

REGIONE TOSCANA



Consiglio Regionale

Premio tesi di Laurea **“David Sassoli”** edizione 2022

L'Editore, il Consiglio Regionale della Toscana, dichiara che la pubblicazione dei contenuti della presente opera persegue finalità senza scopo di lucro, inserendosi nelle attività istituzionali di interesse pubblico e di divulgazione e condivisione della conoscenza in ambito scientifico, giuridico e letterario.

Il Consiglio Regionale della Toscana è a disposizione per ulteriori approfondimenti.

Presentazione

La scelta del Consiglio Regionale della Toscana di dedicare un premio di laurea a David Sassoli è un piccolo modo per tenere viva la memoria di tutto ciò che ha rappresentato nella sua vita.

Il Premio Sassoli non è soltanto un tributo all'eccellenza accademica, ma anche un omaggio all'immenso impegno di un uomo che ha dedicato la sua vita all'ideale dell'integrazione europea.

David è stato un politico appassionato, leader leale, rigoroso, ha saputo nutrire con la sua cultura un'iniziativa politica al servizio delle persone e delle Istituzioni. Un uomo del dialogo, sempre alla ricerca del bene comune, ma fermo nel difendere i valori della solidarietà e della libertà. Sassoli ha saputo avvicinare l'Europa alle cittadine e ai cittadini e questo senza dubbio rappresenta una delle sue più importanti eredità.

Oggi l'Unione Europea, grazie anche al suo contributo, rappresenta una dimensione essenziale, irrinunciabile per la nostra democrazia e per la libertà di ogni cittadino europeo. Senza le istituzioni europee i singoli Stati sarebbero impotenti di fronte alle sfide globali del nostro tempo: dai mutamenti climatici ai fenomeni migratori, dalle dinamiche demografiche a quelle geopolitiche condotte da attori di dimensione continentale fino ai poteri economici e finanziari che travalicano i confini e condizionano i mercati.

La nostra Europa non è perfetta, ma è la migliore garanzia per tutti i nostri cittadini.

Pubblicando le tesi vincitrici del premio, vogliamo tenere insieme il ricordo di David offrendo anche una prospettiva futura che solo i più giovani, coi loro occhi e il loro studio possono offrire per aspirare all'Europa della speranza tanto cara al Presidente Sassoli.

Spero, dunque, che questa collana possa ispirare ulteriori ricerche e riflessioni su questi temi cruciali, contribuendo a costruire un'Europa più inclusiva, solidale e democratica, proprio nel solco tracciato da David Sassoli.

Dobbiamo guardare all'Europa come luogo delle opportunità, come sogno per realizzare il proprio futuro, come orizzonte per le nuove generazioni.

L'Europa unita è l'eredità che Altiero Spinelli ci ha lasciato col suo "Sogno Europeo" nato sull'isola di Ventotene. Un sogno e un patrimonio di libertà di cui oggi noi dobbiamo essere non solo testimoni ma, soprattutto, custodi.

Antonio Mazzeo

Presidente del Consiglio regionale della Toscana

Prefazione

È con grande soddisfazione che salutiamo la pubblicazione di questa tesi che ha conquistato uno dei riconoscimenti assegnati nell'ambito del premio di laurea intitolato a David Sassoli.

Si tratta di un'iniziativa che abbiamo fortemente voluto come Commissione Politiche Europee e Relazioni Internazionali del Consiglio Regionale della Toscana, trovando pieno e fondamentale sostegno da parte dell'Ufficio di Presidenza della nostra Assemblea a partire dal Presidente Antonio Mazzeo.

Valorizzare le idee e le proposte delle giovani generazioni ci è sembrato il modo più bello ed emozionante per ricordare ed onorare David Sassoli.

Un'esperienza che nel giorno della consegna dei riconoscimenti tiene insieme emozioni contrastanti, quali il dolore per una scomparsa tanto rilevante e al tempo stesso la gioia nel vedere evidenziato il lavoro delle ragazze e dei ragazzi, guardando soprattutto alle prospettive di un'Europa che deve essere rafforzata e costruita partendo proprio dalle idee delle giovani generazioni. Ed a questo David Sassoli teneva moltissimo.

E noi teniamo tantissimo anche al supporto che abbiamo ricevuto dal mondo delle Università toscane e vogliamo ringraziare le docenti ed i docenti che hanno accettato di far parte della commissione che ha scelto le tesi da premiare, perché, con la loro competenza e passione, hanno dato un valore aggiunto a questa nostra iniziativa: una commissione presieduta da Jacopo Cellini dell'Istituto Universitario Europeo e composta da Benedetta Baldi dell'Università degli Studi di Firenze, Edoardo Bressanelli della Scuola superiore Sant'Anna di Pisa, Massimiliano Montini dell'Università degli studi di Siena, Manuela Moschella della Scuola Normale Superiore di Pisa, Luca Paladini, dell'Università per Stranieri di Siena, Saulle Panizza, dell'Università di Pisa.

E la pubblicazione che state per sfogliare rappresenta anche un altro obbiettivo che abbiamo fortemente voluto e che porterà alla creazione di un'apposita collana all'interno delle pubblicazioni del Consiglio Regionale della Toscana. Queste tesi resteranno dunque segno tangibile di un impegno che guarda all'Europa ed anche di un'iniziativa che è stata inserita, per volontà unanime, tra le attività istituzionali del Consiglio Regionale della Toscana e che dunque affidiamo anche alle colleghi ed ai colleghi che arriveranno dopo di noi.

Ma tutto questo non si sarebbe potuto realizzare senza lo straordinario impegno e lavoro dei componenti della "Commissione Europa" che ho avuto l'onore di guidare. Una Commissione di cui, in questa XI Legislatura, hanno fatto parte Giovanni Galli (vicepresidente, Lega), Anna Paris (vicepresidente segretaria, PD), Irene Galletti (M5S), Valentina Mercanti (PD), Fausto Merlotti (PD), Massimiliano Pescini (PD), Marco Stella (FI), Andrea Vannucci (PD) e Gabriele Veneri (FdI).

È tutto loro il merito dei risultati raggiunti, di chi c'era all'inizio e soprattutto di chi continua a fare parte di questa Commissione con una passione ed una competenza davvero uniche. È a loro che va tutta la mia riconoscenza che estendo a tutti gli uffici ed al personale che ci hanno accompagnato in questo percorso.

Mi sia concesso di ringraziare il mio gruppo, il PD, per un supporto che è stato totale e costante ed anche il gruppo di Italia Viva che, seppur non rappresentato in Commissione, non ha mai fatto mancare stimoli e sostegno. Ma è a tutti i gruppi, di maggioranza e di opposizione, che va la mia più profonda gratitudine per un lavoro che, grazie alle commissarie ed ai commissari, stiamo portando avanti insieme, costruendo una modalità di dialogo e di confronto che è un elemento di vanto ed orgoglio.

Un lavoro, quello della Commissione, che proseguirà con iniziative e progetti legati alle Giornate dell'Europa a cui si aggiunge una volontà di approfondimento dei vari temi, contando anche sulla disponibilità della Giunta guidata dal Presidente Eugenio Giani con le assore e gli assessori che ne fanno parte.

In conclusione mi sia permesso di rivolgere un affettuoso pensiero ai familiari di David Sassoli che, in questi anni, hanno sempre dimostrato grandissima attenzione a questa nostra iniziativa: a loro va un abbraccio fortissimo, unito all'impegno che vale per l'oggi e per il domani e che è quello di tenere sempre vivo il ricordo di un uomo come David che ci ha fatto sentire orgogliosi di essere toscani, italiani ed europei.

Francesco Gazzetti

Presidente Commissione Politiche Europee
e Relazioni Internazionali del Consiglio Regionale della Toscana



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

Scuola di

Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

La tutela degli stranieri sottoposti a misure di trattenimento: la normativa dell'Unione europea e la sua attuazione nell'ordinamento italiano

Prova finale in Diritto dell'Unione europea

Relatore

Prof.ssa Adelina Adinolfi

Candidato

Alice Campolmi

Anno Accademico 2020/2021

La civiltà moderna ha posto come proprio fondamento il principio della libertà, secondo il quale l'uomo non deve essere un mero strumento altrui, ma un autonomo centro di vita.

Altiero Spinelli e Ernesto Rossi, Il Manifesto di Ventotene

You never really understand a person until you consider things from his point of view, until you climb inside of his skin and walk around in it.

Harper Lee, To Kill a Mockingbird

INDICE

Introduzione.....	1
--------------------------	----------

CAPITOLO I

IL TRATTENIMENTO NEL DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE E DELL'ASILO: IL QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

1. Il trattenimento dello straniero nel diritto internazionale e dell'Unione europea	5
2. Le competenze dell'Unione Europea e i principi in materia di asilo e immigrazione.....	8
2.1. Cenni sull'evoluzione del diritto dell'asilo e dell'immigrazione dell'Unione europea	9
2.2. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Trattato di Lisbona.....	13
2.3. La competenza dell'Unione in materia di asilo e immigrazione.....	19
3. I vincoli derivanti dai diritti fondamentali e dal diritto internazionale	23
3.1. La Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati	26
3.2. Cenni ad altre fonti di diritto internazionale	30
3.3. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	33
3.4. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la sua rilevanza nel diritto dell'Unione europea	39
4. Le fonti di diritto derivato dell'Unione europea in materia di asilo e immigrazione.....	43
4.1. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale.....	46
4.1.1. Il trattenimento nel sistema europeo comune di asilo e la definizione della direttiva accoglienza.....	46
4.1.2. L'ambito di applicazione della direttiva accoglienza.....	47
4.2. Il trattenimento ai fini del rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE.	51
4.2.1. Il trattenimento ai sensi della direttiva rimpatri	51

4.2.2. L'ambito di applicazione della direttiva rimpatrii.....	53
5. Il trattenimento e il diritto alla libertà.....	58
5.1. La natura giuridica del trattenimento: privazione della libertà o restrizione alla libera circolazione?	58
5.2. Il divieto di detenzione arbitraria e le principali garanzie nell'adozione di misure di trattenimento nei confronti di cittadini di Paesi terzi	62
5.2.1. Il principio di tassatività: l'elenco esaustivo di eccezioni al diritto alla libertà.....	65
5.2.2. Il principio di legalità: la prescrizione da parte della legge	67
5.2.3. Il principio di necessità e il principio di proporzionalità.....	69

CAPITOLO II

LA TUTELA DEI DIRITTI DEGLI STRANIERI SOTTOPOSTI A MISURE DI TRATTENIMENTO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. Introduzione.....	73
2. Un “viaggio” attraverso le ipotesi di trattenimento dello straniero: dall’ingresso in Unione europea al rimpatrio.....	74
2.1. Il trattenimento “in ingresso” alle frontiere e nelle zone di transito per decidere sul diritto di entrare nel territorio di uno Stato membro	74
2.1.1. Il trattenimento al fine di impedire ad una persona di entrare illegalmente nel territorio di uno Stato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	78
2.1.2. Il trattenimento nelle zone di transito aeroportuali	82
2.1.3. Le zone di transito terrestri: la diversa posizione della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle zone di transito ungheresi	85
2.1.4. Il trattenimento sulle navi e sulle sponde del Mediterraneo.....	90
2.2. Il trattenimento “burocratico” e l’esame della domanda	92

2.2.1. Il trattenimento per determinare o verificare l'identità o la cittadinanza	92
2.2.2. Il trattenimento durante l'esame della domanda	96
2.2.3. Il trattenimento finalizzato al “trasferimento Dublino” nel regolamento (UE) n. 604/2013 ed il rischio di fuga.....	97
2.3. Il trattenimento “securitario” per motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico.....	101
2.4. Il trattenimento “in uscita” ai sensi della direttiva rimpatri	104
2.4.1. Il trattenimento ai sensi art. 8, par. 3, lett. d), della direttiva accoglienza.....	105
2.4.2. L'art. 15 della direttiva rimpatri e i requisiti sostanziali per adottare una misura di trattenimento nell'ambito di una procedura di rimpatrio	107
2.4.3. La natura del trattenimento ai fini del rimpatrio, l'effetto utile e l'effetto diretto della direttiva rimpatri	110
2.5. Le misure alternative al trattenimento.....	114
3. La tutela dei diritti fondamentali degli stranieri sottoposti a misure di trattenimento.....	118
3.1. La durata massima e la possibilità di proroga del trattenimento.....	118
3.2. La prospettiva ragionevole di allontanamento nella direttiva rimpatri ed il limbo dei non rimovibili.....	124
3.3. Le garanzie procedurali	128
3.3.1. L'adozione del provvedimento che dispone il trattenimento: la forma, la motivazione e l'autorità competente ad adottarlo	129
3.3.2. Il controllo giudiziario sulla legittimità del trattenimento: il riesame, il diritto ad un ricorso effettivo e le garanzie ad esso correlate.....	132
3.3.3. Il diritto all'assistenza e alla rappresentanza legale ed il patrocinio gratuito	140
3.3.4. Le cause e le conseguenze del trattenimento illegittimo, in particolare la liberazione immediata ed il diritto alla riparazione.....	142
3.4. Le condizioni materiali di trattenimento e la tutela della dignità umana .	145
3.4.1. I luoghi di trattenimento.....	148

3.4.1.1. Centri di trattenimento o centri di permanenza temporanea e istituti penitenziari: un difficile rapporto tra regola ed eccezione	148
3.4.1.2. Gli istituti penitenziari e l’obbligo di separazione dei trattenuti dai detenuti ordinari	151
3.4.1.3. I luoghi di trattenimento “atipici”.....	153
3.4.2. Le condizioni di vita all’interno dei luoghi di trattenimento.....	155
3.4.2.1. Sovraffollamento e condizioni dei luoghi di trattenimento, attività, servizi essenziali e personale dei centri.....	156
3.4.2.2. La tutela della salute fisica e mentale.....	158
3.4.2.3. Maltrattamenti ed aggressioni nei centri di trattenimento.....	160
3.4.3. I contatti con l’esterno: la possibilità di comunicare e le visite	162
3.4.4. Il trattenimento delle persone vulnerabili.....	163
3.4.4.1. I minori, i minori non accompagnati e la tutela dell’unità familiare	164
3.4.4.2. Altre categorie di persone vulnerabili e di persone con esigenze particolari.....	168
3.4.5. Le condizioni di trattenimento durante l’emergenza sanitaria di Covid-19	170
 4. Una valutazione sulle misure di trattenimento e sul loro “costo” per gli Stati membri e per i diritti fondamentali degli stranieri trattenuti	173
4.1. L’efficacia o l’inefficacia del sistema di trattenimento degli stranieri: una misura vantaggiosa o un costo per gli Stati membri?.....	173
4.2. La compatibilità del sistema con i diritti fondamentali	176
 5. Le prospettive di riforma della normativa in materia di asilo e migrazione dell’Unione europea e l’impatto sulle misure del trattenimento	177
5.1. Il trattenimento nella proposta di rifusione della direttiva accoglienza del 2016	177
5.2. Il trattenimento nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri del 2018	180
5.3. Il trattenimento nel nuovo patto sulla migrazione e l’asilo	184

5.4. Il nuovo patto e i suoi possibili effetti sull'uso del trattenimento e sui diritti fondamentali degli stranieri trattenuti	188
---	-----

CAPITOLO III

LA COMPATIBILITÀ DELL'ORDINAMENTO ITALIANO AGLI OBBLIGHI POSTI DALL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI TRATTENIMENTO DEGLI STRANIERI

1. Introduzione	193
2. I principi costituzionali rilevanti in materia di trattenimento degli stranieri, in particolare l'art. 13 della Costituzione	194
2.1. I diritti fondamentali dello straniero nella Costituzione italiana.....	195
2.2. Trattenimento dello straniero e libertà personale: l'art. 13 della Costituzione e la sentenza n. 105 del 2001 della Corte Costituzionale.....	196
3. L'attuazione delle direttive dell'Unione europea nella legislazione italiana ..	199
3.1. Cenni sulla normativa della detenzione amministrativa in Italia prima dell'adozione delle direttive dell'Unione europea	201
3.2. L'attuazione della direttiva rimpatri nell'ordinamento italiano	204
3.2.1. La selettiva attuazione anticipata con il c.d. pacchetto sicurezza: la legge n. 125 del 2008 e la legge n. 94 del 2009	204
3.2.2. Il recepimento in Italia della direttiva 2008/115/CE: la legge n. 129 del 2011	206
3.2.3. Le modifiche del biennio 2013-2014: la legge europea 2013-bis ed il “decreto svuotacarceri”	207
3.3. L'attuazione della direttiva 2013/33/UE e della direttiva 2013/32/UE: il decreto legislativo n. 142 del 2015.....	208
3.4. Le modifiche della disciplina dal 2017 ad oggi	209
3.4.1. Il decreto Minniti-Orlando	209
3.4.2. I decreti sicurezza.....	211
3.4.3. Il decreto-legge n. 130 del 2020, convertito dalla legge n. 173 del 2020	213

4. La normativa vigente in materia di trattenimento degli stranieri	214
4.1. Il trattenimento finalizzato all’espulsione ai sensi dell’art. 14 del testo unico dell’immigrazione.....	214
4.2. Il trattenimento negli hotspot ai sensi dell’art. 10-ter del Testo unico sull’immigrazione.....	222
4.3. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale ai sensi dell’art. 6 del d.lgs. 142 del 2015.....	225
4.4. Il trattenimento delle persone vulnerabili, in particolare dei minori stranieri non accompagnati.....	229
5. La compatibilità della normativa italiana al diritto dell’Unione europea e ai principi costituzionali	230
5.1. Il rispetto della riserva di legge	231
5.1.1. I “casi” e i “modi” previsti dalla legge	231
5.1.2. La riserva di legge per il trattenimento negli hotspot: il caso Khlaifia e l’art. 10-ter del Testo unico sull’immigrazione.....	232
5.2. La conformità delle ipotesi previste nell’ordinamento italiano alle ipotesi delle direttive dell’Unione europea	234
5.2.1. Un confronto tra l’art. 15 della direttiva rimpatri e l’art. 14 del Testo unico sull’immigrazione.....	234
5.2.2. Un confronto tra le ipotesi dell’art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza e quelle del decreto legislativo n. 142 del 2015	236
5.3. Il rispetto della riserva di giurisdizione e del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva	237
5.3.1. L’adozione del provvedimento di trattenimento da parte del questore	238
5.3.2. La convalida del provvedimento di trattenimento.....	240
5.3.2.1. Il giudice della convalida: l’attribuzione della competenza al Giudice di pace	241
5.3.2.2. I poteri del giudice della convalida e l’oggetto del giudizio	242
5.3.2.3. L’udienza della convalida del trattenimento	244
5.3.3. L’assenza di un riesame nell’ordinamento giuridico italiano	245

5.3.4. La tutela giurisdizionale effettiva contro il provvedimento di convalida e per le condizioni di trattenimento.....	246
5.4. La durata del trattenimento e la possibilità di proroga.....	248
6. Tra diritto e prassi: la dignità e le condizioni di vita nei luoghi di trattenimento in Italia.....	250
6.1. I Centri di permanenza per i rimpatri	251
6.1.1. L'organizzazione, la gestione e le caratteristiche strutturali dei CPR	251
6.1.2. I diritti fondamentali dello straniero e le condizioni di vita all'interno dei CPR secondo il diritto	254
6.1.3. I diritti fondamentali dello straniero e le condizioni di vita all'interno dei CPR nella prassi: l'esempio del CPR di Torino	256
6.2. Gli altri luoghi di trattenimento.....	259
6.2.1. Gli hotspot: l'esempio di Lampedusa	259
6.2.2. Le navi quarantena	260
6.2.3. Le strutture ed i locali “idonei” ai sensi dell'art. 13, comma 5-bis, del Testo Unico sull'Immigrazione.....	262
6.2.4. Le zone di transito aeroportuali: l'esempio di Roma Fiumicino e di Milano Malpensa.....	264
7. Considerazioni conclusive.....	265
Conclusioni.....	267
Bibliografia	277
Elenco della Giurisprudenza	283
Elenco dei documenti	298
Sitografia	303

Introduzione

Il presente lavoro avrà ad oggetto la normativa dell’Unione europea relativa alla tutela degli stranieri sottoposti a misure di trattenimento e la sua attuazione nell’ordinamento italiano. Il trattenimento, o detenzione amministrativa, consiste in una forma di restrizione della libertà personale posta in essere dagli Stati per agevolare la gestione dei flussi migratori. I destinatari della misura sono gli “stranieri”, termine con il quale si intendono sia i richiedenti protezione internazionale, sia i cittadini di paesi terzi irregolarmente presenti nel territorio di uno Stato membro e in attesa di essere allontanati¹.

Il trattenimento è un tema estremamente complesso, sia a causa delle molteplici fonti che lo disciplinano, a livello internazionale, dell’Unione europea e nell’ordinamento italiano, sia perché l’analisi dell’istituto richiede di volgere lo sguardo anche ad aspetti che vanno oltre mere considerazioni giuridiche, essendo una materia con profonde implicazioni sociali, culturali e politiche. Senza la pretesa di una ricostruzione onnicomprensiva, la presente trattazione mira a studiare l’istituto dal punto di vista della normativa dell’Unione europea e della sua attuazione nell’ordinamento italiano, cercando di cogliere gli aspetti più critici e maggiormente discussi a livello normativo, giurisprudenziale e dottrinale, nonché le difficoltà della prassi applicativa.

L’attualità e l’interesse della tutela degli stranieri sottoposti a misure di trattenimento si riscontra sul piano sia giuridico che sociale.

Sul piano del diritto, l’istituto richiede un’indagine che coinvolge vari ambiti e livelli normativi. È opportuno innanzitutto inquadrare i principi generali alla base della disciplina derivanti dal diritto primario dell’Unione europea e dal diritto internazionale, per poi analizzare il diritto derivato dell’Unione europea ed infine esaminarne il recepimento nell’ordinamento italiano. Anche nell’ordinamento interno il tema del trattenimento degli stranieri è di notevole interesse, coinvolgendo varie discipline, tra cui il diritto costituzionale, il diritto

¹ A tale riguardo, si v. cap. I, par. 1 e, più nello specifico, sul campo di applicazione della misura nel diritto dell’Unione europea, si v. cap. I, parr. 4.1.2 e 4.2.2.

amministrativo e, in modo più laterale, anche il diritto penale e penitenziario, senza tuttavia inquadrarsi in modo netto in nessuna di esse.

Sul piano sociale, si tratta di un istituto di uso ampiamente diffuso ma le cui norme sono non raramente disattese, soprattutto per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali degli stranieri sottoposti alla misura. Come per ogni fenomeno sociale, l'analisi richiede di prendere in considerazione vari punti di vista e di bilanciare interessi diversi. Da un lato, si pongono gli interessi degli Stati membri e, congiuntamente o disgiuntamente, dell'Unione europea, i quali necessitano di strumenti che facilitino l'oneroso compito di gestire il fenomeno migratorio. Dall'altro lato, il trattenimento ha profonde implicazioni e ricadute sui diritti fondamentali e sulla dignità dei cittadini di paesi terzi sottoposti alla misura e, prima di tutto, sul loro diritto alla libertà personale, soprattutto laddove la misura non sia posta in essere nel rigoroso rispetto delle norme.

Lo studio del tema partirà dal ricostruire il quadro dei principi generali in materia, per poi analizzare la disciplina del diritto secondario dell'Unione europea e, infine, verificare la conformità dell'ordinamento italiano agli obblighi posti dalle fonti dell'Unione.

Più nello specifico, nel capitolo I, si tratterà del quadro normativo internazionale e dell'Unione europea in materia di trattenimento. In primo luogo, il capitolo analizzerà le competenze dell'Unione europea in materia di asilo e immigrazione, costituenti la cornice entro cui può muoversi il legislatore dell'Unione nella disciplina del trattenimento². In secondo luogo, saranno esposti i principi derivanti dal diritto internazionale, in particolare dalla Convenzione di Ginevra e dalla Convenzione europea dei diritti umani, nonché quelli enunciati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³. Tali fonti pongono vincoli rilevanti per il rispetto dei diritti umani e per la dignità delle persone trattenute, sia per il legislatore, che per la concreta applicazione dell'istituto. In terzo luogo, sarà fornito un quadro delle fonti di diritto derivato rilevanti per la materia, al fine di comprenderne i contenuti principali e l'ambito di applicazione⁴. Infine, sarà

² Questo aspetto sarà trattato nel cap. I, par. 2.

³ A tal riguardo, si v. cap. I, par. 3.

⁴ Si v. cap. I, par. 4.

analizzato il rapporto tra il diritto alla libertà e il trattenimento e i principi che devono essere osservati nell'adozione della misura⁵.

Il capitolo II avrà ad oggetto l'analisi della disciplina vigente nel diritto dell'Unione europea, osservando l'istituto da un punto di vista critico, per coglierne le carenze e le problematiche interpretative ed applicative. Ci si occuperà del trattenimento dei cittadini di paesi terzi ai sensi della direttiva rimpatri 2008/115/CE e del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, disciplinato dal Sistema europeo comune di asilo, in particolare dalla direttiva accoglienza 2013/33/UE. Saranno dapprima esaminati i presupposti e i motivi che legittimano l'adozione della misura nel diritto dell'Unione europea⁶. In secondo luogo, si discuterà della tutela dei diritti fondamentali delle persone trattenute, sia con riguardo alla durata della misura e alle garanzie procedurali, sia per quanto concerne la tutela dei diritti umani e le condizioni di vita nei luoghi di trattenimento⁷. In seguito, sarà effettuato un bilancio dei vantaggi e dei costi della misura per gli Stati membri e per gli stranieri⁸. Infine, si tratterà della riforma in corso nel diritto dell'Unione europea, segnatamente del *nuovo patto sulla migrazione e l'asilo* del 2020, e delle implicazioni che questa potrà avere sul tema oggetto della trattazione⁹.

Il capitolo III avrà ad oggetto la conformità della normativa del trattenimento nell'ordinamento italiano ai vincoli posti dal legislatore dell'Unione. In primo luogo, saranno chiariti i principi costituzionali italiani rilevanti in materia¹⁰, per poi occuparsi dell'evoluzione della misura del trattenimento in Italia, fino a fornire il quadro della disciplina attualmente vigente¹¹. Tali premesse sono necessarie per procedere poi successivamente alla valutazione di compatibilità della normativa italiana agli obblighi posti dal diritto dell'Unione europea e ai vincoli derivanti dai principi costituzionali¹². Infine, il lavoro si concluderà con un esame

⁵ Alla questione sarà dedicato il cap. I, par. 5.

⁶ A tale riguardo, si v. cap. II, par. 2.

⁷ Questo aspetto sarà trattato nel cap. II, par. 3.

⁸ Questo aspetto sarà trattato nel cap. II, par. 4.

⁹ Sulle riforme in corso, si v. cap. II, par. 5.

¹⁰ A tale riguardo, si v. cap. III, par. 2.

¹¹ A questi aspetti saranno dedicati i parr. 3 e 4, del cap. III.

¹² A tale proposito, si v. cap. III, par. 5.

dell'applicazione dell'istituto nella prassi italiana e delle condizioni di vita nei luoghi di trattenimento in Italia¹³.

Nel corso della trattazione, si porrà attenzione non solo alla normativa, ma anche all'evoluzione giurisprudenziale. Quest'ultima in particolare, ha l'imprescindibile compito di completare la disciplina laddove vi siano lacune o dubbi interpretativi in punto di diritto e, allo stesso tempo, permette di far emergere le prassi vigenti all'interno degli Stati membri.

La presente ricerca ha lo scopo di studiare la normativa vigente in materia di trattenimento e la tutela degli stranieri sottoposti a tale misura, per capirne la *ratio*, le lacune e gli aspetti critici circa la sua applicazione. Ci si propone di valutare l'adeguatezza della misura al suo scopo e alla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri. In particolare, si cercherà di capire se le norme predisposte dal legislatore dell'Unione europea sono idonee alla disciplina dell'istituto e al raggiungimento dello scopo che esse si prefiggono di raggiungere e se sono compatibili con i principi dei Trattati e i diritti umani. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, lo scopo della trattazione è di verificare se la normativa adottata dal legislatore italiano è conforme agli obblighi posti dall'Unione europea, dal diritto internazionale e dai vincoli costituzionali. Infine, sul piano della prassi, si verificherà se la normativa viene osservata o viene invece disattesa.

L'indagine sarà svolta non solo con un obiettivo meramente descrittivo, ma cercando di adottare uno sguardo critico e scorgere gli aspetti più problematici dell'istituto del trattenimento, al fine di riflettere su eventuali soluzioni alternative e sui possibili sviluppi in materia.

¹³ In merito, si v. cap. III, par. 6.

CAPITOLO I

IL TRATTENIMENTO NEL DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE E DELL'ASILO: IL QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

1. Il trattenimento dello straniero nel diritto internazionale e dell'Unione europea

Il trattenimento degli stranieri consiste in una limitazione del diritto alla libertà personale di un richiedente protezione internazionale o di un immigrato irregolare. Si tratta di una misura posta in essere dagli Stati membri e disciplinata da fonti dell'Unione europea, introdotta per facilitare il controllo dell'ingresso dei cittadini di Paesi terzi sul territorio europeo.

La gestione dei flussi migratori rappresenta un nodo cruciale delle politiche dell'Unione europea e dei suoi Stati membri. A fronte di un incremento della pressione migratoria, la necessità di controllare l'ingresso e l'uscita dalle frontiere esterne dell'Unione ha portato allo sviluppo di una serie di misure per impedire l'immigrazione irregolare.

In questo contesto, il trattenimento dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale è diventata una pratica diffusa¹. In un quadro in cui gli Stati membri faticano a controllare i flussi migratori in modo efficiente, ad

¹ MORARU M., CORNELISSE G., DE BRUYCKER P., *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, p. 170.

analizzare le domande di protezione internazionale, a trasferire i richiedenti da uno Stato membro ad un altro o a rimpatriarli in breve tempo, il trattenimento appare essere uno strumento utile per facilitare il raggiungimento di tali risultati. Con una serie di misure legislative adottate tra il 2008 e il 2013², l’Unione europea ha regolato nel dettaglio il trattenimento dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale.

Si tratta di una misura molto complessa e criticata, la cui natura appare controversa³. È evidente infatti che vi è una tensione non semplice tra un diritto fondamentale e universalmente riconosciuto, quale quello alla libertà personale, e le prerogative degli Stati di controllo delle frontiere⁴.

Lo studio delle misure di trattenimento nei confronti degli stranieri richiede la definizione di cosa si intenda con tale termine. Ai sensi del diritto dell’Unione, “straniero” è chiunque non sia cittadino dell’Unione⁵. Rientrano quindi in tale categoria tutti i migranti intesi, in senso ampio, come qualsiasi individuo che entra nel territorio di uno Stato che non è il proprio, sia esso un rifugiato, un richiedente asilo, un apolide, un migrante irregolare o regolare⁶. Più precisamente, le misure di trattenimento nel diritto dell’Unione europea si distinguono, in quanto al loro scopo e alle loro modalità, tra quelle indirizzate ai richiedenti protezione internazionale, ai sensi della normativa del Sistema europeo comune di asilo⁷ ed il trattenimento dei migranti irregolari ai fini del rimpatrio, ai sensi della direttiva rimpatri⁸.

Poiché il trattenimento consiste in un’eccezione al diritto fondamentale alla libertà personale, esistono limiti quanto ai casi in cui può essere adottato, sia

² Tali norme saranno analizzate in modo approfondito, v. *infra*, cap. I, par. 4 e cap. II.

³ Sulla natura del trattenimento, v. *infra*, cap. I, par. 5.

⁴ COSTELLO C., *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2012, p. 257 ss.

⁵ “Cittadino di un paese terzo” è chiunque non sia cittadino dell’Unione, ai sensi dell’art. 17, par. 1, del TUE, né beneficiario del diritto alla libera circolazione, quale definito all’art. 2 par. 5 del codice frontiere Schengen, così la definizione data dall’art. 3, par. 1, dir. 2008/115/CE.

⁶ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2015, p. 280; per un’analisi dettagliata delle differenze tra i vari *status* v. BARTOLINI A. e a., *Dictionary of Statuses within EU Law*, Cham, 2019.

⁷ A tale riguardo, v. *infra*, cap. I, par. 4.1.

⁸ A tale riguardo, v. *infra*, cap. I, par. 4.2.

concernenti i modi, che le condizioni materiali di trattenimento⁹. Tale misura rientra nella politica comune dell’Unione europea in materia di asilo e immigrazione e deve essere posta in essere nel rispetto dei principi dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nonché dei diritti riconosciuti dalle norme internazionali, in particolar modo dalla Convenzione di Ginevra e dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo¹⁰.

Prima di analizzare nel dettaglio il trattenimento degli stranieri, è necessario fornire un quadro del contesto giuridico nel quale si sviluppa la misura, dei principi da osservare per la sua adozione e delle principali nozioni relative al trattenimento.

In un primo momento, saranno esaminate le disposizioni del Trattato sull’Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea riguardanti i valori dell’Unione, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché la ripartizione delle competenze tra l’Unione europea e gli Stati membri in materia.

In un secondo momento, la trattazione si concentrerà sui vincoli derivanti dal rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e dalle convenzioni internazionali, in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dalla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati.

Successivamente, sarà fornito un quadro generale sul trattenimento degli stranieri, analizzando i soggetti interessati dalla misura e le principali disposizioni delle direttive che disciplinano il tema in questione nel diritto dell’Unione europea, segnatamente la direttiva 2013/33/UE e la direttiva 2008/115/CE.

Infine, si tratterà della natura del trattenimento e dei vincoli previsti per la limitazione del diritto alla libertà, in particolare secondo quanto disposto dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

⁹ Sul punto, v. *infra*, cap. I, par. 5 e cap. II, parr. 2 e 3.

¹⁰ V. *infra*, cap. I, parr. 2 e 3.

2. Le competenze dell'Unione Europea e i principi in materia di asilo e immigrazione

Al fine di comprendere il contesto nel quale può essere posta in essere la misura del trattenimento, è necessario inquadrare quali siano le competenze e i principi che regolano il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea.

È in primo luogo da rilevare che i termini “asilo” e “immigrazione” si riferiscono a due politiche diverse ed ognuna con una disciplina autonoma, seppur collegate e molte vicine tra loro. La differenza tra le due riposa nella ragione per cui una determinata persona decide di lasciare il proprio paese e spostarsi verso il territorio europeo.

La politica dell'immigrazione riguarda le modalità di ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi che arrivano in Unione per ragioni di natura principalmente economica. In tale politica vi rientrano, tra le altre, le norme sui visti, sull'ingresso per motivi di lavoro o di studio, sul ricongiungimento familiare, gli accordi conclusi con Stati terzi. Tali norme, trattandosi di ipotesi di migrazione regolare, non sono rilevanti ai fini dell'analisi delle misure di trattenimento. Ciò che rileva invece per la trattazione in questione sono le norme sull'immigrazione irregolare. Infatti, i soggetti che non rispettano i requisiti per l'ingresso regolare nel territorio e che non richiedono la protezione internazionale o la cui richiesta è stata respinta, sono considerati immigrati irregolari. Ad essi, ai sensi della direttiva rimpatri, possono essere applicate misure di trattenimento ai fini dell'allontanamento o del rimpatrio.

Vi sono invece norme specifiche sulla politica comune in materia di asilo. La disciplina si è sviluppata a partire dalle norme di diritto internazionale ed in particolare dai principi della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra nel 1951, e del relativo Protocollo, firmato a New York nel 1967¹¹. Tale politica ha lo scopo di fornire accoglienza ai richiedenti protezione internazionale. La politica comune in materia di asilo disciplina l'ingresso e il soggiorno negli Stati membri, le procedure per il riconoscimento dei vari *status* e le condizioni di accoglienza.

¹¹ V. *infra*, cap. I, par. 3.1.

Le norme in materia di asilo e immigrazione sono contenute nel Trattato dell’Unione europea (di seguito «TUE») e nel Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (di seguito «TFUE»), così come modificati a seguito del Trattato di Lisbona. Rilevanti sono in particolare le norme del Titolo V del TFUE, dedicate allo «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», le quali disciplinano le condizioni di ingresso, soggiorno e circolazione dei cittadini di Paesi terzi sul territorio degli Stati membri.

Tali materie sono tra le aree più complesse e controverse del diritto dell’Unione europea, in quanto la loro disciplina solleva una serie di problemi diversi e interconnessi, aventi un’influenza rilevante sui i diritti nazionali e la sovranità degli Stati membri, nonché una connessione con il diritto internazionale e i diritti umani.

2.1. Cenni sull’evoluzione del diritto dell’asilo e dell’immigrazione dell’Unione europea

L’attribuzione di competenze in materia di asilo ed immigrazione all’Unione europea è stato un processo graduale, svoltosi di pari passo con la trasformazione da una Comunità europea con finalità prettamente economiche, ad una “*Unione di diritto*”¹², in cui prioritaria importanza è data all’essere umano e alla tutela dei suoi diritti fondamentali.

I Trattati istitutivi di Parigi e Roma¹³ non prevedevano norme in materia di immigrazione, la quale rimaneva competenza esclusiva degli Stati membri, ad eccezione di quanto previsto da alcuni accordi di associazione conclusi dalla Comunità europea. La Corte di giustizia aprì però alla possibilità per la Comunità

¹² FUMAGALLI L., *Commento all’art. 2, Trattato sull’Unione Europea*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, p.13.

¹³ Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell’acciaio (CECA), firmato a Parigi il 18 aprile 1951, entrato in vigore il 23 luglio 1952 e scaduto il 23 luglio 2002; Trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE) e Trattato che istituisce la Comunità europea dell’energia atomica (CEEA o EURATOM), firmati a Roma il 5 marzo 1957, entrati in vigore il 1° gennaio 1958.

europea di adottare atti non vincolanti in materia di immigrazione, pur in assenza di una specifica previsione nei Trattati, utilizzando la teoria dei poteri impliciti¹⁴.

Fu a partire dagli anni Ottanta che gli Stati si organizzarono in gruppi intergovernativi per regolare la materia tramite convenzioni. Fra queste è da ricordare la Convenzione di Dublino del 1990, entrata in vigore nel 1997, sulla determinazione dello stato competente ad esaminare le domande di asilo, antecedente dell'attuale Regolamento Dublino III, regolamento (UE) n. 604/2013.

L'eredità più rilevante lasciata dal periodo che precede il trattato di Maastricht è senz'altro l'Accordo di Schengen, firmato nel 1985, inizialmente da Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi, che avviò una cooperazione fra detti Stati al fine di eliminare il controllo alle frontiere interne. L'accordo fu completato con la Convenzione di applicazione di Schengen (c.d. CAS) del 19 giugno 1990, entrata in vigore nel 1993. Tra il 1990 e il 1997 aderirono a tale sistema tutti gli allora Stati membri, tranne il Regno Unito e l'Irlanda, e anche alcuni Stati terzi¹⁵. L'Accordo di Schengen costituì un punto di svolta nella politica migratoria in quanto, fino a quel momento, la decisione sull'ingresso ed il soggiorno di cittadini di Paesi terzi nel territorio di uno Stato era sempre stata considerata discrezionalità dello Stato stesso e simbolo della sua sovranità. Le materie nelle quali gli Stati firmatari decisamente di collaborare costituivano il nocciolo di quello che sarebbe diventato in seguito il c.d. "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia": visti, immigrazione e asilo, cooperazione giudiziaria in materia penale, cooperazione di polizia e cooperazione amministrativa.

Nonostante tali prime forme di cooperazione, in questa fase ogni negoziazione si svolgeva tra gli Stati, fuori dall'orbita delle competenze della Comunità europea, la quale non aveva poteri in materia di giustizia e affari interni. I pochi atti risultanti da queste prime forme di collaborazione erano convenzioni o accordi adottati all'unanimità e qualificabili come fonti diritto internazionale. Si trattava di un metodo c.d. "intergovernativo informale"¹⁶. Tale approccio fu

¹⁴ Corte di giustizia, *Germania e al.*, cause riunite C-281/85, C-283/85, C-284/85, C-285/85 e C-287/85.

¹⁵ Partecipano all'accordo anche Islanda, Norvegia e Svizzera e, dal 2008, anche il Liechtenstein.

¹⁶ PEERS S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011, p. 9.

necessario poiché alcuni Stati si opposero all’attribuzione alla Comunità di una competenza in materia di regolazione delle frontiere.

Al Trattato di Maastricht del 1992, entrato in vigore nel 1993, si deve la nuova struttura dell’Unione europea divisa in tre settori, denominati “pilastri”. Una delle novità fu l’affidamento alle istituzioni dell’Unione europea del compito di coordinare le materie dell’accordo di Schengen e l’istituzione del “Terzo pilastro”, riguardante la giustizia e gli affari interni. Si trattò di una formalizzazione del metodo intergovernativo, che permise agli Stati membri concordi di trasferire i poteri all’Unione europea e di lasciare invece agli Stati contrari la loro sovranità in materia. Il Trattato elencava una lista di materia di comune interesse al fine di attuare gli obiettivi dell’Unione, fra cui vi erano anche la politica di asilo, l’attraversamento delle frontiere esterne e la politica dell’immigrazione. Tranne per alcune questioni procedurali adottate a maggioranza, per il resto il Consiglio aveva competenza ad adottare atti all’unanimità, sistema che spesso bloccava il processo decisionale. La Commissione e gli Stati membri potevano proporre atti, mentre il Parlamento aveva poteri limitati, in quanto veniva solo informato della procedura.

Fu con il Trattato di Amsterdam del 1997, entrato in vigore nel 1999, che la Comunità europea acquisì ampie competenze in materia di asilo e immigrazione. Quanto previsto dal nuovo Trattato fu frutto di compromessi tra Stati aperti ad una collaborazione in materia e Stati invece più gelosi della propria sovranità. Per tale motivo il trattato prevedeva “norme minime” in materia di asilo e immigrazione e gli Stati membri continuavano ad avere il controllo principale in materia di giustizia e affari interni.

Il c.d. *acquis* di Schengen, costituito dall’Accordo e degli atti adottati sulla sua base, fu “comunitarizzato” e le sue disposizioni divennero atti dell’Unione a tutti gli effetti, individuando per ciascuna di esse un fondamento giuridico all’interno dei Trattati¹⁷. Gli atti del CAS diventarono atti di diritto derivato. Si scelse di procedere con il meccanismo della cooperazione rafforzata, non inserendo le disposizioni dell’*acquis* di Schengen direttamente nei Trattati, ma in un Protocollo allegato ad essi (il “Protocollo sull’integrazione dell’*acquis* di Schengen nell’ambito dell’Unione europea”). L’approccio flessibile adottato consentì a

¹⁷ Tale operazione fu attuata con la Decisione del Consiglio 1999/435/CE.

Regno Unito, Irlanda e Danimarca di non accettare il trasferimento di competenze in materia di immigrazione, tramite protocolli *ad hoc*, e ai nuovi Stati membri aderenti di disciplinare gli effetti dell'*acquis* di Schengen al momento dell'adesione¹⁸.

In tale fase, le norme su visti, asilo, immigrazione e libera circolazione delle persone erano contenute nel Titolo IV del Trattato che istituisce la Comunità Europea (di seguito «TCE»)¹⁹. Tale titolo prevedeva una generale competenza comunitaria sulla gestione delle frontiere esterne ed in materia di asilo ed immigrazione²⁰. L'art. 67 del TCE assicurava un ruolo preminente del Consiglio, espressione della sovranità nazionale, e manteneva, per i primi cinque anni, la regola dell'unanimità. Fu con il Trattato di Nizza del 2000 che si passò alla procedura co-decisionale, con un maggior coinvolgimento del Parlamento, e alla maggioranza qualificata, che sarebbe entrata in vigore una volta che il Consiglio avesse adottato le misure che definivano le norme comuni e i principi base dell'asilo²¹. Inoltre, alla fine del periodo transitorio di cinque anni, il potere di avviare la procedura passò dall'iniziativa congiunta della Commissione e degli Stati membri, al monopolio della Commissione. Sulla base del Titolo IV del TCE furono adottate una serie di misure legislative per disciplinare l'ingresso e il soggiorno dei cittadini di paesi terzi, le condizioni di accoglienza e le procedure per il riconoscimento degli *status*, che posero le basi per la normativa attualmente in vigore.

Le disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale si trovavano nel Terzo Pilastro, nel Titolo VI del vecchio Trattato sull'Unione Europea (di seguito «TUE»), rilevanti in parte per quanto riguarda l'immigrazione irregolare. In tale ambito fu mantenuto il metodo intergovernativo: gli atti erano adottati all'unanimità dal Consiglio, l'iniziativa spettava congiuntamente agli Stati

¹⁸ Gli accordi di adesione all'Unione europea del 2003, 2005 e 2011 disciplinano gli effetti dell'adesione sull'*acquis* di Schengen e si distinguono Stati a cui l'*acquis* si applica dal momento dell'adesione e Stati a cui si applica solo a seguito di una decisione del Consiglio adottata all'unanimità, dopo aver accettato che il nuovo aderente rispetta i requisiti necessari.

¹⁹ Artt. 61-69, TCE.

²⁰ Artt. 61-63, TCE.

²¹ Art. 67, par. 5 TCE; sull'interpretazione di tale disposizione, v. Corte di Giustizia, *Parlamento Europeo c. Consiglio*, causa C-133/06.

membri e alla Commissione, mentre il Parlamento europeo veniva solo consultato o informato.

Quanto al ruolo della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 68 del TCE, questa aveva competenza sulle norme del Titolo IV del TCE ma con alcune limitazioni: la possibilità di ricorso in via pregiudiziale era aperta solo alle giurisdizioni di ultima istanza e la Corte non poteva decidere sulle misure o decisioni prese in base all'art. 62, par. 1 del TCE, concernente l'abolizione dei controlli alle frontiere interne. Per il Terzo Pilastro invece, i poteri della Corte di Giustizia erano disciplinati dall'art. 35 del TUE e la competenza pregiudiziale era subordinata ad un'espressa accettazione da parte di ogni Stato membro. Lo Stato poi poteva accettare se il rinvio era aperto a tutti i giudici o solo a quelli di ultima istanza.

2.2. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Trattato di Lisbona

La normativa primaria attualmente vigente è quella risultante dalla modifica dei Trattati avvenuta con il Trattato di Lisbona, firmato nel 2007 ed entrato in vigore nel 2009. Le modifiche apportate hanno interessato anche le norme in materia di asilo e immigrazione e le disposizioni sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono state riunite all'interno di un unico titolo: il Titolo V del TFUE. L'approccio adottato nel Trattato di Lisbona segue quello del mai entrato in vigore “Trattato che adotta una costituzione per l’Europa”²², il quale aveva già proposto l’eliminazione dei pilastri e l’incorporazione del Terzo Pilastro nel corpo principale dei Trattati.

Nell’attuare le disposizioni in materia di asilo e immigrazione e, nello specifico quelle sul trattenimento degli stranieri, l’Unione e gli Stati membri devono agire mantenendo come “stella polare” i principi ed i valori su cui l’Unione si fonda e gli obiettivi che essa si prefigge di raggiungere. I valori enunciati all’art. 2 del TUE, infatti, ricordano che l’Unione non ha un fondamento solo giuridico, ma anche valoriale, il quale costituisce il nucleo essenziale del processo di integrazione europea. Tale articolo, avente una portata sostanzialmente costituzionale²³, non si

²² Trattato che adotta una costituzione per l’Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, mai entrato in vigore perché non ratificato da tutti gli Stati membri.

²³ FUMAGALLI L., *Articolo 2, Trattato sull’Unione Europea*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, cit., p. 13.

risolve in una mera dichiarazione ma è dotato di una valenza anche operativa, in quanto norma di condotta espressiva di valori fondamentali diretta a tutti i soggetti dell’Unione ed in particolare agli Stati membri, che devono farsene garanti. Fra tali valori, ve ne molti che possono incidere in modo diretto sul trattamento, quali la dignità umana, la libertà e la tutela dei diritti umani²⁴.

Gli scopi dell’Unione rappresentano la ragione stessa dell’agire delle istituzioni²⁵ e sono enunciati nell’art. 3 del TUE. In particolare, l’Unione ha l’obiettivo di offrire ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone, ed istituire misure appropriate per i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, l’immigrazione, la criminalità e la lotta contro di essa. La creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia rappresenta l’obiettivo più importante tra quelli del Trattato di Lisbona²⁶.

Prima di analizzare le disposizioni, è da evidenziare che, a causa dell’opposizione di alcuni Stati membri, il Trattato di Lisbona ha mantenuto un complesso regime di applicazione differenziata per quanto riguarda il Titolo V del TFUE²⁷. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia non è perciò omogeneo: l’*acquis* di Schengen si estende a tutti gli Stati membri, ad alcuni Stati terzi e deve essere integralmente accettato da tutti i paesi candidati, ma continuano a non esserne vincolati Irlanda, Danimarca e, precedentemente alla *Brexit*, anche Regno Unito. Tali paesi, in base ai protocolli n. 21 e 22 allegati ai Trattati, non partecipano allo spazio di Libertà, sicurezza e giustizia²⁸. Si parla, in questo caso, di “Europa a più velocità”²⁹.

L’obiettivo di realizzare uno “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” si concretizza nelle disposizioni del Titolo V del TFUE³⁰. Sulla base di tali norme, ai

²⁴ Cfr. con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, v. *infra*, cap. I, par. 3.3.

²⁵ FUMAGALLI L., *Articolo 2, Trattato sull’Unione Europea*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, cit., p. 16.

²⁶ Ivi, p. 17; CRAIG P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford, 2013, pp. 312 e 337, il quale evidenzia come lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sia avanzato nella lista degli obiettivi al paragrafo 2, proprio per enfatizzarne la centralità nella politica dell’Unione.

²⁷ Protocollo n. 19, sull’*acquis di Schengen integrato nell’ambito dell’Unione europea*.

²⁸ V. anche considerando nn. 25-27, dir. 2008/115/CE; considerando nn. 33 e 34, dir. 2013/33/UE.

²⁹ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, Torino, 2019, p. 7.

³⁰ V. considerando n. 2, dir. 2013/33/UE.

sensi dell’art. 67 del TFUE, l’Unione non si limita più a stabilire “norme minime”, ma si impegna a sviluppare una “politica comune” in materia di asilo, immigrazione e controlli alle frontiere esterne, fondata sul principio di solidarietà ed equità verso i cittadini di Stati terzi. Tale politica deve essere attuata nel rispetto dei diritti fondamentali e dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri. Le disposizioni di cui al Titolo V del TFUE riguardano infatti un ambito di azione che può incidere notevolmente sui diritti fondamentali, soprattutto in caso di espulsione di cittadini di paesi terzi, di respingimenti alla frontiera e di misure di trattenimento³¹.

Libertà, sicurezza e giustizia costituiscono nozioni interdipendenti tra loro, in quanto nessuna può essere pienamente goduta senza le altre due. In materia di asilo ed immigrazione, l’Unione europea deve garantire un equilibrio adeguato tra le stesse³².

Le norme sulla gestione delle frontiere e sulla politica comune in materia di asilo e immigrazione sono contenute agli articoli 77, 78, 79 del TFUE.

L’art. 77 del TFUE disciplina la politica dell’Unione sull’eliminazione dei controlli alle frontiere interne, cui corrisponde una gestione coordinata e regole comuni in materia di controlli alle frontiere esterne. Sul fondamento di tale disposizione, possono essere adottate normative riguardanti i controlli a cui sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne, nonché i visti ed i permessi di soggiorno di breve durata. L’eliminazione dei controlli alle frontiere interne ha richiesto un rafforzamento della dimensione securitaria nei controlli esterni, che appare oggi preponderante rispetto al passato³³.

La politica dei controlli delle frontiere esterne non si esaurisce nell’adozione di atti normativi ma ha una componente operativa preponderante, messa in opera dagli Stati membri. Il controllo è svolto oggi secondo le norme del “codice frontiere

³¹ In merito ai diritti fondamentali, v. cap. I, par. 3.

³² A tale proposito, v. BARIATTI S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile: dal Terzo Pilastro dell’Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2001, pp. 261 e ss.

³³ LANG A., *Articolo 77, Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, cit., p. 826 ss; cfr. con la versione precedente del TCE faceva riferimento alla “politica in materia di visti”, mentre il titolo attuale del Capo 2 si riferisce a “politiche relative ai controlli alle frontiere”.

Schengen”³⁴, grazie all’operato dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, conosciuta come Frontex³⁵. Si tratta di un tema rilevante in quanto, nell’atto di attraversamento delle frontiere e durante i controlli, è possibile che siano poste in essere misure di trattenimento³⁶.

L’art. 78, par. 1, del TFUE attribuisce all’Unione la competenza a sviluppare una politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea. Tale politica deve essere conforme ai vincoli internazionali, in particolare alla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 1951, al relativo protocollo del 1967 ed agli altri atti pertinenti³⁷. Ai fini dello sviluppo della politica in materia di asilo è importante anche tenere in considerazione gli artt. 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, i quali affermano rispettivamente il diritto di asilo e il divieto di espulsioni collettive e di respingimento.

L’art. 78 del TFUE non si riferisce solo all’asilo, ma comprende la più ampia nozione di “protezione internazionale”, cui corrispondono *status* diversi, quali quello di rifugiato, di beneficiario di protezione sussidiaria e di protezione temporanea. Lo *status* di rifugiato è riconosciuto a coloro che hanno fondato timore di essere perseguitati nello Stato terzo di appartenenza³⁸. La protezione sussidiaria, invece, concerne le persone che, pur non avendo i requisiti per ottenere l’asilo, necessitano di protezione internazionale a causa del rischio effettivo di subire un grave danno nel paese di origine³⁹. Infine, la protezione temporanea riguarda l’accoglienza degli sfollati in caso di afflusso massiccio. Attraverso questi istituti è

³⁴ Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

³⁵ Inizialmente “Agenzia per le frontiere esterne”, istituita nel 2004 e da ultimo disciplinato dal Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

³⁶ V. *infra*, cap. II, par. 2.1.

³⁷ V. *infra*, cap. I, parr. 3.1 e 3.2.

³⁸ V. definizione all’art. 2, lett *d*), dir. 2011/95/UE. L’originale definizione si deve all’art. 1 della Convenzione di Ginevra, 1951. Cfr. BARTOLINI A. e a., *Dictionary of Statuses within EU Law*, cit., p. 471 ss; AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., p. 56 ss.

³⁹ Si v. definizione all’art. 2, lett *e*), dir. 2011/95/UE. Cfr. AMADEO S., SPITALERI F., ivi, p. 72 ss.

così possibile offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessiti di protezione internazionale e garantire il rispetto del principio di non respingimento.

Il Trattato attribuisce la competenza all’Unione a disciplinare l’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e le procedure per l’attribuzione e la revoca dello *status* di rifugiato. L’art. 78, par. 2, del TFUE è la base giuridica per adottare tali atti i quali costituiscono il c.d. “Sistema europeo comune di asilo” (SECA o CEAS dall’inglese *Common European Asylum System*)⁴⁰. Tale competenza è stata esercitata con l’adozione di tre direttive che riguardano le norme sull’attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione (la direttiva 2011/95/UE, c.d. “direttiva qualifiche”)⁴¹, sulle procedure applicate dagli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato (direttiva 2013/32/UE, c.d. “direttiva procedure”)⁴² e sull’accoglienza dei richiedenti asilo (direttiva 2013/33/UE, c.d. “direttiva accoglienza”)⁴³. Sempre sulla base dell’art. 78 del TFUE è stato adottato il regolamento (UE) 604/2013, c.d. regolamento Dublino III, che stabilisce i criteri per determinare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale⁴⁴.

All’articolo summenzionato corrisponde, in tema di immigrazione, l’art. 79 del TFUE. Esso prevede lo sviluppo di una politica comune dell’immigrazione, attraverso la quale sia garantita una gestione efficace dei flussi migratori, un equo

⁴⁰ Tali norme erano già state adottate in attuazione delle “norme minime” previste dal Trattato CE e sono state poi sostituite dalle nuove direttive adottate dopo Lisbona.

⁴¹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione), sulla base dell’art. 78, par. 2, lett. *a*), TFUE.

⁴² Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, sulla base dell’art. 78, par. 2, lett. *d*), TFUE.

⁴³ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), sulla base dell’art. 78, par. 2, lett. *f*), TFUE.

⁴⁴ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

trattamento dei cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti, la prevenzione e il contrasto all’immigrazione illegale e alla tratta di essere umani. Il par. 2 costituisce la base giuridica per l’adozione di atti di diritto derivato in materia. Rilevante per il tema del trattenimento è la lett. *c*), secondo la quale l’Unione può adottare norme sull’immigrazione clandestina, il soggiorno irregolare, l’allontanamento ed il rimpatrio di cittadini di paesi terzi irregolarmente presenti sul territorio. Nell’attuare tali misure devono essere rispettati i diritti fondamentali e gli obblighi derivanti dalle Convenzioni stipulate dagli Stati membri. Tale disposizione costituisce oggi la base giuridica della direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE)⁴⁵.

A causa della loro collocazione geografica, gli Stati membri si trovano a fronteggiare situazioni molto diverse tra loro e gli oneri connessi alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia gravano in modo ineguale sui diversi paesi. La sproporzione delle responsabilità è evidente nel controllo delle frontiere esterne, il quale preme principalmente sui paesi che si trovano ai confini dell’Unione. Anche il sistema Dublino contribuisce ad aggravare l’onere sugli stessi poiché stabilisce, come ultimo criterio, che lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale sia quello di primo ingresso⁴⁶. Gli Stati che si trovano ai margini del territorio europeo, quali ad esempio gli Stati che si affacciano sul Mediterraneo, si trovano a dover esaminare un elevato numero di domande. Pur essendo svolto dagli Stati che si trovano alla frontiera, il controllo beneficia anche tutti gli altri, in quanto una volta fatto ingresso nel territorio, vige, in linea di massima, il principio di libera circolazione, a causa anche dell’eliminazione dei controlli alle frontiere interne.

