

La privazione di libertà dello straniero irregolare. Le forme mutevoli di una libertà minore

*Luca Masera**

THE DEPRIVATION OF LIBERTY OF THE IRREGULAR MIGRANT: THE SHIFTING FORMS OF A LESSER FREEDOM

ABSTRACT: The paper analyzes the evolution of the various measures with which, since the end of the last century, the irregular aliens has been deprived of their liberty: first with deprivation of liberty in criminal cases, then with administrative detention in Detention Centers for Repatriation and Hotspots. The text reconstructs the complex events that accompanied the development of this discipline on personal liberty for irregular aliens, seeking to highlight the reasons behind this development and its critical issues.

KEYWORDS: Irregular aliens; deprivation of liberty; administrative detention of aliens; border areas.

ABSTRACT: Il lavoro analizza l'evoluzione delle diverse misure con cui, a partire dalla fine del secolo scorso, il legislatore è intervenuto sulla libertà dello straniero irregolare: prima con la privazione di libertà in sede penale, poi con la detenzione amministrativa nei Centri di permanenza per il rimpatrio e negli *hotspot*. Il testo ricostruisce le complesse vicende che hanno accompagnato lo sviluppo della disciplina *ad hoc* in tema di libertà personale per gli stranieri irregolari, cercando di mettere in luce le ragioni alla base di tale sviluppo e le sue criticità.

PAROLE CHIAVE: Stranieri irregolari; privazione della libertà personale; detenzione amministrativa degli stranieri; zone di frontiera.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il carcere per lo straniero irregolare: l'incarcerazione di massa nei primi dieci anni del nuovo secolo e le ragioni del suo superamento – 2.1. La legge Bossi-Fini del 2002 e l'inizio dell'approccio securitario al tema dell'immigrazione – 2.2. La c.d. direttiva rimpatri e l'illegittimità comunitaria della pena detentiva per gli stranieri irregolari - 2.2.1. Il dibattito antecedente ad *El Dridi* e la centralità dei diritti fondamentali – 2.2.2. L'argomento dell'efficacia del sistema di rimpatrio nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE – 2.2.3. Il paradosso di una giurisprudenza garantista motivata in termini efficientisti – 2.3. Conclusioni – 3. La detenzione amministrativa nei Centri di permanenza per il rimpatrio: profili di legittimità costituzionale ed europea – 3.1. Premessa – 3.2. Legittimità costituzionale – 3.3. Legittimità convenzionale – 3.4. Legittimità comunitaria – 3.5. Conclusioni – 4. Le forme di detenzione *extra ordinem* praticate negli *hotspot* e nelle zone di frontiera – 4.1. La

* Professore Ordinario di diritto penale presso l'Università degli studi di Brescia. Mail: luca.masera@unibs.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.



detenzione senza base legale nei centri di accoglienza – 4.2. L'intervento del 2015 e la nascita dei cd. *hotspot* – 4.3. Gli interventi del 2017 e del 2018 – 4.4. Conclusioni – 5. Note conclusive.

1. Premessa

Sino a poco meno di 30 anni fa, l'ordinamento italiano non prevedeva a carico dello straniero presente irregolarmente sul territorio dello Stato alcuna misura limitativa della libertà personale. Tutto è cambiato a partire dal 1998, con l'approvazione del Testo unico sull'immigrazione, che per la prima volta ha introdotto l'istituto della *detenzione amministrativa* per lo straniero extracomunitario non in regola con la disciplina sul soggiorno. Da quel momento, il tema della privazione della libertà dello straniero irregolare è stato al centro di un susseguirsi incessante di modifiche e di riforme, così come di importanti decisioni giudiziarie presso le Corti nazionali ed europee; negli anni, come vedremo, sono cambiati i nomi, i modi, i tempi ed i luoghi della detenzione dello straniero irregolare, ma essa è rimasta un elemento costante nella gestione dei fenomeni migratori.

Piuttosto che procedere ad un'analisi in chiave cronologica delle complesse vicende che hanno interessato la libertà personale degli stranieri, adotteremo una più funzionale ricostruzione in chiave *topologica* del tema, esporremo cioè la tematica prendendo in esame i *diversi luoghi* in cui si attua la privazione di libertà. Partiremo dal *carcere*, in cui sino ad un recente passato potevano essere rinchiusi gli stranieri che si rendano responsabili di reati legati alla loro condizione di *sans papier*; passeremo poi ai *Centri di permanenza per il rimpatrio*, dove vengono trattenuti gli stranieri in vista del rimpatrio; e ci sposteremo infine nei cd. *hotspot*, strutture dedicate all'accoglienza degli stranieri nelle zone di frontiera o di primo sbarco, che negli anni sono state trasformate in luoghi di detenzione in attesa dell'identificazione o della valutazione della richiesta di protezione internazionale.

2. Il carcere per lo straniero irregolare: l'incarcerazione di massa nei primi dieci anni del nuovo secolo e le ragioni del suo superamento

In molti Paesi, tra cui l'Italia, la condotta di ingresso o soggiorno irregolare viene sanzionata penalmente, ma raramente la mera irregolarità amministrativa conduce effettivamente in carcere lo straniero. Oggi, in Italia, fare ingresso o soggiornare irregolarmente configura il reato di cui all'art. 10-bis d.lgs. 286/1998 (Testo Unico sull'Immigrazione, di seguito TUI), così come sono penalmente sanzionate all'art. 14 co. 5-ter e 5-quater TUI le condotte di inottemperanza all'ordine di allontanamento disposto dall'autorità di polizia in esecuzione di un provvedimento di espulsione: in entrambe le ipotesi, però, è comminata solo la *pena pecuniaria*, sia pure di elevata entità (da 5.000 a 10.000 euro per l'ingresso o soggiorno, irregolari, da 10.000 a 20.000 euro per le ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento, da 15.000 a 30.000 nei casi inottemperanza reiterata). La pena detentiva è prevista solo per le ipotesi di violazione del divieto di reingresso dello straniero effettivamente rimpatriato in esecuzione di un provvedimento di espulsione; ma si tratta di casi di non così frequente verificazione.

Vi è stato tuttavia quasi un decennio, tra il 2004 ed il 2011, in cui il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento era punito con la pena della *reclusione da uno a quattro anni* (limite di pena che all'epoca consentiva di disporre la custodia cautelare in carcere), con previsione dell'arresto obbligatorio, anche fuori dei casi di flagranza, e della celebrazione del processo con rito direttissimo



(procedura accelerata, disciplinata agli art. 449 ss. del codice di procedura penale, che non prevede la celebrazione dell'udienza preliminare). In quegli anni (come del resto tuttora) era altissimo il numero di stranieri espulsi ma non effettivamente rimpatriati, cui veniva ordinato di fare ritorno nel proprio Paese, e che rimanendo in Italia irregolarmente si rendevano responsabili di tale reato; considerato poi come nell'ordinamento italiano viga il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che imponeva di portare a processo tutte le ipotesi di reato segnalate dall'autorità di polizia, nei sette anni in cui è stato punito con la pena della reclusione il reato di inottemperanza ha portato in *carcere migliaia di stranieri*, rappresentando il secondo reato (dopo il furto) per il quale venivano celebrati più processi nei Tribunali penali italiani. Nel periodo ora in considerazione, dunque, è stata la detenzione in sede penale la forma di privazione di libertà più di frequente applicata nei confronti dello straniero irregolare, con il carcere a rappresentare una possibilità concreta anche per chi non aveva commesso altro fatto illecito, che quello di rimanere in Italia in violazione dell'ordine di allontanamento: l'associazione tra "clandestinità" e pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, così diffusa a livello di comunicazione, si era tradotta giuridicamente in una vera e propria *criminalizzazione* della condizione di *irregolarità* del soggiorno. Dal momento che un così vasto ricorso alla sanzione penale detentiva rappresenta un *unicum* nella storia recente, anche a livello europeo, di seguito daremo brevemente conto delle ragioni che hanno portato a tale scelta e soprattutto dei fattori che hanno portato nel 2011 al suo superamento.

2.1. La legge Bossi-Fini del 2002 e l'inizio dell'approccio securitario al tema dell'immigrazione

La campagna elettorale per le elezioni politiche del 2001 è stata la prima occasione in cui il tema del contrasto all'immigrazione irregolare ha assunto un ruolo centrale nel dibattito politico-mediatico. La coalizione di centro-destra (ed in particolare i due partiti collocati più a destra dello schieramento, Alleanza nazionale e Lega nord) aveva insistito moltissimo sul pericolo per la sicurezza dei cittadini rappresentato dagli stranieri presenti irregolarmente sul territorio, e sulla conseguente necessità di rendere più duro il sistema di contrasto all'immigrazione illegale predisposto nel TUI approvato nella precedente legislatura dalla maggioranza di centro-sinistra. Conseguito un ampio successo elettorale, il tema dell'immigrazione è tra le priorità dell'agenda governativa, e dopo qualche mese viene varata una ampia riforma del TUI (l. 30.7.2002, n. 189, cd. legge Bossi-Fini, dal nome dei leader dei due partiti di destra ricordati sopra), che inasprisce in modo significativo la reazione punitiva nei confronti dello straniero irregolare.

All'interno di un generale irrigidimento delle procedure amministrative di rimpatrio (con, in particolare, il passaggio dalla partenza volontaria al rimpatrio coattivo a mezzo della forza pubblica come modalità ordinaria di esecuzione delle decisioni di allontanamento), la modifica più significativa in *materia penale* introdotta con la riforma consisteva nella previsione di un reato *contravvenzionale* (punito con l'arresto da sei mesi ad un anno) a carico dello *straniero inottemperante all'ordine di allontanamento* impartitogli dal questore quando non fosse stato possibile procedere immediatamente al suo rimpatrio o quando non fosse stato possibile trattenere lo straniero in un centro di detenzione amministrativa (art. 14 co. 5-ter TUI); in via poi del tutto eccezionale, trattandosi di una mera contravvenzione, il co. 5-*quinquies* dell'art. 14 disponeva l'arresto obbligatorio dell'autore del fatto.





Proprio l'evidente irragionevolezza di prevedere come obbligatoria l'applicazione della misura pre-cautelare dell'arresto per un reato in relazione al quale, trattandosi di una semplice contravvenzione, il giudice non aveva poi la possibilità in sede di convalida di disporre alcuna misura cautelare limitativa della libertà (con l'assurdo risultato di udienze di convalida dell'arresto destinate inevitabilmente a concludersi con l'immediata rimessione in libertà dell'arrestato, se non responsabile di altro reato), aveva indotto nel luglio del 2004 la Corte costituzionale¹ a dichiarare *l'incostituzionalità della previsione dell'arresto obbligatorio* per violazione degli artt. 3 e 13 Cost.

La reazione del legislatore alla censura di costituzionalità era intervenuta in tempi rapidissimi. Già nel mese di settembre veniva emanato un decreto-legge (d.l. 14.9.2004, n. 241, conv. in l. 12.11.2004, n. 271), che trasformava il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento da contravvenzione in *delitto*, punito con la pena della *reclusione da uno a quattro anni* (art. 14 co. 5-ter TUI) o da *uno a cinque anni* nei casi di reiterazione (art. 14 co. 5-quater TUI): un quadro edittale che consentiva, ai sensi dell'art. 280 co. 2 c.p.p., l'applicazione della *custodia cautelare in carcere*, superando così i rilievi di irragionevolezza formulati dalla Corte costituzionale.

Nei quasi sette anni in cui sono rimaste in vigore, tali figure delittuose hanno rappresentato, come già accennato, uno dei titoli di reato più ricorrenti davanti ai giudici penali italiani, al punto da interessare in molti distretti di Corte d'appello quasi la *metà di tutti i processi* che venivano celebrati con il *rito direttissimo* (previsto come obbligatorio per i delitti in questione dall'art. 14 co. 5-quinquies TUI), e da comportare per moltissimi stranieri (specie nei casi di irregolarità "recidiva") l'effettivo ingresso nel circuito carcerario. In questi anni in Italia ad uno straniero bastava non essere in regola con la disciplina amministrativa sul soggiorno, in quanto residente in Italia in violazione di un ordine uestorile di allontanamento, per diventare a tutti gli effetti un *criminale*, responsabile di un delitto per il quale era previsto addirittura l'arresto obbligatorio, come per le forme più pericolose di criminalità.

Nella prima occasione in cui il legislatore ha inteso adottare un approccio securitario in tema di immigrazione, il ricorso alla *detenzione in sede penale* ha rappresentato dunque il fulcro della risposta repressiva, con l'identificazione del clandestino come criminale a fare da sostegno narrativo alla scelta di incriminazione.

