspot e frontiere interne - 2.2. L'incompresa "Legge Puglia" – 2.3. Il "decreto Salvini" – 2.3.1. L'introduzione della fast-track border procedure in Italia. Gli ipotetici scenari del giorno dopo – 3. L'Hotspot in Italia in concreto: l'architettura dei centri – 3.1. Centri aperti o centri chiusi – 3.2. Regime di circolazione interna al centro – 3.3. Le condizioni materiali di vita

Abstract

Le strutture di frontiera italiane esistevano ben prima dei CPR, e con le medesime funzioni che svolgono nel sistema "basic Hotspot". Si trattava di centri di "trattenimento de facto", come accertato nella sentenza Khlaifia, in cui la CEDU condannava l'Italia mentre il governo stava attuando il progetto Hotspot. Eppure, al termine dei lavori, l'unica base giuridica per il trattenimento restava quella nei CPR, nonostante veniva messo nero su bianco in una serie di documenti ufficiali che gli Hotspots fossero centri chiusi che i migranti non avrebbe potuto lasciare prima del fotosegnalamento. Il "decreto Minniti-Orlando" ignorava il problema e creava nuove perplessità, rendendo gli Hotspots strutture di prima accoglienza anche per i migranti entrati in Italia dalle frontiere interne. Sarà il "decreto Salvini" ad autorizzare la detenzione in Hotspot per i richiedenti asilo da identificare, ma la base giuridica si risolve in un mero nulla osta all'esercizio di un potere. In linea con il progetto frontierocentrico della Commissione, il decreto introduce le procedure di frontiera, rendendo così probabile un adeguamento dei centri, del ruolo di EASO, e l'applicazione di una restrizione geografica sul modello greco.

1 I centri di frontiera italiani prima degli Hotspots

Il 1° ottobre veniva riqualificato in Hotspot il CPSA di Contrada Imbriacola, nell'isola di Lampedusa. Proprio questo è stato il primo vero centro di frontiera italiano, dopo gli esperimenti di accoglienza "improvvisata" effettuati dagli anni 90 in poi, in luoghi di certo non pensati per accogliere delle persone. Basti pensare al confinamento nello Stadio della Vittoria di Bari dei circa 20000 cittadini albanesi giunti sulle coste pugliesi a bordo della nave Vlora l'8 agosto 1991⁴⁸⁶. Quel caso di evidente eccezionalità definiva per la prima volta un modello che rispondeva a due diverse esigenze: *accogliere* e *controllare*⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Le autorità italiane erano evidentemente impreparate alla gestione della primissima accoglienza di massa. Del resto, è in quell'episodio, preceduto da un primo esodo albanese del marzo dello stesso anno, che si acquisisce la consapevolezza che l'Italia era ormai un Paese di immigrazione di massa.

⁴⁸⁷ Secondo G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in Dem. dir., n. 3-4/2011, p. 190 è proprio in questo episodio che sta la «la matrice» della detenzione amministrativa nella prima accoglienza in Italia.

Così, dalla fine degli anni 90 venivano costruite o adattate varie strutture destinate alla prima accoglienza, come ad esempio a Catania, Pozzallo, Porto Empedocle, Cassibile⁴⁸⁸, che, afferma Fulvio Vassallo Paleologo «di fatto funzionavano come veri e propri centri di detenzione amministrativa [...]. Nessuna effettiva garanzia di difesa, nessuna possibilità di ingresso per le associazioni indipendenti, nessun controllo effettivo sulla libertà personale da parte del magistrato»⁴⁸⁹. Caso emblematico è quello di Lampedusa, dove, racconta Giusi Nicolini, «dal 1998 sono stati individuati dei prefabbricati, vecchi alloggi dell'aeronautica militare. C'erano 239 posti ma ci tenevano fino a 2500 persone»⁴⁹⁰. Riporta MSF che nel 2004 formalmente era un CPTA, ma di fatto nel periodo estivo fungeva da «struttura di prima accoglienza»⁴⁹¹. Dal rapporto si apprende che chi manifestava l'intenzione di presentare domanda d'asilo sarebbe poi stato trasferito in un Centro di seconda accoglienza, gli altri invece nel CPTA di Agrigento⁴⁹². Fabrizio Gatti, autore di una nota inchiesta sulle condizioni di accoglienza in quelle strutture, racconta che prima di poter lasciare il centro, si passava per un interrogatorio con le forze di polizia, principalmente volto all'accertamento della nazionalità, seguito dal prelievo delle impronte digitali. Dopo alcuni giorni, i cancelli del centro si aprivano, ma precedentemente nessuno poteva lasciare la «gabbia dove ogni anno migliaia di persone finiscono il loro viaggio e dove nessun osservatore o giornalista può entrare»⁴⁹³.

Poi di lì, nel 2006, veniva istituito il CPSA di Contrada Imbriacola con decreto interministeriale del 16 febbraio.

Dai vari esperimenti di improvvisata accoglienza "di massa" emerge che il modello CPSA italiano era già lì un centro funzionale al *primo soccorso*, all'*identificazione*, al *prelevamento delle impronte digitali* e alla *classificazione* del migrante come economico o richiedente asilo.

1.1 L'emergenza Nord Africa

L'"emergenza Nord Africa" portava i riflettori su questi *spazi extra ordinem*, che sfuggono al diritto e alla società. Proprio quel contesto insegna che il centro di frontiera gioca un ruolo essenziale nelle prime operazioni di soccorso. Infatti, dopo un viaggio della speranza, le persone hanno bisogno di cibo, di cure o semplicemente di un tetto per trascorrere la notte. Per questo, la scelta dell'allora Ministro degli Interni di lasciar

⁴⁸⁸Vedi F. VASSALLO PALEOLOGO, *Stato di emergenza immigrazione: prove di democrazia autoritaria*, in Progetto Melting Pot Europa, 26 luglio 2008.

⁴⁸⁹VASSALLO PALEOLOGO, *Stato di emergenza immigrazione*, cit.

⁴⁹⁰G. NICOLINI, *Lampedusa: i confini dell'etica*, in *Questione Giustizia* n. 5/2013, p. 118-119.

⁴⁹¹MSF, *Rapporto sui Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza*, Gennaio 2004, 183.

⁴⁹²MSF, *op.cit.*, 184,187.

⁴⁹³F. GATTI, *Io clandestino a Lampedusa*, per *L'Espresso*, 7 ottobre 2005. La testimonianza del giornalista è quella di chi per una settimana è stato privato della stessa dignità di essere uomo nel centro di cui parla Giusi Nicolini.

chiuso per un periodo il centro di Lampedusa veniva “condannata” dall’UNHCR⁴⁹⁴, traducendosi nell’abbandono materiale dei migranti nelle strade dell’isola, nel freddo inverno del 2011⁴⁹⁵. La riapertura del centro è significata *accoglienza* ma anche *controllo*, in breve, con l’efficace formula utilizzata da Campesi, «*detenzione umanitaria*»⁴⁹⁶.

Una delegazione dell’Assemblea del Consiglio d’Europa visitava il CSPA di Contrada Imbriacola il 23 ed il 24 maggio del 2011 e, con riferimento ai tunisini trattenuti all’interno del centro, riportava: «*qualcuno di loro era stato lì per più di 20 giorni, in una struttura chiusa dentro il centro chiuso di Contrada Imbriacola*»⁴⁹⁷. Non si trattava di celle detentive sul modello carcerario, ma di quelle che venivano definite “*le gabbie*”, ovvero due aree separate da grandi cancelli di tre metri che ospitavano l’una i cittadini nord africani, l’altra i cittadini dell’Africa sub sahariana⁴⁹⁸. Eppure, testimoniano Cancellaro, Masera e Zirulia, in visita al centro come team ARCI dal 24 al 31 luglio 2011, *la possibilità di uscire dalle “gabbie” dipendeva esclusivamente dalle disposizioni date dalle forze dell’ordine*⁴⁹⁹. Per questo, nonostante i migranti non fossero trattenuti in celle, la Sottocommissione ad hoc dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, nel Rapporto sulla visita a Lampedusa, scriveva: «*le condizioni al quale questi erano sottoposti erano simili alla detenzione e alla privazione della libertà*»⁵⁰⁰. Eppure, non veniva fornita alcuna informazione sui motivi del trattenimento, né veniva emesso alcun provvedimento, né, di conseguenza, era stato previsto alcun controllo giurisdizionale. Il team ARCI arrivava alle medesime conclusioni per il proprio periodo di visita e aggiungeva che i migranti non venivano messi nelle condizioni di poter ricevere assistenza legale.

Va sottolineato che alle criticità di un *trattenimento de facto* in strutture pensate per una breve permanenza nell’immediatezza dello sbarco e, quindi, inadatte a garantire «*minimi standard di civiltà*»⁵⁰¹ nel caso di una permanenza prolungata, per Lampedusa si aggiunge il problema legato al fattore geografico. Questa è un’*isola* collocata a circa 100 km dalla Tunisia e 200 km dall’isola di Sicilia. Questo “*isolamento*” porta alla tremenda difficoltà di trovare un esperto in diritto dell’immigrazione, in grado

⁴⁹⁴UNHCR, *UNHCR calls for action to alleviate humanitarian situation on Lampedusa*, 22 marzo 2011.

⁴⁹⁵Vedi Sottocommissione ad hoc dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa “sull’arrivo su larga scala di migranti irregolari, di richiedenti asilo e di rifugiati sulle coste del sud Europa”, *Report on the visit to Lampedusa (Italy) 1 (23-24 May 2011)*, p. 2, 3; Nicolini, *op.cit.*, p. 120.

⁴⁹⁶CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia*, cit., p. 191, *corsivo aggiunto*, utilizza tale espressione per riassumere l’ambivalenza di una detenzione che risponde ad esigenze di accoglienza e di controllo.

⁴⁹⁷*Trad. nostra*, corsivo aggiunto.

⁴⁹⁸F. CANCELLARO - L. MASERA - S. ZIRULIA, *Report dal Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, isola di illegalità ai confini di uno Stato di diritto*, 27 agosto 2011, p. 6; Sottocommissione ad hoc dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa “sull’arrivo su larga scala di migranti irregolari, di richiedenti asilo e di rifugiati sulle coste del sud Europa”, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹⁹Ivi, p. 6.

⁵⁰⁰Sottocommissione ad hoc dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa “sull’arrivo su larga scala di migranti irregolari, di richiedenti asilo e di rifugiati sulle coste del sud Europa”, *op. cit.*, p. 8, *trad. nostra*, corsivo aggiunto.

⁵⁰¹NICOLINI, *op. cit.*, p. 119.

di comprendere quanto riportato dal suo assistito, e disposto a raggiungere Lampedusa⁵⁰² e, in secondo luogo, chiama ad un maggiore impegno delle autorità ad organizzare i trasferimenti dall'isola, più in Africa che in Europa.

Riporta l'esposto alla Procura della Repubblica di Agrigento sui fatti accertati dai volontari dell'ARCI nell'estate del 2011, che dopo i primi soccorsi effettuati sul molo di Lampedusa, i migranti venivano *portati nei centri* e lì *identificati e foto-segnalati*⁵⁰³, del resto, come da prassi consolidata. Dal centro venivano *poi trasferiti* in un CIE o in un CARA⁵⁰⁴.

1.1.1 Sentenza Khlaifia: detenzione arbitraria

Luoghi di *detenzione prolungata, ingiustificata e non contestabile nell'an e nel quomodo*. Questo è quanto la seconda sezione della CEDU, nel caso Khlaifia, decise *un mese prima della riqualificazione in Hotspot* del centro di Lampedusa, accertava essere avvenuto nell'estate del 2011 proprio nella medesima struttura di prima accoglienza.

Come già ricordato, riconosceva che i tre ricorrenti tunisini fossero stati privati della libertà personale, sussistendo per questi il *divieto assoluto di allontanarsi dal centro* e da due navi su cui venivano in seguito caricati, nonché la *stretta e permanente sorveglianza* delle autorità dello Stato italiano⁵⁰⁵.

Condannava lo Stato italiano per aver privato i tre ricorrenti tunisini della libertà personale in *assenza di una base giuridica* prevista dal diritto interno, in *violazione del diritto all'informazione* sulle ragioni giustificative della detenzione e del *diritto al controllo* sulla legittimità della restrizione da parte di un'autorità giurisdizionale. La Grande camera, che si pronunciava il 15 dicembre 2016, concordava sull'*arbitrarietà* della detenzione. L'unico trattenimento ammesso dalla legge era quello disposto in un CIE e trovava a monte un procedimento di espulsione e/o l'esame della domanda di asilo⁵⁰⁶. I ricorrenti invece non venivano fatti oggetto di un provvedimento di espulsione, tanto che la Corte qualifica tale ipotesi di privazione della libertà come finalizzata ad *impedire l'ingresso nel territorio dello Stato* (art. 5, lett. f) Cedu). Tanto meno la base giuridica poteva essere l'accordo italo-tunisino sui rimpatri, perché, in via pregiudiziale all'esame nel merito dello stesso, la Corte considerava che non fosse stato reso pubblico, e quindi che non rispettasse il canone dell'*accessibilità dell'atto giuridico*. Non venendo emesso alcun

⁵⁰² Si legge nel Report, che a tali difficoltà si aggiungeva il fatto che la ricerca del legale doveva essere effettuata «avvalendosi di una scheda telefonica che si esaurisce in pochi minuti, il più delle volte utilizzati – come farebbe chiunque al loro posto – per contattare i propri cari». CANCELLARO - MASERA - ZIRULIA, *op. cit.*, 27 agosto 2011, p. 8.

⁵⁰³ È disponibile in allegato sul sito www.meltingpot.org.

⁵⁰⁴ Si veda l'esposto sopra citato.

⁵⁰⁵ *Khlaifia e altri c. Italia*, seconda sezione.

⁵⁰⁶ Per l'inadeguatezza delle norme sul c.d. "fermo di polizia" di cui alla l. 18 maggio 1978 n. 191 e di quelle sul fermo di cui all'art. 349 c.p.p., vedi M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3-4/2015, p. 53.

provvedimento di trattenimento, veniva impedito loro di conoscere le ragioni del trattenimento, anche in assenza di altra informativa, e di contestare la legittimità della detenzione.

La mancanza dell'emissione di un provvedimento ha un ulteriore gravissima conseguenza, ovvero precludere l'intervento additivo della Corte Costituzionale⁵⁰⁷. Non essendo previsto nel nostro ordinamento il ricorso diretto di costituzionalità, «occorre che si riesca prima a instaurare un giudizio *a quo*»⁵⁰⁸, eventualità piuttosto complessa trattandosi di una *privazione de facto* ed essendo il modulo procedimentale tipico quello impugnatorio o dell'intervento del giudice in sede di convalida⁵⁰⁹.

1.1.1.1 Trattamenti (in)decenti

*Le condizioni di sovraffollamento in un centro evidentemente sporco, l'assenza di contatti con l'esterno, unito alla condizione di vulnerabilità dei ricorrenti, appena sbarcati dopo un viaggio della speranza, portava la seconda sezione a concludere che questi, nonostante la durata della permanenza nel centro di soli tre o quattro giorni, fossero stati sottoposti a trattamenti "degradanti"*⁵¹⁰.

La Grande camera, diversamente, non rilevava tale violazione, ritenendo che le condizioni del centro fossero accettabili per ospitare per un breve periodo migranti che non si trovassero in condizioni di estrema vulnerabilità. Di fatti, non condivideva la scelta della seconda sezione di dare un peso determinante al rapporto della Commissione straordinaria del Senato, riferito ai fatti del 2009, che riportava la sussistenza di condizioni di detenzione pessime. Questo è quanto si legge nel rapporto per quanto riguarda gli alloggi: «Sono strutture a due piani, blocchi rettangolari gialli, con aperture per l'accesso sui lati, dove si trovano scale in acciaio per l'accesso al piano superiore. La porta di ingresso dà su un corridoio dal quale si accede a *stanze circa 5 metri per 6*: sono destinate ad accogliere 12 persone. Nelle stanze si trovano, messi l'uno accanto all'altro, *letti a castello a quattro livelli*, nei quali trovano posto fino a *25 uomini per ciascuna stanza*. Qualcuno ha steso tra i letti la biancheria, qualcun altro ha disposto dei teli intorno al letto per avere un po' di privacy. Le persone presenti richiamano a gran voce l'attenzione sulle condizioni in cui si trovano. In molti blocchi lungo i corridoi sono stati sistemati i materassi in gommapiuma. *In molti casi la gommapiuma dei materassi è stata*

⁵⁰⁷ A. NATALE, *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, in Quest. giust., n. 5/2013, p. 196.

⁵⁰⁸Ivi, p. 196.

⁵⁰⁹Ivi, p. 196.

⁵¹⁰Nel caso *Khlaifia*, la Corte EDU non esamina la corrispondenza tra le *modalità* della privazione della libertà e quanto previsto dalla legge. Questo perché la formula di cui all'art. 5 «in accordance with a procedure prescribed by law», nell'interpretazione che ne danno i giudici di Strasburgo – ad oggi - non impone che la regolamentazione del trattamento detentivo nel diritto nazionale. Per quel che riguarda le modalità «si limita» a vietare all'art. 3 che le condizioni trattamentali non siano disumane o non sottopongano la persona ad uno stress superiore a quello che inevitabilmente deriva da una misura restrittiva.

fatta a pezzi per essere utilizzata come cuscino. In alcuni casi sul ripiano delle scale, all'aperto, hanno trovato posto i materassi di due persone, protette da teli improvvisati. Alcune persone mostrano cicatrici. Una persona mostra una ferita bendata. Sul soffitto, in molti casi, la schermatura in plastica delle luci è stata rimossa e *le luci sono assenti*. Alla fine del corridoio, su un lato, sono presenti i servizi e le docce. *Non ci sono porte* e la privacy è garantita da tende di stoffa o plastica improvvisate qui e là. *Non ci sono rubinetti e le bocchette non mandano acqua* se non quando viene attivata centralmente. Alle volte lo scarico è bloccato, al suolo vi è acqua e altri *liquidi che giungono fino al corridoio e nelle stanze dove hanno trovato posto i materassi in gommapiuma*. *L'odore di latrina pervade tutti gli ambienti*. *Inizia a piovere*. Chi si trova sulle scale in acciaio e deve accedere al piano superiore si bagna e porta negli alloggi umidità e sporcizia».

Ritenendo di non poter «dare per scontato che le condizioni descritte dalla commissione straordinaria del Senato persistessero nel settembre 2011 all'epoca dello sbarco dei ricorrenti», la Grande camera emetteva il verdetto soprattutto sulla base del rapporto della sottocommissione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (riferito a maggio 2011), che ha giudicato le condizioni del centro come «decent although very basic». Calcola un tasso di sovraffollamento tra il 15% e il 75% e, soprattutto, richiama un passaggio contenuto nel rapporto della sottocommissione in cui si afferma: «le stanze erano piene di materassi messi uno vicino all'altro direttamente sul pavimento»⁵¹¹. Riteneva però che l'effetto di degradazione della dignità derivante dalla mancanza di spazio vitale nelle stanze fosse stato praticamente compensato dalla piena libertà di circolazione che i migranti avrebbero avuto nel CPSA, circostanza disconosciuta, nei limiti e nei periodi sopra ricordati, ma non contestata dai ricorrenti. Così la Corte, per i trattenuti nel centro di Lampedusa, aveva potuto «migrare» dal criterio dei metri quadrati, dal momento che, si legge in sentenza, «la loro situazione non può essere paragonata a quella delle persone detenute in un istituto penitenziario, in celle o in locali stretti chiusi»⁵¹². Rimane comunque il fatto che i ricorrenti tunisini, in quelle condizioni, «corrette, benché molto essenziali», avevano la fortuna di rimanerci poco, in quanto il centro veniva incendiato qualche giorno dopo il loro ingresso. Ciò influiva in modo decisivo sulle considerazioni della Corte, per cui il centro era *adatto ad ospitare i migranti, ma per un breve periodo*. La stessa fortuna non toccava alle migliaia di persone sbarcate nell'estate del 2011 sulle coste italiane e che rimanevano trattenute in quei centri per settimane.

Il rapporto presentato dalla delegazione ARCI⁵¹³ (riferito a luglio 2011) difficilmente avrebbe permesso di parlare di condizioni decenti ma essenziali, e pare testimoniare invece come le condizioni del centro somigliassero molto a quelle riscontrate dalla delegazione della Commissione straordinaria del Senato nel 2009. Vi è un punto del

⁵¹¹Trad. nostra.

⁵¹²Corsivo aggiunto.

⁵¹³CANCELLARO - MASERA - ZIRULLA, *Report dal Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, isola di illegalità ai confini di uno Stato di diritto*, cit.

rapporto che si vuole qui sottolineare, ovvero quello relativo ai *divieti* cui venivano sottoposti i migranti durante la permanenza nel centro e che acuivano la condizione di *stress* derivante dall'esser privati della libertà personale senza conoscerne i motivi. Si legge nel rapporto che le uniche attività erano «il pallone, e talvolta le carte da gioco». Riportano i visitatori del Centro che era vietata la carta «per il rischio di incendi», le penne «per il rischio di autolesionismo», l'utilizzo delle radio e delle televisioni, e che venivano «contingentate le telefonate». Dal rapporto si ricava che l'unico modo per chiamare fosse l'utilizzo del telefono cellulare personale. Chi non lo aveva, non riusciva a contattare i propri cari. Chi ne era nella disponibilità, non aveva i soldi per comprare una ricarica. Così si doveva far bastare una scheda telefonica di sei minuti per dieci giorni⁵¹⁴.

In queste condizioni l'ipotetica libertà di circolazione di cui avrebbero goduto i migranti nel centro si risolveva nello scegliersi il metro quadrato in cui aspettare *passivamente* una qualche decisione da parte dello Stato⁵¹⁵.

2 “Basic Hotspot” in Italia

Il “*basic Hotspot*” in Italia è stato sviluppato mediante documenti di carattere puramente amministrativo. Il primo documento pubblicato è la “*Roadmap*”⁵¹⁶, che il Ministero dell'Interno redigeva per rendere conto alla Commissione europea degli sforzi italiani relativi all'implementazione dell'Hotspot approach, e che rendeva pubblico il 28 settembre 2015 per guidare gli uffici amministrativi nell'attuazione di tale modello⁵¹⁷.

Nella Roadmap venivano individuati i punti di crisi in cui l'Hotspot approach avrebbe dovuto essere svolto (Pozzallo, per cui, come a Lampedusa, si è operata solo una riconversione da CSPA⁵¹⁸, Porto Empedocle, Trapani, Taranto e Augusta)⁵¹⁹, e veniva

⁵¹⁴Ivi, p. 7.

⁵¹⁵Si ricordi poi che sia la seconda sezione che la Grande camera condannavano lo Stato italiano per violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 della Cedu, dopo aver accertato che fosse stato impedito ai ricorrenti tunisini, trattenuti nel CPSA di Lampedusa, di lamentare le condizioni di detenzione.

⁵¹⁶Ministero dell'Interno, *Roadmap italiana*, 28 settembre 2015.

⁵¹⁷La Roadmap è stata redatta in ottemperanza all'obbligo imposto dall'art. 8 § 1 della *Proposta di decisione del Consiglio che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia, della Grecia e dell'Ungheria*, COM(2015) 451 final, 2015/0209 (NLE), in www.eur-lex.europa.eu, 9 settembre 2015, che stabiliva che Italia e Grecia avrebbero dovuto notificare entro un mese dall'entrata in vigore della decisione del Consiglio «una tabella di marcia aggiornata che tenga conto della necessità di garantire l'adeguata attuazione della presente decisione».

⁵¹⁸I centri di Lampedusa, Pozzallo, Elmas e Otranto erano i quattro CPSA in funzione nel luglio del 2015. Quello di Elmas svolgeva anche le funzioni di Cara.

⁵¹⁹ Si è detto che i *punti di crisi* sono quelle aree alla frontiera esterna dell'Unione europea che si confrontano con una sproporzionata pressione migratoria. In Italia, oltre l'isola di Lampedusa, le aree più interessate dalla pressione migratoria erano l'isola di Sicilia, le coste calabresi e le coste pugliesi. Nessun centro Hotspot veniva previsto per la Calabria. Ciò si spiega perché la metodologia Hotspot in Italia vede un passaggio prodromico, cioè la c.d. “canalizzazione” degli arrivi in specifici porti di sbarco. Per cui, il punto di crisi è quello spazio alla frontiera in cui si concentrano, o in cui vengono concentrati, gli sbarchi di massa nel territorio

descritto analiticamente quello che potremmo definire il “*circuito amministrativo della primissima accoglienza*”, dallo sbarco fino al trasferimento presso i centri per i rimpatri o i centri di prima accoglienza. Tale sistema veniva poi perfezionato con la diffusione delle Procedure operative standard (SOP)⁵²⁰.