Nell’ottica di ripartire almeno parzialmente i costi di tale onere⁴⁷, l’art. 80 del TFUE prevede che nelle politiche in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere sia osservato il principio di solidarietà ed un’equa ripartizione degli oneri tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Un esempio di

⁴⁵ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Al momento della sua adozione, la base giuridica era costituita dall’art. 63, par. 3, lett. *b*), TCE.

⁴⁶ Art. 13, reg. (UE) n. 604/2013.

⁴⁷ LANG A., *Articolo 79, Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, cit., pp. 858 e 859.

concretizzazione del principio di solidarietà è l’istituzione del “Fondo asilo, migrazione e integrazione” e del “Fondo Sicurezza interna” nel 2014⁴⁸.

Lo scopo di dare sostegno agli Stati membri che hanno una maggior pressione migratoria è perseguito anche dall’art. 78, par. 3, del TFUE, che prevede la possibilità di adottare misure temporanee a beneficio di uno o più Stati membri per far fronte a situazioni di emergenza, sulla cui base sono state adottate due decisioni di ricollocazione, a beneficio di Italia e Grecia durante la crisi migratoria del 2015⁴⁹.

2.3. La competenza dell’Unione in materia di asilo e immigrazione

Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona la competenza riconosciuta all’Unione in materia di asilo e immigrazione è stata notevolmente incrementata. La natura della competenza è di tipo concorrente ai sensi dell’art. 4, par. 2, lett. j), del TFUE. In tale materia perciò possono legiferare sia l’Unione che gli Stati membri, ai sensi dell’art. 2, par. 2, del TFUE⁵⁰.

L’Unione può adottare atti normativi quando l’obiettivo che si prospetta di raggiungere non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri, ma una miglior realizzazione può avvenire a livello comunitario, a causa delle dimensioni e degli effetti della disciplina. Essa può intervenire nel rispetto del principio di sussidiarietà dell’art. 5 del TUE e, in ottemperanza del principio di

⁴⁸ Regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio; Regolamento (UE) n. 515/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che istituisce, nell’ambito del Fondo sicurezza interna, lo strumento di sostegno finanziario per le frontiere esterne e i visti e che abroga la decisione n. 574/2007/CE.

⁴⁹ Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia; Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia.

⁵⁰ V. anche Protocollo n. 25 sulle competenze concorrenti. Per un commento all’art. 2 TFUE v. BARATTA R., *Articolo 2, Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, cit., p. 369 ss.

proporzionalità previsto dallo stesso articolo⁵¹, le misure adottate devono limitarsi a quanto necessario per raggiungere l’obiettivo. L’Unione deve inoltre rispettare il principio di attribuzione e perseguire i suoi obiettivi nei limiti delle competenze che le sono attribuite dai Trattati, ma fra cui vi sono anche i “poteri impliciti”⁵². Il modo in cui la competenza si articola in concreto dipende poi dalle singole basi giuridiche.

Le politiche in materia di immigrazione ed asilo sono attuate sia attraverso il diritto derivato dell’Unione, sia attraverso interventi sul piano internazionale, come il dialogo politico, i partenariati, la cooperazione o gli accordi internazionali dell’Unione con i Paesi terzi di origine o di transito degli stranieri. La competenza esterna è anch’essa di natura concorrente relativamente alla cooperazione e alla stipulazione di accordi con paesi terzi⁵³. La competenza esterna è invece di natura esclusiva quando, ai sensi dell’art. 3, par. 2, del TFUE è prevista da «*un atto legislativo dell’Unione*» o quando l’esercizio del potere degli Stati membri di concludere accordi incide o interferisce con le «*norme comuni*» già adottate dall’Unione sul piano interno⁵⁴.

Le istituzioni dell’Unione hanno ampiamente sfruttato le possibilità di regolamentazione consentite dall’attribuzione di tali competenze. Infatti, nonostante la natura concorrente della competenza, l’attività dell’Unione in materia di asilo e immigrazione è in concreto sostanziosa ed in alcuni ambiti lo spazio lasciato agli Stati membri è assai limitato.

Per raggiungere l’obiettivo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, gli artt. 77, 78 e 79 del TFUE prevedono la possibilità di sviluppare politiche comuni riguardanti il controllo delle frontiere, l’attribuzione di uno *status* appropriato ai cittadini di stati terzi che necessitano di protezione internazionale nel quadro del sistema europeo comune di asilo, la disciplina dell’immigrazione regolare e la lotta all’immigrazione irregolare.

⁵¹ V. ad es. quanto disposto dal considerando n. 20, dir. 2008/115/CE e dal considerando n. 31, dir. 2013/33/UE.

⁵² Art.3, par. 6, TUE; art. 5 TUE, art. 7 TFUE.

⁵³ Si tratta in particolare di quanto previsto dall’art. 78, par. 2, lett. g), TFUE sulla cooperazione con i paesi terzi per la gestione dei flussi dei richiedenti asilo e dall’art. 79, par. 3, TFUE sulla conclusione di accordi di riammissione.

⁵⁴ Tale competenza esterna era già stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia in *Commissione c. Consiglio (AETS/ERTA)*, causa C-22/70, punti 28-32; Corte di giustizia, parere 2/91 sulla Convenzione n. 170 dell’OIL, punti 25 e 26.

Gli articoli summenzionati costituiscono basi giuridiche che si limitano ad attribuire alle istituzioni il potere di adottare atti di diritto derivato e non sono dotati di efficacia diretta. Conseguentemente, tali disposizioni non sono direttamente invocabili davanti ai giudici nazionali, ma è necessario l'adozione di misure di integrazione positiva per armonizzare le legislazioni degli Stati membri⁵⁵. Le norme di diritto primario relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ed in particolare l'articolo 67, par. 2, del TFUE, sanciscono solo «*il fondamento normativo dell'azione del Consiglio*» e non hanno «*l'oggetto o l'effetto di attribuire diritti ai cittadini dei paesi terzi né di imporre obblighi agli Stati membri*»⁵⁶.

Il carattere neutro e ampiamente programmatico del Titolo V del TFUE affida al legislatore un ruolo centrale nell'attuazione degli obiettivi della politica comune dell'asilo e dell'immigrazione. La procedura decisionale che deve essere seguita consiste in una procedura legislativa ordinaria, con la partecipazione congiunta di Parlamento europeo e Consiglio e l'adozione degli atti a maggioranza qualificata⁵⁷. Gli atti risultanti da tale procedura sono quindi atti legislativi, come previsto dall'art. 288 del TFUE, ed in particolare regolamenti, direttive e decisioni.

Alla procedura ordinaria fanno eccezione l'art. 77, par. 3, del TFUE, che richiede l'unanimità in seno al Consiglio, con consultazione del Parlamento, per l'adozione di misure relative ai passaporti, carte d'identità, titoli di soggiorno e altri documenti assimilati, e la procedura non legislativa prevista all'art. 78, par. 3, del TFUE per l'adozione di misure destinate a fronteggiare situazioni di emergenza causate dall'afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi⁵⁸.

⁵⁵ Così si è espresso la Corte di Giustizia relativamente art. 67, par. 2, TFUE, in Corte di Giustizia, *Wijzenbeek*, causa C-378/97; v. AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 4.

⁵⁶ Corte di giustizia, *García e Cabrera*, cause riunite C-261/08 e C-348/09, punto 43; Corte di giustizia, *Melki e Abdele*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, punto 64.

⁵⁷ Art. 289, par. 1, e art. 294, TFUE

⁵⁸ Si v. a tal proposito Corte di giustizia, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, punti 57-66 che ha confermato la natura non legislativa delle decisioni adottate sulla base dell'art. 78, par. 3, TFUE.

Per quanto riguarda i ruoli delle istituzioni europee⁵⁹, il Consiglio ed il Parlamento europeo, in quanto co-legislatori, hanno un compito centrale in merito allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il Consiglio europeo conserva in materia un ruolo fondamentale di impulso politico, poiché, ai sensi dell'art. 68 del TFUE, ha il compito di definire «gli orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

La Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 19, par. 1, del TUE, osserva che il diritto dell'Unione sia interpretato e applicato correttamente e ha giurisdizione in ogni ambito del diritto dell'Unione, tranne nel caso in cui i Trattati prevedano il contrario. Tali previsioni generali si applicano anche alle disposizioni sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La Corte ha perciò piena competenza, quanto alla sua portata e alle condizioni di esercizio, con eccezione di quanto disposto dall'art. 276 del TFUE, di cui si dirà a breve.

Trattandosi di una competenza di natura concorrente, gli Stati membri hanno il potere di legiferare liberamente fino a quando l'Unione non intervenga, dovendo altrimenti agire solo nella misura in cui l'Unione non abbia esercitato la propria competenza o abbia deciso di cessarne una già avviata.

L'art. 67, par. 1, del TFUE prevede che la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia debba avvenire nel rispetto dei diversi ordinamenti e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, andando quindi ad evidenziare la necessità di rispettare anche le tradizioni degli Stati membri in una così delicata materia.

Gli Stati membri sono inoltre liberi di adottare disposizioni più favorevoli, intese come più favorevole per il destinatario della disposizione. La possibilità di prevedere uno *standard* più elevato di protezione può presentarsi anche nel caso in cui l'Unione abbia già adottato delle normative⁶⁰, purché tali *standard* più elevati

⁵⁹ Per un'analisi del ruolo delle istituzioni nel Titolo V TFUE, v. CRAIG P., *The Lisbon Treaty*, p. 344 ss.

⁶⁰ La legislazione dell'Unione per l'immigrazione può essere sia precedenti, che successiva all'entrata in vigore di Lisbona, mentre per asilo soltanto successiva, in quanto prima di Lisbona l'Unione poteva adottare solo *standard minimi* in tale materia.

adottati dagli Stati membri siano compatibili con la legislazione dell’Unione in materia.

L’ultima particolarità relativa alla sovranità degli Stati membri consiste nella previsione dell’art. 72 del TFUE. Pur potendo l’Unione stessa adottare norme tendenti alla tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza interna, agli Stati è consentita l’adozione di misure ulteriori, più restrittive di quelle dell’Unione, purché giustificate da esigenze di tutela. Uno Stato potrebbe perciò ad esempio invocare tale disposizione per impedire, in deroga alle normative dell’Unione, l’ingresso o il soggiorno di uno straniero al fine di tutelare l’ordine pubblico e la sicurezza interna. È tuttavia da rilevare che la Corte di Giustizia ha interpretato tale disposizione in modo restrittivo⁶¹. L’art. 72 del TFUE ha infatti la funzione di consentire agli Stati membri di adottare misure più rigorose di quelle dell’Unione, ma non di sottrarre all’Unione le proprie competenze ad emanare decisioni per tutelare l’ordine pubblico e la sicurezza.

Tale disposizione va inoltre letta congiuntamente all’art. 276 del TFUE, secondo cui la Corte di giustizia non ha competenza a sindacare, in materia di cooperazione giudiziaria e polizia, la validità o la proporzionalità di operazioni compiuti dagli Stati membri per il mantenimento dell’ordine pubblico e della sicurezza interna.

Si tratta di due attribuzioni degli Stati membri che l’Unione rispetta, ai sensi dell’art. 4, par. 2, del TUE.

Rimane infine competenza degli Stati membri la delimitazione delle frontiere, come espressione della loro sovranità⁶².

3. I vincoli derivanti dai diritti fondamentali e dal diritto internazionale

I cittadini di Paesi terzi sottoposti a misure di trattenimento devono essere trattati in modo umano e dignitoso, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in ottemperanza alle norme di diritti internazionale rilevanti in materia. L’adozione

⁶¹ Corte di Giustizia, *Commissione c. Polonia*, cause riunite C-715/17, C-717/17, C-719/17, punto 144; Corte di giustizia, *WM*, causa C-18/19, punti 28 e 29.

⁶² Art. 77, par. 4, TFUE.

di misure di trattenimento incide infatti sul diritto alla libertà, nonché su altri diritti fondamentali in modo più o meno diretto. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali è posto direttamente dalle direttive che disciplinano il trattenimento⁶³ e discende inoltre da quanto disposto dal Titolo V del TFUE per l'insieme delle norme in materia di asilo e immigrazione⁶⁴. Al di là di tali specifiche disposizioni, l'obbligo per il legislatore dell'Unione di disporre un quadro normativo conforme ai diritti dell'uomo, nonché l'obbligo, negativo e positivo, per gli Stati membri di rispettare tali diritti e tutelare gli individui da eventuali violazioni di essi, lo si rinvie ancora prima dal fondamento valoriale su cui l'Unione europea si basa. Il rispetto dei diritti umani, la libertà e la dignità sono, prima di tutto, perno attorno ai quali ruotano le azioni delle istituzioni e degli Stati membri ed elemento imprescindibile per il mantenimento dello Stato di diritto, in quanto valori indicati dall'art. 2 del TUE.

La centralità di essi è inoltre testimoniata dal fatto che l'Unione si sia dotata, a partire dal 2000, di una propria Carta dei diritti fondamentali (di seguito «Carta»)⁶⁵ e dal fatto che il Trattato di Lisbona abbia attribuito ad essa lo stesso valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6, par. 1, del TUE⁶⁶, rendendola a tutti gli effetti una fonte di diritto primario dell'Unione. La Carta fornisce un elenco dei diritti fondamentali, tra i più moderni e completi nel panorama delle carte e convenzioni a tutela dei diritti umani.

Ai sensi del par. 3 dell'articolo sopracitato, fanno inoltre parte del diritto dell'Unione, in quanto principi generali, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito «CEDU»)⁶⁷ e quelli discendenti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Queste fonti, insieme alle altre convenzioni internazionali sui diritti umani, costituiscono peraltro le basi a cui si è ispirata la Carta dei diritti fondamentali e sulle quali la

⁶³ V. considerando nn. 17 e 24, art. 1, dir. 2008/115/CE; considerando nn. 10, 15, 20 e 35, dir. 2013/33/UE.

⁶⁴ V. art. 67, par. 1, TFUE; art. 78, par. 1, TFUE.

⁶⁵ Sulla Carta dei diritti fondamentali, v. *infra*, cap. I, par. 3.3.

⁶⁶ Per un commento all'art. 6 del TUE, v. POCAR, F., BARUFFI, M., ADINOLFI, A. e a., *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 36-42.

⁶⁷ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Strasburgo nel 1950, dal Consiglio d'Europa, v. *infra*, cap. I, par. 3.4.

Corte di giustizia aveva già sviluppato una giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, integrando le lacune lasciate dalla normativa secondaria⁶⁸. Pur svolgendo oggi una funzione residuale, i principi generali sono comunque un importante strumento per integrare il catalogo dei diritti fondamentali.

A completare il quadro vi è poi il diritto internazionale, la cui importanza è sottolineata anche dall'art. 3, par. 5, del TUE che include, tra gli obiettivi dell'Unione, l'impegno alla «*rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite*». Le convenzioni di cui sono firmatari gli Stati membri, possono assumere rilevanza in quanto richiamate dal diritto primario o dal derivato dell'Unione, anche laddove l'Unione non ne sia parte essa stessa. Fra queste, vi sono senz'altro le convenzioni adottate in seno alle Nazioni Unite⁶⁹ e, nell'ambito delle politiche di asilo, la Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 1951 e il relativo Protocollo del 1967. La Corte di giustizia ha affermato che la Convenzione di Ginevra e gli altri trattati internazionali devono essere tenuti in considerazione nell'interpretazione del diritto dell'Unione⁷⁰. A livello regionale, un ruolo fondamentale è svolto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, richiamata direttamente dall'art. 6, par. 3, del TUE ed il cui peculiare rapporto con l'Unione europea è indicato dall'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali. Fanno inoltre parte dell'ordinamento dell'Unione, in quanto principi generali, i principi di diritto internazionale consuetudinario⁷¹.

Le norme sui diritti fondamentali summenzionate pongono vincoli stringenti sia per il legislatore dell'Unione, nell'adozione degli atti in materia di asilo e immigrazione, sia per gli Stati membri, al momento del recepimento delle direttive e dell'attuazione delle normative stesse. È opportuno quindi analizzare

⁶⁸ V. Corte di giustizia, *Bosman*, causa C-415/93, punto 79; Corte di giustizia, *Stauder*, causa C-29/69; Corte di giustizia, *Nold*, causa C-4/73, punti 12 e 13; Corte di giustizia, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa C-11/70, punti 3 e 4, sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

⁶⁹ V. *infra*, cap. I, par. 3.2.

⁷⁰ Corte di giustizia, *Abdulla e a.*, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, punti 51-53; Corte di giustizia, *Bolbol*, C-31/09, punti 36-38.

⁷¹ Corte di giustizia, *Racke*, causa C-162/96, punto 46.

quale sia il contenuto di tali disposizioni che viene in rilievo nell'ambito delle misure di trattenimento.

3.1. La Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati

La Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951 (di seguito «Convenzione di Ginevra») e il Protocollo di New York del 1967 (di seguito «Protocollo») sono richiamati dall'art. 78 del TFUE, dall'art. 18 della Carta e da varie disposizioni di diritto derivato⁷². Il diritto dell'Unione europea in materia di asilo è basato in ogni sua componente sulla Convenzione di Ginevra⁷³, la quale rappresenta la «*pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati*»⁷⁴, nonché lo *standard minimo comune* che ispira l'interpretazione del diritto derivato dell'Unione europea in materia di asilo⁷⁵.

“Madre” del diritto di asilo, in quanto prima fonte di diritto internazionale in materia, la Convenzione di Ginevra aveva inizialmente lo scopo di garantire l’asilo a coloro che fossero perseguitati limitatamente a fatti avvenuti in Europa e collegati alla Seconda Guerra Mondiale. A partire dal Protocollo del 1967, che fece cadere la riserva temporale, la Convenzione ha progressivamente esteso la propria portata, diventando uno strumento di tutela universale.

Quanto alla sua efficacia giuridica nel diritto dell'Unione europea, il richiamo fatto dall'art. 78, par. 1, del TFUE fa sì che gli atti dell'Unione contrastanti con la Convenzione di Ginevra siano invalidi, nonostante tale Convenzione non

⁷² V. ad es. considerando nn. 3 e 4, art. 2, lett. c), dir. 2011/95/UE; art. 2, lett. a), dir. 2013/32/UE; considerando n. 3, dir. 2013/33/UE; considerando n. 3, reg. (UE) 604/2013. V. inoltre in giurisprudenza, Corte di giustizia, *B e D*, cause riunite C-57/09 e 101/09, punti 76-78; Corte di giustizia, *Bilali*, causa C-720/17, punto 54; Corte di giustizia, *M.*, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17.

⁷³ Considerando n. 3, dir. 2011/95/UE; considerando n. 3, dir. 2013/32/UE.

⁷⁴ Considerando n. 4, dir. 2011/95/UE; si v. Corte di giustizia, cause riunite *Abdulla*, cit., punto 52; Corte di giustizia, *Bolbol*, cit., punto. 37; Corte di giustizia, *Alo e Osso*, cause riunite C-443/14 e C-444/14, punto 30.

⁷⁵ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 6; considerando n. 23 della direttiva rimpatri stabilisce che la direttiva non pregiudica gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra.

abbia un carattere vincolante ed un effetto diretto nel diritto dell'Unione⁷⁶. Non essendo l'Unione parte alla Convenzione,⁷⁷ essa può essere impiegata come parametro di validità di una norma dell'Unione qualora tale norma richiami la Convenzione di Ginevra⁷⁸. In questo senso, in virtù dell'art. 78, par. 1, prima frase del TFUE, la Convenzione costituisce un parametro di legittimità degli atti dell'Unione. La Corte di giustizia si è dichiarata competente a ricevere le questioni pregiudiziali relative alla Convenzione di Ginevra solo nel caso in cui una disposizione di diritto derivato rinviasse in modo esplicito ad essa⁷⁹ e non in caso contrario⁸⁰.

A tale fonte si deve l'introduzione nel diritto internazionale della definizione di rifugiato⁸¹ e del principio di *non-refoulement*, a cui fa riferimento il diritto dell'Unione europea. Il divieto di respingimento, previsto dall'art. 33 della Convenzione, è un principio cardine della protezione dei rifugiati, il quale prevede che i rifugiati e i richiedenti asilo non debbano essere respinti in un paese in cui abbiano motivo di temere di essere perseguitati. Indirettamente, tale disposizione pone l'obbligo in capo agli Stati di esaminare le domande e le situazioni individuali di coloro che si presentano alla frontiera, rischiando altrimenti di respingere un soggetto in violazione di tale principio⁸². In questo senso, la Convenzione ha un

⁷⁶ Si tratta dei presupposti enunciati in via generali dalla Corte di giustizia, v. *International Fruit Company*, cause riunite C-21/72 e C-24/72; Corte di giustizia, *Portogallo c. Consiglio*, causa C-149/96. La Convenzione di Ginevra non è vincolante per l'Unione perché l'Unione non ne è parte, né si può prospettare un fenomeno di sostituzione analogo a quello del GATT perché la competenza dell'Unione in materia di asilo non è esclusiva; inoltre sembra difficile prospettare la produzione di effetti diretti nel caso della Convenzione di Ginevra, in quanto le disposizioni non paiono sufficientemente chiare, precise ed incondizionate.

⁷⁷ Sono invece parte alla Convenzione tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

⁷⁸ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 6; in tal senso, Corte di giustizia, *M.*, cit., punti 67-75.

⁷⁹ Corte di giustizia, *Bolbol*, cit.; Corte di giustizia, *Abed El Karem El Kott e a.*, causa C-364/11.

⁸⁰ Corte di giustizia, *Qurbani*, causa C-481/13, punti 18-28, in cui si è dichiarata incompetente ad interpretare l'articolo 31 della Convenzione di Ginevra.

⁸¹ Ai sensi dell'art. 1, A, della Convenzione di Ginevra, rifugiati sono coloro che si trovano fuori dallo Stato di cui sono cittadini o, se apolidi, di residenza abituale, e che, temendo la persecuzione per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le loro opinioni politiche, non possono o non vogliono avvalersi della protezione di tale Stato.

⁸² DE PASQUALE P., *Articolo 18*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O., *Carta Dei Diritti Fondamentali Dell'Unione Europea*, Milano, 2017, pp. 353 e 354.

ambito di applicazione soggettivo che si estende non solo ai rifugiati, ma anche ai richiedenti protezione internazionale, in quanto presunti rifugiati, che devono perciò essere trattati di conseguenza⁸³.

In materia di trattenimento, rileva nello specifico l'art. 31 della Convenzione⁸⁴, applicabile ai rifugiati che soggiornano irregolarmente sul territorio di uno Stato. La disposizione vieta di imporre sanzioni penali ai rifugiati per il fatto di entrare o soggiornare illegalmente nel territorio, qualora essi giungano direttamente da un paese in cui sia minacciata la loro vita o la loro libertà e purché si presentino senza indugio alle autorità, giustificando con motivi validi la loro entrata e il loro soggiorno irregolari. Tra le sanzioni possono rientrarvi le misure detentive. Il divieto di sanzioni penali è stato interpretato con riferimento alla violazione sulle norme di ingresso e soggiorno e non anche al divieto di altre forme di limitazione della libertà di spostamento dei rifugiati⁸⁵. Quanto alla nozione di “sanzioni penali” (in inglese “*penalities*”), secondo una tesi sono precluse solo le sanzioni penali in senso proprio⁸⁶, mentre un diverso orientamento sostiene che con tale termine si voglia comprendere non solo le sanzioni di diritto penale, ma anche le sanzioni civili ed amministrative⁸⁷. La scelta tra un’interpretazione più o meno restrittiva ha conseguenze pratiche sulla deroga prevista dal secondo paragrafo. Il divieto di sanzioni penali infatti non è infatti assoluto nella Convenzione di Ginevra, poiché l'art. 31, par. 2, consente agli Stati di limitare gli spostamenti dei rifugiati, a condizione che siano rispettati determinati requisiti. L’adozione della prima tesi porterebbe a sostenere che, pur non potendo applicare una detenzione di tipo penale, gli Stati potrebbero ricorrere a misure restrittive di natura amministrativa nei confronti degli stranieri irregolari⁸⁸, senza necessità di sottostare alle condizioni previste dal par. 2, cosa che al contrario sarebbe necessaria

⁸³ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 284.

⁸⁴ L'art. 31 della Convenzione di Ginevra è richiamato dal considerando n. 15 della direttiva 2013/33/UE e dal considerando n. 20 del reg. (UE) 604/2013.

⁸⁵ LOPRIENO D., “Trattenere e punire”: la detenzione amministrativa dello straniero, Napoli, 2018, p. 60.

⁸⁶ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 285.

⁸⁷ Ibid.; PEERS S., *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 517.

⁸⁸ LOPRIENO D., “Trattenere e punire”, cit., p. 60.

sostenendo la tesi che include tra le *penalties* anche le sanzioni amministrative. Quest'ultima posizione appare quella risultante anche dai lavori preparatori⁸⁹.

Per quanto concerne i requisiti del par. 2, innanzitutto, l'ambito di applicazione *rationae personae* è limitato ai soli rifugiati il cui *status* non sia stato ancora regolarizzato o fino a quando essi non siano ammessi in un altro paese. Inoltre, le restrizioni non possono essere applicate se non nella misura in cui siano necessarie, criterio che mira a tutelare da limitazioni arbitrarie della libertà personale, implicando una valutazione individuale della specifica situazione di ciascun rifugiato⁹⁰. Da tale disposizione si evince che gli Stati contraenti non dovrebbero ricorrere alla detenzione dei rifugiati e richiedenti asilo in assenza di una giustificazione, seppur né la previsione appena esaminata, né la Convenzione nel suo complesso prevede quali siano i motivi giustificativi per limitare la libertà personale e le modalità con cui le restrizioni possono essere messe in atto⁹¹.

All'art. 31 si accompagna l'art. 26, che sancisce il diritto dei rifugiati di circolare liberamente nello Stato e scegliere la propria residenza⁹². Il campo di applicazione soggettivo si distingue dall'articolo esaminato in precedenza, poiché l'art. 26 si riferisce a coloro che soggiornano legalmente nel territorio. Possono perciò godere di tale diritto i rifugiati il cui *status* sia già riconosciuto e dovrebbero inoltre essere titolari di tale diritto anche i richiedenti asilo. Anche l'art. 26 contempla la possibilità di derogare al diritto ivi previsto, restringendo la libertà di movimento secondo le norme che l'ordinamento nazionale prevede per gli «stranieri nelle stesse circostanze, in generale». La previsione fa salva la possibilità di rimanere soggetti a detenzione, secondo norme che dipenderanno in concreto da quanto previsto dagli ordinamenti nazionali.

⁸⁹ WEIS P., *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Preparatoires Analysed with a Commentary*, Cambridge, 1995, p. 302.

⁹⁰ Cfr. con il principio di necessità nella CEDU, v. *infra*, cap. I, par. 5.2.3.

⁹¹ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, Napoli, 2018, pp. 161 e 162.

⁹² Cfr. art. 33, dir. 2011/95/UE.

3.2. Cenni ad altre fonti di diritto internazionale

Oltre alla Convenzione di Ginevra, l’art. 78, par. 1, del TFUE richiede che la politica dell’Unione europea in materia di asilo sia conforme anche agli «*altri trattati pertinenti*». Con tale espressione, l’articolo intende riferirsi alle convenzioni di diritto internazionale di cui gli Stati membri sono Parti contraenti, i quali hanno la stessa efficacia giuridica della Convenzione di Ginevra nell’ambito del diritto dell’Unione⁹³. Non specificando a quali trattati si riferisca, la disposizione lascia aperta la possibilità di individuare le fonti di diritto internazionale rilevanti, con la possibilità di ampliarne la portata in futuro.

Le principali convenzioni di diritto internazionale sono state adottate dalle Nazioni Unite, richiamate talvolta dal diritto dell’Unione europea, come la Carta delle Nazioni Unite⁹⁴. Pur essendo un atto non vincolante, un contributo fondamentale per lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani è inoltre quello dato dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, che fra i diritti che possono rilevare in materia di trattenimento, sancisce il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza di ogni persona (art. 3) e il divieto di arresti, detenzioni o esili arbitrari (art. 9).

Una delle fonti più rilevanti è il Patto internazionale dei diritti civili e politici delle Nazioni Unite (di seguito «Patto»), del 1966, entrato in vigore nel 1976, citata talvolta anche dalla Corte di giustizia⁹⁵. Tra le sue disposizioni, il Patto prevede il diritto di libertà e sicurezza (art. 9), gli *standard* per le condizioni di detenzione (art. 10), la libertà di movimento (art. 12) e le garanzie in caso di espulsione di stranieri (art. 13). L’art. 9 non vieta la privazione della libertà personale, quanto il fatto di porla in essere in modo arbitrario e illegittimo⁹⁶, ma anch’esso non prevede un elenco di motivi che legittimano la detenzione. L’art. 9 del Patto è stato utilizzato anche relativamente alle restrizioni della libertà nei confronti degli stranieri. Il

⁹³ V. *supra*, cap. I, par. 3.1.

⁹⁴ V. ad es. art. 3, par. 5, TUE; in diritto derivato art. 17, par. 1, lett. c), dir. 2011/95/CE.

⁹⁵ V. ad es. Corte di giustizia, *Grant*, causa C-249/96, punto 44.

⁹⁶ NOWAK M., *UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl, 1993, p. 160; sul divieto di arbitrietà, v. *infra*, cap. I, par. 5.2.

Comitato dei diritti umani⁹⁷ ha affermato che la detenzione al fine del controllo dell’immigrazione non è di per sé arbitraria ma il solo fatto di richiedere l’asilo non può giustificare il ricorso alla detenzione del soggetto interessato. Devono infatti sussistere altri motivi, quali ad esempio il rischio di fuga o la mancanza di cooperazione del soggetto. Per essere legittima, la detenzione degli stranieri deve rispettare il principio di proporzionalità e deve essere necessaria per le circostanze concrete del caso, tenendo in considerazione anche la vulnerabilità delle persone ed in particolare dei minori⁹⁸. Lo Stato inoltre è tenuto a giustificare le ragioni del provvedimento detentivo e dimostrare che nel caso concreto non erano perseguitibili misure meno afflittive⁹⁹.

Sono infine da ricordare la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, del 1989, il cui art. 37 sulla limitazione della libertà personale nei confronti dei minori è richiamato nei considerando della direttiva accoglienza e della direttiva rimpatri¹⁰⁰, e la Convezione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 1984. Quest’ultima prevede, all’art. 3, il principio di *non-refoulement* e può inoltre rilevare per quanto riguarda le condizioni di trattenimento.

Nell’ambito del diritto internazionale vi sono degli organi che si occupano della tutela contro la detenzione arbitraria degli stranieri. Essi non hanno efficacia vincolante nel diritto dell’Unione europea ma possono essere di ausilio per un dialogo che vada al di là dei confini dell’Unione.

Fra questi vi è l’Alto Commissariato per le Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR, conosciuto come UNHCR), richiamato anche all’art. 35 della

⁹⁷ Organo di monitoraggio del Patto sui diritti civili e politici, istituito dall’art. 28 del Patto stesso, che dal 2006 ha sostituito la Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite.

⁹⁸ MORARU M., CORNELISSE G., DE BRUYCKER P., *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, cit., pp. 172 e 173.

⁹⁹ Comitato dei diritti umani *A. v. Australia*, comunicazione n. 560/1993, parr. 9.2 e 9.3; sul punto v. LOPRIENO D., “Trattenere e punire”, cit., p. 63; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 162-163; MORARU M., CORNELISSE G., DE BRUYCKER P., *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, cit., pp. 171 e 172; COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., pp. 282 e 283; sulle misure alternative, v. *infra*, cap. II, par. 2.5.

¹⁰⁰ Considerando nn. 9 e 18, dir. 2013/33/UE; considerando n. 22, dir. 2008/115/CE; sul trattenimento dei minori, v. *infra*, cap. II, par. 3.4.4.1.

Convenzione di Ginevra¹⁰¹. L’UNHCR detiene un ruolo importante per quanto riguarda gli aspetti operativi della protezione dei rifugiati e lo sviluppo di una *soft-law* in materia, fra cui rientrano le sue Linee Guida sui criteri applicabili alla detenzione dei richiedenti asilo¹⁰². In esse, l’UNHCR ha tentato di definire le ipotesi consentite di detenzione, facendo leva sul fatto che questa si configura come una misura eccezionale e richiedendo il rispetto del principio di necessità, proporzionalità e ragionevolezza. La detenzione deve inoltre essere prevista dalla legge, la quale deve stabilire anche i termini massimi di durata, devono essere rispettate le garanzie procedurali minime e le condizioni di detenzione devono essere umane e dignitose. A tale organo è inoltre consentito di comunicare e rendere visita ai richiedenti sottoposti a misure di trattenimento, ai sensi dell’art. 10, par. 3, della direttiva accoglienza¹⁰³, ed avere accesso ai richiedenti, anche coloro trattenuti alla frontiera o nelle zone di transito, ai sensi dell’art. 29, par. 1, lett. a), della direttiva procedure¹⁰⁴.

Nel contesto delle Nazioni Unite, è stato poi costituito nel 1991 un Gruppo di esperti sulla detenzione arbitraria¹⁰⁵, il cui mandato copre anche le questioni relative alla detenzione amministrativa dei richiedenti asilo e degli immigrati¹⁰⁶. Nel suo rapporto del 2012, il *Working Group* identifica il divieto di detenzione arbitraria come una norma di *jus cogens* di diritto internazionale, e una delle ipotesi in cui si verifica l’arbitrarietà è il caso in cui la detenzione amministrativa di richiedenti asilo, rifugiati o altri migranti si prolunghi indebitamente senza possibilità di un rimedio giudiziale¹⁰⁷. Viene inoltre messa in luce la crescente preoccupazione per questo tipo di detenzione e la necessità di contemperare l’interesse degli Stati a proteggersi dalle immigrazioni irregolari con i diritti

¹⁰¹ V. anche considerando n. 22, dir. 2011/95/CE.

¹⁰² Linee Guida sui criteri e gli *standard* applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione, 2012; si v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 162.

¹⁰³ V. *infra*, cap. II, par. 3.4.3.

¹⁰⁴ V. *infra*, cap. II, par. 2.1.

¹⁰⁵ Commissione dei diritti umani, risoluzione 1991/42.

¹⁰⁶ Commissione dei diritti umani, risoluzione 1997/50.

¹⁰⁷ Nazioni Unite, Consiglio dei diritti umani, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, UN Doc. A/HRC/22/44, del 24 dicembre 2012, par. 38, lett. d); BUFALINI A., *La natura del divieto di detenzione arbitraria secondo il Working Group on Arbitrary Detention del Consiglio dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 525 e 526.

fondamentali dei migranti ed auspicano una graduale abolizione della detenzione amministrativa¹⁰⁸.

3.3. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea è stata proclamata a Nizza, il 7 dicembre del 2000, con lo scopo di dotare il diritto dell’Unione europea di un “*bill of rights*” che riunisse in un unico strumento i diritti fondamentali riconducibili ad un insieme di fonti diverse, già parte del patrimonio dell’Unione europea¹⁰⁹. Dopo che il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, ha riconosciuto alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, pur non incorporandola nel testo, essa è diventata parte integrante del diritto primario, confermandosi lo strumento principale per la tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del diritto dell’Unione europea.

Ai fini dell’argomento in esame, è necessario ricordare che la Carta non si limita a tutelare esclusivamente i cittadini dell’Unione, ma contiene una serie di diritti che devono essere garantiti alla persona umana in quanto tale, nonché diritti specifici per i cittadini di paesi terzi¹¹⁰. L’esigenza di tutelare i diritti fondamentali degli stranieri non permette comunque di forzare in via interpretativa i limiti stabiliti dal legislatore dell’Unione all’art. 51 della Carta. Esso stabilisce che le disposizioni della Carta vincolano le istituzioni, gli organi e gli organismi dell’Unione in qualsiasi ambito, nonché gli Stati membri solo qualora agiscano nell’ambito del diritto dell’Unione. Quest’ultima espressione è stata tuttavia interpretata in modo ampio dalla Corte di giustizia¹¹¹.

Le disposizioni della Carta devono essere interpretate anche alla luce delle Spiegazioni relative ad essa che, pur non essendo vincolanti, ne chiariscono la

¹⁰⁸ *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, 2012, par. 68; ivi, p. 529; cfr. LOPRIENO D., “Trattenere e punire”, cit., pp. 64 e 65.

¹⁰⁹ V. preambolo della Carta dei diritti fondamentali che richiama le tradizioni costituzionali degli Stati membri, il diritto internazionale, la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, le carte sociali adottate dall’Unione e dal Consiglio d’Europa.

¹¹⁰ V. art. 15, par. 3, 18, 19, 45, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali.

¹¹¹ Sull’interpretazione dell’art. 51 della Carta per gli Stati membri v. Corte di giustizia, *Fransson*, causa C-647/10, punti 19-22.

portata ed indicano le fonti di ispirazione dei singoli articoli¹¹². Le Spiegazioni sono rilevanti soprattutto per conoscere quali disposizioni corrispondono agli articoli della CEDU, le quali, ai sensi dell'art. 52, par. 3 della Carta, devono essere interpretate anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹³.

Come già evidenziato, il trattenimento deve rispettare i diritti fondamentali. Vi sono infatti una pluralità di diritti sanciti dalla Carta che vengono in rilievo nell'attuazione delle misure di trattenimento.

In via preliminare, è necessario richiamare l'art. 18 e 19 della Carta, su cui posa la tutela dei richiedenti asilo nell'ambito dell'Unione europea. L'art. 18 sancisce il diritto di asilo, il quale deve essere garantito conformemente alla Convenzione di Ginevra e al Patto del 1967¹¹⁴ e a norma dei Trattati. Dal contenuto delle disposizioni adottate sulla base di questi ultimi dipende poi l'effettivo rispetto del diritto di asilo¹¹⁵. Quanto previsto dalla Carta è in realtà un diritto di carattere innovativo, poiché né la Convenzione di Ginevra, né la CEDU, contengono una disposizione specifica sull'asilo, ma ricavano tale diritto dal divieto di respingimento. Il principio di *non-refoulement* è invece garantito dall'art. 19, par. 2, della Carta, nonché ricavato dall'art. 3 della CEDU dalla giurisprudenza di Strasburgo¹¹⁶. A differenza della Convenzione di Ginevra, il principio di *non-refoulement* è un diritto assoluto nei sistemi europei¹¹⁷ e la cui osservanza è indispensabile nell'ambito delle procedure di asilo, nei controlli alle frontiere e nei provvedimenti di espulsione e di allontanamento¹¹⁸. Lo stesso art. 19 prevede anche

¹¹² Art. 57, par. 7, della Carta dei diritti fondamentali.

¹¹³ V. *infra*, cap. I, par. 3.4.

¹¹⁴ V. *infra*, cap. I, par. 3.1.

¹¹⁵ V. *supra*, cap. I, par. 2.2.

¹¹⁶ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, sent. 7 luglio 1989, parr. 90 e 91; Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, sent. 23 febbraio 2012, par. 114; Corte EDU, *Ahmed c. Austria*, sent. 17 dicembre 1996, par. 39.

¹¹⁷ Corte di giustizia, *M.*, cit., punto 94; si tratta di un diritto assoluto anche in quanto strettamente collegato all'art. 4 della Carta e, nel sistema di Strasburgo, in quanto corollario dell'art. 3 della CEDU; v. Corte EDU (GC), *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008; GIANNELLI A., *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 449-456.

¹¹⁸ V. ad es. considerando n. 8, art. 4, par. 4, lett. b), art. 5, dir. 2008/115/CE; considerando n. 3, dir. 2013/33/UE; considerando n. 3, art. 9, par. 3, dir. 2013/32/UE; art. 4, reg. (UE) 2016/399.

il divieto di espulsioni collettive, corrispondente all'art. 4 del Protocollo n. 4 della CEDU. Secondo la Corte di Strasburgo esse consistono nell'espulsione degli stranieri, in quanto gruppo, senza l'esame della situazione individuale e senza permettere loro di far valere le ragioni per opporsi all'allontanamento. Non è rilevante il numero di persone espulse per qualificare un'espulsione come "collettiva", quanto il fatto che si sia in mancanza di un esame individuale¹¹⁹.

Andando ad analizzare i diritti su cui il trattenimento degli stranieri può ingerire maggiormente, il primo che viene in considerazione è il diritto alla libertà¹²⁰. Quanto alla sua natura, infatti, il trattenimento consiste in una limitazione del diritto alla libertà personale. Questo diritto è garantito dall'art. 6 della Carta, il quale sancisce che «*ogni individuo ha diritto alla libertà e sicurezza*». Come indicato dalle Spiegazioni alla Carta, l'art. 6 corrisponde all'art. 5 della CEDU. La "libertà" e la "sicurezza" di cui all'art. 6 della Carta hanno un'accezione differente rispetto a quella che tali nozioni assumono nel Titolo V e nell'art. 67 del TFUE. In essi, ci si riferisce ad un concetto generico di libertà politica, quale rispetto di una sfera di autonomia dei cittadini¹²¹ e di sicurezza sostanziale e securitaria, nel senso di protezione attraverso il diritto penale e le istituzioni dalle minacce della criminalità¹²². L'art. 6 mira invece ad attribuire ad ogni persona¹²³ un diritto soggettivo a godere della propria libertà, intesa come libertà fisica, e della propria sicurezza, nel senso di garanzia rispetto alle interferenze arbitrarie della pubblica sicurezza nella suddetta libertà¹²⁴. In dottrina si sostiene che il richiamo alla "sicurezza" non abbia un significato normativo autonomo rispetto alla "libertà", ma

¹¹⁹ Corte EDU (GC), *N.D. e N.T. c. Spagna*, sent. 13 febbraio 2020, parr. 193-195; Corte EDU (GC), *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, sent. 23 febbraio 2012, par. 177; Corte EDU, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, sent. 21 ottobre 2014, par. 201.

¹²⁰ Sul rapporto tra trattenimento e libertà. v. *infra*, cap. I, par. 5 e, nell'ordinamento italiano, cap. III, par. 2.2.

¹²¹ POCAR, F., BARUFFI, M., ADINOLFI, A. e a., *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 7; ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O., *Carta Dei Diritti Fondamentali Dell'Unione Europea*, cit., p. 103.

¹²² ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., p. 104.

¹²³ Ivi, pp. 102-103; CELOTTO A., *Articolo 6*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 72.

¹²⁴ POCAR F., BARUFFI M., ADINOLFI A. e a., *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1675; Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, sent. 29 gennaio 2008, par. 63.

si pone piuttosto come completamento di quest'ultima¹²⁵. Tale è anche la consolidata lettura dell'art. 5 della CEDU proposta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che sostiene quindi che libertà e sicurezza vadano letti come un unico diritto¹²⁶. La Corte di giustizia ha invece in alcuni casi sostenuto una posizione differente, riconoscendo un autonomo diritto alla sicurezza concepita in modo securitario e antitetico alla libertà¹²⁷, anche in relazione alla legittimità dell'art. 8, par. 3, comma 1, lett. *d*), della direttiva accoglienza, sul trattenimento¹²⁸.

Le limitazioni che possono essere apportate al diritto tutelato *ex art.* 6 della Carta non possono andare oltre i limiti consentiti dall'art. 5 della CEDU, la quale costituisce uno *standard minimo* di tutela per il diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta¹²⁹. Per questo motivo, pur non essendo previsto un elenco esplicito dei casi in cui può essere limitato il diritto alla libertà personale, si ritengono applicabili le ipotesi previste dalla CEDU. Fra queste, l'art. 5, par. 1, lett. *f*), prevede la possibilità di arrestare o detenere una persona per impedirle l'ingresso illegale nel territorio o ai fini dell'espulsione o dell'estradizione. Perché le limitazioni della libertà siano legittime, è necessario il rispetto di una serie di condizioni, indicate sia dalla CEDU, che dall'art. 52, par. 1, della Carta. La misura deve infatti essere prevista dalla legge, rispettare il contenuto essenziale del diritto e il principio di necessità e proporzionalità e rispondere a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o al bisogno di proteggere i diritti e le libertà di altri. Le condizioni per limitare tale diritto saranno analizzate nel dettaglio in seguito, in quanto il suo rispetto fa sì che una misura di trattenimento sia legittima¹³⁰.

Una questione particolarmente delicata è quella dell'individuazione in concreto del confine tra privazione della libertà e restrizione di essa e tra limitazione

¹²⁵ ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., p. 97; CELOTTO, A., *Articolo 6*, in BIFULCO R. e a., op. cit., p. 73.

¹²⁶ Corte EDU, *Giorgi Nikolaishvili c. Georgia*, sent. 13 gennaio 2009, par. 52; Corte EDU, *Bozano c. Francia*, 18 dicembre 1986, par. 54.

¹²⁷ Corte di giustizia, *Digital Rights*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, punto 42; Corte di giustizia, *J.N.*, causa C-601/15 PPU, punto 53; conclusioni AG Bot, *Aranyosi*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, punto 135.

¹²⁸ V. *infra*, cap. II, par. 2.3.

¹²⁹ V. Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punto 47.

¹³⁰ V. *infra*, cap. I, par. 5.

della libertà personale e limitazione della libertà di circolazione¹³¹. La distinzione infatti non riguarda la natura o il contenuto della misura, ma il suo grado e la sua intensità¹³². In quest'ottica, può venire in gioco anche l'art. 45 della Carta, che, al par. 2, prevede la possibilità di accordare la libertà di circolazione e di soggiorno ai cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio. Si tratta non di un diritto, ma di un'aspettativa, che le Spiegazioni ricollegano alla competenza degli artt. 77, 78 e 79 del TFUE e condizionata all'esercizio da parte delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri delle competenze in materia e di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione. Tale aspettativa si concretizza in diritto nei limiti delle misure legislative adottate in attuazione delle politiche di cui al capo 2 del titolo V del TFUE e alla concessione del soggiorno e della circolazione.

Numerosi diritti sanciti dalla Carta possono venire in rilievo nel momento in cui gli stranieri si trovano sottoposti a misure di trattenimento. Fra questi, possono essere richiamata il rispetto della vita privata e familiare (art. 7)¹³³, la tutela del minore (art. 24) e la protezione della salute (art. 35)¹³⁴.

Una disposizione che assume una rilevanza centrale in questo senso è l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali, che sancisce l'inviolabilità della dignità umana. Non è casuale l'uso del termine "inviolabilità" solo per nell'art. 1¹³⁵, né il fatto che la dignità sia elencata per prima sia dalla Carta, che tra i valori dell'art. 2 del TUE¹³⁶. Essa è infatti parte dell'essenza dell'essere umano, il quale è punto focale e cuore di tutte le attività dell'Unione. La dignità costituisce la base di tutti i diritti fondamentali ed un diritto assoluto che non può subire limitazioni ai sensi

¹³¹ L'art. 2, lett. h), della dir. 2013/33/UE si riferisce ad una privazione della libertà di circolazione, ma la giurisprudenza costante della Corte di giustizia richiama la libertà *ex art. 6* della Carta; v. Corte di giustizia, *J.N.*, cit.; K., causa C-18/16; Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, causa C-808/18; Corte di giustizia, *F.M.S.* cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19; Corte di giustizia, *V.L.*, causa C-36/20 PPU. Sulla distinzione, v. *infra*, cap. I, par. 5.1.

¹³² Corte EDU, *Amuur c. Francia*, sent. 25 giugno 1996, par. 42; *Nolan e K. c. Russia*, sent. 12 febbraio 2009, par. 93; *Guzzardi c. Italia*, sent. 6 novembre 1980, par. 92.

¹³³ L'art. 7 corrisponde all'art. 8 della CEDU, richiamato anche dal considerando n. 22, dir. 2008/115/CE. Tale diritto infatti è richiesto che costituiseca una considerazione preminente degli Stati membri nell'attuazione della direttiva; v. anche considerando n. 9, dir. 2013/33/UE.

¹³⁴ V. *infra*, cap. II, parr. 3.4.2.2, 3.4.4 e 3.4.5.

¹³⁵ POCAR, F., BARUFFI, M., ADINOLFI, A. e a., *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1657.

¹³⁶ Ivi, p. 1654; PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford, 2014, p. 7.

dell'art. 52, par. 1, della Carta¹³⁷. La dignità è connaturata all'essenza stessa dell'essere umano, impedendo che sia ridotto a mero oggetto e viene violata ogni volta che un essere umano viene degradato, considerato mezzo anziché fine, equiparato ad una cosa¹³⁸. Sebbene possano apparire concetti astratti, la dignità umana trova attuazione negli altri articoli della Carta, molti dei quali costituiscono una proiezione della stessa¹³⁹. Tale nozione ha per di più un impatto concreto in materia di asilo e immigrazione ed in particolare modo nel trattenimento degli stranieri¹⁴⁰. Le condizioni materiali di trattenimento infatti devono essere umane e dignitose ma nella prassi tale previsione non sempre viene osservata¹⁴¹.

Condizioni di trattenimento inumane e degradanti potrebbero comportare anche una violazione dell'art. 4 della Carta, corrispondente all'art. 3 della CEDU, i quali proibiscono la tortura e le altre pene e trattamenti inumani e degradanti. Si tratta di un diritto assoluto ed inderogabile, anche in diritto internazionale, essendo ritenuto una norma di *jus cogens*¹⁴². Dall'art. 4 deriva l'obbligo positivo di predisporre istituti in cui la persona sia sottoposta a restrizione di libertà, che non la riducano in condizioni inumane e degradanti, prima di tutto per quanto riguarda le condizioni materiali. Tale diritto viene spesso in rilievo nei procedimenti relativi all'esecuzione della pena e al sovraffollamento carcerario, ma la previsione si presta anche a tutelare coloro che si trovano nei centri di trattenimento per stranieri, poiché, pur data la differenza delle situazioni dal punto di vista giuridico, le condizioni materiali sono in molti casi affini¹⁴³. La norma è poi richiamata frequentemente dalla Corte di Lussemburgo, nonché dalla Corte di Strasburgo, nei

¹³⁷ OLIVETTI, *Articolo 1*, in BIFULCO R. e a., op. cit., p. 42.

¹³⁸ Ivi, p. 44; POCAR, F., BARUFFI, M., ADINOLFI, A. e a., *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1657.

¹³⁹ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, pp. 28 e 29.

¹⁴⁰ PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., pp. 4 e 5.

¹⁴¹ Considerando n. 17, dir. 2008/115/CE; considerando n. 18, dir. 2013/33/UE; v. *infra*, cap. II, par. 3.4 e cap. III, par. 6.

¹⁴² EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, cit., p. 44; v. art. 15, par. 2, CEDU che elenca tra i diritti che non possono essere soggetti a deroghe anche l'art. 3 CEDU.

¹⁴³ V. *infra*, cap. II, par. 3.4 e cap. III, par. 6.

procedimenti in materia di asilo, per quanto riguarda il trattenimento, le espulsioni e i respingimenti alle frontiere, in collegamento al principio del *non-refoulement*¹⁴⁴.

Non meno importanti sono infine i diritti procedurali previsti dalla Carta, in particolare il diritto ad un ricorso effettivo enunciato dall'art. 47, par. 1, della Carta, corrispondente in parte all'art. 13 della CEDU¹⁴⁵, in quanto allo straniero deve essere garantita la possibilità di ricorrere contro un trattenimento illegittimo¹⁴⁶.

3.4. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la sua rilevanza nel diritto dell'Unione europea

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in seguito «CEDU») è stata firmata nel 1950 dal Consiglio d'Europa, un'istituzione regionale a tutela dei diritti umani in Europa, fondata nel 1949 a Strasburgo. Sono parte alla Convenzione tutti gli Stati membri dell'Unione europea, nonché altri Stati geograficamente situati sul territorio europeo. Il rispetto da parte degli Stati firmatari dei diritti ivi sanciti è garantito dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo (in seguito «Corte EDU»), con sede a Strasburgo ed attiva dal 1959.

La Convenzione appartiene al diritto internazionale, ma intrattiene un rapporto peculiare con il diritto dell'Unione europea. I diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU assumono infatti una duplice funzione, “diretta” e “indiretta”, ai fini della tutela dei diritti umani nell'ordinamento dell'Unione¹⁴⁷.

La funzione diretta è operata tramite l'articolo 6, par. 3, del TUE, che stabilisce che i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in

¹⁴⁴ Corte di giustizia, *N.S. e a.*, cause riunite C-411/10 e 493/11; Corte di giustizia, *C.K e a.*, causa C-578/16 PPU; Corte EDU (GC), *M.S.S. contro Grecia e contro Belgio*, sent. 21 gennaio 2011.

¹⁴⁵ La tutela nel diritto dell'Unione europea è più estesa, poiché prevede il «*ricorso effettivo davanti ad un giudice*», mentre l'art. 13 della CEDU prevede il «*diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale*», v. Spiegazioni all'art. 47 della Carta; CONSOLO C., *Articolo 47, parte II*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., pp. 884 e 885.

¹⁴⁶ A tale riguardo, v. *infra*, cap. II, par. 3.3.2 e cap. III, par. 5.3.4.

¹⁴⁷ V. sul punto GAJA G., *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, pp. 677-689.

quanto principi generali¹⁴⁸. La CEDU non costituisce però uno strumento giuridico formalmente integrato nell’ordinamento dell’Unione, almeno fino a quando (e se) non sarà completato il procedimento di adesione dell’Unione alla CEDU¹⁴⁹. Ad ogni modo, ciò non le impedisce di costituire un parametro vincolante per le istituzioni e gli Stati membri nel diritto dell’Unione, data l’esigenza del rispetto della Convenzione sul piano del diritto dell’Unione, vincolo che già esiste ai sensi dell’art. 6, par. 3, del TUE indipendentemente dal sorgere dell’obbligo sul piano internazionale per l’Unione.

Più rilevante e peculiare è però la funzione indiretta. Molti dei diritti contenuti nella Carta dell’Unione europea traggono origine dai diritti affermati già in precedenza dalla CEDU. L’art. 52, par. 3, della Carta prevede una clausola di equivalenza, la quale stabilisce che quando i diritti della Carta di Nizza corrispondono ai diritti garantiti dalla Convenzione di Strasburgo, essi hanno lo stesso significato e la stessa portata, nonché le stesse limitazioni. Secondo quanto disposto dalle Spiegazioni alla Carta di Nizza inoltre, tali diritti devono essere interpretati tenendo in considerazione anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Sono le stesse Spiegazioni che forniscono l’elenco di quali siano tali diritti corrispondenti.

Nonostante il rapporto sopra descritto tra i due sistemi, il diritto dell’Unione mantiene comunque una propria autonomia¹⁵⁰ e la protezione accordata dal sistema di Strasburgo costituisce uno *standard* minimo di tutela per il diritto dell’Unione. Questa previsione si configura, da un lato, come una libertà per l’Unione, la quale può prevedere una tutela più ampia dei diritti fondamentali, come spesso avviene, ma, dall’altro lato, anche come un vincolo, in quanto la tutela della Corte di Lussemburgo non potrà essere inferiore a quella accordata dalla Corte di Strasburgo.

Dal momento che nel vigente sistema delle fonti dell’Unione europea la Carta ha lo stesso valore dei trattati e dal momento il diritto dell’Unione può

¹⁴⁸ V. *infra*, cap. I, par. 3.

¹⁴⁹ Corte di giustizia, *Fransson*, cit., punto 44; Corte di giustizia, parere 2/13, punto 179; Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punto 45; Corte di giustizia, *Kamberaj*, causa C-571/10, punti 60-63. Il processo di adesione dell’Unione alla CEDU è tuttora in atto.

¹⁵⁰ V. anche Spiegazioni alla Carta relative all’art. 52; Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punti 47 e 48.

prevedere una tutela più estesa dei diritti, di fatto la Carta “comprende” ed “assorbe” la Convenzione, per quanto concerne quei diritti corrispondenti, nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione. La Convenzione assume quindi rilevanza diretta nel diritto dell’Unione solo laddove tuteli diritti che non trovano corrispondenza nella Carta dei diritti fondamentali, ma si tratta di casi limitati e residuali¹⁵¹.

A motivo di quanto sopraesposto riguardo all’art. 52, par. 3, della Carta, gli articoli della CEDU che trovano una corrispondenza nella Carta e che rilevano per il tema del trattamento degli stranieri sono già stati esaminati in precedenza¹⁵². Ci si limiterà quindi in tal sede a riportarne le differenze e ad indicare quegli articoli non richiamati dalle Spiegazioni della Carta.

A differenza della Carta dei diritti fondamentali, la CEDU non contiene molte norme che attribuiscono diritti agli stranieri¹⁵³ ma le sue disposizioni si applicano a chiunque si trovi nella giurisdizione di uno Stato contraente, indipendentemente dalla cittadinanza. Tra le disposizioni non è presente una norma che attribuisca il diritto di asilo¹⁵⁴, mentre è previsto il divieto di espulsioni collettive all’art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU. Sempre per quanto riguarda gli stranieri, l’art. 1 del Protocollo n. 7 prevede garanzie procedurali che devono essere osservate in caso di espulsioni di stranieri regolarmente residenti sul territorio di uno Stato.

Ci sono poi norme che, pur rivolgendosi in modo indifferenziato a tutti, assumono una particolare accezione qualora siano applicate agli stranieri¹⁵⁵. Fra questi è compreso l’art. 5 della CEDU sul diritto alla libertà e alla sicurezza. A differenza dell’art. 6 della Carta, esso prevede un elenco di casi specifici nei quali è permesso limitare tale diritto. Si tratta di un elenco a carattere chiuso e da

¹⁵¹ GAJA G., *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, cit., p. 684.

¹⁵² V. *infra*, cap. I, par. 3.3.

¹⁵³ Le uniche disposizioni che attribuiscono diritti specificatamente agli stranieri sono l’art. 4, Protocollo n. 4 e art. 1, Protocollo n. 7 della CEDU. L’art. 16 CEDU si riferisce agli stranieri ma non attribuisce loro alcun diritto.

¹⁵⁴ Corte EDU, *Vilvarajah ed altri c. Regno Unito*, sent. 30 ottobre 1991, par. 102; *Ahmed c. Austria*, sent. 17 dicembre 1996, par. 38.