Tale disegno di procedere ad una criminalizzazione di massa degli stranieri irregolare ha incontrato, per la verità, non poche resistenze da parte della giurisprudenza, specie di merito. L'interpretazione estensiva della clausola del "senza giustificato motivo", presente nella formulazione della fattispecie di cui all'art. 14 co. 5-ter, TUI, o la rigorosa verifica che l'ordine di allontanamento trasgredito dallo straniero non fosse affatto da vizi procedurali che ne inficiassero la legittimità, sono stati gli strumenti che molti giudici di merito hanno utilizzato per ridurre la portata applicativa della fattispecie². Non sono poi mancate, ed anzi sono state numerosissime, le occasioni in cui è stata eccepita l'incostituzionalità della fattispecie incriminatrice; ma la Corte costituzionale, pur non lesinando critiche anche

¹ C. COST., 15.7.2004, n. 223: per un commento, cfr. la nota di E. CALCAGNO, *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 304 ss.

² Per un'analisi della giurisprudenza relativa al delitto di cui all'art. 14 co. 5-ter, TUI cfr. per tutti L. MASERA, *Art. 14 t.u. imm.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, V ed., Milano, IV, 2021, 1618 ss.





severe alla politica di criminalizzazione di massa del legislatore³, ha comunque sempre ritenuto che essa rientrasse nella sfera di discrezionalità politica di esclusiva pertinenza del potere legislativo.

2.2. La c.d. direttiva rimpatri e l'illegittimità comunitaria della pena detentiva per gli stranieri irregolari

A porre fine a questo sovra-utilizzo della sanzione penale in chiave demagogica e discriminatoria, è infine intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza *El Dridi* dell'aprile 2011⁴, che ha affermato l'incompatibilità del delitto di cui all'art. 14 co. 5-ter TUI con la c.d. direttiva rimpatri (dir. 2008/115/CE). Una decisione che non soltanto ha portato alla scarcerazione o al proscioglimento delle centinaia di stranieri detenuti o sotto processo per questo reato, ma ha costretto il legislatore italiano a ristrutturare in modo conforme alla direttiva l'intero sistema dei rimpatri con il d.l. 23.6.2011, n. 89. Senza alcuna pretesa di procedere ad un'analisi esaustiva di tale pronuncia⁵, vogliamo in questa sede limitarci ad alcune considerazioni in relazione al ruolo che la tutela della libertà dello straniero ha giocato nel condurre ad una decisione dagli effetti così significativi.

2.2.1. Il dibattito antecedente ad *El Dridi* e la centralità dei diritti fondamentali

Il *dibattito interno* antecedente alla sentenza *El Dridi* si era interamente sviluppato intorno alla questione dei *diritti fondamentali* riconosciuti dalla normativa europea allo straniero.

I sostenitori della tesi dell'incompatibilità tra l'art. 14 TUI e la direttiva avevano preso le mosse dal constatare come la direttiva individuasse come sue precipue finalità l'implementazione di una “*politica efficace*” in tema di allontanamento e rimpatrio, da un lato, e la garanzia che «le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno *rispetto dei loro diritti fondamentali* e della loro dignità», dall'altro⁶. Gli artt. 15 e 16 della stessa, prevedendo che la detenzione amministrativa finalizzata

³ Cfr. in particolare C. COST., 22.1.2007, n. 22, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2007, 173, con nota di G. SAVIO, dove la Corte, nel rigettare l'eccezione di incostituzionalità, trova comunque l'occasione di osservare come «il quadro normativo in materia di sanzioni per l'ingresso o il trattenimento illecito di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta *squilibri, sproporzioni e disarmonie*, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa».

⁴ CGUE, sez. I, 28.4.2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*.

⁵ Per un commento a tale decisione, cfr., *ex multis*, M.T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, in *Dir. pen. cont.* 24.6.2011; A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 26.7.2011; C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 904 ss.; A. NATALE, *La direttiva rimpatri, il testo unico immigrazione ed il diritto penale dopo la sentenza El Dridi*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2011, 17 ss.; F. VIGANÒ, L. MASERA, *Addio art. 14*, in *Dir. pen. cont.*, 4.5.2011.

⁶ Cfr. in particolare il considerando n. 2 («Il Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2011 ha sollecitato l'istituzione di un'*efficace politica* in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno *rispetto dei loro diritti fondamentali* e della loro dignità») e l'art. 1 («la presente direttiva stabilisce norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel *rispetto dei diritti fondamentali* in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e dei diritti dell'uomo»).



all'esecuzione dell'espulsione non potesse in nessun caso superare la durata di 18 mesi, fissavano un limite massimo inderogabile alla limitazione di libertà cui lo straniero irregolare poteva essere sottoposto in attesa del rimpatrio. Nell'ordinamento italiano, la medesima condizione di irregolarità, che la direttiva individuava come presupposto della detenzione amministrativa, costituiva invece una figura delittuosa, punita con la pena della reclusione sino a quattro anni. Vero, allora, che la direttiva non faceva alcun riferimento alla materia penale; ma da essa si desumeva in modo inequivocabile la volontà del legislatore europeo di limitare la privazione di libertà personale dello straniero irregolare entro i precisi confini funzionalistici (la detenzione amministrativa dell'irregolare deve essere finalizzata esclusivamente all'esecuzione del rimpatrio, tanto che essa deve immediatamente cessare quando «non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento»: art. 16 § 4 dir.) e temporali (sei mesi, prorogabili a diciotto in casi eccezionali tassativamente descritti) fissati nella direttiva. Se si fosse ritenuto che la natura penalistica della privazione di libertà bastasse ad escludere l'applicabilità della direttiva, si sarebbe consentito ad uno Stato membro di sottrarsi all'adempimento dei propri obblighi comunitari, semplicemente qualificando come penalmente rilevanti le stesse condotte che la direttiva disciplinava in via amministrativa. Ma ciò avrebbe legittimato un'evidente "truffa delle etichette", che contrastava con il criterio ermeneutico dell'*effetto utile* e con l'obbligo di fedeltà comunitaria incombente sugli Stati membri, vanificando di fatto le garanzie dei diritti fondamentali apprezzate in sede comunitaria⁷.

La tesi appena riferita non era andata esente da critiche, anche aspre. Secondo alcuni, infatti, gli artt. 15 e 16 dir. intendevano disciplinare solo il trattenimento amministrativo in vista del rimpatrio, lasciando impregiudicata la possibilità che lo straniero venisse privato della propria libertà personale in sede penale, posto che tra l'altro la sanzione penale ha una funzione (sanzionatoria e general-preventiva) del tutto diversa da quella del trattenimento disciplinato in sede europea. Più in radice, poi, si sosteneva che il diritto comunitario, prima del trattato di Lisbona, non avesse alcuna competenza ad incidere sull'applicazione del diritto penale negli Stati membri⁸.

Proprio in ragione di tale contrasto di vedute, diversi giudici avevano sollevato la questione davanti alla Corte di giustizia⁹. In tutte le domande di pronuncia pregiudiziale, invariabilmente, l'argomentazione ruotava intorno al quesito se la disciplina italiana comportante la reclusione dello straniero irregolare fosse compatibile con lo *standard minimo* di tutela dei diritti fondamentali dello straniero fissato dalla direttiva.

⁷ Per questa argomentazione, cfr. in dottrina F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 560 ss., ed in giurisprudenza, tra le molte, T. TORINO, 5.1.2011; T. CAGLIARI, 14.1.2011; T. NOLA, 17.1.2011; T. MILANO, 19.1.2011, tutte in *Dir. pen. cont.*

⁸ Per una critica alla tesi dell'illegittimità comunitaria dell'art. 14, cfr., in particolare, in giurisprudenza T. Bologna, 29.1.2010 e T. Verona, 18.1.2011, in *Dir. pen. cont.*, ed in dottrina T.E. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri ed art. 14 t.u. imm. – Intervento nel dibattito*, in *Dir. pen. cont.*, 20.1.2011; per un'articolata rassegna dei diversi orientamenti sviluppatisi prima dell'intervento della Corte di giustizia, cfr. A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed i reati previsti dall'art. 14 d.lgs. 286/1998*, in *Dir. pen. cont.*, 27.2.2011.

⁹Cfr. T. MILANO, 24.1.2011; APP. TRENTO, 2.2.2011; CASS., 8.3.2011, n. 11050, tutte in *Dir. pen. cont.*



2.2.2. L'argomento dell'efficacia del sistema di rimpatrio nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE

Quando la vicenda approda in *sede europea*, il problema viene affrontato in una *prospettiva diversa*. Durante la discussione orale davanti alla Corte, il rappresentante della Commissione europea, nel sostenere la tesi della incompatibilità tra l'art. 14 e la direttiva, introduce un argomento che si rivelerà decisivo nella motivazione della Corte. Oltre, infatti, che sulla lesione dei diritti fondamentali dello straniero riconosciuti dalla direttiva e violati dalla normativa interna, la Commissione insiste sul fatto che trattenere lo straniero in carcere per diversi mesi è anche *contrario all'obiettivo* (come si ricorderà esplicitamente preso in considerazione dalla direttiva) di realizzare un *sistema efficace* di esecuzione delle decisioni di rimpatrio, in quanto per tutto il periodo della reclusione lo straniero non può essere allontanato dal territorio dello Stato, e dunque la sanzione penale costituisce un *ostacolo* all'effettivo rimpatrio dell'irregolare. Secondo la Commissione, la disciplina italiana è allora doppiamente in contrasto con il principio dell'effetto utile: perché viola i diritti dello straniero così come riconosciuti dalla direttiva, ed al contempo non è funzionale alla esecuzione effettiva del rimpatrio, che costituisce la finalità precipua della normativa europea¹⁰.

Le considerazioni "efficientiste" proposte dalla Commissione trovano ampio riscontro, come noto, nella sentenza *El Dridi*. Lo snodo centrale della motivazione riguarda la possibilità di inferire dalla direttiva, che non si occupa esplicitamente della materia penale, un divieto di comminare una pena detentiva a carico dello straniero inadempiente all'ordine di allontanamento. La sentenza, pur affermando che gli Stati membri «restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere i cittadini di Paesi terzi dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati» (§ 52), ritiene tuttavia che la previsione della pena della reclusione privi di "effetto utile" le disposizioni della direttiva, in quanto «una tale pena, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di *compromettere la realizzazione dell'obiettivo* perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una *politica efficace* di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare; in particolare [...] una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, § 1 dir.¹¹, e *ritardare l'esecuzione* della decisione di rimpatrio» (§ 59).

Decisivo risulta, dunque, nell'argomentazione della Corte, il ricorso al canone ermeneutico dell'effetto utile, che tradizionalmente viene utilizzato dalla giurisprudenza europea per estendere il contenuto precettivo di una normativa comunitaria al di là del suo contenuto letterale. Mentre però tale principio era stato invocato nel dibattito interno in riferimento all'obiettivo della direttiva di garantire allo straniero irregolare la tutela dei propri diritti fondamentali, la Corte sembra invece individuare soltanto nell'efficacia del sistema di rimpatrio la finalità che verrebbe frustrata dalla previsione della pena detentiva, posto che la detenzione ha come inevitabile conseguenza il rinvio dell'esecuzione dell'allontanamento.

¹⁰ Per una sintesi delle argomentazioni emerse all'udienza di fronte alla Corte di giustizia, cfr. F. VIGANÒ, *Discusso avanti alla Corte di giustizia il primo rinvio pregiudiziale sulla direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 31.3.2011.

¹¹ Art. 8, § 1: «Gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'art. 7, § 4, o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'art. 7».



Delle due finalità che, secondo la stessa ricostruzione operata dalla Corte in apertura della motivazione, hanno ispirato l'intervento del legislatore comunitario (l'implementazione di un sistema di rimpatrio efficace, ma anche rispettoso dei diritti fondamentali dello straniero)¹², la sentenza, al momento di portare a conclusione il proprio *iter* argomentativo, valorizza solo quella dell'efficacia, sancendo l'inapplicabilità della norma interna non perché viola i diritti fondamentali dello straniero, ma perché ostacola la pronta esecuzione del suo rimpatrio.

Le successive decisioni della Corte UE in materia di diritto penale dell'immigrazione confermano questa impostazione del problema. I diritti fondamentali sono assenti dall'impianto motivazionale della sentenza *Achughbabian* della Grande Sezione del dicembre 2011, che dichiara l'incompatibilità con la direttiva del reato di soggiorno irregolare di cui all'art. 621-1 del Codice francese dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri (Ceseda), in quanto la pena di un anno di reclusione per lo straniero irregolare prevista dalla norma francese può ostacolare la celerità del rimpatrio, a meno che il processo penale intervenga quando la procedura amministrativa di allontanamento sia ormai terminata senza esito¹³; né si fa cenno ai diritti fondamentali nella sentenza *Sagor* del dicembre 2012, ove invece la Corte "salva" il reato contravvenzionale di cui all'art. 10-bis TUI¹⁴, essendo comminata la sola pena pecuniaria che non è d'ostacolo, al contrario della pena detentiva, all'esecuzione più rapida possibile del rimpatrio¹⁵. Tanto quando accerta l'incompatibilità tra normativa interna e direttiva, tanto quando la nega, la Corte ragiona solo in termini di efficacia delle procedure di rimpatrio; la finalità di tutela dei diritti fondamentali dello straniero, che pure era stato il tema da cui aveva preso avvio la riflessione, è ormai del tutto assente dalla *ratio decidendi* delle pronunce successive ad *El Dridi*.