Come se l’art. 13 della Costituzione e gli standard internazionali sulla detenzione non esistessero, come se l’Italia non fosse stata condannata qualche giorno prima dalla CEDU per detenzione arbitraria nei centri di prima accoglienza, nella Roadmap si affermava: «In ognuno di questi “Hotspots” chiusi, sono disponibili strutture di prima accoglienza con una capacità complessiva di circa 1.500 posti per effettuare le attività di pre-identificazione, registrazione, foto-segnalamento e rilievi dattiloscopici. Altre due aree Hotspots chiuse, atte a ricevere i cittadini di Paesi terzi, saranno pronte nei porti di Augusta e Taranto entro la fine del 2015»⁵²¹. Il 6 ottobre 2015 veniva poi diffusa la circolare numero 14106, in cui il Ministero dell’Interno prevedeva che le operazioni nell’Hotspot avrebbero dovuto concludersi «nell’arco di 24/48 ore» Per cui, in quell’arco temporale, nessuno sarebbe potuto uscire dai centri (“chiusi”). Trattandosi di detenzione *de facto*, e quindi in assenza di una base giuridica e dell’emissione di un provvedimento, non veniva previsto alcun intervento da parte dell’autorità giudiziaria. Tanto meno era munita di “sanzione” l’eventualità che le 48 ore trascorressero in assenza del completamento della procedura, non essendo previsto in tal caso il rilascio del migrante. Con una semplicità disarmante, l’esecutivo usciva allo scoperto dopo decenni

dello Stato. Proprio in ragione della diminuzione degli sbarchi, il 17 settembre 2018, il Governo ha annunciato la chiusura del cantiere dove avrebbe dovuto essere ospitato l’Hotspot di Augusta. MINISTERO DELL’INTERNO, *Sibilia: diminuiti dell’80% gli sbarchi. Stop all’Hotspot di Augusta*, 17 settembre 2018.

⁵²⁰ Le attività che vengono compiute nei punti di crisi possono iniziare già prima dello sbarco con le «interviste di carattere investigativo o di intelligence» (L. MASERA – G. SAVIO, *La “prima” accoglienza*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, cit., p. 52), sul traffico di esseri umani. Le interviste sono condotte dalla polizia investigativa, FRONTEX ed Europol. Dopo lo sbarco, i migranti devono essere sottoposti allo *screening medico e agli accertamenti delle vulnerabilità*. In seguito devono essere condotti all’interno dei centri. Le interviste possono essere compiute anche in seguito all’attività di *pre-identificazione*, che è il risultato delle interviste svolte da parte dei funzionari degli uffici immigrazione ed EASO con l’ausilio di un mediatore culturale - spiega Alessandro Pansa, nell’audizione alla Camera dei deputati nella seduta del 20 gennaio 2016 - e sono volte a conoscere le generalità, la nazionalità nonché i motivi dell’ingresso. Questi dati e una foto identificativa vengono annotati nel c.d. “*foglio notizie*”, in cui il migrante deve indicare il motivo di ingresso in Italia tra: lavoro; “raggiungere i familiari”; “fuggire dalla povertà”; “fuggire per altri motivi”; “richiedere asilo politico”. Da una crocetta dipende la *classificazione* tra migrante economico e richiedente asilo e dall’intervista dipendeva la classificazione del richiedente come potenzialmente ricollocabile. Ma tali attività di pre-identificazione, nel primo periodo di funzionamento del sistema hotspot, si svolgevano con la sola presenza di EASO e della polizia di Stato, senza il coinvolgimento di un legale, dell’UNHCR e delle Ong, con il risultato che è accaduto che sono stati rimpatriati rifugiati e altri potenziali beneficiari di protezione per la negazione del diritto alla corretta informazione. Dopo la pre-identificazione, ha luogo il “*fotosegnalamento*”. Prese le impronte digitali, i richiedenti asilo devono essere condotti in un Centro di prima accoglienza (CPA), dove potranno formalizzare la domanda di protezione internazionale, mentre i migranti (che rimangono) irregolari devono essere destinatari di un provvedimento di espulsione o di respingimento, la cui esecuzione varia però sulla base di mere esigenze amministrative.

⁵²¹Corsivo aggiunto.

di silenzio sui centri di frontiera, riconoscendo con direttive ministeriali che l'“accoglienza” nei CSPA/Hotspots potesse assumere il carattere di una privazione della libertà personale. Nel maggio 2016 venivano pubblicate le Procedure operative standard (SOP)⁵²², in cui il Ministero dell'Interno, dopo aver ribadito e sviluppato il “circuito” dell'accoglienza, sottolineava, mediante l'utilizzo di un riquadro, evidentemente per rinforzare l'importanza del precetto, che nessun migrante avrebbe potuto lasciare l'Hotspot se non dopo il foto-segnalamento. Si aggiungeva in seguito che, nel caso di lesione delle impronte, di impossibilità di rilevamento delle stesse (ad esempio, per uso della colla) o di «ragionevole prospettiva» di un loro rilevamento «nell'arco di un breve periodo di tempo», il migrante sarebbe stato trasferito all'interno del centro in un'area dedicata, dove le impronte sarebbero state raccolte in un (non meglio precisato) «momento successivo». Così, era ormai chiaro che per il Ministero nei CSPA/Hotspots non dovesse essere a priori esclusa una privazione della libertà personale anche *prolungata oltre le 48 ore*. La tradizione di detenzione de facto è talmente connaturata ai centri di frontiera che il Governo italiano sentiva l'assurdo bisogno di inserire nel documento un periodo da pagina 1 del manuale di diritto pubblico: «*In caso di discrepanze fra questo documento e la legislazione vigente, si applica quest'ultima*».

È bene a questo punto sottolineare in modo marcato che il principio di inviolabilità della libertà personale e le annesse riserve di legge e giurisdizione, in Italia, valgono anche alla *frontiera*, che non è uno spazio extraterritoriale (!). Le disposizioni ministeriali, evidentemente, non sono idonee a costituire la base giuridica di un'eventuale privazione della libertà personale, non rispettando il principio della riserva di legge (Costituzione) e non costituendo tanto meno “diritto” (Convenzione europea). Per cui, in assenza di un intervento del legislatore, qualunque forma di detenzione amministrativa praticata negli Hotspots continuava ad assumere i connotati di una detenzione arbitraria, certamente in violazione – quanto meno - dell'art. 13 della Costituzione.

2.1 Il “decreto Minniti-Orlando”

Il 17 febbraio 2017, ovvero circa due mesi dopo la sentenza della Grande Camera, i *punti di crisi* facevano il loro ingresso nel d.lgs. 286/1998 con il nuovo art. 10 ter, introdotto dal “decreto Minniti-Orlando”.

Il legislatore prevede espressamente che all'interno dei centri, per cui rinvia al d.l. 30 ottobre 1995 n. 451, poi convertito in l. 29 dicembre 1995 n. 563, la c.d. “Legge Puglia”, venga effettuato il *fotosegnalamento* (mentre il d.lgs. 142/2015 utilizzava la generica formula di “identificazione”) dei migranti irregolari e che debba essere «assicurata l'informazione 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».

⁵²²Ministero dell'Interno, *Procedure Operative Standard (SOP) applicabili agli Hotspots italiani*, 17 maggio 2016.

Rigettando la linea del Ministero e della Commissione europea, viene espresso l'assoluto rifiuto verso l'uso della forza, che, il capo della polizia, in audizione il 20 gennaio 2016 per la Commissione d'inchiesta della Camera sui centri per migranti, aveva chiarito che non fosse utile ai fini di un corretto prelievo delle impronte digitali⁵²³. Dall'altra parte però, il rifiuto all'uso della forza è espresso mediante la scelta di prevedere, come reazione al "reiterato rifiuto" di fotosegnalamento, il *trattenimento in un CPR*. Il legislatore prevede infatti che la mancata cooperazione del migrante integra il rischio di fuga rilevante ai fini del trattenimento di cui all'art. 14, d.lgs. 286/1998.

Di qui sorgono una serie di domande. *In cosa consiste il reiterato rifiuto?*⁵²⁴ In altri termini, quante ore, giorni o settimane ci vogliono affinché il questore si decida ad emettere un provvedimento di trattenimento in un CPR? *E fino ad allora, il migrante potrà uscire dal centro?* Silenzio. Bonetti, in audizione al Senato, provava a far riflettere sul fatto che il trattenimento in un CPR come risposta al rifiuto di fotosegnalamento non valesse ad eliminare «l'incostituzionalità del periodo precedente, affidato alle mere modalità organizzative dell'Autorità di P.S.»⁵²⁵

Ciò significa che anche il decreto Minniti-Orlando, nonostante l'espressa previsione secondo cui negli Hotspots si svolge l'attività di foto-segnalamento, *ignora completamente il problema del trattenimento*, nonostante una condanna della Corte EDU, i moniti del Garante, delle Commissioni parlamentari, della Commissione europea e delle stesse forze di polizia. Ignora il problema dopo che tra il 2015 ed il 2016 il Ministero dell'Interno emetteva una serie di documenti che inequivocabilmente insistevano sul confinamento del migrante fino all'ottenimento delle impronte digitali⁵²⁶.

2.1.1 Hotspot e frontiere interne

È impossibile pensare all'Hotspot approach in maniera separata dalla gestione efficiente degli sbarchi. Eppure, una strana novità contenuta nel decreto Minniti Orlando è proprio l'aver sciolto il sistema dei punti di crisi dalla sola gestione delle frontiere esterne. Infatti, ai sensi dell'art. 10 ter, d.lgs. 286/1998, a dovervi essere condotto è anche lo «straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della *frontiera interna*». La norma non è che la registrazione di una prassi di trasferimenti Nord-Sud riportata dalla stampa e da ASGI e confermata per i trasferimenti Ventimiglia-Taranto dallo stesso Ministero dell'Interno.

⁵²³Diceva: «se tu usi la forza, l'impronta viene male e il sistema non l'accetta, per cui l'utilizzo della forza, qualora fosse legittimo [... è quasi del tutto inutile, visto che non c'è il risultato. Ora, non c'è nessun poliziotto disposto a rischiare di spezzare un dito a qualcuno per prendere un'impronta digitale».

⁵²⁴Vedi anche C. LEONE, *La disciplina giuridica degli Hotspot nel nuovo art. 10 ter del D.Lgs. 268/98: un'occasione mancata*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2/2017, p. 22-23.

⁵²⁵Audizione al Senato del 7 marzo 2017, p. 15-16.

⁵²⁶Vedi le considerazioni di MASERA – SAVIO, *op. cit.*, p. 47.

Il Garante, apprendendo dalla stampa la notizia della «prassi delle Autorità di pubblica sicurezza di effettuare con regolarità trasferimenti di migranti sorpresi nell'area di Ventimiglia senza documenti nell'Hotspot di Taranto», chiedeva chiarimenti al Ministero dell'Interno. Le «non poche perplessità» su questa prassi dipendevano per il Garante da tre fattori, che suscitavano altrettante richieste di spiegazioni. Anzitutto, i trasferimenti coatti da una parte all'altra dello stivale, e quindi di durata non inferiore a dieci ore, trattandosi di privazione della libertà personale, necessitano di una base giuridica, che non pareva esservi. In secondo luogo, il trasferimento Ventimiglia-Taranto comportava un viaggio di più di 1.000 km. Se la procedura fosse stata disposta per le esigenze di identificazione e fotosegnalamento, non sembrava immaginabile che fosse impossibile da espletare in qualsiasi altro ufficio o località a tal fine utilizzabile dalle Forze dell'ordine. Ad ultimo, in cima alle perplessità del Garante vi è la stessa funzione tipica dell'Hotspot⁵²⁷. Insomma, cosa c'entra l'Hotspot di Taranto con Ventimiglia? Il Ministero dell'Interno, in risposta al Garante, affermava che questi trasferimenti erano stati effettuati verso «vari Centri di accoglienza [...] e, da ultimo, l'Hotspot di Taranto» per «evitare pesanti ricadute sotto il profilo igienico-sanitario», e «al fine di prevenire situazioni rilevanti sotto il profilo della gestione dell'ordine pubblico». Tale prassi avrebbe «consentito di mantenere una sorta di tollerabile equilibrio fra il diritto dei cittadini alla sicurezza e alla tranquillità sociale e il diritto dei migranti di informarsi ed essere informati sulle complesse procedure per richiedere la protezione internazionale». A conclusione della lettera di risposta al Garante, il Ministero afferma che «la descritta procedura» ha «in sostanza, *anticipato quanto è ora previsto dall'art. 10 ter del D.Lgs n. 286 del 1998*»⁵²⁸.

Ora, tale risposta sembra in primo luogo emblematica di un approccio che, a nostro parere, si presenta in controtendenza rispetto alla concezione di libertà propria del costituzionalismo moderno, dal momento che finisce per dimenticare che i trasferimenti coatti Nord-Sud, che siano per esigenze assistenziali o meno, sono una forma di privazione della libertà personale, che, quindi, necessita di un'autorizzazione preventiva. In secondo luogo, pare difficile comprendere lo scopo di trasferire degli stranieri da una parte all'altra della penisola, ed il Ministero non fornisce risposta, alimentando perplessità, che si acquisiscono dal momento che ASGI, a proposito di quelli che sarebbero stati i trasferimenti da Chiasso verso Taranto, affermava che lì vi giungevano migranti già identificati e foto-segnalati⁵²⁹.

⁵²⁷ Garante nazionale, Prot. 5/2126, visita al campo di accoglienza sito a Ventimiglia presso lo scalo merci di proprietà di Rete Ferroviaria Italiana – Campo roja, 22 dicembre 2016.

⁵²⁸ Ministero dell'Interno, (Prot. n. 3491, *Criticità riscontrate nel campo di accoglienza sito in Ventimiglia (IM) presso lo scalo merci di proprietà Rete Ferroviaria Italiana (parco Roja)*, 23 maggio 2017, corsivo aggiunto.

⁵²⁹ ASGI, *Le riammissioni di cittadini stranieri alla frontiera di Chiasso: profili di illegittimità*, p. 12.

2.2 L'incompresa "Legge Puglia"

Il decreto "Minniti-Orlando" chiarisce che le strutture allestite nei punti di crisi, in cui è condotto per il soccorso e la prima assistenza «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», sono le medesime strutture di primo soccorso ed accoglienza (non) regolate dalla "Legge Puglia", adottata quattro anni dopo l'ondata migratoria albanese del 1991. Con la stessa, i centri di frontiera facevano la loro comparsa in un testo di legge e di lì, da ventitré anni, rappresenta l'appiglio a cui legislatori e governi si aggrappano per tutto quel che riguarda i centri di frontiera.

Ma cosa prevede? Questa si limita a stanziare un budget di tre miliardi di lire, spendibili dal 1995 al 1997, per la costruzione in Puglia di tre centri di frontiera deputati alla *prima assistenza*, in un contesto di *emergenza* correlato al pattugliamento della frontiera marittima, di migranti privi di mezzi di sostentamento ed in attesa di essere identificati o espulsi⁵³⁰. Prevede che l'istituzione dei centri avvenga a cura del Ministero dell'Interno, sentita la Regione Puglia e che tale modello possa essere replicato in altre aree italiane, con le stesse modalità e con gli stessi fondi, al ricorrere della medesima fattispecie. La Legge Puglia non prevede neanche se le attività di identificazione debbano o meno essere svolte nel CPSA, non dice *nulla sul carattere aperto o chiuso del centro*, e *non detta una disciplina delle condizioni di accoglienza*. È una scatola vuota costantemente venduta come la risposta a tutte le domande sul rispetto della Costituzione. La vicenda è assai curiosa e merita di essere ripercorsa.

Dopo l'approvazione nel 1998 del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998), venne adottato il d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 (un decreto attuativo del Testo unico) che all'art. 23 prevede che *le attività di primo soccorso ed assistenza*, «per il tempo strettamente necessario [...] possono essere effettuate anche al di fuori dei centri di cui all'art. 22», ovvero i Centri di permanenza temporanea ed assistenza (CPTA). Per «le modalità e [...] l'imputazione degli oneri» degli «interventi» si rinvia alla "Legge Puglia".

Il d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, all'art. 9 co. 1 stabilisce che «per le esigenze di prima accoglienza e per l'espletamento delle operazioni necessarie alla definizione della posizione giuridica, lo straniero è accolto nei *centri governativi di prima accoglienza* istituiti con decreto del Ministro dell'interno...». Al 3° co. si prevede poi che «*le strutture allestite ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451 [...] possono essere destinate, con decreto del Ministro dell'interno, alle finalità di cui al presente art.*». Infine, al comma 4 afferma che «il richiedente è accolto per il tempo necessario, all'espletamento delle operazioni di identificazione, ove non completate precedentemente, alla verbalizzazione della domanda ed all'avvio della procedura di esame della medesima domanda, nonché all'accertamento delle condizioni di salute diretto anche a verificare, fin dal momento

⁵³⁰Lo stesso Campesi, già in queste disposizioni, coglieva il carattere ambiguo della «detenzione umanitaria». G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia*, cit., p. 191.

dell'ingresso nelle strutture di accoglienza, la sussistenza di situazioni di vulnerabilità ai fini di cui all'art. 17, comma 3». Si aggiungono una serie di attività a quelle “tipicamente” espletabili all'interno dei centri previsti dalla Legge Puglia, o comunque ai centri di primissima accoglienza, e cioè le operazioni di identificazione, verbalizzazione della domanda e la verifica delle situazioni di vulnerabilità. Ma, *della natura dei centri, non si dice assolutamente nulla.*

Sorge il dubbio che quel d.l. 30 ottobre 1995, n. 451, che si continua costantemente a richiamare, nasconda una carica normativa che gli interpreti italiani e stranieri, evidentemente, non hanno sufficienti strumenti per comprendere. Tanto che, nel settembre 2018, chiamato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa a dare ulteriori chiarimenti relativi alle *misure generali* che dovevano essere adottate dopo la Khlaifia per prevenire la sistematica violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza dei ristretti all'interno dei CPSA, il Governo italiano ha presentato un documento in cui si afferma che la base giuridica del trattenimento nelle strutture di prima accoglienza è rinvenibile proprio nell'art. 10 ter, che, però, si limita a rinviare all'“incompresa” Legge Puglia⁵³¹.

Anche il Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti ha incontrato la nostra stessa difficoltà di comprensione. Dopo aver visitato nel giugno 2017 i centri di Lampedusa, Pozzallo e Trapani, ha ritenuto che i migranti fossero lì tenuti in stato di privazione della libertà *senza una base legale* che giustificasse il trattenimento. Infatti, per il CPT, «the new legislation does not provide a legal basis for deprivation of liberty in the “Hotspots”». Ha così invitato le autorità italiane «to clarify in law in which circumstances foreign nationals may be deprived of their liberty in the “Hotspots”»⁵³².

2.3 Il “decreto Salvini”

Il d.l. 4 ottobre 2018 n. 113, convertito in L. 1° dicembre 2018 n. 132, costituisce l'ultimo intervento in materia di detenzione umanitaria. Pur continuando ad ignorare il problema del regime relativo alle condizioni di detenzione e della necessità di un intervento di un'autorità a tutela dei diritti dei trattenuti, fornisce all'art. 3 una (*quasi*) *base giuridica al trattenimento dei richiedenti asilo* all'interno dei centri di cui alla legge Puglia. Viene infatti inserito all'art. 6 del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142 il comma 3-bis, che permetterebbe alle autorità di trattenere il richiedente asilo «*per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni*» nei centri anzidetti. Il motivo del

⁵³¹Segretariato del Comitato dei ministri of the Committee of ministers, DH-DD(2018)918, *Communication from the authorities (18/09/2018) concerning the case of Khlaifia and others v. Italy (application No. 16483/12)*, 25 settembre 2018, p. 1. Il Governo afferma: «L' Hotspot approach trouve désormais un fondement législatif spécifique dans le D.L. n. 13/2017 converti en L. n. 46/2017. L'article 17 en modifiant le texte unique sur l'immigration (d.lgs. n. 286/98), insère le nouvel article 10-ter et offre une première base juridique à la rétention du migrant dans les structures de premier accueil [...]».

⁵³²CPT, *Report to the Italian Government, cit.*, p. 8-9.

trattenimento è costituito dalla «*determinazione dell'identità o della cittadinanza*». La corrispondente base giuridica nel diritto dell'Unione europea è l'art. 8 della dir. 2013/33/UE, che è esattamente l'ipotesi che la *Commissione europea* consigliava di sviluppare per permettere il foto-segnalamento dei richiedenti protezione internazionale negli Hotspots. La collocazione della norma nell'art. 6, che disciplina i casi e i modi del trattenimento di un richiedente protezione internazionale in un Centro per i rimpatri, non ci sembra priva di conseguenze. Di fatti, il comma 5, rimasto inalterato, prevede che il trattenimento debba essere disposto con un *provvedimento scritto, motivato e contenente l'indicazione del diritto di ricorrere contro il provvedimento*, presentando memorie o deduzioni al competente tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione e libera circolazione dei cittadini dell'Ue. Per cui, se tali disposizioni riusciranno a trovare attuazione nel regno degli Hotspots, il richiedente potrà *impugnare* un provvedimento, verrà a *conoscenza delle ragioni* del trattenimento, e verrà informato del suo diritto di presentare ricorso⁵³³. "Finalmente!", verrebbe da dire. Tutt'al più, però, il provvedimento scritto permetterà – qui, sì, finalmente - di poter sollecitare un intervento della Consulta, perché la *base giuridica è soltanto apparente*. Di fatti, non si tratta di una norma rispettosa del principio di legalità sostanziale perché, piuttosto che tracciare un recinto in cui limitare l'utilizzo dei poteri dell'amministrazione mediante la tassativa definizione dei casi – che dovrebbero poi essere "eccezionali di necessità ed urgenza" - si limita a definire, come *presupposto del trattenimento*, una *fattispecie che si presenta come regola*: come si potrebbe sostenere che l'incertezza dell'identità e della cittadinanza di un richiedente internazionale costituisca una fattispecie determinata? Tanto meno è eccezionale, dal momento che è la regola che il richiedente asilo giunga in Italia privo di documenti d'identità. La corretta formulazione della norma, tolto il velo della falsa base giuridica, è la seguente: "*all'ingresso del territorio dello Stato un richiedente può essere trattenuto, salvo che non abbia con sé i documenti*". Sempre che la disposizione non nasca per trattenere i richiedenti asilo ai fini del foto-segnalamento. In tal caso, anche chi è in possesso di un documento potrebbe finire in stato di trattenimento. Per cui, nessun dubbio: la nuova ipotesi di trattenimento viola l'art. 13 della Costituzione.

Una serie di violazioni apre al sindacato della Consulta sugli artt. 10 e 117 Cost. La nuova norma viola l'art. 5 della Cedu, in quanto *non è prevedibile l'applicazione* che ne faranno le autorità nazionali ed in quanto *non è conforme allo scopo di garantire l'individuo dall'arbitrarietà*⁵³⁴. Di fatti, l'autorità *può* trattenere per accertare (...). Allora le scelte

⁵³³Sul punto concorda ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018. Prime osservazioni sugli artt. 2,3, e 4 del d.l. 113/2018*, p. 7.

⁵³⁴In merito al principio di proporzionalità, allo stato della giurisprudenza CEDU, sembra difficile una censura per violazione dell'art. 5 lett. f). Si è detto che, per la Corte, la verifica sul rispetto del principio di proporzionalità nella detenzione dei migranti ha luogo solo "in progress", eccezion fatta per il rispetto del canone della "buona fede". Una censura è possibile soltanto se la Corte interpreti la formula «in accordance with a procedure prescribed by law» nel senso che la privazione della libertà debba essere rispettosa dell'art. 13 Cost., oppure nel senso che la legge dovrebbe prevedere il rispetto della direttiva europea.

possibili sono due e sono disancorate da presupposti predeterminati per legge: o l'autorità applica il provvedimento di trattenimento in un Hotspot oppure, in caso di reiterato rifiuto (ma quand'è reiterato il rifiuto?) di foto-segnalamento, dispone il trattenimento di cui all'art. 10-ter del d. lgs 286/1998 in un CPR.