¹⁵⁵ LOPRIENO D., “*Trattenere e punire*”, cit., p. 67.

interpretare in modo restrittivo¹⁵⁶. I casi che vengono in rilievo per quanto riguarda il trattenimento degli stranieri sono indicati alla lett. *f*), che prevede l'arresto o la detenzione regolare per impedire ad una persona di fare ingresso illegalmente nel territorio, ovvero di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione. I paragrafi successivi prevedono poi una serie di diritti da garantire alla persona arrestata o detenuta¹⁵⁷.

L'altro diritto centrale in materia, sia di asilo in generale, che di trattenimento, è quello previsto dall'art. 3 della CEDU, secondo il quale «*nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti*». Anche per quest'ultimo valgono le considerazioni fatte per l'art. 4 della Carta. La differenza principale è che, non essendoci all'interno della CEDU una disposizione specifica sul principio di *non-refoulement*, la giurisprudenza di Strasburgo ritiene tale principio un corollario dell'art. 3¹⁵⁸. Nel *leading case* in materia, *Soering c. Regno Unito*¹⁵⁹, la Corte di Strasburgo ha affermato che una persona non può essere allontanata verso un paese dove possa correre il rischio di subire torture o trattamenti inumani e degradanti. Questo si applica sia all'estradizione, che ad ogni altra forma di espulsione, compresa quella che riguarda i rifugiati e i richiedenti altre forme di protezione internazionale. Anche per la Corte di Strasburgo il principio previsto all'art. 3 è assoluto¹⁶⁰ e il divieto di tortura costituisce una norma di *jus cogens*¹⁶¹. L'art. 3 fa parte del “nocciolo duro” dei diritti della Convenzione, non soggetto a deroga ai sensi dell'art. 15 della stessa. L'art. 15 permette infatti agli Stati parte di adottare misure che derogano ai diritti sanciti dalla Convenzione in caso di stato d'urgenza, configurato come una guerra o un altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione.

¹⁵⁶ Corte EDU (GC), *Medvedyev e altri c. Francia*, sent. 29 marzo 2010, par. 78; Corte EDU, *Quinn c. France*, sent. 22 marzo 1995, par. 42.

¹⁵⁷ Sulle garanzie procedurali, v. *infra*, cap. II, par. 3.3.

¹⁵⁸ V. Spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali riferite all'articolo 19, par. 2, Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit., parr. 90-91; Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 114; Corte EDU, *Ahmed c. Austria*, sent. 17 dicembre 1996, par. 39.

¹⁵⁹ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, cit.

¹⁶⁰ Corte EDU (GC), *Gäfgen c. Germania*, sent. 1° giugno 2010, par. 87.

¹⁶¹ Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, sent. 21 novembre 2011, par. 60.

È rispettando questo dettagliato quadro di diritti fondamentali che il legislatore dell’Unione può procedere ad adottare misure legislative in materia di trattenimento degli stranieri.

4. Le fonti di diritto derivato dell’Unione europea in materia di asilo e immigrazione

La disciplina in materia di trattenimento rientra nel più ampio disegno della normativa di diritto derivato in materia di asilo e immigrazione, adottata dall’Unione europea nel rispetto delle competenze ad essa attribuite dai Trattati¹⁶². Il trattenimento è disciplinato principalmente da due misure, la direttiva 2008/115/CE e la direttiva 2013/33/UE, che prevedono due «*distinti regimi giuridici*»¹⁶³, ai fini dell’allontanamento e del rimpatrio, l’uno, e per i richiedenti protezione internazionale, l’altro.

Come sottolineato anche dai preamboli degli atti, le misure sono state adottate facendo seguito ai tre programmi del Consiglio europeo di Tampere del 1999¹⁶⁴, di Bruxelles del 2004¹⁶⁵ e, per le ultime, di Stoccolma del 2009¹⁶⁶, i quali contenevano le agende di lavoro relative a tale materia.

La misura più rilevante del SECA per il trattenimento è la direttiva 2013/33/UE, che disciplina le condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Lo scopo di tale atto è equiparare le condizioni di accoglienza dei

¹⁶² In particolare, in attuazione degli artt. 77, 78 e 79, TFUE.

¹⁶³ Corte di giustizia, *Kadzoev*, causa C-357/09 PPU, punto 45; Corte di giustizia, *Arslan*, causa C-534/11, punto 52.

¹⁶⁴ Riunione straordinaria del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999; v. considerando n. 1, dir. 2008/115/CE; considerando n. 3, dir. 2011/95/UE; considerando n. 3, dir. 2013/32/UE; considerando n. 3, dir. 2013/33/UE; considerando n. 3, reg. (UE) n. 604/2013.

¹⁶⁵ Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004, Conclusioni della Presidenza, Allegato I “Programma dell’Aia, Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia dell’Unione europea”; v. considerando n. 2, dir. 2008/115/CE; considerando n. 7, dir. 2011/95/UE; considerando n. 6, dir. 2013/32/UE; considerando n. 4, dir. 2013/33/UE; considerando n. 6, reg. (UE) n. 604/2013.

¹⁶⁶ Riunione del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2009; Programma di Stoccolma: Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini; v. considerando n. 8, dir. 2013/32/UE; considerando n. 5 dir. 2013/33/UE.

richiedenti in tutti gli Stati membri¹⁶⁷, garantendo loro un livello di vita dignitoso, nel rispetto dei diritti fondamentali e degli obblighi internazionali¹⁶⁸.

Nella direttiva 2013/32/UE sono invece stabiliti i criteri e le modalità di accertamento dei requisiti che giustificano il riconoscimento della protezione internazionale e le circostanze di revoca di essa¹⁶⁹, gli obblighi gravanti sugli Stati membri connessi all'esame delle domande e i diritti dei richiedenti, quali ad esempio il diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame della domanda¹⁷⁰ e il diritto ad un ricorso effettivo¹⁷¹.

Uno dei cardini della politica comune dell'asilo è poi il meccanismo del regolamento (UE) n. 604/2013, conosciuto come regolamento Dublino III¹⁷², che stabilisce i criteri di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale, con lo scopo di assicurarsi che ci sia sempre uno Stato che esamina una domanda¹⁷³. Durante l'*iter* di esame, lo Stato membro nel quale la richiesta è stata proposta deve farsi carico dell'accoglienza, secondo le disposizioni della direttiva 2013/33/UE¹⁷⁴. Qualora, in base ai criteri stabiliti dal regolamento, un altro Stato è competente a esaminare la domanda, il regolamento prevede una procedura di trasferimento del richiedente in tale Stato, nel rispetto dei diritti fondamentali¹⁷⁵, e la possibilità di trattenere il richiedente che deve essere trasferito¹⁷⁶.

Sempre nell'ambito del SECA, va infine ricordata la direttiva qualifiche 2011/95/UE, la quale, nonostante non contempi il trattenimento, è essenziale per

¹⁶⁷ Art. 1, dir. 2013/33/UE.

¹⁶⁸ Considerando n. 10 e 11, dir. 2013/33/UE.

¹⁶⁹ Art. 1, dir. 2013/32/UE.

¹⁷⁰ Art. 9, dir. 2013/32/UE.

¹⁷¹ Art. 46, dir. 2013/32/UE.

¹⁷² Il regolamento costituisce l'ultima versione della Convenzione adottata a Dublino nel 1990; v. *supra*, cap. I, par. 2.1.

¹⁷³ I criteri sono elencati all'art. 3, reg. (UE) n. 604/2013.

¹⁷⁴ Considerando n. 11, reg. (UE) n. 604/2013.

¹⁷⁵ V. sul punto Corte EDU (GC), *M.S.S. contro Grecia e contro Belgio*, cit.; Corte di giustizia, *N.S. e a.*, cause riunite C-411/10 e 493/11; Corte di giustizia, *C.K. e a.*, causa C-578/16 PPU, sul rischio di essere soggetto a tortura o pene o trattamenti disumani e degradanti in un altro Stato membro, in violazione dell'art. 3 della CEDU e 4 della Carta.

¹⁷⁶ Art. 28, reg. (UE) n. 604/2013.

comprendere il campo di applicazione delle altre direttive, poiché disciplina i diversi *status* che possono essere riconosciuti ai cittadini di paesi terzi o apolidi¹⁷⁷.

La disciplina delle misure di trattenimento nell’ambito dell’immigrazione è invece contenuta nella direttiva 2008/115/CE, che disciplina l’espulsione e il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

Connessa alla normativa in materia di asilo e immigrazione è la disciplina dei controlli alle frontiere, contenuta nel regolamento (UE) n. 399/2016 (Codice frontiere Schengen)¹⁷⁸. Il regolamento disciplina l’eliminazione dei controlli alle frontiere interne e le modalità dei controlli alle frontiere esterne, i quali devono essere uniformi in tutti gli Stati vincolati. I controlli vengono effettuati dall’Agenzia Frontex, le guardie di frontiera e costiere europee, e dalle guardie di frontiera nazionali, disciplinata attualmente dal regolamento (UE) 2019/1896, che ne ha rafforzate le competenze¹⁷⁹.

Gli atti attualmente in vigore sono sotto i riflettori delle istituzioni europee, che già da alcuni anni stanno lavorando ad una loro modifica. In particolare, il *Nuovo patto sulla migrazione e asilo* del 2020 ha l’obiettivo di riformare la disciplina in materia di asilo e immigrazione, compresi gli atti del SECA e le norme sui rimpatri¹⁸⁰.

¹⁷⁷ V. *supra*, cap. I, par. 2.2.

¹⁷⁸ Il codice frontiere Schengen costituisce l’ultima versione della disciplina di Schengen ed evoluzione dell’accordo del 1985 e della CAS.

¹⁷⁹ Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624. L’Agenzia era stata istituita nel 2004 ma inizialmente non aveva competenze operative, bensì solo il compito di assistere gli Stati nella protezione delle frontiere esterne. Le competenze dell’Agenzia sono state rafforzate nel 2016, a seguito della crisi migratoria del 2014/2015 e dell’esigenza di rafforzare i controlli alle frontiere; v. art. 1, reg. (UE) n. 2016/1624; v. *supra*, cap. I, par. 2.2. È stato programmato un aumento del numero delle guardie di frontiera, per il rafforzamento di Frontex, entro il 2027.

¹⁸⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, COM/2020/609 final; v. *infra*, cap. 2, par. 5.

4.1. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale

4.1.1. Il trattenimento nel sistema europeo comune di asilo e la definizione della direttiva accoglienza

La disciplina del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale è contenuta nella direttiva 2013/33/UE.

La direttiva ha abrogato la precedente 2003/9/CE¹⁸¹, la quale stabiliva degli *standard* minimi sui diritti ed il trattamento dei richiedenti asilo. Era infatti possibile per gli Stati «*confinare*» i richiedenti in un determinato luogo, nel rispetto della legislazione nazionale ed in caso di necessità, ad esempio per motivi legali o di ordine pubblico¹⁸². La genericità della formulazione e la mancanza di motivi specifici per cui una persona poteva essere privata della libertà personale, nonché l'assenza di un obbligo di valutazione caso per caso, lasciava la determinazione dei motivi specifici in capo agli Stati membri. Ciò aveva incrementato il ricorso alla misura in nome della sicurezza interna, soprattutto in caso di afflussi di massa, e aveva condotto ad un'interpretazione che sosteneva non vi fosse alcun divieto di limitare la libertà personale in assenza di misure meno coercitive¹⁸³.

La compiuta disciplina del trattenimento costituisce la novità di maggior rilievo introdotta nel 2013. Il primo principio cardine è che nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di essere un richiedente protezione internazionale¹⁸⁴. Da questo discende l'eccezionalità della misura del trattenimento, applicabile solo per i motivi e le finalità definiti all'art. 8, nel rispetto del principio di proporzionalità e necessità, dopo aver considerato misure alternative alla detenzione¹⁸⁵. Oltre ai

¹⁸¹ Direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, non più in vigore dal 20/07/2015; la direttiva è stata abrogata ai sensi dell'art. 32, dir. 2013/33/UE.

¹⁸² Art. 7, par. 3, dir. 2003/9/CE; Conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Øe in *Al Chodor*, causa C-528/15, punto 48; v. HAILBRONNER K., *Detention of Asylum Seekers*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, pp. 165, 166-170.

¹⁸³ CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2012, pp. 384 e 385.

¹⁸⁴ Art. 26, par. 1, dir. 2013/32/UE; considerando n. 15, art. 8, par. 1, dir. 2013/33/UE; cfr. art. 28, par. 1, reg. (UE) n. 604/2013.

¹⁸⁵ Considerando n. 15, art. 8, parr. 2 e 4, dir. 2013/33/UE; PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards*

presupposti giuridici della misura, la direttiva disciplina le garanzie individuali per i richiedenti trattenuti, le condizioni di trattenimento generali, e quelle relative alle persone vulnerabili e con esigenze di accoglienza particolari, rispettivamente agli articoli da 8 a 11¹⁸⁶.

Complementare a tale disciplina è quella della direttiva procedure, il cui art. 26 rinvia alla direttiva accoglienza per i motivi, le condizioni e le garanzie del trattenimento. Inoltre, la direttiva 2013/32/UE stabilisce che gli Stati devono garantire l'accesso alla procedura di esame delle domande di protezione internazionale, fornendo le informazioni necessarie, anche a coloro che si trovano nei centri di trattenimento¹⁸⁷ e la possibilità agli avvocati o agli altri consulenti legali di accedere ai centri di trattenimento per consultare il richiedente che assistono o rappresentano¹⁸⁸.

Infine, l'art. 28, par. 2, del Regolamento Dublino III disciplina il trattenimento finalizzato al trasferimento di un richiedente protezione internazionale in un altro Stato membro, possibile solo in caso di pericolo di fuga, ed impone agli Stati membri di stabilire, nel diritto nazionale, criteri obiettivi in base ai quali definire i motivi per ritenere che un richiedente protezione nazionale oggetto di una procedura di Dublino possa fuggire¹⁸⁹. Anch'esso rinvia alla direttiva accoglienza quanto alle condizioni e alle garanzie della misura¹⁹⁰.

4.1.2. L'ambito di applicazione della direttiva accoglienza

Per identificare chi sono i soggetti suscettibili di essere sottoposti a misure di trattenimento, è necessario definire il campo di applicazione generale della direttiva 2013/33/UE, indicato al suo art. 3, che prevede tre condizioni¹⁹¹.

for the reception of applicants for international protection, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Monaco, 2016, pp. 1412 e 1413; v. *infra*, cap. II, par. 2.5.

¹⁸⁶ A questi aspetti sarà dedicato il cap. II, parr. 2 e 3.

¹⁸⁷ Considerando n. 28, art. 6, par. 1, art. 8, dir. 2013/32/UE.

¹⁸⁸ Art. 23, par. 3, dir. 2013/32/UE.

¹⁸⁹ Art. 2, lett. *n*), reg. (UE) n. 604/2013; sul trattenimento ai sensi del regolamento Dublino III, v. *infra*, cap. II, par. 2.2.3.

¹⁹⁰ Considerando n. 20, art. 28, par. 4, reg. (UE) n. 604/2013.

¹⁹¹ Cfr. art. 3, dir. 2013/32/UE.

La prima di queste richiede che il soggetto sia un cittadino di uno Stato terzo o apolide¹⁹². La direttiva può applicarsi anche ai familiari di questi¹⁹³, solo se inclusi nella domanda di protezione internazionale ai sensi del diritto nazionale.

In secondo luogo, deve trattarsi di un richiedente, ossia di un soggetto che ha «presentato una domanda di protezione internazionale sulla quale non è stata ancora adottata una decisione definitiva»¹⁹⁴. La direttiva accoglienza è quindi applicabile dal momento in cui viene presentata la domanda, per la quale è sufficiente manifestare una volontà in tal senso¹⁹⁵. Ai sensi dell'art. 6, par. 1, entro tre giorni viene rilasciata al richiedente una documentazione che ne certifichi lo *status* e gli permetta di godere dei benefici della direttiva. Se il richiedente è trattenuto, gli Stati non sono obbligati a fornire la documentazione¹⁹⁶. Tale deroga è prevista in quanto in simili circostanze il richiedente è in genere strettamente sorvegliato, ma potrebbe avere implicazioni pratiche poiché il soggetto è privo di un documento che dia prova del suo diritto a godere dei benefici dell'accoglienza. Nel caso in cui il soggetto trattenuto sia liberato, il documento deve essere rilasciato immediatamente¹⁹⁷. Rientrano nel campo di applicazione della direttiva anche i richiedenti che sono soggetti alle “procedure Dublino”¹⁹⁸. In questo caso, la fine

¹⁹² Chiunque non sia cittadino dell'Unione, ai sensi dell'art. 17, par. 1, del TUE.

¹⁹³ I familiari sono i «soggetti appartenenti alla famiglia del richiedente, purché essa sia già costituita nel paese di origine, che si trovano nel medesimo Stato membro in connessione alla domanda di protezione internazionale», elencati dall'art. 2, lett. c), dir. 2013/33/UE.

¹⁹⁴ Considerando n. 13, art. 2, lett. b), dir. 2013/33/UE; cfr. art. 2, lett. i), dir. 2011/95/UE.

¹⁹⁵ Per la nozione di domanda di protezione internazionale v. art. 2, lett. a) della dir. 2013/33/UE, il quale rinvia all'art. 2, lett. h), dir. 2011/95/UE, che la definisce come «una richiesta di protezione rivolta a uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide di cui si può ritenere che intende ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria»; cfr. art. 2, lett b), dir. 2013/32/UE; Corte di giustizia, *Saciri*, causa C-79/13, punto 33. Quanto al momento della presentazione, la giurisprudenza individua la data di presentazione della domanda in maniera variabile a seconda della direttiva invocata, v. Corte di giustizia, *Mengesteb*, causa C-670/16, punto 100.

¹⁹⁶ Lo stesso come anche nel caso in cui la domanda sia presentata alla frontiera o nel contesto di un procedimento volto a determinare il diritto di un richiedente di entrare nello Stato.

¹⁹⁷ PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1404.

¹⁹⁸ Ibid., p. 1390; considerando n. 8, dir. 2013/33/UE; considerando n. 11, reg. (UE) n. 604/2013; Corte di giustizia, *Cimade e GISTI*, causa C-179/11, punti 41, 42 e 50.

dell’obbligo per lo Stato si identifica con il momento in cui si ha l’effettivo trasferimento in un altro Stato¹⁹⁹.

La terza condizione prevista dall’art. 3 è che il soggetto sia autorizzato a rimanere nel territorio dello Stato membro in quanto richiedente. Il c.d. “diritto a rimanere”, previsto dall’art. 9 della direttiva procedure, è un principio cardine che consiste nel diritto del richiedente protezione internazionale di non essere espulso dallo Stato membro in attesa dell’esame della domanda²⁰⁰ e che impedisce al soggetto di essere qualificato come “irregolare” in tale periodo²⁰¹. Il par. 2 prevede delle deroghe al diritto a rimanere per coloro che abbiano presentato domande reiterate inammissibili e per certe categorie di richiedenti, legate ad esigenze di cooperazione penale, nazionale o internazionale²⁰², da applicarsi solo quando si ha la certezza che l’eccezione non porti alla violazione del principio di *non-refoulement*²⁰³. In caso di rigetto sulla domanda²⁰⁴, i richiedenti devono essere autorizzati a rimanere nel territorio anche fino alla scadenza del termine per il ricorso o fino all’esito del ricorso. La Corte di giustizia, nella sentenza *Cimade e GISTI*, ha stabilito che il diritto a rimanere è esteso anche ai “procedimenti Dublino”, dando quindi a tali soggetti la possibilità di restare nello Stato in cui un soggetto abbia presentato la domanda, anche qualora non sia quello competente ad esaminarla²⁰⁵.

Lo straniero non rientra più nell’ambito di applicazione della direttiva accoglienza qualora non goda più dello *status* di richiedente, ovvero quando non si trovi più nel territorio dello Stato membro. Sono perciò esclusi dalla portata dell’atto sia i migranti irregolari (soggetti invece alla direttiva rimpatri), sia i cittadini a cui è già stato riconosciuto lo *status* di rifugiato o beneficiario di

¹⁹⁹ Corte di giustizia, *Cimade e GISTI*, cit., punto 55.

²⁰⁰ Si tratta di un divieto di espulsione forzata durante l’esame della domanda, non di un automatico diritto ad ottenere un titolo di soggiorno nello Stato; v. VEDSTED-HANSEN J., *Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)*, in HAILBRONNER K., THYM D. (a cura di), op. cit., p. 1310.

²⁰¹ Corte di giustizia, *Gnandi*, causa C-181/16, punto 40.

²⁰² Art. 9, par. 2, art. 41, art. 46, par. 6, dir. 2013/32/UE.

²⁰³ Artt. 9, par. 3, art. 41, par. 1, dir. 2013/32/UE.

²⁰⁴ Corte di giustizia, *Samba Diouf*, causa C-69/10, punto 56.

²⁰⁵ Corte di giustizia, *Cimade e GISTI*, cit., punti 46-48.

protezione sussidiaria²⁰⁶. Questi ultimi infatti sono equiparati a migranti regolari e, ai sensi dell'art. 33 della direttiva qualifiche, è concessa loro la libertà di circolazione nel territorio dello Stato ospitante, lasciando comunque inalterate le stesse modalità e le restrizioni previste per altri cittadini di paesi terzi²⁰⁷.

Gli stranieri suscettibili di essere sottoposti a misure di trattenimento *ex* direttiva accoglienza non dovrebbero essere trattati come irregolari o in attesa di espulsione mentre che la loro richiesta viene esaminata²⁰⁸.

L'ambito di applicazione *ratione loci* è identificato dall'art. 3, par.1, della direttiva accoglienza come il territorio dello Stato, di cui fanno parte anche le frontiere, le acque territoriali e le zone di transito²⁰⁹. Nonostante l'art. 10 indichi i centri di trattenimento come luogo in cui questo di norma dovrebbe avvenire, la definizione della misura si riferisce solo in modo generico a «*un luogo determinato*» e lo stesso art. 10 consente anche il trattenimento in istituti penitenziari. Di conseguenza, le previsioni sul trattenimento e le dovute garanzie devono applicarsi ai richiedenti trattenuti in qualsiasi luogo essi si trovino, nel territorio dello Stato e ai suoi confini, secondo l'applicazione generale della direttiva accoglienza²¹⁰.

²⁰⁶ Sui diritti di tali persone v. AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., pp. 80-91.

²⁰⁷ Cfr. art. 26, Convenzione di Ginevra. La Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 33, dir. 2011/95/UE si estende anche ai beneficiari di protezione sussidiaria, per effetto dell'art. 20, par. 2, della stessa, v. Corte di giustizia, *Alo e Osso*, cause riunite C-443/14 e C-444/14, parr. 28 e 34; inoltre ha stabilito che che comprende anche il diritto a scegliere la propria residenza, v. Corte di giustizia, *Alo e Osso*, cit., parr. 33-37; v. AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., pp. 84-86.

²⁰⁸ Considerando n. 9, dir. 2008/115/CE; v. Corte di giustizia, *Arslan*, causa C-534/11, punti 43-49.

²⁰⁹ PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D. (a cura di), op. cit., p. 1393; lo stesso si evince anche dal considerando n. 8 della direttiva, il quale afferma che la direttiva si applica a “*tutti*” i luoghi e i centri di accoglienza e riflette quanto già affermato dalla Corte EDU sulla restrizione alla libertà personale dei richiedenti nelle zone di transito aeroportuali, ai quali la Corte ha ritenuto si applicasse l'art. 5, par. 1, CEDU, v. Corte EDU, *Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996.

²¹⁰ Sui luoghi di trattenimento, v. *infra*, cap. II, par. 3.4.1 e, per l'Italia, cap. III, par. 6.

4.2. Il trattenimento ai fini del rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE

4.2.1. Il trattenimento ai sensi della direttiva rimpatri

La prima e più compiuta disciplina del trattenimento nel diritto dell’Unione europea si trova nella direttiva 2008/115/CE, la quale stabilisce un *corpus* di norme che gli Stati membri devono applicare al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare²¹¹.

In caso di soggiorno irregolare, gli Stati sono tenuti ad adottare una decisione di rimpatrio²¹², ai sensi dell’art. 6 della direttiva, che consiste nel processo di ritorno di un cittadino in un paese terzo²¹³. Per l’esecuzione del rimpatrio, la direttiva prevede delle misure da applicare in modo graduale, dalla meno restrittiva per la libertà, che consiste nella partenza volontaria, fino alla misura che è maggiormente limitativa, vale a dire il trattenimento²¹⁴. La via preferibile, e che dovrebbe costituire la regola, è perciò quella di concedere al soggetto un lasso di tempo per la partenza volontaria²¹⁵ e, solo nel caso in cui il rimpatrio non sia spontaneo, è possibile procedere con l’allontanamento forzato. L’allontanamento, che consiste nella fase dell’esecuzione dell’obbligo di rimpatrio, è disciplinato dall’art. 8²¹⁶. Alla decisione di rimpatrio può accompagnarsi il divieto di ingresso, configurabile come una sorta di sanzione accessoria per lo straniero che non abbia lasciato il territorio volontariamente e per incentivare l’uscita spontanea nel tempo concesso²¹⁷. La direttiva non precisa quali siano le conseguenze della violazione di

²¹¹ Art. 1, dir. 2008/115/CE.

²¹² Art. 3, n. 4, art. 6, dir. 2008/115/CE.

²¹³ Art. 3, n. 3, dir. 2008/115/CE.

²¹⁴ GUIA M. J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Cham, 2016, p. 31; Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione europea che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell’espletamento dei compiti connessi al rimpatrio, par. 7; Corte di Giustizia, *El Dridi*, causa C-61/11 PPU, punto 41.

²¹⁵ Considerando n. 10, art. 3, n. 8, art. 7, dir. 2008/115/CE.

²¹⁶ V. anche art. 3, n. 5, dir. 2008/115/CE.

²¹⁷ Art. 11, art. 3, n. 6, considerando n. 14, dir. 2008/115/CE; la durata del divieto è valutata caso per caso, ed in genere non può superare i 5 anni, v. Corte di giustizia, *Filev e Osmani*, causa C-297/12, punti 25-34.

tale divieto ma, in via di principio, la Corte di giustizia ritiene che gli Stati possano sanzionarla con una pena detentiva²¹⁸.

Il meccanismo di rimpatrio deve essere attuato nel rispetto dei principi dell’Unione e dei diritti fondamentali²¹⁹, il che comporta la necessità di adottare le decisioni di rimpatrio solo a seguito di una valutazione obiettiva, caso per caso²²⁰ e di non violare il principio di *non-refoulement*²²¹, nonché gli altri diritti fondamentali, che possono costituire un limite alla possibilità di rimpatriare e motivi di rinvio dell’allontanamento²²². Inoltre, tutte le fasi del rimpatrio devono essere corredate da garanzie procedurali, come la forma scritta e la motivazione in fatto e in diritto o la possibilità di ricorso contro di esse²²³.

Nel quadro sopra descritto, il trattenimento, disciplinato all’art. 15, rappresenta uno strumento finalizzato a preparare ed effettuare l’espulsione, possibile solo per evitare che, in attesa dell’allontanamento, la persona possa darsi alla fuga o intralciare l’esecuzione del rimpatrio²²⁴. Anche la direttiva rimpatri si premura di fornire un quadro dettagliato delle tutele che circondano la misura, disciplinate dall’art. 15 all’art. 18²²⁵.

Lo strumento giuridico in discussione è stato accompagnato, fin dalla sua adozione, da ferventi critiche, che si sono concentrate in particolare proprio sulla possibilità di trattenere lo straniero in vista della sua espulsione. Il processo di elaborazione ha riscontrato difficoltà nel trovare un punto di incontro tra i diversi Stati membri e le istituzioni su una materia così delicata, e allo stesso tempo cruciale, nelle politiche migratorie nazionali²²⁶. Le perplessità passate e presenti si

²¹⁸ Corte di giustizia, *Celaj*, causa C-290/14; ad es. nell’ordinamento italiano la violazione è punita con la reclusione, ex art. 13, commi 13, 13-bis e 13-ter, d.lgs. 286/1998.

²¹⁹ Considerando nn. 17, 22, 23, 24, art. 1, dir. 2008/115/CE.

²²⁰ Considerando n. 6, dir. 2008/115/CE; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 40; v. anche l’obbligo di prendere in considerazione «ciascun caso» o le «circostanze specifiche del caso individuale» artt. 7, 9, 11, dir. 2008/115/CE.

²²¹ Considerando n. 8, dir. 2008/115/CE.

²²² Artt. 5 e 9, dir. 2008/115/CE; l’art. 9 prevede, tra i casi di rinvio dell’allontanamento, l’ipotesi di contrasto con il principio di *non-refoulement* e la tutela della salute mentale e fisica.

²²³ Considerando n. 11, artt. 12-14, dir. 2008/115/CE.

²²⁴ A tale riguardo, v. *infra*, cap. II, par. 2.4.

²²⁵ Considerando nn. 16 e 17, dir. 2008/115/CE; a questo profilo sarà dedicato il cap. II, par. 3.

²²⁶ GUIA M. J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, cit., p. 27.

riferiscono in particolare alla logica securitaria che emerge dalla direttiva e alla capacità (o non capacità) di essa di trovare un punto di equilibrio tra le logiche statuali e la tutela dei diritti fondamentali dei migranti²²⁷. I dubbi sulla compatibilità di molte previsioni con i diritti fondamentali l'hanno portata a vedersi attribuito, da parte di alcuni, l'appellativo di “direttiva della vergogna”, misura “oltraggiosa” e “disumana”²²⁸. Nonostante la direttiva stessa richiami all’osservanza dei diritti fondamentali e l’intervento successivo della Corte di giustizia, che ha dichiarato che gli Stati membri devono applicare la direttiva rispettando la dignità dell’individuo e i diritti di questo²²⁹, la formulazione di alcune disposizioni continua a destare ancora oggi perplessità²³⁰.

4.2.2. L’ambito di applicazione della direttiva rimpatri

I soggetti suscettibili di trattenimento sono, ai sensi dell’art. 15 della direttiva, i «cittadini di paesi terzi sottoposti a procedure di rimpatrio». Per comprendere il campo di applicazione, è necessario collegarlo anche a quello generale della direttiva, indicato dal suo art. 2, dal punto di vista soggettivo e geografico.

L’applicazione *ratione personae* è identificata dall’art. 2, par. 1, come il «cittadino di paese terzo il cui soggiorno nel territorio dello Stato membro è irregolare»²³¹. Essendo la nozione di cittadino di paese terzo già nota²³², è su quella

²²⁷ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 38.

²²⁸ V. ad es. *No to the Outrageous Directive*, 2007, <http://www.statewatch.org/news/2007/dec/eu-returns-ngo-compilation.pdf>; COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 298; cfr. ACOSTA D., *The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive)*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, pp. 22, 38 e 39; MASSÓ GARROTE M. F., *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell’Unione europea*, in GAMBINO S., D’IGNAZIO G., *Immigrazione e diritti fondamentali: fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 161.

²²⁹ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 42; v. anche Corte di giustizia, *Abdida*, causa C-562/13, punto 42.

²³⁰ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 47; v. *infra*, cap. II, par. 4.

²³¹ Cfr. considerando n. 9, dir. 2008/115/CE.

²³² Art. 3, n. 1, dir. 2008/115/CE; sui beneficiari della libera circolazione v. anche art. 2, par. 3, dir. 2008/115/CE, definiti all’art. 2, n. 5, reg. (UE) n. 399/2016, fra cui sono compresi i cittadini dell’area

di irregolarità che è opportuno concentrarsi. Tale situazione è data dal permanere in uno Stato membro pur non soddisfacendo o non soddisfacendo più le condizioni di ingresso previste dall'art. 5 del codice frontiere Schengen o altre condizioni di ingresso, di soggiorno o di residenza²³³. Le modalità di ingresso e di soggiorno e le ragioni dell'irregolarità sono indifferenti per l'applicazione della direttiva²³⁴. Una tale condizione può derivare da le più svariate cause, come la scadenza e il mancato rinnovo del visto o del permesso di soggiorno, il ritiro o la revoca del permesso di soggiorno, il rigetto definitivo della domanda di protezione internazionale, la revoca dello *status* di rifugiato, l'ingresso clandestino nel territorio dell'Unione europea. Nella maggior parte dei casi si tratta di soggetti che entrano legalmente o come richiedenti, ma che poi vi permangono irregolarmente²³⁵. L'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) distingue i cittadini di paesi terzi in condizione di irregolarità in coloro che non sono scoperti o conosciuti e coloro che, noti alle autorità, sono in attesa del rimpatrio, non ancora effettuato per ragioni umanitarie o pratiche²³⁶.

Quanto al trattenimento nello specifico, l'art. 15 prevede anche che il soggetto debba essere «*sottoposto a procedure di rimpatrio*», formulazione suscettibile di interpretazioni più o meno estensive²³⁷. Una lettura maggiormente garantista per la posizione del cittadino di un paese terzo condurrebbe a ritenere il trattenimento applicabile solo nella fase che segue la decisione formale di rimpatrio. Questa posizione è stata sostenuta dai giudici di Lussemburgo, che considerano il trattenimento come «*la misura più restrittiva della libertà che la direttiva consente*» e la riconnettono alla procedura di allontanamento coattivo²³⁸, a causa del carattere altamente coercitivo della misura. Di diverso avviso è stata invece la

Schengen e gli stranieri familiari dei cittadini dell'Unione, v. AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., pp. 228-234.

²³³ Art. 3, n. 2, dir. 2008/115/CE, definisce così il “soggiorno irregolare”; v. anche considerando n. 5, dir. 2008/115/CE.

²³⁴ Corte di giustizia, *BZ*, causa C-546/19, punto 45.

²³⁵ ARBOGAST L., *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea*, rapporto di Migureeurop, luglio 2016, p. 12.

²³⁶ FRA, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, Comparative report, 2011, p. 16.

²³⁷ Non ricade nell'ambito di applicazione il cittadino nei confronti del quale non può essere adottata una decisione di rimpatrio, v. Corte di giustizia, *M.*, causa C-673/19.

²³⁸ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 42.

Commissione, la quale ha sostenuto che l'espressione «*sottoposti a procedure di rimpatrio*» non sia sinonimo di «*sottoposti ad una decisione di rimpatrio*»²³⁹. Da tale interpretazione discende l'ammissibilità del trattenimento dello straniero irregolare prima dell'adozione della decisione formale di rimpatrio, ad esempio durante la sua preparazione. Una simile posizione trova sostegno anche nel considerando n. 16, che ritiene il trattenimento giustificato per «*preparare*» il rimpatrio o per effettuare l'allontanamento²⁴⁰. Ad ogni modo, anche qualora si accogliesse la tesi più restrittiva, il legame tra i cittadini di un paese terzo e la procedura di rimpatrio deve essere connotato da un elemento imprescindibile di certezza. Ciò trova sostegno anche nella previsione della direttiva che impone il rilascio immediato qualora non vi sia più una «*prospettiva realistica di allontanamento*»²⁴¹.

Un'ipotesi di confine dell'ambito di applicazione *ratione personae* è quella dei cittadini di paesi terzi che hanno presentato domanda di protezione internazionale. La problematica coinvolge sia l'identificazione del momento da cui parte la situazione di irregolarità, sia il rapporto tra la direttiva rimpatri e la direttiva accoglienza²⁴².

La prima ipotesi che si può verificare è quella del richiedente protezione internazionale la cui domanda viene respinta. Dal momento in cui le autorità adottano una decisione negativa o una decisione che pone fine al suo diritto di soggiorno in quanto richiedente asilo²⁴³, la persona da “richiedente” diventa “irregolare”, spostandosi dalla disciplina di una direttiva all'altra.

La questione della situazione dell'impugnazione della decisione negativa è stata affrontata nel caso nella sentenza *Gnandi*²⁴⁴. In caso di ricorso, la Corte ha precisato che la direttiva rimpatri si applica ai richiedenti protezione internazionale fino all'adozione della decisione negativa, ma «*tutti gli effetti giuridici*» del

²³⁹ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.1.

²⁴⁰ Ivi; v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 50.

²⁴¹ Art. 15, par. 4, dir. 2008/115/CE; v. *infra*, cap. II, par. 3.2.

²⁴² Cfr. PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, in *suus generis*, 2019, pp. 39-41.

²⁴³ Considerando n. 9, dir. 2008/115/CE.

²⁴⁴ Corte di giustizia, *Gnandi*, causa C-181/16.

provvedimento di espulsione sono sospesi fino alla pronuncia definitiva del ricorso eventualmente proposto²⁴⁵. Essendo tale sentenza precedente alla direttiva 2013/33/UE, non è certo se questa interpretazione possa essere sostenuta anche attualmente. L'art. 39, par. 3, lett. *a*), della direttiva 2005/85, infatti si limitava a riconoscere una facoltà, mentre l'art. 46, par. 5, della direttiva vigente prevede un obbligo di far rimanere il richiedente protezione internazionale sul territorio dello Stato membro fino all'esito del ricorso proposto contro la decisione di rigetto della domanda. In tale contesto, una lettura più attuale porterebbe a sostenere che, fino all'esito del ricorso, il soggiorno dei richiedenti protezione internazionale non possa considerarsi irregolare e quindi la direttiva 2008/115 non sia applicabile²⁴⁶.

La seconda ipotesi che può verificarsi riguarda invece il cittadino soggiornante irregolare che, durante la procedura di rimpatrio, presenta domanda di protezione internazionale. Questa possibilità può essere però sfruttata per dilatare la durata della procedura di rimpatrio e sottrarsi alle misure coercitive adottate durante l'*iter* di espulsione. La Corte di giustizia aveva precisato che i richiedenti protezione internazionale sono esclusi dal campo di applicazione della direttiva rimpatri, datasi i differenti regimi giuridici delle due direttive²⁴⁷ e che il soggiorno di tali soggetti non può essere considerato “irregolare”²⁴⁸, in ragione del diritto di rimanere nel territorio dello Stato fino alla decisione sulla domanda²⁴⁹. A seguito della presentazione della domanda, lo straniero trattenuto ai fini di rimpatrio deve essere rilasciato. L'unica deroga si ha qualora la domanda sia presentata con il solo scopo di ritardare o impedire il rimpatrio, ipotesi recepita dall'art. 8, lett. *d*), della direttiva 2013/33/UE²⁵⁰.

L'art. 2, par. 2, prevede poi due ulteriori categorie di soggetti nei confronti dei quali gli Stati membri possono disapplicare le disposizioni della direttiva: i casi

²⁴⁵ Ivi, punti 61-67, adottata dalla Corte prima dell'entrata in vigore della direttiva 2013/32/UE e basata quindi sulla direttiva 2005/85/CE, art. 7; v. AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 227.

²⁴⁶ AMADEO S., SPITALERI F. (a cura di), *La politica comune dell'immigrazione e dell'asilo*, in DANIELE L., op. cit., p. 447.

²⁴⁷ Corte di giustizia, *Kadzoev*, cit., punto 45.

²⁴⁸ Corte di giustizia, *Arslan*, causa C-534/11, punto 49.

²⁴⁹ Art. 7, dir. 2005/85/CE.

²⁵⁰ A tal proposito, v. *infra*, cap. II, par. 2.4.1.

di diritto penale e di estradizione²⁵¹ e i casi frontalieri. Quest’ultima, prevista dalla lett. *a*), riguarda anche il campo di applicazione *ratione loci*²⁵². La previsione si riferisce ai cittadini di paesi terzi sottoposti al respingimento alla frontiera, ai sensi dell’art. 13 del codice frontiere Schengen, ovvero fermati o scoperti in occasione dell’attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un’autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato. Per avvalersi della clausola di esclusione, è necessario che essa sia espressa in modo chiaro e in anticipo dalla legislazione nazionale²⁵³. Tuttavia, anche nei casi in cui lo Stato decida di procedere in tal senso, l’art. 4, par. 4 prevede che siano comunque garantiti determinati diritti ai migranti frontalieri, fra cui anche le condizioni del trattenimento degli artt. 16 e 17.

La Corte di Lussemburgo, nel caso *Affum*²⁵⁴, ha precisato che la clausola di esclusione non è applicabile alle situazioni di “mero transito” su uno Stato membro a seguito dell’attraversamento di una frontiera interna dell’Unione. Osservando come la nozione di “soggiorno irregolare” dell’art. 3, par. 2, della direttiva non tenga conto della durata minima del soggiorno nello Stato, né dell’intenzione di rimanere nel territorio per un periodo più o meno lungo e che il carattere temporaneo o transitorio di una tale presenza non è elencato tra i motivi dell’art. 2, par. 2²⁵⁵, il cittadino che transita su uno Stato membro rientra nell’ambito di applicazione della direttiva stessa. Da questo si ricava la stretta connessione delle nozioni di “soggiorno irregolare” ed “ingresso irregolare”, poiché tale ingresso costituisce una delle circostanze che possono dar luogo all’irregolarità²⁵⁶. La clausola dell’art. 2, par. 2, lett. *a*), trova perciò applicazione solo

²⁵¹ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 49; Corte di giustizia, *Achughbabian*, causa C-329/11, punto 41; Corte di giustizia, *Filev e Osmani*, cit., punto 50; sul punto v. FAVILLI C., *L’attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall’inerzia all’urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 701 e 702.

²⁵² PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 52 ss.

²⁵³ CALAMIA A. M., DI FILIPPO M., GESTRI M., *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, CEDAM, 2012, p. 459.

²⁵⁴ Corte di giustizia, *Affum*, causa C-47/15; v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 56.

²⁵⁵ Corte di giustizia, *Affum*, cit., punto 48.

²⁵⁶ Ivi, punto 60.

nell’attraversamento della frontiera esterna e non di quella interna comune agli stati Schengen²⁵⁷.

5. Il trattenimento e il diritto alla libertà

5.1. La natura giuridica del trattenimento: privazione della libertà o restrizione alla libera circolazione?

Nel diritto dell’Unione europea, il trattenimento è definito come il «*confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione*». Tale nozione, contenuta all’art. 2, lett. h), della direttiva accoglienza, è stata dichiarata dalla Corte di giustizia applicabile anche al trattenimento ai sensi della direttiva rimpatri²⁵⁸.

Il richiamo alla «*libertà di circolazione*» potrebbe far sorgere il dubbio su quale sia effettivamente il diritto che viene in gioco nei casi di trattenimento²⁵⁹. Andando oltre la formulazione letterale, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e da quella della Corte EDU, così come dalle disposizioni delle direttive, emerge chiaramente che il trattenimento non si limita ad una privazione della libertà di movimento, ma ha implicazioni che riguardano la libertà della persona *lato sensu*, configurandosi quindi come una vera e propria limitazione della libertà personale nel suo complesso. Gli stranieri infatti non sono liberi di uscire dal luogo in cui sono trattenuti. Questo è stato precisato dalla Corte di giustizia, nel caso *F.M.S.*, la quale ha stabilito che il trattenimento consiste in «*una misura coercitiva che priva tale richiedente della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto*»²⁶⁰. Una simile posizione la si ritrova anche nelle Linee Guida dell’UNHCR²⁶¹. A corroborare tale interpretazione e a sostegno

²⁵⁷ Il concetto di frontiera interna è definito all’art. 2, n. 2, del codice frontiere Schengen; quello di frontiera interna all’art. 2, n. 1, del codice stesso.

²⁵⁸ Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punti 224-225.

²⁵⁹ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 158; per il dibattito nell’ordinamento italiano, v. *infra*, cap. III, par. 2.2.

²⁶⁰ Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punti 221 e 223.

²⁶¹ Linee Guida UNHCR, 2012, parr. 5-7.

dell'impossibilità di lasciare il luogo, vi è anche il fatto che l'art. 28, par. 1, lett. b), della direttiva procedure prevede un meccanismo “sanzionario” collegato all'abbandono del luogo di trattenimento. Nel caso in cui il richiedente fugga o si allontani dal luogo in cui è trattenuto, lo Stato presume che egli abbia implicitamente ritirato la sua domanda di protezione internazionale o abbia rinunciato ad essa²⁶².

Per tali ragioni, la costante giurisprudenza della Corte di giustizia richiama l'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali nei casi di trattenimento.

Andando ad analizzare sul piano generale l'art. 6 della Carta e l'art. 5 della CEDU, è da evidenziare come essi si riferiscono alla “privazione” della libertà e non alla mera “restrizione” o “limitazione” di essa, cui si applicano invece l'art. 45, par. 2, della Carta e l'art. 2 del Protocollo n. 4 della CEDU²⁶³, che tutelano la libertà di movimento. La “privazione” consiste in una misura adottata dall'autorità pubblica in forza della quale una persona è costretta in un luogo determinato o delimitato, per un tempo definito, contro la sua volontà e senza il suo consenso²⁶⁴. Essa può tradursi in detenzione o arresto, i quali sono intesi rispettivamente come «coazione a vivere in un luogo chiuso e ben determinato e nel forzato distacco dalle relazioni familiari», l'una, e come una provvisoria “apprensione” di un individuo da parte di un altro, l'altra²⁶⁵.

Al di là del tentativo di delineare in categorie giuridiche definite le varie situazioni, è facilmente intuibile come la realtà sia spesso connotata da confini ben più labili e da molteplici sfaccettature. Vi possono essere infatti ipotesi in cui è chiaro che si tratti di privazione della libertà, mentre in altri casi può risultare più difficile definire una linea di demarcazione tra privazione o mera limitazione della

²⁶² Cfr. anche nell'ordinamento italiano l'impossibilità di lasciare il luogo di trattenimento, ai sensi dell'art. 14, comma 7, d.lgs. 286/1998 e art. 21, commi 1 e 9, d.P.R. 394/1999, è stata usata a sostegno della coercitività della misura, v. *infra*, cap. III, par. 2.2.

²⁶³ Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, sent. 6 novembre 1980, par. 92; Corte EDU, *Villa c. Italia*, sent. 20 aprile 2011, par. 41.

²⁶⁴ Cfr. ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., p. 104; GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 111.

²⁶⁵ GIALUZ V. M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., p. 111; ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., p. 104.

libertà personale o restrizione della libertà di circolazione. Come precisato dai giudici di Strasburgo, la distinzione riguarda il grado e l'intensità della misura, non tanto la sua natura o il suo contenuto²⁶⁶.

Al fine di distinguere tra le due ipotesi nei casi concreti, gli Stati si sono dotati di una serie di misure e di criteri. Un importante contributo viene in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha identificato gli elementi da considerare per valutare se una situazione rientra nel campo di applicazione dell'art. 5 della CEDU. È necessario valutare le specifiche circostanze del caso, prendendo in esame una serie di elementi nel loro complesso, quali il tipo, la durata²⁶⁷, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata²⁶⁸. La Corte EDU ha ritenuto che si trattasse di privazione della libertà ad esempio qualora la struttura fosse chiusa²⁶⁹, qualora sussistesse un elemento di coercizione²⁷⁰, quando le condizioni erano tali da ledere la dignità umana²⁷¹, la situazione produceva effetti particolari sulla persona, compresi il disagio fisico o la sofferenza mentale. Al contrario, trattenimenti molto lunghi sono stati ritenuti non arbitrari se le verifiche che le autorità statali dovevano svolgere erano di particolare complessità²⁷². Altri elementi a cui è stato dato rilievo sono la limitazione alla possibilità di coltivare relazioni sociali²⁷³, l'adeguatezza o meno dell'assistenza²⁷⁴

²⁶⁶ Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, cit., par. 93; Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 42; Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, cit., parr. 92-93; Corte EDU, *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7 gennaio 2010, par. 314; ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., p. 104; GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., p. 111; LOPRIENO D., "Trattenere e punire", cit., p. 68.

²⁶⁷ Cfr. Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, cit., parr. 94-96, l'art. 5 della CEDU è stato applicabile anche se il richiedente era stato trattenuto solo per una notte; Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 43; Corte EDU, *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7 gennaio 2010, parr. 315-318.

²⁶⁸ Corte EDU, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, sent. 8 giugno 1976, parr. 58-59; Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, cit., parr. 92-93; Corte EDU (GC), *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, par. 80; cfr. FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, pp. 215-218.

²⁶⁹ Corte EDU, *J.R. e a. c. Grecia*, 25 gennaio 2018, par. 86; Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, cit., par. 96.

²⁷⁰ Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, cit., par. 96.

²⁷¹ Ad es. possono venire in considerazione lo spazio vitale a disposizione degli stranieri trattenuti, la salubrità e l'igiene delle strutture; v. Corte EDU, *Dougoz c. Grecia*, sent. 6 marzo 2001, par. 46.

²⁷² Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, sent. 15 novembre 1996, par. 117, dove si trattava addirittura di una detenzione di sei anni.

²⁷³ Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, cit., par. 95.

²⁷⁴ Corte EDU, *Z.A. e a. c. Russia*, sent. 28 marzo 2017, par. 108.

e se la misura era accompagnata da un controllo stretto e continuato delle autorità di pubblica sicurezza²⁷⁵. L’orientamento della Corte di Strasburgo si caratterizza per una certa flessibilità²⁷⁶ e l’art. 5 della CEDU va interpretato nel contesto specifico in cui le misure sono state adottate. Oltre ai sopracitati elementi oggettivi, l’elemento soggettivo caratterizzante della privazione della libertà è l’assenza del consenso²⁷⁷.

Per la Corte di Strasburgo, le motivazioni di interesse pubblico, come la volontà o l’intenzione di proteggere, gestire o curare gli interessi della collettività contro un rischio o una minaccia causati dall’individuo, sono irrilevanti per stabilire se si tratti o meno di una privazione della libertà. Tali elementi possono invece servire a giustificare la detenzione ai sensi dell’art. 5, par. 1, CEDU.

Quando si fuoriesce dalla privazione della libertà, la misura potrebbe comunque costituire una limitazione alla libera circolazione, ad esempio nell’attuazione di misure alternative al trattenimento. Nel diritto dell’Unione europea, i cittadini di paesi terzi non godono del diritto alla libera circolazione, ma esso è configurato come una concessione a discrezione degli Stati membri e solo per coloro che risiedono legalmente nello Stato, secondo quanto previsto dall’art. 45, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali²⁷⁸. La formulazione si discosta dall’art. 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU, che attribuisce invece a coloro che si trovano “regolarmente” nel territorio, un vero e proprio diritto di circolarvi liberamente e ivi stabilire la loro residenza, suscettibile comunque di restrizioni necessarie e proporzionate, previste dalla legge²⁷⁹. Si tratta quindi di una differenza tra i due strumenti che potrebbe aprire la strada a possibili conflitti²⁸⁰.

²⁷⁵ V. ipotesi di trattenimento dello straniero sotto ferrea sorveglianza delle forze di polizia: Corte EDU (GC), *Khlaifia e a. c. Italia*, sent. 15 dicembre 2016, nei centri di prima accoglienza o nelle navi; Corte EDU, *Mikolenko c. Estonia*, sent. 8 ottobre 2009, in centri di detenzione *ad hoc*; Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, cit., par. 96, costante supervisione delle guardie di frontiera.

²⁷⁶ LOPRIENO D., “Trattenere e punire”, cit., p. 71.

²⁷⁷ Corte EDU, *Storck c. Germania*, sent. 16 giugno 2005, par. 74; GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all’art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., p. 112.

²⁷⁸ ADINOLFI A., PALLOTTA O., *Articolo 45*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., pp. 837 e 838; v. *supra*, cap. I, par. 3.3.

²⁷⁹ ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., p. 102.

²⁸⁰ Ivi, pp. 100 e 102.

Un diritto soggettivo dello straniero alla libera circolazione non è presente neppure nelle direttive. Per i richiedenti protezione internazionale l'art. 7 della direttiva accoglienza garantisce loro la possibilità di circolare nel territorio di uno Stato ma gli Stati membri possono tuttavia limitare tale libertà assegnando ad essi un'area²⁸¹. Di tale area non si indica l'ampiezza, cosa che potrebbe portare gli Stati membri a restringerla eccessivamente²⁸². Queste limitazioni alla circolazione si distinguono dalle misure alternative, in quanto possono essere adottate anche nei confronti della totalità dei richiedenti asilo²⁸³. L'art. 7 richiede che non vi sia pregiudizio per sfera inalienabile della vita privata e che siano garantiti l'accesso a tutti i benefici previsti dalla direttiva. Inoltre, gli Stati membri possono stabilire un luogo di residenza per i richiedenti, per motivi di pubblico interesse, ordine pubblico o, in caso di necessità, per trattare e controllare in modo più rapido ed efficace la domanda di protezione internazionale. Questo viene spesso fatto dagli Stati, soprattutto quelli federali, per garantire un'equa distribuzione dei richiedenti asilo nel territorio, in modo da condividere i costi tra le varie entità statali.

L'obbligo di dimorare in un luogo può essere previsto anche per i migranti irregolari, nel periodo concesso per la partenza volontaria, per evitare il rischio di fuga, ai sensi dell'art. 7, par. 3, della direttiva rimpatri.

5.2. Il divieto di detenzione arbitraria e le principali garanzie nell'adozione di misure di trattenimento nei confronti di cittadini di Paesi terzi

Il diritto di libertà protegge ogni individuo da un arresto o detenzione arbitraria²⁸⁴. Il divieto di arbitrarietà costituisce la finalità ultima e l'essenza di tale

²⁸¹ Ai sensi dell'art. 6, dir. 2013/33/UE, nella documentazione fornita al richiedente, deve essere attestato anche il fatto che egli non circolare su tutto il territorio di uno Stato membro.

²⁸² PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., pp. 1407 e 1408.

²⁸³ Ivi, p. 1414.

²⁸⁴ Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, 29 gennaio 2008, par. 63. Il divieto di arbitrarietà è la pietra angolare anche del sistema di protezione del diritto di libertà delle Nazioni Unite; v. MORARU M., CORNELISSE G., DE BRUYCKER P., *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, cit., pp. 170 e 171; per l'arbitrarietà ai sensi dell'art. 9 del PIDCP v. CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri*, cit., pp. 362 e 363.

diritto²⁸⁵. Il trattenimento degli stranieri, in quanto eccezione al diritto fondamentale alla libertà, non deve essere arbitrario. Tale ipotesi è stata ritenuta tra l'altro dalla Corte di giustizia di grave intensità²⁸⁶ e risulta essere nella prassi il caso principale di limitazione di tale diritto, poiché la maggior parte degli interventi dell'UE sono riconducibili proprio alla materia dell'asilo e dell'immigrazione²⁸⁷.

Dalle disposizioni degli articoli 6 della Carta e 5 della CEDU emerge una presunzione a favore della libertà della persona. Per tale motivo, qualsiasi privazione di essa costituisce un'ipotesi eccezionale, ammissibile solo in quanto siano soddisfatte determinate condizioni, giustificate dall'autorità che la dispone. Alla luce delle spiegazioni relative alla Carta, le limitazioni che possono essere apportate al diritto sancito dall'art. 6 della Carta dell'Unione non possono andare oltre i limiti consentiti dall'art. 5 della CEDU. Tale disposizione prevede che la limitazione della libertà personale possa essere posta in essere solo nei casi tassativamente indicati dall'articolo e solo nei modi previsti dalla legge.

A tale articolo, si accompagna una copiosa giurisprudenza, la quale prevede innanzitutto che la limitazione rientri in una delle ipotesi espressamente previste dall'articolo, che sia legale, nel senso di conforme al diritto nazionale e che il diritto nazionale sia di una certa “qualità”. Una volta valutati questi elementi, la Corte di Strasburgo esamina l'arbitrarietà. A tal proposito, essa ha sviluppato una sorta di “test di arbitrarietà” che valutati la conformità della misura all'art. 5, lett. f), della CEDU. Secondo tale test, vi sono quattro fattori da osservare: la detenzione dello straniero deve essere eseguita in buona fede, il provvedimento e la sua esecuzione devono essere conformi allo scopo delle limitazioni consentite dall'art. 5, par. 1 (prevenire un ingresso non autorizzato o eseguire un allontanamento od un rimpatrio), il luogo e le condizioni devono essere appropriate e la lunghezza non deve eccedere quella ragionevolmente richiesta per il fine preventivato²⁸⁸. La Corte

²⁸⁵ Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 67 ss; Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 118; Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 50.

²⁸⁶ Corte di giustizia, *Al Chador*, causa C-528/15, punto 40; Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punto 56.

²⁸⁷ ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., p. 113.

²⁸⁸ Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, cit., parr. 69 e 74; Corte EDU (GC), *A. c. Regno Unito*, cit., par. 164; Corte EDU, *Winterwerp*, 24 ottobre 1979, par. 39; conclusioni AG Sharpston, in *Rudu*, causa C-396/11, punto 62; v. GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., p. 137.

di Strasburgo prende inoltre in considerazione anche la dovuta diligenza nella procedura. Non è invece previsto, né nella Carta dei diritti fondamentali, né nella CEDU, che la detenzione debba essere ordinata da una Corte o da un giudice²⁸⁹.

L'art. 5 della CEDU non rientra tra quelli sottratti alla deroga dell'art. 15, par. 2, della stessa Convenzione. Di conseguenza, è lasciata impregiudicata la possibilità di deroga per gli Stati membri in caso di stato di urgenza, secondo le ipotesi ivi previste²⁹⁰.

Oltre a quanto sopra indicato, va ricordato che la tutela del diritto dell'Unione europea può comunque andare oltre quanto previsto dalla CEDU. Benché l'art. 6 della Carta non preveda espressamente le stesse garanzie del suo gemello della CEDU, l'art. 52, par. 1 della Carta stessa prevede una clausola generale di limitazione. Tale disposizione prevede che qualsiasi limitazione all'esercizio dei diritti garantiti dalla Carta deve essere prevista dalla legge e rispettare il contenuto essenziale del diritto o della libertà in questione, essere giustificata da finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui e rispettare il principio di proporzionalità e necessità²⁹¹. La giustificazione per finalità di interesse generale tuttavia non si applica all'art. 6 della Carta poiché, in quanto corrispondente all'art. 5 della CEDU, le motivazioni per cui può essere limitato il diritto sono quelle ivi stabilite e non le più ampie dell'art. 52. Tale clausola non può perciò essere usata per giustificare limitazioni più gravose al diritto alla libertà e alla sicurezza rispetto a quelle ammesse dalla CEDU²⁹².