2.2.3. Il paradosso di una giurisprudenza garantista motivata in termini efficientisti

Il percorso appena descritto presenta *due aspetti* al limite del *paradosso*. Il primo è che una direttiva, bollata al momento dalla sua emanazione come la "direttiva della vergogna" da una parte significativa dell'opinione pubblica europea perché considerata troppo debole nel tutelare la libertà dei migranti¹⁶, in Italia abbia condotto in realtà all'eliminazione della norma-chiave in materia di detenzione degli stranieri irregolari, che nel corso degli anni aveva portato in carcere migliaia di persone. Il secondo

¹² Cfr. in particolare il § 31, dove è richiamato il considerando n. 2 già citato sopra, ed il § 38, ove la Corte ricorda come sia consentito, ai fini dell'allontanamento, il ricorso a misure coercitive, purché ciò avvenga «in maniera proporzionata e nel rispetto, in particolare, dei diritti fondamentali».

¹³ CGUE, Grande Sezione, 6.12.2011, C-329/11, *Achughbabian*; per un commento alla decisione, cfr. L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare 'conforme' e 'non conforme' alla direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 26.1.2012, e R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri ed il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 4, 2011, 74 ss.

¹⁴ Il reato di ingresso o soggiorno irregolare, introdotto nel 2009, e per cui, come già visto sopra, è comminata la pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

¹⁵ CGUE, sez. I, 6.12.2012, C-430/11, *Sagor*, con nota di F. VIGANÒ, *La corte di giustizia UE su art. 10 bis t.u. imm. e direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 7.12.2012.

¹⁶ La disposizione più aspramente contestata era l'art. 15 che prevedeva una durata massima sino a 18 mesi del trattenimento, cioè proprio la norma che era risultata decisiva nell'argomentare l'illegittimità della norma incriminatrice interna: sulle prime reazioni all'approvazione della direttiva, cfr. F. MAIANI, *Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et status quo en droit des étrangers sous l'influence de la Directive sur le retour*, in *Annuaire suisse de droit européen*, Bern-Zürich, 2009, 291 ss.





paradosso è che a tale risultato la Corte UE sia pervenuta non già, come ipotizzato dalle ordinanze di rinvio pregiudiziale, al fine di tutelare i diritti degli stranieri, ma con l'obiettivo di garantire l'efficace esecuzione dei rimpatri.

Il primo paradosso trova agevole spiegazione. La situazione italiana, con il ricorso massiccio alla detenzione in sede penale degli stranieri irregolari, costituiva un'*eccezione* nel panorama europeo, ed anche una direttiva che prevedeva un periodo oggettivamente molto lungo di trattenimento (18 mesi) ed era dunque tutt'altro che orientata in via prioritaria alla tutela della libertà dello straniero irregolare, è risultata incompatibile con il sistema italiano tutto incentrato sul ricorso allo strumento penale. Partivamo da un livello così basso di tutela dei diritti dei migranti, che anche una direttiva altrove valutata come un arretramento in Italia ha comportato un miglioramento della condizione giuridica degli stranieri irregolari.

Più complesso è provare a dare una spiegazione del percorso motivazionale seguito dalla Corte, tutto centrato sull'efficienza e non sui diritti, che non ci convince per una pluralità di motivi.

Anzitutto, la scelta della Corte di lasciare in ombra l'argomento dei diritti fondamentali ci pare poco coerente con il processo di progressiva inclusione (a partire dal trattato di Nizza sino a quello di Lisbona) di tali diritti nell'ordinamento dell'Unione, tanto più che nel caso della direttiva rimpatri era direttamente il testo comunitario a prevedere che una delle finalità della direttiva fosse proprio la tutela dei diritti fondamentali dello straniero irregolare. La materia dell'immigrazione, con la direttiva rimpatri, poteva costituire una buona occasione per la Corte di giustizia di andare oltre le libertà classicamente comunitarie, per fare valere la propria giurisdizione anche in materia di libertà personale, nella prospettiva di un ruolo sempre più simile a quello di una sorta di "corte costituzionale europea": ma davanti a questa prospettiva la Corte ha fatto un passo indietro, evitando di porre i diritti degli stranieri, peraltro riconosciuti dalla stessa direttiva, a sostegno della dichiarazione di illegittimità comunitaria della norma interna.

Poniamoci poi nell'ottica della Corte, e fingiamo (per assurdo) che la direttiva abbia come unico scopo l'efficacia del sistema, e non si preoccupi anche di tutelare i diritti dello straniero. Se così fosse, prima di tutto non ci sarebbe stato alcun caso *El Dridi*: i giudici italiani hanno sollevato la questione dell'illegittimità dell'art. 14 perché ritenevano che la detenzione conducesse ad una privazione della libertà dello straniero incompatibile con i diritti riconosciuti dalla direttiva, non certo perché la reclusione rendeva il sistema inefficiente.

In una logica puramente efficientistica, a ben vedere, la decisione della Corte ci pare poi assai poco convincente. Pensiamo all'Italia: il carcere veniva applicato solo quando l'autorità amministrativa non fosse riuscita a rimpatriare lo straniero (il presupposto per l'emanaione dell'ordine di allontanamento, la cui violazione comportava la reclusione, era ed è tuttora che l'amministrazione non sia riuscita per qualsiasi ragione a rimpatriare lo straniero, e non sia possibile procedere al suo trattenimento amministrativo), e non è vero quindi che la detenzione rallentasse i rimpatri. Anche in Francia, il reato di soggiorno irregolare dichiarato illegittimo dalla Corte nella sentenza *Achughbabian* veniva utilizzato



per procedere all'arresto dello straniero prima di dare avvio alla procedura di rimpatrio, quindi non è affatto vero che il processo penale rallentasse l'esecuzione dei rimpatri¹⁷.

In realtà, nella prospettiva adottata dalla Corte, bisognerebbe verificare come in concreto il sistema utilizzi la sanzione penale, non limitarsi a constatare in astratto (come fa invece la Corte) che l'inflizione di una pena detentiva può rallentare i rimpatri. In Italia, come abbiamo appena visto, il carcere prima di *El Dridi* veniva applicato a coloro che non era stato possibile rimpatriare con la forza ed il basso numero di rimpatri era dovuto alla mancanza di mezzi da parte della pubblica amministrazione o alla mancanza di accordi di cooperazione con i Paesi di provenienza degli espulsi, non certo al fatto che lo straniero da espellere si trovasse in carcere; ed anche in Francia nessuno poteva seriamente affermare che l'arresto dello straniero ostacolasse (ma se mai facilitasse) la procedura di rimpatrio.

Se si pone mente solo alla celerità dei rimpatri, senza considerazione dei diritti, ogni strumento coercitivo (anche il carcere) è in realtà potenzialmente funzionale a migliorare l'efficienza del sistema, se non altro per la funzione deterrente propria della sanzione penale. I vincoli al potere coercitivo dello Stato trovano una spiegazione in chiave di tutela dei diritti dello straniero, in un'ottica puramente efficientista non avrebbe senso porre limiti all'uso della forza.

La scelta della Corte si spiega allora, a nostro avviso, per ragioni *lato sensu* politiche. Nelle settimane in cui è stata assunta la decisione *El Dridi* era in corso un aspro confronto tra il Governo italiano e le istituzioni europee proprio in materia di immigrazione: l'Italia rimproverava all'Europa di averla lasciata sola a gestire le ondate migratorie provenienti dai Paesi del Nord Africa, e la Corte ha voluto evitare di esacerbare ulteriormente il clima con un'esplicita affermazione che la legislazione italiana violava i diritti fondamentali dei migranti.

Leggendo la motivazione nel suo complesso, emerge tuttavia con chiarezza come le considerazioni relative alla tutela dei diritti siano centrali nel sostenere la decisione della Corte, che in diversi passaggi insiste sulla necessità che l'uso di strumenti coercitivi sia orientato al principio di proporzionalità e che, in particolare, la privazione di libertà dello straniero rimpatriando sia limitata entro limiti ragionevoli (cfr. specialmente § 42 e 43). E del resto, se tra le finalità frustrate dalla previsione di una pena detentiva non fosse stata ricompresa anche la tutela dei diritti del migrante, neppure sarebbe stata legittima l'attribuzione di efficacia diretta agli artt. 15 e 16 dir., dal momento che condizione necessaria – secondo la pacifica giurisprudenza della stessa Corte – perché la disposizione di una direttiva possa esplicare effetto diretto è proprio che tale norma riconosca al singolo un diritto, negato dalla legislazione dello Stato membro (c.d. *effetto verticale* delle norme della direttiva direttamente applicabili)¹⁸.

L'impressione è allora che i giudici del caso *El Dridi* abbiano assunto la decisione di negare allo Stato l'uso della sanzione detentiva perché si erano convinti che questa violasse le garanzie dello straniero previste dalla direttiva, anche se poi nella stesura della motivazione per ragioni di prudenza è prev also l'argomento efficientista. Quando poi l'interpretazione della direttiva rimpatri è approdata, con il caso *Achughbabian*, alla Grande Sezione della Corte, il clima politico-istituzionale era cambiato. Diversi ed importanti Governi, assenti nella discussione del caso italiano ma costituitisi in giudizio nel

¹⁷ Per un'analisi della situazione nell'ordinamento francese dopo la sentenza *El Dridi*, cfr. P. HENRIOT, *Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers: la résistance française*, (*de l'arrêt El Dridi à la loi du 31 décembre 2012*), in *Dir. imm. citt.*, 1, 2013, 38 ss.

¹⁸ Sul punto, peraltro pacifico, cfr. già G. TESAURO, *Diritto comunitario*, III ed., Padova, 2003, 172.



procedimento di fronte alla Grande Sezione, avevano aspramente criticato i limiti al potere punitivo degli Stati fissati in *El Dridi*¹⁹, e la Corte, pur senza arrivare a smentire il proprio precedente di pochi mesi prima, ne ha voluto ridurre la portata innovativa, precisando che, una volta infruttuosamente esaurito il procedimento amministrativo di rimpatrio, gli Stati riacquistavano la possibilità di ricorrere alla sanzione penale, anche detentiva, nei confronti dello straniero irregolare. I diritti sono definitivamente scomparsi dall'orizzonte argomentativo, e nella sola logica dell'efficienza gli (scarsi) limiti ancora fissati al potere coercitivo degli Stati appaiono artificiosi, tanto da far trasparire netta la sensazione che non si vuole smentire la lettera del precedente *El Dridi*, ma non se ne condivide più lo spirito.

2.3. Conclusioni

Il volto della reazione penale nei confronti dello straniero irregolare ha subito negli ultimi decenni un'evoluzione profonda, indirizzata in modo significativo dall'intervento della Corte di giustizia UE. Il primo decennio dello scorso secolo ha segnato il periodo di massima espansione della criminalizzazione dello straniero irregolare, attraverso l'ampio ricorso alla pena detentiva derivante dall'applicazione del delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento; ma un colpo decisivo alle legittimità di tale meccanismo viene inferto nel 2011 dalla Corte di giustizia UE, che con la sentenza *El Dridi* afferma il contrasto con la direttiva rimpatri della previsione in tali ipotesi di una pena detentiva. Dopo il 2011, la pena detentiva rimane applicabile solo alle ipotesi (nella prassi non così frequenti) di rein ingresso irregolare, mentre per le fattispecie di più comune applicazione è prevista la sola pena pecunaria, che sconta un'irrimediabile carenza di effettività, tale da renderla più una affermazione teorica di responsabilità che una sanzione realmente afflittiva.

La sanzione penale per la condizione di irregolarità riveste ancora un importante ruolo simbolico di *stigmatizzazione*, e produce effetti non trascurabili di *marginalizzazione indiretta* dello straniero, legati alla rilevanza penale del soggiorno irregolare. Eppure, non si può che constatare come la risposta penale, privata della possibilità di un ricorso massiccio alla pena detentiva, abbia perso centralità nel dibattito pubblico sul tema del contrasto all'immigrazione irregolare. Negli interventi legislativi più recenti, ove pure l'approccio repressivo e securitario al fenomeno migratorio è stato spinto all'estremo (pensiamo ai Pacchetti-sicurezza del 2018 e del 2019, cd. decreti-Salvini), le norme-manifesto non sono più, come per i pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, le norme penali, bensì le disposizioni che incidono sulla disciplina della protezione internazionale, ovvero che sanzionano, sul piano amministrativo o (qui sì) penale, ogni forma di agevolazione delle migrazioni indesiderate, perfino nel contesto di interventi umanitari.