Inoltre, come non manca di ricordare il Garante, è vero che la dir. 2013/33/UE prevede all'art. 8 § 3 lettera a) che un richiedente possa essere trattenuto «per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza», ma è anche vero che dispone che i motivi del trattenimento, che compongono un elenco chiuso e costituiscono un limite per gli Stati, debbano essere *specificati nel diritto nazionale*. Quindi, il legislatore non può limitarsi ad un copia e incolla, ma deve effettuare una selezione all'interno di quell'area definita dal legislatore euro-unitario. In altri termini, il legislatore nazionale avrebbe dovuto chiedersi: ammettere la detenzione per un'intervista volta a definire le generalità del richiedente oppure trattenerlo per il foto-segnalamento?

Tra l'altro, *nessuna misura alternativa* è prevista dall'art. 5, d.lgs. 142/2015, che sul punto rinvia al comma 1-bis, art. 14, d.lgs 286/1998. C'è un problema non indifferente: quelle misure alternative non possono essere concesse nei casi in cui il migrante non sia in possesso di un passaporto o altro documento equipollente. Per cui, da una parte vi è la possibilità di detenzione generalizzata dei richiedenti asilo, dall'altra manca l'indicazione di un'alternativa alla detenzione. Ne discende l'ulteriore violazione della dir. 2013/33/UE, che all'art. 8 impone che il trattenimento venga disposto solo «*ove necessario*», «*sulla base di una valutazione caso per caso*» e «*salvo che non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive*», che devono essere previste nel diritto interno.

Il legislatore prevede che il trattenimento in Hotspot debba avere una durata limitata al tempo strettamente necessario. Dopo i *trenta giorni* il richiedente deve comunque esser rimesso in libertà. Ma, «*ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza, il richiedente può essere trattenuto nei centri di cui all'art. 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286*» per massimo *centottanta giorni*. Da una parte questa previsione amplifica la possibilità di scelta nel caso di reiterato rifiuto del richiedente di farsi foto-segnalare (trattenimento per trenta giorni in Hotspot e poi CPR oppure direttamente CPR dopo il "reiterato" rifiuto), dall'altra il termine previsto dalla legge è assolutamente *eccessivo*. Come rileva Mazza, laddove lo straniero non sia in possesso di documenti che permettano di ricostruirne l'identità e la provenienza e non intenda collaborare al procedimento a tal fine avviato, le autorità possono ricostruire l'identità e la cittadinanza dello straniero solo mediante il rilevamento delle impronte digitali, che, però, permettono di risalire a quelle informazioni solamente laddove le stesse siano state inserite in banche dati nazionali o dei possibili Paesi di origine o internazionali⁵³⁵. La logica conseguenza sembra esser quella di ritenere che il trattenimento di duecentodieci giorni sia soltanto a fini di foto-segnalamento, dato che, nel caso di richiedente asilo, le autorità non possono procedere all'identificazione per

⁵³⁵Vedi MAZZA, *op.cit.*, 126-127.

via consolare. Non sembra che una simile durata rispetti un canone di non arbitrarietà a cui il diritto internazionale non rinuncia in materia di detenzione dei migranti, ovvero la *proporzionalità in progress*, intesa come ragionevole durata della detenzione.

In conclusione, come affermato dal Garante nazionale, si tratta di «*un'estensione della detenzione amministrativa che rischia di essere ben lontana dal rispondere a effettive esigenze di tipo investigativo e burocratico e di configurarsi soltanto come un addendum di sofferenza forse funzionale soltanto a scoraggiare gli arrivi*»⁵³⁶. Sorge così il sospetto che si tratti di una detenzione “punitiva”, che, quindi, potrebbe entrare in palese frizione con l'art. 31 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, nonché, con l'art. 25 della Costituzione. Torneremo sul punto in seguito.

2.3.1 L'introduzione della *fast-track border procedure* in Italia. Gli ipotetici scenari del giorno dopo

Il d.l. 113/2018 all'art. 9 introduce un'ipotesi di procedura accelerata di frontiera.

La novella interviene sull'art. 28-bis del d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25, che regola, appunto, le procedure accelerate. Il legislatore ha previsto che le *zone di frontiera o di transito*, in cui si svolgerà la nuova procedura accelerata per l'esame delle domande d'asilo, debbano essere individuate con decreto del Ministro dell'Interno. È quindi probabile che la novella segnerà l'ingresso di EASO negli Hotspots ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale, avvicinando il modello italiano a quello praticato sulle isole dell'Egeo.

La procedura accelerata di frontiera si applicherà «*nel caso in cui il richiedente presenti la domanda di protezione internazionale direttamente alla frontiera o nelle zone di transito [...] dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli*». La norma, di cui non se ne comprende la ratio effettiva, presenta una formulazione tale da poter essere applicata sistematicamente, in evidente violazione della direttiva procedure. Come rileva ASGI, è manifesta la violazione dell'art. 117 della Costituzione per violazione della dir. 2013/32/UE, che ammette sì che gli Stati possano adottare una procedura accelerata per l'esame del merito della domanda, e, di qui, esaminare la domanda alla frontiera, ma in una serie tassativa di ipotesi in cui non figura quella indicata nel “decreto Salvini”⁵³⁷. Anche l'UNHCR, ritiene che la previsione non rientri nel perimetro tracciato dalla direttiva dell'Unione europea⁵³⁸. Secondo il Governo italiano, la nuova norma sarebbe la corrispondente dell'ipotesi di cui all'art. 31, § 8, lettera g), per cui la procedura accelerata

⁵³⁶Garante nazionale delle persone detenute o private della libertà personale, *Comunicato stampa: Un giudizio complessivo del Garante nazionale delle persone private della libertà sulle modifiche in tema di immigrazione introdotte dalla legge di conversione del Decreto Sicurezza*, 6 dicembre 2018, p. 3.

⁵³⁷ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018*, n. 113 (15 ottobre 2018), p. 19.

⁵³⁸UNHCR, *Nota tecnica dell'UNHCR: decreto Legge 4 ottobre 2018*, n.113, p. 12.

può essere disposta ove la domanda sia stata presentata «*al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente che ne comporterebbe l'allontanamento*». Emerge ictu oculi la distanza tra le due previsioni: l'una riconnette l'applicabilità della procedura accelerata al mero "arresto" dello straniero, l'altra richiede l'intento fraudolento di sottrarsi ad una misura di rimpatrio già presa o in procinto di essere assunta. Sembra di trovarsi dinnanzi ad un'imperfetta trasposizione della lettera h) dell'art. 31 § 8, secondo cui il richiedente deve essere entrato illegalmente (o deve aver prolungato illegalmente il soggiorno senza un valido motivo) e non deve essersi presentato alle autorità o aver fatto domanda di protezione internazionale quanto prima possibile rispetto alle circostanze del suo ingresso.

La previsione più interessante è quella, introdotta in sede di conversione, che prevede l'applicazione della procedura accelerata di frontiera laddove la domanda venga presentata da un richiedente «*proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'art. 2-bis*» del d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25. Questa norma ricalca la proposta di modifica del regolamento di Dublino, in cui la Commissione proponeva l'applicabilità obbligatoria della procedura accelerata proprio nel caso in cui il richiedente asilo fosse giunto da un Paese di origine sicuro. Dovrà essere redatta una lista di "Paesi di origine sicuri" ai sensi dell'art. 7-bis del d.l. 113/2018⁵³⁹.

Come vedremo, in Grecia la procedura di frontiera si inserisce in un meccanismo di deterrenza di tutti gli ingressi illegali. Infatti, nel caso greco l'investimento è sul concetto di *Paese terzo sicuro* e *Paese di primo asilo*, e quindi si tratta di disincentivare gli ingressi illegali anche di migranti provenienti da quei Paesi con un tasso di riconoscimento della protezione internazionale vicino al 100%. Diversamente, nel caso italiano, le procedure di frontiera e la lista dei Paesi sicuri sono volte «*a scongiurare il ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale*»⁵⁴⁰. Di talché, la chiave di lettura della procedura di frontiera in Italia è la *deterrenza agli ingressi di migranti economici*. La formula che la sintetizza potrebbe essere la seguente: "chi viene in Italia senza vantare una situazione meritevole d'asilo verrà rimpatriato in termini molto brevi dopo una rapida decisione sulla domanda". La *rapidità del rimpatrio* giocherebbe come fattore idoneo a scoraggiare gli ingressi illegali, soprattutto se accompagnato da solidi accordi con i Paesi terzi. La definizione di *canali legali d'ingresso* completerebbe il quadro della deterrenza. Per cui, elemento essenziale della procedura accelerata di frontiera sarebbe *la scelta del luogo, il più possibile di frontiera* e la *collaborazione con i Paesi terzi*. Il "Contratto di governo del

⁵³⁹La lista verrà approvata mediante decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia. Può essere considerato Paese terzo di origine sicuro quello in cui «*in via generale e costante, non sussistono atti di persecuzione quali definiti dall'art. 7 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale*». In tal caso, il richiedente che lì vi ha cittadinanza, o, se apolide, in cui vi soggiornava abitualmente in precedenza, deve *dimostrare «la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla situazione particolare del richiedente stesso»*.

⁵⁴⁰Considerando al d.l. 113/2018.

cambiamento”, concluso tra Movimento 5 stelle e Lega, sembra fondarsi proprio su questo schema⁵⁴¹.

Per la scelta del luogo vi è un elemento su cui riflettere. Come sappiamo, la Commissione europea, nella proposta di un “regolamento procedure”, ha affermato che «la procedura di frontiera [...] di norma implica il trattenimento durante l'intero suo corso». Si tratta di una mera constatazione. Infatti, la procedura costituisce un espediente per restringere coattivamente la libertà di circolazione ad una specifica area (“impedire l'ingresso nel territorio”). Per cui, la detenzione in uno spazio chiuso, come una zona di transito, è la regola. Ora, *il legislatore italiano non ha previsto la detenzione amministrativa nell'esame della domanda di protezione internazionale con procedura di frontiera*. Si è detto in precedenza che è comunque necessaria una previsione ad hoc per rispettare l'art. 8 della dir. 2013/33/UE. Prescindendo dal fatto che non stupirebbe se nella prassi venisse completamente ignorata questa sorta di riserva di legalità, attesa la lunga storia di detenzione de facto alle frontiere, è possibile che in Italia verrà praticata una misura *non palesemente detentiva*, che prende il nome di “*geographical restriction*”, che potrebbe aver luogo sull'isola di Lampedusa, che, sul modello “Egeo” – che verrà esaminato in seguito - diventerebbe una prigione a cielo aperto. Il rapporto al progetto In Limine pubblicato nell'ottobre 2018, quindi riferito al periodo precedente alla pubblicazione del decreto 113/2018, riporta già dell'esistenza di una «restrizione geografica della libertà di movimento» che avrebbe avuto luogo «nei primi mesi del 2018» e che si sarebbe «protratta anche per alcuni mesi». Si legge nel rapporto: «*Questa detenzione diffusa sull'isola è conseguenza dell'impossibilità per i cittadini stranieri sprovvisti di permesso di soggiorno di acquistare un biglietto per la Sicilia continentale, come affermato dalla compagnia di navigazione Siremar*»^{542, 543}. Sia che il Governo elevi Lampedusa a *isola di*

⁵⁴¹«In osservanza dei diritti costituzionalmente garantiti proponiamo che le procedure per la verifica del diritto allo status di rifugiato o la sua revoca siano rese certe e veloci, anche mediante l'adozione di procedure accelerate e/o di frontiera, l'individuazione dei Paesi sicuri di origine e provenienza, la protezione all'interno del Paese di origine (IPA) e l'allineamento delle attuali forme di protezione agli standard internazionali. [...]. È imprescindibile scardinare il business degli scafisti che ha causato sbarchi e morti nel mar Mediterraneo e smantellare le organizzazioni criminali internazionali per la tratta degli esseri umani, con ulteriore cooperazione e coinvolgimento della polizia giudiziaria di altri Paesi europei. La valutazione dell'ammissibilità delle domande di protezione internazionale deve avvenire nei Paesi di origine o di transito, col supporto delle Agenzie europee, in strutture che garantiscano la piena tutela dei diritti umani. Inoltre, riteniamo che si debbano implementare gli accordi bilaterali, sia da parte dell'Italia sia da parte dell'Unione europea, con i Paesi terzi, sia di transito che di origine, in modo da rendere chiare e rapide le procedure di rimpatrio».

⁵⁴²F. FERRI – A. MASSIMI, *Scenari di frontiera, cit.*, corsivo aggiunto.

⁵⁴³ Per quanto riguarda i partner strategici, il primo fra tutti potrebbe essere la Tunisia, dato che un'elevata percentuale di migranti economici proviene da questo Paese, che Roma ha una lunga tradizione di accordi di rimpatrio, tutt'ora in vigore, con Tunisi, e data la vicinanza con Lampedusa. In prospettiva, per stessa ammissione del Ministro dell'Interno italiano, nell'accordo potrebbero rientrare i canali legali d'ingresso, che sono il disincentivo alla migrazione irregolare, ed il volto umano (forse lo “specchietto per le allodole”) di una politica raramente compatibile con il rispetto dei diritti umani.

asilo, sia che decida di trattenere i migranti negli Hotspots durante le procedure di frontiera, il costo umano di tale politica sarà probabilmente significativo. Il rischio è che il *sovraffollamento* negli Hotspots diventi drammatico. Di fatti, queste strutture, inadeguate a lunghe permanenze, ospiteranno, come strutture di trattenimento o accoglienza, centinaia di persone per periodi significativi. L'esame del caso greco aiuterà a capire il rischio delle procedure di frontiera nelle frontiere italiane e greche, in quei punti ove gli sbarchi sono massicci, cioè "i punti di crisi".

Ricapitolando, da una parte vi verranno *trattenuti* coloro che hanno presentato domanda di protezione internazionale e che devono essere identificati, dall'altra vi verranno *ospitati* o trattenuti de facto coloro che hanno presentato una domanda dopo aver tentato di eludere o dopo aver eluso i controlli di frontiera o che provengono da un Paese di origine sicuro, nonché i migranti economici. Le prime due ipotesi (identificazione/elusione dei controlli) sono formulate in termini tanto generici da potersi tradurre nella detenzione o nella permanenza sistematica dei richiedenti asilo nelle zone di frontiera. In ogni caso, i migranti economici, in caso di migrazioni massicce, dovrebbero essere comunque ospitati nei centri di frontiera almeno per la primissima accoglienza (è comunque possibile che continuino a essere trattenuti de facto per il foto-segnalamento).

3 L'Hotspot in Italia in concreto: l'architettura dei centri

Il centro di *Lampedusa* ha conosciuto una breve parentesi come CIE che spiega l'attuale architettura del centro, caratterizzato da «sbarre, cancelli, reti metalliche». Nel centro vi sono tre settori abitativi. Al giugno 2017, ovvero al momento della visita del CPT, erano funzionanti due edifici, che ospitavano uno gli uomini e l'altro donne e bambini. Riporta il report pubblicato dalle associazioni che hanno preso parte al progetto in Limine, che l'8 marzo è stata chiusa una parte del centro, a seguito dell'ennesima rivolta. Oggi sembrerebbe che la politica di canalizzazione degli ingressi all'Hotspot di Lampedusa sia stata abbandonata. Il centro verrebbe utilizzato per ospitare i migranti giunti autonomamente sulle coste dell'isola.

Anche quello di *Trapani* era un vecchio CIE e dal 5 ottobre è diventato un CPR⁵⁴⁴. Anch'esso sembrava al Garante «ancora molto legato alla sua primitiva natura, con muri, reti e cancelli tipici di un CIE». L'NPM italiano lo descriveva così: «una imponente recinzione muraria e alte inferriate di divisione interna dei vari settori. [...]. I locali alloggiativi sono collocati in sei settori abitativi divisi da alte cancellate in ferro». Nella specie, si tratta di recinzioni metalliche poste sopra i muri perimetrali e delle stesse sezioni abitative. Il CPT, in visita agli Hotspots italiani nel giugno 2017, ha parlato di aspetto carcerario del centro, ed ha invitato le autorità italiane a rimuovere quanto meno le recinzioni poste sopra i blocchi abitativi.

⁵⁴⁴Ivi, 21.

A differenza dei primi due, l'architettura dell'Hotspot di Taranto non è quella di un CPR, quanto quella di un'area di emergenza per "sfollati". La struttura del centro si presenta grossomodo come un insieme di prefabbricati e tende da campo. L'ingresso è comunque presidiato dall'esercito e l'interno del centro dalla Polizia. L'ambiente lontano dall'immagine del carcere non lo rende però più disteso. Infatti, il Garante ha notato - e poi stigmatizzato - che le forze dell'ordine girassero per il centro armate.

3.1 Centri aperti o centri chiusi

La vera novità per quanto concerne l'incidenza del modello Hotspot sulla libertà personale nei centri di frontiera è che *nessun migrante può uscirvi prima di aver lasciato le impronte digitali* ed essere stato sottoposto a rilevamenti fotografici⁵⁴⁵. Riporta la relazione pubblicata il 26 ottobre 2016 dalla Commissione d'inchiesta della Camera, che «l'intento» di rinviare il foto-segnalamento era quello «di privilegiare nei momenti immediatamente successivi allo sbarco l'assistenza sanitaria ed il rapido smistamento nei centri di accoglienza». La novità implica evidentemente un aumento della durata media del trattenimento dentro strutture pensate soltanto come centri di transito, che quindi non sono adatte ad ospitare persone per settimane o per mesi. *L'efficienza prevale oggi sull'assistenza.*

Prima del decreto Salvini, nei centri poteva esservi dopo il foto-segnalamento un regime di *trattenimento* o di *accoglienza*. Infatti, a Pozzallo e Taranto⁵⁴⁶, *dopo le procedure di identificazione*, i migranti erano liberi di uscire e rientrare nel centro, mentre a Lampedusa e Trapani rimanevano reclusi fino al trasferimento⁵⁴⁷. Per cui delle *prassi amministrative locali* decidevano della libertà dei migranti in Hotspot⁵⁴⁸.

Il decreto Salvini fornisce una base giuridica, seppur nei limiti sopra indicati, ai fini dell'identificazione, non legittimando alcun trattenimento del richiedente nell'attesa del trasferimento nei CPR o nei centri di seconda accoglienza. Di talché ogni trattenimento

⁵⁴⁵ Come riporta l'allora questore di Agrigento il 26 gennaio 2016, in audizione alla Commissione parlamentare di inchiesta sui centri per migranti (Camera), a differenza di quanto accadeva prima dell'implementazione del modello concepito dalla Commissione, «non si procede al trasferimento, se non dei soggetti fotosegnalati».

⁵⁴⁶ Riporta Amnesty International che a Taranto, nel maggio 2016, «contrariamente a quello che accadeva in precedenza, la polizia trattiene persone che rifiutano il rilevamento delle impronte digitali per giorni o settimane». AMNESTY INTERNATIONAL, *Hotspot Italia come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, 3 novembre 2016, p. 29.

⁵⁴⁷ Garante nazionale, *Relazione al Parlamento 2017*, p. 106. Nel *Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli Hotspot in Italia, (2016/2017: primo anno di attività)*, p. 32, si legge: «Alla richiesta del perché non venisse consentito agli ospiti del Centro di Lampedusa di uscire, il Prefetto ha spiegato che l'isola vive di turismo e la loro presenza potrebbe creare problemi. Comunque – ha aggiunto – se vogliono possono uscire da un buco nella rete». Dal rapporto di F. FERRI – A. MASSIMI, *Scenari di frontiera, cit.*, sembra che ad ottobre 2018 la situazione a Lampedusa fosse rimasta immutata.

⁵⁴⁸ Vedi F. FERRI – A. MASSIMI, *Scenari di frontiera, cit.*

successivo all'identificazione del richiedente asilo continuerebbe a configurarsi come detenzione de facto, ma, per evidenti ragioni legate al carattere contra legem di tale prassi, non è possibile pronosticare se e quali effetti potrebbe produrre il decreto Legge 113/2018 sul punto.

3.2 Regime di circolazione interna al centro

Le informazioni relative all'effettivo regime di libera circolazione all'interno del centro sono scarse e, ancora una volta, vengono dal Garante nazionale, che le ha ricevute informalmente da alcuni rimpatriandi tunisini nel corso dell'operazione di monitoraggio rimpatri del 25 gennaio 2018. Questi hanno riferito che all'interno dell'Hotspot di Lampedusa non avrebbero potuto muoversi in libertà «fin dalla mattinata del giorno antecedente al rimpatrio».

Da quanto abbiamo appreso in un colloquio con l'ufficio del Garante, il regolamento dell'Hotspot di Messina si presenterebbe quanto meno ambiguo sul regime restrittivo. Questo sembrerebbe presupporre una differenziazione tra gli ospiti del centro. Da ciò, in via del tutto ipotetica, possiamo ipotizzare la definizione di settori abitativi tra loro non permeabili, come in un CPR.

È possibile che dopo il d.l. 113/2018 i centri verranno adeguati al nuovo assetto normativo. Al momento è difficile fare ipotesi. È verosimile che verranno create delle sezioni separate per richiedenti asilo in regime di trattenimento.

È chiaro infine che ogni descrizione relativa al regime restrittivo degli Hotspots deve necessariamente tenere in considerazione la situazione specifica dei soggetti vulnerabili, che dovrebbero esser sottratti da una situazione di promiscuità, se non addirittura al trattenimento o all'accoglienza negli Hotspots, come nel caso dei MSNA⁵⁴⁹. Così

⁵⁴⁹Per i MSNA si è registrato una sorta di "paradosso dell'iper-protezione". Il d.lgs. 142/2015 - come si è detto nel secondo capitolo - vieta il trattenimento o l'accoglienza degli MSNA nei CPR, nei centri governativi di prima accoglienza per adulti e nei CPSA/Hotspots. Nel 2016 si registrava un picco di ingressi di MSNA, che portava alla «saturazione dei Centri» per minori (Garante nazionale, *Relazione al Parlamento 2017*, p. 89). Comunque, i MSNA non potevano essere trasferiti in centri per adulti. Quindi, nell'attesa che si liberasse un posto nei centri per minori, questi rimanevano negli Hotspots in media tra i cinque giorni di Trapani e i quindici/venti di Pozzallo. Manconi al termine di una visita ispettiva del maggio 2016 riscontrava che su 142 migranti ospitati nel centro, 120 erano minori non accompagnati. Fonte: D. ALIPRANDI, *Quei minori negli Hotspot non ci dovrebbero stare*, in "Il Dubbio", 19 maggio 2016. Una relazione di HRW, *Italy: Children Stuck in Unsafe Migrant Hotspot. Extended Stays, No Separation from Adults*, 23 giugno 2016 conferma che taluni minori sono stati lì trattenuti per oltre un mese. Rispetto al centro di Lampedusa, vedi E. PALAZZOTTO, *Il sistema Hotspot e la negazione dello stato di diritto in Europa. Relazione di minoranza sull'approccio Hotspot nell'ambito del sistema di identificazione ed accoglienza*, 26 ottobre 2016, p. 45; Garante nazionale, *Relazione al Parlamento 2017*, p. 108. Dalla l. 7 agosto 2016 n. 160 il legislatore ha tentato di definire una "catena dell'accoglienza" che, a pieno regime, dovrebbe impedire la permanenza in frontiera anche in situazioni di emergenza. La l. 7 aprile 2017 n. 47 ("Legge Zampa"), ha previsto espressamente che il primo soccorso e la protezione immediata degli MSNA abbia luogo in strutture governative di prima accoglienza «a loro destinate». Dopo un periodo non superiore a trenta giorni, questi devono essere inseriti nel circuito SPRAR. Il d.lgs. 142/2015 già prevedeva che, laddove il MSNA non potesse essere ospitato nei centri governativi di prima accoglienza e

un'effettiva limitazione della libera circolazione per alcuni settori, ove effettivamente praticata, troverebbe giustificazione nel bisogno di protezione di queste categorie "deboli".