I principi sopraelencati, che saranno analizzati nel dettaglio nei prossimi paragrafi, costituiscono il limite entro cui le autorità devono mantenersi nei casi di

²⁸⁹ Ciò è previsto solo in caso di reato, v. art. 5, par. 3, CEDU; PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., p. 132; cfr. con art. 13 Cost. italiana, v. *infra*, cap. III, parr. 2.2 e 5.3.

²⁹⁰ Corte EDU, *Lawless c. Irlanda (n. 3)*, sent. 1° luglio 1961, par. 22, ha riconosciuto una detenzione fondata sul diritto di deroga; Corte EDU, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, sent. 26 maggio 1993, par. 74; GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTELE S. e a., op. cit., p. 108; ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., p. 114.

²⁹¹ Cfr. Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punto 50.

²⁹² ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, cit., in MASTROIANNI R. e a., op. cit., pp. 100 e 110; il livello di protezione della Carta non può mai essere inferiore a quello della CEDU, v. Spiegazioni all'art. 52, par. 3, della Carta.

privazione della libertà di un individuo. Ogni volta che tale soglia viene superata, si assiste ad una violazione dell'art. 6 della Carta e dell'art. 5 della CEDU.

Oltre all'obbligo negativo, gli Stati membri hanno anche l'obbligo positivo di proteggere gli individui da una detenzione arbitraria proveniente da parte di soggetti privati²⁹³.

5.2.1. Il principio di tassatività: l'elenco esaustivo di eccezioni al diritto alla libertà

Una delle condizioni fondamentali per privare un individuo della propria libertà personale è la riconducibilità di tale privazione ad un caso espressamente previsto dalla legge. L'art. 5, par. 1, della CEDU prevede un elenco tassativo dei casi in cui può essere limitata la libertà personale²⁹⁴. I giudici di Strasburgo hanno precisato che l'elenco è da reputarsi esaustivo²⁹⁵ e che le ipotesi ivi previste vanno interpretate in modo restrittivo²⁹⁶.

Spetta allo Stato giustificare il trattenimento invocando uno dei motivi previsti dall'articolo. Qualora non sia possibile sussumere la fattispecie concreta in una delle ipotesi di privazione consentita, il trattenimento è considerato illegittimo.

²⁹³ Cfr. PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., p. 133; GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., p. 113.

²⁹⁴ Ai sensi dell'art. 5 della CEDU, una persona può essere privata della libertà solo in una delle seguenti ipotesi: «(a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; (c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenerne che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; (d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione».

²⁹⁵ Corte EDU, *Medvedyev e a. c. Francia*, sent. 29 marzo 2010, par. 78; Corte EDU, *Quinn c. Francia*, sent. 22 marzo 1995, par. 42; Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, cit., par. 96; Corte EDU, *Labita c. Italia*, sent. 6 aprile 2000, par. 170.

²⁹⁶ Corte EDU (GC), *A. e a. c. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, *Labita c. Italia*, cit., par. 170; Corte EDU, *Quinn c. Francia*, sent. 22 marzo 1995, par. 42.

Anche l'assenza di una chiara identificazione dello scopo e del motivo del trattenimento può comportarne l'illegittimità.

L'art. 5, lett. *f*), della CEDU, prevede il trattenimento degli stranieri in due ipotesi: per impedire l'ingresso irregolare nel paese e nei confronti di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione.

Il principio di tassatività è accolto anche nell'ordinamento dell'Unione europea. Le disposizioni delle direttive prevedono specifici motivi per cui uno straniero può essere sottoposto a misure di trattenimento.

L'art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza prevede un elenco esaustivo di ipotesi in cui può essere limitata la libertà personale dei richiedenti protezione. Il trattenimento del richiedente protezione internazionale durante l'esame della domanda è possibile solo per determinare o verificare l'identità o la cittadinanza del richiedente; per determinare gli elementi su cui si basa la sua domanda, nel caso vi sia di rischio di fuga; per decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; se, in caso di trattenimento ai sensi della direttiva rimpatri, lo straniero presenta una domanda di protezione internazionale al solo fine di ritardare od ostacolare il rimpatrio; per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico; ed infine nell'ambito di un trasferimento ai sensi dell'art. 28 del regolamento Dublino, qualora vi sia un notevole rischio di fuga²⁹⁷.

Per quanto riguarda invece la direttiva rimpatri, ai sensi dell'art. 15, il trattenimento del cittadino sottoposto a procedure di rimpatrio è giustificato solo per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento, in caso di rischio di fuga o qualora il soggetto impedisca la procedura²⁹⁸.

Altre motivazioni, quali la mancanza di posti in un centro di accoglienza²⁹⁹ o il fatto che lo straniero di non essere in grado di provvedere ai propri bisogni³⁰⁰, non possono giustificare il trattenimento.

²⁹⁷ Per l'analisi dei motivi di trattenimento ai sensi della direttiva accoglienza, v. *infra*, cap. II, parr. 2.1, 2.2 e 2.3.

²⁹⁸ V. *infra*, cap. II, par. 2.4.

²⁹⁹ Corte di giustizia, *V.L.*, cit., punti 106 e 107.

³⁰⁰ Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punti 256 e 272.

5.2.2. Il principio di legalità: la prescrizione da parte della legge

La privazione della libertà deve essere prevista dalla legge e conforme ad essa. Il trattenimento deve essere legittimo secondo il diritto internazionale, dell'Unione e nazionale.

Nel diritto dell'Unione europea, gli Stati devono adottare disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per conformarsi alla direttiva rimpatri, ai sensi del suo art. 20. Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza, i motivi del trattenimento devono essere specificati dal diritto nazionale. Anche nel sistema del Consiglio d'Europa, un posto di rilievo è assunto dal principio di legalità. L'art. 5 della CEDU infatti richiede che siano rispettati «*i modi previsti dalla legge*». Questo comporta che il diritto nazionale degli Stati vincolati dalla Convenzione preveda norme sostanziali e procedurali che specifichino quando e in che circostanze una persona possa essere detenuta³⁰¹.

Nella giurisprudenza di Strasburgo, la legalità presuppone un triplice vaglio, il quale comprende la conformità della detenzione al diritto nazionale (legittimità), la qualità del diritto nazionale rispetto agli *standard* assicurati dalla Convenzione (regolarità) e il rispetto dello scopo individuato dall'art. 5 della CEDU, ossia la protezione degli individui dall'arbitrio³⁰².

Quanto al primo requisito, la detenzione deve essere conforme alle norme sostanziali e procedurali poste dai singoli ordinamenti nazionali³⁰³. Nell'effettuare la valutazione sul rispetto del diritto, i giudici devono tenere in considerazione anche eventuali norme di diritto dell'Unione incorporate nell'ordinamento di uno Stato membro. Nel caso in cui il diritto dell'Unione ed il diritto interno prevedano disposizioni diverse, ad esempio nel caso di una direttiva, potrebbe porsi il problema di quale delle due norme vada osservata. La soluzione preferibile è che le norme vincolanti dovrebbero essere quelle più favorevoli alla preservazione della

³⁰¹ Sul rispetto del principio di legalità e della riserva di legge nell'ordinamento italiano, v. *infra*, cap. III, par. 5.1.

³⁰² Corte EDU, *Stephens c. Malta*, sent. 21 aprile 2009, par. 61; v. ROSSI DAL POZZO F. e GIALUZ M., *Articolo 6*, in MASTROIANNI R. e a., op. cit., pp. 110 e 111; GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., pp. 115 e 116.

³⁰³ V. tra i tanti, Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 67; Corte EDU, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., par. 39.

libertà personale che, a seconda delle circostanze concrete, potrebbe anche essere una combinazione tra norme domestiche e dell’Unione³⁰⁴.

La nozione di arbitrarietà va oltre la mancanza di conformità al diritto nazionale, poiché potrebbe prospettarsi un trattenimento illegittimo anche qualora la privazione della libertà sia legittima per il diritto nazionale, ma contraria alla CEDU³⁰⁵.

Non è sufficiente che vi sia una norma che preveda la detenzione, ma è altresì necessario che tale norma sia di una certa “qualità”. In particolare, la normativa deve essere compatibile con il principio di certezza del diritto e deve avere i requisiti della chiarezza e dell’accessibilità. I soggetti la cui libertà viene limitata devono infatti essere in grado di conoscere facilmente la legge su cui si basa tale limitazione e le condizioni di prolungamento. Il *frame* giuridico deve essere preciso, trasparente, compatibile con lo Stato di diritto e prevedibile nella sua applicazione³⁰⁶.

La qualità del diritto non deve essere valutata in astratto ma assume rilievo qualora, in considerazione delle circostanze del caso, la scarsa qualità arreca effettivamente pregiudizio ai diritti della persona³⁰⁷. Ad esempio, nel caso *Amuur c. Francia*, la Corte ha ritenuto che la legge francese fosse troppo generica e non sufficientemente prevedibile. Le procedure di detenzione erano infatti contenute in una circolare non pubblicata, non accessibile ai trattenuti, né ai loro avvocati e che non dichiarava chiaramente i limiti e i rimedi della detenzione³⁰⁸.

³⁰⁴ PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., p. 133.

³⁰⁵ Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, cit., parr. 67; Corte EDU (GC), *A. e a. c. Regno Unito*, cit., par. 164.

³⁰⁶ Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, cit., par. 98; Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 50; Corte EDU, *Dougoz c. Grecia*, cit., par. 55; Corte di giustizia, *Al Chador*, cit., punti 38, 40 e 43; cfr. FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, pp. 229 e 230; PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., pp. 133 e 134; GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all’art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., pp. 116, 136 e 137; COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., pp. 286-288.

³⁰⁷ Corte EDU, *Kaya c. Romania*, sent. 12 ottobre 2006, par. 21.

³⁰⁸ Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 50.

5.2.3. Il principio di necessità e il principio di proporzionalità

Il diritto dell’Unione europea richiede che, nell’attuare una misura di trattenimento, siano osservati i principi di necessità e proporzionalità³⁰⁹. Tali principi sono richiamati anche dall’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali e devono essere osservati ogni volta che si limita un diritto garantito dalla Carta.

Le decisioni prese sulla base delle direttive devono essere adottate caso per caso e sulla base di criteri obiettivi³¹⁰. Ai sensi dell’art. 8 della direttiva accoglienza, il trattenimento è possibile solo ove sia necessario sulla base di una valutazione individuale. Allo stesso modo, l’art. 15, par. 5, della direttiva rimpatri richiede che il trattenimento sia mantenuto solo per il «*periodo necessario*» all’esecuzione dell’allontanamento.

Il trattenimento, oltre che necessario, deve essere proporzionato allo scopo da raggiungere. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il principio di proporzionalità richiede che gli atti delle istituzioni dell’Unione non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa in questione³¹¹. Questo implica che il trattenimento può essere adottato solo se altre misure alternative, meno afflittive, non possono essere efficacemente applicate per raggiungere quello stesso scopo³¹².

A differenza del diritto dell’Unione europea, l’art. 5, lett. f), non richiede nessun test di necessità e di proporzionalità³¹³. L’assenza appare ancora più

³⁰⁹ Considerando nn. 16 e 20, dir. 2008/115/CE; considerando n. 15, dir. 2013/33/UE; considerando n. 20, art. 28, par. 2, reg. (UE) n. 604/2013; Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punti 53-55; cfr. anche l’art. 9 del PIDCP richiede che ogni privazione della libertà imposta in caso di immigrazione sia legittima, necessaria e proporzionata; PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., pp. 1413 e 1414.

³¹⁰ Considerando n. 6, dir. 2008/115/CE, non è sufficiente constatare un soggiorno irregolare.

³¹¹ V. *ex multis*, Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punto 54.

³¹² Considerando n. 16, art. 15, par. 1, dir. 2008/115/CE; considerando n. 20 e art. 8, par. 2, dir. 2013/33/UE; considerando n. 20 e art. 28, par. 2, reg. (UE) n. 604/2013; cfr. Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punti 38 e 39; Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punto 258; sulle misure alternative, v. *infra*, cap. II, par. 2.5.

³¹³ Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 112; Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 72; *A. e a. c. Regno Unito*, cit., par. 164; in tali casi la Corte EDU, richiamando la lettera dell’art. 5, lett. f) ha ricavato un non obbligo del principio di proporzionalità e necessarietà; cfr. CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri*, cit., p. 372 ss.

peculiare considerando che, per altre previsioni dell’art. 5, come ad esempio per la detenzione al fine di impedire ad una persona di commettere un reato o di darsi alla fuga, la necessità e la proporzionalità sono invece richiesti³¹⁴. La ragione di tale vuoto è stata giustificata con il fatto che ogni Stato detiene un diritto sovrano di controllare le sue frontiere e di decidere sull’ingresso dello straniero nel suo territorio, con la conseguente possibilità di ricorrere alla detenzione al fine di attuare tale prerogativa. Per la Corte di Strasburgo infatti, fino a quando un soggetto non riceve un’autorizzazione ad entrare nel territorio di uno Stato, egli rimane non autorizzato ed il provvedimento detentivo ha lo scopo di impedire l’ingresso, anche qualora si tratti di un richiedente protezione internazionale³¹⁵.

Pur non prevedendo i principi di necessità e proporzionalità, la giurisprudenza di Strasburgo applica un “test di arbitrarietà”³¹⁶. La Corte infatti richiede che la detenzione sia necessaria per raggiungere uno scopo determinato e che costituisca l’ultima possibilità dopo aver considerato tutte le altre ipotesi meno coercitive ed averle ritenute insufficienti per tutelare l’interesse pubblico o personale. La Corte EDU inoltre richiede che siano osservate la buona fede e la dovuta diligenza.

Le autorità responsabili della detenzione *ex lett. f)* devono agire in buonafede³¹⁷. Tale requisito comporta che le misure devono essere strettamente correlate al motivo invocato, il luogo e le condizioni materiali appropriate e la durata temporale della misura non deve eccedere il tempo ragionevolmente richiesto per l’obiettivo perseguito. Una violazione della buona fede potrebbe prospettarsi, ad esempio, qualora le autorità nazionali consapevolmente traggano in errore i cittadini di paesi terzi per facilitare il loro allontanamento³¹⁸ o quando le autorità non si sono impegnate ad applicare la legislazione in modo corretto³¹⁹.

³¹⁴ Art. 5, comma 1, lett *c*), CEDU; gli altri diritti della CEDU previsti agli artt. 8-11 richiedono tutta la garanzia della necessità della restrizione in una società democratica, v. GIALUZ V. M., SAGNOLO P., *Commento all’art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., p. 114.

³¹⁵ Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 65.

³¹⁶ V. *supra*, cap. I, par. 5.2.

³¹⁷ Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 74; cfr. Corte di giustizia, *Al Chador*, cit., punto 39; Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punto 81.

³¹⁸ Corte EDU (GC), sentenza *Saadi c. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, *A. e a. c. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, *Conka c. Belgio*, sent. 5 febbraio 2002, par. 42.

³¹⁹ Corte EDU (GC), *Benham c. Regno Unito*, sent. 10 giugno 1996, par. 47.

Sia il diritto dell'UE che la CEDU contemplano il principio della dovuta diligenza in caso di trattenimento di persone soggette ad allontanamento; durante il periodo in cui gli stranieri sono trattenuti gli Stati membri devono agire con diligenza. L'art. 15, par. 1, della direttiva rimpatri prevede che il trattenimento sia mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio. Lo stesso è previsto anche per i richiedenti protezione internazionale³²⁰.

Nell'ambito della CEDU, la dovuta diligenza nei procedimenti di espulsione o estradizione comporta anche che lo Stato si adoperi ad organizzare un allontanamento, compiendo passi concreti e fornendo prove degli sforzi fatto. Nel valutare la *due diligence* viene presa in considerazione la condotta delle autorità, in base alle circostanze del caso e alla complessità del procedimento³²¹.

Dal quadro delineato, emerge chiaramente come il trattenimento, in quanto eccezione ad un diritto fondamentale dell'individuo, sia una misura da usare con cautela, nel rispetto di tutti i requisiti stabiliti dalla legge, e non come uno strumento di applicazione sistematica per facilitare la gestione dell'ingresso e dell'allontanamento degli stranieri dalle proprie frontiere.

³²⁰ Art. 9, par. 1, e considerando n. 16, dir. 2013/33/UE.

³²¹ Corte EDU, *Quinn c. Francia*, cit., par. 48; cfr. LOPRIENO D., “Trattenere e punire”, cit., p. 68.

CAPITOLO II

LA TUTELA DEI DIRITTI DEGLI STRANIERI SOTTOPOSTI A MISURE DI TRATTENIMENTO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. Introduzione

Il presente capitolo ha lo scopo di esaminare nel dettaglio la normativa sul trattenimento degli stranieri nel diritto dell'Unione europea, per comprenderne le problematiche interpretative e applicative.

In un primo momento, saranno analizzate le ipotesi in cui è possibile sottoporre un cittadino di un Paese terzo a misure di trattenimento. Si tratterà quindi di esaminare i casi di trattenimento volti ad impedire un ingresso non autorizzato negli Stati membri, a verificare l'identità e la cittadinanza e in pendenza dell'esame della domanda di protezione internazionale, ad effettuare il trasferimento del richiedente protezione ai sensi del regolamento Dublino III, nonché del trattenimento per motivi di sicurezza ed ordine pubblico e ai fini del rimpatrio.

Successivamente, saranno esaminati i diritti degli stranieri sottoposti a misure di trattenimento, dal punto di vista dei termini e della durata dello stesso, delle garanzie procedurali per porre in essere la misura e della possibilità di ricorso contro un provvedimento illegittimo, nonché delle condizioni materiali di trattenimento.

Infine, sulla base dell'analisi condotta, saranno discussi gli aspetti critici della normativa e della prassi, con riguardo alle problematiche emerse e alle prospettive di riforma attualmente in discussione.

2. Un “viaggio” attraverso le ipotesi di trattenimento dello straniero: dall’ingresso in Unione europea al rimpatrio.

L’art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza prevede sei ipotesi tipiche di trattenimento dei richiedenti asilo. Ad esse si aggiunge l’ipotesi del trattenimento ai fini del rimpatrio, previsto dalla direttiva 2008/115/CE, per i migranti irregolari¹. La casistica, in particolare quella della direttiva 2013/33/UE, è formulata in modo ampio e di conseguenza, la misura è suscettibile di un’applicazione generalizzata². A scongiurare un’applicazione generalizzata della misura vi è il divieto di arbitrarietà, il requisito della necessità e dall’esigenza che ad ogni caso sia dedicato un esame individuale³. Nell’applicazione delle misure, un ruolo predominante è lasciato al giudice, il quale deve valutare la necessità del trattenimento, e al diritto nazionale, che deve specificare i motivi di trattenimento, ai sensi dell’art. 8, par. 3, ultima parte⁴.

2.1. Il trattenimento “in ingresso” alle frontiere e nelle zone di transito per decidere sul diritto di entrare nel territorio di uno Stato membro

Una delle ipotesi più emblematiche dell’uso della misura consiste nel trattenimento al fine di decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto di uno straniero di fare ingresso nel territorio dell’Unione, ai sensi dell’art. 8, par. 3, lett. c), della direttiva accoglienza. La previsione è similmente presente anche nell’art. 5, par. 1, lett. f) della CEDU, che prevede la detenzione o l’arresto per impedire ad una persona di entrare illegalmente nel territorio di uno Stato.

¹ Per l’ordinamento italiano, v. *infra*, cap. III, par. 5.2.

² TSOURDI E., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, p. 20; VAVOULA N., *The detention of asylum seekers pending transfer under the Dublin III Regulation*: Al Chodor, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1044; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 172.

³ V. *supra*, cap. I, par. 5.2.

⁴ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 297; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 172 e 173.

Il trattenimento “in ingresso” consiste in una misura molto diffusa nella prassi ma, al tempo stesso, l’interpretazione dell’art. 8, par. 3, lett. c), della direttiva accoglienza non appare immediata a primo acchito. Il dubbio riguarda in particolare cosa gli Stati debbano valutare sul diritto di entrare nel territorio, posto che l’identità e la cittadinanza e gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale sono ipotesi già specificatamente previste dalle lettere a) e b) dello stesso articolo⁵. Inoltre, il fatto che l’art. 9 della direttiva procedure sancisca il diritto dei richiedenti di rimanere nel territorio dello Stato per il tempo necessario ad esaminare la domanda, implica necessariamente che il richiedente in tale Stato vi abbia già fatto ingresso.

Di conseguenza, lo spazio di applicazione che residua all’ipotesi disciplinata dalla lett. c) è quello delle domande presentate nelle zone di transito e alla frontiera. Si tratta di quanto previsto dall’art. 43 della direttiva procedure, sulle c.d. procedure di frontiera e sulla possibilità degli Stati membri di trattenere coloro che si presentano alle frontiere, prima di riconoscere loro un diritto di ingresso nel territorio⁶. Il trattenimento in questione ha la finalità di consentire allo Stato una valutazione sull’ammissibilità o meno di una domanda⁷ o se questa debba essere respinta in quanto infondata⁸. Le procedure di frontiera devono comunque rispettare i principi generali e le garanzie della direttiva procedure e, in particolare, il par. 2 richiede che la decisione sia presa entro un termine ragionevole di quattro settimane, dopo le quali il richiedente è ammesso nel territorio dello Stato membro, per l’esame della domanda secondo la procedura ordinaria⁹. Il par. 3 estende la possibilità di procedure alla frontiera in caso di un afflusso massiccio di migranti che renda impossibile applicare le disposizioni del par. 1, le quali possono essere applicate «anche nei luoghi e per il periodo in cui i cittadini di paesi terzi o gli apolidi sono normalmente accolti, nelle immediate vicinanze della frontiera o della

⁵ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 297.

⁶ Corte di giustizia, *FMS*, cit., punti 237-239; Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, causa C-808/18, punti 178 e 179; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 176.

⁷ Art. 33, dir. 2013/32/UE.

⁸ Art. 31, par. 8, dir. 2013/32/UE.

⁹ Corte di giustizia, *FMS*, cit., punti 240 e 241; Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, cit., punto 181.

zona di transito»¹⁰. All’uso di tale procedura sono posti dei limiti, in quanto essa non può applicarsi qualora non sia possibile garantire un sostegno adeguato alle frontiere ai richiedenti vulnerabili che abbiano subito torture, stupri o altre gravi violenze e può essere applicata nei confronti dei minori non accompagnati solo qualora sussistano determinate condizioni¹¹.

Le persone soggette alle procedure di frontiera rappresentano quindi l’unico caso in cui i richiedenti non hanno diritto di fare ingresso nello Stato membro, configurandosi, di conseguenza, come l’unica ipotesi di trattenimento ai sensi dell’art. 8, par. 3, lett. c), della direttiva accoglienza¹².

Quanto al diritto vigente in tali luoghi, le frontiere, le acque territoriali e le zone di transito degli Stati membri sono parte integrante del territorio dello Stato membro, comprese quindi nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione¹³.

Il controllo delle frontiere è disciplinato dal codice frontiere Schengen, il quale ne definisce anche la nozione. Le frontiere esterne, ai sensi dell’art. 2 del codice, sono «*le frontiere terrestri, comprese quelle fluviali e lacustri, le frontiere marittime e gli aeroporti, i porti fluviali, marittimi e lacustri degli Stati membri, che non siano frontiere interne*». La frontiera non si limita ad essere una linea sulla mappa geografica¹⁴, ma ad essa sono collegati una serie di processi e risorse, che devono permettere agli Stati di porre in essere controlli efficaci, elevati nel loro livello ed uniformi¹⁵, nel rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana¹⁶, al fine di impedire ingressi non autorizzati nel territorio¹⁷. Per poter attraversare le

¹⁰ Corte di giustizia, *FMS*, cit., punti 242-247.

¹¹ Art. 24, par. 3, e art. 25, par. 6, lett. b), dir. 2013/32/UE; v. Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, cit., punti 187-192.

¹² VEDSTED-HANSEN J., *Directive 2013/32/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., op. cit., p. 1372; PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1415.

¹³ Art. 3, par. 1, dir. 2013/33/UE; cfr. art. 3, par. 1, dir. 2013/32/UE; v. PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1396; cfr. Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 52.

¹⁴ COSTELLO C., *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, in *Current Legal Problems*, 2015, p. 172.

¹⁵ Art. 15, codice frontiere Schengen; per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere, v. art. 14, codice frontiere Schengen.

¹⁶ Artt. 4 e 7, codice frontiere Schengen; v. Corte di giustizia, *Zakaria*, causa C-23/12, par. 40.

¹⁷ Art. 13, par. 1, codice frontiere Schengen.

frontiere, i cittadini dei paesi terzi devono soddisfare determinate condizioni¹⁸ e, qualora queste siano assenti, al soggetto deve essere negato l'ingresso¹⁹. Preposte ai controlli sono le guardie di frontiera e costiere europee, che compongono il personale dell'Agenzia Frontex, e le guardie di frontiera nazionali²⁰.

Il trattenimento per decidere sul diritto di entrare nello Stato è strettamente collegato con l'uso della misura come strumento per impedire l'immigrazione irregolare, ma strida con il fatto che, ai sensi della direttiva accoglienza, tale tipo di trattenimento riguarda richiedenti protezione internazionale e non migranti irregolari. Nella prassi dei “casi frontalieri” la *summa divisio* tra direttiva accoglienza e direttiva rimpatri appare più sfumata²¹, in quanto gli Stati devono effettuare una fase di “pre-identificazione” per verificare se i soggetti giunti alle frontiere sono richiedenti asilo, rifugiati o migranti irregolari²². Questa operazione può risultare particolarmente complessa, soprattutto nel caso di flussi migratori “misti”. In tale contesto, le misure di limitazione o privazione della libertà non possono essere utilizzate per porre in essere trattenimenti “di massa”, nei confronti di chiunque si trovi ai confini dell’Unione, ma è sempre necessario che lo Stato membro indichi i motivi specifici per cui dispone la misura e prenda in esame la situazione individuale di ciascun richiedente, nel rispetto del principio di necessità e proporzionalità²³. Proprio in queste zone l’esigenza di tutelare i diritti fondamentali appare ancora più stringente. Il trattenimento in questione avviene infatti in luoghi spesso non appropriati e non strutturati per accogliere persone²⁴. Tali luoghi rischiano di diventare zone grigie, *zones de non-droit*²⁵, in cui i diritti

¹⁸ Art. 6, par. 1, codice frontiere Schengen.

¹⁹ Art. 13, par. 1 e art. 14, codice frontiere Schengen, impongono il respingimento e l’applicazione delle procedure di rimpatrio, ai sensi della dir. 2008/115/CE.

²⁰ Artt. 15 e 16 codice frontiere Schengen; Art. 7, reg. (UE) 2019/1896.

²¹ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 209.

²² Cfr. con la proposta di screening del nuovo patto del 2020, v. *infra*, cap. II, par. 5.3.

²³ PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1415; TSOURDI E., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, p. 21.

²⁴ V. *infra*, cap. II, par. 3.4.1.3 e cap. III, par. 6.2.

²⁵ GATTA F. L., *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere: lo “Scontro” tra le Corti Europee sul Trattenimento dei Migranti nelle Zone di Transito*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, p. 100; l'espressione è tratta da CALIER J. Y., CREPEAU F., *De la “crise” migratoire Européenne au Pacte mondial sur les migrations: exemple d'un mouvement sans droit?*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2017, pp. 462 e 463.

fondamentali della persona e i principi cardine dell’Unione, come lo Stato di diritto, l’accesso alla giustizia, la trasparenza e la legalità, non sono pienamente rispettati.

Il trattenimento e la tutela dei diritti alle frontiere e nelle zone di transito aeroportuali, terrestri e marittime, è stato un tema ampiamente discusso nella giurisprudenza delle due Corti europee, che non sempre hanno adottato soluzioni concordi.

2.1.1. Il trattenimento al fine di impedire ad una persona di entrare illegalmente nel territorio di uno Stato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

Il trattenimento “in ingresso” trova riscontro anche nella CEDU, laddove l’art. 5, par. 1, lett. *f*), prevede la possibilità di arresto o detenzione al fine di impedire ad una persona di entrare illegalmente nel territorio di uno Stato. La disposizione appare più ampia rispetto a quella dell’art. 8, par. 3, lett. *c*), della direttiva accoglienza, sia a causa della sua formulazione letterale, sia in quanto la CEDU prevede solo due ipotesi di detenzione degli stranieri²⁶. A metterne in luce la diversa tutela è stata anche la fiorente giurisprudenza della Corte EDU di cui la previsione è stata oggetto.

Esemplare dell’approccio della Corte EDU è la sentenza *Saadi c. Regno Unito*²⁷. Il caso riguardava la vicenda di un dottore curdo iracheno, arrivato all’aeroporto di Heathrow, nel Regno Unito, e successivamente detenuto nel centro di accoglienza di Oakington per sette giorni, dopo aver presentato domanda di asilo²⁸. Nel caso di specie, la Corte ha qualificato la situazione come una privazione

²⁶ Già osservando la formulazione letterale, si può notare come l’art. 5, par. 1, lett. *f*) della CEDU si ponga più nella prospettiva di proteggere i confini dello Stato, in quanto lo scopo è «*impedire un ingresso illegale*» e non, come invece nell’art. 8, par. 3, lett. *c*) della direttiva accoglienza, «*decidere [...] sul diritto del richiedente di entrare*». Questo deriva anche dal fatto che l’ambito di applicazione dell’art. 5, lett. *f*) della CEDU non è circoscritto ai soli richiedenti protezione internazionale. Inoltre, il fatto che la CEDU preveda solo due ipotesi di detenzione per gli stranieri, porta a ricomprendere nella disposizione in oggetto anche ipotesi che nel diritto dell’Unione hanno una separata e apposita previsione, come il trattenimento al fine di verificare l’identità o la cittadinanza dello straniero e quello al fine di verificare gli elementi su cui si basa una domanda di protezione internazionale.

²⁷ Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, sent. 29 gennaio 2008.

²⁸ Sul regime del centro e le sue caratteristiche, v. ivi, parr. 23-25.

della libertà personale²⁹ ma, applicando il test di arbitrarietà³⁰, non ha riscontrato una violazione dell'art. 5 della CEDU. Infatti, secondo i giudici, fino a che uno Stato non abbia autorizzato un soggetto ad entrare nel proprio territorio, l'ingresso è da considerarsi “non autorizzato” e di conseguenza il trattenimento di un soggetto che vuole entrare nel territorio e che non abbia ancora ottenuto l'autorizzazione è da considerarsi legittimo³¹. Lo scopo del trattenimento in questione era quello di decidere in modo rapido ed efficace sulla domanda di asilo del richiedente tramite una procedura accelerata. Nell'ottica della Corte europea dei diritti dell'uomo, il trattenimento, oltre ad essere collegato allo scopo di impedire un ingresso irregolare, avvantaggia anche il richiedente stesso.

In merito all'approccio della sentenza *Saadi*, si sono levate molte voci contrarie³², a partire dalla *dissenting opinion* di sei giudici della Corte di Strasburgo³³, per quanto riguarda il peso dato alle esigenze amministrative e l'assenza di una distinzione tra migranti irregolari e richiedenti protezione internazionale.

Quanto alla prima questione, nell'approccio di Strasburgo, la convenienza burocratico-amministrativa³⁴ sembra prevalere sulla tutela della persona. Nel pesare gli interessi in gioco, infatti, la Corte dà particolare importanza al diritto

²⁹ Ivi, par. 42.

³⁰ Ivi, par. 69; v. *supra*, cap. I, par. 5.2.

³¹ Ivi, par. 65; v. O'NIONS H., *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, pp. 171-175.

³² Oltre alla differente posizione sulla questione nel diritto dell'Unione europea, che emerge sia dalla direttiva accoglienza, sia dalla Corte di giustizia, anche altri organi del Consiglio d'Europa stesso hanno sostenuto tesi diverse. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nella sua raccomandazione del 16 aprile 2003 (Rec(2003)5) sulla detenzione dei richiedenti asilo, ha stabilito che i richiedenti asilo, imputati di qualche reato o respinti e detenuti in attesa dell'espulsione, non rientrano nel campo di applicazione della prima parte dell'art. 5, lett. f) della CEDU (punto 2) e che le misure detentive nei confronti dei richiedenti asilo dovrebbero essere applicate solo a seguito di un attento esame della loro necessità in relazione al singolo caso, prendendo in considerazione le misure alternative (punti 4 e 6). Anche l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha criticato la sentenza *Saadi* e ha manifestato la preoccupazione che l'interpretazione data di un “ingresso non autorizzato” possa comportare la possibilità per lo Stato di detenere “all'infinito”; v. COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., pp. 290 e 291.

³³ Si tratta dei giudici Rozakis, Tulkes, Kovler, Hajiyev, Spielmann e Hirvelä; v. O'NIONS H., *No Right to Liberty*, cit., pp. 174 e 175; COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., pp. 289 e 290.

³⁴ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 224; O'NIONS H., *No Right to Liberty*, cit., p. 173.

degli Stati di controllare l’ingresso degli stranieri sul proprio territorio, il quale viene definito un «*diritto sovrano inalienabile*»³⁵. Per la Corte, la possibilità di detenere gli stranieri che tentano di entrare nel territorio di uno Stato, compresi i richiedenti protezione internazionale, è un corollario di tale diritto, considerando anche che né la CEDU, né i suoi Protocolli, prevedono un diritto di ingresso e soggiorno nel territorio di uno Stato di cui la persona non sia cittadino³⁶, né tantomeno il diritto di asilo³⁷. Un’interpretazione che permetta il trattenimento solo qualora si accerti che un soggetto si è sottratto alle normative sull’ingresso, sarebbe troppo restrittiva e limiterebbe eccessivamente il potere dello Stato di controllare l’ingresso nel proprio territorio³⁸. Non richiedendo la Corte EDU il requisito della necessità, lo scopo di garantire l’effettività del controllo delle frontiere è sufficiente a giustificare la detenzione.

Per i giudici dissennienti, l’approccio della maggioranza ha un fine esclusivamente burocratico, non collegato all’impedire un ingresso non autorizzato³⁹. In tal modo, la persona viene usata come mezzo, anziché fine⁴⁰.

In secondo luogo, l’approccio della Corte EDU pone sullo stesso piano i richiedenti protezione internazionale e i migranti irregolari⁴¹. La detenzione dei richiedenti asilo è ammessa per il solo fatto di aver presentato la domanda di asilo. Come evidenzia la *dissenting opinion*, «*the European Convention on Human Rights does not apply in a vacuum*»: le disposizioni del diritto dell’Unione europea

³⁵ Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 64; cfr. Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 41. Anche nel diritto internazionale, la sovranità degli Stati tanto di ammettere o meno gli stranieri sul proprio territorio, quanto di espellerli, consiste in una regola di diritto consuetudinario; v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 14.

³⁶ Corte EDU, *Hamidovich c. Italia*, sent. 4 dicembre 2012, par. 36.

³⁷ Corte EDU, *Vilvarajah ed altri c. Regno Unito*, cit., par. 102; Corte EDU (GC), *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 73.

³⁸ Secondo la Corte questa interpretazione sarebbe addirittura contraria alla Conclusion n. 44 del Comitato esecutivo del Programma dell’UNHCR, alle Linee Guida dell’UNHCR (del 1995 e modificate nel 1999, precedenti a quelle del 2012) e alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del 2003 (soprattutto), che prevedono tutti la detenzione in circostanze come durante le verifiche sull’identità o quando devono essere definiti elementi su cui si fonda la domanda di asilo; v. Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 65; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 226; FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, pp. 224 e 225.

³⁹ Opinione dissidente in *Saadi c. Regno Unito*, cit., p. 34.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 225 e 226.

prevedono l'esatto opposto, precludendo di trattenere una persona per il solo fatto di essere un richiedente protezione internazionale⁴².

Successivamente alla pronuncia *Saadi*, sono stati fatti alcuni passi in avanti nel senso di differenziare i richiedenti asilo dagli immigrati irregolari.

Nel caso *Rusu c. Austria*⁴³, la detenzione di un richiedente è stata ritenuta arbitraria in quanto non rispondente agli *standard* della legge austriaca e in quanto il soggetto non stava tentato di effettuare un ingresso non autorizzato, bensì di lasciare il paese. La pronuncia costituisce un'evoluzione in senso più garantistico rispetto al caso *Saadi*, poiché sembra escludere la possibilità di detenzione degli stranieri nei c.d. paesi di transito, per prevenire un proseguimento della migrazione⁴⁴.

Nel caso *Suso Musa c. Malta*⁴⁵, la Corte EDU ha analizzato l'ipotesi in cui uno Stato abbia previsto nella propria legislazione, anche in attuazione del diritto dell'Unione, l'autorizzazione all'ingresso e alla permanenza dei richiedenti protezione internazionale durante l'esame della loro domanda. In questi casi, non è sostenibile giustificare la detenzione con lo scopo di impedire un ingresso non autorizzato e, venendo meno la stretta correlazione con lo scopo, la misura risulta essere arbitraria e contraria all'art. 5 della CEDU⁴⁶. Gli Stati che prevedono una tale norma nel proprio ordinamento non hanno il potere di detenere i richiedenti, i quali non dovrebbero essere considerati come soggetti che fanno ingresso irregolarmente una volta che hanno avuto accesso alla procedura⁴⁷. A ben vedere non si tratta di un'evoluzione, ma semplicemente di un'applicazione del criterio *Saadi*, che considera l'ingresso irregolare fino a quando lo Stato non autorizzi il soggetto. L'autorizzazione in tali casi deriva direttamente da una disposizione legislativa che prevede il diritto di ingresso e di permanenza per i richiedenti protezione internazionale, come avviene nel diritto dell'Unione.

⁴² Opinione dissidente in *Saadi c. Regno Unito*, pp. 35 e 36; v. art. 8, dir. 2013/33/UE; art. 26, dir. 2013/32/UE (ai tempi della pronuncia si trattava dell'art. 18, par. 1, della dir. 2005/85/CE); O'NIOLS H., *No Right to Liberty*, cit., p. 175.

⁴³ Corte EDU, *Rusu c. Austria*, sent. 2 ottobre 2008.

⁴⁴ Ivi, parr. 57-58.

⁴⁵ Corte EDU, *Suso Musa c. Malta*, sent. 23 luglio 2013.

⁴⁶ Ivi, par. 97.

⁴⁷ Lettura data da COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 291.

La visione di Strasburgo che emerge da tali sentenze si distanzia da quella del diritto dell’Unione europea, il quale distingue nettamente la posizione del migrante irregolare da quella del richiedente protezione internazionale.

2.1.2. Il trattenimento nelle zone di transito aeroportuali

Gli aeroporti costituiscono uno dei maggiori punti di ingresso dei cittadini di paesi terzi nell’Unione europea⁴⁸. All’interno degli aeroporti sono presenti delle “zone di transito”, espressione con cui si identificano quelle aree tra il punto di atterraggio dell’aereo e i controlli doganali. La loro funzione è quella di consentire ai passeggeri di transitare in uno Stato, senza entrarvi formalmente, ma solo al fine di imbarcarsi in un altro volo⁴⁹. Da un punto di vista giuridico, tuttavia, non esiste una definizione di tali zone. Questo ha portato gli Stati a considerarle come zone extraterritoriali e ad utilizzarle per gestire in modo informale i flussi migratori, tramite verifiche sommarie delle condizioni di ingresso nel paese e conseguenti respingimenti e trattenimenti illegittimi. Nell’attesa delle verifiche sulla regolarità dell’ingresso, o nell’attesa di essere respinti nel paese di origine, i passeggeri provenienti da paesi terzi vengono spesso confinati in strutture aeroportuali inadeguate per l’accoglienza delle persone per periodi di tempo prolungati⁵⁰: stanze sotto stretta sorveglianza, senza accesso all’aria aperta, a volte senza servizi igienici e acqua, privi della possibilità di contattare un legale e in mancanza di decisioni formali di trattenimento⁵¹.

⁴⁸ La FRA, nel 2014, ha analizzato la situazione in 5 dei principali aeroporti internazionali dell’Unione europea: l’aeroporto Charles de Gaulle-Roissy di Parigi (Francia), l’aeroporto di Fiumicino a Roma (Italia, v. *infra*, cap. III, par. 6.2.4), l’aeroporto di Francoforte sul Meno (Germania), l’aeroporto di Manchester (Regno Unito, il quale non rientra più nell’Unione europea) e l’aeroporto di Schiphol ad Amsterdam (Paesi Bassi); v. FRA, *Fundamental rights at airports: border checks at five international airports in the European Union*, 2014, pp. 16 e 17; per un aggiornamento, European Parliamentary Research Service (EPRS), *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, pp. 104 e 105; v. *infra*, cap. II, par. 3.4.1.3.

⁴⁹ ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, report, gennaio 2021, p. 3.

⁵⁰ CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri*, cit., p. 370; MAJCHER I., FLYNN M., GRANGE M., *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the “Crisis”*, cit., pp. 457 e 458.

⁵¹ ASGI, *Le zone di transito aeroportuali*, cit., p. 5; per le zone di transito in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 6.2.4.

La Corte di Strasburgo ha sviluppato un'ampia giurisprudenza sulla detenzione nelle zone di transito.

La sentenza che ha dato avvio a questa giurisprudenza è *Amuur c. Francia*⁵² del 1996. Il caso riguardava il trattenimento nella zona di transito dell'aeroporto di Parigi-Orly, per venti giorni, di alcuni cittadini somali a cui era stato negato l'ingresso in Francia. La sentenza affronta una serie di punti chiave, divenuti poi criteri per valutare le misure detentive nelle successive pronunce.

In primo luogo, viene rigettata l'argomentazione della Francia secondo cui, non avendo fatto ingresso nel Paese, i ricorrenti non rientravano nella giurisdizione francese. Per la Corte, la giurisdizione dello Stato si estende anche alle zone di transito internazionali degli aeroporti, le quali non hanno natura extraterritoriale⁵³.

Inoltre, la Corte non ha accolto la c.d. “teoria della prigione con tre pareti”⁵⁴. Secondo tale teoria, non sussiste una privazione della libertà personale qualora la persona trattenuta possa prendere un volo in uscita verso un altro Paese⁵⁵. Il fatto che una tale possibilità non venga sfruttata, equivale alla libera scelta di non sottrarsi alla misura restrittiva e quindi non è possibile parlare di privazione della libertà personale. La Corte ha rigettato una simile tesi poiché, trattandosi di richiedenti protezione internazionale, la possibilità di tornare nel paese di origine era meramente teorica⁵⁶ e, di conseguenza, anche la loro libertà. Nel caso di specie, i richiedenti avrebbero potuto recarsi in Siria, la quale era disposta ad accettarli, ma per la Corte le garanzie diplomatiche date erano insufficienti, anche in considerazione del fatto che tale Stato non fosse firmatario della Convenzione di Ginevra⁵⁷.

⁵² Corte EDU, *Amuur c. Francia*, sent. 25 giugno 1996.

⁵³ Ivi, par. 52.

⁵⁴ Il nome deriva dal nome del ricorrente di un caso della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America del 1953 (*Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953), in supreme.justia.com). Il sig. Mezei era stato detenuto per tre anni nel centro per i migranti di Ellis Island ed erano stati fatti vari tentativi di espellerlo, verso la Francia, la Gran Bretagna e l’Ungheria, le quali lo avevano tutti respinto, così come gli altri Stati d’America Latina in cui aveva tentato di fare domanda di asilo. Egli era non espellibile di fatto ma la Corte suprema aveva escluso che si trattasse di una detenzione perché egli avrebbe potuto andarsene in ogni momento dal paese; v. CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri*, cit., p. 346.

⁵⁵ Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 46.

⁵⁶ Ivi, par. 48; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 220 e 221.

⁵⁷ Ivi, par. 48.

Una volta appurato che la situazione rientrava nell’alveo dell’art. 5 della CEDU, la Corte di Strasburgo ha condannato la Francia per violazione del principio di legalità, in quanto la legge francese non era sufficientemente chiara e definita. Nel condannare il Paese però, i giudici hanno affermato nuovamente il diritto dello Stato a controllare l’ingresso nel proprio territorio, anche tramite il ricorso alla detenzione⁵⁸.

Successivamente, la Corte EDU è tornata a pronunciarsi sulla privazione della libertà del trattenimento nelle zone di transito aeroportuali.

Nel caso *Nolan c. Russia*⁵⁹, la Corte ha ritenuto sussistente la misura detentiva, anche se il trattenimento era durato una sola notte, in quanto al soggetto era stato impedito di uscire dalla sala dell’aeroporto bloccata dall’esterno e che, anche se il giorno dopo era stato permesso l’uso dei servizi igienici, del telefono e la possibilità di recarsi al bar, c’era sempre stata una costante sorveglianza delle guardie di frontiera⁶⁰. Anche in tal caso, la misura è stata ritenuta arbitraria per l’assenza di una normativa nazionale sufficientemente precisa ed accessibile⁶¹.

Tornando sul rigetto della teoria della prigione con tre pareti, nel caso *Riad e Idiab c. Belgio*⁶², la Corte EDU ha affermata che il fatto che i cittadini potessero volontariamente lasciare il paese non escludeva una violazione della libertà personale⁶³. Similmente, in *Rashed c. Repubblica ceca*⁶⁴, ha aggiunto che anche il fatto che lo straniero sia un migrante economico e possa tornare nel proprio Paese, non esclude l’eventuale sussistenza di una privazione della libertà personale⁶⁵.

Contrariamente a quanto sopra descritto, vi sono state pronunce in cui la Corte di Strasburgo ha dato un rilievo differente alla possibilità di lasciare il paese. Nel caso *Mahdid c. Haddar*⁶⁶ ad esempio, la Corte EDU non ha applicato i principi

⁵⁸ Ivi, par. 41; cfr. *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 64.

⁵⁹ Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, sent. 12 febbraio 2009.

⁶⁰ Ivi, par. 96.

⁶¹ Ivi, parr. 97-100.

⁶² Corte EDU, *Riad e Idiab c. Belgio*, sent. 24 gennaio 2008.

⁶³ Ivi, par. 68.

⁶⁴ Corte EDU, *Rashed c. Repubblica ceca*, sent. 27 novembre 2008.

⁶⁵ Ivi, parr. 58 e 67, la Corte EDU ha respinto l’argomentazione del Governo ceco che sosteneva che la detenzione fosse volontaria in quanto il soggetto era un migrante economico e avrebbe potuto fare ritorno nel proprio paese in ogni momento.

⁶⁶ Corte EDU, *Mahdid e Haddar c. Austria*, sent. 8 dicembre 2005.

della sentenza *Amuur* ed ha escluso l'applicabilità dell'art. 5 della CEDU. Dal momento che i ricorrenti avevano distrutto i propri documenti in modo da non poter essere più allontanati dal territorio, il trattenimento è stato considerato una loro libera scelta, aggiungendo a ciò altri elementi, come la possibilità di mettersi in contatto con i legali.

2.1.3. Le zone di transito terrestri: la diversa posizione della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle zone di transito ungheresi

Un'altra via attraverso la quale gli stranieri giungono in Europa sono le frontiere terrestri degli Stati membri. Il trattenimento nelle zone di transito terrestre è stato oggetto di una più recente giurisprudenza che ha visto contrapporsi della Corte di Lussemburgo a quella della Corte di Strasburgo. In particolare, le due Corti si sono pronunciate in senso opposto, a pochi mesi di distanza, sulla zona di transito di Röszke, una città ungherese al confine con la Serbia, da cui giungono i migranti che risalgono la rotta balcanica e in cui aveva sede un centro di trattenimento⁶⁷. Secondo i giudici di Strasburgo, la situazione dei richiedenti in attesa in tale zona non costituiva una privazione della libertà, mentre i giudici di Lussemburgo sostenevano il contrario.

Il caso di *Ilias e Ahmed*⁶⁸ è il primo in cui i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a pronunciarsi su una zona di transito terrestre⁶⁹. La vicenda riguardava due richiedenti asilo bangladesi, trattenuti per ventitré giorni nella zona di transito di Röszke e successivamente rinviati in Serbia. Essi lamentavano per tale motivo la violazione del principio del *non-refoulement*, ex art. 3 CEDU, e dell'art. 5 CEDU, poiché il trattenimento mancava di una base legale e non era stata data loro la

⁶⁷ Si tratta di un'area chiusa, delimitata da recinzioni e filo spinato, sorvegliata da guardie armate, in cui le persone risiedono in container metallici; v. Corte EDU (GC), *Ilias e Ahmed*, sent. 21 novembre 2019, parr. 15-19.

⁶⁸ Per un commento sul caso, v. GATTA F. L., *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere: lo "Scontro" tra le Corti Europee sul Trattenimento dei Migranti nelle Zone di Transito*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, pp. 99-120; STOYANOVA V., *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23 dicembre 2019, www.strasbourgobservers.com.

⁶⁹ Prima di allora infatti, i casi avevano riguardato solo le zone di transito aeroportuali, gli *hotspot* e i centri di accoglienza e di identificazione sulle coste del Mediterraneo.

possibilità di un ricorso effettivo. Sulla questione si sono pronunciate diversamente la Quarta Sezione e la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella prima sentenza del 2017⁷⁰, la IV Sezione ha seguito quello che poi risulterà essere anche l'orientamento della Corte di giustizia. I giudici, infatti, hanno riconosciuto che la situazione dei ricorrenti costituiva una detenzione *de facto*. Dal momento che la Corte ha riscontrato una violazione del principio del *non-refoulement* nel rinvio in Serbia dei richiedenti⁷¹, la possibilità di tornare in quel Paese era solo astratta e teorica. Se quindi non potevano essere respinti in Serbia, né potevano entrare in Ungheria, i soggetti si trovavano di fatto privati della propria libertà personale⁷².

Nel novembre del 2019, la Grande Camera, chiamata a pronunciarsi sulla questione⁷³, ha riaffermato che le zone di transito ai confini terrestri rientrano nella giurisdizione dello Stato⁷⁴ e si è trovata concorde con la quarta Sezione nel ritenere violato il principio di non respingimento⁷⁵. Curiosamente, ha però escluso che, nel caso di specie, si ricadesse nell'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 5⁷⁶. Per la Grande Camera non si trattava di una privazione della libertà perché i richiedenti avevano una capacità di movimento realistica. Essi non erano entrati nella zona di transito perché temevano per la loro vita in Serbia, ma avevano scelto volontariamente di entrarvi per richiedere l'asilo e sarebbero quindi potuti tornare in Serbia. Appare evidente il contrasto di tale affermazione con la posizione che la Corte EDU aveva tenuto fino ad allora per quanto riguarda le zone di transito aeroportuali, poiché l'argomentazione in questione sembra basarsi proprio su quella teoria della prigione con tre pareti che la Corte stessa aveva rigettato in passato⁷⁷.

⁷⁰ Corte EDU (IV Sezione), *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, sent. 14 marzo 2017.

⁷¹ Il rinvio in Serbia avrebbe esposto i richiedenti a violenze e maltrattamenti da parte delle autorità serbe e a carenze. Inoltre, il Paese presentava carenze nel sistema di asilo e si prospettava il rischio di respingimento automatico e di espulsione collettiva verso la Macedonia e la Grecia, i cui sistemi di accoglienza erano allo stesso modo carenti. La Corte non rileva invece una violazione dell'art. 3 CEDU nelle condizioni di trattenimento nella zona di transito.

⁷² Corte EDU (IV Sezione), *Ilias e Ahmed*, cit., par. 56. A ciò si aggiunge anche il fatto che, ai sensi della legge ungherese, l'abbandono della zona di transito comporta la rinuncia alla domanda di asilo.

⁷³ Corte EDU (GC), *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, sent. 21 novembre 2019.

⁷⁴ Ivi, par. 186.

⁷⁵ Ivi, parr. 123-165.

⁷⁶ Ivi, parr. 234-249.

⁷⁷ Cfr. opinione parzialmente dissidente in *Ilias e Ahmed*, cit., p. 82 e 83.

Per giustificare tale posizione, i giudici evidenziano come la differenza stia nel mezzo di trasporto: per poter abbandonare una zona di transito aeroportuale o marittima e poter uscire attraversando la “quarta parete”, sono necessari determinati strumenti e documenti, come un visto, un’autorizzazione all’imbarco o un biglietto aereo. Nella zona terrestre invece è sufficiente che il soggetto attraversi il confine a piedi⁷⁸.

La pronuncia della Grande Camera è stata oggetto di critiche, che hanno ritenuto il suo ragionamento privo di coerenza sul piano logico e giuridico⁷⁹. Ciò che pone più dubbi è il fatto che la Corte scinda la correlazione tra l’applicabilità dell’art. 5 e 3 della CEDU⁸⁰: da una parte, la Corte afferma la violazione dell’art. 3 da parte dell’Ungheria per il respingimento dei ricorrenti in Serbia, ma, dall’altra, ritiene che non si tratti di privazione della libertà personale proprio perché i richiedenti potevano tornare in Serbia. L’opinione dissidente dei giudici Bianku e Vučinić mette in luce come l’applicabilità dell’art. 5 venga ridotta al mezzo di trasporto usato⁸¹.

In linea con la posizione di coloro che dubitano delle motivazioni della Grande Camera in *Ilias e Ahmed* è anche la giurisprudenza di Lussemburgo.

Nel maggio del 2020, la Corte di Giustizia si è pronunciata, nel caso *F.M.S.*, sulla stessa zona di transito⁸². La vicenda aveva origine da due rinvii pregiudiziali, rispettivamente di due cittadini afghani e due cittadini iraniani. Dopo il rigetto della domanda di asilo senza esame nel merito, i richiedenti sono stati collocati nel centro di Röszke ed è stato ordinato loro di tornare in Serbia, con divieto di ingresso e soggiorno in Ungheria⁸³. La Serbia ha però rifiutato di riammettere i ricorrenti, perciò le autorità ungheresi di polizia degli stranieri hanno modificato il paese di

⁷⁸ Corte EDU (GC), *Ilias e Ahmed*, cit., parr. 236, 241 e 248. L’altra differenza che viene portata dalla Corte rispetto alla sentenza *Amuur c. Francia* è che la Serbia, dal 2001, è parte alla Convenzione di Ginevra; v. Corte EDU (GC), *Ilias e Ahmed*, cit., parr. 72 e 241.

⁷⁹ GATTA F. L., *Diritti umani e Stato di diritto alle frontiere*, cit., pp. 103 e 104; STOYANOVA V., *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary*, cit.

⁸⁰ GATTA F. L., *Diritti umani e Stato di diritto alle frontiere*, cit., p. 106.

⁸¹ Corte EDU (GC), *Ilias e Ahmed*, cit., opinione parzialmente dissidente in *Ilias e Ahmed*, p. 86.

⁸² Corte di giustizia, *FMS*, cause riunite C-924/19 e C-925/19 PPU.

⁸³ Ai sensi della dir. 2008/115/CE. La legge ungherese consente di dichiarare inammissibili le domande giunte da un “paese di transito sicuro”, senza esame nel merito, impedendo così l’ingresso in Ungheria dei migranti provenienti dalla rotta balcanica.

destinazione nel paese di cittadinanza dei ricorrenti, rispettivamente Afghanistan e Iran. La questione è arrivata alla Corte di giustizia, davanti alla quale il governo ungherese ha portato il caso *Ilias e Ahmed* a sostegno della propria tesi. Tuttavia, come sottolineato dall’Avvocato Generale Pikamäe, il diritto dell’Unione europea e la Corte di Lussemburgo detengono una propria autonomia e, alla luce di essa, possono garantire una maggior protezione dei diritti previsti dalla Carta e discostarsi dall’interpretazione data da Strasburgo⁸⁴. Dopo aver chiarito la nozione di trattenimento⁸⁵, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie le alte recinzioni, il filo spinato, la grandezza degli alloggi, la sorveglianza armata, l’impossibilità di ricevere visite o di avere contatti con l’esterno senza autorizzazione, erano tutti elementi che portavano nella direzione di una privazione della libertà personale. Secondo l’Avvocato Generale, la situazione era comparabile ad un regime carcerario⁸⁶. L’elemento decisivo è l’impossibilità di fatto dei richiedenti di lasciare il centro di Röszke. I richiedenti infatti non avevano una reale possibilità di scelta di allontanarsi: l’unica scelta che si prospettava loro era quella ritornare in un paese in cui rischiavano di essere sottoposti a maltrattamenti o nuovamente respinti⁸⁷. I richiedenti restavano di fatto “intrappolati”, tra l’Ungheria che aveva emesso un divieto di ingresso e soggiorno e la Serbia in cui rischiavano sanzioni, di natura anche penale, a causa di un ingresso e soggiorno irregolare⁸⁸.

Una volta appurato che di trattenimento si trattava, la Corte ha sancito l’illegittimità della misura, in quanto adottata senza conformarsi alle previsioni delle direttive accoglienza e rimpatri⁸⁹. A seguito della pronuncia della Corte di

⁸⁴ Conclusioni AG Pikamäe presentate il 23 aprile 2020, in *FMS*, cit., punti 148 e 149; v. anche Spiegazioni relative all’art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali.

⁸⁵ Ai sensi dell’art. 2, lett. h), della direttiva accoglienza consiste in «una misura coercitiva che priva tale richiedente della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto», v. Corte di giustizia, *FMS*, cit., par. 223; v. *supra*, cap. I, par. 5.1.

⁸⁶ Conclusioni AG Pikamäe, cit., punto 163.

⁸⁷ L’Ungheria aveva anche modificato i paesi di rinvio nei rispettivi paesi di origine, cosa che pone problemi anche maggiori sul rispetto del principio di non respingimento. Dal punto di vista materiale però, nel caso di abbandono del centro, i richiedenti avrebbero comunque dovuto attraversare la Serbia; v. GATTA F. L., *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere*, cit., p. 110.

⁸⁸ Conclusioni AG Pikamäe, cit., punti 167 e 168.