La sanzione detentiva per lo straniero irregolare è, dunque, uscita dall'orizzonte e dall'immaginario punitivo del mondo della comunicazione e del legislatore, che anche quando intende mostrare il proprio volto più ostile nei confronti dello straniero fa ricorso a strumenti diversi da quello penale. La rinuncia alla pena detentiva non è stata poi il frutto di un ripensamento da parte del legislatore, ma la conseguenza di una decisione della Corte di giustizia UE, che ha messo in luce l'inefficienza del ricorso

¹⁹ Mentre nell'udienza relativa al caso *El Dridi* era presente il solo rappresentante del Governo italiano, all'udienza *Achughbabian* sono intervenuti, oltre ovviamente al rappresentante del Governo francese, anche agenti del Governo tedesco, danese ed estone, tutti molto critici nei confronti della decisione assunta dalla prima sezione nel caso *El Dridi*.



a tale strumento rispetto all'obiettivo di contrastare l'immigrazione irregolare aumentando il numero dei rimpatri. Probabilmente, proprio l'enfasi sul profilo efficientista di tale rinuncia invece che su quello garantista, benché a nostro avviso criticabile in termini di diritto per le ragioni esposte sopra, dà conto del perché il legislatore non abbia più provato a tornare sui suoi passi, rimettendo il carcere al centro della propria strategia repressiva: la consapevolezza dell'inutilità e dispendiosità del ricorso alla sanzione penale, ben più che le preoccupazioni relative alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti, ha sinora fatto da argine al ritorno in auge della politica carcerocentrica dei primi anni del secolo.

3. La detenzione amministrativa nei Centri di permanenza per il rimpatrio: profili di legittimità costituzionale ed europea

3.1. Premessa

Messa alle spalle, grazie all'intervento della Corte UE, la brutta pagina del carcere per gli stranieri irregolari, la principale forma di limitazione di libertà cui dopo il 2011 possono essere sottoposti in Italia tali soggetti è rappresentata dal trattenimento nei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR).

La detenzione amministrativa dello straniero irregolare nelle more del rimpatrio è un istituto che fa la sua comparsa nel nostro ordinamento con l'approvazione del Testo unico del 1998. La prima legge organica in materia di immigrazione costituisce, dunque, l'occasione per introdurre un regime *ad hoc* in materia di libertà degli stranieri: a conferma di come sin dalle sue origini la legislazione in tema di immigrazione sia stata orientata ad una logica di contrasto, più che di gestione inclusiva del fenomeno. Tale previsione ha rappresentato una *novità assoluta* nel nostro sistema giuridico, che sino al 1998 contemplava la privazione di libertà solo come conseguenza della commissione di un reato, o come misura per contenere la pericolosità di un soggetto affetto da disturbi psichiatrici.

La disciplina sull'immigrazione si è dunque da subito accompagnata alla previsione di una disciplina derogatoria in materia di libertà personale dello straniero. Se ed entro che limiti ciò sia conforme alla nostra Costituzione ed alle fonti sovranzionali, lo vedremo nei prossimi paragrafi. Prima però di passare ad analizzare i profili di legittimità di tale forma di privazione di libertà, è utile sottolineare come su tale opzione non vi siano stati ripensamenti nel corso degli anni, ed essa sia rimasta inalterata al mutare delle maggioranze politiche. Mentre la scelta di criminalizzare l'irregolare mediante il ricorso alla sanzione penale, che abbiamo analizzato sopra, è stata peculiare dei governi di centro-destra, ed è stata avversata dall'opposta parte politica, l'uso della detenzione in sede amministrativa degli stranieri è stato condiviso da tutti gli schieramenti che si sono succeduti al governo negli ultimi decenni. Il rimpatrio coattivo dello straniero irregolare rappresenta, già nel Testo unico del 1998 approvato da una maggioranza di centro-sinistra, uno strumento indispensabile di gestione del fenomeno migratorio, ed a sua volta la detenzione in attesa dell'allontanamento, quando non sia possibile procedervi immediatamente, viene reputata indispensabile al fine di rendere efficiente il sistema dei rimpatri²⁰.

²⁰ Per una ricostruzione dell'evoluzione del sistema di detenzione amministrativa degli stranieri irregolari, cfr. in particolare l'interessante lavoro di G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Dem. e dir.*, 3-4, 2011, 177 ss.



I presupposti per l'applicazione del trattenimento sono poi rimasti sostanzialmente immutati dal 1998 all'ultimo intervento di riforma in materia, che risale al 2011. Ai sensi dell'art. 14 co. 1 TUI, il trattenimento può essere disposto quando non sia possibile procedere con immediatezza all'accompagnamento «a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento», tra le quali la norma annovera, oltre al *rischio di fuga*, «la necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo». Ciò che è cambiato (oltre alle denominazioni: originariamente Centri di permanenza temporanea, Cpt, dal 2009 al 2020 Centri di identificazione ed espulsione) è la *durata massima* del periodo di trattenimento, che negli anni è costantemente aumentata: 30 giorni nel 1998, 60 giorni nel 2002, 6 mesi nel 2009, sino ad arrivare con la riforma del 2011 a 18 mesi, il massimo consentito dalla direttiva rimpatri del 2008; il termine è stato poi abbassato a 3 mesi nel 2014, per tornare nel 2023 ai 18 mesi attualmente previsti. Tale aumento del periodo massimo di detenzione ha comportato una vera e propria *mutazione genetica* dell'istituto. Se i 30 giorni previsti in origine erano realmente compatibili con il ricorso alla detenzione finalizzata al superamento degli ostacoli pratici che avevano reso impossibile il rimpatrio immediato, il termine di 18 mesi oggi consentito dalla legge rende evidente come la finalità sia diversa: ostacoli come la mancanza di documenti o la ricerca di un vettore disponibile si possono (e si dovrebbero) risolvere in poche settimane o significare che sono in buona sostanza insolubili, come ad esempio nel caso, assolutamente frequente, di mancata collaborazione nel rimpatrio da parte delle autorità del Paese di destinazione. È chiaro come la misura abbia ormai assunto una *finalità sanzionatoria ed afflittiva*: quando con la sentenza *El Dridi* il legislatore si è trovato costretto a rinunciare alla detenzione penale, ha colto l'occasione della riforma per portare a 18 mesi il termine massimo di trattenimento amministrativo, che nella logica legislativa non rappresenta oggi che un succedaneo del carcere²¹.

La detenzione nei CPR rappresenta, quindi, la sola occasione in cui nell'ordinamento italiano un soggetto può essere privato della libertà per un consistente periodo di tempo senza aver commesso alcun fatto penalmente rilevante, e senza essere affetto da una patologia psichiatrica che lo rende pericoloso persé o per altri. Nei paragrafi che seguono proveremo a valutare se tale disciplina della privazione di libertà, valida per il solo straniero, sia legittima al metro delle fonti sovraordinate interne ed europee.

3.2. Legittimità costituzionale

La nostra Costituzione non contiene alcuna disposizione *ad hoc* in materia di libertà personale dello straniero. Le norme da cui indirettamente si ricavano i limiti alla potestà dello Stato di intervenire sulla libertà dello straniero sono due. L'art. 10, comma 2, Cost. secondo cui «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»²²; e l'art. 13 Cost., che dopo aver solennemente proclamato al comma 1 che «la libertà personale è inviolabile»,

²¹ Nel dibattito parlamentare del 2009 relativo all'allungamento a sei mesi dei termini di trattenimento, il sen. Carofiglio aveva coniato per tale misura l'evocativo termine di *"galera amministrativa"*.

²² L'art. 117, comma 2, lett. a), Cost. stabilisce poi che la disciplina del «diritto d'asilo e della condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» rientra nelle materie su cui lo Stato ha legislazione esclusiva.



tanto per i cittadini che per gli stranieri, specifica ai commi successivi i presupposti entro cui tale libertà può essere legittimamente negata dall'autorità statuale (c.d. *riserva di legge e di giurisdizione*).

Gli stranieri possono, dunque, essere destinatari di norme *ad hoc*, che ne differenziano il trattamento rispetto ai cittadini, purché tali norme siano conformi alle fonti sovranazionali; se poi tali norme vanno ad incidere sulla libertà personale, esse devono essere altresì conformi ai canoni previsti in generale dalla Costituzione per qualsiasi forma di intervento sulla libertà personale, indipendentemente dal fatto che il soggetto privato della libertà sia un cittadino o uno straniero²³. L'art. 13 Cost., tuttavia, non presenta alcun limite finalistico alla privazione di libertà, limitandosi a prevedere che sia la legge a precisare in astratto i casi in cui tale privazione è possibile, e che sia un giudice a disporla nel caso concreto: sicché, una volta rispettati tali limiti "formali", dalla Costituzione non emergono vincoli contenutistici alla privazione di libertà dello straniero, anche a prescindere dalla commissione di un reato. Secondo la nostra Corte costituzionale, come noto, la detenzione degli stranieri irregolari nei CPR è legittima, quando siano rispettate le riserve di legge e di giurisdizione garantite dall'art. 13 Cost.²⁴, e la disciplina attuale, che prevede la necessaria convalida del provvedimento uestorile di trattenimento entro 96 ore da parte giudice di pace (o del giudice ordinario, qualora si tratti del trattenimento di un richiedente asilo), risulta formalmente conforme al dato costituzionale.

Proprio riguardo al rispetto delle garanzie dell'art. 13 Cost., vi è tuttavia un profilo di illegittimità, che merita ora di essere analizzato da vicino, posto che su di esso a breve interverrà la Corte costituzionale. La riserva di legge garantita dall'art. 13 co. 2 Cost. dispone che siano disciplinati dalla legge «*i casi ed i modi*» della privazione di libertà.

Per quanto riguarda la disciplina dei "caso" in cui è consentito il ricorso al trattenimento amministrativo, l'art. 14 co. 1 TUI prevede in effetti una sia pur sintetica indicazione delle situazioni che legittimano il trattenimento dello straniero in attesa del rimpatrio (impossibilità di effettuare immediatamente il rimpatrio, ricorrenza del rischio di fuga come definito all'art. 13 co. 4-bis TUI, necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto). Dove invece la *riserva di legge è platealmente disattesa* è in ordine alla disciplina normativa dei "modi" della privazione di libertà²⁵, che è ora necessario ricostruire nei suoi tratti essenziali.

²³ Cfr. C. COST., (sent.) 10.4.2001, n. 105: «Non potrebbe dirsi che le garanzie dell'art. 13 subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di latr beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

²⁴ Per l'affermazione secondo cui «il trattenimento amministrativo dello straniero, in quanto misura incidente sulla libertà personale, non può essere adottato al di fuori delle garanzie dell'art. 13 Cost.», cfr. ancora C. COST., 10.4.2001, n. 105, cit.

²⁵ In dottrina, sullo specifico profilo di incostituzionalità qui oggetto di attenzione, cfr. già più di dieci anni fa A. DI MARTINO, *La disciplina dei CIE è incostituzionale – Un pamphlet*, in *Dir. pen. cont.*, 11.5.2012, e più di recente L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *Quest. giust.*, 10.5.2022; G. SANTORO, *L'assenza di una legge sui modi del trattenimento nei centri di permanenza per i rimpatri e di un giudice in caso di violazioni dei*



A livello di fonti di rango primario (le uniche, si badi bene, che possono venire prese in considerazione al fine della verifica del rispetto dell'art. 13 Cost., che riserva alla "legge" la disciplina dei modi della privazione di libertà) la sola disposizione dedicata alle modalità del trattenimento è l'art. 14 co. 2 TUI, che nella sua versione originaria, rimasta in vigore inalterata sino al 2020, prevedeva soltanto che «Lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'art. 2, co. 6²⁶, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno».

La norma in esame è stata modificata dal d.l. n. 130/2020, conv. in l. n. 173/2020, e attualmente recita così: «Lo straniero è trattenuto nel centro, presso cui sono assicurati adeguati standard igienico-sanitari e abitativi, con modalità tali da assicurare la necessaria informazione relativa al suo status, l'assistenza e il pieno rispetto della sua dignità, secondo quanto disposto dall'articolo 21, comma 8, del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno». La novella del 2020 ha poi inserito all'art. 14 TUI un nuovo co. 2-bis, per cui «Lo straniero trattenuto può rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al Garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti delle persone private della libertà personale».

Le modalità del trattenimento sono poi oggetto di regolamentazione, a livello di fonti di rango secondario, da parte dell'art. 21 del DPR n. 394/1999 (contenente il regolamento di attuazione del TUI del 1998), il cui co. 8 è oggi espressamente richiamato, come appena visto, dal co. 2 dell'art. 14 TUI²⁷.

diritti fondamentali dei trattenuti, in *Critica del Diritto*, 1, 2024; A. CIERVO, G. SANTORO, *CPR e Costituzione: manca una legge sui modi del trattenimento*, in *Quest. giust.*, 1.10.2024.

²⁶ Art. 2 co. 6 TUI: «Ai fini della comunicazione allo straniero dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, gli atti sono tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato».