3.3 Le condizioni materiali di vita

Come più volte sottolineato in questo lavoro, i centri di frontiera sono luoghi assolutamente inadatti ad ospitare persone per periodi superiori a 24/48 ore. Questa inadeguatezza dipende dal loro ruolo di centri chiamati a rispondere ai bisogni essenziali di primo soccorso dei migranti appena giunti in massa sulle coste italiane, e, di conseguenza, dalla struttura dei centri, che riflette la loro funzione. Per quel che concerne il primo aspetto, i centri di frontiera rispondono alle funzioni di un *pronto soccorso* e, come questo, sono in grado di accogliere dignitosamente nuovi "pazienti" soltanto dopo l'eventuale trasferimento dei soccorsi presso le strutture ospedaliere. In assenza di ricambio, laddove il pronto soccorso fosse chiamato a svolgere le funzioni di un ufficio di polizia, il sovraffollamento diverrebbe fisiologico perché a pazienti che arrivano non corrisponderebbe lo stesso numero di pazienti trasferiti o dimessi, né un aumento dei posti letto. Questo è quanto accade negli Hotspots in caso di arrivi di massa. Così, all'inadeguatezza delle strutture ad "ospitare" i migranti per un lungo periodo, che sia – come vedremo – in regime di trattenimento o di "accoglienza", si aggiunge il loro *fisiologico sovraffollamento*, come conseguenza della "canalizzazione" degli ingressi nei punti di crisi *senza* il loro rapido "decongestionamento". Questo dipende dall'esclusività dell'Hotspot per il compimento delle operazioni di foto-segnalamento, dalla problematicità di individuare altri centri sul territorio nazionale, di effettuarvi i trasferimenti⁵⁵⁰ e «verosimilmente per ragioni legate ad accertamenti di polizia»⁵⁵¹.

Nella Relazione al Parlamento del 2017, rielaborando i dati del Ministero dell'Interno, il Garante nazionale dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale

negli SPRAR, l'assistenza e l'accoglienza dovessero essere assicurate dalla pubblica autorità del Comune in cui il minore si fosse trovato. La Legge Zampa ha aggiunto che è «*fatta salva la possibilità di trasferimento del minore in un altro comune...*». La l. 160/2016 ha regolato l'ipotesi in cui vi siano degli «arrivi consistenti e ravvicinati» di MSNA e «l'accoglienza non possa essere assicurata dai comuni». In tal caso, il prefetto deve disporre l'attivazione dei Cas per minori.

⁵⁵⁰Vedi Garante nazionale dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli Hotspot in Italia*, cit., p. 6. Il problema dell'individuazione dei centri e del trasferimento è ben illustrato da MASERA – SAVIO, *op. cit.*, p. 61, 62. L'allora capo della Polizia, Alessandro Pansa, il 20 gennaio 2016, in audizione alla Camera dei deputati, affermava che «il trattenimento più o meno lungo dipende solo dal prelievo delle impronte». Effettivamente, con l'eccezione di Lampedusa, tenendo solo in considerazione il periodo di "trattenimento", quanto riporta Pansa sembra corrispondere alla situazione degli Hotspots.

⁵⁵¹E. PALAZZOTTO, *op. cit.*, p. 44: «risulta che il tempo medio di permanenza dichiarato – circa 7/10 giorni – incontra picchi significativi, talvolta di un mese e in casi particolari finanche di due/tre mesi sia pure verosimilmente per ragioni legate ad accertamenti di polizia».

calcolava che la permanenza *media* nei centri di Lampedusa, Trapani, Pozzallo e Taranto, che avrebbe dovuto essere limitata alle 24/48 ore (SOP), veniva protratta per periodi ben più lunghi. Per i maggiorenni oscillava tra i quindici giorni di Lampedusa, ai due giorni e mezzo di Pozzallo, che registrava però il record negativo di diciassette giorni e mezzo per i minori. Per questi ultimi il valore meno critico veniva osservato a Trapani, dove mediamente rimanevano nel centro per cinque giorni⁵⁵². Il Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (Senato) del febbraio 2016 riporta la situazione di 184 eritrei, che, al momento della relazione, rifiutavano il foto-segnalamento da settimane, così come dei migranti appartenenti al gruppo dell'Oromia. «Il destino di queste centinaia di persone» si legge nel Rapporto «è attualmente sospeso e non definito»⁵⁵³. Amnesty International ha intervistato alcuni membri di quest'ultimo gruppo. Una testimonianza ci pare particolarmente significativa. La donna intervistata, Amene, afferma di essere stata per quattro mesi bloccata a Lampedusa perché si rifiutava di dare le impronte digitali. L'hanno liberata solamente quando ha accettato di sottoporsi ai rilevamenti fotodattiloscopici. «*Alla fine ho capito che non avevo scelta*», aggiunge⁵⁵⁴.

A proposito di Lampedusa, tra il 1 febbraio e il 1 giugno 2017, il centro aveva una capienza di 250 *posti letto*. Rilevava il CPT che a inizio giugno all'interno della struttura di Contrada Imbriacola vi erano state più di *mille persone* per diversi giorni. Nello stesso periodo di riferimento (febbraio-giugno), per quarantasei giorni, i migranti presenti nella struttura erano più del doppio di quelli consentiti. A Pozzallo, dove la capienza massima era di centottanta posti letto, a metà aprile vi erano più di cinquecento persone⁵⁵⁵.

Il CPT verificava altresì che variasse da centro a centro la gestione delle fasi della primissima accoglienza. All'ingresso nel centro di Pozzallo i migranti avevano la possibilità di lavarsi e ricevevano acqua, cibo, vestiti puliti, scarpe, prodotti per l'igiene e delle schede telefoniche. Diversamente, a Trapani e a Lampedusa, questi oggetti, rispondenti alle esigenze di base, venivano distribuiti agli "ospiti" dopo la procedura di identificazione e foto-segnalamento⁵⁵⁶.

Della mancanza di *attività* nei CPR si è parlato nel terzo capitolo. Per quanto riguarda gli Hotspots il quadro sembrerebbe leggermente diverso. Secondo quanto riportato dal CPT, con riferimento al periodo di visita della delegazione, a Pozzallo e Trapani gli ospiti potevano almeno giocare a biliardino, ping-pong, giochi da tavolo, e vedere la

⁵⁵²Lo stesso Garante, nel presentare le statistiche del 2017, sottolinea poi nella *Relazione al Parlamento 2018*, come «nel corso dell'attività di monitoraggio realizzata [...] durante le visite alle strutture [...] sono stati rilevati tempi di permanenza al di sopra del dato riferito come media dal Dipartimento per le libertà civili e l'Immigrazione».

⁵⁵³ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Senato della repubblica - XVII legislatura, *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione - febbraio 2016*, p. 22].

⁵⁵⁴Amnesty International, *op.cit.*, 3 novembre 2016, p. 29, corsivo aggiunto.

⁵⁵⁵CPT, *Report to the Italian Government, cit.*, p. 12.

⁵⁵⁶Ivi, p. 11.

televisione. In questi ultimi due centri i bambini avevano delle strutture per giocare. A Pozzallo venivano offerti corsi di lingua. Assolutamente critica è la situazione di Lampedusa dove sembrerebbe recuperato in pieno il modello CPR. Secondo quanto riportato dal CPT, a Lampedusa i migranti non avevano possibilità di fare nulla, né vi erano locali mensa o locali per coltivare le relazioni sociali⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷Ivi, p. 13.

Capitolo sesto

HOTSPOT IN GRECIA

SOMMARIO: 1. La Grecia prima dell'“Hotspot approach”: la frontiera e la crisi dell'accoglienza – 2. Basic Hotspot in Grecia – 3. La prima attuazione dell'advanced Hotspot approach: “mandatory detention” – 4. Chiave di volta dell'Hotspot approach 2.0 ieri ed oggi: “Fast-track border procedure” – 5. La natura dei RIC/Hotspots greci oggi: centri poliformi – 6. “Geographical restriction” – 6.1. Restrizione o privazione della libertà personale? – 6.2. Le ragioni della “restrizione geografica” 7. Dalla crisi migratoria alla crisi di coscienza: la deterrenza sulla pelle

Abstract

Anche in Grecia gli Hotspots non sono stati i primi centri di frontiera. I FRC nascono nel 2011, due anni dopo che la CEDU e la Corte di giustizia riconoscevano che trasferire un migrante in Grecia significava esporlo al rischio concreto di subire trattamenti inumani e degradanti. Il primo Hotspot entrava in funzione nell'ottobre 2015 come centro di transito. Poi, dopo la Dichiarazione Ue-Turchia, veniva introdotta la “fast-track border procedure”, quindi le domande d'asilo dei migranti entrati dalla Turchia dopo il 20 marzo 2016 venivano esaminate in frontiera, e, per di più, in regime di “mandatory detention”. In seguito, le autorità greche optavano per la c.d. “geographical restriction”: i migranti possono uscire dai centri, ma sono obbligati a risiedervi e non possono abbandonare l'isola fino alla definizione delle procedure di asilo. Tale confinamento è servente la finalità della Dichiarazione, ovvero impedire e disincentivare gli ingressi dal fronte orientale. Il blocco dei trasferimenti verso la Grecia continentale, i nuovi ingressi dalla Turchia, il fallimento della “relocation” e, ad ultimo, del sistema rimpatri, hanno trasformato le isole in luoghi ultra-affollati, come Moria, dove il cibo non basta per tutti ed i bambini tentano il suicidio.

1 La Grecia prima dell'“Hotspot approach”: la frontiera e la crisi dell'accoglienza

La Grecia ha visto la nascita dei centri di frontiera solo nel 2013. In precedenza, i migranti, colti nell'atto di attraversare illegalmente la frontiera con la Turchia, venivano trattenuti, in condizioni in genere indignitose, all'interno degli uffici di polizia⁵⁵⁸. La Grecia non era in grado di garantire il rispetto dei diritti umani dei migranti per una discutibile gestione amministrativa a cui si affiancava la tremenda crisi economica del Paese. Nel gennaio 2011, la Corte EDU, nel caso *M.S.S contro Belgio e Grecia*, suggellava il fatto che le condizioni di detenzione in quest'ultimo Paese fossero talmente e notoriamente gravi che trasferirvi un richiedente asilo costituiva una violazione degli obblighi positivi discendenti dall'art. 3 della Convenzione europea⁵⁵⁹. In merito al centro

⁵⁵⁸Vedi M. PALMA, *Alcuni viaggi, tra vecchi e nuovi muri in Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, a cura di ZAGATO L., DE VIDO S, Padova, 2012, p. XXIV. Ad esempio, racconta Palma, nella stazione di Soufli, nel gennaio 2011, il CPT trovava 146 persone stipate in uno spazio di 110 m², «come in un autobus affollato nelle ore di punta, senza la possibilità muoversi».

⁵⁵⁹CEDU, *Grande camera, M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011, in www.asylumlawdatabase.eu, punto 366-368.

in cui era tenuto il ricorrente, ovvero una struttura di detenzione vicino all'aeroporto di Atene, diversi rapporti⁵⁶⁰ hanno riportato che i trattenuti dovevano *bere dalle toilets*, e che in alcune celle, dove venivano tenute le persone arrestate, vi fossero 145 persone per uno spazio di 110 m² e che in alcune di loro vi era un solo letto per un numero di persone variabili tra le quattordici alle diciassette. Non essendovi materassi sufficienti, *alcune persone dormivano sul pavimento*. Il sovraffollamento era tanto importante che nelle stanze *non vi era sufficiente spazio per sdraiarsi tutti* durante la notte. Il caldo era insopportabile. I bagni erano senza porte, ed il loro utilizzo era limitato a tal punto che i detenuti dovevano utilizzare le *bottigliette di plastica per urinare*. Simili condizioni di detenzione cui veniva sottoposto un richiedente asilo, che per la CEDU è soggetto su cui dover apprezzare il rispetto dell'art. 3 con maggior rigore, costituivano trattamenti degradanti, nonostante la detenzione si fosse protratta soltanto per un periodo di quattro giorni a giugno 2009 e sette ad agosto dello stesso anno⁵⁶¹. I giudici di Strasburgo affermavano che le difficoltà nella gestione dell'accoglienza di un flusso sproporzionato di migranti rispetto alle capacità greche non sottraeva le autorità dal rispettare il divieto di tortura o trattamenti inumani o degradanti, data la sua inderogabilità.

In aggiunta, *non faceva seguito la possibilità di ricorrere in modo effettivo ad un'autorità giurisdizionale per lamentare le condizioni di detenzione*. Nel caso *F.H. contro Grecia*, deciso nel 2014 e riferito a fatti del 2011, chiamato a rispondere dinanzi alla Corte europea dell'ipotetica violazione dell'art. 13 Cedu in combinato disposto con l'art. 3, il Governo greco sosteneva che l'art. 76, § 3, l. 3386/2005⁵⁶² permettesse al migrante di fare «obiezione»⁵⁶³. In tal caso il giudice amministrativo avrebbe avuto il potere di esaminare le condizioni di detenzione. Sembra che i giudici non abbiano esercitato in concreto tale potere e, nelle ipotesi in cui ciò sarebbe accaduto, sembra che abbiano rigettato le domande in quanto infondate⁵⁶⁴. Il che la dice lunga sull'effettività del rimedio a tutelare la dignità dei migranti trattenuti nei centri di detenzione della Grecia.

A M.S.S. si aggiungeva la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011 nelle cause *C-411/10* e *C-493/10* in cui si ribadiva il carattere sistematico delle carenze nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo (nonché nelle procedure di asilo), che implicava il divieto di trasferimento per non incorrere nella violazione dell'art. 4 della Carta di Nizza⁵⁶⁵. Così, gli Stati membri sospendevano i trasferimenti verso la Grecia.

⁵⁶⁰Vedi § 159-160 per i rapporti selezionati dalla CEDU tra i più importanti.

⁵⁶¹Punto 223, 234.

⁵⁶²La disposizione in questione prevede che: «The alien in detention, along with his rights according to the Code of Administrative Procedure, may also express objections against the decision for his detention before the president or the judge of the first instance court defined by the latter, in the region of his detention».

⁵⁶³CEDU, *F.H. c. Grecia*, 31 luglio 2014, in www.asylumlawdatabase.eu.

⁵⁶⁴GREEK COUNCIL FOR REFUGEES, *Judicial review of the detention order* (Greece). Disponibile sul sito www.asylumin europe.org.

⁵⁶⁵Corte di giustizia, *N.S. e altri*, causa 411/10/C-493/10, 21 dicembre 2011, in curia.europa.eu.

In questa bufera, venivano istituiti con L. 3907/2011 i First Reception Center (FRC), ovvero dei centri di frontiera in cui dovevano essere condotti gli stranieri colti nell'atto di attraversare illegalmente la frontiera greca. Ai sensi dell'art. 13, i migranti erano obbligati a rimanervi per l'espletamento delle procedure d'identificazione e prima accoglienza⁵⁶⁶ fino al trasferimento in una struttura per richiedenti asilo o per migranti da rimpatriare, comunque per una durata massima di quindici giorni rinnovabili per ulteriori dieci (art. 11). Erano così centri di *detenzione*⁵⁶⁷ prolungata e *sistematica*⁵⁶⁸, benché si parlasse di restrizione della libertà. Con riguardo al primo FRC ad entrare in funzione, ovvero quello di Fylakio (marzo 2013), l'ECRE riferiva che, sebbene la privazione della libertà "di movimento" fosse disposta con la notifica da parte del direttore del centro di un provvedimento (astrattamente) impugnabile, i migranti incontravano insormontabili difficoltà nel contattare un legale⁵⁶⁹. Ciò vanificava il diritto al ricorso. Lo Special Rapporteur, in visita in Grecia dal 25 novembre al 3 dicembre 2012 affermava: «*no remedies seem to have been provided for to contest such detention*»⁵⁷⁰.

Dal momento che la misura applicata ai migranti nei FRC non veniva e, come si vedrà, non viene tutt'ora considerata nei RIC/Hotspots come una misura di privazione della libertà personale, l'art. 76, § 3 della l. 3386/2005, sul diritto di "obiezione", non sembrava allora e non sembra tutt'ora neanche astrattamente applicabile alla "restrizione della libertà personale" nei centri di frontiera, in quanto si applica alla "detenzione".

Le condizioni di detenzione nel FRC di Fylakio a dicembre 2014, secondo l'ECRE, erano nel complesso buone (comunque inadatte ai soggetti più vulnerabili). Il che è indice del fatto che i centri di prima accoglienza giocano un ruolo importante nel rispetto della dignità dei migranti all'ingresso del territorio dello Stato. Va comunque tenuto conto che il flusso di ingressi che interessava la regione Evros in quel periodo non era certo paragonabile a quella del 2011.

2 Basic Hotspot in Grecia

La Grecia individuava cinque punti di crisi: Lesbo, Kos, Chios, Samos e Leros. A Moria, nell'isola di Lesbo, il centro di primissima accoglienza apriva il 16 ottobre 2015 già pronto per ospitare le Agenzie dell'Unione europea.

⁵⁶⁶Ovvero per: l'accertamento dell'identità e della nazionalità; la registrazione dell'ingresso; gli esami medici e le eventuali cure; l'identificazione delle situazioni vulnerabili; l'informativa legale, con particolare riguardo al diritto di presentare domanda di protezione internazionale (art. 7).

⁵⁶⁷ECRE, *What's in a name? The reality of First "Reception" at Evros*, febbraio 2015, p. 12.

⁵⁶⁸Vedi HCR, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants on his mission to Greece*, 24 aprile 2017 punto 66.

⁵⁶⁹ECRE, *What's in a name? The reality of First "Reception" at Evros*, p. 15.

⁵⁷⁰HCR, *op. cit.*, punto 66, corsivo aggiunto.

Prima del 18 marzo, i quattro Hotspot allora operativi, ovvero i centri di Lesbo, Chios, Leros e Samos si presentavano, afferma il CPT, come «*open reception centres*»⁵⁷¹. I migranti giunti dalla Turchia, con l'eccezione di quelli arrivati nell'isola di Lesbo (sottoposta a pressioni migratorie che persino nella straordinarietà della situazione greca assumevano un carattere eccezionale), venivano rapidamente registrati e nell'arco di qualche giorno, in genere, lasciavano le isole alla volta della Grecia continentale⁵⁷².

3 La prima attuazione dell'advanced Hotspot approach: “mandatory detention”

«In the last months, we have observed increasingly more restrictive practices being put in place in this centre *since it became a Hotspot*, with people being detained upon arrival based on their nationality, but the EU-Turkey deal has changed the very objective of the centre. From a registration centre allowing people to leave the islands and find protection somewhere in Europe, it has become a pre-removal centre offering insufficient guarantees for the respect of people's basic rights»⁵⁷³. Era il 23 marzo 2016, cinque giorni dopo la Dichiarazione Ue-Turchia, quando MSF decideva di chiudere le attività correlate all'Hotspot di Moria, che assumeva una radicale e tempestiva mutazione da “*registration centre*” in cui venivano svolte le attività di identificazione prima del trasferimento nella Grecia continentale, a “*pre-removal centre*” ovvero a centro funzionale alla realizzazione di quella che l'UNHCR il 22 marzo, lasciando il centro, battezzava come politica di «*mandatory detention*»⁵⁷⁴.

Sappiamo che il diritto internazionale ammette la detenzione dei migranti all'ingresso nel territorio dello Stato persino se non necessaria, purché sia per un breve periodo e per esigenze identificative. Per cui, parlare di “mandatory detention” significava contestare una politica che sconfinava dai paletti tracciati dalle istanze internazionali, e quindi, in breve, una politica di *detenzione prolungata e sistematica*. Gli Hotspots divenivano centri di trattenimento di *tutti* i migranti entrati dalla Turchia dopo il 20 marzo⁵⁷⁵, e questo in attesa della conclusione delle procedure d'asilo e/o di rimpatrio, in condizioni di sovraffollamento, per *periodi* evidentemente *significativi*, e, in quel momento, imprecisati⁵⁷⁶. In secondo luogo, documenta il Greek Council for Refugees, «durante i

⁵⁷¹CPT, *Report to the Greek Government on the visits to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 18 April and 19 to 25 July 2016*, p. 11, corsivo aggiunto.

⁵⁷²CPT, *Report to the Greek Government*, cit., p. 11.

⁵⁷³MSF, *Why is MSF closing its Moria project on Lesbos?*, 23 marzo 2016

⁵⁷⁴UNHCR, *UNHCR redefines role in Greece as EU-Turkey deal comes into effect*, 22 marzo 2016

⁵⁷⁵CPT, *Report to the Greek Government*, cit., p. 11.

⁵⁷⁶Si legge nel comunicato di SAVE THE CHILDREN, *Migranti, Grecia: la detenzione dei bambini è sempre illegale*, 24 marzo 2016: «Attualmente, tutti i richiedenti asilo e i migranti arrivati sulle isole dopo lunedì, a prescindere dal loro status, vengono rinchiusi nei centri di detenzione di nuova designazione fino a quando, in seguito ai loro colloqui individuali, viene emessa una valutazione sulla loro ammissibilità». Il Direttore generale della Ong affermava che «Le domande di asilo, i colloqui e le valutazioni possono durare settimane o addirittura mesi. Di conseguenza, i richiedenti asilo sono e saranno sottoposti a una detenzione illegale e contraria al diritto internazionale ed europeo in materia di diritti umani».

primi 4-5 giorni dell'implementazione della dichiarazione, i detenuti [...] non avevano diritto di spostarsi neanche dentro i centri Hotspot»⁵⁷⁷. Questa era l'immagine davanti cui si trovavano le associazioni umanitarie: persone indiscriminatamente ed improvvisamente ingabbiate, per un periodo potenzialmente indefinito ed in centri dove regnava il «caos totale con riguardo al trattamento amministrativo dei nuovi arrivati»⁵⁷⁸.

Il legislatore greco non tardava ad adeguare il quadro giuridico al mutato contesto in cui si inseriva la politica degli Hotspots. Infatti, già il 3 aprile 2016 entrava in vigore con procedura d'urgenza la l. 4375/2016 (anche in funzione di recepimento della direttiva procedure), che prevedeva anzitutto delle garanzie contro la detenzione realizzata all'interno dei centri. Ai sensi dell'art. 14, gli stranieri entrati irregolarmente in Grecia devono essere condotti, per le necessarie procedure di accoglienza e identificazione di cui all'art. 9, all'interno di un Reception and Identification Centre (RIC) dove, per un periodo di *tre giorni* vengono privati della libertà personale. Infatti, sebbene si parli di «restriction of liberty», l'art. 14 chiarisce che tale forma di limitazione implica «la proibizione di lasciare il Centro e l'obbligo di rimanervi»⁵⁷⁹. La legge non riconosce l'emissione di alcun provvedimento impugnabile né alcun diritto di informazione sulle ragioni della «restrizione della libertà» per i primi tre giorni. Il Direttore del Centro, laddove non siano state completate le procedure di identificazione, può disporre la proroga della detenzione fino al loro espletamento, ma il periodo massimo di privazione della libertà personale, laddove disposto per le mere esigenze identificative, è di *venticinque giorni* dall'ingresso nel centro. La decisione di proroga deve essere disposta con un *provvedimento scritto ed impugnabile*, che deve contenere le ragioni in fatto ed in diritto che la giustificano. Se è chiaro che non sussiste alcuna valutazione individuale sull'opportunità di disporre la «restrizione» iniziale della libertà né alcun provvedimento «aggredibile», la legge prevede che, laddove verifichi che la restrizione della libertà personale sia illegittima, il giudice deve ordinare l'applicazione di «appropriate misure alternative»⁵⁸⁰. Viene poi previsto che lo straniero trattenuto venga informato del diritto di impugnare la decisione di proroga.

Diversi Report, tra cui quello dello Special Rapporteur on the human rights of migrants, documentano che i migranti erano *detenuti su base obbligatoria*, e quindi senza una previa valutazione individuale sull'opportunità della privazione della libertà personale, per un periodo di *venticinque giorni*⁵⁸¹ e spesso oltre tale termine⁵⁸². Così, nei primi mesi di attuazione dell'Hotspot approach, prevaleva un approccio che potremmo definire «carcerocentrico», prendendo in prestito il termine dal diritto penale. Lo stesso Special Rapporteur affermava che, al tempo della visita, ovvero nel maggio 2016, i

⁵⁷⁷GREEK COUNCIL FOR REFUGEES, *Country report: Greece*, 2016, p. 26 in www.asylumineurope.org, trad. nostra.

⁵⁷⁸Ivi, p. 26.

⁵⁷⁹Trad. nostra.

⁵⁸⁰Trad. nostra.

⁵⁸¹GREEK COUNCIL FOR REFUGEES, *Country report: Greece*, 2016, p. 100.