⁸⁹ Nel caso di specie, il trattenimento era stato posto in essere in mancanza di una decisione formale, di un esame individuale e di una valutazione delle misure alternative. Inoltre, ai richiedenti non erano state fornite le informazioni, in una lingua comprensibile, sui mezzi di ricorso, sull’accesso

giustizia, l’Ungheria ha liberato trecento persone e la zona di transito di Röszke è stata chiusa⁹⁰.

La Corte di Lussemburgo è tornata a pronunciarsi nel caso *Commissione c. Ungheria*,⁹¹ sui trattenimenti nelle zone di transito ungheresi, questa volta in occasione di un ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione⁹². La Corte ha confermato che l’obbligo imposto ai richiedenti di rimanere nella zona di transito durante l’intera procedura di esame della loro domanda costituisce un trattenimento ai sensi della direttiva accoglienza. Tuttavia, il sistema di trattenimento utilizzato dall’Ungheria non rientra in nessuna delle ipotesi tassative previste dalla direttiva accoglienza e non rispetta le garanzie del diritto dell’Unione. In particolare, nel caso di specie non erano state osservate le condizioni dell’art. 8, lett. c) della direttiva accoglienza e dell’art. 43 della direttiva procedure, in quanto il trattenimento nelle zone di transito ungheresi veniva attuato in modo automatico e generalizzato.

Le posizioni delle due Corti sembrano partire da punti di vista diametralmente opposti: Lussemburgo si premura che, anche in caso di afflusso massiccio alle frontiere, le tutele previste per i richiedenti non vengano affievolite⁹³; viceversa, Strasburgo si mostra più orientato verso un approccio “pratico e realista”, che tenga conto delle difficoltà che incontrano gli Stati nel controllare le proprie frontiere⁹⁴.

all’assistenza e alla rappresentanza di un legale e sulle norme vigenti nel centro di trattenimento, così come non ne era stata precisata la durata e non era stato data loro la possibilità di un controllo giurisdizionale effettivo.

⁹⁰ È stata chiusa anche l’altra zona di transito ungherese, Tampa, v. ECRE, *Hungary: Abolishment of Transit Zone Following CJEU Ruling*, 22 maggio 2020, <https://www.ecre.org/hungary-abolishment-of-transit-zone-following-cjeu-ruling/>; v. Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, causa C-808/18, par. 156.

⁹¹ Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, causa C-808/18.

⁹² La chiusura della zona di transito successiva alla sentenza *FMS* non incide sul ricorso della Commissione, perché la situazione deve essere valutata alla luce della data del ricorso, che risale all’8 febbraio 2018.

⁹³ GATTA F. L., *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere*, cit., p. 117.

⁹⁴ Corte EDU (GC), *Ilias e Ahmed*, cit., par. 213; STOYANOVA V., *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary*, cit.

2.1.4. Il trattenimento sulle navi e sulle sponde del Mediterraneo

L'ultimo dei canali di arrivo in Unione europea è rappresentato dalla via marittima. La casistica è ampia e ben nota alla cronaca ed interessa i paesi che si affacciano sul Mediterraneo, primi fra tutti Grecia e Italia. Per tale motivo, la questione sarà esaminata più nel dettaglio in occasione dell'analisi del trattenimento nell'ordinamento italiano⁹⁵.

Le operazioni di sorveglianza alle frontiere marittime devono rispettare il diritto dell'Unione e conformarsi al diritto internazionale del mare⁹⁶. Nel diritto dell'Unione, oltre al codice frontiere Schengen, la sorveglianza di tali frontiere è disciplinata dal regolamento sulle frontiere marittime (UE) n. 656/2014⁹⁷.

L'afflusso massiccio alle sponde del mediterraneo ha posto dubbi sulla legittimità o meno del ricorso a misure privative della libertà di coloro che arrivano via mare. L'uso di navi e le operazioni costiere per combattere l'immigrazione irregolare ha infatti alimentato lo sviluppo di pratiche di respingimento e di trattenimento⁹⁸.

Una delle sentenze più conosciute della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto è il caso *Khlaifia*, riguardante l'Italia, nella quale sono state qualificate come restrizioni arbitrarie della libertà personale sia il trattenimento nel centro di accoglienza, sia la permanenza dei migranti a bordo delle navi nel porto di Palermo⁹⁹.

⁹⁵ V. *infra*, cap. III, parr. 4.2, 5.1.2, 6.2.1 e 6.2.2.

⁹⁶ Convenzione dell'ONU sul diritto del mare, conosciuta come Convenzione di Montego Bay, 1982, in vigore in Unione europea con Decisione del Consiglio del 23 marzo 1998 concernente la conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 e dell'accordo del 28 luglio 1994 relativo all'attuazione delle parte XI della convenzione (98/392/CE); Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS); Convenzione internazionale sulla ricerca e salvataggio in mare (SAR).

⁹⁷ Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

⁹⁸ PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., p. 131.

⁹⁹ Corte EDU, *Khlaifia e a. c. Italia*, sent. 15 dicembre 2016; v. *infra*, cap. III, par. 5.1.2.

Un’altra questione che interessa le sponde del Mediterraneo è quella del c.d. “approccio *hotspot*”. Gli *hotspot* o punti di crisi sono zone alla frontiera esterna dell’Unione, collocati nei punti di sbarco principali e interessati da una forte pressione migratoria, come Lampedusa in Italia e Lesbo e Kos in Grecia. Lo scopo della individuazione di tali luoghi è condurre con più rapidità le operazioni di *screening*, tramite identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo¹⁰⁰. Pur non essendo classificati come “centri di detenzione”, ma piuttosto come “centri di accoglienza”, gli *hotspot* possono divenire luoghi di trattenimento, al fine di effettuare le operazioni di *screening* medico e di identificazione¹⁰¹.

Il trattenimento alle frontiere marittime può essere anche esternalizzato, impedendo alle persone di lasciare il territorio di un paese terzo o, se già si trovano in alto mare, di raggiungere il mare territoriale degli Stati membri. Poiché le frontiere, le zone di transito e il mare territoriale rientrano nella giurisdizione degli Stati, si effettuano i controlli fuori da tali zone, finanziando le operazioni di pattugliamento dei Paesi di transito dei migranti¹⁰². In tale ottica, anche i Paesi di transito si sono dotati di centri detentivi per bloccare le partenze. Un esempio è la Libia. Tale paese ha creato dei “campi di accoglienza temporanei” che si sono trasformati nel concreto in luoghi in cui le violazioni dei diritti umani sono all’ordine del giorno ed in cui i migranti trattenuti sono torturati, malnutriti, picchiati e subiscono violenze sessuali¹⁰³.

L’ultima novità concernente la limitazione della libertà sulle imbarcazioni è il caso delle c.d. “navi quarantena” in cui i migranti sono stati fatti attendere prima di poter sbarcare, a partire dal 2020 con l’arrivo della pandemia di Covid-19, che sarà analizzata con riferimento alla situazione italiana¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Ai sensi del regolamento Eurodac (UE) n. 603/2013.

¹⁰¹ V. *infra*, cap. II, par. 2.2.1 e cap. III, par. 4.2.

¹⁰² Emblematiche di questa tendenza sono le vicende delle navi che percorrono il Mediterraneo non trovando un porto disposte ad accoglierle, come ad es. Open Arms nel 2019 e Proactiva Open Arms nel dicembre 2018; v. Amnesty International, *La strage silenziosa dei rifugiati nel Mar Mediterraneo: le nostre colpe*, 5 novembre 2019, <https://www.amnesty.it/giornata-mondiale-rifugiato-strage-mediterraneo/>.

¹⁰³ Amnesty International, *Nessuno verrà a cercarti: i ritorni forzati dal mare ai centri di detenzione della Libia*, rapporto, 15 luglio 2021.

¹⁰⁴ A tale riguardo, v. *infra*, cap. III, par. 6.2.2.

2.2. Il trattenimento “burocratico” e l’esame della domanda

Una delle funzioni del trattenimento è quella di consentire allo Stato di svolgere le pratiche amministrative in modo più agevole, senza temere che nel mentre la persona possa fuggire. In particolare, tale esigenza si presenta in un momento iniziale, quando si deve determinare o verificare l’identità o la cittadinanza, successivamente durante l’esame della domanda di protezione internazionale e, eventualmente, qualora il soggetto debba essere trasferito in uno Stato membro differente per l’esame della domanda, secondo le “procedure Dublino”.

2.2.1. Il trattenimento per determinare o verificare l’identità o la cittadinanza

L’art. 8, par. 3, lett *a*), della direttiva accoglienza prevede il trattenimento per determinare o verificare l’identità o la cittadinanza dei richiedenti protezione internazionale. L’ipotesi è strettamente correlata sia al trattenimento per decidere sul diritto di entrare nel territorio, in quanto per valutare se una persona abbia o meno tale diritto è necessario identificarla, sia al trattenimento finalizzato a determinare gli elementi su cui si basa una domanda di protezione internazionale, in quanto gli elementi identificativi sono necessari per decidere sul merito della domanda.

Ai sensi dell’art. 4, parr. 1 e 2, della direttiva qualifiche, ai richiedenti possono essere chiesti elementi identificativi, come ad esempio età, congiunti, identità, cittadinanza e documenti di viaggio. L’art. 13 della direttiva procedure prevede, tra gli obblighi del richiedente, anche quello di cooperare con le autorità competenti ai fini dell’accertamento di tali elementi¹⁰⁵.

Nonostante ciò, risalire a tali informazioni non sempre risulta un’operazione agevole. Nella prassi infatti, la maggior parte dei migranti raggiunge il territorio degli Stati membri senza documenti. Le ragioni possono essere varie: il richiedente non è stato in grado di ottenere i documenti nel Paese di origine, oppure può averli

¹⁰⁵ Corte di giustizia, *K.*, causa C-18/16 PPU, punto 38.

persi, o ancora può essersi deliberatamente procurato documenti falsi o averli distrutti¹⁰⁶. In alcuni casi, il processo di identificazione di una persona può essere molto complesso e comportare una serie di attività, sia burocratiche che informali, come i contatti con le autorità dei Paesi terzi. Ad esempio, la nazionalità potrebbe essere contestata e per determinarla potrebbero essere necessari complessi procedimenti o prove documentali difficili da trovare. Ancora, l'età di un soggetto potrebbe non essere documentata, neppure nel paese di origine¹⁰⁷. Per risalire a tali informazioni, possono essere necessarie perizie, rilevamenti delle impronte digitali e prelievi di campioni di sangue e di tessuto¹⁰⁸.

Al fine di facilitare la verifica dell'identità e della cittadinanza dei richiedenti, la direttiva accoglienza prevede un'ipotesi specifica di trattenimento. Tale misura può essere posta in essere solo se il richiedente non abbia comunicato la sua identità o la sua cittadinanza o i documenti d'identità che consentono di dimostrarle, nonostante il suo obbligo di collaborazione¹⁰⁹. Lo scopo della misura è quello di mantenere il richiedente a disposizione delle autorità nazionali per consentire loro di ottenere tutte le informazioni necessarie. In tal modo, è possibile contribuire alla prevenzione dei movimenti secondari dei richiedenti¹¹⁰ e assicurare il corretto funzionamento del sistema europeo comune di asilo¹¹¹.

Il motivo di trattenimento in questione ha origine nelle Linee Guida dell'UNHCR, che prevedono la possibilità di detenzione nel caso in cui l'identità non sia definita o sia contesa¹¹². Secondo le Linee Guida, gli Stati membri non

¹⁰⁶ A volte anche i trafficanti consigliano ai migranti di distruggere i propri documenti di identità; v. COSTELLO C., *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, cit., p. 168.

¹⁰⁷ La conoscenza dell'età è fondamentale nel caso vi siano dubbi sulla minore o maggiore età del richiedente, v. *infra*, cap. II, par. 3.4.4.1. e cap. III, par. 4.4.

¹⁰⁸ Questo solleva nuove problematiche, in quanto sono necessarie specifiche autorizzazioni, soprattutto quando la persona non collabora con le autorità e si procede coattivamente; v. COSTELLO C., *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, cit., pp. 168 e 169.

¹⁰⁹ Corte di giustizia, *K.*, cit., punto 42.

¹¹⁰ Ivi, punto 39; v. considerando n. 12, dir. 2013/33/UE.

¹¹¹ Ivi, punti 36 e 39.

¹¹² Corte di giustizia, *K.*, cit., punto 46; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 170; Linee Guida UNHCR, 2012, 4.1.1., parr. 24-27, tale ipotesi è prevista sotto i motivi di “ordine pubblico” e affiancata all’ipotesi di rischio per la sicurezza.

dovrebbero portare avanti richieste irrealistiche sulla quantità e sulla tipologia dei documenti d'identità¹¹³.

Le precisazioni dell'UNHCR sono utili anche per inquadrare la disposizione della direttiva accoglienza, la cui formulazione potrebbe portare ad un'applicazione generalizzata¹¹⁴ e per un periodo indefinito, soprattutto nel caso vi siano difficoltà nel risalire alla cittadinanza¹¹⁵. Per scongiurare tale rischio, la disposizione va letta in combinato con l'art. 9, par. 2, della direttiva accoglienza, il quale stabilisce che i ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento. Tale ipotesi di trattenimento deve essere disposta solo per un breve periodo, finalizzato a raccogliere le informazioni sul richiedente¹¹⁶. Il corretto funzionamento del sistema europeo comune di asilo deve essere bilanciato con la limitazione del diritto alla libertà dall'altro¹¹⁷, tramite una valutazione caso per caso, in attuazione dei principi di necessità e proporzionalità¹¹⁸.

La questione dell'identificazione degli stranieri presenta caratteristiche peculiari quando i soggetti sono fermati alle frontiere esterne dell'Unione. In tali luoghi, si deve verificare se ci si trovi di fronte a un richiedente protezione internazionale o ad un migrante irregolare. Determinare l'identità e la cittadinanza di un soggetto è essenziale per stabilire se la sua presenza nel territorio sia regolare o meno. Tale verifica deve comunque essere effettuata in un breve termine, seppur ragionevole, per identificare e cercare le informazioni inerenti alla persona soggetta al controllo¹¹⁹.

L'art. 31, par. 8, della direttiva procedure prevede, tra i motivi per cui si possono applicare le procedure accelerate o alle frontiere o nelle zone di transito *ex art.* 43, anche alcune ipotesi correlate alla mancanza o alla falsità dei documenti identificativi. Si tratta dei casi in cui il richiedente abbia presentato informazioni o

¹¹³ Linee Guida UNHCR, 2012, par. 25.

¹¹⁴ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 171.

¹¹⁵ Si pensi in particolare agli apolidi; v. Linee Guida UNHCR, 2012, parr. 26 e 27.

¹¹⁶ TSOURDI E., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, p. 22; PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1414; Linee Guida UNHCR, 2012, par. 26.

¹¹⁷ Corte di giustizia, *K.*, cit., punti 47 e 49.

¹¹⁸ Ivi., punti 41, 42 e 48; Corte di giustizia, *Commissione c. Ungheria*, cit., punto 175.

¹¹⁹ Corte di giustizia, *Affum*, C-47/15, punto 53.

documenti falsi o abbia omessi informazioni o documenti rilevanti per la sua identità e/o cittadinanza, che potrebbero influenzare in negativo una decisione sulla sua domanda di protezione internazionale; o quando è probabile che, in malafede, il richiedente abbia distrutto o fatto sparire un documento d'identità o di viaggio che avrebbe permesso di accertarne l'identità o la cittadinanza; o se il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie, false o evidentemente improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul paese di origine; ovvero infine se il richiedente rifiuta di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloskopico a norma del regolamento (UE) n. 603/2013¹²⁰.

Quest'ultimo caso riguarda uno strumento introdotto per agevolare il controllo frontaliero. Il regolamento Eurodac (UE) n. 603/2013¹²¹ istituisce un sistema che permette di confrontare le impronte digitali e i palmari dei richiedenti asilo e dei cittadini di paesi terzi o apolidi che abbiano attraversato irregolarmente la frontiera. La finalità, in caso di richiedenti, è individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda ed evitare che la domanda sia inoltrata in più di un paese.

Il regolamento prevede l'obbligo in capo agli Stati membri di rilevare tempestivamente le impronte digitali di ogni richiedente protezione internazionale o di coloro che vengono fermati durante l'attraversamento della frontiera via mare, terra o aria. Il regolamento fissa un termine di settantadue ore per il rilevamento delle impronte digitali, ricorrenti dalla presentazione della domanda o dalla data del fermo. Il limite temporale sembra posto più a garanzia della celerità del procedimento che della tutela della persona, poiché non sono previste conseguenze per la sua inosservanza e sono possibili proroghe temporali per una serie di motivi, non cumulativi, consistenti nella necessità di tutelare il migrante, la salute pubblica

¹²⁰ Art. 31, par. 8, lett. c), d), e), i), dir. 2013/32/UE, v. AMADEO, SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 167; in merito all'ultima ipotesi, nell'ordinamento italiano, v. art. 10-ter, d.lgs. 286/1998, v. *infra*, cap. III, par. 4.2.

¹²¹ Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 , che istituisce l' «Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La sigla Eurodac indica “European Dactyloscopy”.

e le problematiche di tipo “tecnico”¹²². Non si disciplina nello specifico il trattenimento alla frontiera, ma questo può ritenersi indirettamente previsto per la finalità di assolvere ai doveri di rilevamento e di trasmissione delle impronte digitali¹²³. In questi casi, la durata e l’esame della situazione individuale risultano determinanti per decidere se il trattenimento determini una detenzione “arbitraria”.

2.2.2. Il trattenimento durante l’esame della domanda

Il trattenimento, ai sensi dell’art. 8, par. 3, lett. b), della direttiva accoglienza, può essere disposto per accertare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non possono essere ottenuti senza di esso, in particolare quando sussiste un rischio di fuga del richiedente¹²⁴. L’ipotesi è collegata a quella appena esposta, in quanto, per verificare se il soggetto ha diritto o meno alla protezione internazionale, è necessario conoscerne l’identità e la cittadinanza.

Anche questo motivo trae origine dalle Linee Guida dell’UNHCR¹²⁵, le quali tuttavia limitano la detenzione finalizzata a decidere sullo *status* del richiedente alla sola fase iniziale della procedura, in particolare al colloquio preliminare¹²⁶. La detenzione deve essere breve, perciò durante il trattenimento non è possibile portare avanti l’intera procedura dettagliata di esame della domanda, ma solo acquisire dal richiedente gli elementi essenziali¹²⁷.

Nella direttiva accoglienza, la formulazione appare più ampia e non ci sono limiti alla possibilità di proseguire il trattenimento anche nelle fasi successive della procedura di esame della domanda. Tuttavia, il fatto che il trattenimento sia una misura eccezionale e di ultima istanza, porta a ritenere non giustificabile una misura con una durata che coincide con quella totale della procedura di asilo¹²⁸. Infatti,

¹²² Artt. 9 e 14, reg. (UE) n. 603/2013.

¹²³ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 217 e 218; cfr. con la proposta del Nuovo Patto, v. infra, cap. II, par. 5.3 e con i presupposti per il trattenimento negli *hotspots* in Italia, art. 10-ter, d.lgs. 286/1998 e art. 6, par. 3-bis, d.lgs. 142/2015, v. *infra*, cap. III, par. 4.2.

¹²⁴ Sul rischio di fuga, v. *infra*, cap. II, par. 2.2.3.

¹²⁵ Linee Guida UNHCR, 2012, 4.1.1, par. 28.

¹²⁶ Nel diritto dell’Unione europea è disciplinato dall’art. 14 e 15, dir. 2013/32/UE.

¹²⁷ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 171.

¹²⁸ Ivi, p. 172.

l’articolo stesso limita il trattenimento all’ottenimento delle sole informazioni che non possono essere ricavate altrimenti e può essere usato solo per un periodo limitato per raccogliere informazioni dal richiedente e processare ogni documentazione che le autorità nazionali possono necessitare. Come la lett. *a*), anche il trattenimento in questione necessita di essere insieme all’art. 9, par. 2, della direttiva accoglienza e nel rispetto del principio di *due diligence*.

2.2.3. Il trattenimento finalizzato al “trasferimento Dublino” nel regolamento (UE) n. 604/2013 ed il rischio di fuga

Il regolamento Dublino III disciplina i criteri per identificare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale di un determinato richiedente. Possono esservi casi in cui un richiedente si trovi fisicamente in uno Stato membro diverso da quello su cui grava il compito di esaminare la sua domanda, ad esempio a causa di movimenti secondari¹²⁹. Al fine di rimediare a tali situazioni, è previsto un meccanismo di trasferimento dallo Stato in cui il richiedente si trova verso quello responsabile dell’esame della domanda. In tale contesto, un richiedente che deve essere trasferito può essere sottoposto a misure di trattenimento, qualora sussista un notevole rischio di fuga, ipotesi prevista dall’art. 28 del regolamento e richiamata dall’art. 8, par. 3, lett. *f*) della direttiva accoglienza.

Non è tuttavia possibile trattenere un richiedente per il solo fatto che sia sottoposto a tale procedura¹³⁰. L’art. 28 infatti autorizza gli Stati membri a ricorrere alla privazione della libertà solo se sussistono alcune condizioni: la misura deve essere finalizzata al trasferimento, deve sussistere un notevole rischio di fuga e, come per tutte le altre ipotesi, il trattenimento è possibile solo se proporzionale e se

¹²⁹ I movimenti secondari consistono nell’allontanamento di un cittadino di uno paese terzo dallo Stato membro responsabile ad esaminare la sua domanda verso un altro Stato membro, v. VAVOULA N., *The detention of asylum seekers pending transfer under the Dublin III Regulation*: Al Chodor, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1045.

¹³⁰ Art. 28, par. 1, reg. Dublino III.

non possono essere adottate misure alternative, a seguito di una valutazione caso per caso¹³¹.

Quanto alla durata della misura, questa deve essere il più breve possibile e limitarsi al tempo necessario per portare a termine gli adempimenti amministrativi legati al trasferimento, i quali devono essere adempiuti con la dovuta diligenza¹³². L'art. 28 prevede specifiche scansioni temporali che devono essere rispettate sia dallo Stato richiedente, che dallo Stato competente¹³³. Nel caso in cui la persona da trasferire sia trattenuta, la presentazione della richiesta di presa in carico o di ripresa in carico¹³⁴ non può superare un mese dalla presentazione della domanda di protezione internazionale¹³⁵. Questo implicitamente consente agli Stati membri di trattenere i richiedenti anche prima della presentazione della richiesta di presa o di ripresa in carico, non essendo la notifica della decisione di trasferimento un presupposto per il trattenimento, quando le condizioni previste dall'art. 28 sono soddisfatte¹³⁶. La risposta dello Stato competente deve pervenire entro due settimane, altrimenti si intende accettata, con l'obbligo conseguente di prendere in carico la persona e adottare le misure appropriate al suo arrivo. Il trasferimento deve essere effettuato appena materialmente possibile e massimo entro sei settimane, che decorrono dall'accettazione della richiesta o dal momento in cui il ricorso o la

¹³¹ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 178; VAVOULA N., *The detention of asylum seekers pending transfer under the Dublin III Regulation*: Al Chodor, cit., pp. 1045 e 1046; v. *supra*, cap. I, par. 5.2.3 e *infra*, cap. II, par. 2.5.

¹³² Art. 28, par. 3, reg. Dublino III; Corte di giustizia, *Khir Amayry*, causa C-60/16, punti 41 e 42; sulla durata, v. *infra*, cap. II, par. 3.1.

¹³³ VAVOULA N., *The detention of asylum seekers pending transfer under the Dublin III Regulation*: Al Chodor, cit., p. 1046; per i limiti temporali v. anche Corte di giustizia, *Khir Amayry*, cit.

¹³⁴ La richiesta è di “presa in carico” quando il richiedente presenta la domanda di protezione internazionale per la prima volta in uno Stato membro, ma la competenza spetta ad un altro, v. art. 18, par. 1, lett. *a*), artt. 21 e 22, reg. Dublino III. Si parla invece di “richiesta di ripresa in carico” quando il richiedente, dopo aver presentato una domanda di protezione internazionale nello Stato membro competente ad esaminarla, si sposta in un altro Stato membro dove presenta una nuova domanda, v. art. 18, par. 1, lett. *b*, *c* e *d*), artt. 23-25, reg. Dublino III; v. AMADEO, SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 121.

¹³⁵ Il periodo è più circoscritto rispetto a quello previsto in termini generali dall'art. 21, reg. Dublino III, che stabilisce come massimo tre mesi.

¹³⁶ Corte di giustizia, *Al Chador*, C-528/15, punto 25; Corte di giustizia, *Khir Amayry*, cit., punti 25-27, 30 e 31; Corte di giustizia, *Adil Hassan*, causa Case C-647/16, punto 67.

revisione non hanno più effetto sospensivo, ai sensi dell'art. 27, par. 3, del regolamento. Se lo Stato non rispetta tali termini, la persona deve essere liberata¹³⁷.

Ai richiedenti sottoposti alle procedure di trasferimento e trattenuti ai sensi del regolamento Dublino, si estendono le stesse garanzie e condizioni di accoglienza previste dalla direttiva accoglienza, come sancito anche dalla Corte di giustizia nella sentenza *Cimade e GISTI*¹³⁸.

Pur trattandosi di un regolamento, vincolante e direttamente applicabile in tutti gli Stati membri¹³⁹, alcuni aspetti necessitano di una disciplina integrativa a livello nazionale. Tra questi, in particolare, vi è la specificazione dei criteri oggettivi per cui sussiste il rischio di fuga¹⁴⁰.

Il regolamento Dublino III definisce rischio di fuga all'art. 2, lett. *n*) come «*la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un richiedente o un cittadino di un paese terzo o un apolide oggetto di una procedura di trasferimento possa fuggire*». Questo elemento è un presupposto per giustificare un provvedimento di trattenimento anche per l'art. 15, par. 1, lett. *a*), della direttiva rimpatri¹⁴¹, e l'art. 8, par. 3, lett. *b*), della direttiva accoglienza¹⁴² ma, a differenza delle disposizioni appena menzionate, il regolamento Dublino III richiede che tale rischio sia “notevole”. La nozione di “notevolezza” non è tuttavia definita nel diritto dell’Unione. La valutazione è lasciata allo Stato membro, il quale deve stabilire nel proprio ordinamento i criteri oggettivi per determinare quando sussiste il rischio di fuga¹⁴³.

¹³⁷ Ai sensi dell'art. 21, par. 1, reg. Dublino III, se la richiesta di prendere in carico un richiedente non è formulata entro i termini previsti, la competenza dell'esame spetta allo Stato membro al quale la domanda è stata presentata.

¹³⁸ Corte di giustizia, *Cimade e GISTI*, causa C-179/11, punto 61.

¹³⁹ Art. 288, par. 2, TFUE.

¹⁴⁰ Per il rischio di fuga dei richiedenti nell’ordinamento italiano, v. art. 6, comma 2, lett. *d*), d.lgs. 142/2015, v. *infra*, cap. III, parr. 4.3 e 5.2.2.

¹⁴¹ Cfr. art. 3, n. 7, dir. 2008/115/CE: «*la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga*»; v. Corte di giustizia, *Mahdi*, causa C-146/16 PPU.

¹⁴² La nozione di rischio di fuga non è invece definita nella direttiva accoglienza; v. VAVOULA N., *The detention of asylum seekers pending transfer under the Dublin III Regulation*: Al Chodor, cit., p. 1046.

¹⁴³ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 181.

Secondo l’opinione dell’Avvocato Generale nel caso *Al Chador*, definire il rischio di fuga ha due obiettivi: la certezza legale e assicurare che l’esercizio della discrezionalità delle autorità nazionali sull’applicazione dei criteri per determinare il rischio di fuga rimanga in un quadro predeterminato¹⁴⁴. Secondo la Corte, Questi obiettivi possono essere raggiunti solo tramite l’adozione dei rilevanti criteri in un testo legislativo, una norma vincolante di portata generale, chiara, prevedibile, accessibile e che garantisca protezione contro l’arbitrarietà. In mancanza di una legislazione nello Stato membro, l’art. 28 del regolamento (UE) non può essere applicato e di conseguenza il trattenimento è illegittimo¹⁴⁵.

L’onere della prova del notevole rischio di fuga è a carico dello Stato¹⁴⁶. Si tratta comunque della prova di un’eventualità futura, di una prognosi che dipende dalla natura delle informazioni addotte alla particolare situazione¹⁴⁷. Di aiuto in tal senso sono le Linee Guida dell’UNHCR del 2012, che forniscono indicazioni su quali possono essere gli elementi da considerare per valutare il rischio di fuga. Fra questi sono elencati la passata cooperazione o non cooperazione del richiedente con le autorità, l’essersi conformato o meno all’obbligo di rilasciare cauzione, eventuali collegamenti familiari o comunitari, la buona volontà o il rifiuto di dare informazioni sugli elementi essenziali su cui si basa la sua domanda e la manifesta infondatezza della domanda¹⁴⁸.

Pur prevedendo un’unica disposizione sul trattenimento, il regolamento Dublino III ha prodotto un impatto aumentando le ipotesi di trattenimento, allargando a nuove ipotesi la possibilità di applicare una tale misura¹⁴⁹.

Nella visione della CEDU, la detenzione dei richiedenti sottoposti al “trasferimento Dublino” non è di semplice inquadramento, in quanto non si tratta né di soggetti nei confronti dei quali si vuole prevenire un ingresso illegale, né di

¹⁴⁴ Conclusioni dell’AG Saugmandsgaard Øe in *Al Chador*, cit., punti 62 e 63.

¹⁴⁵ Corte di giustizia, *Al Chador*, causa C-528/15, punti 42-47; cfr. Corte di giustizia, *J.N.*, causa C-601/15 PPU; PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1417; European Law Institute (ELI), *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law: Checklists and European Standards*, 2017, p. 70.

¹⁴⁶ ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 70.

¹⁴⁷ Cfr. opinione del giudice Zupančič in Corte EDU, *Saadi c. Italia*, sent. 28 febbraio 2008.

¹⁴⁸ Linee Guida UNHCR, 2012, par. 22.

¹⁴⁹ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 295.

persone da allontanare¹⁵⁰. Pur consistendo materialmente in un allontanamento, il trattenimento ai sensi del regolamento Dublino III si distingue nettamente dall’ipotesi di cui alla direttiva rimpatri. Il trasferimento infatti avviene verso un altro Stato membro dell’Unione europea, per cui vige una presunzione del rispetto dei diritti fondamentali¹⁵¹, nei confronti di un richiedente la cui domanda non è stata ancora esaminata¹⁵².

2.3. Il trattenimento “securitario” per motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico

La misura del trattenimento può avere, in un caso, finalità che esulano dal mero aspetto burocratico-amministrativo e che mirano invece a proteggere la sicurezza dello Stato membro da eventuali pregiudizi derivanti dalla presenza di cittadini di paesi terzi nel proprio territorio. È questo il caso dell’art. 8, par. 3, lett. *e*), della direttiva accoglienza, il quale disciplina il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale per motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico¹⁵³. L’ipotesi non è isolata nel panorama internazionale ed europeo, ma è similmente menzionata nella Raccomandazione del Consiglio d’Europa del 2003 e nelle Linee Guida dell’UNHCR¹⁵⁴.

Sull’art. 8, par. 3, lett. *e*), della direttiva accoglienza, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi nel caso *J.N.*, in occasione di un rinvio pregiudiziale concernente la validità di tale disposizione alla luce dell’art. 6 della Carta dei diritti

¹⁵⁰ Ivi, p. 298.

¹⁵¹ Si tratta di una presunzione relativa, sul punto v. Corte di giustizia, *N.S.*, cause riunite C-411/10 e 493/11; cfr. Corte EDU (GC), *M.S.S. c. Grecia e Belgio*, sent. 21 gennaio 2011.

¹⁵² TSOURDI E., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, cit., p. 26.

¹⁵³ Nell’ordinamento italiano, v. *infra*, cap. III, parr. 4.3. e 5.2.2.

¹⁵⁴ Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, raccomandazione del 16 aprile 2003 (Rec(2003)5), par. 3; Linee Guida UNHCR, 2012, parr. 22-28 e 30. Nelle Linee Guida dell’UNHCR, il pericolo per l’ordine pubblico è associato a varie ipotesi, previste separatamente nella direttiva accoglienza, come la prevenzione della fuga, la probabilità di una non-cooperazione, le ipotesi di procedure accelerate per domande manifestamente infondate o chiaramente abusive, la necessità di effettuare verifiche sull’identità e/o sulla sicurezza e l’acquisizione degli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non possono essere ottenuti senza la misura detentiva.

fondamentali¹⁵⁵. La Corte, valutandone la compatibilità con l'art. 6 della Carta, in combinato disposto con l'art. 52 della stessa, e con l'art. 5 della CEDU, ha dichiarato la disposizione conforme al diritto primario dell'Unione¹⁵⁶. Il trattenimento per ragioni di sicurezza e ordine pubblico è infatti ritenuto dai giudici una misura appropriata per la tutela dell'interesse pubblico a fronte di un pericolo derivante dal comportamento di un soggetto. Tale comportamento deve costituire una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società dello Stato membro interessato¹⁵⁷. La misura è idonea a realizzare un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione e, come evidenzia la Corte, sicurezza e ordine pubblico sono valori che contribuiscono a garantire i diritti e le libertà altrui, tutelati anch'essi dall'art. 6 della Carta, il quale enuncia non solo il diritto alla libertà, ma anche alla sicurezza¹⁵⁸. Queste valutazioni sono effettuate dalla Corte “in concreto”, verificando nel caso di specie la limitazione della libertà alla luce dei principi di necessità, proporzionalità e ragionevolezza¹⁵⁹. Nel caso *J.N.*, i motivi del trattenimento erano costituiti dai reati commessi dal soggetto nel territorio olandese e dalla violazione del divieto di ingresso, a seguito della decisione di rimpatrio.

Per comprendere quando il motivo in questione può essere invocato, è necessario inquadrare le nozioni di “sicurezza nazionale” e “ordine pubblico”.

Le due espressioni non sono definite dalla direttiva accoglienza ed è perciò necessario ricavarle in via interpretativa¹⁶⁰. Di ausilio in tal senso possono essere le definizioni omologhe contenute in altri atti, tenendo a mente che si tratta pur sempre

¹⁵⁵ Corte di giustizia, *J.N.*, causa C-601/15 PPU, per un commento v. GUARNIER T., *Il caso J.N.: la pregiudiziale di validità può comporre i diversi livelli di tutela dei diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 380-383. I fatti riguardavano un richiedente protezione internazionale, che aveva proposto quattro domande di asilo, di cui tre rigettate. Egli aveva inoltre subito condanne penali, la maggior parte per furto, e si trovava nel territorio olandese in violazione del divieto di reingresso decennale nell'Unione. Le autorità olandesi avevano disposto il trattenimento per la sussistenza di indici di pericolosità e per il *fumus* di infondatezza della domanda.

¹⁵⁶ Sul rispetto delle condizioni per la limitazione del diritto alla libertà, v. ivi, punti 58 ss.

¹⁵⁷ Ivi, punto 67; Corte di giustizia, *T.*, causa C-373/13, punti 78 e 79.

¹⁵⁸ Ivi, punto 53; Corte di giustizia, *Digital Rights Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, punto 42.

¹⁵⁹ Corte di giustizia, *J.N.*, cit., punti 74 ss.

¹⁶⁰ Secondo il senso abituale nel linguaggio corrente, tenendo conto del contesto in cui sono utilizzati e dagli scopi perseguiti; per i criteri interpretativi v. Corte di giustizia, *CILFIT*, causa C-283/81, punti 18-20.

di definizioni appartenenti ad un altro contesto, aventi un diverso scopo e regime giuridico¹⁶¹. Ad esempio, l'art. 27, par. 1, della direttiva 2004/38/CE¹⁶², stabilisce che i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono basarsi esclusivamente sul comportamento personale e specifico del soggetto e non possono essere adottati automaticamente, in ragione del fatto che un individuo abbia precedenti penali¹⁶³. Il comportamento della persona deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società¹⁶⁴.

Per quanto riguarda più nello specifico la sicurezza nazionale, per la giurisprudenza di Lussemburgo, essa comprende la sicurezza sia interna che esterna¹⁶⁵. Essa può essere lesa in caso di pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali, da gravi perturbazioni delle relazioni esterne e della convivenza pacifica tra i popoli, dal pregiudizio agli interessi militari o da quello alla sopravvivenza della popolazione¹⁶⁶.

Gli Stati membri possono definire nel proprio ordinamento cosa è minaccia per la sicurezza nazionale e quali sono le esigenze di ordine pubblico, basandosi sui propri valori culturali, sociali e giuridici. Tuttavia, la portata delle limitazioni non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri senza un controllo dell'Unione, essendo quest'ultimo necessario per evitare che l'eccezione dell'ordine pubblico possa compromettere l'efficacia e l'effettività dei diritti

¹⁶¹ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 192.

¹⁶² Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

¹⁶³ Corte di giustizia, *Bonsignore*, causa C-67/74, punti 5-7; Corte di giustizia, *Bouchereau*, causa C-30/77, punti 25-30; Corte di giustizia, *Tsakouridis*, causa C-145/09, punto 48.

¹⁶⁴ V. *ex multis*, Corte di giustizia, *Bouchereau*, cit., par. 35; Corte di giustizia, *Jipa*, causa C-33/07, par. 23; Corte di giustizia, *Tsakouridis*, cit., punto 48; Corte di giustizia, *T.*, cit., punto 78.

¹⁶⁵ V. *ex multis*, Corte di giustizia, *Tsakouridis*, cit., punto 43; Corte di giustizia, *T.*, cit., punto 78; TSOURDI E., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, cit., p. 22.

¹⁶⁶ Corte di giustizia, *Tsakouridis*, cit., punto 44 e giurisprudenza citata; Corte di giustizia, *T.*, cit., punto 78.

garantiti¹⁶⁷. Le nozioni di sicurezza nazionale e ordine pubblico devono essere interpretate restrittivamente, in quanto comportano una deroga ad un diritto fondamentale¹⁶⁸. Lo Stato membro ha perciò l'onere di dimostrare l'esistenza di un pericolo per l'ordine pubblico.

Le misure restrittive dovrebbero basarsi su una minaccia reale ed essere intese in senso restrittivo. Ciononostante, progressivamente è emersa un'interpretazione più ampia, che legittima le limitazioni anche sulla base di minacce solo potenziali ed esigenze preventive. Il graduale ampliamento delle funzioni delle motivazioni di sicurezza nazionale e ordine pubblico ha lo scopo di rispondere ad istanze securitarie, controllare i flussi migratori e contrastare fenomeni di terrorismo. Ad esempio, nel caso *Sahar Fahimian*¹⁶⁹, la Corte di giustizia ha riconosciuto alle autorità nazionali un ampio margine di valutazione dei fatti nel verificare se un cittadino di un paese terzo rappresenti una minaccia anche potenziale per la sicurezza pubblica, tenendo conto non solo del comportamento individuale ma valutando globalmente gli elementi che caratterizzano la situazione della persona¹⁷⁰. Simili posizioni sono rischiose in quanto potrebbero porre le basi per ampliare eccessivamente la portata delle nozioni di sicurezza nazionale e ordine pubblico e, conseguentemente, aumentare le ipotesi di trattenimento.

2.4. Il trattenimento “in uscita” ai sensi della direttiva rimpatri

L'ultima ipotesi di trattenimento nel diritto dell'Unione europea consiste nel trattenimento finalizzato al rimpatrio e all'allontanamento dei cittadini di paesi terzi che soggiornano irregolarmente sul territorio di uno Stato membro.

¹⁶⁷ Corte di giustizia, *Gaydarov*, causa C-430/10, punto 32; Corte di giustizia, *Bouchereau*, cit., punti. 33 e 34; Corte di giustizia, *Jipa*, cit., par. 23; Corte di giustizia, *Zh. e O.*, causa C-554/13, punto 48.

¹⁶⁸ Cfr. Corte di giustizia, *WallentinHermann*, causa C-549/07, par. 17 e giurisprudenza citata; Corte di giustizia, *Zh. e O.*, cit., punto 48.

¹⁶⁹ Corte di giustizia, *Sahar Fahimian*, causa C-544/15. Il caso riguardava l'interpretazione della direttiva 2004/114/CE sulle condizioni di ammissione dei cittadini di un paese terzo per motivi di studio, non più in vigore.

¹⁷⁰ Ivi, punti 40-43; cfr. nella stessa ottica di esigenza di contrasto al terrorismo, Corte di giustizia, *Lounani*, causa C-573/14.

La detenzione “in uscita” si trova anche nell’art. 5, par. 1, lett. *f*) della CEDU, il quale prevede la prevede qualora sia in corso un procedimento di espulsione o estradizione¹⁷¹.

Nel diritto dell’Unione europea, l’ipotesi è disciplinata dall’art. 15 della direttiva 2008/115/CE. Nell’ambito della direttiva rimpatri, il trattenimento rappresenta una misura di *extrema ratio*, da utilizzare solo qualora l’esecuzione della decisione di rimpatrio rischi, a seguito di un esame della situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell’interessato¹⁷².

Del trattenimento ai fini del rimpatrio, si esamineranno i suoi rapporti con la direttiva accoglienza e, in particolare, l’art. 8, par. 3, lett. *d*), della stessa, che disciplina l’ipotesi del trattenuto che, durante una procedura di rimpatrio, presenti una domanda di protezione internazionale. In seguito, saranno analizzati i requisiti previsti dall’art. 15 della direttiva rimpatri e la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia.

2.4.1. Il trattenimento ai sensi art. 8, par. 3, lett. d), della direttiva accoglienza

Prima di inoltrarsi nell’esame della direttiva rimpatri, è necessario prendere in considerazione un’ultima ipotesi di trattenimento prevista dalla direttiva accoglienza, la quale si collega al trattenimento finalizzato al rimpatrio.

L’art. 8, par. 3, lett. *d*) della direttiva 2013/33/UE disciplina il caso in cui un cittadino di un paese terzo, rimpatriando e sottoposto al regime di trattenimento ai sensi dell’art. 15 della direttiva 2008/115/CE presenti, in costanza di trattenimento, una domanda di protezione internazionale. Il soggetto può essere mantenuto in stato di trattenimento se lo Stato membro può provare che, sulla base di criteri obiettivi,

¹⁷¹ Conclusioni AG Mazák, presentate il 10 novembre 2009, in *Kadzoev*, cit., punto 52; Conclusioni AG Szpunar, presentate il 14 maggio 2014, in *Mahdi*, causa C-146/14 PPU, punto 2. Per le sentenze della Corte EDU relative alla detenzione ai fini dell’espulsione o dell’estradizione, v. *ex multis*, Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, sent. 11 novembre 1996; Corte EDU, *Conka c. Belgio*, sent. 5 febbraio 2002; Corte EDU, *Mikolenko c. Estonia*, sent. 8 ottobre 2009; Corte EDU (GC), *A. e a. c. Regno Unito*, sent. 19 febbraio 2009.

¹⁷² Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 39; v. *supra*, cap. I, par. 4.2.1.

sussistano fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione internazionale sia stata presentata al solo fine di ritardare o impedire la decisione di rimpatrio¹⁷³.

La disposizione mira a trovare un bilanciamento tra la necessità degli Stati membri di prevenire un uso strumentale della domanda di protezione internazionale ed il fatto che un soggetto possa non aver avuto l'opportunità di presentare la domanda prima dell'adozione della decisione di rimpatrio nei suoi confronti¹⁷⁴.

Il contenuto dell'art. 8, par. 3, lett. *d*) della direttiva accoglienza recepisce quanto statuito precedentemente dalla Corte di giustizia nella sentenza *Arslan*¹⁷⁵. In tale caso, i giudici avevano affermato che la direttiva 2008/115/CE è temporaneamente inapplicabile durante lo svolgimento del procedimento d'esame della domanda di protezione internazionale, ma a seguito della domanda il soggetto non viene automaticamente rimesso in libertà¹⁷⁶. Infatti, le direttive del SECA¹⁷⁷ non ostano a che il cittadino di un paese terzo, che abbia presentato una domanda di protezione internazionale dopo essere stato trattenuto, continui ad essere trattenuto sulla base di una normativa nazionale. Ciò è possibile quando la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o compromettere l'esecuzione della decisione di rimpatrio ed il mantenimento della detenzione sia "oggettivamente necessario" per evitare che l'interessato si sottragga definitivamente al rimpatrio¹⁷⁸. Se agli Stati membri non fosse data una tale possibilità, l'obiettivo della direttiva rimpatri risulterebbe compromesso¹⁷⁹.

La direttiva accoglienza ha recepito quanto affermato dalla giurisprudenza. In tale contesto, il trattenimento *ex art.* 15 della direttiva rimpatri costituisce il presupposto del trattenimento ai sensi dell'art. 8, par. 3, lett. *d*) della direttiva accoglienza. Per la lettura della norma, è necessario riferirsi al principio di distinzione tra i due regimi giuridici sul trattenimento¹⁸⁰. Quando una persona

¹⁷³ Nell'ordinamento italiano, art. 6, comma 3, d.lgs. 142/2015; v. *infra*, cap. III, parr. 4.3 e 5.2.2.

¹⁷⁴ PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1415; TSOURDI E., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, cit., p. 26.

¹⁷⁵ Corte di giustizia, *Arslan*, causa C-534/11.

¹⁷⁶ Ivi, punto 60; cfr. Corte di giustizia, *Achughbabian*, cit., punti 29 e 30.

¹⁷⁷ Al tempo della pronuncia erano le direttive 2003/9/CE e 2005/85/CE, adesso sostituite dalle direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE.

¹⁷⁸ Corte di giustizia, *Arslan*, cit., punto 63.

¹⁷⁹ Ivi, punto 60.

¹⁸⁰ Corte di giustizia, *Kadzoev*, cit., punto 45.

trattenuta ai sensi della direttiva rimpatri presenta una domanda di protezione internazionale, il regime applicabile diventa quello della direttiva accoglienza¹⁸¹. Spetta alle autorità nazionali convalidare il trattenimento, secondo i diversi presupposti che riguardano la situazione del richiedente asilo¹⁸².

Il fatto che un richiedente asilo, al momento della presentazione della domanda, sia soggetto alla procedura di rimpatrio e sia trattenuto, non può generare una presunzione circa il fatto egli abbia presentato la domanda al solo scopo di ritardare o compromettere l'esecuzione della decisione di allontanamento. Per giustificare il trattenimento, gli Stati membri devono applicare criteri oggettivi, che dimostrino i "fondati motivi" per cui si sospetta che la domanda di protezione internazionale è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione della decisione di rimpatrio. L'onere della prova dei motivi elusivi è quindi a carico dello Stato membro. La norma non definisce i criteri oggettivi né precisa se essi debbano essere individuati nella legislazione nazionale. Di conseguenza, l'individuazione di tali criteri è rimessa in sostanza alle autorità nazionali in fase applicativa¹⁸³.

2.4.2. L'art. 15 della direttiva rimpatri e i requisiti sostanziali per adottare una misura di trattenimento nell'ambito di una procedura di rimpatrio

L'art. 15 della direttiva rimpatri disciplina a quali condizioni un cittadino di un paese terzo, irregolarmente soggiornante nel territorio dell'Unione, può essere trattenuto¹⁸⁴. La misura può essere adottata «*per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando sussiste un rischio di fuga o il cittadino del paese terzo evita o ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento*»¹⁸⁵.

¹⁸¹ A tale riguardo, v. *infra*, cap. I, parr. 4.1.2 e 4.2.2.

¹⁸² PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 187.

¹⁸³ Sulla valutazione della strumentalità della domanda nell'ordinamento italiano, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.2.2.

¹⁸⁴ Per l'ambito applicativo v. *supra*, cap. I, par. 4.2.2.

¹⁸⁵ Art. 15, par. 1, lett. *a*) e *b*), dir. 2008/115/CE.

Lo scopo del trattenimento in questione è quello di evitare che, in attesa dell'allontanamento, la persona si renda irreperibile o intralci l'esecuzione del rimpatrio, rendendo quindi materialmente impossibile portare a termine il procedimento.

L'espressione «*in particolare*» sembra riferirsi al fatto che le due ipotesi elencate non siano tassative, ma solo esemplificative. In tal senso, gli Stati membri godono di una certa discrezionalità nello stabilire in quali situazioni è possibile detenere i cittadini di paesi terzi¹⁸⁶. Alcuni Stati membri hanno previsto nella legislazione domestica motivi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla direttiva rimpatri per giustificare il trattenimento, come la necessità di identificare la persona o di acquisire documenti di viaggio, l'ingresso irregolare o considerazioni di sanità pubblica¹⁸⁷.

Il rischio di fuga¹⁸⁸, ai sensi dell'art. 3, comma 7, della direttiva rimpatri, consiste nella «*sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga*». La definizione è molto generica e affida agli Stati membri il compito di fissare, con una certa discrezionalità, i criteri oggettivi che vadano a riempire di contenuto la nozione¹⁸⁹. Tali criteri obiettivi sono stati individuati anche dalla Commissione, nel suo *Manuale sul rimpatrio*¹⁹⁰. Tra le circostanze indicate vi sono l'uso di documenti falsi o la distruzione di documenti, il rifiuto di collaborare al processo identificativo, l'opposizione violenta o fraudolenta al rimpatrio, il mancato rispetto dell'obbligo di presentarsi alle autorità

¹⁸⁶ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 257; CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri*, cit., p. 387.

¹⁸⁷ EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 90; ad es. l'Italia, v. *infra*, cap. III, parr. 4.1 e 5.2.1.

¹⁸⁸ La nozione è già stata esaminata, v. *supra*, cap. II, par. 2.2.3.

¹⁸⁹ BASILIEN-GAINCHE M.-L., *Immigration Detention under the Return Directive: The Cjeu Shadowed Lights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, p. 112; EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 86; FAVILLI C., *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 698 e 699; nella legislazione italiana i criteri sono previsti dall'art. 13, comma 4-bis, d.lgs 286/1998, v. *infra*, cap. III, par. 5.2.1.

¹⁹⁰ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 1.6; v. art. 6, proposta di rifusione della direttiva rimpatri COM(2018) 634 final, v. *infra*, cap. II, par. 5.2.

competenti o di rimanere in un determinato luogo, il mancato rispetto del divieto di ingresso, i movimenti secondari non autorizzati, l'espressione esplicita dell'intenzione di non ottemperare al rimpatrio, il non adempimento al periodo di partenza volontaria e l'esistenza di condanne penali¹⁹¹. Gli Stati membri si sono dotati di liste lunghe e spesso non esaustive di criteri oggettivi¹⁹², recependo quanto indicato dalla Commissione ed in alcuni casi prevedendo fattispecie ulteriori, come la mancanza di un valido documento di identità o di viaggio o la mancanza di un indirizzo di residenza¹⁹³. Il problema delle circostanze sopraindicate, riguardanti il rischio di fuga, è che molte di esse non sono indicative di una reale volontà di fuga del rimpatriando, ma sono situazioni comuni a molti immigrati, sia regolari che non, come ad esempio non avere documenti. Anche alla luce di ciò, i "criteri oggettivi" devono considerarsi elementi solo indicativi, che non possono generare un automatismo, né essere da soli determinanti per motivare il trattenimento¹⁹⁴.

L'altra circostanza che giustifica il trattenimento è il caso in cui il rimpatriando eviti o ostacoli l'allontanamento. Quest'ultimo non sempre viene distinto dal rischio di fuga nella legislazione degli Stati membri, in quanto si tratta di due ipotesi strettamente correlate e gli elementi che le dimostrano possono essere sostanzialmente gli stessi¹⁹⁵. Le circostanze che vengono menzionate a tal fine nella legislazione nazionale sono le ipotesi in cui una persona rifiuti di imbarcarsi sull'aereo, dia false informazioni sulla propria identità, nasconde i documenti o precedenti tentativi di partenza siano falliti¹⁹⁶. Altri Stati membri invece, recependo

¹⁹¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea, Bruxelles, 28.3.2014, COM (2014) 199 final, p. 17; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, parr. 1.6 e 14.1; EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, pp. 86-88; v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 67; ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 171.

¹⁹² EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, pp. 19 e 31.

¹⁹³ Ivi, p. 88; ad es. in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 5.2.1.

¹⁹⁴ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 1.6; ad esempio, la Corte di giustizia ha precisato che il rischio di fuga non può basarsi solo sul soggiorno illegale, v. considerando n. 6, dir. 2008/115/CE e Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 40; né sulla sola assenza di documenti, v. Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punti 72 e 73.

¹⁹⁵ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.1.

¹⁹⁶ ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 171.

la direttiva rimpatri, non hanno specificato quando si deve ritenere che il rimpatriando eviti o ostacoli l'allontanamento, in quanto l'art. 15 non richiede tale specificazione, lasciando un margine di apprezzamento maggiore alle autorità nazionali¹⁹⁷.

La discrezionalità lasciata agli Stati membri nell'individuare quando sussiste il rischio di fuga o un comportamento che ostacola il rimpatrio non può giustificare un ricorso generalizzato al trattenimento dei rimpatriandi¹⁹⁸. Per questo, l'onere della prova è in capo agli Stati ed ogni valutazione deve essere fondata su un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato¹⁹⁹.

A rafforzare la garanzia, vi è la necessità che il trattenimento sia mantenuto solo fintanto che sussista una prospettiva realistica di allontanamento. La prospettiva realistica di allontanamento non è di per sé una condizione per l'instaurazione del trattenimento. Tuttavia, essa è strettamente collegata alla finalità della misura e l'art. 15, par. 4, della direttiva la accosta alle condizioni di cui al par. 1 come elemento giustificativo per la prosecuzione del trattenimento. Qualora vengano meno tali condizioni o non esista più una prospettiva realistica di allontanare la persona, il trattenimento non è più legittimo e il soggetto deve essere liberato²⁰⁰.

2.4.3. La natura del trattenimento ai fini del rimpatrio, l'effetto utile e l'effetto diretto della direttiva rimpatri

Circa la natura del trattenimento ai fini dell'allontanamento e del rimpatrio, si è molto discusso in dottrina e giurisprudenza. In particolare, gli Stati membri si sono chiesti se fosse possibile prevedere un reato per l'ingresso ed il soggiorno irregolare e se le disposizioni della direttiva rimpatri potessero essere recepite negli ordinamenti interni alla stregua del diritto penale. Il trattenimento infatti ha luogo

¹⁹⁷ EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 89.

¹⁹⁸ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.1.

¹⁹⁹ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 70; Corte di giustizia, *Sagor*, causa C-430/11, punto 41.

²⁰⁰ Sulla prospettiva ragionevole di allontanamento, v. *infra*, cap. II, par. 3.2.

dopo aver verificato che un soggetto si trova nel territorio dello Stato irregolarmente, non avendo rispettato le norme sull’asilo e l’immigrazione.

Sul punto, sono necessarie alcune considerazioni.

Da una parte, dalla direttiva rimpatri si evince che il trattenimento non ha carattere penale e non rappresenta una pena detentiva²⁰¹. Sia nella direttiva rimpatri, sia nel diritto dell’Unione europea in generale, non vi è nessuna richiesta rivolta agli Stati membri di criminalizzare i migranti irregolari, come deriva anche dall’art. 31 della Convenzione di Ginevra²⁰². Lo scopo del trattenimento non è e non deve essere quello punitivo, poiché la condizione del rimpatriando si distingue notevolmente da quella del reo. A differenza della detenzione penale, il cui scopo è quello di punire e rieducare il soggetto, il trattenimento ha solo la funzione di agevolare l’allontanamento, con finalità burocratico-amministrativa²⁰³. Questo lo si ricava anche dall’obbligo di rilascio immediato al venir meno di una prospettiva ragionevole di allontanamento²⁰⁴.

Inoltre, la Corte di giustizia ha precisato che motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non possono giustificare un trattenimento ai sensi della direttiva 2008/115/CE²⁰⁵. Il pericolo per l’ordine pubblico può essere preso in considerazione solo per valutare il rischio di fuga.

D’altra parte, la direttiva non vieta neppure agli Stati membri di reprimere l’ingresso (ed il reingresso²⁰⁶) e il soggiorno irregolare alla stregua del diritto penale²⁰⁷. Tale possibilità è però condizionata alla necessità di garantire alla direttiva un effetto utile. Di conseguenza, gli Stati membri non possono adottare

²⁰¹ Conclusioni AG Mazák, presentate il 1° aprile 2011, nella causa *El Dridi*, cit., par. 53; Conclusioni AG Bot, presentate il 30 aprile 2014, nelle cause riunite *Bero e Bouzalmate*, C-473/13 e C-514/13, par. 91; Conclusioni AG Szputnár, presentate il 14 maggio 2014, *Mahdi*, cit., par. 47; Conclusioni AG Szputnár, presentate il 28 aprile 2015, *Celaj*, causa C-290/14; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 48.

²⁰² PEERS S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011, p. 532.

²⁰³ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., p. 253.

²⁰⁴ Art. 15, par. 4, dir. 2008/115/CE, v. *infra*, cap. II, par. 3.2.

²⁰⁵ Corte di giustizia, *Kadzoev*, cit., punto 70; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.1.

²⁰⁶ Sulla pena detentiva a seguito della violazione del divieto di re-ingresso *ex art.* 11, dir. 2008/115/CE, v. Corte di giustizia, *Celaj*, causa C-290/14.

²⁰⁷ Corte di giustizia, *Achughbabian*, causa C-329/11, punti 28 e 48; Corte di giustizia, *Sagor*, causa C-430/11, punto 31; cfr. Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 52.

norme interne di natura penale che contrastano con la normativa dell'Unione o che ne possano compromettere gli obiettivi²⁰⁸.

Nel caso *El Dridi*²⁰⁹, la Corte di giustizia ha affermato che la direttiva rimpatri osta ad una normativa, come era quella italiana²¹⁰, che prevede la reclusione, nel corso della procedura di rimpatrio, per il solo fatto che un cittadino di un paese terzo non abbia ottemperato all'ordine di lasciare il territorio nazionale nel termine previsto ed abbia continuato a soggiornarvi irregolarmente. Una simile sanzione comprometterebbe la realizzazione dell'obiettivo di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali²¹¹.