²⁷ Art. 21 DPR n. 394/1999: «1. Le *modalità del trattenimento* devono garantire, nel rispetto del regolare svolgimento della vita in comune, la libertà di colloquio all'interno del centro e con visitatori provenienti dall'esterno, in particolare con il difensore che assiste lo straniero, e con i ministri di culto, la libertà di corrispondenza, anche telefonica, ed i diritti fondamentali della persona, fermo restando l'assoluto divieto per lo straniero di allontanarsi dal centro. 2. 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. 3. Allo scopo di assicurare la libertà di corrispondenza, anche telefonica, con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, sono definite le modalità per l'utilizzo dei servizi telefonici, telegrafici e postali, nonché i limiti di contribuzione alle spese da parte del centro. 4. Il trattenimento dello straniero può avvenire unicamente presso i centri di permanenza temporanea individuati ai sensi dell'art. 14, comma 1 del testo unico, o presso i luoghi di cura in cui lo stesso è ricoverato per urgenti necessità di soccorso sanitario. 5. Nel caso in cui lo straniero debba essere ricoverato in luogo di cura, debba recarsi nell'ufficio giudiziario per essere sentito dal giudice che procede, ovvero presso la competente rappresentanza diplomatica o consolare per espletare le procedure occorrenti al rilascio dei documenti occorrenti per il rimpatrio, il questore provvede all'accompagnamento a mezzo della forza pubblica. 6. Nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente residente in Italia, o per altri gravi motivi di carattere eccezionale, il giudice che procede, sentito il questore, può autorizzare lo straniero ad allontanarsi dal centro per il tempo strettamente necessario, informando il questore che ne dispone l'accompagnamento. 7. Oltre al personale addetto alla gestione dei centri e agli appartenenti alla forza pubblica, al giudice competente e all'autorità di pubblica sicurezza, ai centri possono accedere i familiari conviventi e il difensore delle persone trattenute o ospitate, i ministri di culto, il personale della rappresentanza diplomatica o



Sempre a livello di fonti secondarie, una disciplina assai più analitica delle condizioni di trattenimento è infine contenuta nel Regolamento per l'organizzazione e la gestione dei centri, approvato con decreto del Ministro dell'interno n. 12700 del 20 ottobre 2014, che in 14 articoli prende in considerazione gli aspetti più rilevanti della vita nei centri (dall'informazione agli stranieri ai servizi che devono fornire i gestori dei centri, dall'accesso alla struttura ai contatti con l'esterno e al regime di vigilanza).

Tale breve ricostruzione del dato normativo rilevante in relazione alla disciplina dei "modi" del trattenimento amministrativo dello straniero rende evidente la violazione della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.

L'unica fonte di rango legislativo che disciplina la materia, come visto sopra, è l'art. 14 co. 2 TUI, che tuttavia non può certo ritenersi idonea a soddisfare la riserva di legge prevista in sede costituzionale. Tale norma, infatti, per quanto riguarda il suo espresso contenuto precettivo, si limita ad enunciazioni generiche e meramente di principio, ben al di sotto dello standard di precisione richiesto dalla riserva di legge in materia di privazione della libertà personale.

In effetti, con l'intervento del 2020, il legislatore si è mostrato consapevole dei profili di illegittimità di una disciplina delle modalità del trattenimento che si limitava a prevedere che «lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità» (così, oltre a prevedere «la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno», recitava il testo originario dell'art. 14 o. 2), e ha provato a fornire qualche precisazione ulteriore, aggiungendo al disposto normativo originario che devono essere assicurati «standard igienico-sanitari adeguati», e altresì che deve essere fornita allo straniero trattenuto «la necessaria informazione relativa al suo status». Si tratta, tuttavia, di modifiche meramente cosmetiche, con cui vengono ribaditi principi che già sarebbero dovuti risultare ovvi (prima del 2020, qualcuno poteva forse ritenere, ad esempio, che nei centri fossero consentiti standard igienico-sanitari "non adeguati"?), e che comunque si limitano, come nella versione originaria della norma, a generiche raccomandazioni di principio, senza fornire alcuna vera indicazione all'autorità amministrativa in ordine ai "modi" di gestione dei centri.

Il senso profondo della garanzia costituzionale risiede proprio nella volontà dei costituenti di considerare i "modi" di esecuzione delle forme di privazione della libertà talmente importanti, visto che la loro concreta determinazione incide sul bene più prezioso della persona, che in relazione ad essi fosse necessaria l'assunzione politica della responsabilità da parte del Parlamento, mediante l'approvazione di

consolare, e gli appartenenti ad enti, associazioni del volontariato e cooperative di solidarietà sociale, ammessi a svolgervi attività di assistenza a norma dell'art. 22 ovvero sulla base di appositi progetti di collaborazione concordati con il prefetto della provincia in cui è istituito il centro. 8. Le disposizioni occorrenti per la regolare convenienza all'interno del centro, comprese le misure strettamente indispensabili per garantire l'incolumità delle persone, nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite, sono adottate dal prefetto, sentito il questore, in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del centro e delle direttive impartite dal Ministro dell'interno per assicurare la rispondenza delle modalità di trattenimento alle finalità di cui all'art. 14, comma 2, del testo unico. 9. Il questore adotta ogni altro provvedimento e le misure occorrenti per la sicurezza e l'ordine pubblico nel centro, comprese quelle per l'identificazione delle persone e di sicurezza all'ingresso del centro, nonché quelle per impedire l'indebito allontanamento delle persone trattenute e per ripristinare la misura nel caso che questa venga violata. Il questore, anche a mezzo degli ufficiali di pubblica sicurezza, richiede la necessaria collaborazione da parte del gestore e del personale del centro che sono tenuti a fornirla».



una legge, che adempisse al compito di definire cosa significhi in concreto essere privati della libertà personale nel nostro Paese. Non può essere l'autorità amministrativa a decidere quali sono nella realtà i limiti entro cui si esercita il potere dello Stato di privare taluno della propria libertà, perché la materia è così delicata da richiedere che la questione sia discussa e decisa dall'organo direttamente espressivo della volontà popolare: è questa la *ratio* della riserva di legge rispetto ai "modi" del trattenimento.

Il punto di riferimento, per determinare il grado di precisione che deve avere la disciplina di rango primario per assolvere alla riserva di legge, non può poi che essere rappresentato dalla legge sull'*ordinamento penitenziario*, ove trovano collocazione le norme che regolano i "modi" della detenzione in sede penale²⁸. Come in tale ambito è il legislatore a disciplinare anche in maniera minuta le modalità in cui deve svolgersi la privazione di libertà, posto che, come affermato dalla Corte costituzionale, «l'ordinamento penitenziario è materia di legge alla stregua dell'art. 13 Cost.»²⁹, così è indifferibile la necessità che anche per il trattenimento nei CPR sia la legge a formulare una disciplina accurata di tale forma di privazione di libertà, senza limitarsi come ora a generiche petizioni di principio lontane dal porre alcun vincolo alla discrezionalità dell'autorità amministrativa.

La novella del 2020 sembra invece essere andata esattamente nella direzione opposta, quando prevede, nel testo dell'art. 14 co. 2 TUI, il rinvio espresso a quanto disposto dall'art. 21 co. 8 DPR 394/1999, che – come riportato sopra – affida al prefetto, sentito il questore, il compito di adottare «le disposizioni occorrenti per la regolare convivenza all'interno del centro, comprese le misure strettamente indispensabili per garantire l'incolumità delle persone, nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite».

L'introduzione di tale clausola è in certo modo rivelatrice del vero intendimento del legislatore, che con la tecnica del rinvio a una fonte subordinata intende aggirare la riserva di legge dettata dall'art. 13 Cost., che non può essere talmente diluita da consentire un rinvio *tout court* all'autorità amministrativa, come quello previsto nel nuovo art. 14 co. 2 TUI.

Il punto è centrale, e merita un breve approfondimento, anche in prospettiva diacronica. Sino al 2014, la gestione dei centri di trattenimento amministrativo era affidata in via pressoché esclusiva alla discrezionalità dei singoli uffici di prefettura: a livello di fonti primarie, l'art. 14 co. 2 TUI si limitava a richiedere il rispetto della dignità dei trattenuti, e a livello regolamentare mancava un testo generale che disciplinasse in modo analitico la gestione dei centri. Nel 2014 viene approvato un Regolamento del ministero dell'interno sull'"organizzazione e gestione" dei centri, che costituisce il tentativo di apprestare per la prima volta una sorta di "mini-ordinamento penitenziario" all'interno dei centri, con la fissazione di alcuni parametri generali di riferimento validi in ogni struttura. Nel 2020, come visto, si assiste ad un intervento di cosmesi normativa dell'art. 14 TUI, con l'introduzione di un espresso rinvio alla potestà regolamentare di prefetti e questori.

La traiettoria appare allora molto chiara. Di fronte ad un ventennale vuoto normativo rispetto alla disciplina dei centri di trattenimento per stranieri, il legislatore negli ultimi anni ha in qualche modo provato a ridurre il deficit di legalità, ma con risultati del tutto insoddisfacenti. Invece, infatti, di intervenire regolando finalmente con fonti di rango primario i modi del trattenimento, la scelta è stata

²⁸ Legge n. 354, del 26.7.1975.

²⁹ C. COST. n. 26/1999.



quella di rinviare a fonti subordinate alla legge (regolamenti governativi o decreti prefettizi) la disciplina di tale materia, con il risultato non di rimediare, ma piuttosto di rendere ancora più evidente il *vulnus costituzionale* venutosi a creare.

Non può essere un regolamento ministeriale come quello del 2014 a regolare le modalità del trattenimento nei centri. Se tale regolamento avesse rango legislativo, si potrebbe discutere se ritenere soddisfatta la riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.; ma sino a che saranno soltanto fonti secondarie a regolare i "modi" del trattenimento, mentre le fonti primarie si limitano a prescrizioni generiche e indeterminate, la violazione della norma costituzionale appare davvero eclatante.

Dopo molti anni in cui le argomentazioni appena riportate non avevano trovato riscontro nella giurisprudenza, finalmente i profili di costituzionalità appena messi in luce sono stati sottoposti al giudizio della Corte costituzionale, che deciderà la questione nelle prossime settimane³⁰.

3.3. Legittimità convenzionale

A differenza che nella nostra Costituzione, nella *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, come noto, la *libertà dello straniero irregolare* è sottoposta ad una *disciplina espressamente derogatoria* rispetto a quanto previsto per il cittadino. L'art. 5 § 1, nell'indicare le circostanze al cui ricorrere gli Stati possono privare taluno della propria libertà personale, dispone alla *lett. f*) che tale privazione è legittima «se si tratta dell'arresto o della *detenzione legittima* di una persona per *impedirle di entrare* nel territorio clandestinamente o contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione». L'art. 5 CEDU prevede in effetti tra le ragioni giustificatrici della privazione della libertà personale, accanto a quelle proprie del sistema penale, una serie significativa di ulteriori circostanze, alcune delle quali appaiono oggi a dir poco desuete: basti pensare alla detenzione «di un pazzo, di un alcolizzato, di un tossicodipendente», o addirittura alla detenzione «di un vagabondo», oggi odiosa al comune sentire giuridico del sistema europeo³¹. Accanto a tali ipotesi, quella dello straniero "clandestino" non può sorprendere: negli anni '50 del secolo scorso, molti Paesi già conoscevano, a differenza dell'Italia, il fenomeno dell'afflusso significativo di stranieri verso il proprio territorio, e d in una norma assai poco selettiva nell'individuazione delle forme di privazione di libertà ammissibili ben si spiega la previsione della detenzione dello straniero per impedire o far cessare il suo soggiorno irregolare, misura che garantisce un interesse (quello del controllo dell'accesso al territorio) di sicuro rilievo ai fini della tutela dell'ordine pubblico statuale.

I *requisiti di legittimità* della detenzione enucleati dalla giurisprudenza della Corte EDU non appaiono poi particolarmente stringenti. La Corte in diverse occasioni ha affermato che la detenzione è ammisible, a differenza di quanto previsto per altre ipotesi previste all'art. 5 § 1, anche quando *non* risulti dimostrata la sua *necessità* rispetto ad un effettivo pericolo di fuga o di commissione di reati³². Le condizioni di legittimità sono che la detenzione sia conforme a quanto previsto nel sistema legale

³⁰ Per il testo delle ordinanze del Giudice di pace di Roma che hanno sollevato questione di costituzionalità rispetto alla violazione dell'art. 13 Cost. in ragione della mancanza di una disciplina legislativa dei "modi" del trattenimento, cfr. la scheda *Alla Corte Costituzionale la questione di legittimità sui CPR*, sul sito www.asgi.it, 7.2.2025.

³¹ Parla al proposito di "previsione desueta" M. GIALUZ, Art. 5, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

³² Cfr. ex multis CORTE EDU, 25.10.1996, *Chahal c. Regno Unito*.



interno (requisito della c.d. *base legale*)³³, e che essa risulti *proporzionata e non arbitraria*, vale a dire che si protragga solo per il tempo necessario alle autorità nazionali per eseguire con la doverosa diligenza il rimpatrio, e che sussista una conveniente connessione tra il luogo e le modalità della detenzione e lo scopo della medesima³⁴. Quanto poi alle *condizioni materiali* di trattenimento, la loro legittimità convenzionale viene vagliata ai sensi dell'art. 3, piuttosto che dell'art. 5, e dunque si richiede anche in relazione al trattenimento finalizzato all'espulsione il rispetto di quei requisiti minimi di dignità e decoro che devono presiedere ad ogni forma di privazione della libertà personale³⁵.