⁵⁸²HCR, *op. cit.*, p. 9.

migranti non avevano ricevuto alcun provvedimento di detenzione. Di talché, non venivano messi nelle condizioni di contestarne la legittimità⁵⁸³.

Un'altra certezza, nella confusione dei primi mesi di applicazione della misura, è che successivamente alla *sistematica detenzione per i primi venticinque giorni*, veniva applicata la c.d. "*geographical restriction*" o (limitation)⁵⁸⁴ – su cui torneremo in seguito – che permette ai migranti di uscire dai centri, ma li obbliga a rimanere sulle isole. Coloro che continuavano a rimanere in uno stato di detenzione anche dopo i venticinque giorni erano i *minori non accompagnati*, che per lasciare i centri dovevano attendere che si liberasse una struttura di accoglienza per minori⁵⁸⁵. Il "paradosso dell'iper-protezione" li costringeva ad un trattamento peggiore rispetto a tutti gli altri migranti.

4 Chiave di volta dell'Hotspot approach 2.0 ieri ed oggi: "*Fast-track border procedure*"

L'esame delle domande di protezione internazionale si svolgeva e si svolge tutt'ora con la c.d. "*fast-track border procedure*", che è stata introdotta nell'ordinamento greco dall'art. 64 della L. 4375/2016, in recepimento della dir. 2013/32/UE. È applicabile a tutti i richiedenti protezione internazionale giunti nelle isole dell'Egeo dopo il 20 marzo 2016. Si tratta di una *procedura di frontiera accelerata*, che è ammessa dalla legge greca in via eccezionale nei casi di un afflusso straordinario di persone.

Questa speciale procedura vede un ruolo di assistenza nelle interviste da parte di EASO. In secondo luogo, se la procedura di frontiera "classica" deve concludersi entro quattro settimane, quella "accelerata" deve concludersi entro due.

Poi, sulla "*terraferma*", le domande considerate ammissibili verranno sottoposte ad esame nel merito, per accertarne la fondatezza. Per esigenze di chiarezza, si consideri che il sub-procedimento di ammissibilità si applica nel caso dei siriani o di altri cittadini stranieri con percentuale di riconoscimento superiore al 25% ed è volta ad accertare se la Turchia costituisca un "*safe country*" in cui poter riammettere i richiedenti. Per i siriani si applica con procedura di frontiera solo il sub-procedimento di inammissibilità, mentre per gli altri richiedenti sopra indicati si applica anche l'esame nel merito. Per i richiedenti appartenenti ad una nazionalità con tasso di accoglimento delle domande inferiore al 25% si valuta direttamente la domanda nel merito⁵⁸⁶.

⁵⁸³Ivi, p. 9.

⁵⁸⁴Per i primi mesi di applicazione il quadro pare estremamente complesso ed apparentemente contraddittorio al confronto delle diverse ricostruzioni. Ciò può spiegarsi nel senso che i RIC/Hotspots nei primi mesi dalla Dichiarazione Ue-Turchia hanno "faticato" a trovare una loro fisionomia, anche per l'assenza della pubblicazione di Procedure operative standards (SOP). Si vedano GREEK COUNCIL FOR REFUGEES, *Country report: Greece*, 2016; FRA, Opinion 5/2016 [Hotspots], *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'Hotspots' set up in Greece and Italy*, 29 novembre 2016, Vienna; HCR, *op. cit.*, p. 9; CPT, *Report to the Greek Government, cit.*, p. 11.

⁵⁸⁵GREEK COUNCIL FOR REFUGEES, *Country report: Greece*, 2016, p. 25.

⁵⁸⁶Vedi ECRE, *Country report: Greece*, 2017, p. 69.

Ex art. 60, né la procedura ordinaria di frontiera né la fast-track border procedure sono applicabili ai soggetti *vulnerabili*⁵⁸⁷ o *ricongiungibili* ai familiari⁵⁸⁸, quindi la loro domanda deve essere esaminata in Grecia continentale. Riporta ASGI che «per quanto riguarda i vulnerabili, l'esigenza di trasferirli sulla terraferma risponde ad evidenti ragioni assistenziali ed umanitarie. Infatti, nelle isole, come riscontrato durante i sopralluoghi effettuati, non vi sono strutture sanitarie, ricettizie, ricreative ed educative idonee per rispondere alle esigenze di soggetti in condizioni di gravi vulnerabilità fisiche e psicologiche»⁵⁸⁹.

5 La natura dei RIC/Hotspots greci oggi: centri *poliformi*

Dopo le proteste della società civile e delle organizzazioni internazionali, cessava la politica di mandatory detention.

Terminato il procedimento di identificazione, che in genere non dura più di due giorni⁵⁹⁰, gli Hotspots assumono un carattere multiforme. Di regola divengono *centri aperti*, quindi strutture di "accoglienza" per i richiedenti protezione internazionale, mentre rimangono *centri chiusi* per coloro che hanno accettato il rimpatrio o la riammissione assistita⁵⁹¹, o, si ipotizza in ragione della logica efficientista insita nella politica di riammissione, per coloro che non hanno manifestato l'intenzione di richiedere asilo. Trattandosi di casi specifici ed eccezionali⁵⁹², esulano da un discorso a carattere generale.

A differenza del basic Hotspot, in cui le domande di protezione internazionale venivano formalizzate ed esaminate soltanto nei centri di seconda accoglienza, nelle isole dell'Egeo questo processo avviene negli Hotspots⁵⁹³ con la collaborazione di EASO nella registrazione delle domande e nelle interviste⁵⁹⁴. In tal caso l'Hotspot funziona come *base operativa* degli uffici di asilo e come *centro di accoglienza* del richiedente protezione internazionale.

⁵⁸⁷Si tratta dei migranti appartenenti alle categorie di cui all'art. 14 della L. 4375/2016: «a) Unaccompanied minors, b) Persons who have a disability or suffering from an incurable or serious illness, c) The elderly, d) Women in pregnancy or having recently given birth, e) Single parents with minor children, f) Victims of torture, rape or other serious forms of psychological, physical or sexual violence or exploitation, persons with a post-traumatic disorder, in particularly survivors and relatives of victims of ship-wrecks, g) Victims of trafficking in human beings».

⁵⁸⁸Il riferimento è alle regole previste dall'art. 8 all'art. 11 del reg. (UE) 604/2013.

⁵⁸⁹ASGI, *Esperimento Grecia: un'idea di Europa Il sistema di asilo greco ad un anno dall'accordo/dichiarazione Ue-Turchia*, 2017, p. 29.

⁵⁹⁰ECRE, (a cura di), *Country report: Greece*, 2017, p. 28.

⁵⁹¹CPT, *Report to the Greek Government*, cit., p. 18.

⁵⁹² Si consideri ad esempio che secondo i dati UNHCR, il 7 aprile 2016 vi erano a Moria 3.097 migranti. Di questi il numero di coloro che hanno manifestato intenzione di chiedere protezione è stimato in 3.083. Quindi solo 14 persone su 3097 hanno scelto non chiedere protezione. UNHCR, *Operations Cell Daily Report - 7 April*, <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/47301>.

⁵⁹³FRA, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁹⁴FRA, *op. cit.*, p. 17; ASGI, *Esperimento Grecia*, cit., pag 18-19.

Questo infatti si vede esaminare la domanda di protezione internazionale in regime di “*geographical restriction*”.

Terminato l’esame della domanda, come indicato in una lettera di alcuni eurodeputati alle alte cariche politiche greche e dell’Ue, vengono «detenute»: «persone in attesa di rimpatrio in Turchia dopo aver ricevuto un secondo diniego al ricorso; persone che hanno ricevuto un solo diniego e sono in attesa di definizione del ricorso»⁵⁹⁵.

Diversi report⁵⁹⁶ riferiscono poi del c.d. “*pilot project*”, ovvero di una circolare del 18 giugno 2016 emessa dal Ministero dell’Interno e dal Capo della Polizia greca⁵⁹⁷. Tale circolare ha inaugurato una gestione amministrativa dell’asilo praticata a Lesbo⁵⁹⁸ il cui nucleo fondamentale è lo svolgimento dell’intera fast-track border procedure in regime di vera e propria detenzione per i richiedenti appartenenti ad alcune *nazionalità*⁵⁹⁹ con ridotte percentuali di riconoscimento della protezione internazionale. Residua così un importante spazio di detenzione prolungata e sistematica.

Sui generis è la situazione dei minori non accompagnati, che, terminato il procedimento di identificazione, rimangono detenuti all’interno di aree dedicate degli Hotspots in attesa che si liberi un posto nelle strutture di accoglienza per minori⁶⁰⁰. Non si tratta di una quantità esigua di popolazione migrante presente nelle isole dell’Egeo. L’UNHCR ha reso noto che, al 30 settembre 2018, degli oltre 17.500 migranti presenti nelle isole il 29% è costituito da ragazzi, di cui 7 su 10 hanno meno di 12 anni, e di cui il 19% o è non accompagnato o si trova “separato”⁶⁰¹, e quindi comunque in condizione di estrema vulnerabilità.

In sintesi, i RIC/Hotspots greci sono: *centri chiusi di prima identificazione ed accoglienza* per tutti coloro che giungono nelle isole; *base operativa* per l’esame delle domande di asilo; *centri chiusi di decisione delle domande di asilo* per gli appartenenti alle nazionalità di cui al “Pilot project”; *centri aperti di seconda accoglienza* per coloro che hanno presentato

⁵⁹⁵A questi - si legge nella lettera - si aggiungono le «persone che affermano di trovarsi in stato di detenzione per il solo fatto di non aver ancora potuto presentare richiesta d’asilo» e le «persone catalogate come “piantagrane”, senza che vi sia alcuna accusa a loro carico». Ed oltre questi si ricorda che sono sottoposte a tale privazione della libertà le «persone che hanno optato per una procedura di rimpatrio volontario assistito coordinato dall’OIM».

La lettera è firmata dagli eurodeputati: E. Schlein, B. Spinelli, S. Cofferati, T. Fajon, E. Forenza, A. Gomes, M. C. Vergiat. È disponibile qui: www.ellyschlein.it.

⁵⁹⁶Tra i vari rapporti vedi: ECRE, (a cura di), *Country report: Greece*, 2017, soprattutto p.146, 167; ASGI, *Esperimento Grecia, cit.*, soprattutto pag 13, 27.

⁵⁹⁷ASGI, *Esperimento Grecia*, 2017, pag 13.

⁵⁹⁸A settembre 2018 il pilot project risulterebbe ancora attivo. Vedi LEGAL CENTRE LESBOS *Detention Monitoring Aegean and Legal Centre Lesbos Publish Joint Report: Stop deportations to Turkey. People trapped on the Greek Islands are deprived of basic rights*.

⁵⁹⁹ Secondo il report, aggiornato a dicembre 2017, da marzo 2017 le nazionalità a cui questa politica si applicava erano diventate 18, mentre all’inizio il progetto «si concentrava» sui cittadini del Pakistan, Bangladesh, Egitto, Tunisia, Algeria e Marocco.

⁶⁰⁰ECRE, *Country report: Greece*, 2017, p. 29.

⁶⁰¹UNHCR, *Aegean Islands Weekly Snapshot*, 24 - 30 September 2018.

domanda di asilo; *centri chiusi per il rimpatrio* per coloro che hanno accettato il rimpatrio volontario o la cui domanda è inammissibile o infondata.

Gli Hotspots greci sono così centri poliformi su cui si regge l'intera realizzazione della Dichiarazione Ue-Turchia.

6 “Geographical restriction”

Si è già accennato alla “*geographical restriction*” Questa consiste nella *restrizione della libertà di circolazione* all'isola di sbarco, fino alla conclusione delle procedure di asilo, cui si aggiunge l'*obbligo di residenza* negli Hotspots o in altre strutture presenti nell'isola per lo stesso periodo⁶⁰². Si applica a tutti coloro che sono entrati dalla Turchia dopo il 20 marzo, e che sono già registrati nei RIC/Hotspots. Trova la propria base giuridica nella L. 4375/2016, a cui si è aggiunto, a seguito di una pronuncia del Consiglio di Stato greco, il documento di trasposizione della dir. 2013/33/UE. L'art. 41 della L. 4375/2016 prevede che, «immediatamente dopo il completamento delle procedure di registrazione di cui all'art. 36»⁶⁰³, al richiedente protezione internazionale deve essere rilasciata la “International Protection Applicant Card”, che «potrebbe restringere il movimento del richiedente ad una parte del territorio greco dopo una decisione del direttore dell'Asylum Service»⁶⁰⁴.

La prassi si è sviluppata in modo diverso⁶⁰⁵. Secondo il meccanismo descritto dal Greek Council for Refugees, la decisione assunta dal Capo del RIC di realizzare il trattenimento nell'Hotspot viene «revocata» al completamento delle procedure di registrazione (che in genere avviene nell'arco di *due giorni*) e «seguita da una decisione di rimpatrio “basata sulla procedura di riammissione»», a cui si accompagna un ordine di detenzione per l'espulsione. A emanare le decisioni sarà l'ufficio di polizia competente. Entrambi i provvedimenti vengono però sospesi da una decisione di “differimento dell'espulsione”, assunta dal General Regional Police Director, e che ha come oggetto anche l'imposizione della *geographical restriction*. Quindi, questa è imposta «indiscriminatamente», «senza un limite di tempo massimo determinato dalla legge»⁶⁰⁶ e senza la possibilità di contestare efficacemente la determinazione amministrativa dell'autorità di polizia. La decisione dell'Asylum Service ha addirittura assunto la forma di un provvedimento a carattere generale. In tal modo, questa restrizione geografica si applica indiscriminatamente e in via automatica dopo il

⁶⁰²ECRE, *Country report: Greece*, 2017, p. 28.

⁶⁰³Art. 36: «Full registration shall include at least the applicant's identity, his/her country of origin, the names of his/her father, mother, spouse and children, as well as biometric identification data and a brief reference to the reasons for which the applicant requests international protection».

⁶⁰⁴*Trad. nostra*.

⁶⁰⁵ECRE, *Country report: Greece*, 2017, p. 28.

⁶⁰⁶*Trad. nostra*.

deposito della domanda di asilo, sempre che la domanda non debba essere esaminata con procedura ordinaria⁶⁰⁷.

La *durata legale* della restrizione è anche qui *indefinita*⁶⁰⁸ ed è legata soltanto alla durata dell'esame della domanda di protezione internazionale. In ragione di quanto detto sul nesso tra confinamento alla frontiera e procedure di frontiera, a nostro parere, il termine massimo di permanenza sulle isole deve essere di due settimane, ovvero il termine entro cui deve completarsi la fast-track border procedure.

La prima decisione veniva assunta il 31 maggio 2017⁶⁰⁹, ma veniva annullata dal Consiglio di Stato il 17 aprile 2018⁶¹⁰, dato che questo – tra l'altro – riteneva che mancasse una motivazione che permettesse di verificare quale fosse il pubblico interesse che giustificasse la misura. Non essendo possibile per il giudice effettuare alcuna verifica sulla proporzionalità della restrizione geografica rispetto allo scopo, non poteva valutarsi il rispetto dei limiti fissati dall'art. 41 della legge greca, interpretata alla luce dell'art. 31 della Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati, che impone che ogni restrizione della libertà di movimento dei rifugiati debba essere necessaria.

Già il 20 aprile veniva riassunta una nuova decisione da parte del direttore del servizio di asilo greco, secondo cui, per l'attuazione della Dichiarazione del 18 aprile e quindi per rispettare l'impegno di riammettere nel proprio territorio i richiedenti asilo giunti in territorio greco dopo il 20 marzo, *la Turchia pretenderebbe che gli stessi non si muovano dalle isole*⁶¹¹. Per cui, è innanzitutto l'attuazione dell'impegno tra Ue e Turchia che renderebbe necessaria la restrizione geografica⁶¹². Inoltre, la rapidità dell'esame delle domande (nonché il loro "controllo efficace") e la gestione dei richiedenti protezione internazionale in Grecia rappresenterebbero le altre «serious and compelling reasons»⁶¹³

Già due giorni dopo la decisione del Consiglio di Stato, veniva inoltre presentata una proposta di recepimento della direttiva "accoglienza", poi approvata il 15 maggio 2018.

Il documento finale all'art. 7 ricalca le disposizioni dell'art. 41 della L. 4375/2016, ammettendo che il direttore del servizio di asilo greco possa applicare con *regolamento* la restrizione geografica dei richiedenti asilo. In aggiunta, prevede che questo potere possa essere esercitato solo quando la misura è necessaria per la rapida decisione delle domande di protezione internazionale, l'"effective monitoring", e quando sussistano degli specifici motivi di interesse pubblico o di ordine pubblico⁶¹⁴.

⁶⁰⁷Ivi, p. 28-29.

⁶⁰⁸Ivi, p. 28.

⁶⁰⁹R. NESTLER – C. ZIEBRITZKI, *Implementation of the EU-Turkey Statement: EU Hotspots and restriction of asylum seekers' freedom of movement* (Part 1), giugno 2018, in eumigrationlawblog.eu.

⁶¹⁰ CoS, *Decision 805/2018*, 17 aprile 2018, in www.refworld.org. Traduzione della sentenza: Evita Armouti. Per un commento vedi C. ZIEBRITZKI - ROBERT NESTLER, *op.cit.*

⁶¹¹Amnesty International, *public statement: Note on legal changes proposed by the Greek Government on 19 April 2018 to Greece's reception and asylum system*, p. 3, 4 maggio 2018.

⁶¹²Amnesty International, *public statement*, cit., p. 3

⁶¹³Amnesty International, *public statement*, cit., p. 3

⁶¹⁴www.hellenicparliament.gr.

6.1 Restrizione o privazione della libertà personale?

Rileva Dimitriadi: «*the State has found a way to impose immobility without having to restrict physical movement in confined spaces. The islands eventually transform into a space where immobility continues to be imposed*»⁶¹⁵. La legge greca ha così dato legittimazione ad una misura che realizza lo stesso scopo dei centri chiusi di frontiera, ovvero evitare il pericolo di fuga di migranti non identificati, e che è certamente meno incidente sulla libertà personale. Eppure, alla luce dell'esame svolto nelle precedenti sezioni di questo lavoro, ci si deve chiedere se l'applicazione della *geographical restriction* costituisca una forma di privazione della libertà personale. Un tale esito implicherebbe l'obbligo da parte delle autorità greche di rispettare le garanzie a tutela dell'*habeas corpus* riconosciute ampiamente dagli standard internazionali. Il riferimento è soprattutto al principio di proporzionalità e al *judicial review*.

Si è a più riprese detto in questo lavoro che la CEDU ritiene che «gli Stati contraenti» abbiano «un *innegabile diritto sovrano di controllare gli ingressi degli stranieri dentro il territorio e la residenza nel loro territorio*» ma che «*tale diritto deve essere esercitato nel rispetto delle previsioni della Convenzione*», tra cui l'art. 5, che riguarda «libertà fisica della persona» che protegge da privazioni disposte «in modo arbitrario»⁶¹⁶. Si è detto poi che per la Corte la distinzione tra restrizione e privazione della libertà «è soltanto di *grado o intensità* e non di natura o sostanza» e che, per verificare se una persona sia stata privata della sua libertà, «il punto di partenza deve essere la sua concreta situazione, e deve essere tenuto conto di un'intera serie di criteri come il *tipo*, la *durata*, gli *effetti* e la *modalità* di attuazione della misura in questione». Tali criteri devono essere considerati «cumulativamente ed in combinazione» e comunque, nei «casi limite», «il processo di classificazione in una o l'altra delle categorie [...] è una questione di pura opinione», soprattutto considerando che «la privazione della libertà può [...] prendere numerose altre forme» rispetto alla «classica detenzione»⁶¹⁷.

I giudici di Strasburgo hanno già avuto modo di esprimersi nel caso Guzzardi sulla sussistenza di una situazione di privazione della libertà personale che appare molto simile alla *geographical restriction* praticata dalle autorità greche⁶¹⁸.

Il ricorrente era confinato e sorvegliato in uno spazio di circa 2,5 km² nell'Asinara, una piccola isola della Sardegna di circa 50 km², occupata per nove decimi da una prigione. Non era ristretto nel carcere dell'Asinara ma, essendo sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nella frazione di Cala Reale, era

⁶¹⁵A. DIMITRIADI, *Governing irregular migration at the margins of Europe. The case of Hotspots on the Greek islands*, in *Etnografia e ricerca qualitative*, 1/2017, p. 85, corsivo aggiunto.

⁶¹⁶*Amuur contro Francia*, trad. nostra.

⁶¹⁷*Guzzardi contro Italia*, trad. nostra.

⁶¹⁸Valorizza il precedente in *Guzzardi*: I. MAJCHER, *The EU Hotspot Approach: Blurred Lines between Restriction on and Deprivation of Liberty (Part II)*, in www.law.ox.ac.uk, 5 aprile 2018.

comunque obbligato a rimanere nella sua residenza tra le 22:00 e le 7:00 e a presentarsi per due volte al giorno alle autorità. Eventuali chiamate dovevano essere precedute dall'avviso dato alle forze dell'ordine, con indicazione del nome e del numero della persona chiamata. La popolazione di Cala Reale era composta principalmente di soggetti sottoposti alla stessa misura del signor Guzzardi e da autorità di pubblica sicurezza, ed era lui impedito raggiungere Cala d'Oliva, dove risiedevano la maggior parte dei locali. Aveva così poca possibilità di avere contatti sociali, ma aveva avuto la vicinanza della moglie e del figlio per quattordici mesi su sedici di applicazione della misura. Con il permesso e con la supervisione delle autorità gli era permesso di lasciare l'isola per ragioni meritevoli.

Così, l'obbligo di residenza in una frazione dell'isola e il penetrante controllo delle autorità, insieme alla conseguente difficoltà di relazionarsi fuori dal nucleo familiare, hanno portato la Corte a concludere che quella subita da Guzzardi fosse una misura dall'intensità tale da costituire una forma di privazione della libertà personale, «*somigliando*», dice la Corte, «*alla detenzione in una "prigione aperta"*»⁶¹⁹.

La situazione sulle isole dell'Egeo somiglia molto a quella dell'Asinara. L'ipotetico migrante entrato dalla Turchia si trova bloccato in un'isola, che è impossibilitato a lasciare. Ha l'obbligo di residenza nell'Hotspot, in cui è tenuto a rientrare per la notte, o nell'accampamento esterno, in cui trovano rifugio coloro che non hanno trovato posto nel centro e che sarebbero sottoposti ai controlli delle presenze ogni due giorni⁶²⁰. Ai fini di un giudizio sull'intensità della misura occorre considerare anche le condizioni di detenzione, che – come vedremo – sono pessime. Così, dinanzi un ricorrente intrappolato su un'isola che non può lasciare, con obbligo di residenza nelle strutture lì presenti, tenuto in condizioni pessime, la CEDU non potrebbe negare con solidi argomenti giuridici che ci si trovi dinanzi una privazione della libertà personale in una "open prison"⁶²¹.

6.2 Le ragioni della "restrizione geografica"

La Commissione europea, nel documento sul "*Joint action plan on the implementation of the EU-Turkey Statement*", pubblicato nel dicembre 2016, invitava il Servizio di asilo greco ad applicare il procedimento di inammissibilità anche a minori non accompagnati, anziani, vittime di tratta e coloro che potrebbero beneficiare del ricongiungimento familiare ed affermava: «*Greek authorities to examine whether Article 60(4)(f) of Law 4375/2016 could apply to vulnerable applicant cases in accordance with Article 24(3) of the Asylum Procedures Directive*»⁶²². L'unica interpretazione che pare accettabile della richiesta della Commissione è che la procedura di frontiera dovrebbe trovare

⁶¹⁹Trad. nostra, corsivo aggiunto.

⁶²⁰I. MAJCHER, *op. cit.*

⁶²¹Cfr. I. MAJCHER, *op. cit.*

⁶²²Commissione europea, *Joint action plan on the implementation of the EU-Turkey Statement*, in www.europa.eu, 8 dicembre 2016, p. 2.

applicazione anche ai vulnerabili *se e solo se* questi possano ricevere in frontiera un “sostegno adeguato” ai loro specifici bisogni. La stessa Commissione invitava le autorità greche a continuare ad applicare la restrizione geografica, per realizzare l’obiettivo di limitare il rischio di fuga⁶²³.