Similmente, nella sentenza *Achughbabian*²¹² i giudici hanno dichiarato che non è possibile infliggere la pena della reclusione, per l'ingresso o il soggiorno irregolare, ad un cittadino di un paese terzo che non sia stato ancora sottoposto alle procedure di rimpatrio, ex art. 8 della direttiva 2008/115/CE²¹³. Una tale misura non contribuisce all'allontanamento, ma anzi compromette l'efficacia della direttiva²¹⁴. Una pena detentiva potrà essere adottata solo successivamente.

Sono invece compatibili con la direttiva le pene pecuniarie. Ad esempio, nel caso *Sagor*, la Corte ha affermato che è compatibile con la direttiva la pena dell'ammenda sostituibile con l'espulsione dal territorio dello Stato membro, mentre non lo è la sostituzione con l'obbligo di permanenza domiciliare²¹⁵.

Tuttavia, qualora le misure coercitive di cui all'art. 8 della direttiva rimpatri siano state applicate ma l'allontanamento dello straniero non abbia avuto esito positivo, lo Stato torna libero di adottare misure detentive, anche di natura penale.

²⁰⁸ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 54 e 55; cfr. Corte di giustizia, *Filev e Osmani*, causa C-297/12, punto 36; Corte di giustizia, *Achughbabian*, cit., punti 33 e 39; Corte di giustizia, *Sagor*, cit., punto 32; Corte di giustizia, *Celaj*, cit., punto 21; AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 224; PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, in *sui-generis*, 2019, p. 37.

²⁰⁹ Corte di giustizia, *El Dridi*, causa C-61/11 PPU.

²¹⁰ Nel caso di specie, l'Italia non aveva recepito la dir. 2008/115/CE, v. *infra*, cap. III, par. 3.2.1.

²¹¹ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punti 55 e 59. In seguito, la reclusione è stata sostituita con una multa e con l'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione, v. art. 14, commi 5-ter e 5-quater, d.lgs. 286/1998, v. *infra*, cap. III, parr. 4.1 e 5.4.

²¹² Corte di giustizia, *Achughbabian*, causa C-329/11.

²¹³ Ivi, punto 50.

²¹⁴ Ivi, punto 39.

²¹⁵ Corte di giustizia, *Sagor*, cit., punto 47.

Una pena detentiva sarà quindi possibile successivamente, una volta conclusa senza esito la procedura di rimpatrio e qualora il cittadino di un paese terzo in questione continui a soggiornare irregolarmente nel territorio dello Stato membro senza giustificato motivo²¹⁶.

All'effetto utile, si collega l'effetto diretto delle disposizioni della direttiva rimpatri. Quest'ultima sancisce l'obbligo, in capo agli Stati membri, di dare attuazione alla normativa sul rimpatrio e sul trattenimento negli ordinamenti nazionali, al fine di raggiungere gli obiettivi da essa stabiliti²¹⁷. Qualora però gli Stati membri non abbiano adempiuto e non sia possibile un'interpretazione conforme delle norme interne, la Corte di giustizia ha riconosciuto che alcune disposizioni della direttiva, tra cui l'art. 15, sono dotate di effetti diretti²¹⁸, in quanto sufficientemente precise ed incondizionate²¹⁹. Di conseguenza, tali norme creano diritti e obblighi direttamente in capo ai singoli, i quali sono legittimati ad invocare la disposizione nei confronti dello Stato membro a prescindere dalla “volontà” dello Stato stesso, ossia anche qualora esso non abbia recepito la normativa nell'ordinamento interno²²⁰. Trattandosi di una direttiva, gli effetti diretti si limitano a quelli verticali, esercitabili solo nei confronti dello Stato stesso²²¹.

Effetto utile ed effetto diretto sono strettamente correlati. L'effetto utile della direttiva sarebbe infatti compromesso se gli interessati non potessero far

²¹⁶ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 52; Corte di giustizia, *Achughbabian*, cit., punti 46, 48 e 50; Corte di giustizia, *Affum*, cit., punti 52 e 54; Corte di giustizia, *Ouhrami*, causa C-225/16, punto 56.

²¹⁷ Art. 288, par. 3, TFUE; Art. 20, dir. 2008/115/CE; AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 221.

²¹⁸ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 47, la quale si riferiva in particolare agli artt. 15 e 16, dir. 2008/115/CE. Nel caso di specie, la direttiva rimpatri non era stata recepita nell'ordinamento italiano. Cfr. Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 54; v. ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 162; AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 254. Sull'effetto diretto, v. *ex multis*, Corte di giustizia, *Van Gend en Loos*, causa C-26/62; Corte di giustizia, *Van Duyn*, causa C-41/74; Corte di giustizia, *Mashall*, causa C-152/84.

²¹⁹ La precisione comporta che la norma contenga un precezzo sufficientemente definito, che consenta ai destinatari di comprenderne la portata e ai giudici di farne applicazione. L'incondizionatezza invece consiste nell'assenza di clausole che subordinino l'applicazione della norma ad ulteriori interventi normativi degli Stati membri o delle istituzioni europee o consentano agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nell'applicazione.

²²⁰ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 46.

²²¹ Corte di giustizia, *Mashall*, causa C-152/84.

valere innanzi ai giudici nazionali le sue disposizioni contro lo Stato che abbia omesso di dare attuazione alla direttiva.

2.5. *Le misure alternative al trattenimento*

Il trattenimento dei richiedenti asilo e dei cittadini di paesi terzi sottoposti a procedure di rimpatrio è una misura di ultima istanza, adottabile solo qualora non siano efficaci misure meno coercitive.

L’obbligo di valutare la possibilità di misure alternative prima dell’adozione del trattenimento è imposto dalla direttiva rimpatri²²² e dalla direttiva accoglienza²²³ e discende ancor prima dal principio di proporzionalità²²⁴. Anche la Corte EDU, pur non essendo esplicitamente previsto dalla Convenzione, valuta se il trattenimento può essere evitato applicando una misura meno invasiva²²⁵. Senza la valutazione della possibilità di applicare misure meno coercitive il trattenimento non può essere posto in essere.

Nonostante la loro importanza, non vi è alcuna definizione legale di “misura alternativa al trattenimento”. Concretamente, si tratta di tutti quei provvedimenti legislativi, politici o pratici che impongono alcune condizioni o restrizioni alla libertà di circolazione o di altro tipo, ma che non giungono al livello del trattenimento²²⁶ e che non incidono o incidono in maniera lieve sulla libertà della persona²²⁷.

Le misure alternative sono “alternative” rispetto al trattenimento, non rispetto alla libertà. Per poterle adottare è necessario che sussistano i presupposti che giustificano il trattenimento, ma questo non appaia (o non appaia più)

²²² Considerando n. 16 e art. 15, par. 1, dir. 2008/115/CE, v. Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punti 39 e 41; Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 64.

²²³ Considerando n. 20, art. 8, parr. 2 e 4, dir. 2013/33/UE; v. anche art. 28, par. 2, reg. Dublino III.

²²⁴ V. *supra*, cap. I, par. 5.2.3.

²²⁵ Art. 5, CEDU; v. *ex multis*, Corte EDU, *Popov c. Francia*, sent. 19 gennaio 2012, par. 119; Corte EDU, *Louled Massoud c. Malta*, sent. 27 luglio 2010, parr. 68 e 69; cfr. Linee Guida UNHCR, 2012, n. 4.3.

²²⁶ EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell’ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., p. 34; Linee Guida UNHCR, 2012, par. 8.

²²⁷ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 59.

proporzionato nel caso di specie²²⁸. Di conseguenza, anche le misure alternative devono rispettare i diritti fondamentali²²⁹ e le stesse garanzie previste per il trattenimento. Infatti, anch’esse, come il trattenimento, possono incidere sui diritti fondamentali, seppur in modo minore. Tali misure devono quindi essere adottate caso per caso, dopo averne valutato la necessità, la ragionevolezza e la proporzionalità²³⁰.

Ai sensi dell’art. 15 della direttiva rimpatri, le misure alternative devono essere «*sufficienti*» e deve essere possibile applicarle «*efficacemente*». Ciò comporta, per gli Stati membri, la necessità di prevedere negli ordinamenti nazionali delle alternative che possono conseguire gli stessi obiettivi del trattenimento, ma con mezzi meno invasivi della libertà personale²³¹.

Nell’applicazione pratica, le misure alternative possono assumere varie forme e varie intensità.

L’art. 8, par. 4, della direttiva accoglienza predispone un elenco non esaustivo di misure alternative, quali l’obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria e l’obbligo di dimorare in un luogo assegnato. Queste dovranno poi essere specificate nel diritto nazionale.

Nell’ambito della procedura di rimpatrio è prevista una graduazione di misure che va dalla meno alla più coercitiva, ossia il trattenimento²³². Tra le misure che gli Stati devono procedere ad adottare vi è anche un periodo per consentire la partenza volontaria²³³. La direttiva rimpatri non elenca tutte le misure alternative, ma generalmente si ritiene che le misure dell’art. 7, par. 3, della stessa direttiva possono essere usate a tal fine²³⁴.

²²⁸ Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punto 293; EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 91; EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell’ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., pp. 34 e 35.

²²⁹ Considerando n. 20, dir. 2013/33/UE.

²³⁰ L’adozione su base individuale distingue le misure alternative al trattenimento dalle restrizioni alla libertà di movimento o agli obblighi che possono essere adottati nei confronti di tutti i richiedenti asilo, v. PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1414; v. *supra*, cap. I, par. 5.1.

²³¹ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.1.

²³² Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 41.

²³³ Art. 7, dir. 2008/115/CE.

²³⁴ EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 91.

In generale, le misure alternative consistono frequentemente in restrizioni alla libertà di circolazione. Ad esempio, tra le più diffuse, vi è l'obbligo di soggiorno in un determinato luogo, che può essere limitato a luoghi come un centro di accoglienza, un albergo o case private, oppure esteso fino ad una regione amministrativa o una zona specifica dello Stato membro²³⁵.

Un'altra misura molto comune è l'obbligo di presentarsi alle autorità a intervalli regolari, che possono essere giornalieri, settimanali, bisettimanali, mensili²³⁶.

Ancora, l'obbligo di restituzione del passaporto o del documento di viaggio può essere usato per evitare che i documenti siano persi o distrutti nel periodo in cui si prepara il rimpatrio²³⁷.

Altri esempi di misure alternative sono il deposito di una garanzia finanziaria, l'affidamento ai servizi sociali o ad un programma di assistenza con integrazione in comunità o in centri di salute mentale, l'obbligo di monitoraggio elettronico, ad esempio con dispositivi elettronici (c.d. *tagging*)²³⁸ e il divieto di lavoro o di studio²³⁹.

È poi possibile l'affidamento ad un garante personale, segnatamente una persona che assicuri che il cittadino di un paese terzo partecipi a udienze, appuntamenti ufficiali e riunioni. Nelle prassi dei vari Stati membri, i garanti sono individuati in cittadini con residenza permanente, in cittadini di paese terzo che soggiornano legalmente, in organizzazioni internazionali o in persone di fiducia²⁴⁰.

Similmente, la Commissione, nel *Manuale sul rimpatrio*, propone di prevedere un tutoraggio personalizzato per tutti i potenziali rimpatriandi, con

²³⁵ FRA, *Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures*, 2015, p. 1.

²³⁶ Ivi, p. 2.

²³⁷ Ivi, p. 1.

²³⁸ Si tratta di una sorveglianza basata sulla tecnologia e intesa a controllare o limitare gli spostamenti di una persona: ad esempio, braccialetti muniti di GPS da portare al polso o alla caviglia, usata spesso nel diritto penale.

²³⁹ FRA, *Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures*, 2015; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.1.

²⁴⁰ EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., p. 38.

consulenza anche sulla possibilità di richiedere un soggiorno regolare e asilo e sul rimpatrio volontario e forzato, fin dalle prime fasi²⁴¹.

In caso di minori, le misure alternative devono essere favorite e possono concretizzarsi anche nell'accoglienza in case-famiglia, nell'affido o nella nomina di tutori legali²⁴².

Nella Comunicazione del 2014 sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea, la Commissione osserva che nella pratica gli Stati membri applicano raramente le misure alternative²⁴³. Quelle più applicate sono l'obbligo di presentarsi alle autorità, l'obbligo di alloggiare in determinati luoghi o l'obbligo di consegnare passaporti e documenti di viaggio²⁴⁴.

Da un lato, l'uso delle misure dovrebbe essere incentivato in quanto comporta una serie di vantaggi, primi tra tutti il risparmio, sia in termini economici, che in termini di diritti umani²⁴⁵. Inoltre, per quanto riguarda il rimpatrio, i tassi di rimpatrio sono più elevati in caso di uso di misure alternative e i rimpatriandi più predisposti a collaborare nel fornire i documenti²⁴⁶. Dall'altro lato, le misure alternative potrebbero anche dar maggiori possibilità di fuga e in caso di strutture alternative di permanenza temporanea, incentivare le migrazioni irregolari e creare possibili tensioni sociali vicino ai centri aperti²⁴⁷. È necessario perciò trovare la misura adeguata al caso concreto, bilanciando incentivi e deterrenti.

²⁴¹ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.1.

²⁴² EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., p. 35.

²⁴³ Per l'Italia, v. *infra*, cap. III, parr. 4.1 e 5.2.1.

²⁴⁴ Comunicazione della Commissione sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea, COM (2014) 199 final, cit., p. 18.

²⁴⁵ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.1.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Ibid.

3. La tutela dei diritti fondamentali degli stranieri sottoposti a misure di trattenimento

Le misure di trattenimento devono essere attuate nel rispetto dei diritti fondamentali, secondo quanto stabilito dalla Carta di Nizza e dalle altre fonti di diritto internazionale, nonché dalla stessa direttiva accoglienza e direttiva rimpatri²⁴⁸.

Le garanzie previste per gli stranieri sottoposti ad una misura di trattenimento saranno analizzate nei seguenti paragrafi.

Fra questi, saranno esaminati, in primo luogo, i limiti di durata per il trattenimento e, per la direttiva rimpatri, la necessità dell'esistenza di una prospettiva ragionevole di allontanamento e la particolare condizione dei non rimovibili.

In secondo luogo, lo studio verterà sulle garanzie procedurali, che riguardano l'adozione della misura, la possibilità di accedere ad un controllo sulla legittimità del trattenimento, il diritto all'assistenza legale e le conseguenze in caso di trattenimento illegittimo.

Infine, saranno discussi i diritti dei trattenuti relativamente alle condizioni materiali e alla dignità della persona, in particolare per quanto concerne i luoghi di trattenimento, le condizioni di vita e i diritti garantiti all'interno di essi e le tutele previste per il trattenimento delle persone vulnerabili.

3.1. La durata massima e la possibilità di proroga del trattenimento

Il principio cardine relativo alla durata del trattenimento è quello della brevità: il tempo in cui lo straniero è privato della propria libertà deve essere quanto più breve possibile²⁴⁹. La brevità è parametrata al tempo necessario per raggiungere lo scopo per cui è stata adottata la misura e varia quindi in base alle circostanze del caso concreto.

²⁴⁸ V. *infra*, cap. I, par. 3.

²⁴⁹ Art. 15, par. 1, dir. 2008/115/CE; art. 9, par. 1, dir. 2013/33/UE; considerando n. 20 e art. 28, par. 3, reg. Dublino III; Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Venti orientamenti sul rimpatrio forzato*, 4 maggio 2015, n. 8; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 71.

La CEDU non indica una durata massima del trattenimento, ma questa deve essere ragionevole rispetto all’obiettivo perseguito²⁵⁰. La ragionevolezza della durata dipende dall’esame del diritto nazionale e da una valutazione delle circostanze del caso concreto²⁵¹. La durata rientra inoltre tra gli elementi presi in considerazione per valutare se una detenzione sia arbitraria o meno e ad essa si collega, nella giurisprudenza di Strasburgo, il principio di proporzionalità e il rispetto della *due diligence* con la quale devono agire le autorità statali²⁵². L’art. 5 della CEDU è infatti violato quando le autorità statali tengono comportamenti negligenti o rimangono inerti, dilatando i tempi di trattenimento²⁵³. Inoltre, i limiti temporali rientrano anche tra gli elementi che possono contribuire a dare “qualità alla norma”, rendendola precisa e prevedibile, e al rispetto del principio di legalità²⁵⁴.

Nella normativa dell’Unione europea, l’art. 9, par. 1, della direttiva accoglienza²⁵⁵ e l’art. 15, par. 1, direttiva rimpatri richiedono che il trattenimento sia il più breve possibile e che sia mantenuto solo fino al raggiungimento dello scopo per cui è stato adottato: rispettivamente, i motivi previsti dall’art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza e l’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.

Nella direttiva accoglienza, non è presente un termine massimo di trattenimento, né è imposto agli Stati membri l’obbligo di fissarlo²⁵⁶. Tale lacuna

²⁵⁰ Corte EDU, *Chahal*, cit., par. 113; Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 72.

²⁵¹ Corte EDU, *J.N. c. Regno Unito*, sent. 19 maggio 2016, par. 83; Corte EDU, *Auad c. Bulgaria*, sent. 11 ottobre 2011, par. 128.

²⁵² Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, cit., parr. 72 e 74; Corte EDU, *Chahal*, cit., par. 113; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 71 e 82; per la *due diligence*, cfr. art. 9, par. 1, dir. 2013/33/UE; v. *supra*, cap. I, par. 5.2.

²⁵³ V. Corte EDU, *Quinn c. Francia*, cit., par. 48; Corte EDU, *Raza c. Bulgaria*, cit., par. 74, in cui la detenzione è stata ritenuta troppo lunga; cfr. Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 117, in cui la Corte ha ritenuto non arbitraria una detenzione di più di sei anni in quanto giustificati in virtù della complessità delle verifiche che le autorità statali dovevano svolgere; v. PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., p. 141.

²⁵⁴ Corte EDU, *Louled Massoud c. Malta*, sent. 27 luglio 2010; Corte EDU, *Mathloom c. Grecia*, sent. 24 aprile 2012; FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, p. 238; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 74 e 75.

²⁵⁵ V. anche considerando n. 16, dir. 2013/33/UE.

²⁵⁶ La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri COM(2008) 815 definitivo, prevedeva espressamente che il provvedimento di trattenimento dovesse specificare la durata massima del trattenimento. Tale durata tuttavia non risulta nel testo definitivo della direttiva 2013/33; v. Corte di

rischia di aprire la strada ad incongruenze applicative e di porre le basi per privazioni della libertà prolungate²⁵⁷. Per questo, pur non dovendo necessariamente prevedere un termine di scadenza del trattenimento, gli Stati membri devono vigilare affinché il trattenimento duri solo fino a che sia necessario e proporzionato e fino a che il motivo che lo giustifichi permanga ed affinché gli adempimenti amministrativi inerenti a tale motivo siano espletati con diligenza²⁵⁸. Infatti, ai sensi dell'art. 9, par. 1, eventuali ritardi nello svolgimento delle procedure amministrative, non imputabili al richiedente, non possono giustificare un prolungamento del trattenimento.

La ragionevolezza della durata dipenderà dalle circostanze del caso concreto e dal motivo specifico per cui è stato disposto²⁵⁹. Relativamente all'art. 8, par. 3, lett. *a) e b)*, il trattenimento è possibile solo durante il periodo in cui l'autorità amministrativa compie passi concreti per determinare l'identità o la cittadinanza del richiedente o gli elementi su cui si basa la sua domanda di protezione internazionale. La ragionevole durata del trattenimento *ex art. 8, par. 3, lett. c)*, invece, la si ricava dal massimo di quattro settimane che può durare la procedura di frontiera, ai sensi dell'art. 43, par. 2, della direttiva procedure²⁶⁰. Quanto all'art. 8, par. 3, lett. *d)*, la durata dipende dalla lunghezza delle procedure di asilo e dai relativi atti giuridici.

Per quanto concerne i richiedenti protezione internazionale trattenuti ai sensi del regolamento Dublino III, la durata del trattenimento è correlata al suo scopo, che consiste nel trasferimento del richiedente da uno Stato membro ad un altro²⁶¹. È perciò ai termini delle procedure di trasferimento che bisogna riferirsi

giustizia, *F.M.S.*, cit., punto 263. Nell'ordinamento italiano, v. art. 6, comma 8, d.lgs. 142/2015, v. *infra*, cap. III, par. 5.4.

²⁵⁷ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 201.

²⁵⁸ Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punto 265.

²⁵⁹ Ciascun motivo risponde ad una specifica necessità ed ha un carattere autonomo, v. Corte di giustizia, *K.*, cit., punto 42.

²⁶⁰ V. *supra*, cap. II, par. 2.1.

²⁶¹ Sui termini del trattenimento ai sensi del regolamento Dublino III, v. Corte di giustizia, *Khir Amayry c. Migrationsverket*, causa C-60/16, punto 41; Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, analisi giuridica, 2019, pp. 41-43.

per la durata del trattenimento, i quali sono scanditi dall'art. 28, par. 3, del regolamento Dublino III²⁶².

Per quanto riguarda la disciplina della direttiva rimpatri, ai sensi del suo art. 15, par. 5, il trattenimento è mantenuto fino a che perdurano le condizioni del par. 1 dello stesso articolo e per il periodo necessario per eseguire l'allontanamento. A differenza degli atti sopraelencati, la direttiva rimpatri prevede un termine massimo di trattenimento di sei mesi. I sei mesi iniziali possono essere prorogati per un massimo di altri dodici in casi eccezionali, portando quindi il periodo massimo a diciotto mesi.

Ai sensi del par. 6, la proroga è possibile solo se, nonostante le autorità abbiano compiuto ogni ragionevole sforzo per portare a termine l'allontanamento, questo rischi di prolungarsi a causa della mancata cooperazione del rimpatriando interessato o del ritardo nell'ottenimento della documentazione necessaria dai paesi terzi. I menzionati motivi che giustificano la proroga rappresentano casi eccezionali²⁶³ e sono da considerarsi ipotesi tassative²⁶⁴ e supplementari, in quanto devono comunque essere riesaminate le condizioni alla base del trattenimento di cui al par. 1.

Nel caso *Mahdi*²⁶⁵, la Corte di giustizia ha dichiarato che non è possibile una proroga automatica. Quanto alla condizione prevista dall'art. 15, par. 6, lett. a), la Corte ha sottolineato che la mancata cooperazione nel portare a termine l'allontanamento deve essere tale da causare un prolungamento della durata della procedura di allontanamento e tra le due deve esserci un nesso di causalità. Ad esempio, nel caso di specie, i giudici hanno dichiarato che la mancanza di documenti non può di per sé giustificare una proroga del trattenimento²⁶⁶, mentre

²⁶² Al riguardo, v. *supra*, cap. II, par. 2.2.3; v. art. 42, reg. Dublino III, per le modalità di calcolo dei termini.

²⁶³ Come sottolineato anche dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali; FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 35.

²⁶⁴ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 71; ma v. EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 93, secondo il quale alcuni Stati hanno introdotto motivi ulteriori oltre a quelli enumerati nell'art. 15, par. 6, della direttiva, per giustificare l'estensione del trattenimento.

²⁶⁵ Corte di giustizia, *Mahdi*, causa C-146/14.

²⁶⁶ Ivi, punto 73; v. Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.4.2.

può giustificare la non collaborazione del cittadino del paese terzo in questione per ottenere tali documenti se ciò causa un ritardo nel rimpatrio²⁶⁷.

La Corte di Lussemburgo si è pronunciata anche sul periodo da tenere in considerazione per il calcolo della durata di trattenimento. Nel caso *Kadzoev*²⁶⁸, essa ha stabilito che, in caso di ricorso contro la decisione di allontanamento, il periodo di trattenimento subito durante il procedimento di verifica giurisdizionale della legittimità della decisione di allontanamento si calcola ai fini della durata massima del trattenimento, qualora l'interessato abbia continuato a soggiornare in un Centro di permanenza temporanea²⁶⁹. Una diversa soluzione comporterebbe una variazione della durata da uno Stato all'altro, in base alla lunghezza delle procedure giudiziarie nazionali, compromettendo la finalità della norma²⁷⁰.

Inoltre, nell'ipotesi in cui un soggetto sia trattenuto ininterrottamente in più di uno Stato membro, ad esempio perché trasferito sulla base di accordi bilaterali di riammissione, deve essere comunque osservato il termine massimo di diciotto mesi²⁷¹.

La stessa durata del trattenimento si applica anche alle misure alternative, qualora queste abbiano una natura ed una intensità simile o pari ad una privazione della libertà²⁷².

I diciotto mesi rappresentano un termine massimo assoluto, oltre il quale il trattenimento finalizzato al rimpatrio non è più giustificato e lo straniero ha un vero e proprio diritto ad essere rilasciato immediatamente²⁷³. La norma non può essere aggirata prevedendo nuovi trattenimenti successivi una volta scaduto il termine massimo, pena la vanificazione del suo scopo²⁷⁴.

²⁶⁷ Ivi, punto 85; ibid.

²⁶⁸ Corte di giustizia, *Kadzoev*, C-357/09.

²⁶⁹ Ivi, punti 49-58.

²⁷⁰ Ivi, punto 54.

²⁷¹ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.4.2.

²⁷² Ivi, par. 14.6.

²⁷³ Corte di giustizia, *Kadzoev*, cit., punto 60; Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punto 279.

²⁷⁴ FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 33; Corte EDU, *John c. Grecia*, sent. 10 maggio 2007, par. 33.

L’art. 15, parr. 5 e 6, è ritenuto sotto questo aspetto sufficientemente preciso ed incondizionato e perciò dotato di effetto diretto²⁷⁵.

Gli Stati membri hanno l’obbligo di disciplinare nella propria legislazione nazionale la durata massima del trattenimento e la possibilità di proroga²⁷⁶.

Nel complesso, la direttiva rimpatri ha contribuito a ridurre la durata prevista per il trattenimento dalle legislazioni degli Stati membri²⁷⁷. Tuttavia, tale disciplina non è esente da critiche. I diciotto mesi di detenzione sono stati il punto focale su cui si è scagliata la dottrina ha attribuito all’atto l’appellativo di “*direttiva della vergogna*”²⁷⁸. La durata è stata attaccata dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa²⁷⁹, dal *Working Group on Arbitrary Detention*²⁸⁰, nonché dalla società civile, tra cui alcune organizzazioni internazionali tra cui *Amnesty International*²⁸¹.

Secondo le critiche, i termini massimi del trattenimento, compresi della possibilità di proroga, sono molto lunghi. Se è vero che in alcuni paesi alla direttiva si deve l’introduzione per la prima volta di un termine massimo di trattenimento, in altri Stati, che avevano termini inferiori di diciotto mesi prima dell’entrata in vigore della direttiva, essa ha avuto l’effetto opposto di allungare la durata permessa per il trattenimento²⁸².

²⁷⁵ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 54; Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 47; AMADEO, SPITALERI, *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., p. 258.

²⁷⁶ Per la durata e la proroga in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 5.4.

²⁷⁷ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 72; Comunicazione sulla politica di rimpatrio dell’Unione europea, COM(2014) 199 final, cit., p. 19.

²⁷⁸ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 289; FAVILLI C., *L’attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall’inerzia all’urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 695; v. *supra*, cap. I, par. 4.2.1.

²⁷⁹ Committee on Migration, Refugees and Population, *The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe. Report to the Parliamentary Assembly*, 11 January 2010, Doc.12105.

²⁸⁰ Working Group on Arbitrary Detention, *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural rights, Including the Right to Development: Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, UN Office of the High Commissioner for Human Rights, A/HRC/10/21, 16 February 2009.

²⁸¹ Amnesty International, *EU Returns Directive affects dignity and security of irregular migrants*, 4 July 2008, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2008/07/eu-return-directive-affects-dignity-and-security-irregular-migrants-20080704/>; v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 73; CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri*, cit., p. 386; FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 31.

²⁸² La durata massima del trattenimento è aumentata in otto Stati, è diminuita in dodici ed è stata introdotta per la prima volta in almeno nove Stati; v. Comunicazione sulla politica di rimpatrio

Inoltre, alcune problematiche sono state sollevate anche con riguardo alla possibilità di proroga. Essa è in genere molto usata negli Stati membri, nonostante sia stato osservato che non porti ad un incentivo del rimpatrio, poiché la maggior parte dei rimpatri avviene in realtà all'inizio della detenzione²⁸³. La critica è rivolta anche ai motivi che giustificano la proroga: al primo perché dalla possibilità di prolungare la detenzione a causa di un comportamento non collaborativo del rimpatriando emerge una finalità deterrente e punitiva del trattenimento finalizzato all'espulsione²⁸⁴; al secondo in quanto la possibilità di prorogare la misura per il ritardo dell'ottenimento dei documenti da parte del paese terzo fa eco ad una visione pubblicista, che dà preferenza all'interesse statale di realizzare l'allontanamento piuttosto che alla libertà del singolo²⁸⁵.

3.2. La prospettiva ragionevole di allontanamento nella direttiva rimpatri ed il limbo dei non rimovibili

Una persona può essere mantenuta in stato di trattenimento ai fini del rimpatrio solo fintanto che esiste una prospettiva ragionevole di allontanamento. Nel caso in cui questa venga meno, per motivi di ordine giuridico o per altri motivi, l'art. 15, par. 4, della direttiva impone il rilascio immediato dello straniero.

Secondo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia nel caso *Kadzoev*, la "prospettiva ragionevole" consiste in una concreta probabilità di eseguire l'allontanamento dello straniero irregolare e non esiste quando è poco probabile che il rimpatriando sia accolto in un paese terzo, tenendo conto dei termini massimi di trattenimento previsti dall'art. 15, parr. 5 e 6, della direttiva²⁸⁶.

dell'Unione europea, 2014, p. 20; AMADEO, SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 258. Per un confronto sulla durata del trattenimento ex direttiva rimpatri nei vari Stati membri v. le statiche del 2010, in FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, pp. 32-35, e le statistiche del 2018, in EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 93.

²⁸³ EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 92.

²⁸⁴ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 73; CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri*, cit., p. 386.

²⁸⁵ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 73.

²⁸⁶ Corte di giustizia, *Kadzoev*, cit., punti 65 e 66; cfr. Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 60. «L'assenza di prospettive ragionevoli» si riferisce solo ad un certo grado di probabilità e non equivale alla categorica impossibilità di eseguire l'allontanamento, v. Raccomandazione (UE)

La lettera della disposizione fa riferimento sia a motivi ordine giuridico, che ad altri motivi. Tra questi ultimi, sono comprese ragioni di fatto che non trovano individuazione nella direttiva rimpatri e dovranno quindi essere specificati nella legislazione nazionale o valutati caso per caso in via interpretativa²⁸⁷.

Quanto al momento in cui deve essere esaminata l'esistenza della prospettiva ragionevole di allontanamento, dall'articolo emerge che una tale valutazione va effettuata non nella fase di decisione che dispone il trattenimento iniziale, ma solo successivamente, ad esempio in fase di riesame²⁸⁸. Ci si riferisce infatti ad una prospettiva allontanamento che «*non esiste più*». Inoltre, sia la Corte di giustizia, che la Corte di Strasburgo, hanno fatto applicazione del principio solo in un momento successivo all'adozione iniziale del provvedimento.

Anche nell'ambito del Consiglio d'Europa, il «*realistic prospect of removal*» è usato per valutare la legittimità del protrarsi nel tempo della detenzione²⁸⁹. Ad esempio, nel caso *Mikolenko c. Estonia*, la Corte EDU ha affermato che se le prospettive di allontanamento diminuiscono o diventano evanescenti, il protrarsi della detenzione è da considerarsi arbitrario²⁹⁰. Nella giurisprudenza di Strasburgo il concetto di «*realistic prospect of removal*» è utile anche per sopperire all'assenza del principio di necessità²⁹¹.

L'assenza di una prospettiva realistica di allontanamento e l'impossibilità di eseguire la decisione di rimpatrio pone problemi dal punto di vista sia pratico che giuridico. La direttiva rimpatri lascia un grande vuoto giuridico relativamente alla

2017/2338, Manuale sul rimpatrio della Commissione europea, par. 14.4.1; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 84.

²⁸⁷ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 85: v. *infra*, p. (parte dopo dello stesso par.).

²⁸⁸ Sul riesame v. *infra*, cap. II, par. 3.3.2.

²⁸⁹ Ad es., nel caso *Mikolenko c. Estonia*, sent. 8 ottobre 2009, par. 68, la Corte ha ritenuto che l'allontanamento del ricorrente era diventato praticamente impossibile sia a causa della mancata cooperazione del paese terzo di destinazione (la Federazione Russa), sia dell'atteggiamento non collaborativo dell'interessato; v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 83.

²⁹⁰ Corte EDU, *Mikolenko c. Estonia*, sent. 8 ottobre 2009, parr. 65-68; v. Corte EDU, *Raza c. Bulgaria*, sent. 11 febbraio 2010, parr. 11 e 16; Corte EDU, *Al Husin c. Bosnia ed Erzegovina (n. 2)*, sent. 25 giugno 2019; LOPRIENO D., “*Trattenere e punire*”, cit., p. 72; COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 292.

²⁹¹ V. *supra*, cap. I, par. 5.2.3.

posizione dei c.d. non allontanabili o *non-removable*²⁹², ossia di coloro nei cui confronti non sussiste una prospettiva ragionevole di allontanamento ma che continuano ad essere non regolarizzati nello Stato membro. Ci si chiede quale *status* vada accordato al cittadino di un paese terzo nei cui confronti persistono le condizioni di rimpatrio, ma il cui rimpatrio non sia materialmente o giuridicamente possibile. Le cause di una tale inamovibilità possono essere varie, ad esempio il mancato riconoscimento del cittadino da parte dello Stato terzo di destinazione²⁹³, l'assenza del documento d'identità o del passaporto²⁹⁴, il principio di *non refoulement*²⁹⁵, la mancanza di disponibilità di altri Stati di accogliere un soggetto apolide²⁹⁶ o anche motivi fattuali, come l'incapacità dello Stato membro di trasportare lo straniero fuori dal territorio, ad esempio per la non collaborazione del soggetto o per mancanza di mezzi di trasporto²⁹⁷.

La direttiva rimpatri non disciplina lo *status* di tali persone e non contiene un loro diritto ad essere regolarizzati, anche qualora non esista una realistica possibilità di rimpatrio²⁹⁸.

Un'indicazione che può orientare la giurisprudenza si trova nel considerando n. 12 della direttiva rimpatri, in base al quale gli Stati dovrebbero rilasciare a tali persone una conferma scritta che attesti la loro situazione e che consenta loro di provarla in caso di controlli amministrativi. La previsione appare piuttosto esile e non pare porre obblighi agli Stati, considerando sia l'uso del condizionale «*dovrebbero*», sia il fatto che sia prevista in un considerando e come tale non sono giuridicamente vincolante²⁹⁹.

²⁹² GUIA M. J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, cit., pp. 50 ss; FRA, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, 2011, pp. 27 ss; considerando n. 12, dir. 2008/115/CE.

²⁹³ Corte di giustizia, *Kadzoev*, cit., parr. 66 e 67.

²⁹⁴ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit.

²⁹⁵ Vi possono essere dei casi in cui lo straniero non ha diritto alla protezione internazionale ma comunque non può essere espulso per il principio di *non refoulement*, ad es. Corte di giustizia, *Abdida*, causa C-563/13, il soggetto era gravemente malato e non poteva essere rimpatriato in quanto non poteva essere curato nel paese terzo di destinazione; v. AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 271.

²⁹⁶ Corte EDU, *A. e a. c. Regno Unito*, cit., par. 167.

²⁹⁷ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 272.

²⁹⁸ PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 44.

²⁹⁹ V. *ex multis*, Corte di giustizia, *Nilsson e a.*, causa C-162/97, punto 54.

Un’ulteriore possibilità è la facoltà di rilasciare un permesso di soggiorno ai rimpatriandi non allontanabili, per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, ai sensi dell’art. 6, par. 4³⁰⁰. Nel suo *Manuale sul rimpatrio*, la Commissione ha elaborato dei criteri su cui possono basarsi gli Stati membri per concedere la regolarizzazione e che tengono conto sia di elementi individuali connessi al singolo caso, che di elementi orizzontali di natura politica, legati al contrasto all’immigrazione irregolare e alle scelte politiche degli Stati³⁰¹. Anche tale previsione consiste pur sempre in una facoltà, non in un obbligo³⁰², lasciata in gran parte alla discrezionalità statale.

Altra disposizione applicabile alla situazione dei non allontanabili è l’art. 9 della direttiva rimpatri, che disciplina il rinvio dell’allontanamento. In questo caso, viene differito il momento dell’esecuzione del rimpatrio, a causa del principio di *non-refoulement* o della sospensione della decisione di rimpatrio, tenendo in considerazione le condizioni fisiche e mentali della persona o ragioni tecniche. Il soggetto che si trova in una tale situazione gode di alcune garanzie, disciplinate all’art. 14 della stessa direttiva³⁰³. Tuttavia, anche questa soluzione non appare definitiva, in quanto il soggetto non vede comunque regolarizzato il suo *status* e permane in una situazione di incertezza, in quanto il rinvio non può essere infinito, ma solo limitato ad un «*congruo periodo*»³⁰⁴.

Oltre a quanto sopraelencato, non ci sono altre indicazioni e le alternative possibili sono solo la regolarizzazione o il rimpatrio³⁰⁵. I “non rimovibili” sono così

³⁰⁰ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 88; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 13.2.

³⁰¹ I criteri individuati dalla Commissione sono l’attitudine cooperativa o meno del rimpatriando, la durata del soggiorno nello Stato membro, lo sforzo di integrazione fatto dal rimpatriando, il comportamento personale, i legami familiari, considerazioni umanitarie, la prospettiva di rimpatrio nel futuro immediato, la necessità di evitare di soddisfare le irregolarità, l’impatto delle misure di regolarizzazione nello schema migratorio dei prospettivi migranti irregolari, la possibilità di movimenti secondari nell’area di Schengen, v. Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 13.2.

³⁰² Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 13.2; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 107; AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., p. 272.

³⁰³ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., pp. 272 e 273.

³⁰⁴ Art. 9, par. 2, dir. 2008/115/CE.

³⁰⁵ Corte di giustizia, *BZ*, causa C-546/19, punti 57-59.

lasciati in una situazione di incertezza giuridica, un “*legal limbo*”³⁰⁶, spesso di fatto tollerato, ma che non permette loro di godere di una serie di diritti accessibili solo a coloro che sono regolarizzati, come il poter accedere al mondo del lavoro, e che può durare anche anni³⁰⁷. Nonostante ciò, la questione dello *status* di soggetti irregolari che non possono essere rimpatriati rimane tuttora irrisolta³⁰⁸.

3.3. Le garanzie procedurali

Le persone sottoposte a misure di trattenimento godono di una serie di garanzie procedurali e giurisdizionali. Questi diritti sono sanciti dall’art. 5 della CEDU, in particolare dai suoi paragrafi 2, 4 e 5, e dalle direttive dell’Unione europea, specificatamente dall’art. 9 della direttiva 2013/33/UE³⁰⁹ e dall’art. 15 direttiva 2008/115/CE³¹⁰.

Si tratta di diritti fondamentali facenti parte del patrimonio del diritto dell’Unione europea³¹¹, disciplinati anche da fonti internazionali e contenuti nelle Costituzioni di ogni Stato di diritto: il diritto di conoscere i motivi della privazione della libertà, il principio del contraddittorio, il diritto di difesa.

I diritti garantiti riguardano, in primo luogo, il momento dell’adozione della decisione di trattenimento: la decisione deve essere adottata per iscritto, da un’autorità amministrativa o giudiziaria, e la persona deve essere informata dei motivi del trattenimento. In secondo luogo, deve essere garantito il riesame della decisione di trattenimento ed il controllo sulla legittimità di questo da parte di un giudice. Inoltre, il soggetto deve poter accedere all’assistenza e rappresentanza legale e al gratuito patrocinio, al ricorrere di determinate condizioni. Infine, qualora

³⁰⁶ FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 27.

³⁰⁷ Ibid., AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., p. 271.

³⁰⁸ GUIA M. J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, cit., p. 50.

³⁰⁹ Le garanzie previste dalla dir. 2013/33/CE si applicano anche ai trattenuti ai sensi del regolamento Dublino III, v. art. 28, par. 4, reg. (UE) n. 604/2013.

³¹⁰ Sono previste garanzie procedurali anche agli artt. 12 e 13 della dir. 2008/115/CE e all’art. 26 della dir. 2013/33/UE, tuttavia per il trattenimento prevale l’applicazione delle norme specifiche sopra indicate.

³¹¹ Art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

il trattenimento sia illegittimo, il trattenuto deve essere rilasciato immediatamente ed ha diritto ad una riparazione.

3.3.1. L'adozione del provvedimento che dispone il trattenimento: la forma, la motivazione e l'autorità competente ad adottarlo

Oltre alle condizioni sostanziali e temporali³¹², l'adozione del trattenimento deve rispettare anche determinate garanzie di forma e di procedura³¹³.

Ai sensi dell'art. 9, parr. 2 e 4, della direttiva accoglienza e dell'art. 15, par. 2, della direttiva rimpatri, il trattenimento deve essere disposto in forma scritta, da un'autorità giudiziaria o amministrativa, e riportare le motivazioni in fatto e in diritto alla base della sua adozione in una lingua comprensibile alla persona destinataria della misura³¹⁴. Anche l'art. 5, par. 2, della CEDU, prevede il diritto di essere informati, al più presto ed in una lingua comprensibile, dei motivi dell'arresto e delle accuse. Tale diritto è ritenuto applicabile anche agli stranieri trattenuti a fini dell'espulsione³¹⁵.

Quanto ai requisiti formali della decisione di trattenimento, è richiesta la forma scritta sia per i richiedenti protezione internazionale, che per i rimpatriandi. La forma scritta si presume richiesta anche per le decisioni di proroga adottate ai sensi dell'art. 15, par. 6, della direttiva rimpatri, in quanto comunque privative della libertà personale e aventi perciò la stessa natura del provvedimento iniziale³¹⁶. Non è invece necessaria la scrittura per il riesame *ex art.* 15, par. 3, della direttiva rimpatri³¹⁷, ma rimane una facoltà degli Stati membri, qualora vogliano prevederlo nel diritto nazionale³¹⁸.

³¹² V. *supra*, cap. I, parr. 2 e par. 3.1.

³¹³ Sull'adozione del provvedimento nell'ordinamento italiano, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.1.

³¹⁴ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 41; Corte di giustizia, *G. e R.*, causa C-383/13 PPU, punto 29; Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punto 257.

³¹⁵ Corte EDU (GC), *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., parr. 117, 118, 121 e 122.

³¹⁶ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 44.

³¹⁷ Sul riesame, v. *infra*, cap. II, par. 3.3.2. La forma scritta è richiesta solo nel caso in cui il riesame sia effettuato insieme alla proroga, v. Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punti 47 e 48; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.3.

³¹⁸ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.3.

Quanto al contenuto della decisione, non vi sono indicazioni nella normativa se non la necessità di precisare le motivazioni in fatto ed in diritto dell'adozione della decisione³¹⁹. Si tratta di un diritto fondamentale, alla base di qualsiasi privazione della libertà personale, quello di conoscerne le ragioni, sancito sia dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, che dell'art. 5, della CEDU. Tale diritto è previsto non solo per il provvedimento iniziale, ma anche per la proroga ai sensi della direttiva rimpatri³²⁰.

Anche ai sensi dell'art. 5, par. 2, CEDU³²¹ la persona detenuta deve essere informata dei motivi dell'arresto e delle accuse a suo carico. I motivi devono essere forniti «*al più presto*», anche se non è necessario seduta stante³²² e devono essere comprensibili e corretti, sufficientemente chiari e precisi³²³. Il livello di sufficienza dipenderà dalle circostanze specifiche del caso³²⁴.

Se la persona è incapace di ricevere informazioni, queste devono essere date a qualcuno che rappresenta il suo interesse, come un avvocato o un curatore³²⁵.

Oltre alle informazioni sulle ragioni del trattenimento, l'art. 9, par. 4, della direttiva accoglienza richiede anche che i richiedenti siano informati, sempre per iscritto, dei metodi per ricorrere contro il provvedimento di trattenimento e della possibilità di accesso gratuito all'assistenza e/o alla rappresentanza legale. La finalità dell'obbligo di motivazione è quella di dotare il soggetto delle informazioni necessarie per poter contestare una misura che ritiene illegittima e vedere garantito il suo diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ed al diritto di difesa. A tal fine

³¹⁹ Art. 9, parr. 2 e 4, dir. 2013/33/UE; art. 15, par. 2, dir. 2008/115/CE.

³²⁰ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 44; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.2.

³²¹ Cfr. art. 9, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

³²² Corte EDU, *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., par. 115; cfr. Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, cit., parr. 84 e 85, nel quale la Corte ha dichiarato violato l'art. 5, par. 2, della CEDU perché ha ritenuto eccezive 76 ore di ritardo nel fornire i motivi di trattenimento.

³²³ GIALUZ V. M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTELE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., op. cit., pp. 141 e 142.

³²⁴ Corte EDU (GC), *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., par. 115.

³²⁵ Corte EDU, *X c. Regno Unito*, sent. 5 novembre 1981, parr. 42 e 43; ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 274; GIALUZ V. M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTELE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., op. cit., pp. 143.

è necessario che, oltre ad essere esaustive, le informazioni siano date in una lingua comprensibile al destinatario ed in un linguaggio semplice e non tecnico³²⁶.

Il requisito linguistico è presente con varie sfumature nelle diverse disposizioni. Innanzitutto, non è previsto nelle disposizioni specifiche per il trattenimento nella direttiva rimpatri, ma l'art. 12, par. 2, della direttiva, prevede la possibilità di richiedere la traduzione per le decisioni di allontanamento in generale. Inoltre, la lettera della norma si distingue tra l'art. 9, par. 4, della direttiva accoglienza e l'art. 5, par. 2, della CEDU: la prima richiede una lingua «*che ragionevolmente si suppone comprensibile*», la seconda «*una lingua che la persona comprende*». È stato osservato come l'uso dell'indicativo “comprende”, invece dell'aggettivo “comprensibile” esprima la volontà di escludere ogni presunzione legale di conoscenza³²⁷, cosa che invece appare possibile dalla formulazione dell'art. 9, par. 4, della direttiva accoglienza. Di conseguenza, secondo un'interpretazione, è onere del destinatario della misura comunicare la non conoscenza della lingua usata, mentre secondo un diverso orientamento spetta all'autorità giudiziaria verificare quale sia la lingua effettivamente conosciuta dal soggetto³²⁸.

Dal punto di vista pratico, la disposizione è fondamentale, considerando che si tratta di stranieri, trattenuti in uno Stato membro di cui non è detto che essi parlino la lingua. La scelta del mezzo con cui adempiere l'obbligo varia da uno Stato membro all'altro: l'interpretazione³²⁹, la traduzione delle decisioni di trattenimento³³⁰, la consegna di opuscoli informativi³³¹.

³²⁶ Corte EDU, *Conka c. Belgio*, cit., par. 50; Corte EDU (GC), *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., par. 115; PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., p. 148.

³²⁷ CHIAVARIO M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo: nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 222; GIALUZ V. M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., p. 142.

³²⁸ GIALUZ V. M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S. e a., op. cit., pp. 142 e 143.

³²⁹ Corte EDU, *Conka c. Belgio*, cit., par. 52.

³³⁰ Ad es, in Italia, v. art. 2, par. 6, d.lgs. 286/1998.

³³¹ Corte EDU, *J.R. e a. c. Grecia*, sent. 25 gennaio 2018, cit., parr. 120-124, questa prassi è stata ritenuta non sufficiente, in quanto ai ricorrenti era stato dato un opuscolo con informazioni sui motivi della detenzione il cui contenuto non sufficiente per informarli dei motivi dell'arresto; FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, p. 245.

Infine, quanto all'autorità che dispone, il trattenimento, questa può essere sia un'autorità giudiziaria, che un'autorità amministrativa³³². In quest'ultimo caso, la direttiva accoglienza e la direttiva rimpatri impongono un controllo non tardivo da parte di un giudice³³³. Affidare il compito di disporre il trattenimento alle autorità amministrative è la soluzione disposta nella maggior parte degli Stati³³⁴. Anche se non è richiesto che a disporre il trattenimento sia un giudice, tale persona deve essere comunque dotata di indipendenza, imparzialità e rispettare il principio del contraddittorio³³⁵.

3.3.2. Il controllo giudiziario sulla legittimità del trattenimento: il riesame, il diritto ad un ricorso effettivo e le garanzie ad esso correlate

È un diritto fondamentale, dall'affermazione dell'*habeas corpus*, che ogni persona privata della libertà personale sia portata davanti ad un giudice ed abbia la possibilità di contestare la propria detenzione nel caso la ritenga illegittima. Anche per il richiedente protezione internazionale e per il rimpatriando, tale diritto è essenziale per evitare trattenimenti arbitrari.

Nelle direttive, la verifica sulla legittimità della detenzione è garantita in varie forme. L'art. 9 della direttiva accoglienza e l'art. 15 della direttiva rimpatri prevedono il riesame iniziale della misura, nel caso in cui la decisione sia stata adottata da un'autorità amministrativa, ed il riesame periodico, in caso di lunghi periodi di trattenimento. Inoltre, deve essere garantito il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva contro ogni decisione. In tutte queste ipotesi, qualora il trattenimento non sia legittimo, la persona ha diritto di essere rilasciata

³³² Art. 9, par. 2, dir. 2013/33/UE; art. 15, par. 2, dir. 2008/115/CE.

³³³ Art. 9, par. 3, dir. 2013/33/UE; art. 15, par. 2, dir. 2008/115/CE; v. anche Corte EDU, *Amuur c. Fracia*, cit., par. 43.

³³⁴ Le autorità amministrative possono essere organi militari, forze di polizia, autorità apposite per l'immigrazione e l'asilo, ministri dell'interno, guardie di frontiera, v. BASILIEN-GAINCHE M.-L., *Immigration Detention under the Return Directive: The Cjeu Shadowed Lights*, cit., pp. 118 e 119; EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 94; in Italia, il provvedimento è disposto dal questore, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.1.

³³⁵ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.2; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 95.

immediatamente. Il trattenuto deve essere informato della possibilità e dei metodi per presentare ricorso³³⁶.

Il primo tipo di verifica riguarda l’ipotesi in cui il trattenimento sia disposto dall’autorità amministrativa. In questo caso, l’art. 9, par. 3, della direttiva accoglienza e l’art. 15, par. 2, della direttiva rimpatri, richiedono agli Stati membri di assicurare una verifica giudiziaria della legittimità del trattenimento, che può essere attivata d’ufficio o su istanza di parte. In entrambi i casi, la decisione deve essere presa nel più breve tempo possibile, dall’avvio del trattenimento, se d’ufficio, o dall’avvio del procedimento, se su richiesta del trattenuto³³⁷.

Per la Corte EDU, pur non essendo specificato nell’art. 5 della CEDU, si ricava da quest’ultimo che se una detenzione, della durata di molti giorni, non è stata ordinata da una Corte, da un giudice o da un’altra persona autorizzata all’esercizio del potere giudiziale, essa non può essere considerata legittima³³⁸.

Le direttive lasciano ampio margine di discrezionalità agli Stati membri sull’applicazione del controllo di legittimità.

Alcuni Stati prevedono che l’autorità giudiziaria debba convalidare la privazione della libertà iniziale entro un determinato numero di ore, in genere quarantotto o settantadue ore, o di giorni³³⁹. Nelle proposte della direttiva accoglienza del 2008³⁴⁰ e del 2011³⁴¹, era previsto l’accesso automatico al giudice entro settantadue ore. Una simile norma non si rinviene nella versione finale della direttiva, che prevede solo che il controllo avvenga «*il prima possibile*»³⁴². Spetterà

³³⁶ Art. 9, par. 4, dir. 2013/33/UE; art. 15, par. 2, lett. b), dir. 2008/115/CE.

³³⁷ Art. 9, par. 3, dir. 2013/33/UE; art. 15, par. 2, lett. a) e b) dir. 2008/115/CE.

³³⁸ Corte EDU, *Shamsa c. Polonia*, sent. 27 novembre 2003, ricorso nn. 45355/99 e 45357/99, par. 59; PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, cit., p. 150.

³³⁹ FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 40; EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, pp. 94 e 95; in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.2.

³⁴⁰ Art. 9, par. 2, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, COM(2008) 815 definitivo.

³⁴¹ Art. 9, par. 2, Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti asilo (rifusione), COM(2011) 320 definitivo.

³⁴² PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1420.

quindi agli Stati membri stabilire la scadenza del controllo, che comunque deve essere estremamente ravvicinata³⁴³.

La possibilità di riesame su istanza di parte o d'ufficio appare come alternativa dalla formulazione delle direttive³⁴⁴. Di conseguenza, uno Stato potrebbe ben prevedere anche la sola possibilità di riesame su richiesta del trattenuto. In una tale ipotesi, qualora il cittadino di un paese terzo interessato non attivi un tale ricorso, non si avrà una convalida di nessun tipo. Questo riduce nettamente la garanzia rispetto agli Stati in cui è previsto un obbligo di convalida automatica da parte del giudice.

Diverso dalla verifica del giudice sulla legittimità del trattenimento disposto dall'autorità amministrativa, è il riesame periodico³⁴⁵. Esso ha lo scopo di valutare se, in caso di trattenimenti prolungati, permangono le condizioni che rendono legittima la misura. Il riesame in questione deve avvenire ad intervalli ragionevoli e può essere attivato anch'esso d'ufficio e/o su istanza del soggetto. La verifica ad intervalli regolari deve essere effettuata necessariamente da un'autorità giudiziaria, per i richiedenti asilo in ogni caso, mentre per i rimpatriandi solo nel caso di periodi di trattenimento prolungati per le persone sottoposte alle procedure di rimpatrio³⁴⁶.

Ai sensi dell'art. 9, par. 5, della direttiva accoglienza, il provvedimento di trattenimento è riesaminato a intervalli ragionevoli, quando emergono nuove circostanze o nuove informazioni che potrebbero influire sulla legittimità della misura.

Per quanto concerne l'art. 15, par. 3, della direttiva rimpatri, il trattenimento deve essere riesaminato «*in ogni caso*». Nel caso di periodi prolungati, il riesame deve essere effettuato da un'autorità giudiziaria. Il contenuto del riesame si estende alla valutazione di tutti gli aspetti, comprendendo sia questioni di diritto, che questioni di fatto³⁴⁷. Il «*trattenimento prolungato*», per la Commissione europea, è

³⁴³ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 265.

³⁴⁴ Sono presenti le disgiunzioni «*e/o*» nell'art. 9, par. 3, della dir. 2013/33/UE, e «*oppure*» nell'art. 15, dir. 2008/115/CE.

³⁴⁵ Sull'assenza del riesame nella legislazione italiana, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.3.

³⁴⁶ FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, p. 245.

³⁴⁷ Fra le questioni di diritto vi sono, ad esempio, la correttezza della procedura di trattenimento e l'aspetto procedurale della decisione, mentre questioni di fatto possono essere la situazione

sostanzialmente un lungo periodo di trattenimento, ma non coincide necessariamente con la proroga della misura³⁴⁸.

La direttiva non definisce gli «*intervalli ragionevoli*» ma lascia anche in questo caso discrezionalità agli Stati membri. Secondo Amadeo e Spitaleri, il fatto che si parli di “intervalli” al plurale fa desumere che nel primo periodo iniziale di trattenimento di sei mesi vi debba essere più di un riesame³⁴⁹. Anche secondo il *Manuale sul rimpatrio* della Commissione, gli Stati devono fissare almeno un controllo trimestrale d’ufficio, consentendo di effettuare riesami in caso di richiesta del trattenuto³⁵⁰.

In ogni caso, il soggetto ha diritto di ricorrere in giudizio contro il provvedimento di trattenimento adottato e contro ogni decisione inerente al trattenimento. La legittimità del trattenimento deve essere sottoposta al controllo giurisdizionale, senza eccezioni, sia per i richiedenti che per i rimpatriandi trattenuti. I mezzi di ricorso sono disciplinati dall’art. 26 per la direttiva accoglienza e art. 13 per la direttiva rimpatri. Tali disposizioni sono però generali e non specifiche per il trattenimento.

Ai sensi dell’art. 5, par. 4, della CEDU³⁵¹, il diritto di presentare un ricorso ad un tribunale è riconosciuto qualunque siano i motivi che hanno dato origine al provvedimento restrittivo e l’autorità che lo ha emanato.

Non è imposto da nessuna norma l’obbligo di prevedere un secondo grado di giudizio, ma qualora il diritto di uno Stato lo preveda, il ricorso in appello o alla giurisdizione superiore deve predisporre le stesse garanzie del primo grado³⁵².

Quelli sopraelencati costituiscono tutti mezzi per garantire il diritto ad un ricorso effettivo: ogni Stato deve prevedere una procedura di ricorso contro la

personale del soggetto trattenuto, la prospettiva ragionevole di allontanamento, v. Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.2.

³⁴⁸ Ibid., ma nella prassi, il riesame automatico di una detenzione continua si ha spesso in caso di proroga della detenzione, v. EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 95.

³⁴⁹ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., p. 265.

³⁵⁰ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.3.

³⁵¹ Lo stesso è previsto anche dall’art. 9, par. 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici

³⁵² EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell’ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., p. 46; in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.4.

detenzione iniziale o il prolungamento della detenzione. Qualora uno Stato non preveda il diritto di ricorrere contro la decisione di trattenimento, la Corte di giustizia, per colmare la lacuna, fa riferimento al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, ed ai principi dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'Unione europea³⁵³. In base a questi principi, il giudice deve dichiararsi competente a conoscere il ricorso del soggetto contro il trattenimento reputato illegittimo, anche laddove non vi sia una specifica norma nazionale che lo preveda. Il giudice nazionale ha infatti l'obbligo di assicurare la piena efficacia del diritto ad un ricorso effettivo³⁵⁴.