Rispetto ai requisiti riconducibili all'art. 5, la disciplina dei CPR appare nelle sue linee fondamentali conforme a quanto richiesto dalla Corte EDU. La lentezza con cui l'autorità amministrativa procede al tentativo di superare gli ostacoli che hanno impedito l'allontanamento immediato potrebbe in alcuni casi essere valorizzata per sostenere la natura sproporzionata del periodo di detenzione cui lo straniero è sottoposto in ragione dell'inerzia delle autorità statali; ma ci pare innegabile che il sistema, almeno nella sua astratta configurazione normativa, non appaia in contrasto con le garanzie procedurali richieste in sede convenzionale.

Diverso ci pare il discorso in ordine al rispetto dei *requisiti sostanziali* di cui all'art. 3 della Convenzione. Fonti autorevoli ed indipendenti testimoniano da anni come le condizioni di detenzione all'interno dei CPR siano sovente peggiori di quelle delle strutture penitenziarie³⁶, per le quali la Corte EDU, in relazione al profilo del sovraffollamento, ha già in diverse occasioni condannato il nostro Paese, in particolare con la sentenza-pilota del gennaio 2013³⁷. Sicuramente vi sarebbero elementi per sottoporre alla Corte anche le condizioni di detenzione nei CPR, e non soltanto nelle carceri. Non si tratterebbe soltanto di porre in luce le carenze dei singoli centri, ma anche di sollecitare l'attenzione della Corte su alcuni aspetti strutturali del sistema (come la mancanza di qualsivoglia programma formativo e/o ricreativo, l'incertezza circa la durata del trattenimento, l'estrema difficoltà di rapporti con l'esterno) che possono incidere gravemente sull'equilibrio psichico dei reclusi, al punto da poter configurare di

³³ Per una decisione in cui la Corte ha riscontrato proprio la mancanza di tale requisito, essendo stato disposto il trattenimento di un soggetto che secondo la normativa interna non poteva essere espulso, cfr. CORTE EDU, 8.2.2011, *Seferovic c. Italia*, relativo alla detenzione di una donna che aveva partorito da soli due mesi, e che risultava dunque inespellibile ai sensi dell'art. 19 TUI.

³⁴ In questo senso cfr. per tutte CORTE EDU, 29.1.2008, *Saadi c. Regno Unito*. Per qualche più distesa considerazione sui principi della giurisprudenza della Corte EDU in materia di detenzione finalizzata all'espulsione e per qualche riferimento bibliografico, sia consentito il rinvio a F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni*, cit., 567 ss.

³⁵ Per alcune decisioni in materia di art. 3 in casi di detenzione in attesa dell'espulsione, cfr. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2012, 222 ss.

³⁶ I documenti ufficiali e la letteratura relativa ai centri di detenzione sono ormai innumerevoli; per una valutazione molto critica delle condizioni di trattenimento in queste strutture, cfr. già il *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, approvato il 6.3.2012 dalla Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani, ed il rapporto della Commissione per le verifiche e le strategie dei centri per gli immigrati (c.d. Commissione De Mistura) istituita dal Ministero dell'Interno nel 2007; per una recente indagine sullo stato dei detenuti nei CPR, specie sotto il profilo sanitario e di igiene mentale, cfr. L. FIGONI, L. RONDI, *Gorgo CPR*, 2025.

³⁷ CORTE EDU, 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9.1.2013.



per sé, ed a prescindere da ulteriori problematicità del singolo centro, la fattispecie di trattamenti inumani e degradanti. Come per il prossimo intervento della Corte costituzionale, anche in questo caso un'eventuale decisione positiva della Corte EDU non avrebbe l'effetto di rendere illegittima in sé la detenzione amministrativa degli stranieri irregolari, ma almeno potrebbe ricondurla all'interno di quei confini di umanità e di decenza previsti dalla Convenzione per ogni forma di privazione di libertà ed oggi purtroppo non rispettati in molti CPR italiani.

3.4. Legittimità comunitaria

La direttiva 2008/115/CE, che regola le procedure di rimpatrio dei cittadini extra-UE irregolarmente soggiornanti nel territorio di uno Stato dell'Unione, prevede espressamente agli artt. 15 e 16 la possibilità che, nell'attesa del rimpatrio, lo straniero venga privato della libertà personale. Limitandoci ora solo ad enucleare gli aspetti più significativi di tale disciplina, è da rilevare come il trattenimento: a) è previsto come *extrema ratio*, cui ricorrere quando sussista un concreto rischio di fuga e non risultino sufficienti a garantire l'obiettivo del rimpatrio misure meno coercitive³⁸; b) può essere disposto dall'autorità giudiziaria o amministrativa, ma nel secondo caso dovrà essere assistito dalle garanzie di *habeas corpus* di fronte all'autorità giurisdizionale, come ogni misura incidente sulla libertà personale³⁹; c) può essere disposto per un periodo di tempo che, al ricorrere di determinate condizioni, può arrivare sino a diciotto mesi⁴⁰, ma deve immediatamente cessare quando non esista più alcuna ragionevole prospettiva di allontanamento⁴¹; d) deve avvenire in appositi centri di permanenza temporanea, ed in modo da garantire la possibilità di contatti con familiari e difensore⁴².

Abbiamo già visto sopra come tale direttiva abbia avuto un impatto significativo sul sistema interno, conducendo prima con la sentenza *El Dridi* al superamento del ricorso alla sanzione penale detentiva

³⁸ Art. 15 § 1: «Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre *misure sufficienti ma meno coercitive*, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un *rischio di fuga* o b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento».

³⁹ Art. 15 § 2: «Il trattenimento è disposto dalle autorità *amministrative* o *giudiziarie*. [...] Quando il trattenimento è disposto dalle autorità amministrative, gli Stati membri: a) prevedono un *pronto riesame giudiziario* della legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'inizio del trattenimento stesso, b) oppure accordano al cittadino di un paese terzo interessato il diritto di presentare ricorso per sotoporre ad un pronto riesame giudiziario la legittimità del trattenimento su cui decidere entro il più breve tempo possibile dall'avvio del relativo procedimento».

⁴⁰ L'art. 15 § 5 prevede che «ciascuno Stato membro stabilisce un periodo limitato di trattenimento, che non può superare *i sei mesi*», mentre il § 6 dispone che «gli Stati membri non possono prolungare il periodo di cui al § 5, salvo per un periodo limitato non superiore ad *altri dodici mesi* conformemente alla legislazione nazionale nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto *ogni ragionevole sforzo*, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa: a) della *mancata cooperazione* da parte del cittadino di un paese terzo interessato, o b) dei *ritardi* nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi».

⁴¹ Art. 15 § 4: «Quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi o che non sussistono più le condizioni di cui al § 1, il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata».

⁴² Art. 16 § 1: «Il trattenimento avviene di norma in appositi centri di permanenza temporanea»; § 2: «I cittadini di paesi terzi trattenuti hanno la possibilità – su richiesta – di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari, e autorità consolari competenti».





nei confronti dello straniero irregolare, ed inducendo poi il legislatore (con il d.l. 89/2011, convertito in l. 2.8.2011, n. 129) ad intervenire sulla disciplina amministrativa del trattenimento in modo da renderla conforme al modello delineato in sede europea.

Le *modifiche* introdotte nel 2011 in adempimento della direttiva sono state di *natura ancipite*. Da un lato il legislatore ha introdotto garanzie (come l'applicabilità del trattenimento *ex art. 14 co. 1-bis TUI* solo quando non siano sufficienti a garantire il rimpatrio misure meno afflittive) prima assenti nella disciplina interna; dall'altro la trasposizione della direttiva è stata l'occasione per aumentare da 6 a 18 mesi la durata massima del trattenimento in attesa del rimpatrio (termine, come si ricorderà, ancora attualmente in vigore). Effetti del resto coerenti con l'ambivalenza della stessa direttiva, che da una parte apprestava garanzie in materia di trattenimento superiori anche rispetto a quelle previste dalla giurisprudenza della Corte EDU, che pure hanno all'evidenza costituito il punto di riferimento nella stesura del testo comunitario (significativo, in particolare, è l'inserimento del requisito della necessità del trattenimento, assente nella giurisprudenza convenzionale); ma al contempo legittimava una privazione di libertà di durata assai significativa.

Nel complesso, ci pare di poter concludere che l'intervento del 2011 (l'ultimo che abbia inciso in modo significativo sulla struttura della detenzione amministrativa nei CPR) abbia *inasprito il sistema* dei trattenimenti⁴³. L'applicazione di misure meno coercitive in luogo del trattenimento è rimasta priva di riscontro nella prassi, mentre l'allungamento del termine massimo di durata di trattenimento ha portato ad un'effettiva dilatazione dei tempi medi di permanenza nei CPR.

Rimangono poi, anche dopo la riforma, alcuni *profili di contrasto* tra la disciplina interna e la direttiva. In particolare, l'art. 15 § 4 dir. dispone, come visto sopra, che il trattenimento debba immediatamente cessare quando non vi siano più ragionevoli prospettive di eseguire il rimpatrio, mentre nella normativa italiana non vi è alcun cenno a tale eventualità; inoltre, l'art. 15 § 3 richiede che «il trattenimento sia riesaminato ad intervalli ragionevoli su richiesta dell'interessato o d'ufficio», mentre il sistema interno prevede sì che la proroga del trattenimento sia disposta dall'autorità giudiziaria ogni trenta o sessanta giorni (art. 14 co. 5 TUI), ma non consente all'interessato di chiedere il riesame al soprallungo di circostanze nuove, né contiene alcuna disciplina delle modalità con cui il giudice deve procedere alla proroga, che secondo il dato normativo potrebbe quindi avvenire anche in mancanza di contraddittorio con l'interessato⁴⁴.

Anche qualora, come auspicabile, la giurisprudenza interna proceda ad un'interpretazione conforme che superi i residui profili di difformità tra l'ordinamento nazionale e la normativa europea, le linee essenziali del sistema amministrativo di privazione di libertà dello straniero irregolare comunque non risultano stravolte dall'intervento del legislatore europeo. Il vero effetto dirompente della direttiva del 2008 è stato quello di costringere l'ordinamento interno a rinunciare alla reclusione penale, ma per quanto riguarda la privazione di libertà in sede amministrativa la normativa europea non ha fatto altro

⁴³ La nostra valutazione ha ad oggetto esclusivamente la normativa in tema di detenzione amministrativa: per un'analisi complessiva della riforma del 2011, che ha visto come principale modifica imposta dalla direttiva il passaggio dall'accompagnamento coattivo alla partenza volontaria come modalità ordinaria di esecuzione delle decisioni di rimpatrio, cfr. per tutti G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 3, 30 ss.

⁴⁴ Sulla necessità che, anche in mancanza di esplicita previsione normativa, la proroga venga disposta solo all'esito di un'udienza ove sia garantito il contraddittorio, cfr. peraltro già CASS., sez. I civ., 24.2.2010, n. 4544.



in buona sostanza che cristallizzare il sistema previgente, aumentandone il carico afflittivo mediante l'allungamento dei termini massimi di trattenimento.

3.5. Conclusioni

Da ormai quasi trent'anni, da quando cioè nel 1998 l'Italia si è per la prima volta dotata di una normativa organica in materia di immigrazione, la detenzione amministrativa dello straniero in attesa del rimpatrio è diventata una misura irrinunciabile nell'arsenale degli strumenti di contrasto all'immigrazione irregolare, a prescindere dal colore politico delle maggioranze parlamentari. Che la libertà degli stranieri sia sottoposta ad una disciplina diversa da quella dei cittadini, è del resto espressamente previsto nella CEDU e nella legislazione dell'Unione europea, e nonostante le perplessità rispetto al rispetto del principio di uguaglianza che può sollevare una tale asimmetria rispetto alla libertà dei cittadini, è difficile se non impossibile pensare nel breve o medio periodo ad un ripensamento legislativo, o ad una decisione di una Corte suprema (interna o europea) che metta in discussione la legittimità di tale strumento; anche l'imminente decisione della Corte costituzionale sul rispetto della riserva di legge, qualora la questione di costituzionalità venisse accolta, costringerebbe il legislatore a formulare finalmente una disciplina legislativa delle modalità del trattenimento, ma non arriverebbe in ogni caso a sancire l'illegittimità dell'istituto. L'assioma per cui una efficiente gestione dei rimpatri richiede la possibilità di ricorrere alla privazione di libertà dell'espellendo è ormai graniticamente consolidato a livello nazionale ed europeo, e nulla lascia intendere che lo stato delle cose possa cambiare negli anni a venire.

4. Le forme di detenzione extra ordinem praticate negli hotspot e nelle zone di frontiera

4.1. La detenzione senza base legale nei centri di accoglienza

Un'ulteriore forma di privazione della libertà personale dello straniero irregolare è quella che viene praticata nel periodo immediatamente successivo all'arrivo alla frontiera di uno straniero privo di un titolo valido per fare ingresso legalmente in Italia.