La domanda evidentemente cruciale è: *perché limitare il rischio di fuga dalle isole? Inoltre, cosa rende tanto importante il confinamento nelle isole?*

La ragione della restrizione geografica potrebbe essere quella fornita dallo stesso Direttore del servizio di asilo greco nella motivazione della decisione del 20 aprile 2018. Già un rapporto ASGI del giugno 2017 affermava: «*la Turchia accetterebbe la riammissione solo di richiedenti asilo provenienti dalle isole. Al contrario, quelli presenti sulla terraferma non potrebbero essere trasferiti in Turchia*»⁶²⁴. È chiaro che se la Turchia non accetta trasferimenti dalla Grecia continentale di migranti entrati dalla frontiera turca, il “blocco” nelle isole pare essere l’unica soluzione per affiancare all’impedimento degli ingressi l’efficacia dei rimpatri. Questi sarebbero essenziali nell’obiettivo di serrare le porte d’Europa. La stessa Commissione europea afferma: «*capacity to return arriving migrants [...] is considered to be the key deterrent factor for irregular migrants and smugglers*»⁶²⁵. Per cui, i rimpatri, essenziali nel contesto di un accordo che mira a scoraggiare gli ingressi irregolari, potrebbero svolgersi solo per i migranti che non abbandonano le isole perché imposto dalla Turchia⁶²⁶. Questo spiegherebbe la ragione del carattere essenziale del confinamento nelle isole dell’Egeo.

In coerenza con il ruolo assegnato dalla Commissione alle frontiere esterne nell’Unione europea, sembra ragionevole ritenere che l’obiettivo efficientista avrebbe comunque condotto alla politica di confinamento nelle isole. A proposito del progetto “frontierocentrico” concepito a Bruxelles, si diceva che, a nostro parere, per la Commissione il confinamento in frontiera è essenziale per ottenere l’effetto deterrenza. Il migrante indesiderato deve *percepire* che non c’è speranza di rimanere in Europa, che quel tentativo di oltrepassare la frontiera è soltanto rischioso: verrà bloccato dall’altra

⁶²³Ivi, p. 5.

⁶²⁴ASGI, *Esperimento Grecia*, cit., p. 29, corsivo aggiunto.

⁶²⁵Commissione europea, *Third Report on the Progress made in the implementation of the EU-Turkey Statement*, COM(2016) 634 final, in www.ec.europa.eu, 28 settembre 2016, corsivo aggiunto.

⁶²⁶Del resto, la deterrenza è la chiave di lettura dell’intero accordo. È alla base del “*resettlement*”, ovvero il meccanismo per cui per ogni siriano rimpatriato dalla Grecia ne deve essere riammesso uno dalla Turchia. Il meccanismo si baserebbe su un principio di fondo: possono essere trasferiti in Grecia dalla Turchia solo coloro che non abbiano tentato di oltrepassare la frontiera irregolarmente (SAVINO, *La crisi dei confini*, cit., p. 752). La stessa Commissione afferma: «*The clear message to migrants is that getting on a boat in Turkey, and endangering lives in the process, is not worth the risk given that there is a legal and safe pathway through resettlement*». Il “messaggio” che lancia la Commissione europea è molto simile a quello che ha accompagnato l’introduzione della “Operation Sovereign Borders” in Australia. “*No way*”, dice il militare nel video diffuso in 17 lingue dal Governo australiano. Chi entra in Australia senza visto non ne potrà fare la sua casa. Verrà allontanato verso i Paesi di provenienza o confinato in un off-shore detention centre (ad es: isola di Nauru). Anche qui, l’obiettivo dichiarato della “guerra” ai boat people è sconfiggere i trafficanti di uomini.

parte della frontiera, e, dopo un rapido esame della domanda d'asilo, verrà rapidamente rimpatriato.

7 Dalla crisi migratoria alla crisi di coscienza: la deterrenza sulla pelle

La restrizione geografica nelle isole dell'Egeo ha assunto tratti sostanzialmente "punitivi".

«Moria is the worst place I've ever been in my all life and in my all Msf experience», dice Luca Fontana di MSF, intervistato da Catrin Nye per la BBC. Afferma che Moria è il posto peggiore che abbia visto nella sua vita, nonostante abbia operato anche in zone di guerra e nell'epidemia di ebola in Africa occidentale. «I've never seen...ever...the level of suffering we are witnessing here every day». «People, even if affected by Ebola, they still have the hope to survive or they've the support of their family, their society, their village, their relatives. Here no! Here, the hope is taken away by the system»⁶²⁷. Il più grande dramma è la «totale mancanza di speranza per il futuro», spiega Idoia Moreno, coordinatrice della clinica pediatrica MSF Lesbo⁶²⁸. La prima intervista d'asilo viene svolta dopo diversi mesi o addirittura dopo un anno.

Il CPT visitava l'Hotspot di Moria ad aprile e poi a giugno del 2016, quindi poteva osservare nell'immediato gli effetti prodotti dalla Dichiarazione Ue-Turchia. Constatava che, nel periodo delle visite, il centro ospitava circa 3.000 migranti, a fronte di una capienza di circa 1.500 posti⁶²⁹. Tra i casi emblematici che si presentavano alla delegazione nella visita ispettiva, vi era un gruppo di 43 persone, tra cui bambini piccoli accompagnati dalle famiglie e anziani, tenuti in una stanza di 46 m² di un container. Vi erano addirittura tende da due persone che ne ospitavano fino a sette⁶³⁰.

Lo Special Rapporteur on the human rights of migrants, che effettuava delle visite di monitoraggio nelle strutture delle isole nel maggio dello stesso anno, utilizza il termine «shocking» per descrivere le condizioni di sovraffollamento nelle strutture di Moria e Vathy. A Moria trovava la stessa situazione riscontrata dal CPT in aprile, con la differenza che la capacità di accoglienza della struttura era portata a 2000 posti. A Vathy, nell'isola di Samos, il giorno della visita, lo Special Rapporteur constatava che una parte del centro era inutilizzabile. Quindi, a fronte di una capacità effettiva di soli 250 posti, vi erano circa 950 persone, tra cui erano comprese famiglie con bambini⁶³¹.

A Moria «la situazione sta raggiungendo il punto di ebollizione», dice l'UNHCR il 31 agosto 2018. A quella data vi erano settemila persone, di cui un quarto bambini, per duemila posti di capienza.

I dati forniti dal Ministero della protezione dei cittadini dicono che al 10 settembre 2018, a fronte di una capacità di accoglienza di 3100 posti, i migranti presenti nel

⁶²⁷BBC News, 'The worst refugee camp on earth', 28 agosto 2018, www.youtube.com.

⁶²⁸Idoia Moreno, in *Prigionieri sull'isola*, reportage per Tg2 Dossier, di V. CATALDI.

⁶²⁹CPT, *Report to the Greek Government*, cit., p. 12.

⁶³⁰Ivi, p. 14.

⁶³¹HCR, *op. cit.*, p. 9.

RIC/Hotspot di Moria fossero 8791 persone⁶³². In un appello del 18 settembre di MSF si apprende che erano ormai «oltre 9.000»⁶³³, di cui un terzo «bambini».

Non mancano solo i posti letto ma anche gli altri servizi di base. In un documentario del giornalista Valerio Cataldi si raccontano talune delle sofferenze che i migranti, «prigionieri sull'isola» di Moria, sono costretti a subire: «*Nel campo di Moria la distribuzione del cibo inizia alle 8:00. Le donne arrivano con le coperte intorno alle 4:00 di notte. Alcune dormono qui perché il cibo non basta mai per tutti e chi arriva tardi non mangia...La fila del pranzo si intravede da lontano. Qualcuno si ripara dal sole con un cartone. Da qualche tempo hanno costruito una tettoia rossa che copra le gabbie dove la gente si ammassa per prendere da mangiare. Non succede mai che riescano a mangiare tutti...Il campo è circondato dal filo spinato. Fuori dal campo si sono sistemati gli altri, quelli che non c'entrano. Almeno 2000 persone che vivono in tende da campo in condizioni drammatiche. C'è una doccia per 84 persone, 1 bagno ogni 72 persone...La privacy è solo una coperta che separa le stanze...C'è solo un medico dentro il campo. MSF ha spostato fuori dal recinto la sua clinica in segno di protesta per gli accordi siglati tra Europa e Turchia per chiudere la rotta dei Balcani*»⁶³⁴.

La situazione dei minori è surreale. Nell'appello di MSF si riporta che degli adolescenti tra i 6 ed i 18 anni che hanno svolto con il loro personale le terapie di gruppo tra febbraio e giugno 2018, «*quasi un quarto dei bambini (18 su 74) ha avuto episodi di autolesionismo, ha tentato il suicidio o ha pensato di togliersi la vita. Altri soffrono di mutismo selettivo, attacchi di panico, ansia, scatti d'ira e incubi costanti*».

La condizione in cui versano i diritti umani nelle isole dell'Egeo non è il prodotto di una «circostanza imprevista» o un «accidente»,⁶³⁵ ma è il fisiologico e prevedibile sviluppo della politica europea della deterrenza.

Anzitutto, doveva essere considerata la *crisi economica greca*, e la sussistenza delle gravi carenze sistemiche nella gestione dell'accoglienza che aveva portato al blocco dei trasferimenti verso questo Stato.

In secondo luogo, i RIC/Hotspots dell'Egeo sono stati progettati come centri di primo soccorso ed accoglienza, quindi come strutture di transito destinate ad accogliere le persone giunte dalla Turchia per un breve periodo, di due o tre giorni dice il CPT⁶³⁶.

Infine, è lo stesso contesto politico che prefigurava tale scenario di crisi: il *freno alla mobilità verso la Grecia continentale* trasformava gli Hotspots da luoghi di transito a zone di trattenimento di lungo periodo per i procedimenti d'asilo o di rimpatrio; l'implementazione dell'accordo costringeva i migranti a presentare domanda in Grecia per non essere immediatamente rimpatriati in Turchia, quindi era *preventivato* l'aumento

⁶³²Ministry of Citizen Protection, *National situational picture regarding the islands at Eastern Aegean Sea* (10/09/2018).

⁶³³MSF, *Aumentano tentativi di suicidio e autolesionismo tra i bambini bloccati nel campo di Moria a Lesbo*, 18 settembre 2018.

⁶³⁴V. CATALDI, *op. cit.*

⁶³⁵TRECCANI, "emergenza", in www.treccani.it.

⁶³⁶CPT, *Report to the Greek Government*, *cit.*, p. 14.

esponenziale delle domande di protezione internazionale⁶³⁷, con il conseguente sovraccarico di lavoro degli uffici di asilo; era ben noto il carattere fallimentare della relocation, che avrebbe potuto contribuire a decongestionare le isole; era prevedibile che le commissioni di appello per l'asilo non considerassero la Turchia come "safe country"⁶³⁸ e quindi determinassero il *blocco della mobilità* verso quest'ultimo Stato, costringendo le autorità greche a reperire posti di accoglienza nella Grecia continentale, e che, in assenza di posti nella "terraferma", il confinamento sulle isole si sarebbe prolungato; era prevedibile la registrazione di un numero di almeno *migliaia di nuovi ingressi dalla Turchia*.

Per cui il *freno alla mobilità verso la Grecia continentale, il fallimento della relocation, il blocco della mobilità verso la Turchia* determinano un "effetto imbuto" – usando un'espressione di Alessandro Leogrande⁶³⁹ – ovvero un intrappolamento nelle isole dell'Egeo, a cui si aggiungono *i nuovi arrivi sulle isole*, le cui strutture avrebbe dovuto essere adeguate prima di bloccare i traffici verso la "terraferma" e poi in via costante⁶⁴⁰. Diversamente, si è ingenerato così un *cronico e progressivo sovraffollamento dei centri*, che ha inciso sulle possibilità di gestire adeguatamente l'accoglienza, e quindi di fornire un adeguato trattamento dei migranti "accolti".

Per cui, nessuna sorpresa, nessun incidente, nessuna emergenza, se non quella umanitaria che tale politica ha prodotto, o, forse aggravato. Una politica che è ingiustificabile anche nella più marcata ottica efficientistica, essendo persino inidonea rispetto allo scopo di scoraggiare i nuovi ingressi, come testimoniano i dati forniti dalla Commissione europea ad aprile 2018, ovvero due anni dopo la Dichiarazione, ove a fronte di 2164 migranti rimpatriati dalle isole, ne sono arrivati 57450⁶⁴¹.

⁶³⁷Commissione europea, *Communication from the commission to the European Parliament, the European Council and the Council: Next operational steps in eu-turkey cooperation in the field of migration*, COM(2016) 166 final, in ec.europa.eu, 16 marzo 2016, p. 4: «Until now, relatively few of those arriving in Greece have applied for asylum. Faced with the prospect of a rapid return as a person not in need for international protection, the number of asylum claims is likely to rise».

⁶³⁸Basti pensare che la Turchia è firmataria della Convenzione di Ginevra, ma ha posto una *riserva geografica* che limita il riconoscimento dello status di rifugiato ai richiedenti provenienti da uno dei Paesi del Consiglio d'Europa. Inoltre, dal 20 luglio del 2016 al 19 luglio 2018 la Turchia si trovava in "stato di emergenza".

⁶³⁹LEOGRANDE, *op. cit.*, p. 238.

⁶⁴⁰Già il 22 marzo 2016, quattro giorni dopo la Dichiarazione Ue-Turchia, l' UNHCR, *UNHCR redefines role in Greece as EU-Turkey deal comes into effect*, 22 marzo 2016, nell'abbandonare gli Hotspots sulle isole, affermava: «UNHCR is concerned that the EU-Turkey deal is being implemented before the required safeguards are in place in Greece. At present, Greece does not have sufficient capacity on the islands for assessing asylum claims, nor the proper conditions to accommodate people decently and safely pending an examination of their cases».

⁶⁴¹Commissione europea, *Eu-Turkey statement. Two years on. April 2018*, p. 3, in www.ec.europa.eu.

Capitolo settimo

SULLA NATURA E SULL' (IN)EFFICIENZA DELLA DETENZIONE

SOMMARIO: 1. La natura della detenzione “amministrativa” dei migranti – 2. Spunti sull’efficienza di una misura umanamente costosa: ne vale la “pena”? – 3. Conclusioni

Abstract

Dietro la natura ufficialmente amministrativa può nascondersi una misura sostanzialmente penale. La prova regina di una detenzione penalistica può essere rintracciata nell'eccessività delle misure previste dalla legge e/o applicate dalle autorità nazionali rispetto ad uno scopo non punitivo. Se questo difficilmente trova realizzazione, assai probabile è l'incidenza sulle condizioni fisiche e mentali di persone già debilitate e traumatizzate. Ferma restando l'esigenza di una revisione critica delle attuali politiche migratorie, la detenzione amministrativa va condotta sui binari dei diritti umani e ne va drasticamente ridotto il campo di applicazione. Un'operazione che richiede la ricerca di alternative umane ed efficienti e l'acquisizione da parte della società civile della consapevolezza del lato oscuro delle politiche della sicurezza.

1 La natura della detenzione “amministrativa” dei migranti

Dal quadro che abbiamo tracciato in questo lavoro emerge come la detenzione amministrativa sia caratterizzata dal *massimo grado di flessibilità*. Gli Stati la usano quando serve, nella massima semplicità di un provvedimento di polizia, con poche garanzie anche in fase esecutiva, e, evidentemente, con pochi rischi, in ragione del ricorso al privato, che si sospetta serva soprattutto a esternalizzare responsabilità politiche e giuridiche sui gestori dei centri. Il diritto amministrativo delle espulsioni, dei trasferimenti, dell'esame delle domande d'asilo vuole estrema flessibilità, rapidità, prontezza di risposta. Le garanzie sono quindi un problema. Diversamente, la detenzione penale è misura contornata da pregnanti tutele ed è ispirata a molteplici istanze sociali che non la rendono “tascabile”.

Con riguardo al primo profilo, si pensi al principio di *irretroattività* della norma penale sfavorevole. Guardando al caso italiano, nel corso degli anni si è assistito ad un processo di continua modifica al rialzo dei termini di detenzione per i migranti irregolari. L'aver estraniato il c.d. “trattenimento” dalla materia penalistica ha avuto come conseguenza l'applicazione dei nuovi termini via via più sfavorevoli a coloro che già si trovavano in un centro per irregolari al momento dell'entrata in vigore della legge e che avrebbero dovuto essere rimessi in libertà per decorrenza dei termini⁶⁴². Si pensi anche al principio

⁶⁴²A. PUGIOTTO, *Di qua dalla Manica: la “galera amministrativa” degli stranieri in Italia*, in *La “galera amministrativa” degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, di M. BOSWORTH, Napoli, 2016, p. 381. Lo stesso problema si ripropone oggi, dal momento che il d.l. 4 ottobre 2018 n. 113 porta il termine massimo da novanta a centottanta giorni.

del *ne bis in idem*. Potrebbe un trattenimento esser reiterato infinite volte per il medesimo ingresso irregolare se lo stesso costituisse una *misura penale* nel senso CEDU?

Con riguardo al secondo profilo, si pensi alla pronuncia della Corte di giustizia nel caso *El Dridi*, ove la stessa dichiarava *l'incompatibilità della detenzione di diritto penale con la dir. 2008/115/CE*. La decisione dei giudici di Lussemburgo non era ispirata dal principio di libertà, ma dal parametro dell' "effetto utile", che, nella specie, è l'esecuzione della decisione di rimpatrio⁶⁴³. La detenzione penale non è sproporzionata o priva di offensività, ma è *rigida* e quindi di *ostacolo* all'allontanamento, perché ha l'effetto contrario di trattenere lo straniero irregolare sul territorio dello Stato anche laddove siano venuti meno gli ostacoli che si frappongono al rimpatrio.

Alla luce di queste considerazioni non possiamo non porci la seguente domanda: questa "*easy detention*" è realmente una misura amministrativa? Eventualmente, in che limiti?

Nel primo capitolo abbiamo affermato che ciò che caratterizza la detenzione amministrativa dei migranti è la *funzione*. Qui la privazione della libertà personale non è la sanzione dell'attraversamento illegale delle frontiere, ma è funzionale ad assicurare il buon esito del procedimento in cui si inserisce come "incidente". Il procedimento, per esempio, può esser volto a valutare il bisogno di reazione all'illecito (asilo), a rimuoverne gli effetti (rimpatrio), o ad individuare chi se ne deve far carico (trasferimento Dublino). Così, la misura non colpisce la persona per ciò che ha fatto, che è mero presupposto dell'agire amministrativo.

Laddove il confinamento dei migranti assumesse funzioni di *deterrenza* degli ingressi irregolari, allora sarebbe palesemente incompatibile con la Costituzione. Infatti, il "*trattenimento punitivo*", svolgendo il ruolo della "pena" sotto falsa veste di misura teleologicamente amministrativa, «*froda la Costituzione la quale esige che al reato corrisponda la pena, e che alla pena (intesa in senso sostantivo) corrisponda il reato*»⁶⁴⁴.⁶⁴⁵ Se il legislatore chiamasse trattenimento ciò che è "pena", priverebbe il trattenuto di quel complesso di garanzie che un sistema formalistico come quello italiano garantisce al condannato.

Un simile meccanismo "truffaldino" entrerebbe in frizione anche con la Cedu. Infatti, per la Corte EDU, la «*qualificazione dell'infrazione nel diritto interno*»⁶⁴⁶ è soltanto il primo dei tre criteri elaborati in *Engel contro Paesi Bassi* (1976) per sciogliere il nodo tra illecito/sanzione amministrativa o penale⁶⁴⁷. Di talché, la qualificazione amministrativa

⁶⁴³Vedi SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., p. 344-352.

⁶⁴⁴ELIA, *op. cit.*, p. 13, corsivo.

⁶⁴⁵L'art. 25 Cost. è chiarissimo sul punto: «nessuno può essere punito se non in forza di una legge».

⁶⁴⁶BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 260.

⁶⁴⁷Come ribadito nel caso *Grande Stevens*, si tratta di criteri alternativi, ma che possono essere applicati cumulativamente laddove, presi singolarmente, non siano sufficienti alla qualificazione della misura come penale.

nel diritto interno non esclude che la misura possa essere *sostanzialmente penale*⁶⁴⁸. Il secondo criterio è la «*natura dell'infrazione o dell'illecito*»⁶⁴⁹. La norma che definisce il fatto come illecito deve rivolgersi alla generalità dei consociati e deve avere ad oggetto una violazione grave dei precetti della convivenza comune. L'ultimo criterio è quello della «*natura e gravità della sanzione*»⁶⁵⁰. La gravità ha riguardo al tipo di misura (es: detentiva o pecuniaria) e alla sua severità. La natura guarda alla connessione rispetto ad un fatto di reato, alle procedure adottate ed allo scopo della sanzione. Questo deve essere general preventivo e repressivo di comportamenti vietati dall'ordinamento nazionale.

L'*illecito*, ovvero l'attraversamento illegale delle frontiere o la permanenza illegale nel territorio dello Stato, è connaturato all'attuale fisionomia degli Stati della sicurezza, che ritengono assuma una rilevanza fondamentale, essendo la «*difesa dei confini*» funzionale alla protezione della sicurezza e dell'ordine pubblico, economico e sociale⁶⁵¹. La risposta potrebbero essere misure volte a *ripristinare* l'ordine pubblico che si attivano «per» la rimozione dell'illecito, oppure misure penali, che si attivano *per il fatto stesso della commissione dell'illecito*. La situazione si complica quando misure dichiaratamente amministrative sono volte a perseguire scopi diversi, oppure vengono eseguite con modalità tali da assurgere una gravità che le rende sostanzialmente penali. Sotto questo profilo, non vi è dubbio che la detenzione, di per sé, sia una misura che incide «*gravemente*» sulla persona. Ciò non basta per qualificarla come «penale» in senso CEDU.

Una misura «grave» è certamente una misura che va *oltre quel che è accettabile* rispetto allo scopo.

Si pensi alla *durata della detenzione* per il migrante da rimpatriare. Il legislatore la ammette per centottanta giorni. Eppure, *l'opposizione del presunto Stato di emigrazione rende impossibile il rimpatrio*⁶⁵², al di là della durata del trattenimento. Si può ritenere che,

⁶⁴⁸Sulla «*vis expansiva*» della materia penale particolarmente interessanti nel panorama dottrinale sono le riflessioni di A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., p. 47 ss.

⁶⁴⁹BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKY, p. 260.

⁶⁵⁰Ivi, p. 260.

⁶⁵¹La Corte Costituzionale, nella sentenza 250/2010, ha riconosciuto che l'«interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo» costituisca un bene giuridico, che la Consulta, utilizzando linguaggio e «teoria della seriazione dei beni giuridici» di A. FIORELLA, *Reato in generale*, in Enc. Dir., XXXVIII, Milano, 1987, 797 ss., definisce «*strumentale*». Ciò significa, prosegue la sentenza, che il bene è protetto per tutelare il «complesso di beni pubblici «finali», di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata». Per cui l'illecito offenderebbe beni quali la *sicurezza, l'ordine pubblico, la sanità pubblica e gli obblighi di diritto internazionale*. Di per sé si tratta di beni che una corretta applicazione della suddetta teoria porterebbe a ritenere «ultimi», ovvero insuscettibili di essere aggrediti dalla condotta illecita. A parer nostro, non c'è un bene effettivamente attinto dalla condotta. Non si vede come un semplice attraversamento illegale di una frontiera possa produrre un evento materialmente apprezzabile e non coincidente con lo stesso risvolto della condotta, e cioè nella mera riaffermazione della sovranità dello Stato sui propri confini.

⁶⁵²Laddove lo straniero non abbia documenti che permettano di ricostruirne l'identità e la provenienza e non intenda collaborare al procedimento a tal fine avviato, l'identità e la cittadinanza possono essere ricostruite solo mediante il rilevamento delle impronte digitali, che, però, permettono di risalire ai dati necessari

di regola, oltre i quarantacinque giorni la detenzione finalizzata al rimpatrio diventi eccessiva. La Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (Senato) ha rilevato che «in media sono sufficienti 45 giorni per identificare un trattenuto. Se non si sono espresse in questo lasso di tempo, le autorità consolari di solito non svolgono ulteriori indagini e non danno risposta»⁶⁵³. Diversamente, «il prolungarsi del trattenimento risulta inutile. In tutti quei casi, il trattenuto attende 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»⁶⁵⁴. A maggior ragione la durata della detenzione risulterà irragionevole, e la detenzione sostanzialmente penale, laddove lo straniero venga trattenuto nonostante sia stato accertato che è “senza Stato” o che l’eventuale Paese di origine non è raggiungibile per l’assenza di una rotta disponibile⁶⁵⁵. Allo stesso modo, il trattenimento del richiedente asilo per fini identificativi, che può durare fino a duecentodieci giorni, di cui trenta in Hotspot e centottanta in un CPR, è radicalmente eccessivo, essendo disposto – accogliendo la nostra tesi - per superare l’obiezione del migrante al foto-segnalamento⁶⁵⁶.