Per essere effettive, le procedure di controllo sulle misure di trattenimento devono rispettare determinate condizioni: il ricorso deve essere accessibile e il riesame rapido, devono essere garantite la parità delle parti, il contraddittorio e l'assistenza legale, il giudice deve avere il potere di valutare la legittimità della detenzione ed ordinare il rilascio della persona in caso di detenzione illegittima.

In primo luogo, i mezzi di ricorso devono essere accessibili, ossia il richiedente o il rimpatriando deve avere una possibilità effettiva di contestare la decisione³⁵⁵. Per la Corte EDU, i rimedi devono essere sufficientemente certi sul piano teorico e pratico³⁵⁶. Possono esserci vari ostacoli all'accesso effettivo al rimedio: l'assenza di assistenza legale o linguistica, la presenza di impedimenti pratici, i limiti ai contatti con l'esterno nel luogo in cui sono trattenuti gli stranieri, l'assenza di informazioni sufficienti per contestare il provvedimento, la salute mentale del soggetto³⁵⁷, la complessità eccessiva delle procedure³⁵⁸. È onere degli Stati membri rimuovere tali ostacoli al fine di assicurare l'accessibilità effettiva ai rimedi contro un trattenimento illegittimo.

³⁵³ V. anche art. 19, par. 1, del TUE; Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punto 291; GATTA F. L., *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere*, cit., p. 111.

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Corte EDU, *Čonka c. Belgio*, cit., parr. 46 e 55; ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 277; FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 43.

³⁵⁶ V. *ex multis*, Corte EDU, *Soumare c. Francia*, sent. 24 agosto 1998, par. 42; FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, p. 247; GIALUZ V. M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., op. cit., pp. 158.

³⁵⁷ FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 43.

³⁵⁸ Ivi, p. 45.

In secondo luogo, un requisito richiamato nelle direttive è quello della rapidità del controllo. Con formule diverse, sia l'art. 9, par. 3, della direttiva accoglienza, che l'art. 15, par. 2, della direttiva rimpatri, nonché l'art. 5, par. 4, della CEDU, richiedono che la verifica sulla legittimità del trattenimento avvenga nel più breve tempo possibile³⁵⁹. Ancora una volta, sarà compito degli Stati membri stabilire entro quando la verifica deve essere effettuata, per rispettare il requisito della celerità della procedura. Nel fissare detto termine, la legislazione nazionale deve tenere conto del principio di equivalenza, per cui i termini stabiliti non possono essere meno favorevoli rispetto a quelli previsti per analoghi ricorsi interni, e del principio di effettività, secondo il quale i termini non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile il riesame giudiziario della decisione di trattenimento³⁶⁰. Secondo la Commissione europea e la Corte EDU, non è possibile definire in astratto la durata di una tale celerità, ma essa va stabilita alla luce delle circostanze di ogni caso, tenendo in considerazione la complessità del procedimento e il comportamento dell'autorità e del richiedente³⁶¹. Per la Commissione, una buona prassi è prendere una decisione in meno di una settimana³⁶².

In terzo luogo, il controllo sulla legittimità della detenzione deve essere effettuato da un organo giudiziario dotato di indipendenza, imparzialità e precostituito per legge³⁶³. Il procedimento deve essere condotto con la dovuta diligenza e con le adeguate garanzie procedurali.

³⁵⁹ Ai sensi dell'art. 9, par. 3, della direttiva 2013/33/UE, gli Stati membri devono assicurare una «*rapida verifica*» che deve essere disposta «*il più rapidamente possibile*» a decorrere dall'inizio del trattenimento se d'ufficio, o dall'inizio del procedimento se su richiesta del richiedente. Per l'art. 15, par. 2, gli Stati membri devono assicurare un «*pronto riesame*», su cui deve essere deciso «*entro il più breve tempo possibile*». L'art. 5, par. 4, della CEDU richiede che sulla legittimità della privazione della libertà personale si decida «*entro breve termine*».

³⁶⁰ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., pp. 264 e 265.

³⁶¹ Corte EDU, *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., par. 131; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.2.

³⁶² Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.2.

³⁶³ Anche se non si ritiene necessario che la portata dell'indipendenza e dell'imparzialità sia la stessa prevista dall'art. 6, par. 1, della CEDU; v. GIALUZ V. M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., op. cit., p. 161; cfr. Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punti 132-137, sull'assenza di indipendenza dell'autorità che decide sul ricorso contro la decisione di rimpatrio, ai

I poteri dell'autorità che effettua il riesame del trattenimento devono estendersi alla possibilità di valutare le questioni di fatto, così come quelle di diritto³⁶⁴. Egli deve perciò avere il potere, quanto al diritto, di sostituire la decisione dell'autorità amministrativa o giudiziaria che ha disposto il trattenimento iniziale con una propria decisione, di disporre il rilascio del trattenuto o una misura alternativa³⁶⁵. Quanto alle questioni fattuali, il giudice deve poter prendere in considerazione gli elementi di fatto e le prove assunte dall'autorità che ha disposto il trattenimento, tutte le osservazioni eventualmente formulate dal cittadino di un paese terzo interessato e i fatti dichiarati e deve inoltre poter ricercare, se necessario, gli elementi di prova rilevanti per la decisione³⁶⁶.

Anche per la Corte EDU, l'autorità giurisdizionale non deve limitarsi ad essere dotata di poteri consultivi. Il controllo deve però essere abbastanza ampio da estendersi alle condizioni indispensabili per valutare la legittimità della detenzione e l'autorità giurisdizionale incaricata deve poter ordinare la liberazione³⁶⁷.

Quanto al giudice competente a pronunciarsi sul ricorso, negli Stati membri questi ha natura diversa: in alcuni Stati le corti competenti sono quelle penali, in altri la giurisdizione civile o in altri amministrativa, mentre alcuni Stati hanno corti apposite dai vari nomi³⁶⁸.

Infine, nel procedimento è necessaria che sia assicurata una posizione di parità tra parti e il procuratore generale o le altre autorità o persone che rappresentano lo Stato e la persona trattenuta³⁶⁹ e sia garantito il diritto di difesa. In

sensi dell'art. 13, dir. 2008/115/CE; v. GATTA F. L., *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere*, cit., p. 111.

³⁶⁴ GIALUZ V. M., *Commento all'art. 5 CEDU*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., op. cit., p. 165; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.3.

³⁶⁵ Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punti 291-293; Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 62.

³⁶⁶ Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 62; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.3.

³⁶⁷ Corte EDU (GC), *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., par. 128; Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 130; Corte EDU (GC), *A. e a. c. Regno Unito*, cit., par. 202.

³⁶⁸ FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 42; EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 96; in Italia, ad esempio, spetta è competente il Giudice di pace, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.2.1.

³⁶⁹ Corte EDU (GC), *Nikolova c. Bulgaria*, 25 marzo 1999, par. 58; FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 44.

particolare, devono essere osservati il principio del contraddittorio, il diritto di essere sentiti ed il diritto all’assistenza legale³⁷⁰.

Il diritto di essere sentiti prima dell’adozione delle decisioni collegate al trattenimento non è espressamente richiamato nelle direttive, il che costituisce una grande lacuna³⁷¹. Esso è stato ricavato in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia, la quale si è pronunciata sulla questione in tre casi³⁷², riguardanti il diritto di essere sentiti prima della decisione di rimpatrio e in caso di proroga. La possibilità per il trattenuto e il suo legale di essere sentiti da un giudice costituisce parte integrante del diritto di difesa³⁷³ e si impone anche quando la normativa in questione non prevede una tale formalità³⁷⁴. Esso è infatti un diritto fondamentale e forma parte dell’ordinamento giuridico dell’Unione³⁷⁵.

Nei casi *Mukarubega* e *Boudjlida*, la Corte di giustizia ha riconosciuto l’importanza di garantire il diritto di essere sentiti durante la pendenza e prima della decisione di rimpatrio. La Corte ne ha però limitato la portata, per quanto riguarda il contenuto del diritto. Nel caso *Boudjlida*, la Corte ha sostenuto che il diritto di essere sentiti non include il diritto di vedersi notificare le argomentazioni dell’autorità³⁷⁶ o il diritto ad avere un’assistenza legale gratuita³⁷⁷. Inoltre, per la Corte non è necessario che la persona sia sentita per tutte le decisioni da prendere ai sensi della direttiva rimpatri (ad esempio quelle di allontanamento, di trattenimento e di proroga), in quanto il diritto di essere sentiti non può essere usato per riaprire indefinite volte una procedura amministrativa³⁷⁸.

³⁷⁰ V. *infra*, cap. II, par. 3.3.3.

³⁷¹ PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 41.

³⁷² Corte di giustizia, *Mukarubega*, causa C-166/13; Corte di giustizia, *Boudjlida*, causa C-249/13; Corte di giustizia, *G. e R.*, causa C-383/13 PPU.

³⁷³ Corte di giustizia, *Mukarubega*, cit., punto 45.

³⁷⁴ Il diritto di essere sentiti è sancito anche dagli artt. 41 par. 2, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali ed in particolare, dall’art. 41, par. 2, ma per la Corte questa base giuridica si rivolge solo alle istituzioni dell’Unione, non agli Stati membri, v. Corte di giustizia, *Mukarubega*, cit., punti 43 e 44; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 97; PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 41.

³⁷⁵ PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 41.

³⁷⁶ Corte di giustizia, *Boudjlida*, cit., punto 69.

³⁷⁷ Ivi, punto 71; BASILIEN-GAINCHE M.-L., *Immigration Detention under the Return Directive: The Cjeu Shadowed Lights*, cit., p. 121.

³⁷⁸ Corte di giustizia, *Mukarubega*, cit., punto 71; PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 41.

Nel caso *G. e R.*, i giudici hanno invece affermato la necessità del rispetto del contraddittorio in ipotesi di decisioni di proroga del trattenimento. La Corte ha però escluso che la violazione del diritto di essere sentiti, così come degli altri diritti della difesa, determini automaticamente l'illegittimità del trattenimento. Quando il diritto di essere sentiti non è osservato, il giudice può annullare il provvedimento di proroga e ordinare la liberazione solo nel caso in cui ritenga che la violazione abbia privato il soggetto della possibilità di difendersi in modo efficace, per cui il procedimento amministrativo avrebbe avuto un diverso esito nel caso in cui la persona fosse stata sentita³⁷⁹. La valutazione sul diverso esito può essere effettuata solo dalle autorità nazionali che, seguendo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, devono valutare se la violazione influisce o meno sul trattenimento.

La decisione, ponderando lo scopo del trattenimento e il pregiudizio arrecato con esso al trattenuto, sembra restringere il diritto di essere sentiti perseguendo l'obiettivo di interesse generale di combattere l'immigrazione irregolare, proporzionalmente al raggiungimento di un tale obiettivo³⁸⁰.

3.3.3. Il diritto all'assistenza e alla rappresentanza legale ed il patrocinio gratuito

L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali statuisce che «*ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare*». Il diritto all'assistenza legale è garantito anche nell'ambito delle misure di trattenimento, in ogni fase della procedura. In particolare, l'art. 9 della direttiva accoglienza disciplina del dettaglio l'assistenza e la rappresentanza legale ed il gratuito patrocinio.

L'assistenza e la rappresentanza legali devono essere garantite dagli Stati membri in caso di verifica in sede giudiziaria del provvedimento di trattenimento³⁸¹. Il contenuto di tale diritto comprende che il rappresentante legale prepari i documenti procedurali necessari e partecipi all'udienza. La persona che presta

³⁷⁹ Corte di giustizia, *G. e R.*, cit., punti 38-41, 44 e 45; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.2; COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 308.

³⁸⁰ Corte di giustizia, *G. e R.*, cit., punti 42 e 43; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 109; BASILIEN-GAINCHE M.-L., *Immigration Detention under the Return Directive: The Cjeu Shadowed Lights*, cit., p. 122.

³⁸¹ Nell'ordinamento italiano, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.2.3.

assistenza deve essere qualificata, autorizzata a svolgere quel ruolo, riconosciuta dal diritto nazionale e non deve avere interessi in conflitto con il trattenuto. Per assicurare un accesso effettivo alla giustizia, anche il diritto all'assistenza legale deve essere effettivo. Al trattenuto devono essere date le informazioni necessarie sulla possibilità di contattare un legale, sulle organizzazioni e le persone che assistono³⁸².

Per garantire l'effettività dell'accesso all'assistenza legale, a determinate condizioni, è previsto il patrocinio gratuito. È molto probabile infatti che i richiedenti e i rimpatriandi trattenuti detenuti non dispongano di mezzi sufficienti o le conoscenze necessarie per contattare un avvocato. L'art. 9, ai paragrafi 7, 8 e 9, prevede la possibilità di stabilire delle condizioni per l'accesso all'assistenza o alla rappresentanza legale gratuita³⁸³. Gli Stati possono perciò porre determinati limiti, scegliendo di fare uso di alcuni o di tutti i requisiti specifici indicati dalla normativa dell'Unione³⁸⁴.

L'art. 15 della direttiva rimpatri non disciplina nello specifico l'assistenza legale ed il patrocinio gratuito. Questi però sono richiamate dell'art. 13, par. 3 e 4³⁸⁵, che disciplina le garanzie procedurali generali.

³⁸² Considerando n. 21, art. 5 e art. 9, par. 4, dir. 2013/33/UE; cfr. art. 12 e art. 16, par. 5, dir. 2008/115/CE.

³⁸³ Art. 9, dir. 2013/33/UE: «7. Gli Stati membri possono anche disporre che l'assistenza e la rappresentanza legali gratuite siano concesse:

a) soltanto a chi non disponga delle risorse necessarie; e/o
b) soltanto mediante i servizi forniti da avvocati o altri consulenti legali che sono specificamente designati dal diritto nazionale ad assistere e rappresentare i richiedenti.

8. Gli Stati membri possono altresì:

a) imporre limiti monetari e/o temporali alla prestazione di assistenza e rappresentanza legali gratuite, purché essi non restringano arbitrariamente l'assistenza e la rappresentanza legali;
b) prevedere, per quanto riguarda gli onorari e le altre spese, che il trattamento concesso ai richiedenti non sia più favorevole di quello di norma concesso ai propri cittadini per questioni che rientrano nell'assistenza legale.

9. Gli Stati membri possono esigere un rimborso integrale o parziale delle spese sostenute, allorché vi sia stato un considerevole miglioramento delle condizioni finanziarie del richiedente o se la decisione di accordare tali prestazioni è stata adottata in base a informazioni false fornite dal richiedente.»

³⁸⁴ PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., pp. 1421 e 1422.

³⁸⁵ L'art. 13, par. 4, dir. 2008/115/CE, rinvia per l'assistenza e/o rappresentanza legale gratuita alle condizioni dell'art. 15 della direttiva 2005/85/CE (adesso art. 21, dir. 2013/32/UE), sul diritto all'assistenza e rappresentanza legali.

Nella CEDU, non vi è obbligo di fornire assistenza legale gratuita ma si ritiene compresa nell'accessibilità al ricorso³⁸⁶ ed è richiamata dal Consiglio d'Europa nei “Venti orientamenti sul rimpatrio forzato”³⁸⁷

Oltre all'assistenza legale, può essere data anche assistenza linguistica, garantendo un interprete o una traduzione, ove necessario³⁸⁸.

Per i trattenuti, deve inoltre essere garantita la possibilità di contattare un legale e l'UNHCR, anche dentro i centri di trattenimento e nelle zone di frontiera e nelle zone di transito³⁸⁹. Ai sensi dell'art. 23, par. 2, della direttiva procedure gli Stati devono assicurare il diritto di ricevere informazioni sulla possibilità di avere consulenza, l'accesso di avvocati e consulenti legali alle aree chiuse e alle zone di transito per consultare i richiedenti³⁹⁰.

3.3.4. Le cause e le conseguenze del trattenimento illegittimo, in particolare la liberazione immediata ed il diritto alla riparazione

L'assenza dei requisiti sostanziali previsti dalle direttive o il mancato rispetto dei diritti procedurali analizzati nei precedenti paragrafi portano all'illegittimità del trattenimento.

L'illegittimità può derivare da varie cause. Nella la direttiva rimpatri, essa può essere dovuta dalla mancanza di uno dei requisiti sostanziali indicati nell'art. 15³⁹¹, da elementi di fatto³⁹² o da fattori temporali, quali il superamento dei periodi massimi di trattenimento consentiti dalla normativa o all'illegittimità della proroga. Inoltre, la persona deve essere rilasciata quando è raggiunto il termine massimo consentito, quando non sussiste più alcuna prospettiva ragionevole di

³⁸⁶ Corte EDU, *Suso Musa c. Malta*, cit., par. 61; EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., p. 47.

³⁸⁷ Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 9.

³⁸⁸ V. *supra*, cap. II, par. 3.3.1.

³⁸⁹ Art. 12, par. 1, lett. *c*), dir. 2013/32/UE; art. 10, par. 4 e 18, par. 2, lett. *b*), dir. 2013/33/UE; Linee guida UNHCR, 2012, par. 48 (vii); EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., p. 49.

³⁹⁰ Art. 23, par. 2, dir. 2013/32/UE, che rinvia all'art. 10, par. 4 e dell'art. 18, par. 2, lett. *b*) e *c*), dir. 2013/33/UE.

³⁹¹ V. *supra*, cap. II, par. 2.4.

³⁹² Ad es., la situazione personale del soggetto trattenuto relativamente ai legami familiari nel paese, alle garanzie della partenza dal territorio, alla prospettiva ragionevoli di allontanamento.

allontanamento, quando le autorità non eseguono le disposizioni di allontanamento o se è possibile sostituire il trattenimento con misure alternative³⁹³.

Per la CEDU, la detenzione illegittima può essere provocata dal fatto che l'espulsione non viene, o non viene più, perseguita attivamente, è ritardata per un lasso di tempo eccessivo³⁹⁴ o per la scarsa diligenza delle autorità locali³⁹⁵, la persona non può essere allontanata perché violerebbe principio *non refoulement*³⁹⁶ o per altri impedimenti giuridici o pratici, che la rendono non rimovibile³⁹⁷.

Quanto ai requisiti procedurali, non tutti determinano un'illegittimità del provvedimento di trattenimento, come visto relativamente al diritto di essere sentiti nel caso *G. e R.*³⁹⁸. Da questa pronuncia sembra emergere una distinzione tra “irregolarità” e “illegittimità” del trattenimento. Potrebbe porsi la questione se questa giurisprudenza possa essere estesa anche ad altre ipotesi di violazioni di garanzie procedurali e giurisdizionali, ad esempio la mancanza di informazioni al soggetto sui motivi del trattenimento o il fatto che il trattenimento non sia disposto per iscritto. La risposta sembrerebbe in senso contrario, in quanto ciò non specificato per altre violazioni dalla Corte di giustizia. Anche rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la detenzione è illegittima quando c’è un vizio che causa una «irregolarità grave e manifesta», ad esempio quando non è rispettato il principio del contraddittorio nell’adottare la decisione di proroga³⁹⁹. È da ritenere quindi che l’unico caso in cui si debba valutare l’esito della violazione sia il diritto di essere sentiti e gli altri diritti di difesa. Per il resto, ogni altra mancanza causa un’illegittimità del trattenimento.

Le conseguenze dell’illegittimità del trattenimento sono l’annullamento del provvedimento dell’autorità nazionale che lo ha disposto, la liberazione immediata del soggetto ed eventualmente la riparazione.

³⁹³ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 14.4.

³⁹⁴ Corte EDU, *Quinn c. Francia*, cit.

³⁹⁵ Corte EDU, *Chahal*, cit., par. 113; Corte EDU, *A. e a. c. Regno Unito*, cit., par. 164.

³⁹⁶ Corte EDU, *Mikolenko*, cit., par. 65.

³⁹⁷ V. *supra*, cap. II, par. 3.2.

³⁹⁸ V. *supra*, cap. II, par. 3.3.2.

³⁹⁹ Corte EDU, *Richmond Yaw e altri c. Italia*, sent. 6 ottobre 2016, par. 76; cfr. Working Group on Arbitrary Detention, Report 2012; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 114.

La prima e fondamentale conseguenza è che la persona illegittimamente trattenuta sia immediatamente rilasciata⁴⁰⁰. Il giudice che verifica la legittimità della misura, deve avere perciò anche il potere di ordinarne il rilascio. La liberazione deve essere eseguita subito, «*immediatamente*», senza attendere un’ordinanza dell’autorità di controllo. La sentenza o l’ordine di rilascio devono essere eseguiti in modo completo ed esaustivo, senza impedirli, invalidarli o ritardarli indebitamente⁴⁰¹.

La seconda conseguenza del trattenimento illegittimo è il diritto ad un risarcimento per i danni subiti. Nella CEDU, questo è sancito dall’art. 5, par. 5, che prevede il diritto ad una riparazione, esigibile davanti alle Corti nazionali⁴⁰². Per avere il risarcimento, deve essere violato uno o più commi dell’articolo, non necessariamente del diritto interno, da parte di un’autorità nazionale o da un’istituzione della Convenzione⁴⁰³. La riparazione deve essere accessibile sia in teoria che in pratica⁴⁰⁴, ma gli Stati mantengono discrezionalità nell’individuare le condizioni di azionabilità del diritto⁴⁰⁵. Va risarcito ogni tipo di pregiudizio, materiale o morale, che derivi dalla violazione. Il risarcimento non è possibile quando non c’è un danno, né pecuniario, né non pecuniario, da risarcire⁴⁰⁶.

Nel diritto dell’Unione europea, i giudici devono disporre il risarcimento del danno causato dalla violazione di una norma dell’Unione, secondo la sentenza

⁴⁰⁰ Art. 9, par. 3, dir. 2013/33/UE e art. 15, par. 2, dir. 2008/115/CE.

⁴⁰¹ EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell’ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., p. 46. Il diritto a che le sentenze siano eseguite è parte integrante del diritto di accesso alle Corti, v. ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 295.

⁴⁰² V. *ex multis*, Corte EDU (GC), *A. e a. c. Regno Unito*, cit., par. 229; ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 292.

⁴⁰³ Corte EDU, *Zeciri c. Italia*, sent. 4 agosto 2005, par. 49; Corte EDU, *Richmond Yaw e altri c. Italia*, cit., parr. 91-100, sono alcuni esempi di casi in cui l’Italia è stata condannata per la violazione dell’art. 5, par. 5, CEDU; v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 105; GIALUZ V. M., *Commento all’art. 5 CEDU*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., op. cit., p. 168.

⁴⁰⁴ ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 292.

⁴⁰⁵ GIALUZ V. M., *Commento all’art. 5 CEDU*, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., op. cit., p. 171.

⁴⁰⁶ ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 293.

*Francovich*⁴⁰⁷. Tuttavia, non è ancora mai stata applicata a violazioni provocate dalla mancata attuazione di uno Stato membro di una direttiva sul trattenimento⁴⁰⁸.

3.4. Le condizioni materiali di trattenimento e la tutela della dignità umana

I cittadini di paesi terzi trattenuti devono essere trattati in condizioni umane e dignitose, nel rispetto dei loro diritti fondamentali.

Il rispetto dei diritti umani deriva in generale dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁰⁹, a partire dal suo art. 1, e dalla CEDU⁴¹⁰. La disciplina sulle condizioni materiali di trattenimento e le specifiche disposizioni sul trattenimento delle persone vulnerabili sono contenute agli artt. 16 e 17 della direttiva rimpatri⁴¹¹ e agli artt. 10 e 11 della direttiva accoglienza⁴¹². Le norme delle due direttive saranno analizzate congiuntamente, in quanto in gran parte coincidenti. La normativa contenuta nelle direttive è piuttosto scarna rispetto alle reali esigenze di disciplina e molto è rimesso alla discrezionalità degli Stati membri⁴¹³.

Oltre ai principi generali in materia di diritti umani, una serie di strumenti di diritto internazionale, seppur non giuridicamente vincolanti, possono indirizzare gli Stati, in quanto contengono indicazioni molto concrete in materia. Fra questi, i più rilevanti sono l'Orientamento 10 sul rimpatrio forzato del Consiglio d'Europa⁴¹⁴, le norme del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (di seguito «CPT»)⁴¹⁵ e le Regole

⁴⁰⁷ Corte di giustizia, *Francovich*, cause riunite C-6/90 e C-9/90.

⁴⁰⁸ FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, p. 251.

⁴⁰⁹ Artt 1, 4, 6, 7, 24 e 35, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴¹⁰ Artt. 3, 5, 8 della CEDU

⁴¹¹ V. anche considerando n. 17, dir. 2008/115/CE.

⁴¹² V. anche considerando n. 18, dir. 2013/33/UE; cfr. artt. 12-25, dir. 2013/33/UE, sulle condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale non trattenuti; cfr. Linee Guida UNHCR, 2012, n. 8.

⁴¹³ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 86; sulle condizioni di trattenimento in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 6.

⁴¹⁴ Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, 4 maggio 2015.

⁴¹⁵ Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), Trattenimento dei migranti, scheda tematica, marzo 2017.

penitenziarie europee del 2006, riviste nel 2020⁴¹⁶. Le disposizioni ivi contenute dovrebbero costituire per gli Stati membri requisiti minimi per adempiere alla CEDU e Carta dei diritti fondamentali⁴¹⁷.

Il mancato rispetto delle condizioni materiali dignitose può portare a numerose violazioni dei diritti umani. Innanzitutto, esse violeranno la normativa dell’Unione europea e la corrispondente normativa nazionale di trasposizione. Inoltre, per la Corte EDU, condizioni di trattenimento non dignitose possono dar luogo all’arbitrarietà della detenzione stessa⁴¹⁸. Nel caso in cui le condizioni siano particolarmente critiche, esse possono costituire un trattamento inumano e degradante, ai sensi dell’art. 4 della Carta di Nizza e dell’art. 3 della CEDU. Per consistere in un trattamento inumano e degradante è necessario che sia superato un certo livello di gravità, il quale viene valutato relativamente⁴¹⁹ e può derivare anche dall’effetto cumulativo di una serie di detenzioni precarie⁴²⁰.

Nei paragrafi che seguono, saranno esaminati più nel dettaglio le prescrizioni imposte dalla normativa dell’Unione europea per quanto riguarda i luoghi di trattenimento, le condizioni e i diritti da garantire in tali luoghi, con particolare riguardo alla tutela della salute, alla possibilità di comunicare con l’esterno e di ricevere visite e le condizioni di trattenimento per le persone vulnerabili e con bisogni speciali. Infine, saranno discusse le misure adottate dalle istituzioni europee sulle condizioni di trattenimento durante la pandemia di Covid-19.

Le persone trattenute devono essere informate, al più presto, delle norme vigenti nei luoghi di trattenimento, dei loro diritti e dei loro obblighi⁴²¹.

⁴¹⁶ Consiglio d’Europa, Raccomandazione Rec(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, 11 gennaio 2006, riviste e modificate il 1 luglio 2020.

⁴¹⁷ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.4.

⁴¹⁸ V. *ex multis*, Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 216-234.

⁴¹⁹ Il livello di gravità dipende dalle circostanze del caso concreto e da elementi come la durata del trattenimento, gli effetti sul fisico e sulla psiche, l’età e lo stato di salute della persona, ecc; v. Corte EDU (GC), *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., parr. 159 e 160; Corte EDU (GC), *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 219.

⁴²⁰ Corte EDU (GC), *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 230-234.

⁴²¹ Art. 16, par. 5, dir. 2008/115/CE; art. 10, par. 5, dir. 2013/33/UE, a cui tuttavia è possibile derogare. Per la Commissione, le informazioni devono essere fornite entro 24 ore dall’arrivo, v. Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.4.

Ai diritti garantiti per il trattenimento possono essere apportate delle deroghe in determinate situazioni eccezionali.

Per quanto riguarda la direttiva rimpatri, l'art. 18 prevede una clausola di salvaguardia in situazioni di emergenza. La deroga è possibile a fronte di un aumento notevole e imprevisto dell'onere richiesto ai centri di permanenza temporanea dello Stato membro e al suo personale, causato da un numero elevato di persone da rimpatriare. Le disposizioni a cui gli Stati possono derogare sono definite dall'articolo stesso⁴²² e per avvalersi della clausola di salvaguardia, lo Stato deve informare la Commissione⁴²³.

Quanto alla direttiva accoglienza, nel caso in cui non sia possibile assicurare immediatamente il rispetto di alcune garanzie di accoglienza durante il trattenimento, a causa della situazione geografica o della struttura specifica del centro⁴²⁴, è possibile apportare delle deroghe, limitatamente a circostanze eccezionali e giustificate, per un breve periodo e in base alle condizioni specifiche del caso, in particolare la gravità della deroga, la sua durata e i suoi effetti sulla persona⁴²⁵. Le eccezioni sono in particolare quelle disciplinate dall'art. 10, par. 5⁴²⁶ e dall'art. 11, par. 6⁴²⁷ della stessa direttiva.

Le deroghe previste dagli *standard* di trattenimento devono essere restrittivamente interpretate e non possono mai spingersi fino ad un punto tale

⁴²² Si tratta dell'obbligo di garantire un pronto riesame giudiziario iniziale del trattenimento (art. 15, par. 2, comma 3); dell'obbligo di effettuare il trattenimento solo in centri appositi (art. 16, par. 1) e dell'obbligo di prevedere una sistemazione separata che assicuri alle famiglie un adeguato rispetto della vita privata (art. 17, par. 2). In ogni caso, non deve trattarsi di una deroga generale a tutte le disposizioni della direttiva, v. art. 18, par. 3, dir. 2008/115/CE.

⁴²³ Art. 18, par. 2, dir. 2008/115/CE. Inoltre, per applicare la clausola di salvaguardia è necessario che lo Stato membro abbia recepito la direttiva nella legislazione nazionale, v. Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 17.

⁴²⁴ In particolare, in caso di richiedenti protezione internazionale trattenuti in un posto di frontiera o in una zona di transito, ma non nei casi delle procedure di frontiera di cui all'art. 43 della direttiva 2013/32/UE.

⁴²⁵ Considerando n. 19, dir. 2013/33/UE.

⁴²⁶ Gli Stati membri possono derogare all'obbligo di fornire ai richiedenti trattenuti le informazioni circa le regole vigenti nel centro e i loro diritti ed obblighi.

⁴²⁷ Si tratta dell'art. 11, par. 2, comma 3 sulla possibilità dei minori di svolgere attività di tempo libero, gioco e attività creative per la loro età; dell'art. 11, par. 4, sulla sistemazione separata delle famiglie e dell'art. 11, par. 5, comma 1 sulla sistemazione delle donne separate; PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1429.

da costituire una violazione dell’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e dell’art. 3 della CEDU⁴²⁸.

3.4.1. I luoghi di trattenimento

Per quanto concerne il luogo di trattenimento, la regola generale dispone che gli stranieri devono essere trattenuti in centri appositi, ai sensi dell’art. 16, par. 1, della direttiva 2008/115/CE e dell’art. 10, par. 1, della direttiva 2013/33/UE. Qualora questo non sia possibile, in casi eccezionali, le direttive consentono la sistemazione in istituti penitenziari, in cui è obbligatoria la separazione dai detenuti ordinari.

Nella prassi, oltre ai centri e agli istituti penitenziari, gli stranieri sono trattenuti anche in altri luoghi, soprattutto nelle ipotesi di trattenimento “in ingresso”.

3.4.1.1. Centri di trattenimento o centri di permanenza temporanea e istituti penitenziari: un difficile rapporto tra regola ed eccezione

La regola generale per il trattenimento è la sistemazione degli stranieri in «centri di permanenza temporanea» per la direttiva rimpatri e in «centri di trattenimento» per la direttiva accoglienza⁴²⁹. Dagli articoli e dalla necessità di dare un effetto utile alla direttiva, si desume che gli Stati membri sono obbligati a dotarsi di tali centri nel proprio territorio e ad assicurarsi di disporre di posti sufficienti per adempiere alle effettive esigenze⁴³⁰.

La disciplina e la gestione interna dei centri, così come il nome e la struttura, varia da uno Stato membro all’altro⁴³¹. I centri possono essere gestiti da autorità

⁴²⁸ PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1429.

⁴²⁹ Cfr. Consiglio d’Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 10, par. 1.

⁴³⁰ Conclusioni AG Bot, in *Bero e Bouzalmate e Pham*, cause riunite C-473/13 e C-514/13 e causa C-474/13, punti 76 e 77; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.2.

⁴³¹ In Italia, v. *infra*, cap. III, par. 6.1.

amministrative e/o funzionari di pubblica sicurezza⁴³², da ONG o cooperative sociali⁴³³, dall'esercito⁴³⁴ oppure da soggetti privati⁴³⁵. La privatizzazione dei centri è un fenomeno in aumento, date le spese di gestione di tali luoghi per lo Stato⁴³⁶.

È ammessa tuttavia la possibilità di derogare alla regola generale, trattenendo i rimpatriandi o i richiedenti in istituti penitenziari. In tal caso, le persone trattenute devono essere separate dai detenuti ordinari.

In entrambe le direttive, la base del trattenimento in un istituto penitenziario è collegata all'impossibilità da parte dello Stato membro di collocare gli stranieri in un centro apposito. Non viene però specificato in cosa consista tale impossibilità e quale sia il rapporto tra la regola e l'eccezione. La Corte di giustizia, nel caso *Bero e Bouzalmate*, ha chiarito che di tale norma deve essere data un'interpretazione restrittiva⁴³⁷.

Quanto alle fattispecie concrete che possono giustificare la deroga, non vi sono indicazioni nelle direttive e le posizioni della Commissione, della Corte e della dottrina sono diverse.

In primo luogo, la brevità del trattenimento non può giustificare il ricorso agli istituti penitenziari⁴³⁸.

Un motivo che può essere addotto per invocare il ricorso alla deroga è un aumento imprevedibile di persone trattenute che rende difficile fornire a tutti una sistemazione nei centri. Una simile ipotesi è disciplinata dall'art. 18 della direttiva rimpatri⁴³⁹. Il dubbio che si pone è se il ricorso alla deroga possa avvenire anche in ipotesi in cui l'aumento dei trattenuti non è così elevato da raggiungere la situazione di emergenza disciplinata dall'articolo summenzionato. Questa posizione è sostenuta dalla Commissione⁴⁴⁰. Per Palladino, un tale orientamento collega la

⁴³² Ad es. in Francia; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 92.

⁴³³ Ad es. in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 6.1; ibid;

⁴³⁴ Ad es. a Malta; ibid.

⁴³⁵ Ad es. nel Regno Unito ed in parte anche in Italia e Francia, v. *infra*, cap. III, par. 6.1; ibid.

⁴³⁶ Per un'analisi critica della privatizzazione dei centri, v. ARBOGAST L., *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea*, Migureeurop, 2016.

⁴³⁷ Corte di giustizia, *Bero e Bouzalmate*, cause riunite C-473/13 e C-514/13, punto 25.

⁴³⁸ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.2.

⁴³⁹ V. *supra*, cap. II, par. 3.4.

⁴⁴⁰ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.2.

possibilità di trattenimento in istituti penitenziari alla capacità di accoglienza dei centri presenti in uno Stato membro, rischiando di dare ancora più spazio alla discrezionalità statale⁴⁴¹. Allo stesso modo, l’Avvocato Generale Bot, nelle sue conclusioni sui casi *Bero e Bouzalmate e Pham*, evidenzia come l’impossibilità di cui all’art. 16, della direttiva rimpatri, non può equivalere ad una mancanza di volontà da parte dello Stato membro. Come confermato anche dalla Corte, la mancanza di centri appositi non giustifica il trattenimento in un istituto penitenziario⁴⁴².

Inoltre, nello stesso caso *Bero e Bouzalmate*, la Corte di giustizia ha stabilito che lo Stato membro non è autorizzato a collocare in carcere un richiedente o un rimpatriando con la giustificazione che in una determinata area dello Stato, in una regione o in uno degli Stati federali non vi sia un centro di permanenza temporaneo o posti sufficienti in quelli esistenti⁴⁴³. L’obbligo è imposto allo Stato membro nel suo complesso, non ai singoli Stati federali. Non è necessario che ogni Stato federale abbia un proprio centro, ma se uno Stato federale non dispone di alcun centro, deve essere garantita la possibilità di portare i trattenuti in quello di un altro Stato federale⁴⁴⁴.

Neppure il comportamento aggressivo di uno straniero trattenuto giustifica la detenzione in un istituto penitenziario, ma la Commissione invita gli Stati a risolvere il problema ad esempio prevedendo parti riservate o ali dei centri per le persone aggressive o centri appositi⁴⁴⁵.

Nella successiva sentenza *WM*, la Corte di giustizia ha chiarito che le situazioni di emergenza di cui all’art. 18 della direttiva 2008/115/CE non sono gli unici motivi che consentono di applicare la deroga ex art. 16, par. 1, della stessa direttiva⁴⁴⁶. Il trattenimento in un istituto penitenziario è possibile ogni qualvolta il trattenimento in un centro apposito, a causa delle specifiche circostanze del caso di

⁴⁴¹ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 89.

⁴⁴² Corte di giustizia, *Bero e Bouzalmate*, cit., punti 30-32.

⁴⁴³ Corte di giustizia, *Bero e Bouzalmate*, cit., punto 32, il caso riguardava la Germania, uno Stato federale, v. Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.2; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 89.

⁴⁴⁴ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 90.

⁴⁴⁵ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.2.

⁴⁴⁶ Corte di giustizia, *WM*, causa C-18/19, punto 36.

specie, non garantisca il rispetto degli obiettivi perseguiti dalla direttiva⁴⁴⁷. Simili circostanze possono sussistere, come nel caso *WM*, per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale⁴⁴⁸, così come interpretati nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁴⁹.

Quando un cittadino di un paese terzo è detenuto a causa di un reato e, successivamente, viene sottoposto alla misura del trattenimento, questi deve essere trasferito in un centro apposito⁴⁵⁰: il fatto che sia già in carcere non può essere un motivo per ivi mantenerlo anche una volta scontata la pena.

Al di là dei dubbi interpretativi, la prassi applicativa degli Stati membri non appare più rispettosa della regola generale. Già i casi *Bero e Bouzlmate e Pham* sono sintomatici dell'abuso che gli Stati membri fanno dell'uso degli istituti penitenziari⁴⁵¹. La Comunicazione sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea della Commissione nel 2014 ha evidenziato come nella pratica solo metà degli Stati usano appositi centri, mentre, nell'altra metà, essi sono trattenuti in istituti penitenziari⁴⁵². Oltre al rischio di compiere una discriminazione nei confronti dei migranti, equiparandoli a detenuti ordinari⁴⁵³, la loro collocazione in istituti penitenziari potrebbe creare ulteriori problemi in quei paesi già sofferenti dal punto di vista del sovraffollamento carcerario⁴⁵⁴.

3.4.1.2. Gli istituti penitenziari e l'obbligo di separazione dei trattenuti dai detenuti ordinari

Nel caso in cui la persona sia trattenuta in un istituto penitenziario, le direttive impongono la separazione dei rimpatriandi e dei richiedenti protezione

⁴⁴⁷ Ivi, punto 39.

⁴⁴⁸ Ivi, punti 41-48.

⁴⁴⁹ A tal proposito, v. *supra*, cap. II, par. 2.3.

⁴⁵⁰ Ivi, par. 15.3; nell'ordinamento italiano, v. art. 14, comma 5, d.lgs. 286/1998, v. *infra*, cap. III, par. 4.1.

⁴⁵¹ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 91.

⁴⁵² Comunicazione sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea della Commissione, COM(2014) 199 final, p. 21; AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 254; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 87 e 88.

⁴⁵³ V. *infra*, cap. II, par. 3.4.1.2.

⁴⁵⁴ Sul sovraffollamento carcerario v. AEBI, M. F., TIAGO, M. M., *SPACE I - 2020 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, Strasburgo, Consiglio d'Europa, 2021.

internazionale dai detenuti ordinari⁴⁵⁵. Con «*detenuti ordinari*» si indicano sia coloro che sono già stati condannati, sia coloro che si trovano in custodia cautelare⁴⁵⁶.

L’obbligo di separazione è assoluto ed incondizionato. Nel caso *Pham*, la Corte di giustizia ha chiarito che esso deve essere osservato anche qualora la persona stessa richieda o acconsenta al trattenimento in un istituto penitenziario⁴⁵⁷. Potrebbe quindi identificarsi come un diritto “indisponibile”⁴⁵⁸. Dal carattere assoluto dell’obbligo di separazione si desume anche il divieto di derogarvi in caso di situazioni di emergenza di cui all’art. 18 della direttiva rimpatri⁴⁵⁹.

La separazione tra trattenuti e detenuti ordinari deve essere completa e non prevedere alcuna condivisione di spazi e alcun contatto all’interno dell’istituto carcerario. Se ciò non è possibile, quell’istituto penitenziario non può essere usato per ospitare i migranti⁴⁶⁰.

Anche in questo caso, il comportamento aggressivo di un trattenuto non giustifica il non rispetto dell’obbligo di separazione dai detenuti ordinari, salvo che tale aggressione costituisca reato e un tribunale abbia inflitto già la pena detentiva⁴⁶¹.

La direttiva accoglienza, oltre alla separazione dai detenuti ordinari, prevede anche la separazione dei richiedenti protezione internazionale dagli altri cittadini di stati terzi. Dove non possibile, gli Stati membri devono assicurarsi che siano garantite altre specifiche condizioni di accoglienza⁴⁶².

⁴⁵⁵ Art. 16, par. 1, dir. 2008/115/CE; art. 10, par. 1, dir. 2013/33/UE; Corte di giustizia, *Pham*, causa C-474/13, punti 19-21; Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 10, punto 4.

⁴⁵⁶ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.3.

⁴⁵⁷ Corte di giustizia, *Pham*, cit., punti 17-23.

⁴⁵⁸ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 91.

⁴⁵⁹ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo dell’Unione europea*, cit., p. 256.

⁴⁶⁰ Ibid; Conclusioni AG Bot, in *Bero e Bouzalmate e Pham*, cit., punto 100.

⁴⁶¹ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.3.

⁴⁶² Art. 10, par. 1, dir. 2013/33/UE; PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1424.

La ragione della separazione e dell’eccezionalità della sistemazione in istituti penitenziari risiede nel fatto che, come ricordato più volte dalla Corte di giustizia, gli stranieri trattenuti non hanno commesso alcun reato⁴⁶³. Equiparare due situazioni diverse, quali quella dei migranti e quella dei detenuti ordinari, comporterebbe una violazione del principio generale di egualianza⁴⁶⁴, una discriminazione a danno dei primi, nonché una lesione della loro dignità⁴⁶⁵.

3.4.1.3. I luoghi di trattenimento “atipici”

Se regola ed eccezione sono disciplinate nella direttiva accoglienza e nella direttiva rimpatri, esiste poi una terza dimensione, o meglio infinite dimensioni, che vanno al di là sia della regola che dell’eccezione sopra esaminate. Si tratta di tutti quei trattenimenti che avvengono in luoghi diversi sia dai centri disposti a tal fine, sia dagli istituti penitenziari. Tali luoghi “atipici”, sono in realtà frequentemente utilizzati nella prassi, ma carenti di una disciplina apposita, spesso anche a livello nazionale⁴⁶⁶. La natura e la conformazione di questi luoghi è molto varia, possono essere edifici amministrativi, come commissariati di polizia o caserme militari; o piccoli spazi come sale di aeroporti, porti e stazioni ferroviarie, o mezzi di trasporto stessi, come imbarcazioni e cabine sulle navi della marina mercantile, camion, autobus, aerei, scompartimenti dei treni; o luoghi situati in regioni isolate o in cui è difficile accedere, come in alcune isole greche; o ancora stadi, vecchi parcheggi⁴⁶⁷. Non essendo luoghi strutturati ed aditi all’accoglienza della persona, il rischio del mancato rispetto delle condizioni dignitose diventa ancora più elevato.

La fattispecie riguarda in particolare il fermo ed il trattenimento “in ingresso” nel territorio dell’Unione europea⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Corte EDU, *Amuur c. Francia*, cit., par. 43.

⁴⁶⁴ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo nell’Unione europea*, cit., pp. 254-256.

⁴⁶⁵ Conclusioni AG Bot, in *Bero e Bouzalmate e Pham*, cit., punti 94 e 99.

⁴⁶⁶ In Italia, v. *infra*, cap. III, par. 6.2.

⁴⁶⁷ ARBOGAST L., *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell’Unione europea*, Migreurop, 2016, p. 14.

⁴⁶⁸ V. *supra*, cap. II, par. 2.1.

Quanto al primo, l’arresto iniziale per verificare identità del soggetto o la sua presenza regolare nel territorio è disciplinato dal diritto nazionale. Nel *Manuale sul rimpatrio*, la Commissione invita gli Stati a separare anche in questo caso i trattenuti stranieri dai detenuti ordinari e a trasferirli nel centro apposito⁴⁶⁹. Nonostante non ci sia un termine vincolante preciso nelle direttive, per la Commissione è opportuno che il trasferimento avvenga entro le quarantotto ore dal fermo, consentendo eccezionalmente periodi più lunghi in caso di ubicazioni geografiche remote⁴⁷⁰.

Quanto al trattenimento in ingresso, come già analizzato, esso può avvenire anche alle frontiere dell’Unione europea o nelle zone di transito⁴⁷¹. Nomi e conformazione variano da uno Stato membro all’altro: *zones d’attente* designate in punti come aeroporti, stazioni ferroviarie e porti in Francia⁴⁷²; *Salas de Inadmisión de Fronteras (transit ad hoc spaces)*⁴⁷³ in Spagna; in Germania, le persone vengono fatte attendere negli aeroporti⁴⁷⁴ o nei porti, dove c’è un sistema di detenzione in attesa dell’uscita (*Zurückweisungshaft*) ai porti e; in Italia e in Grecia è utilizzato il sistema degli *Hotspots*⁴⁷⁵. Alcuni di questi Stati membri, come Spagna e Germania, non considerando le pratiche di trattenimento all’aeroporto come detentive⁴⁷⁶.

Dalle pronunce della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo emergono storie raccapriccianti delle condizioni di detenzione nei luoghi “invisibili” assenza di accesso ai servizi igienici e all’acqua potabile, impossibilità di usare il telefono,

⁴⁶⁹ Il fermo è disciplinato dalle norme nazionali, v. considerando n. 17, dir. 2008/115/CE; Corte di giustizia, *Achughbabian*, cit., punti 29 e 30; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.1.

⁴⁷⁰ Ibid.

⁴⁷¹ V. *supra*, cap. II, par. 2.1.

⁴⁷² Le zone di transito principali si trovano all’aeroporto Charles de Gaulle e Orly, nei porti di Marsiglia e Calais e nelle stazioni di Parigi-Gare du Nord, Lille-Europe, Strasburgo, Nizza, Modane; EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 104.

⁴⁷³ Ad es. nell’aeroporto di Barcellona, Madrid e Malaga; ibid.

⁴⁷⁴ Tra cui Berlino, Düsseldorf, Francoforte, Monaco e Amburgo; ibid.

⁴⁷⁵ Questi si trovano in Grecia a Lesvos, Chios, Samos, Leros, e Kos ed in Italia a Pozzallo, Lampedusa, Messina e Taranto; v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Agenda europea sulla migrazione, COM(2015) 240 final; ivi, pp. 104 e 105; in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 6.2.1.

⁴⁷⁶ EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 105.

ore chiuse nella stessa stanza, uso della forza da parte delle autorità e del personale che sorveglia i trattenuti, condizioni igieniche precarie, mancanza di letti⁴⁷⁷.

Si tratta di luoghi difficili da mappare ed identificare, di cui sfugge la localizzazione, in cui non vi sono norme specifiche. Sarebbe opportuna una loro regolamentazione a livello di Unione europea per evitare il permanere di queste zone di non diritto, in cui si rischiano sistematiche violazioni dei diritti umani e il mancato rispetto della dignità umana.

3.4.2. Le condizioni di vita all'interno dei luoghi di trattenimento

I centri di trattenimento o di permanenza temporanea e gli altri luoghi in cui gli stranieri sono trattenuti devono essere in grado di offrire loro una permanenza dignitosa. Per essere degne, umane e rispettose dei diritti fondamentali, le condizioni materiali di trattenimento comportano il rispetto di determinati requisiti: i locali non devono essere sovraffollati, è opportuno che siano ventilati, riscaldati e puliti, è necessario il rispetto delle norme igieniche, i trattenuti devono avere accesso all'aria aperta, all'acqua potabile e ad un'alimentazione sufficiente, devono poter svolgere determinate attività e la loro salute deve essere tutelata⁴⁷⁸.

Le direttive non forniscono indicazioni dettagliate sulle condizioni materiali di trattenimento⁴⁷⁹. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU si è pronunciata più volte sugli *standard* di adeguatezza delle condizioni del luogo dove avviene la restrizione della libertà personale. Esaustive sulle garanzie e i servizi da assicurare ai trattenuti sono l'Orientamento 10 sul rimpatrio forzato del Consiglio d'Europa, le Norme del CPT sul trattenimento degli immigrati e le

⁴⁷⁷ V. *ex multis*, Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punti 68 e 226; Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 161-166, 222, 227-231.

⁴⁷⁸ Cfr. Corte di giustizia, *Haqbin*, causa C-233/18, punto 46; Corte di giustizia, *Jawo*, causa C-163/17, punto 92; Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 252-263; sulla salvaguardia della dignità per i richiedenti protezione internazionale, per quanto concerne le condizioni materiali di accoglienza.

⁴⁷⁹ V. l'unico riferimento all'accesso all'aria aperta nell'art. 10, par. 2, della dir. 2013/33/UE.

Regole penitenziarie europee, tutte richiamate nel *Manuale sul rimpatrio* della Commissione⁴⁸⁰.

3.4.2.1. Sovraffollamento e condizioni dei luoghi di trattenimento, attività, servizi essenziali e personale dei centri

I locali in cui gli stranieri sono trattenuti devono essere puliti, attrezzati, in buono stato e con spazio sufficiente. Si dovrebbe anche porre attenzione ad evitare che tali luoghi somiglino a carceri⁴⁸¹. Devono essere tenute in considerazione le condizioni climatiche, per quanto concerne anche l'illuminazione, il riscaldamento e la ventilazione⁴⁸². Nonostante ciò, i centri di trattenimento sono spesso allestiti in edifici costruiti appositamente o riconvertiti a tal fine ma non adeguati, come prefabbricati, caserme militari, hangar e spesso recintati⁴⁸³.

Per la Corte EDU, i luoghi di detenzione, per essere conformi all'art. 3 della CEDU e per non essere sovraffollati, devono rispettare alcuni requisiti: ogni persona deve disporre di un posto letto individuale e di una superficie calpestabile di almeno tre metri quadrati, comprensivi dello spazio occupato dai mobili ma non dai sanitari⁴⁸⁴, inoltre la superficie complessiva della cella dev'essere tale da consentire ai detenuti di muoversi liberamente tra i mobili⁴⁸⁵. La mancanza di spazio può tuttavia essere compensata con altri aspetti⁴⁸⁶. Se il sovraffollamento non è così grave da violare dell'art. 3 della CEDU, si deve tener conto anche di altri elementi come accesso all'aria aperta, alla luce e all'aria naturale, la possibilità di passeggiare, la ventilazione, i sistemi di riscaldamento, la possibilità di usare i

⁴⁸⁰ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15; esse si riferiscono alla direttiva rimpatri, ma possono ritenersi applicabili anche al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale.

⁴⁸¹ Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 10, par. 2; Norme del CPT sul trattenimento degli immigrati, par. 29; Regole penitenziarie europee, parr. 18.1 e 18.2; sulla situazione in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 6, in particolare parr. 6.1.1 e 6.1.3.

⁴⁸² Regole penitenziarie europee, par. 18.1.

⁴⁸³ ARBOGAST L., *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea*, cit., p. 14.

⁴⁸⁴ Corte EDU (GC), *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., par. 166.

⁴⁸⁵ Corte EDU, *Aden Ahmed c. Malta*, sent. 23 luglio 2013, par. 87. Si tratta di requisiti pensati per i detenuti ordinari, che possono costituire quindi un parametro minimo anche per il trattenimento degli stranieri.

⁴⁸⁶ Corte EDU (GC), *Khlaifia e a. c. Italia*, cit., par. 166.

servizi igienici in modo riservato, il rispetto delle esigenze sanitarie ed igieniche di base⁴⁸⁷.

L'art. 10, par. 2, della direttiva accoglienza prevede il diritto di accedere a spazi all'aria aperta. Anche per la Corte EDU, la mancanza di spazi aperti può essere un motivo di violazione dell'art. 3 della CEDU⁴⁸⁸. Dovrebbe inoltre essere consentito un'ora al giorno di esercizio all'aria aperta, essere predisposto un programma di attività e consentito l'accesso a servizi quali radio, televisione, giornali, riviste e a mezzi ricreativi⁴⁸⁹.

L'acqua potabile deve essere disponibile in ogni momento e deve essere fornita un'alimentazione sufficiente ed equilibrata per la persona⁴⁹⁰. Non sono rari i casi di scioperi della fame, durante i quali gli Stati devono adottare specifiche misure e controllare lo stato di salute della persona⁴⁹¹.

Le norme igieniche e sanitarie devono essere rispettate ed è necessario garantire l'accesso ai servizi igienici, la biancheria e il vestiario e la possibilità di prendersi cura della propria igiene personale⁴⁹².

Il personale che si occupa dei centri o degli altri luoghi in cui sono trattenuti gli stranieri dovrebbe avere una formazione apposita, ed essere dotato di competenze di comunicazione interpersonale e linguistiche e della conoscenza delle diverse culture, affiancato eventualmente da un supporto esterno, medico e sociale, in modo da saper gestire al meglio le dinamiche del centro⁴⁹³.

⁴⁸⁷ Corte EDU, *Ananyev e a. c. Russia*, sent. del 10 gennaio 2012, parr. 149-159; EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., p. 51.

⁴⁸⁸ Ibid; Corte EDU, *Riad e Idiab c. Belgio*, cit.; PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), op. cit., p. 1424.

⁴⁸⁹ Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 10, par. 2; Norme del CPT sul trattenimento degli immigrati, par. 29

⁴⁹⁰ Regole penitenziarie europee, par. 22.

⁴⁹¹ Corte EDU, *Palushi c. Austria*, sent. 22 dicembre 2009, par. 72.

⁴⁹² Regole penitenziarie europee, parr. 19 e 20.

⁴⁹³ Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 10, par. 3.

3.4.2.2. La tutela della salute fisica e mentale

Le condizioni materiali di trattenimento, la quantità e la qualità del cibo e dell'acqua, le condizioni igieniche del luogo, la possibilità di avere accesso all'aria aperta sono elementi che influiscono in primo luogo sulla salute degli stranieri trattenuti. La salute, sia fisica che mentale, dei richiedenti protezione internazionale e i rimpatriandi trattenuti deve essere tutelata. La tutela della salute appare ancora più rilevante durante l'attuale pandemia di Covid-19⁴⁹⁴.

Per i richiedenti protezione internazionale, norme in materia di tutela della salute e assistenza sanitaria sono previste in generale all'art. 17 e 19 della dir. 2013/33/UE⁴⁹⁵. Per il trattenimento, un riferimento è presente all'art. 11, par. 1, per quanto riguarda le persone vulnerabili, il cui stato di salute deve essere preoccupazione principale delle autorità statali. Quanto alla direttiva rimpatri, ai sensi dell'art. 5, lett. c) le condizioni di salute devono essere tenute in considerazione nell'applicazione della direttiva. L'art. 16, par. 3, inoltre assicura le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie durante il trattenimento. La protezione della salute è anche un diritto sancito dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il trattenimento in istituti medici o psichiatrici chiusi non è generalmente previsto, salvo che condizioni mediche o di salute del soggetto trattenuto lo richiedano necessario per assistenza, cure medici o controlli specialistici adeguati e costanti⁴⁹⁶.

La salute delle persone sottoposte a misure di trattenimento deve essere tutelata in ogni suo aspetto, sia fisico che mentale.

Quanto alla salute fisica, nelle strutture disposte per il trattenimento deve essere garantito l'accesso alle cure mediche, alle prestazioni sanitarie d'urgenza e ai trattamenti essenziali delle malattie⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ V. *infra*, cap. II, par. 3.4.5.

⁴⁹⁵ V. anche art. 13, dir. 2013/33/UE, per la sottoposizione ad esami medici per ragioni di sanità pubblica e art. 25, par. 1, dir. 2013/33/UE secondo il quale le vittime di torture o violenze hanno accesso ad assistenza o cure mediche e psicologiche appropriate.

⁴⁹⁶ Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.2.

⁴⁹⁷ Art. 16, par. 3, dir. 2008/115/CE.

Particolare attenzione alle condizioni di salute deve essere posta al momento all’arrivo delle persone nel centro e ancor più in caso di trattenimento nelle zone di transito, alle frontiere e negli *hotspot*. Le persone che arrivano sono infatti spesso reduci da viaggi lunghi e pericolosi, in cui hanno rischiato la vita. È opportuno che all’ingresso siano assistiti da un medico se necessario.

Nell’ambito della direttiva rimpatri, è importante che i rimpatriandi ricevano cure all’arrivo, durante il periodo di trattenimento e ancor più una volta che vengono rilasciati. Le condizioni di salute sono infatti funzionali alla possibilità di completare il rimpatrio. Le condizioni fisiche e mentali della persona da rimpatriare sono anche uno degli elementi che possono giustificare un rinvio dell’allontanamento⁴⁹⁸. Come stabilito dalla Corte di giustizia nel caso *Abdida*, rimpatriare un cittadino di un paese terzo gravemente malata che non può godere di cure sufficienti nel paese di destinazione significa violare il principio di *non-refoulement*⁴⁹⁹.

Lo stato di salute della persona può rilevare anche per la valutazione dell’illegittimità del trattenimento, del suo mantenimento o della sua proroga. Per la Corte di Strasburgo, elementi per valutare l’opportunità di mantenere la misura di trattenimento alla luce dello stato di salute del richiedente sono le patologie del cittadino di un paese terzo e l’adeguatezza dell’assistenza e delle cure mediche durante il trattenimento⁵⁰⁰.