Il testo unico sull'immigrazione non conteneva originariamente alcuna specifica disposizione relativa alla privazione di libertà in tale fase, che si collocava in una situazione intermedia tra il respingimento alla frontiera ed il trattenimento in attesa del rimpatrio, definita come "*respingimento differito*" (art. 10 co. 2 TUI): casi in cui l'autorità di polizia può disporre il respingimento anche quando lo straniero sia entrato nel territorio italiano, ma sia stato fermato immediatamente dopo l'ingresso, oppure quando lo straniero, fermato al valico di frontiera, sia stato temporaneamente ammesso nel territorio dello Stato "per necessità di pubblico soccorso". Riguardo a questa seconda ipotesi, il regolamento attuativo del testo unico prevedeva, all'art. 23, che «le attività di accoglienza, soccorso ed assistenza, connesse al soccorso dello straniero, possono essere svolte anche al di fuori dei CPR, per il tempo strettamente necessario all'avvio dello stesso in un CPR o all'adozione dei provvedimenti occorrenti per l'erogazione di specifiche forme di assistenza»: i centri ove questa primissima attività di accoglienza può essere prestata erano definiti *Centri di primo soccorso ed assistenza* (CPSA).

In relazione a questi luoghi di prima accoglienza, la legge non prendeva posizione riguardo alla natura volontaria o coattiva del soggiorno, cioè non specificava se la permanenza al loro interno fosse



possibile solo con il consenso dell'interessato, o se invece fosse consentito trattenerlo coattivamente gli stranieri, privandoli della libertà personale. E tuttavia, da un'interpretazione elementare dell'art. 13 Cost., secondo cui non è legittima alcuna privazione di libertà non coperta dalla riserva di legge e di giurisdizione, si sarebbe dovuto concludere che in questi centri *non era consentito il trattenimento coattivo*, posto che la privazione di libertà non era prevista dalla legge, né il soggiorno in tali centri si fondava su alcun provvedimento giurisdizionale.

Nella realtà, tuttavia, le cose andavano in maniera del tutto diversa. La *prassi* era che, al di fuori di qualsiasi previsione legale, spesso gli stranieri privi di documenti, dopo l'arrivo in Italia, venivano *trattenuti per diversi giorni* da parte dell'autorità di polizia, senza alcun provvedimento giurisdizionale che ne giustificasse la privazione di libertà, e senza neppure che venisse fornita loro alcuna informazione circa le ragioni ed i presupposti legali del trattenimento. I centri di prima accoglienza erano formalmente strutture aperte, ma nei fatti erano gestiti dalle autorità di polizia come luoghi chiusi, da cui gli stranieri erano impossibilitati ad uscire, in aperta violazione dei requisiti fissati dall'art. 13 Cost. in ordine ad ogni forma di privazione della libertà personale⁴⁵.

4.2. L'intervento del 2015 e la nascita dei cd. *hotspot*

Un primo intervento normativo concernente tali centri viene varato nel 2015, dopo che in sede europea era stata stigmatizzata la condotta delle autorità italiane che non procedevano in modo efficace all'identificazione dei migranti sbarcati sulle coste meridionali, i quali molto spesso venivano lasciati liberi di proseguire il loro viaggio verso il Nord Europa senza alcuna registrazione, con l'effetto in questo modo di non far assumere all'Italia, in virtù delle regole del Trattato di Dublino, la competenza per la valutazione dell'eventuale richiesta di protezione in quanto Paese di primo approdo del richiedente. Il cd. approccio *hotspot* – formulato dalla Commissione europea nel maggio 2015, e dunque in uno dei momenti di massimo afflusso di migranti via mare dalle coste africane⁴⁶ – prevede da parte degli Stati di primo approdo (su tutti l'Italia e la Grecia) l'impegno a procedere alla creazione, in prossimità dei luoghi di sbarco, di strutture ricettive di grandi dimensioni (i cd. *hotspot*), ove i migranti siano subito sottoposti alle procedure di identificazione e ad una prima, sommaria divisione tra migranti economici e possibili richiedenti asilo⁴⁷. In esecuzione di tale impegno, ed in attuazione altresì di due direttive in materia di protezione internazionale⁴⁸, viene emanato il 18 agosto il d.lgs. 142/2015, che ristruttura *funditus* il sistema di prima accoglienza ed identificazione dei richiedenti protezione, in modo da

⁴⁵ Sulla violazione dell'*habeas corpus* nei Centri di prima accoglienza, ed in particolare in quello di Lampedusa, cfr. A. NATALE, *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso Lampedusa*, in *Quest. giust.*, 5, 2013, 181 ss., e L. MASERA, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. e dir. int.*, 1, 2014, 83 ss.

⁴⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Bruxelles, 13.5.2015, COM (2015) 240 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Agenda europea sulla migrazione*

⁴⁷ Per un'analisi di tale documento e delle altre iniziative assunte nel medesimo periodo in sede europea, cfr. G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Dir. imm. citt.*, 3-4, 2015, 15 ss.

⁴⁸ Sono la dir. 2013/33/UE sulle «norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale» e la dir. 2013/32/UE recante «procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale».



provare a porre rimedio alle inefficienze censurate in sede europea⁴⁹; per quanto riguarda i centri dove procedere alla fase cruciale della prima identificazione, il decreto si limita a rinviare ad una legge del 1995 che in situazioni di ingente influsso prevedeva la possibilità di istituire centri di prima accoglienza, senza tuttavia fornire alcuna indicazione rispetto alla loro natura di luoghi di mera accoglienza o di vero e proprio trattenimento⁵⁰. Peraltro, in un documento operativo del Ministero dell'interno di poche settimane successive, volto a chiarire il concreto funzionamento del nuovo meccanismo di gestione degli arrivi via mare, veniva esplicitato che gli *hotspot* erano dei «luoghi chiusi», da cui i migranti non potevano uscire almeno sino a che fosse conclusa la procedura di identificazione⁵¹. Lungi dunque dal chiarire la natura giuridica delle strutture di prima accoglienza, l'intervento del 2015 aggrava l'incertezza: le fonti di rango primario continuano a non precisare se si tratti di luoghi di accoglienza o di trattenimento, mentre le fonti sub-primarie li considerano dei luoghi da cui lo straniero non può allontanarsi, pur non essendo prevista alcuna disciplina normativa in ordine alle garanzie che, ai sensi dell'art. 13 Cost., devono comunque assistere ogni forma di privazione della libertà personale. Poche settimane prima dell'emanazione delle regole operative che definivano gli *hotspot* come centri chiusi, sul tema della illegittimità dei trattenimenti operati di fatto dalla polizia nel centro di Lampedusa era nel frattempo intervenuta la Corte EDU, chiamata ad esprimersi su un caso relativo al trattenimento cui erano stati sottoposti a Lampedusa tre cittadini tunisini nel settembre 2011. Con una prima sentenza del 1 settembre 2015⁵², confermata per quanto qui di interesse dalla Grande camera nel dicembre 2016⁵³, la Corte aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 5 CEDU, ritenendo

⁴⁹ Per un commento al decreto, cfr. N. MORANDI E G. SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, 84 ss. Per una riflessione sulla disciplina degli *hotspot* dopo tale riforma, cfr. A. MANGIARACINA, *Hotspot e diritti: un binomio possibile*, in *Dir. pen. cont.*, 9.12.2016.

⁵⁰ L'art. 8 co. 2 del d.lgs. 142/2015 si limitava a stabilire che «Le funzioni di soccorso e prima assistenza, nonché di identificazione continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563»; a sua volta, il decreto del 1995, recante «disposizioni urgenti per l'ulteriore impiego del personale delle forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella Regione Puglia», all'art. 2 prevedeva lo stanziamento della somma di tre miliardi di lire per «l'istituzione, a cura del Ministero dell'interno, sentita la Regione Puglia, di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore dei predetti gruppi di stranieri»: null'altro era disposto in ordine alla natura ed al funzionamento di tali centri.

⁵¹ Nella cd. *Road map* emanata del Ministero dell'interno il 28 settembre 2015 l'approccio *hotspot* di cui si intende dare attuazione viene descritto come «un piano volto a canalizzare gli arrivi via mare in una serie di porti di sbarco selezionati dove vengono effettuate tutte le procedure previste come lo screening sanitario, la pre-identificazione, la registrazione, il foto-segnalamento e i rilievi dattiloskopici degli stranieri»; a questo fine vengono individuati 6 centri *hotspot* (5 in Sicilia, il più capiente dei quali a Lampedusa) ed 1 in Puglia, ove procedere a tali operazioni: per un'analisi di tale documento e del d.lgs. 142/2015, rispetto allo specifico problema della natura giuridica degli *hotspot*, sia consentito il rinvio a L. MASERA - G. SAVIO, *La 'prima' accoglienza*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea – Diagnosi e prospettive*, a cura di M. SAVINO, Napoli, 2017, 35 ss.

⁵² CORTE EDU., sez. II, 1.9.2015, *Khlaifia c. Italia*, con commento di M. SAVINO, *L'amministrativizzazione della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir. imm. citt.*, 3-4, 2015, 50 ss. e A. GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte EDU condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 16.10.2015.

⁵³ CORTE EDU, GC, 15.12.2016, *Khlaifia c. Italia*; per un commento alla decisione, cfr. ex multis P. BONETTI, *Khlaifia contro Italia, l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quad.*



innanzitutto violato il § 1 di detto articolo, posto che il centro di prima accoglienza di Lampedusa – come testimoniato da una pluralità di fonti istituzionali e non, puntualmente riprese nelle sentenze – era a tutti gli effetti un luogo di privazione della libertà personale, essendo negata agli stranieri la possibilità di uscire dalla struttura, e tale privazione della libertà personale era sprovvista di alcuna *base legale*, dal momento che nessuna norma di legge prevedeva il trattenimento degli stranieri in dette strutture. La mancanza di base legale comportava poi anche la violazione dell'art. 5 § 2, posto che lo straniero non era stato informato delle ragioni che avrebbero giustificato il suo trattenimento, e dell'art. 5 § 4, non avendo il trattenuto la possibilità di sottoporre alla valutazione dell'autorità giudiziaria la legittimità della propria privazione di libertà, stante la radicale mancanza di fondamento giuridico della privazione stessa, e la mancanza di un ricorso generale *ad habeas corpus* nel nostro ordinamento giuridico.

Apparve sin da subito evidente che la pronuncia in questione aveva una valenza che andava molto al di là del singolo caso deciso. La Corte aveva posto in luce una lacuna normativa di portata generale, cui poteva porre rimedio solo un intervento legislativo che finalmente disciplinasse in modo chiaro le prime fasi dell'accoglienza e dell'identificazione, sul presupposto – chiarito in termini inequivocabili dalla Corte EDU – che, se in tali fasi le autorità ritenevano indispensabile procedere al trattenimento dei migranti, ciò doveva avvenire in conformità a quanto disposto dall'art. 5 CEDU (e dall'art. 13 Cost.).

4.3. Gli interventi del 2017 e del 2018

Tuttavia, neanche il successivo intervento legislativo, con il cd. decreto Minniti del 2017, fornisce una risposta convincente al problema posto in luce dalla sentenza della Corte EDU. Con il d.l. 13/17 (convertito in l. n. 46/2017) viene infatti introdotto il nuovo art. 10-ter TUI, ove si prevede l'istituzione di "punti di crisi" (gli *hotspot* trovano per la prima volta riscontro a livello legislativo), dove devono venire condotti gli stranieri giunti irregolarmente in Italia, al fine di procedere alla loro prima identificazione ed alla informazione circa la possibilità di chiedere protezione internazionale; anche in questo caso, però, la legge non si esprime circa la natura di tali centri, né ne disciplina in alcun modo il funzionamento, limitandosi ancora una volta a rinviare (come il decreto del 2015) alla legge del 1995, ove semplicemente si enunciava la possibilità di istituire centri di prima accoglienza in casi di emergenza⁵⁴. La riforma del 2017 prevede dunque l'istituzione di "punti di crisi" ove gestire la prima accoglienza, ma fornisce a tali strutture una base legale meramente apparente, considerata l'assoluta genericità del complessivo disposto normativo⁵⁵.

cost., 2017, 176 ss.; A. GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte EDU condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi nel 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 23.12.2016.

⁵⁴ Art. 10 ter TUI co. 1: «1. Lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142. Presso i medesimi punti di crisi sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloskopico e segnaletico [...] ed è 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».

⁵⁵ Sull'intervento del 2017, cfr. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*,



Il cd. decreto Salvini del 2018 (d.l. n. 113 del 4.10.2018, conv. in l. n. 132 del 1.12.2018), che costituisce l'ultimo intervento in materia, compie dei passi in avanti nel chiarire la reale natura di luoghi di trattamento degli *hotspot*, e nel contestuale riconoscimento delle garanzie che una tale natura comporta, anche se la disciplina introdotta presenta, come vedremo brevemente, una serie di criticità talmente gravi, da fare a nostro avviso dubitare della sua stessa legittimità⁵⁶.