Oltre alla durata, sono rilevanti le *condizioni di detenzione*. Si è visto che i giudici di Strasburgo in *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga*⁶⁵⁷ condannavano la Grecia per aver violato il diritto alla libertà e sicurezza del minore in stato di detenzione in quanto lo avevano sottoposto allo stesso trattamento riservato agli adulti. Simili condizioni rompono il rapporto tra scopo dichiarato e ammesso ex art. 5, § 1, lett. f), Cedu e mezzo utilizzato. Ogni qualvolta le modalità di esecuzione della misura vadano ben oltre ciò che è “necessario” per realizzare lo scopo della detenzione, che, per il trattenimento è meramente custodiale, le autorità fuoriescono dal campo amministrativo.

Ad ultimo, occorre considerare lo scopo della misura. Si può dubitare della natura del reiterato rifiuto di fotosegnalamento, indice del rischio di fuga rilevante ai sensi dell’art. 14, d.lgs.286/1998, che giustifica il trattenimento nel CPR per un periodo di trenta giorni. Sembra trovarsi dinanzi ad un illecito (evidentemente grave dato che sulle impronte

all’espulsione solamente laddove gli stessi siano inseriti in banche dati nazionali, o dei possibili Paesi di origine o internazionali (MAZZA, *op.cit.*, 126-127). Per l’identificazione è essenziale che il console del presunto Paese di origine riconosca il migrante come cittadino del suo Stato (Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (Senato), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia (settembre 2014)*, p. 24). Spesso il Paese di origine pretende che si dimostri la nazionalità dello straniero al limite della probatio diabolica o arriva a negare i documenti di viaggio all’espellendo privo di passaporto o che esprime la sua contrarietà a ritornare (DETENTION ACTION - FLEMISH REFUGEE ACTION - FRANCE TERRE D’ASILE - ECRE - A. KOVATS – MENEDÉK- J PHELPS - K. POLLET - N. SEBTAOUI - M. VANDERBRUGGEN, *Point of no return. The futile detention of unreturnable migrants, gennaio 2014*, p. 12-49).

⁶⁵³Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (Senato), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia (settembre 2014)*, p. 23, corsivo aggiunto.

⁶⁵⁴Ivi, p. 23, corsivo aggiunto.

⁶⁵⁵Sul punto, vedi DETENTION ACTION - FLEMISH REFUGEE ACTION - FRANCE TERRE D’ASILE - ECRE - KOVATS – MENEDÉK- PHELPS - POLLET - SEBTAOUI - VANDERBRUGGEN, *Point of no return, cit.*, 12-49.

⁶⁵⁶Si è detto che nel caso del richiedente asilo le autorità non possono procedere all’identificazione per via consolare, di talché la privazione della libertà personale è finalizzata all’ottenimento delle impronte digitali.

⁶⁵⁷CEDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga*, cit.

digitali si regge la tenuta del sistema Dublino) da sanzionare con la privazione della libertà personale. Caso emblematico è poi quello delle *procedure di frontiera*. Abbiamo sostenuto che la “detenzione geografica” praticata nelle isole dell’Egeo sia il perno di un meccanismo volto a disincentivare gli ingressi illegali. Il migrante deve esser trattenuto in frontiera, come luogo lontano dalla destinazione, irraggiungibile, e dalla società civile, per poi essere rimpatriato con rapidità. Il fatto che la detenzione sia un ingranaggio essenziale di questa macchina della deterrenza non ne fa necessariamente una misura penale. La detenzione deve porsi come “*minaccia*” che esula dallo scopo amministrativo cui sarebbe preordinata. Ciò può essere desunto dal carattere fallimentare della misura rispetto allo scopo ufficiale su cui, però, le autorità continuano ad investire. La materia è delicata e tocca le corde della sovranità. Per cui, è assai probabile che prevalgano interpretazioni che non valorizzino l’eventuale scopo *general-preventivo* di misure la cui *gravità* non è in discussione. È possibile che la CEDU valorizzi l’effetto di prevenzione all’ingresso del singolo individuo all’interno del territorio dello Stato⁶⁵⁸. Se è difficile dimostrare lo scopo reale della misura, è comunque vero che la detenzione disposta nel contesto delle procedure di frontiera è in genere seguita da un grado di *sofferenza* incompatibile con una misura dalle funzioni amministrative.

Al di là di una presa di posizione della CEDU, ribadiamo che se si dovesse ritenere (in un giudizio evidentemente opinabile) che, sulla base dei criteri Engel”, la detenzione amministrativa assuma funzioni afflittive, allora sarebbe latente la violazione degli artt. 25 e 117 Cost⁶⁵⁹.

2 Spunti sull’efficienza di una misura umanamente costosa: ne vale la “pena”?

Non si può omettere di considerare gli effetti (quelli veri) che la detenzione amministrativa produce. Che siano migranti economici o richiedenti asilo importa relativamente. Ogni migrante giunge nel Paese di destinazione con una storia fatta di frustrazioni, che vanno dal distacco dalla famiglia, alle separazioni durante il viaggio tra chi ce l’ha fatta e chi è rimasto dall’altra parte del muro, alle condizioni imposte dai trafficanti di uomini, alle torture subite nei Paesi di transito, e, ancora, alle stesse condizioni che impongono la fuga o la ricerca di una vita dignitosa. Porta a depressione la stessa “accoglienza”, spesso non preventivata, dopo un viaggio che avrebbe dovuto

⁶⁵⁸MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., p. 51, afferma: «i criteri Engel si mostrano essenzialmente dei criteri vuoti, capaci di risultare orientati a favore di risultati anche opposti l’uno rispetto all’altro».

⁶⁵⁹Vedi A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quadern. cost.*, n. 3/2014, p. 599. Come è noto, la Corte Cost., *sent. n. 196 del 2010*, in www.cortecostituzionale.it, ha iniziato a dichiarare l’illegittimità costituzionale di quelle disposizioni che sottraggono le misure rientranti nella materia penale, come ricostruita sulla base dei criteri Engel, dalle garanzie di cui all’art. 7 Cedu, che, nel sindacato di legittimità costituzionale, è norma interposta all’art. 117 Cost. Nella sentenza richiamata, la Consulta ha affermato: «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo [...] si ricava, [...] il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» (corsivo aggiunto).

cambiare per sempre la vita del migrante, che invece si trova detenuto in un centro in cui le condizioni possono essere al limite o oltre il limite della decenza, in cui si avverte un forte senso di abbandono, ed in cui lo stato di ansia è amplificato dall'incertezza per il futuro. La detenzione prolungata in condizioni pessime, di abbandono e isolamento, finisce così per condurre ad incidere fortemente sulle condizioni fisiche e mentali di persone già debilitate e traumatizzate⁶⁶⁰. In particolare, la detenzione di durata (in concreto) superiore a tre mesi oppure di durata (giuridicamente) indefinita sarebbe un fattore che inciderebbe in maniera importante sulla salute mentale dei trattenuti⁶⁶¹. Dobbiamo chiederci se simili politiche – quanto meno – funzionino.

Con riferimento al rimpatrio, sappiamo che in Italia il tasso dei rimpatriati dai CIE, tra il 2008 ed il 2016, oscillava tra il 38% ed il 55%⁶⁶²: è chiaro che l'efficienza delle espulsioni non varia all'aumentare della durata del trattenimento^{663,664}. La durata del trattenimento può condizionare l'efficacia dei rimpatri solo in casi rari⁶⁶⁵. Si è detto poi che in Italia, secondo alcuni studi, il rapporto tra migranti irregolari presenti sul

⁶⁶⁰I. KOTSIKI *Detention of Migrants and Asylum-Seekers: The Challenge for Humanitarian Actors*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 35/2016, 41–55.

⁶⁶¹SILVERMAN – NETHERY, *Understanding immigration detention and its human impact*, p. 8.

⁶⁶²Persino nel 1999, ad un anno dall'introduzione dell'istituto in Italia, la percentuale era del 37% (L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2/2000, p.16).

⁶⁶³Nel 2008, con centottanta giorni di durata massima, la cifra dei rimpatri effettuati delle persone transitate in un CIE era del 41% (dati del Ministero dell'Interno, riportati da Caritas/Migrantes, XIX Dossier Statistico Immigrazione, 2009). Nel 2009 scendeva al 38% (dati del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno riportati da MEDU, *Rapporto sul centro di identificazione ed espulsione di Ponte Galeria a Roma. Le sbarre più alte*, p. 12, in www.mediciperidirittiumani.org) per poi risalire fino al valore del 48% nel 2010. Nel 2011, il termine veniva portato a diciotto mesi, ed i rimpatriati dai centri erano circa il 50% (interpellanza n. 2-01434, seduta n. 630 di giovedì 10 maggio 2012, p. 10). Nel 2012 e nel 2013 la cifra era rispettivamente del 50,5% e del 45,7% (MEDU, *Riepilogo situazione persone transitate nei centri di identificazione ed espulsione (tabella comparativa anni 2012 e 2013)*, in www.mediciperidirittiumani.org), elaborazione su dati della Polizia di Stato). Nel 2014 il termine veniva ridotto a novanta giorni, ma in quell'anno e in quello successivo la percentuale era rispettivamente il 55% e il 52%. Ad ultimo, per il 2016 la percentuale si attestava intorno al 48% (per il 2014, 2015, 2016: analisi dei dati del Ministero dell'interno effettuata dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (Senato) *Rapporto sui Centri di permanenza per il rimpatrio - dicembre 2017*, p. 15).

⁶⁶⁴Diversamente, la Commissione europea, C(2017) 1600 final, cit., ritiene sussista un rapporto *causa-effetto* fra la durata massima prevista dal diritto interno e l'effettività dei procedimenti di rimpatrio. Dopo aver raccomandato gli Stati membri di allineare i termini a quelli previsti dalla dir. 2008/115/UE, ne ha proposto una modifica. Per la prima volta verrebbe imposto agli Stati di prevedere un periodo massimo di detenzione non inferiore a tre mesi (Commissione europea, COM(2018) 634 final, 2018/0329 (COD), cit). La stessa fiducia sul prolungato contenimento della mobilità viene riposta in Italia, dove il "decreto Salvini" ha portato il termine massimo da novanta a centottanta giorni, e dove il "Contratto per il Governo del cambiamento" (pag. 27-28) prospetta un innalzamento fino a diciotto mesi.

⁶⁶⁵Anzitutto, ciò è possibile laddove vi siano degli ostacoli che riguardino il momento strettamente esecutivo del procedimento di espulsione e che siano di carattere provvisorio. MAZZA, *op.cit.*, p. 128, porta come esempio la necessità di reperire la documentazione di viaggio, la mancanza di un vettore o di personale di viaggio o il bisogno di cure per l'espellendo. La seconda ipotesi è quella in cui vi siano delle solide prospettive future che degli impedimenti di carattere strutturale vengano meno. Si può portare ad esempio la conclusione di un accordo internazionale di riammissione in costanza di trattenimento.

territorio e migranti transitati negli allora CIE si aggirava tendenzialmente intorno all'1%. Lo stesso numero dei posti disponibili nei centri di detenzione italiani (800 al 31 luglio 2018) giustifica l'idea che quello straniero su cento sia solo la "vittima sacrificale" di un'opinione pubblica drogata con il placebo dell'uso della forza presentata come risposta ad ogni problema di ordine pubblico.

Quei centri per i rimpatri, dal costo umano enorme e dalla scarsa efficienza, quindi inaccettabili socialmente, e che, come abbiamo visto, rispondono a funzioni di prevenzione del crimine, sembrano servire soprattutto affinché la società civile percepisca che "lo Stato c'è" nel modo più semplice possibile, ovvero chiudendo dentro un perimetro chi in Italia non vi dovrebbe stare⁶⁶⁶. Il problema della scarsa effettività del trattenimento nei processi di rimpatrio è internazionale, inserendosi all'interno della più ampia cornice del *paradosso della sovranità* nei processi di controllo e gestione dell'immigrazione⁶⁶⁷. Il problema dell'utilità del trattenimento a fini di rimpatrio è quello della capacità degli Stati di rimpatriare, che, per le ragioni già indicate, è debole perché dipende dalla collaborazione del migrante e del Paese di origine. Un sistema del genere merita di essere ripensato, non Italia, non in Europa, ma a livello internazionale, perché *i costi umani sono esageratamente maggiori dell'utilità* effettiva di questi spazi.

La detenzione dei richiedenti asilo con *procedura ordinaria* è efficace se si considera come scopo quello di impedire il rischio di fuga. Allo stesso modo, il "basic Hotspot" è senz'altro efficace. È noto che la percentuale dei trattenuti poi foto-segnalati è stata costantemente vicina al 100%. Eppure, occorre prestare attenzione al fatto che, *in uno Stato di diritto, non tutti i fini giustificano i mezzi*. Detenere un uomo fintantoché questo non acconsenta al prelievo delle impronte digitali può ricordare una forma di *tortura*⁶⁶⁸. Per la detenzione dei richiedenti asilo e per quella nel basic Hotspot, occorrerebbe interrogarsi sull'intelligenza dello scopo. Ci si deve chiedere se, nell'Unione europea, la definizione di un'area senza controlli alle frontiere interne, che richiede certamente risposte comuni sul fronte della sicurezza e quindi della gestione dell'immigrazione, possa rendere tollerabili ipotesi di trattenimento che diversamente non esisterebbero. È così pericolosa la libertà degli altri?

In merito alla detenzione finalizzata alla prevenzione dei nuovi ingressi, non vi sono prove della sua capacità di raggiungere lo scopo. Occorre infatti considerare che le ragioni che spingono a partire possono essere di gran lunga prevalenti sulle altre. Inoltre,

⁶⁶⁶ MAZZA, *op.cit.*, p. 133, parla di una valenza simbolica dei centri.

⁶⁶⁷Nell'Ue, nel 2017, dei 516115 destinatari di una decisione di rimpatrio, soltanto 188920 sono stati effettivamente rimpatriati, ovvero il 36%, mentre nel 2016 erano circa il 45% (Commissione europea, *Communication from the commission to the european parliament, the european council and the council Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration*, COM(2018) 301 final, 16 maggio 2018, p. 14-15, in ec.europa.eu).

⁶⁶⁸Si ricordi la testimonianza di Amene, proveniente dall'Oromia, bloccata per quattro mesi a Lampedusa perché si rifiutava di dare le impronte digitali. «*Alla fine ho capito che non avevo scelta*», affermava. La testimonianza è riportata da AMNESTY INTERNATIONAL, *op.cit.*, 3 novembre 2016, p. 29, corsivo aggiunto.

non sempre l'eco di tali politiche giunge fino ai diretti destinatari⁶⁶⁹. Ipotizzando che l'obiettivo del confinamento dei migranti nelle isole dell'Egeo sia quello di scoraggiare nuovi ingressi irregolari, tenendo il migrante lontano dal luogo di destinazione, amplificando così la percezione dell'inutilità dell'attraversamento della frontiera, tale esperimento ha dimostrato come la detenzione in frontiera *non rappresenti un'adeguata contropartita alle migrazioni irregolari*.

Pertanto, la detenzione amministrativa è misura umanamente *molto costosa* e spesso è del tutto *inutile*.

3 Conclusioni

In attesa del giorno in cui la coscienza civile sarà matura per accettare l'ingiustizia di fondo della detenzione amministrativa dei migranti, oltre a mettere fine alle *politiche di esternalizzazione* dei controlli di frontiera e a ridiscutere *le politiche di chiusura alla mobilità*, occorre *rendere l'istituto accettabile*, opponendosi con forza alla legittimazione di diritti umani minori e Costituzioni degli stranieri. Il che significa, in primis, che la custodia del migrante incolpevole, estraneo ad un procedimento penale, può essere applicata solo nel rispetto dei canoni di cui al principio di *proporzionalità*, ovvero idoneità, adeguatezza e necessità, paramtrate rispetto ad uno *scopo amministrativo* correlato al governo dell'immigrazione.

Segnatamente, il canone dell'*idoneità* della misura rispetto allo scopo richiede che non vengano disposte o che vengano fatte cessare in progress detenzioni inutili, perché le stesse non possono porsi a giustificazione del sacrificio della libertà personale. Allo stesso modo vale per quelle serventi fini di prevenzione del crimine o di deterrenza agli ingressi irregolari, perché funzionali ad altri scopi, e quindi regolate diversamente. Il canone dell'*adeguatezza* trova in premessa il rifiuto di trattamenti disumanizzanti, da cui il migrante deve essere protetto mediante l'estensione al settore in esame di quelle disposizioni degli ordinamenti penitenziari volte a garantire il rispetto di diritti fondamentali, la cui effettività dipende dalla possibilità di reclamarne ed ottenerne il rispetto dinanzi ad un'autorità giurisdizionale. L'*adeguatezza* impone il rifiuto di trattamenti sul modello carcerario, perché la detenzione amministrativa non può avere alcuna componente afflittiva, così come esclude che ad essere privati della libertà possano essere soggetti vulnerabili, per l'incapacità degli spazi di trattenimento di soddisfare i loro bisogni essenziali. Ad ultimo, la *necessarietà* impone che la privazione della libertà personale venga disposta se e solo se misure meno coercitive non sarebbero sufficienti al raggiungimento dello scopo.

Ciò, però, presuppone che vi siano altre misure, e gli studi sono ben pochi sul punto. Sulla base di questa consapevolezza, nel *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, il tredicesimo obiettivo che 164 Stati nel mondo si sono impegnati a realizzare è «utilizzare la detenzione dei migranti solo come misura di ultima istanza e *lavorare*

⁶⁶⁹Su questi aspetti vedi SILVERMAN – NETHERY, *op.cit.*, p. 5.

*verso delle alternative»»⁶⁷⁰. Se la ricerca darà esito positivo, allora sarà possibile opporre alle preoccupazioni securitarie non solo un'obiezione di coscienza, ma delle alternative umane ed efficienti. È però necessario il sostegno della *società civile*, in buona parte ipnotizzata da facili e tranquillizzanti campagne d'odio, che riducono la complessità a uno slogan. Infatti, come nota Bascherini, il trattenimento costituisce un vero e proprio *simbolo* nello *spettacolo* delle politiche dell'immigrazione, ma i costi umani che le stesse producono non rientrano nel prezzo del biglietto⁶⁷¹. Ne consegue la necessità di rendere il cittadino spettatore del dramma di una detenzione incolpevole e delle modalità in cui la stessa si concretizza. È quindi imprescindibile che *giornalisti e Ong* abbiano accesso ai centri e un impegno degli esperti nella *semplificazione e spiegazione* dei dati a confutazione dell'efficacia della detenzione e a dimostrazione dell'esistenza di migliori alternative.*

A quel punto, scossa la società civile, gli Stati sovrani saranno costretti a confinare ad *extrema ratio* o magari ad abbandonare una misura che *non* è una *zavorra necessaria dello Stato costituzionale*, ma una precisa scelta politica, che interroga ciascuno di noi su ciò che siamo e che vogliamo essere.

Un passaggio della dissenting opinion dei giudici Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeu, Spielmann e Hirvelä nel pluricitato caso Saadi merita di essere citato a conclusione di questo lavoro, perché riporta speranza in una materia in cui l'estraneità ai principi di libertà, dignità ed eguaglianza ci rende stranieri a noi stessi: «*Ultimately, are we now also to accept that Article 5 of the Convention, which has played a major role in ensuring controls of arbitrary detention, should afford a lower level of protection as regards asylum and immigration which, in social and human terms, are the most crucial issues facing us in the years to come? Is it a crime to be a foreigner? We do not think so*».

⁶⁷⁰Corsivo aggiunto. e trad. nostra.

⁶⁷¹G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in Rivista AIC n. 1/2012, p. 11.

BIBLIOGRAFIA

Libri di testo, articoli in rivista, altri documenti

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

Amit R., *The expansion of illegality. Immigration detention in South Africa*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, a cura di Nethery A – Silverman S. J, Abingdon – New York, Routledge, 2015

Arbogast L., *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea*, 2017 luglio 2016, in www.migreurop.org

Baldaccini A., *The EU Directive on Return: Principles and Protests*, in *RSQ*, n. 4/2009

Bartole S. – De Sena P. – Zagrebelsky V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Lavis, Cedam, 2012

Bascherini G., *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012

Beatson J. - Duffy P. - Grosz S., *Human rights: the 1998 act and the European convention*, Sweet & Maxwell, Londra, 2000

Beduschi A., *The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants' Rights: Opportunities and Challenges*, in *RSQ*, n. 4/2015

Benvenuti M., *La protezione internazionale degli stranieri in Italia: uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, Napoli, Jovene editore, 2011

Bonetti P., *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Dir. imm. citt.*, n. 4/2000

Brekke J.P. - Brochmann G., *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *J. Refug. Stud.*, n.2/2014

Bronzo P. - Giostra G., (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2017

Bronzo P., *Lavoro e risocializzazione*, in *La legislazione penale*, 2018

Campesi G., *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Dem. dir.*, n. 3-4/2011

Campesi G., *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, 2-3/2012

Campesi G., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci editore, 2013

Campesi G., *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica*, in *Rag. prat.*, 2/2014

- Campesi G., *Sicurezza, democrazia e diritti in Europa. A proposito della nuova guardia costiera e di frontiera europea*, in Studi sulla questione criminale, n. 3/2016
- Campesi G., in *Chiedere asilo in tempo di crisi. Accoglienza, confinamento e detenzione ai margini d'Europa*, in *Confini d'Europa. Modelli di controllo e inclusioni informali*, a cura di Marchetti C. - Pinelli B., Cortina Libreria Milano, 2017
- Cancellaro F. - Zirulia S., *Controlling Migration through De Facto Detention: The Case of the 'Diciotti' Italian Ship*, in www.law.ox.ac.uk
- Cannizzaro E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000
- Cannizzaro E. – Caligiuri A., *Art. 10*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, a cura di Bifulco R. - Celotto A. - Olivetti M., Torino, Utet giuridica, 2006
- Cannizzaro E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, Giappichelli, 2018
- Caputo A., *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1/2000
- Carson B. - Diaz E., *Payoff: How Congress Ensures Private Prison Profit with an Immigrant Detention Quota*, aprile 2015
- Castan M. - Joseph S. – Schultz J., *The international covenant on civil and political rights: cases, materials and commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2000
- Cerri A., *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2009
- Cherubini F., *Asylum Law in the European Union*, Londra, Routledge, 2015
- Cleveland J., *Not so short and sweet. Immigration detention in Canada*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, a cura di Nethery A – Silverman S. J, Abingdon – New York, Routledge, 2015
- Cook M. L. – Mainwaring C., *Immigration detention: An Anglo model*, in *Migration studies*, 2018
- Cordero F., *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1987
- Cordero F., *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012
- Corella Á. S., *Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas. A critical analysis of migrant detention centres in Spain: regulation, reality and alternatives*, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 19/2016
- Cornelisse G., *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010
- Cornelisse G., *Guarding the external border. Immigration detention in the Netherlands* in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, a cura di Nethery A – Silverman S. J, Abingdon – New York, Routledge, 2015

- Cornelisse G., *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU LAW and the European Convention on Human Rights*, in GDP, ottobre 2016
- Cornelisse G., *Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law*, in RSQ, n. 1/2016
- Costello C. - Garlick M. - Guild E. - Moreno Lax V., *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, in Liberty and Security in Europe Papers, n. 83, settembre 2015
- D'Alberti M., *Peripezie della proporzionalità*, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, 2014, numero speciale: "I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Roma, 14-15 novembre 2014"
- De Bruycker P., (a cura di), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, gennaio 2015, in www.odysseus-network.eu
- Del Guercio A., *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*, in *Il diritto d'asilo in Europa*, a cura di Cataldi G. - Del Guercio A. - Liguori A., Napoli, Photocopy Edizioni University Press, 2014
- Del Guercio A., *I minori non accompagnati nel diritto europeo tra obblighi di protezione e diritti negati*, in *Minori giustizia*, n. 3/2017
- Della Casa F. - Giostra G., *Ordinamento penitenziario commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2015
- Detention Action - Flemish Refugee Action - France terre d'asile - ECRE - A. Kovats - Menedék - J Phelps - K. Pollet - N. Sebtaoui - M. Vanderbruggen, *Point of no return. The futile detention of unreturnable migrants*, gennaio 2014
- Di Filippo M., *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea*, in *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Calamia A.M. - Di Filippo M. - Gestri M, Lavis, Cedam, 2012
- Di Francesco S., *La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea, in La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di Massaro A., Roma, RomaTrE-Press, 2017
- Di Martino A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, Dir. imm. citt., n. 1/2014
- Dimitriadi A., *Governing irregular migration at the margins of Europe. The case of Hotspots on the Greek islands*, in *Etnografia e ricerca qualitative*, n. 1/2017
- Eisen L.B., *Inside Private Prisons, an American dilemma in the age of mass incarceration*, New York, Columbia University Press, 2018
- Elia L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1962
- Fabbricotti A., *La politica dell'immigrazione nell'Accordo di Schengen*, in AWR Bulletin, n.1/1991
- Favilli C., *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'unione europea*, in Riv. dir. intern., n. 3/2015

- Favilli C., *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2/2016
- Ferrajoli L., *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giust.*, n. 5/2009
- Fischer, *Games of law and repression. Immigration detention in France*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, a cura di Nethery A –Silverman S. J, Abingdon – New York, Routledge, 2015
- Flynn M. – Majcher I., *Harm reduction in immigration detention: A comparative study of detention centres in France, Germany, Norway, Sweden, and Switzerland*, ottobre 2018, in www.rodekors.no
- Fiorella A., *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987
- Gaboardi A., *Difesa legittima e C.I.E. La vulnerabilità giuridica di una detenzione 'fuori legge'*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2013
- Giostra G., *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. giust.*, 27 giugno 2014
- Grevi V., (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981
- Griffiths M., *'A proud tradition'? Immigration detention in the United Kingdom*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, a cura di Nethery A – Silverman S. J, Abingdon – New York, Routledge, 2015
- Giliberto A., *Quale tutela giurisdizionale della dignità degli stranieri detenuti nei C.I.E? Una singolare pronuncia del Tribunale civile di Bari*, in *Dir. pen. cont.*, 19 febbraio 2014
- Giliberto A., *La violazione dei diritti umani degli stranieri trattenuti in un C.I.E. (oggi C.P.R.) danneggia l'immagine della comunità territoriale dove la violazione è avvenuta*, in *Dir. pen. cont.*, n. 12/2017
- Grosso E., *Il modello originale: «reconduite à la frontière» e «rétention administrative» nell'esperienza costituzionale francese*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di Bin R. - Brunelli G. –Pugiotto A. –Veronesi P., Torino, 2001
- Gualtieri P., *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di Roma, RomaTrE-Press, 2017
- Guild E., *The Europeanisation of Europe's Asylum Policy*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 3-4/2006
- Hailbronner K. – Thym D., (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, Monaco – Oxford – Baden, Hart Pub Ltd, 2016
- Hiropoulos A., *Migration and detention in South Africa. A review of the applicability and impact of the legislative framework on foreign nationals*, in www.apcof.org, novembre 2017
- Kmak M. –Seilonen A., *Balancing control with rights. Immigration detention in Finland*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, a cura di Nethery A. – Silverman S. J, Abingdon – New York, Routledge, 2015

- Kotsioni I., *Detention of Migrants and Asylum-Seekers: The Challenge for Humanitarian Actors*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 35/2016
- Lazarus Hirsch A., *The Borders Beyond the Border: Australia's Extraterritorial Migration Controls* Asher Lazarus Hirsch, in *RSQ*, n. 3/2017
- Leogrande A., *La frontiera*, Milano, Feltrinelli, 2017
- Leone C., *La disciplina giuridica degli Hotspot nel nuovo art. 10 ter del D.Lgs. 268/98: un'occasione mancata*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2/2017
- Longo S. –Zacchè F., *Art. 5*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis G. – Viganò F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2016
- Loprieno D., *“Trattenere e punire”. La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018
- Macrillò A., *Il diritto degli stranieri*, Lavis, Cedam, 2014
- Majcher I., *The EU Hotspot Approach: Blurred Lines between Restriction on and Deprivation of Liberty (Part II)*, in www.law.ox.ac.uk, 5 aprile 2018.
- Manzanedo C., *“Las calamitosas condiciones de internamiento en los CIE españoles”*, in *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, a cura di Martínez Escamilla M., Consejo General del Poder Judicial, 2015
- Marletta A., *Detenzione “amministrativa” dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Crim.*, 2012
- Masera L., *Il ‘caso Lampedusa’: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. dir. int.*, n.1/2014
- Masera L. – Savio G., *La “prima” accoglienza*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017
- Masera L., *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in *Quest. giust.*, 29 gennaio 2019
- Mason C., *International Growth Trends in Prison Privatization*, in www.sentencingproject.org
- Massaro A., *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di Massaro A., Roma, RomaTrE-Press, 2017
- Mazza C., *La prigione degli stranieri. I centri di Identificazione e di Espulsione*, Roma, Ediesse, 2013
- Mazza C., *Il trattenimento illegittimo di minori stranieri non accompagnati: prassi e anomalie del sistema d'accoglienza e del funzionamento dei centri per migranti*, in *Minori giustizia*, n. 2/2014.
- Mazza C., *Detenzione amministrativa di stranieri: la risposta europea all'immigrazione irregolare*, in *OUTIS!*, Milano, 2014

- Morgese G., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Dir. imm. citt.*, n. 3-4/2015
- Natale A., *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, in *Questione giust.*, n. 5/2013
- Nestler R. - Ziebritzki C., *Implementation of the EU-Turkey Statement: EU Hotspots and restriction of asylum seekers' freedom of movement (Part 1)*, giugno 2018, in www.eumigrationlawblog.eu
- Nethery A – Silverman S. J., *Understanding immigration detention and its human impact*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, a cura di Nethery A – Silverman S. J., Abingdon – New York, Routledge, 2015
- Nethery A.– Rafferty Brown B. – Savitri Taylor, *At the discretion of management. Immigration detention in Indonesia*, in *Immigration Detention. The migration of a policy and its human impact*, a cura di Nethery A – Silverman S. J., Abingdon – New York, Routledge, 2015
- Nicolini G., *Lampedusa: i confini dell'etica*, in *Questione giust.*, n. 5/2013
- Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni (Parte Speciale – I): la libertà personale, la libertà domiciliare, la libertà di comunicazione*, Padova, Cedam, 1985
- Palma M., *Alcuni viaggi, tra vecchi e nuovi muri in Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, a cura di De Vido S, Zagato L., Padova, Cedam, 2012
- Peers S., *Transfer of International Protection and European Union Law*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 3/2012
- Pepino L., *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2/2000.
- Pepino L., *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, in *Questione giust.*, 12 dicembre 2018
- Pocar F., *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2014
- Pugiotto A., *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, n. 3/2014
- Pugiotto A., *Di qua dalla Manica: la "galera amministrativa" degli stranieri in Italia*, in *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, a cura di Bosworth M., Napoli, Editoriale scientifica, 2016
- Ridola, P., *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018
- Rizza L., *La riforma del sistema Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1/2018
- Romano A., *La Corte di giustizia e la direttiva "rimpatri"*, in *Questione giust.*, n. 3/2014
- Romano A., *La rinascita delle frontiere interne: il declino (reversibile?) di Schengen*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive*, a cura di Savino M., Napoli, Editoriale Scientifica, 2017

- Romboli R., *Legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e di assistenza. Relazione introduttiva*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di Bin R. - Brunelli G. - Pugiotto A. - Veronesi P., Torino, Giappichelli, 2001
- Sandulli A., *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. V, a cura di Cassese S., Milano, Giuffrè, 2006
- Savino M., *Le libertà degli altri: la regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012
- Savino M., *La crisi dei confini*, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 3/2016
- Savino M., *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in Dir. imm. citt., n. 3/2016
- Savio G., *Espulsioni e respingimenti: i profili sostanziali. Scheda pratica aggiornata a giugno 2016*, in www.asgi.it
- Savio G., *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi di allontanamento*, scheda ASGI aggiornata al giugno 2017, in www.asgi.it
- Savio G., *Il trattenimento amministrativo dello straniero nei Centri per i rimpatri non può avere finalità di prevenzione e di ordine pubblico, pena la sua radicale illegittimità. Commento alla sentenza n. 27692/2018 della Corte di cassazione*, in *Questione giust.*, 6 dicembre 2018
- Spagnolo P., *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, Giuffrè, 2008
- Tonini P., *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2017
- Tsourdi E. L., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in RSQ, n. 1/2016
- Ugelvik T., *Seeing Like a Welfare State: Immigration Control, Statecraft, and a Prison with Double Vision, in The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, a cura di Aas K. F. - Bosworth M., New York, Oxford University Press, 2013
- Valenti A., *Rethinking and looking over Dublin Regulation*, in SLP, n. 1/2017-2018, Napoli, Jovene editore.
- Valentini E., *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018
- Vassallo Paleologo F., *Stato di emergenza immigrazione: prove di democrazia autoritaria*, in Progetto Melting Pot Europa, www.meltingpot.org
- Vitiello D., *La dimensione esterna della politica europea*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive*, a cura di Savino M., Napoli, Editoriale Scientifica, 2017
- Wilsher D., *Immigration Detention: Law, History, Politics*, New York, Cambridge University Press, 2012
- Zanghi C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2013

RAPPORTI, RELAZIONI, PARERI DEGLI NPM E DEL CPT

CPT

Factsheet: *Immigration Detention*, in www.coe.int, 2013

Factsheet: *Immigration Detention*, in www.coe.int, 2017

Report to the Greek Government on the visits to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 18 April and 19 to 25 July 2016, in www.coe.int, 26 settembre 2017

Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017, in www.coe.int, 10 aprile 2018

Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Avis du 9 mai 2018 relatif à l'enfermement des enfants en centres de rétention administrative, in www.legifrance.gouv.fr, 14 giugno 2018

Garante nazionale dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale

Prot. 5/2126, visita al campo di accoglienza sito a Ventimiglia presso lo scalo merci di proprietà di Rete Ferroviaria Italiana – Campo roja, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 22 dicembre 2016

Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli Hotspot in Italia (2016/2017: primo anno di attività), in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 11 maggio 2017

Relazione al Parlamento, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 2017

Relazione al Parlamento, www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 2018

Rapporto sulle visite tematiche effettuate nei centri di permanenza per il rimpatrio (cpr) in Italia (febbraio - marzo 2018), in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 6 settembre 2018

Informativa Procura Agrigento, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 24 agosto 2018

Intervento di Massimiliano Bagolini al meeting APT/ODIHR: De jure and de facto administrative detention of migrants in Italy: observations and challenges, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 3 dicembre 2018

Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante titolo: "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", in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 15 ottobre 2018

Comunicato stampa: Un giudizio complessivo del Garante nazionale delle persone private della libertà sulle modifiche in tema di immigrazione introdotte dalla legge di conversione del Decreto Sicurezza, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 6 dicembre 2018

HM Chief Inspector of Prisons for England and Wales

Annual report 2015-2016, in www.gov.uk, 19 luglio 2016

Annual Report 2016 –2017, in www.gov.uk, 18 luglio 2017

RAPPORTI, RELAZIONI, PARERI DELLA SOCIETÀ CIVILE E DELLE ORGANIZZAZIONI

Amnesty International

Hotspot Italia: come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti di rifugiati e migranti, in www.amnesty.org, 3 novembre 2016

Note on legal changes proposed by the Greek Government on 19 April 2018 to Greece's reception and asylum system, in www.amnesty.org, 4 maggio 2018

ASGI

Le riammissioni di cittadini stranieri alla frontiera di Chiasso: profili di illegittimità, in www.asgi.it, agosto 2016
Esperimento Grecia: un'idea di Europa Il sistema di asilo greco ad un anno dall'accordo/dichiarazione Ue-Turchia, 2017, in www.asgi.it

Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018. Prime osservazioni sugli artt. 2,3, e 4 del d.l. 113/2018, in www.asgi.it, aggiornato al 25 ottobre 2018

Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, in www.asgi.it, 15 ottobre 2018

Commissioni parlamentari

Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani (Senato), *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, in www.senato.it, luglio 2014

Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, *Relazione sul sistema di identificazione e di prima accoglienza nell'ambito dei centri «Hotspot»*, in www.camera.it, 26 ottobre 2016

Palazzotto E., *Il sistema Hotspot e la negazione dello stato di diritto in Europa. Relazione di minoranza sull'approccio Hotspot nell'ambito del sistema di identificazione ed accoglienza*, in www.meltingpot.org, 26 ottobre 2016

ECRE

Information Note on Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), in www.asylumlawdatabase.eu, dicembre 2014

What's in a name? The reality of First "Reception" at Evros, in www.refworld.org, febbraio 2015

Country report: Greece, in www.asylumineurope.org, 2017

The detention of asylum seekers in Europe Constructed on shaky ground?, in www.ecre.org

The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2014, in www.ec.europa.eu

GDP

South Africa Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, giugno 2009

New Zealand Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, giugno 2016

United Kingdom Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, ottobre 2016

Netherlands Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, novembre 2016

Spain Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, novembre 2016

Austria Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, maggio 2017

Germany Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, ottobre 2017

Ireland Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, marzo 2018

Immigration detention in Canada: important reforms, ongoing concerns, in www.globaldetentionproject.org, giugno 2018

Finland Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, agosto 2018

France Immigration Detention, in www.globaldetentionproject.org, ottobre 2018

Greek Council for Refugees

Judicial review of the detention order (Greece), in www.asylumineurope.org

Country report: Greece, in www.asylumineurope.org, 2016

MSF

Rapporto sui Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza, in www.medicisenzafrontiere.it, gennaio 2004

Why is MSF closing its Moria project on Lesbos?, in www.msf.org.uk, 23 marzo 2016

Aumentano tentativi di suicidio e autolesionismo tra i bambini bloccati nel campo di Moria a Lesbo, in www.medicisenzafrontiere.it, 18 settembre 2018

Australia: i rifugiati devono lasciare Nauru, non MSF, in www.medicisenzafrontiere.it, 11 ottobre 2018

Nauru: "Disperazione senza fine", in www.medicisenzafrontiere.it, 3 dicembre 2018

UNHCR

UNHCR calls for action to alleviate humanitarian situation on Lampedusa, in www.unhcr.org, 22 marzo 2011

Linee Guida sulla detenzione. Linee Guida sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione, in www.refworld.org, 2012

Comments on the European Commission's amended recast proposal for a Directive of the European Parliament and the Council laying down standards for the reception of asylum-seekers, in www.refworld.org, luglio 2012

Redefines role in Greece as EU-Turkey deal comes into effect, in www.unhcr.org, 22 marzo 2016

Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants on his mission to Greece, in www.refworld.org, 24 aprile 2017

Nota tecnica dell'UNHCR: decreto Legge 4 ottobre 2018, n.113, in www.unhcr.org, 4 ottobre 2018

Altri documenti

Aliprandi D., *Quei minori negli Hotspot non ci dovrebbero stare*, in "Il Dubbio", 19 maggio 2016

Ballerini A., *...a noi che sogniamo un mondo senza CIE*, 7 gennaio 2017, in www.a-dif.org

BBC News, *'The worst refugee camp on earth'*, in www.youtube.com, 28 agosto 2018

Bosworth M. - Fili A. - Hindpal Singh Bhui, *Monitoring Immigration Detention at the Borders of Europe. Report on a pilot project in Greece, Hungary, Turkey and Italy*, in www.law.ox.ac.uk, 18 giugno 2018

Brinis V. - Vita L., *Fondi tagliati al Cie*, in Il manifesto, 16 dicembre 2014

Cancellaro F. - Maserà L. - Zirulia S., *Report dal Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, isola di illegalità ai confini di uno Stato di diritto*, in www.meltingpot.it, 27 agosto 2011

Cataldi V., *Prigionieri sull'isola*, reportage per Tg2 Dossier, www.tg2.rai.it, 11 novembre 2018

Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, *Report on immigration in the United States: detention and due process*, in www.oas.org, 30 dicembre 2010

Di Benedetto Montaccini V. - Zandonin G., *Ponte Galeria, "La Guantanamo italiana", la situazione al Cie dopo il cambio gestione*, in www.repubblica.it, 22 dicembre 2014

Ferri F., Massimi A., *Scenari di frontiera: il caso Lampedusa. L'approccio Hotspot e le sue possibili evoluzioni alla luce del Decreto legge n. 113/2018*, in www.actionaid.it, ottobre 2018

FRA, *Opinion 5/2016 [Hotspots], Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the 'Hotspots' set up in Greece and Italy*, in www.fra.europa.eu, 29 novembre 2016

Gatti F., *Io clandestino a Lampedusa*, per L'Espresso, in www.espresso.repubblica.it, 7 ottobre 2005

HRC, CCPR/C/ITA/CO/6, *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*, 119 sessione (6-29 marzo 2017), in www.refworld.org, 1 maggio 2017

HRW, *Italy: Children Stuck in Unsafe Migrant Hotspot. Extended Stays, No Separation from Adults*, in www.hrw.org, 23 giugno 2016

Lanni A., *5 cose che bisogna sapere sui rifugiati eritrei*, in www.openmigration.org, 27 dicembre 2015

Legal Centre Lesbos Detention Monitoring Aegean and Legal Centre Lesbos Publish Joint Report: *Stop deportations to Turkey. People trapped on the Greek Islands are deprived of basic rights*, in www.legalcentresvos.org, 7 settembre 2018

Lunaria, (a cura di), *Costi disumani. La spesa pubblica per il "contrasto dell'immigrazione irregolare"*, 2013, in www.lunaria.org

Medu, *Arcipelago CIE. Indagine sui centri di identificazione ed espulsione italiani*, in www.mediciperidirittumani.it, 4 maggio 2013

Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia d'immigrazione, *Executive Summary 2016*, in www.lexilium.it, 1 marzo 2017

Save the Children, *Migranti, Grecia: la detenzione dei bambini è sempre illegale*, in www.savethechildren.it, 24 marzo 2016

Scovazzi I., *Quando un Cie rinomina il suo acronimo*, in www.arcimilano.it, 16 ottobre 2013

Segretariato del Comitato dei ministri of the Committee of ministers, *DH-DD(2018)918, Communication from the authorities (18/09/2018) concerning the case of Khlaifia and others v. Italy (application No. 16483/12)*, in www.coe.int, 25 settembre 2018

Sottocomitato ad hoc dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa "sull'arrivo su larga scala di migranti irregolari, di richiedenti asilo e di rifugiati sulle coste del sud Europa", *Report on the visit to Lampedusa (Italy) (23-24 May 2011)*, in www.coe.int, 30 settembre 2011

Statewatch, *Update on Moria: mainland travel permitted for some; concerns over growing EASO role in asylum procedure; deportations without due process*, in www.statewatch.org, 13 settembre 2018

UNHRC, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants*, in www.ohchr.org, 24 aprile 2013.

UNSMIL, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, in www.ohchr.org, 18 dicembre 2018

DECISIONI DELLE CORTI

Comitato dei diritti dell'uomo

A contro Australia, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 aprile 1997, in hrlibrary.umn.edu

Mr. C. contro Australia, CCPR/C/76/D/900/1999 (2002), 13 novembre 2002, in www.refworld.org

Mr. Ali Aqsar Bakhtiyari and Mrs. Roqaiha Bakhtiyari contro Australia, CCPR/C/79/D/1069/2002, 6 novembre 2003, in hrlibrary.umn.edu

Danyal Shafiq v. Australia, CCPR/C/88/D/1324/2004, 13 novembre 2006, in hrlibrary.umn.edu

Corte europea dei diritti dell'uomo

Engel e altri c. Olanda, 8 giugno 1976, in hudoc.echr.coe.int

Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, in www.refworld.org

Amuur c. Francia, 25 giugno 1996, in www.asylumlawdatabase.eu

Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio, 12 ottobre 2006, in www.asylumlawdatabase.eu

Mikolenko c. Estonia, 8 ottobre 2009, in hudoc.echr.coe.int

Chahal c. Regno Unito, Grande camera, 15 novembre 1996, in hudoc.echr.coe.int

Saadi c. Regno Unito, Grande Camera, 29 gennaio 2008, in www.osservatoriocedu.eu

Rusu c. Austria, 2 ottobre 2008, in hudoc.echr.coe.int

M.S.S. c. Belgio e Grecia, Grande camera, 21 gennaio 2011, in www.asylumlawdatabase.eu

Rahimi c. Grecia, 5 aprile 2011, in www.asylumlawdatabase.eu

Popov c. Francia, 19 gennaio 2012, www.asylumlawdatabase.eu

F.H. c. Grecia, 31 luglio 2014, in www.asylumlawdatabase.eu

Khlaifia e altri c. Italia, Seconda sezione, 1 settembre 2015, in www.giurisprudenzapenale.com

Khlaifia e altri c. Italia, Grande camera, 15 dicembre 2015, in www.giustizia.it

Richmond Yaw e altri c. Italia, 6 ottobre 2016, in www.giustizia.it

Corte di giustizia dell'Unione europea

Kadzoev, causa 357/09 PPU, 30 novembre 2009, in curia.europa.eu

El Dridi, causa 61/11 PPU, 28 aprile 2011, in curia.europa.eu

N.S. e altri, causa 411/10/C-493/10, 21 dicembre 2011, in curia.europa.eu

Bashir Mohamed Ali Mahdi, causa C-146/14 PPU, 5 giugno 2014, in curia.europa.eu

Bero, causa 473/13, 14 luglio 2014, in curia.europa.eu

Boulzamate, causa 514/13, 14 luglio 2014, in curia.europa.eu
Pham, causa C-474/13, 17 luglio 2014, in curia.europa.eu

Corti italiane

Corte Cost., *sent. n. 105 del 2001*, in www.giurcost.org
Corte Cost., *ord. n. 35 del 2002*, in *Dir. imm. citt.*, n. 1/2002, pag. 155 e ss.
Corte Cost., *sent. n. 222 del 2004*, in www.giurcost.org
Corte Cost., *sent. n. 196 del 2010*, in www.cortecostituzionale.it
Corte Cost., *sent. n. 135 del 2013*, in www.cortecostituzionale.it
Cass., Sez. I Civ., *sent. 9 febbraio 2010, n. 4544*, in www.meltingpot.org
Cass., Sez. VI Civ., *ord. 24 febbraio 2017, n. 10743*, in briguglio.asgi.it
Cass., Sez. VI Civ., *ord. 17 ottobre 2017, n. 26803*, in www.italgiure.giustizia.it
Cass., Sez. I Civ., *sent. 14 luglio 2017, n. 22932*, in www.italgiure.giustizia.it
Cass., Sez. I Civ., *sent. 27 giugno 2018, n. 27692*, in www.italgiure.giustizia.it
Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410
Trib. Catania, Sez. Reati Ministeriali, 7 dicembre 2018

Corti di altri Stati

Corte suprema degli Stati Uniti d'America, *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953), in supreme.justia.com
CoS, *Decision 805/2018*, 17 aprile 2018, in www.refworld.org

Ringraziamenti

Desidero ringraziare infinitamente la mia famiglia per i sacrifici quotidiani che mi hanno permesso di dedicarmi con costanza a questo lavoro.

Un grazie di cuore a mamma ed a Eleonora per l'impagabile aiuto nella revisione stilistica del lavoro.

Grazie mille a Paola per il bellissimo libro che mi ha regalato.

Ringrazio il Dott. Romano per avermi seguito minuziosamente in un precedente elaborato, dandomi precise dritte, di cui spero di aver fatto tesoro in questo scritto.

Ringrazio il Dott. Albano, che, nonostante gli impegni istituzionali, non mi ha mai fatto mancare il suo fondamentale supporto.

Ringrazio la Dott.ssa Mazza per aver avuto la gentilezza di aiutarmi nel reperimento del materiale bibliografico.

Ringrazio il Dott. Moliterni e il Dott. Schillaci per i preziosi consigli bibliografici.

Ringrazio il Professor Bronzo per l'infinita disponibilità e pazienza, per avermi fatto percepire di avere fiducia in me e per avermi guidato attentamente nella realizzazione dei miei progetti da "sognatore", pur lasciandomi quella libertà grazie alla quale posso dire che in questo lavoro ci sono io, come persona e come giurista alle prime armi.

Ringrazio infine chiunque vorrà leggere queste pagine perché il suo tempo terrà vive le mie riflessioni.