Le modifiche in materia di *hotspot* del decreto Salvini riguardano esclusivamente la posizione degli stranieri richiedenti protezione internazionale. La disciplina sul trattamento di tali soggetti, introdotta con il decreto del 2015 analizzato appena sopra, già prevedeva la possibilità che a determinate condizioni il richiedente potesse essere trattenuto, in attesa della valutazione della domanda, presso i centri di cui all'art. 14 TUI (art. 6 d.lgs. 142/2015). Con la riforma viene introdotto all'articolo in questione il co. 3-*bis*, in cui si prevede la possibilità che «per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza» il richiedente possa essere trattenuto per un periodo massimo di trenta giorni in appositi locali ricavati all'interno dei “punti di crisi” di cui all'art. 10 co. 5-*ter* TUI; come tutte le altre forme di trattenimento prevista dalla norma, anche a quella negli *hotspot* si applica il co. 5 del medesimo articolo, ove è prevista la convalida del decreto di trattenimento da parte del tribunale ordinario (competente per ogni questione attinente alla libertà personale del richiedente protezione), con le cadenze procedurali stabilite all'art. 14 TUI per il trattenimento nei CPR⁵⁷.

Il legislatore, dunque, per la prima volta riconosce espressamente quella che per anni è stata una prassi arbitraria ed illegittima: gli *hotspot* sono dei centri chiusi, ed in quanto luoghi ove gli stranieri vengono privati della libertà personale, la loro disciplina deve rispettare la riserva di legge e di giurisdizione prevista dall'art. 13 Cost. e dall'art. 5 CEDU. Ci pare dunque da salutare con favore il fatto che il legislatore abbia voluto squarciare il velo dell'ipocrisia per cui gli *hotspot* erano secondo la legge dei luoghi di accoglienza, quando in realtà era ben noto a tutti che si trattava di strutture ove gli stranieri venivano privati della libertà personale: messi da parte gli infingimenti, si chiarisce a livello legislativo (e non solo

10.3.2017; per alcune riflessioni più generali circa la disciplina degli *hotspot* a seguito di tale intervento, C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter TUI: un'occasione mancata*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2017 e M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2018.

⁵⁶ Per qualche commento a tale decreto, cfr. A. AIMI, *Il “Decreto Sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 137 ss.; A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto-legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualanza*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2018, 167 ss.; G. AZZARITI, *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni: le incostituzionalità non discusse*, in *Quest. giust.*, 18.1.2019; F. CURI (a cura di), *Il decreto Salvini – Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. con mod. in legge 1° dicembre 2018*, 132, 2019; M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 11, 2018, 95 ss.; D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2019, 1 ss.; L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Leg. pen.*, 4.7.2019; L. PEPINO, *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, in *Quest. giust.*, 12.12.2018; L. RISICATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del “decreto sicurezza”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 15 ss.

⁵⁷ Art. 6 co. 5 d.lgs. 142/2015: «Il provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento è adottato per iscritto, corredata da motivazione e reca l'indicazione che il richiedente ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al Tribunale in composizione monocratica competente alla convalida. [...] Si applica, per quanto compatibile, l'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».





a livello di procedure ministeriali) che si tratta di strutture di trattenimento, e si dispone di conseguenza un controllo giurisdizionale conforme alle previsioni costituzionali. Finalmente, dunque, gli *hotspot* vengono ricondotti sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, ponendo un limite all'assoluta arbitrietà con cui sino ad allora era stata gestita l'accoglienza in questi centri da parte delle autorità di polizia; ma non mancano, come già accennato, le ragioni di perplessità sollevate dalla novella.

La principale concerne il fatto che la riforma interessa solo i richiedenti protezione, mentre nulla è cambiato riguardo all'accoglienza negli *hotspot* dei migranti irregolari che non chiedono protezione. Si è così creata una situazione paradossale. Per i richiedenti asilo, il questore può legalmente disporne il trattenimento a fini identificativi, previa convalida del provvedimento da parte dall'autorità giudiziaria. Per i cd. migranti economici, che non intendono chiedere protezione, questa possibilità invece non è prevista dalla legge, posto che l'unica forma di trattenimento consentita per i non richiedenti è quella prevista ai sensi dell'art. 14 TUI⁵⁸, e quindi, almeno in teoria, non potrebbero essere trattenuti negli *hotspot*, che per essi dovrebbero restare delle strutture aperte, da cui è consentito l'allontanamento. La riforma, insomma, configura un'irragionevole disparità di trattamento a discapito dei richiedenti protezione, che si trovano sottoposti ad una disciplina in tema di privazione della libertà personale negli *hotspot* più gravosa di quella prevista per i migranti economici, in aperta violazione della logica del sistema normativo interno ed internazionale, che al contrario circonda di particolari cautele le misure limitative della libertà personale dei richiedenti protezione rispetto agli stranieri irregolari che non chiedono protezione. Del resto, il non richiedente è un soggetto che in quanto irregolare, e salvo particolari ipotesi di divieto di espulsione, è destinato al rimpatrio; mentre il richiedente ha comunque il diritto a soggiornare in Italia sino a che la sua domanda sia stata valutata dall'autorità competente: appare dunque paleamente irragionevole che una procedura coattiva come il trattenimento a fini identificativi possa essere esercitata nei confronti di chi è destinato a rimanere comunque per un certo periodo nel nostro Paese, in quanto richiedente protezione, rispetto a chi dall'Italia dovrebbe essere allontanato il più rapidamente possibile. Sino a che il legislatore non decida di regolamentare anche il trattenimento negli *hotspot* degli stranieri non richiedenti protezione, la procedura introdotta nel 2018 ci pare in conclusione costituzionalmente censurabile per violazione dell'art. 3 Cost., configurando in una materia costituzionalmente sensibile come la privazione della libertà personale un irragionevole trattamento deteriore dei richiedenti protezione rispetto ai non richiedenti.

4.4. Conclusioni

I luoghi di frontiera sono spazi ove la libertà personale dello straniero è esposta a gravissimi rischi di violazione. Come ha testimoniato la sentenza della Corte EDU citata, nel centro di Lampedusa (come in tanti altri centri di prima accoglienza presenti nelle regioni meridionali dell'Italia) si è assistito ad

⁵⁸ L'art. 4 del decreto-legge del 2018 ha modificato l'art. 13 co. 5 bis TUI, introducendo la possibilità che, in caso di indisponibilità di posti nei CPR, «il giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida (del decreto di trattenimento), può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione dell'udienza di convalida, in strutture diverse ed idonee nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza. Qualora le condizioni di cui al periodo precedente (cioè, l'indisponibilità dei posti nei CPR) permangano anche dopo l'udienza di convalida, il giudice può autorizzare la permanenza, in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le 48 ore successive all'udienza di convalida».



strano

una palese violazione dell'art. 5 della Convenzione, in seguito a pratiche diffuse di detenzione senza base legale degli stranieri in attesa di identificazione. Negli ultimi dieci anni il legislatore è intervenuto in più occasioni per dettare una disciplina normativa delle forme di privazione di libertà praticabili nei luoghi di frontiera, ma si tratta di una disciplina ancora lacunosa e comunque molto spesso non applicata nella prassi. Porti di sbarco, aeroporti, stazioni ferroviarie, posti di frontiera, navi durante il viaggio di rimpatrio: in tutti questi luoghi quotidianamente si verificano violazioni dell'*habeas corpus*, ed è ancora lungo quindi il percorso perché i luoghi di frontiera non siano più spazi di non-diritto, dove la libertà personale degli stranieri è in sostanza rimessa alla discrezionalità delle forze di polizia.

5. Note conclusive

Un autorevole magistrato, tra i più attenti studiosi del diritto penale dell'immigrazione, ha parlato, a proposito delle vicende di cui abbiamo appena dato conto, di una “*bagattellarizzazione* della libertà personale del migrante”⁵⁹. Credo che tale espressione riassuma come meglio non si potrebbe il senso delle vicende che abbiamo appena terminato di descrivere. L'Italia ha dovuto confrontarsi con l'afflusso massiccio di stranieri in cerca di un lavoro che consentisse loro di sfuggire alle condizioni di povertà e di mancanza di sviluppo che affliggevano il loro Paese d'origine. Di fronte ad un fenomeno inedito per la nostra storia recente, la reazione dell'ordinamento giuridico è stata durissima: si è lasciato che i comprensibili timori dell'opinione pubblica prendessero il sopravvento sulla razionalità dell'azione legislativa e si è costruito un sistema normativo che ha posto al centro la repressione ed ha individuato come principale strumento di gestione del fenomeno migratorio la privazione di libertà del migrante economico non in regola con la disciplina sul soggiorno.

La *libertà dello straniero* irregolare è davvero diventata un *valore di poco conto*. Era sufficiente non avere i documenti in regola, ed avere ricevuto un ordine di allontanamento, per diventare nei primi anni Duemila responsabili di un delitto punito con diversi anni di reclusione; e parallelamente al circuito penale, si è edificato un sistema di detenzione amministrativa che ha consentito la privazione di libertà di soggetti la cui unica colpa è di non volere o non potere fare ritorno in un Paese dove sono privi della possibilità di vivere un'esistenza dignitosa.

Le giurisdizioni supreme si sono dimostrate incapaci di opporsi a questa irrazionale deriva punitiva. La Corte costituzionale, senza mai spingersi a sindacare scelte legislative pur all'evidenza distoniche con i principi di uno Stato liberale di diritto, si è limitata a far osservare il rispetto della legalità formale nel sistema amministrativo di privazione della libertà; una legalità peraltro affievolita dalla circostanza che il controllo *de libertate* è affidato ad una magistratura onoraria priva delle garanzie di indipendenza e di autorevolezza tecnica proprie della magistratura ordinaria⁶⁰. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha sì sancito l'illegittimità del ricorso allo strumento della detenzione penale, ma ha “diplomaticamente” motivato tale decisione con l'argomento dell'efficienza del sistema di rimpatrio, lasciando sullo

⁵⁹ A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. giust.*, 2009, 85.

⁶⁰ Con la l. 271/2004 il controllo di legittimità dei trattenimenti, che nel testo unico del 1998 era di competenza del pretore, è stato affidato ai giudici di pace: per una valutazione critica di tale scelta, mai censurata dalla Corte costituzionale, cfr., già nell'immediatazza della riforma, A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione* in *Dir. imm. citt.*, 3, 2004, 13s.





sfondo la tutela dei diritti fondamentali dello straniero. La Corte EDU, infine, ha affermato la necessità che la detenzione dello straniero irregolare rispetti i canoni di legalità e dignità del trattamento propri di ogni forma di intervento sulla libertà personale, ma ha lasciato ampi margini agli Stati nel disporre la detenzione amministrativa dei migranti.

Negli ultimi mesi, abbiamo poi assistito ad una ulteriore e inquietante declinazione del modello repressivo, con la previsione normativa e l'effettiva implementazione di *centri di detenzione* per stranieri collocati *al di fuori del territorio dello Stato*, e nello specifico in Albania. Sulla base di un Protocollo di intesa siglato tra Italia ed Albania nel novembre 2023 e ratificato dall'Italia nel febbraio 2024 (legge n. 14 del 23.2.2024), il Governo albanese ha concesso allo Stato italiano la facoltà di costruire sul proprio territorio dei centri di detenzione per stranieri irregolari, sottoposti alla giurisdizione italiana e nei quali si applica integralmente la normativa italiana ed europea in materia di protezione internazionale e di regolarità dell'ingresso e soggiorno. Inizialmente le legge di esecuzione prevedeva che potessero essere detenuti nei centri albanesi solo soggetti soccorsi in acque internazionali da mezzi delle autorità italiane; tale legge è stata poi modificata dal decreto-legge n. 37 del 28 marzo 2025, che ha previsto anche la possibilità di trasferire in Albania stranieri in attesa di rimpatrio detenuti in uno dei CPR collocati sul territorio nazionale.

Non abbiamo qui lo spazio per analizzare più da vicino le problematiche poste da tale inedita scelta legislativa, che desta perplessità tanto sotto il profilo della legittimità, che della razionalità operativa e gestionale⁶¹. Possiamo solo constatare come si tratti dell'ultimo tassello di un quadro ormai delineato in modo molto chiaro, nel quale la vera e propria ossessione securitaria che domina da alcuni decenni il dibattito pubblico in tema di immigrazione ha condotto sino a costruire fuori dal territorio i centri di detenzione, con una collocazione anche fisica dello straniero all'esterno dalla comunità nazionale, che mai era stata praticata nella storia del nostro ordinamento giuridico.

⁶¹ Per un commento al Protocollo ed alla legge di ratifica, cfr. tra gli altri L. MASERA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sist. pen.*, 28.12.2023; A. SACCUCI, *Il Protocollo Italia-Albania sulla "disolcazione" extraterritoriale dei migranti*, in *Riv. dir. inter.*, 2024, 635 ss.; E. TESTI, *Profili di illegittimità del Protocollo Italia-Albania*, in *Quest. giust.*, 28.11.2023.