Gli Stati membri devono avere premura anche della salute mentale dei rimpatriandi e dei richiedenti trattenuti. Considerando infatti la peculiare situazione degli stranieri in questione, la salute mentale non appare meno importante di quella fisica.

Innanzitutto, è probabile che gli stranieri, già prima del trattenimento, abbiano subito traumi e affrontato situazioni che si ripercuotono sulla loro salute mentale. Il più delle volte infatti, si tratta di uomini, donne e bambini che fuggono dal loro paese, spesso a causa di guerre o dittature, subiscono torture o violenze, affrontano viaggi rischiosi ed arrivano in un luogo sconosciuto.

⁴⁹⁸ Art. 9, par. 2, lett. *a*), dir. 2008/115/CE.

⁴⁹⁹ Corte di giustizia, *Abdida*, C-562/13, punti 48-50 e 59.

⁵⁰⁰ Corte EDU, sentenza del 20 gennaio 2009, *Slawomir Musiał c. Polonia*, par. 88.

Inoltre, il trattenimento stesso, soprattutto se lungo, può avere effetti sulla salute mentale delle persone⁵⁰¹ e provocare ansia, attacchi di panico, depressione, stress, rabbia, senso di frustrazione. Il rischio è quello di ricreare un ambiente di oppressione, paura e incertezza uguale a quello da cui le persone sono fuggite. Lo stato di ansia può essere intensificato se i cittadini di paesi terzi non sanno perché sono trattenuti e per quanto tempo lo rimarranno⁵⁰². Ancor di più, gli effetti negativi sulla salute mentale del soggetto possono essere aggravati dal trattenimento in istituti penitenziari, luoghi che sono «*sinonimo di precarietà, promiscuità, stress, insicurezza e ambiente ostile*»⁵⁰³.

Le modalità di trattenimento devono limitare al minimo gli effetti negativi sulla salute fisica e mentale delle persone trattenute. Ciò è fondamentale sia per il rispetto dei diritti fondamentali, la dignità e il benessere delle persone trattenute⁵⁰⁴, sia da parte delle autorità statali per mantenere un certo ordine, pulizia e salute all'interno dei centri.

3.4.2.3. Maltrattamenti ed aggressioni nei centri di trattenimento

Gli Stati membri devono impegnarsi a garantire che i centri di trattenimento e di permanenza temporanea siano un luogo sicuro sotto ogni aspetto. I trattenuti devono essere tutelati da aggressioni e maltrattamenti sia da parte delle autorità, sia da parte degli altri trattenuti.

Quanto alle violenze da parte delle autorità, aggressioni di qualunque tipo ed un uso inappropriato o eccessivo della forza possono violare i diritti umani ed in particolare il divieto della tortura e di trattamenti crudeli, inumani e degradanti⁵⁰⁵, il diritto all'integrità fisica⁵⁰⁶ e il diritto alla vita⁵⁰⁷. Casi di brutalità commesse dalla polizia, sono documentati sia da testimonianze dei trattenuti, sia da rapporti delle

⁵⁰¹ FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 34.

⁵⁰² O'Nions H., *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, cit., p. 179.

⁵⁰³ Conclusioni AG Bot, in *Bero e Bouzalmate e Pham*, cit., punto 97.

⁵⁰⁴ Corte EDU (GC), *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 221.

⁵⁰⁵ Art. 4, Carta dei diritti fondamentali; art. 3, CEDU.

⁵⁰⁶ Art. 3, Carta dei diritti fondamentali.

⁵⁰⁷ Art. 2, Carta dei diritti fondamentali; art. 2, CEDU.

ONG, del CPT e dell'UNHCR⁵⁰⁸. Ad esempio, nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, la Corte di Strasburgo ha riportato quanto denunciato dagli organi e dalle organizzazioni sopraelencate per quanto riguarda i centri di trattenimento in Grecia⁵⁰⁹.

Gli Stati devono inoltre proteggere gli individui da violazioni di diritti umani compiute da privati⁵¹⁰. Il personale dei centri di trattenimento e degli altri luoghi in cui sono trattenuti gli stranieri deve essere in grado di prevenire e gestire eventuali forme di violenze e maltrattamenti che possono essere posti in essere da parte di altri detenuti. Il rispetto delle norme relative alle condizioni di trattenimento e il rispetto dei diritti umani all'interno dei centri è funzionale anche alla prevenzione di rivolte, aggressioni, risse e proteste che possono avvenire in tali luoghi.

In caso di maltrattamenti o mancata protezione da atti violenti di altri trattenuti dovrebbe essere assicurato il diritto di presentare denuncia e la protezione dei denunciati e dei testimoni da eventuali intimidazioni a seguito di denunce o presentazione di prove⁵¹¹.

Oltre agli obblighi di protezione dalle autorità e degli altri trattenuti, lo Stato ha anche l'obbligo di adottare misure adeguate, per quanto possibile, per proteggere le persone detenute da atti di autolesionismo o di suicidio⁵¹². Anche in tal caso, tali situazioni derivano da una scarsa tutela della salute mentale e da condizioni di trattenimento non adeguate.

⁵⁰⁸ In Italia, v. i rapporti del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *infra*, cap. III, par. 6.

⁵⁰⁹ Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., parr. 161-166.

⁵¹⁰ International Commission of Jurists, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, guida per operatori del diritto n. 6, 2011, Ginevra, p. 190.

⁵¹¹ Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 10, par. 6.

⁵¹² Corte di giustizia, *Bero e Bouzalmate*, cit., punto 18; Corte EDU, *Keenan c. Regno Unito*, sent. 3 aprile 2021, parr. 92-101; International Commission of Jurists, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, cit., p. 191; per i suicidi nei CPR italiani, v. *infra*, cap. III, par. 6.1.3.

3.4.3. I contatti con l'esterno: la possibilità di comunicare e le visite

Gli Stati membri devono assicurare ai richiedenti protezione internazionale e ai rimpatriandi trattenuti la possibilità di avere contatti con il mondo esterno, in particolare di comunicare e di ricevere visita da parte di determinati soggetti⁵¹³.

Quanto alle comunicazioni, l'art. 16, par. 2, della direttiva rimpatri prevede la possibilità di «*entrare in contatto*» con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti. Nell'art. 10, par. 4, della direttiva accoglienza, tra coloro che possono comunicare con i richiedenti trattenuti vi sono anche i rappresentati delle organizzazioni non governative e l'UNHCR e le organizzazioni che operano per suo conto, mentre non sono richiamate le autorità consolari.

Al di là dell'elenco dei soggetti, le norme sono generiche e lasciano ampio margine alle scelte operative degli Stati membri, ad esempio quanto alle modalità di contatto⁵¹⁴. Tra queste, dovrebbero essere ammessi i contatti telefonici, senza limitazioni, se non quelle dovute al lavoro del personale amministrativo e alla pacifica convivenza nella struttura⁵¹⁵. Nella direttiva rimpatri, il contatto può avvenire «*a tempo debito*», nella fase del trattenimento che lo Stato membro riterrà opportuno⁵¹⁶.

Ad alcuni soggetti è consentita anche la possibilità di visita e di accesso ai centri di trattenimento. Tale diritto è riservato, nella direttiva rimpatri, a organismi ed organizzazioni nazionali, internazionali e non governative e, nella direttiva accoglienza, anche a familiari, avvocati o consulenti legali.

Per gli organi e organismi, si tratta di un diritto concesso direttamente a tali soggetti, indipendentemente dall'invito delle persone trattenute, ma per cui può essere richiesta un'autorizzazione⁵¹⁷. Quanto agli organismi internazionali, tra

⁵¹³ Art. 16, parr. 2, 4 e 5, dir. 2008/115/CE; art. 10, parr. 3-5, dir. 2013/33/UE; v. anche Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 10, par. 5.

⁵¹⁴ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 262; nell'ordinamento italiano, v. *infra*, cap. III, par. 6.1.2.

⁵¹⁵ Ibid.

⁵¹⁶ PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 86.

⁵¹⁷ Art. 16, par. 4, dir. 2008/115/CE; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 15.4.

questi si può ricordare l'UNHCR, richiamato anche dalla direttiva accoglienza⁵¹⁸. Un altro organismo che ha accesso ai centri è il CPT, il quale può svolgere sopralluoghi⁵¹⁹. Per quanto concerne gli organismi nazionali, per il trattenimento ai fini del rimpatrio, si ritiene possano accedere ai centri anche le autorità responsabili del sistema di monitoraggio efficace dei rimpatri forzati, previste ai sensi dell'art. 8, par. 6, della direttiva rimpatri⁵²⁰. Queste autorità non sono menzionate dall'art. 16 ma il diritto di visita e l'accesso alle strutture appare funzionale allo svolgimento di un monitoraggio efficace dei rimpatri⁵²¹. Infine, le comunicazioni e le visite delle ONG dovrebbero essere agevolate, in quanto gli stranieri spesso sono più ben disposti ad interagire con esse, non facendo parte dell'apparato statale⁵²².

Alle visite e alle comunicazioni possono essere posti dei limiti, ad esempio orari o misure per prevenire il rischio di fuga. Lo stesso art. 10, par. 4, della direttiva accoglienza, consente di limitare l'accesso ai centri di trattenimento per motivi di sicurezza, ordine pubblico e gestione amministrativa del centro. Tali restrizioni non possono violare il principio di proporzionalità e la normativa nazionale non può rendere impossibile o eccessivamente difficili i contatti consentiti⁵²³.

3.4.4. Il trattenimento delle persone vulnerabili

I richiedenti protezione internazionale e le persone sottoposte a procedure di rimpatrio che sono persone vulnerabili devono ricevere particolari attenzioni in caso di trattenimento.

⁵¹⁸ Anche le stesse Linee guida dell'UNHCR in materia di trattenimento prescrivono di garantire l'accesso all'UNHCR e di consentire le visite, v. Linee Guida UNHCR, n. 48 (vii).

⁵¹⁹ Il CPT (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti) può svolgere i sopralluoghi nei luoghi di detenzione anche ai sensi dell'art. 2 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (Strasburgo, 1987), che ha istituito tale organo; AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 263.

⁵²⁰ In Italia, è consentito l'accesso al Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *infra*, cap. III, par. 6.1.2.

⁵²¹ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 263.

⁵²² Ibid.

⁵²³ Ivi, p. 262.

Le persone vulnerabili, definite all’art. 21 della direttiva accoglienza⁵²⁴ e all’art. 3, par. 9, della direttiva rimpatri, includono i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, le famiglie monoparentali con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale, come ad esempio le vittime della mutilazione genitale femminile⁵²⁵.

Le disposizioni speciali per il trattenimento delle persone vulnerabili sono contenute negli artt. 16, par. 3 e 17 della direttiva rimpatri e nell’art. 11 della direttiva accoglienza. Le direttive non vietano il trattenimento delle persone vulnerabili, ma qualora queste siano trattenute è necessario che sia posta un’attenzione particolare alle loro esigenze. La normativa della direttiva accoglienza è più specifica, mentre quella della direttiva rimpatri si concentra essenzialmente sul trattenimento dei minori e minori non accompagnati⁵²⁶. Il loro stato di salute fisica e mentale deve essere priorità per le autorità statali, con controlli periodici e sostegno adeguato⁵²⁷.

3.4.4.1. I minori, i minori non accompagnati e la tutela dell’unità familiare

I minori, in particolar modo i minori stranieri non accompagnati, sono la categoria più fragile tra le persone vulnerabili. Essi hanno diritto di ricevere attenzioni particolari, in ragione della loro età e, se accompagnati dalla famiglia, deve essere garantito il diritto all’unità familiare.

⁵²⁴ V. anche considerando n. 14, art. 21-24, dir. 2013/33/UE.

⁵²⁵ Nella giurisprudenza di Strasburgo si è fatta strada un’interpretazione che mira a qualificare tutti i richiedenti asilo come categoria particolarmente vulnerabile. La definizione data dalla Corte EDU non corrisponde a quella del diritto dell’Unione europea, che qualifica come “persone vulnerabili” solo quelle categorie elencate agli articoli summenzionati; v. *ex multis*, Corte EDU (GC), *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 251; FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, p. 240. Nel diritto dell’Unione europea, una simile interpretazione potrebbe eventualmente trovare spazio riconducendola alla categoria di «persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale», v. PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., pp. 281 e 282.

⁵²⁶ Tranne un riferimento generale all’art. 16, par. 3, dir. 2008/115/CE.

⁵²⁷ Art. 11, par. 1, dir. 2013/33/UE; per il trattenimento delle persone vulnerabili in Italia, v. *infra*, cap. III, par. 4.4.

La tutela del minore e dell’unità familiare sono garantite agli art. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali e all’art. 8 della CEDU⁵²⁸. L’altro principio essenziale da osservare è quello del superiore interesse del minore⁵²⁹.

Il minore, ai sensi del diritto dell’Unione europea, è colui di età inferiore ai diciotto anni⁵³⁰. Vi sono casi in cui l’età della persona può essere dubbia, poiché non è raro che cittadini di paesi terzi o apolidi arrivino in Unione europea senza documenti di identità e senza certificati di nascita che possano dimostrare la loro età. Non in tutti gli Stati membri la procedura per verificare l’età è ben effettuata e a volte i minori vengono classificati come adulti e trattati come tali⁵³¹. Nei casi dubbi, la via più opportuna sarebbe quella di presumere la minore età, garantendo in tal modo una maggior tutela al soggetto⁵³².

Il trattenimento del minore è disciplinato dall’art. 17, della direttiva rimpatri e dall’art. 11, parr. 2 e 3, della direttiva accoglienza⁵³³. Rilevante è anche l’art. 37 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989⁵³⁴.

I minori possono essere trattenuti solo come misura di ultima istanza e se non sono efficaci misure meno coercitive⁵³⁵, la cui assenza deve essere dimostrata dalle autorità nazionali. Il periodo di trattenimento deve essere il più breve possibile.

⁵²⁸ Corte di giustizia, *Bundesrepublik Deutschland (Membre de la famille)*, causa C-768/19, punto 37 e 38.

⁵²⁹ Art. 24, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; art. 3, Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo; considerando n. 22, artt. 5, lett. a) e 17, par. 5, dir. 2008/115/CE; considerando n. 9, artt. 11, par. 2 e 23 par. 2, dir. 2013/33/UE; considerando n. 13, art. 6, reg. (UE) n. 604/2013; sul superiore interesse del minore in giurisprudenza, v. *ex multis*, Corte di giustizia, *M.A. c. Stato belga*, causa C-112/20; Corte di giustizia, *Haqbin*, cit., punto 54; *ibid.*

⁵³⁰ Artt. 2, lett. d), dir. 2013/33/UE; v. anche art. 2, lett. i), reg. (UE) n. 604/2013; art. 2, lett. k), dir. 2011/95/UE.

⁵³¹ EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, pp. 99 e 100: per alcuni es. di pratiche v. EASO, Asylum Report 2020, Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union, par. 6.3.

⁵³² V. *infra*, cap. III, par. 4.4.

⁵³³ V. anche Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 16; Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 11; Norme del CPT relative al trattenimento dei minori.

⁵³⁴ Considerando n. 22, dir. 2008/115/CE; considerando n. 18, dir. 2013/33/UE.

⁵³⁵ Corte EDU, *Popov c. Francia*, sent. 19 gennaio 2012, parr. 119 e 120; Corte EDU, sentenza 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiev c. Belgio*, par. 74; Raccomandazione (UE) 2017/2338, *Manuale sul rimpatrio della Commissione europea*, par. 16.

Il principio che deve guidare lo Stato membro in caso di bambini, è quello del superiore interesse del minore, il quale comporta una serie di tutele da assicurare⁵³⁶. Vari elementi influiscono sulla legittimità del trattenimento di un minore, come l'età, lo stato di salute, se il minore è accompagnato, i sentimenti di ansia e paura, gli effetti fisici e mentali, le condizioni del centro di trattenimento⁵³⁷. I bambini devono essere collocati in un alloggio adatto a loro e con strutture adeguate ai loro bisogni⁵³⁸, pena l'arbitrarietà della detenzione e la violazione per la Corte di Strasburgo dell'art. 5 della CEDU e/o l'art. 3 della CEDU⁵³⁹. Inoltre, deve essere assicurata la possibilità di svolgere attività ricreative e giochi consoni alla loro età, deve essere garantito il diritto all'istruzione e la possibilità di parlare con i genitori e parenti⁵⁴⁰.

In caso di minori non accompagnati⁵⁴¹, il trattenimento è possibile solo in circostanze eccezionali ed in istituti con personale e strutture che rispondono alle esigenze della loro età⁵⁴². La direttiva accoglienza inoltre vieta il trattenimento dei minori non accompagnati in istituti penitenziari⁵⁴³. È poi necessario che siano separati dagli adulti, in quanto necessitanti di un trattamento diverso, a meno che ciò non vada contro il superiore interesse del minore⁵⁴⁴.

Gli Stati membri dovrebbero fornire la rappresentanza legale e la possibilità di contattare genitori e familiari. In caso di bambini molto piccoli che non sanno

⁵³⁶ Art. 24, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; considerando n. 22, artt. 5, lett. a) e 17, par. 5, dir. 2008/115/CE; considerando n. 9, art. 11, par. 2 e art. 23, par. 2, dir. 2013/33/UE; considerando n. 13, art. 6, reg. (UE) n. 604/2013.

⁵³⁷ Corte EDU, sentenza del 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, par. 104; Corte EDU, sentenza del 12 luglio 2016, *A.B. e a. c. Francia*, punto 109.

⁵³⁸ Corte EDU, sentenza 19 gennaio 2010, *Muskhadzhiyeva e a. c. Belgio*.

⁵³⁹ Ibid.; Corte EDU, sentenza 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*; Corte EDU, *Popov c. Francia*, cit.; FRA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2020, p. 240.

⁵⁴⁰ Art. 17, par. 3, dir. 2008/115/CE; art. 11, par. 2, dir. 2013/33/UE; Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, cit., parr. 50-59.

⁵⁴¹ Artt. 2, lett. e), dir. 2013/33/UE; v. anche art. 2, lett. j), reg. (UE) n. 604/2013; art. 2, lett. l), dir. 2011/95/UE; sulle condizioni di accoglienza per i minori non accompagnati v. Corte di giustizia, *Haqbin*, cit., punti 53 e 54.

⁵⁴² Art. 17, par. 4, dir. 2008/115/CE; art. 11, par. 3, dir. 2013/33/UE.

⁵⁴³ Art. 11, par. 3, dir. 2013/33/UE.

⁵⁴⁴Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, cit., par. 103; FRA, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2011, p. 61.

badare a sé stessi, deve essere garantita l’assistenza sociale, misure particolari come collocamento in un centro specializzato o a genitori affidatari⁵⁴⁵.

Se il minore è accompagnato, deve essere tutelato il diritto all’unità familiare. I nuclei familiari⁵⁴⁶ godono di una particolare tutela quando trattenuti⁵⁴⁷: per le famiglie con bambini il trattenimento deve essere una misura di ultima istanza, deve essere fornita una sistemazione separata che ne tuteli l’intimità e la vita privata⁵⁴⁸ e nel caso in cui i nuclei familiari siano separati devono poter comunicare tra loro⁵⁴⁹.

Il diritto all’unità familiare può entrare in conflitto con il diverso metro usato per valutare la legittimità della detenzione di minori e adulti. Nonostante la valutazione sulla necessità del trattenimento sia diversa, il diritto all’unità familiare impone che essi non siano separati. Per venire incontro a questa esigenza, gli Stati hanno adottato misure diverse, fra cui l’uso di misure alternative, la detenzione domiciliare o la detenzione di un membro della famiglia⁵⁵⁰.

Quanto al trattenimento dei minori, ed in particolare dei minori non accompagnati, è stata da molti richiesta l’introduzione di un divieto assoluto⁵⁵¹. La detenzione non è mai nel miglior interesse del minore e sarebbe quindi contraria al principio del superiore interesse del minore. I minori non accompagnati non dovrebbero mai essere trattenuti⁵⁵², mentre in caso di minori accompagnati, esso dovrebbe essere consentito solo ove necessario per garantire il diritto all’unità

⁵⁴⁵ Cfr. Art. 24, par. 2, dir. 2013/33/UE; art. 20, Convenzione sui diritti del fanciullo.

⁵⁴⁶ V. definizione di «familiari» art. 2, lett. c), dir. 2013/33/UE.

⁵⁴⁷ Tra le persone vulnerabili sono compresi anche i genitori singoli con figli minori, richiamati dall’art. 21, dir. 2013/33/UE; EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell’ambito del sistema europeo comune di asilo*, cit., pp. 51 e 52.

⁵⁴⁸ Art. 17, par. 2, dir. 2008/115/CE; art. 11, par. 4, dir. 2013/33/UE.

⁵⁴⁹ Art. 10, par. 4, dir. 2013/33/UE.

⁵⁵⁰ EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 101.

⁵⁵¹ Tra cui il Consiglio d’Europa e l’UNHCR; v. EASO Asylum Report 2021, Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union, p. 162; Consiglio d’Europa, 2020, *UN Special Rapporteur on the human rights of migrants Call for submission on “Ending immigration detention of children and seeking adequate reception and care for them”: Contribution of the Council of Europe*; v. il divieto nell’ordinamento italiano, *infra*, cap. III, par. 4.4.

⁵⁵² La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, COM(2008) 815 definitivo, vietava il trattenimento dei minori non accompagnati, mentre la misura è stata poi inclusa nella Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti asilo (rifusione), COM(2011) 320 definitivo.

familiare. Amadeo e Spitaleri propongono di riscrivere le norme, vietando il trattenimento dei minori, con un divieto assoluto e inderogabile di separare le famiglie ed il vincolo, anch'esso assoluto e inderogabile, di collocare i minori e le famiglie in strutture diverse da quelle gestite dalle autorità per il rimpatrio⁵⁵³.

3.4.4.2. Altre categorie di persone vulnerabili e di persone con esigenze particolari

Per completare il quadro, vi sono altre categorie di persone vulnerabili e di soggetti che, pur non rientrando nella definizione di vulnerabili, necessitano di un trattamento particolare⁵⁵⁴. La disciplina delle direttive sul trattenimento di tali individui è più scarna e generale rispetto a quella per i minori, soprattutto nella direttiva rimpatri. In generale, ove trattenuti, le strutture dovrebbero essere adeguate alla condizione e alle esigenze di tali persone e dovrebbero essere garantite cure e attenzioni sufficienti.

In primo luogo, altre persone vulnerabili sono coloro affetti da disabilità⁵⁵⁵ e da gravi malattie o disturbi mentali. Anche la Corte EDU, nella sua giurisprudenza, si è pronunciata sul trattenimento di persone affette da malattia mentale, con tendenze suicide, sieropositivi⁵⁵⁶ o paraplegici.

In secondo luogo, persone vulnerabili nel diritto dell'Unione europea sono gli anziani. Nella Corte EDU invece, non ci sono casi di detenzione ai fini dell'allontanamento per le persone anziane, ma più volte ha ricordato che l'età e lo stato di salute è rilevante per valutare la legittimità del trattenimento⁵⁵⁷.

⁵⁵³ AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, cit., p. 264.

⁵⁵⁴ La proposta di direttiva del 2016 elimina del tutto il riferimento alle «persone vulnerabili», lasciando solamente quello ai «richiedenti con esigenze di accoglienza particolari»; v. art. 11, proposta di direttiva, COM(2016) 465 final.

⁵⁵⁵ V. Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, del 2006, di cui l'UE è diventata parte con la Decisione del Consiglio del 26 novembre 2009 relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (2010/48/CE).

⁵⁵⁶ V. *ex multis*, Corte EDU, *Thimothawes c. Belgio*, sent. 4 aprile 2017; Corte EDU, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgio*, sent. 20 dicembre 2011; FRA; PALLADINO R., *La detenzione dei migranti*, cit., p. 278.

⁵⁵⁷ La Corte EDU ha valutato la vulnerabilità di questo gruppo i casi inerenti alla detenzione nazionale; v. *ex multis*, Corte EDU, *Contrada (n.2) c. Italia*, sent. 11 febbraio 2014; ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 111.

La vulnerabilità può poi derivare da esperienze o traumi subiti: vittime di tratta di essere umani⁵⁵⁸, soggetti che hanno subito torture, stupri o altre gravi violenze fisiche, psicologiche o sessuali, come le vittime di mutilazioni genitali femminili.

Inoltre, pur non essendo qualificate come vulnerabili, le donne trattenute potrebbero incorrere in difficoltà maggiori, quali violenze sessuali o abusi, assenza di beni e servizi richiesti dalle donne e altre forme discriminatorie di genere⁵⁵⁹. L'art. 11, par. 5, della direttiva accoglienza si fa carico di tale preoccupazione e richiede che alle trattenute di sesso femminile sia garantita una sistemazione separata da quelli di sesso maschile, salvo se familiari o in caso di consenso delle trattenute e per gli spazi dedicati alle attività ricreative, sociali e ai pasti. Sono invece persone vulnerabili ai sensi dell'art. 21, della direttiva accoglienza, le donne in stato di gravidanza. Le donne incinta o che allattano non dovrebbero essere trattenute⁵⁶⁰. Una violazione dell'art. 3 della CEDU è stata riscontrata dalla Corte di Strasburgo anche in casi assenza di personale femminile in tali casi⁵⁶¹.

Infine, una categoria di persone che non riceve alcuna disciplina espressa nelle direttive è quella delle persone LGBT+. Le garanzie da riservare a persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender hanno però trovato spazio in alcuni atti delle istituzioni europee e nelle pronunce della Corte EDU. I soggetti sopraelencati potrebbero non sempre trovarsi al sicuro tra altri soggetti trattenuti, che potrebbero provenire da paesi in cui sono diffusi pregiudizi culturali o religiosi contro di esse⁵⁶². Per questo motivo, è necessario porre particolare attenzione anche alla loro

⁵⁵⁸ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, art. 11 prevede l'obbligo di fornire assistenza e sostegno alle vittime di tratta degli esseri umani, ad esempio con un alloggio adeguato, ma non è vietato il trattenimento.

⁵⁵⁹ International Commission of Jurists, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 188 e 189.

⁵⁶⁰ V. *ex multis*, Corte EDU, sentenza del 21 aprile 2011, *Nechiporuk e Yonkalo c. Ucraina*, punto 156.

⁵⁶¹ Corte EDU, sentenza del 9 dicembre 2013, *Aden Ahmed c. Malta*, ricorso n. 55352/12, punto 92, 95, 99 e 100; ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 112.

⁵⁶² Corte EDU, sentenza del 5 luglio 2016, *O.M. c. Ungheria*, ricorso n. 9912/15, par. 53; EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di*

situazione qualora trattenuti, adottando misure adeguate al fine di garantire la loro sicurezza.

3.4.5. Le condizioni di trattenimento durante l'emergenza sanitaria di Covid-19

A partire dal 2020, con l'arrivo della pandemia di Covid-19, la gestione delle migrazioni e le condizioni di trattenimento sono state poste di fronte a nuove sfide. Le misure generali di emergenza e le restrizioni per motivi sanitari hanno interessato anche gli stranieri trattenuti⁵⁶³.

In generale, si è riscontrata una diminuzione degli arrivi di cittadini di paesi terzi ed un rallentamento delle procedure di asilo⁵⁶⁴. Le persone trattenute ai sensi della direttiva rimpatri sono diminuite a causa della sospensione delle procedure di rimpatrio e del rinvio dei rimpatri⁵⁶⁵, causati dall'impossibilità di eseguire l'allontanamento a causa dei divieti di ingresso e di uscita disposti in molti paesi e dalla mancanza di aerei e di altri mezzi di trasporto⁵⁶⁶. La pandemia non comporta necessariamente il venir meno di una prospettiva ragionevole di allontanamento ed il conseguente rilascio dei trattenuti, ma è necessaria una valutazione concreta dei singoli casi⁵⁶⁷. Anche le misure di trattenimento finalizzate al trasferimento ai sensi del regolamento Dublino III sono diminuite, in quanto i trasferimenti da uno Stato membro all'altro sono stati sospesi, prevedendo un passaggio di competenza da uno Stato all'altro nell'esame della domanda⁵⁶⁸.

Le istituzioni dell'Unione europea ed alcuni organi internazionali si sono espressi sulle misure da adottare nei confronti degli stranieri trattenuti durante la pandemia. La Commissione europea, nella sua Comunicazione “*Covid-19: linee*

⁵⁶³ *asilo*, cit., p. 54; ELI, *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law*, cit., p. 112.

⁵⁶⁴ Si v. anche la prassi delle navi quarantena, *infra*, cap. III, par. 6.2.2.

⁵⁶⁵ EASO Asylum Report 2021, Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union, p. 155.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ *Ibid.*; Comunicazione della Commissione, Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, (2020/C 126/02), par. 3.

⁵⁶⁸ Comunicazione della Commissione, Covid-19, (2020/C 126/02), par. 3.

⁵⁶⁸ Ivi, par. 1.2.

guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento”, ha raccomandato agli Stati membri di garantire continuità nelle procedure d’asilo e di tutelare la salute e i diritti fondamentali dei cittadini di paesi terzi⁵⁶⁹. Il CPT ha pubblicato dei “*Principi relativi al trattamento delle persone private della libertà personale nell’ambito della pandemia del coronavirus (COVID-19)*”, in cui sottolinea che le misure restrittive adottate per la pandemia non devono risultare in un trattamento inumano e degradante della persona privata della propria libertà⁵⁷⁰.

Molti Stati membri hanno adottato misure di quarantena e isolamento per prevenire la diffusione del virus. Tali restrizioni fondano la propria legittimazione su motivi diversi da quelli legati all’immigrazione, quali la tutela della salute pubblica e la prevenzione di malattie contagiose⁵⁷¹. Le misure di quarantena o di isolamento possono essere applicate anche ai cittadini di paesi terzi, in base al diritto nazionale, purché siano ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie nei loro confronti⁵⁷².

Le misure sanitarie sono state implementate durante l’emergenza sanitaria anche nei confronti delle persone trattenute ai sensi della direttiva accoglienza e della direttiva rimpatri⁵⁷³. Tali soggetti, sia all’interno che fuori dai centri di trattenimento, devono avere accesso all’assistenza sanitaria e devono essere informati delle misure nazionali adottate per prevenire la diffusione del contagio⁵⁷⁴. Devono essere rispettate le norme sulla prevenzione della malattia, quali il distanziamento sociale, le misure igieniche, il divieto di assembramento, l’uso dei dispositivi di protezione e devono essere applicati i protocolli in vigore in ipotesi di casi di positività o sospetti tali. È opportuno garantire test e *screening* medici e l’accesso alla vaccinazione, dando priorità ai soggetti più fragili, come anziani o

⁵⁶⁹ Comunicazione della Commissione, Covid-19: linee guida sull’attuazione delle disposizioni dell’UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, (2020/C 126/02).

⁵⁷⁰ CPT, Principi relativi al trattamento delle persone private della libertà personale nell’ambito della pandemia del coronavirus (COVID-19), 20 marzo 2020; EASO Asylum Report 2021, pp. 155 e 160.

⁵⁷¹ Sulla privazione della libertà personale per malattie contagiose, v. art. 5, par. 1, lett. *e*), CEDU; sulle competenze in materia di salute nel diritto dell’Unione europea v. art. 2, par. 5, art. 6, lett. *a*), art. 4, par. 2, lett. *k*), art. 168, par. 4, TFUE.

⁵⁷² Comunicazione della Commissione, Covid-19, (2020/C 126/02), par. 1.3.

⁵⁷³ EASO Asylum Report 2021, p. 159.

⁵⁷⁴ Comunicazione della Commissione, Covid-19, (2020/C 126/02), par. 3.

persone affette da malattie croniche⁵⁷⁵. Ai nuovi arrivati nei centri di trattenimento o alle frontiere, possono essere imposte misure di quarantena⁵⁷⁶.

All'interno dei centri di trattenimento, la capacità massima può essere ridotta per garantire il distanziamento⁵⁷⁷. Inoltre, possono essere poste in essere misure restrittive e possono essere riorganizzati i servizi in conformità delle disposizioni sanitarie vigenti nei diversi Stati membri⁵⁷⁸, ad esempio tramite una diversa distribuzione dei pasti e limitando o vietando le visite e l'accesso al centro a persone esterne⁵⁷⁹. Le attività non essenziali, come attività di gruppo o consulenza in presenza, possono essere ridotte o limitate⁵⁸⁰. Eventuali misure restrittive devono essere spiegate anticipatamente ai trattenuti e dovrebbero essere assicurate altre modalità per garantire il contatto con familiari ed amici⁵⁸¹.

Gli Stati membri devono continuare a tutelare con priorità le esigenze delle persone vulnerabili. Per quanto riguarda i minori, deve essere garantito l'accesso all'istruzione, prevedendo modalità di apprendimento a distanza o a domicilio, alle stesse condizioni previste per i minori cittadini dello Stato membro⁵⁸².

Anche le misure alternative al trattenimento possono essere adattate alla situazione, adottando modalità preventive del contagio, come la presentazione periodica alle autorità tramite videoconferenza⁵⁸³.

In ogni caso, l'emergenza sanitaria non può essere una giustificazione per diminuire le garanzie previste dalla normativa dell'Unione europea in materia di trattenimento e per un deterioramento delle condizioni di vita dei cittadini di paesi terzi privati della propria libertà.

⁵⁷⁵ Ibid.

⁵⁷⁶ Ibid.

⁵⁷⁷ Ibid.

⁵⁷⁸ EASO Asylum Report 2021, p. 155.

⁵⁷⁹ Ivi, p. 159; Comunicazione della Commissione, Covid-19, (2020/C 126/02), par. 3.

⁵⁸⁰ Comunicazione della Commissione, Covid-19, (2020/C 126/02), par. 3.

⁵⁸¹ Ivi, par. 1.3.

⁵⁸² Ivi, par. 3.

⁵⁸³ Ivi, par. 1.3.

4. Una valutazione sulle misure di trattenimento e sul loro “costo” per gli Stati membri e per i diritti fondamentali degli stranieri trattenuti

All’esito dell’analisi della normativa vigente in materia di trattenimento, è necessario interrogarsi sull’efficacia della misura e sulle implicazioni che questa ha sui diritti fondamentali delle persone trattenute. Gli aspetti discussi della normativa sono stati evidenziati nel corso della trattazione. Ci si limiterà quindi di seguito ad un bilancio conclusivo sulla normativa vigente, in vista dell’analisi della riforma in atto nel diritto dell’asilo e della migrazione dell’Unione europea.

4.1. L’efficacia o l’inefficacia del sistema di trattenimento degli stranieri: una misura vantaggiosa o un costo per gli Stati membri?

Partendo dall’analisi del sistema del trattenimento degli stranieri dal punto di vista degli Stati membri, è lecito interrogarsi sull’efficacia della misura. In particolare, è necessario domandarsi se tale strumento sia adeguato al raggiungimento degli scopi per cui è predisposto e se comporti vantaggi o oneri per i governi nazionali.

Lo scopo del trattenimento è quello di facilitare il raggiungimento di un risultato amministrativo, il quale varia in base ai motivi per cui la misura è posta in essere ai sensi della direttiva rimpatri e della direttiva accoglienza⁵⁸⁴.

Il trattenimento nella direttiva 2008/115/CE è finalizzato a contribuire alla realizzazione di una politica efficace di rimpatrio. Dopo oltre dieci anni dalla sua adozione, la direttiva non sembra essere riuscita nel suo scopo. Come emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la normativa è vaga ed incompleta sotto alcuni aspetti⁵⁸⁵, il che ha incrementato la possibilità di trasposizioni inconsistenti e divergenti nei vari Stati membri⁵⁸⁶.

Per quanto concerne i motivi che legittimano il trattenimento, il rischio di fuga e la mancanza di collaborazione da parte dei rimpatriandi nella procedura di

⁵⁸⁴ V. *supra*, cap. II, par. 2.

⁵⁸⁵ PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 47.

⁵⁸⁶ Ivi, p. 33; si v. ad es. in Italia, *infra*, cap. III, par. 5.

rimpatrio sono molto frequenti. Trattandosi di cittadini di paesi terzi per i quali una decisione di rimpatrio significherebbe un “ritorno al punto di partenza”, è verosimile che molti preferiscono fuggire, nascondersi o evitare in altro modo di essere allontanati verso il paese da cui sono venuti. Nell’ottica dello Stato membro, il trattenimento è la soluzione più agevole per riuscire a portare a termine la procedura.

Nonostante ciò, la misura non è stata sufficiente a garantire i risultati sperati per quanto riguarda l’efficacia dei rimpatri. La Commissione ha osservato che solo un terzo dei cittadini di paesi terzi irregolarmente soggiornanti negli Stati membri viene rimpatriato⁵⁸⁷. Molti di coloro che dovrebbero essere allontanati, fuggono o rimangono in Unione europea senza nessun tipo di regolarizzazione e senza poter godere dei diritti garantiti a coloro che risiedono legalmente in Unione europea. La mancanza di efficacia dei rimpatri inoltre mina la fiducia dei cittadini nell’intero sistema di gestione della migrazione e dell’asilo ed è un incentivo per l’immigrazione irregolare⁵⁸⁸.

Oltre alla non collaborazione dei rimpatriandi, arginabile con il trattenimento, vi sono infatti altre cause che impediscono una piena efficacia dei rimpatri, sia di tipo legale che pratico, come l’assenza di risorse umane e finanziarie o la mancanza di cooperazione da parte degli stati terzi⁵⁸⁹.

Per quanto riguarda il sistema europeo comune di asilo, il trattenimento è funzionale ad agevolare e velocizzare alcune procedure amministrative⁵⁹⁰ o disposto per motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico⁵⁹¹. Il trattenimento dei richiedenti asilo, compreso quello alle frontiere, è utile ed efficace per portare a termine i procedimenti, per prevenire il rischio di fuga o per evitare un ingresso irregolare nel territorio dell’Unione.

⁵⁸⁷ Il tasso dei rimpatri è diminuito in tutta l’UE dal 45,8% nel 2016 al 36,6% nel 2017; v. relazione alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM(2018) 634 final, par. 1; Comunicazione della Commissione, Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo, COM (2020) 609 final, par. 2.5.

⁵⁸⁸ Comunicazione della Commissione, Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo, COM (2020) 609 final, par. 2.5.

⁵⁸⁹ PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 34.

⁵⁹⁰ Ad es., art. 8, par. 3, lett. a), b), c), f), dir. 2013/33/UE; art. 28, reg. (UE) n. 604/2013.

⁵⁹¹ Art. 8, par. 3, lett. e), dir. 2013/33/UE.

Oltre alla convenienza amministrativa e all'utilità nella gestione dei flussi migratori, il sistema del trattenimento comporta però anche dei costi per gli Stati membri.

I costi sono, in primo luogo, di tipo economico⁵⁹². Trattenere una persona, nel rispetto delle garanzie previste dalla normativa dell'Unione, significa investire nella costruzione di appositi centri di trattenimento, assumere personale per gestirli, fornire vitto, alloggio e assistenza legale, psicologica e medica alle persone trattenute, predisporre un apparato di sicurezza e vigilanza dei centri.

In secondo luogo, non sono da sottovalutare i costi che può avere un cattivo uso del trattenimento e condizioni di trattenimento non conformi alla dignità umana e ai diritti fondamentali⁵⁹³. Oltre che per le persone trattenute, il mancato rispetto dei diritti umani è pregiudizievole anche per lo Stato membro. Dal punto di vista pratico infatti, può comportare malcontento, difficoltà nella gestione dei centri di trattenimento ed ulteriori ostacoli da parte degli stranieri nel portare a termine le procedure di asilo e rimpatrio. Inoltre, il mancato rispetto dei diritti fondamentali può portare a sanzioni da parte dell'Unione europea e a condanne da parte della Corte europea dei diritti umani. Infine, dal punto di vista politico, sia interno che esterno, un uso inadeguato della misura del trattenimento può influenzare l'opinione pubblica, dal punto di vista interno, e minare la credibilità internazionale, dal punto di vista esterno.

⁵⁹² Per fornire alcuni esempi, il costo medio in Italia nel 2014 per mantenere una persona in stato di trattenimento si aggirava intorno ai 38 euro al giorno, v. ARBOGAST L., *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea*, cit., p. 31. In Belgio, nel 2016 il costo medio per il trattenimento di una famiglia in un centro di permanenza temporanea, nell'attesa del rimpatrio, era di circa 180-200 euro, v. EPRS, *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, 2020, p. 90. Secondo uno studio dell'EPRS del 2018, i costi annui stimati per l'Unione europea e gli Stati membri sono di 19.7-33.2 miliardi di euro per l'immigrazione irregolare ed il traffico degli esseri umani e di 11.8-17.7 miliardi di euro per le condizioni di vita e salute dei richiedenti asilo, compresi i costi correlati al trattenimento e ad una cattiva accoglienza, v. EPRS, *The Cost of non-Europe in Asylum Policy*, 2018, p. 28.

⁵⁹³ A tal proposito, v. *supra*, cap. II, par. 3.4 e *infra*, cap. III, par. 6.

4.2. La compatibilità del sistema con i diritti fondamentali

Il sistema del trattenimento ha un impatto rilevante sui diritti fondamentali dei richiedenti asilo e dei cittadini di paesi terzi irregolarmente presenti sul territorio dell'Unione.

Dalle lacune presenti nelle direttive ed emerse nel corso della trattazione e dalle numerose pronunce della Corte di giustizia, nonché dall'applicazione delle direttive negli Stati membri, emergono alcuni dubbi sulla capacità del sistema di tutelare adeguatamente i diritti fondamentali e sulla sua compatibilità con la Carta di Nizza e con la CEDU.

In particolare, problemi sono stati sollevarsi sull'ampiezza e la vaghezza di alcuni dei motivi del trattenimento, sulla durata del trattenimento e la possibilità di proroga, sulla possibilità di trattenimento negli istituti penitenziari e sul trattenimento dei minori. Sin dal 2008, la dottrina si è scagliata, in termini più o meno aspri, sulla scarsa tutela dei diritti fondamentali nella direttiva rimpatri, tanto da attribuirle l'appellativo di “direttiva della vergogna”⁵⁹⁴. Inoltre, le pronunce della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo e le denunce di altri organi internazionali, come il CPT, dimostrano che le condizioni di trattenimento, sia nei centri, che alle frontiere, non sono conformi ai diritti umani in molti Stati membri.

Nonostante la libertà sia un diritto fondamentale, il trattenimento degli stranieri viene sempre più frequentemente usato come una misura sistematica e di routine⁵⁹⁵. Gli stranieri vengono privati della propria libertà, in istituti penitenziari o in luoghi che poco diversi da questi ultimi, senza aver commesso alcun reato. Guardando il trattenimento con gli occhi di chi è sottoposto alla misura, essa appare come una pena ingiusta ed incomprensibile. Il trattenimento si configura come una “prigione di fatto” ma senza le garanzie di una vera prigione. Non essendo una

⁵⁹⁴ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 298; PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 35; v. *supra*, cap. I, par. 4.2.1.

⁵⁹⁵ COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, cit., p. 280.

misura di diritto penale, non richiede il rispetto di tutte le garanzie previste invece per i detenuti ordinari⁵⁹⁶.

Il trattenimento, così come disegnato dalla normativa vigente ed applicato negli Stati membri, non sempre tutela sufficientemente i diritti umani delle persone sottoposte alla misura.

5. Le prospettive di riforma della normativa in materia di asilo e migrazione dell'Unione europea e l'impatto sulle misure del trattenimento

Negli ultimi anni, è in atto il processo di riforma di quasi la totalità delle norme in materia di asilo e immigrazione, comprese anche le direttive disciplinanti il trattenimento. Consapevoli delle lacune della normativa e dell'aumento della pressione migratoria dal 2015, le istituzioni, a partire dalla Commissione, hanno intrapreso un percorso di revisione dell'intera disciplina.

Tale processo ha avuto inizio nel 2016, quando la Commissione ha proposto una serie di misure, tra cui la rifusione dell'attuale direttiva accoglienza. Ad essa è seguita la proposta di rifusione della direttiva rimpatri nel 2018. Infine, nel settembre del 2020 è stato adottato “*Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*”, che programma il lavoro di riforma dell'intera materia da attuare negli anni a venire.

5.1. Il trattenimento nella proposta di rifusione della direttiva accoglienza del 2016

La proposta di direttiva di rifusione sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale⁵⁹⁷ è stata adottata nel 2016. Oltre ad essa, nello stesso anno sono state adottate anche le proposte di modifica della direttiva qualifiche⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ Ibid; ad es., il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole e il principio del *ne bis in idem*.

⁵⁹⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), COM(2016) 465 final.

⁵⁹⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria e sul contenuto della protezione riconosciuta, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, COM (2016) 466 final.

e della direttiva procedure⁵⁹⁹, trasformate entrambe in regolamenti, è stata prevista l'istituzione di un'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo⁶⁰⁰ e la revisione del regolamento Dublino III⁶⁰¹. Il quadro di riforma mira quindi ad intervenire su tutta la disciplina del Sistema europeo comune di asilo⁶⁰².

Quanto alla proposta di rifusione della direttiva accoglienza, il suo obiettivo primario è quello di armonizzare ulteriormente le condizioni di accoglienza, in quanto ancora troppo mutevoli da uno Stato membro all'altro. In tal modo, la Commissione mira a scoraggiare i movimenti secondari verso quelli Stati membri in cui le condizioni di accoglienza sono migliori⁶⁰³.

Per quanto concerne la misura di trattenimento, la principale novità consiste nell'introduzione di un motivo aggiuntivo nel nuovo art. 8, par. 3, lett. c). Esso va letto in combinato disposto con l'art. 7 della proposta, ai sensi del quale gli Stati membri possono imporre ai richiedenti protezione internazionale la permanenza in un luogo determinato. L'obbligo di permanenza è giustificato da quattro ordini di ragioni: se necessario per motivi di interesse pubblico o ordine pubblico; al fine del trattamento rapido e del controllo efficace della domanda di protezione

⁵⁹⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2016) 467 final.

⁶⁰⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010, COM (2016) 271 final.

⁶⁰¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione), COM(2016) 270 final.

⁶⁰² Tra le proposte menzionate, alcune non sono andate in porto e sono state ritirate, come la proposta di regolamento COM(2016) 270 final, ritirata nell'aprile 2021, altre sono state modificate dal *nuovo patto*, altre ancora sono state riprese dal *nuovo patto* e sono in attesa di essere adottate.

⁶⁰³ Tra le novità principali, si segnalano la modifica della definizione di «*familiaris*» per includere anche i vincoli sorti dopo che il richiedente ha lasciato il proprio paese d'origine ma prima dell'arrivo nello Stato membro (art. 2, n. 3, proposta di direttiva, COM(2016) 465 final, che rinvia al regolamento qualifiche); la volontà di incentivare l'autosufficienza dei richiedenti protezione internazionale e le prospettive di integrazione, agevolando e anticipando l'accesso al mondo del lavoro (art. 15); la previsione di un monitoraggio e controllo delle norme operative e degli indicatori relativi alle condizioni di emergenza, da parte dell'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (art. 27).

internazionale⁶⁰⁴ o della procedura per identificare lo Stato competente ad esaminare tale domanda e per evitare che il richiedente si renda irreperibile⁶⁰⁵.

Il nuovo motivo di trattenimento prevede la possibilità di trattenere il richiedente a cui sia imposto di risiedere in un luogo determinato ma che non rispetti tale obbligo, se esiste il rischio che si renda irreperibile⁶⁰⁶. L'introduzione dell'obbligo di permanenza all'art. 7, a cui consegue il trattenimento in caso di non rispetto, sembra disegnato come uno "step" o una premonizione che precede il trattenimento stesso.

Considerando le conseguenze che possono derivare dalla fuga, viene introdotta anche una definizione di «*fuga*» e di «*rischio di fuga*»⁶⁰⁷.

Per quanto riguarda gli altri motivi di trattenimento, i presupposti dell'adozione e le garanzie procedurali, nonché le condizioni di trattenimento, la misura rimane essenzialmente invariata.

Un'altra modifica che viene proposta è l'eliminazione del riferimento alle «*persone vulnerabili*» e dell'elenco tassativo di persone così definite, sia nell'art. 11 che nell'art. 21 della direttiva rifusione. Ci si riferisce ora genericamente ai «*richiedenti con esigenze di accoglienza particolari*». La modifica permetterebbe di ampliare la platea di persone a cui riservare un trattamento più attento, attraendovi anche soggetti con bisogni particolari ma non vulnerabili.

Non viene però vietato il ricorso del trattenimento per i minori, come molti auspicavano⁶⁰⁸. La proposta sostituisce i termini «*ultima risorsa*» con «*ultima ratio*» e viene aggiunto il riferimento esplicito al diritto di istruzione.

Infine, un'ultima modifica concerne l'esclusione dal campo di applicazione della direttiva dei richiedenti che devono essere trasferiti in un altro Stato membro

⁶⁰⁴ Questi due sono presenti nell'art. 7, par. 2, dir. 2013/33/UE, ma il mancato rispetto dell'obbligo non aveva come conseguenza il trattenimento.

⁶⁰⁵ Per il rischio di irreperibilità, v. art. 7, par. 2, lett. *d*), proposta di direttiva, COM(2016) 465 final. I motivi di cui alle lett. *a*, *b* e *c*) si ripetono anche nell'art. 8, mentre la ratio delle lett. *c*) e *d*) è quella di scoraggiare i movimenti secondari.

⁶⁰⁶ Il richiedente deve essere informato dell'obbligo in questione e delle conseguenze del mancato adempimento. L'informazione dell'adozione della decisione, dei motivi e delle procedure di ricorso, deve avvenire immediatamente e per iscritto, v. art. 7, par. 8, proposta di direttiva, COM(2016) 465 final.

⁶⁰⁷ Art. 2, nn. 10 e 11, proposta di direttiva, COM(2016) 465 final.

⁶⁰⁸ V. *supra*, cap. II, par. 3.4.4.1.

ai sensi del regolamento Dublino⁶⁰⁹. Coloro che si trovano in uno Stato membro diverso da quello competente ad esaminare la sua domanda, in attesa del trasferimento, e quindi anche nel caso di trattenimento, non saranno più concesse le stesse condizioni di accoglienza, salvo quanto concerne il diritto ad un livello di vita dignitoso, l'assistenza sanitaria⁶¹⁰ e, per i minori, l'accesso alle attività educative.

In definitiva, la proposta di riforma non prevede un grande stravolgimento della disciplina vigente. L'obiettivo principale della Commissione, che emerge dalla relazione che accompagna la proposta, è quello di scoraggiare i movimenti secondari, mirando ad una ripartizione più equa dei richiedenti tra i vari Stati membri. Non sembra in generale che si vada in direzione di una maggior tutela dei richiedenti protezione internazionale per quanto riguarda il trattenimento, se non per quanto concerne la modifica sui richiedenti con esigenze di accoglienza particolari.

Dopo cinque anni, la proposta non è ancora concretizzata, ma è ripresa come base di partenza dal *nuovo patto* del 2020⁶¹¹. È tuttavia possibile che prima della sua adozione siano introdotte ulteriori modifiche ed emendamenti.

5.2. *Il trattenimento nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri del 2018*

La “seconda tappa” del percorso di riforma della normativa in materia di asilo e migrazione ha previsto l’adozione di una proposta di rifusione della direttiva rimpatri nel 2018⁶¹².

La Commissione, nella relazione che accompagna la proposta, osserva come gli studi e l’analisi della prassi degli Stati membri hanno portato alla luce il fatto che la normativa vigente fosse poco efficace. D’altronde, che la disciplina in materia di rimpatri fosse lacunosa e che non tutelasse a sufficienza i diritti

⁶⁰⁹ Art. 17-bis, proposta di direttiva, COM(2016) 465 final.

⁶¹⁰ Art. 18, proposta di direttiva, COM(2016) 465 final.

⁶¹¹ Comunicazione della Commissione, Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo, COM(2020) 609 final, par. 2.

⁶¹² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM(2018) 634 final.

fondamentali dei rimpatriandi era stato evidenziato dalla dottrina sin dalla sua adozione⁶¹³. Inoltre, al di là delle critiche pregresse, in dieci anni la situazione fattuale è notevolmente mutata e la pressione migratoria complessiva dell’Unione europea è incrementata.

Lo scopo primario a cui mira la proposta del 2018 è quello di attuare una politica di rimpatri più efficace. Con essa, sono state predisposte altre misure miranti allo stesso fine, fra cui il potenziamento di Frontex⁶¹⁴, e l’obiettivo di una maggior cooperazione con i paesi terzi, tramite l’attuazione degli accordi di rimpatrio e di riadmissione conclusi dall’Unione.

Per quanto riguarda il trattenimento, disciplinato dal nuovo art. 18, vi sono novità rilevanti⁶¹⁵.

Innanzitutto, viene eliminata la parola «*soltanto*» collegata alla finalità del trattenimento per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento⁶¹⁶. In tal modo, si permette esplicitamente agli Stati membri di aggiungere ulteriori motivi di trattenimento⁶¹⁷.

In secondo luogo, viene aggiunto anche in questa proposta un nuovo motivo di trattenimento⁶¹⁸. Esso consiste nel trattenimento dei cittadini di paesi terzi soggiornanti irregolarmente in Unione europea che costituiscono una minaccia per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sicurezza nazionale. Si tratta di un

⁶¹³ V. *supra*, cap. II, par. 4.1.

⁶¹⁴ Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

⁶¹⁵ Tra le altre novità, si segnalano l’adozione di una decisione di rimpatrio immediatamente dopo la fine del soggiorno regolare o dopo il rigetto della domanda di protezione internazionale (art. 8, proposta di direttiva COM(2018) 634 final); i nuovi termini per la partenza volontaria e la possibilità di negarli in alcuni casi (art. 9); la possibilità di emettere un divieto di ingresso anche alla frontiera e anche senza aver prima adottato una decisione di rimpatrio (art. 13); una gestione più efficace dei rimpatri (art. 14); una nuova disciplina per i ricorsi, con l’unica novità in senso garantistico di imporre il ricorso davanti ad un’autorità giudiziaria e non amministrativa (art. 16).

⁶¹⁶ Ai sensi dell’art. 15, par. 1, dir. 2008/115/CE «*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*».

⁶¹⁷ Considerando anche l’uso dell’espressione «*in particolare*», art. 18, proposta di direttiva COM(2018) 634 final; PEERS S., *Lock ‘em up: the proposal to amend the EU’s Returns Directive*, in *EU Law Analysis*, 12 settembre 2018, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/09/lock-em-up-proposal-to-amend-eus.html>; cfr. *supra*, cap. II, par. 2.4.2.

⁶¹⁸ V. considerando n. 20 e art. 18, par. 1, proposta di direttiva COM(2018) 634 final.

motivo già presente nella direttiva 2013/33/UE⁶¹⁹ e che la Corte di giustizia ha interpretato restrittivamente⁶²⁰.

Una modifica destinata ad avere grande impatto sui presupposti del trattenimento è la nuova definizione del rischio di fuga dell'art. 6. Esso introduce un elenco comune, non esaustivo, di criteri obiettivi che possono determinare l'esistenza del rischio di fuga⁶²¹.

Quanto al periodo massimo di trattenimento, la Commissione ritiene che l'adozione, da parte di vari Stati, di periodi più brevi dei sei mesi concessi dalla direttiva, rischia di ostacolare l'efficacia dei rimpatri. Per tale motivo, lasciando inalterato il termine massimo di sei mesi iniziali, prorogabili fino ad un massimo di diciotto mesi, la proposta di direttiva impone alla legislazione nazionale di prevedere un termine massimo non inferiore a tre mesi⁶²². Tale periodo è infatti ritenuto il tempo minimo adeguato per portare a termine le procedure di rimpatrio e la riammissione nei paesi terzi.

Per quanto concerne le altre norme procedurali e sostanziali sul trattenimento, la normativa rimane inalterata anche in questo caso.

Rilevante per il trattenimento è infine la nuova procedura di frontiera prevista all'art. 22 della proposta di direttiva, ripresa dal *nuovo patto*⁶²³ e che sarà analizzata con esso.

È da segnalare poi l'introduzione di un obbligo di cooperare con le autorità nazionali per il cittadino di un paese terzo⁶²⁴. Il mancato rispetto dell'obbligo di cooperazione costituisce uno dei criteri in cui si identifica il rischio di fuga e, di conseguenza, può portare al trattenimento⁶²⁵.

⁶¹⁹ Art. 8, par. 3, let. e), dir. 2013/33/UE.

⁶²⁰ Corte di giustizia, *J.N.*, causa C-601/15 PPU.

⁶²¹ V. anche considerando n. 11, proposta di direttiva COM(2018) 634 final; sul rischio di fuga nella dir. 2008/115/CE, v. *supra*, cap. II, par. 2.4.2.

⁶²² Considerando n. 29 e art. 18, par. 5, proposta di direttiva COM(2018) 634 final. Rimane ferma tuttavia la necessità che nel caso concreto, il trattenimento debba essere il più breve possibile e mantenuto solo per il periodo necessario ad eseguire l'allontanamento.

⁶²³ V., *infra*, cap. II, par. 5.3.

⁶²⁴ Art. 7, proposta di direttiva COM(2018) 634 final.

⁶²⁵ PALLADINO R., *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, I Post di AISDUE, 2020, *aisdue.eu*, p. 71.

Nel complesso, la proposta di rifusione non sembra risolvere molte delle lacune presenti nella direttiva 2008/115/CE ma, al contrario, alcune modifiche potrebbero portare ad un uso più frequente del trattenimento.

Fra le novità che rischiano di incrementare l'uso del trattenimento vi è l'elenco dei criteri obiettivi che possono determinare la sussistenza del rischio di fuga⁶²⁶. La volontà di porre fine ad interpretazioni distorte e variabili da uno Stato membro all'altro della nozione di «rischio di fuga» è compromessa dall'ampiezza e dalla non esaustività dell'elenco⁶²⁷. La lista è lunghissima, comprendendo ben sedici motivi⁶²⁸, di cui gli ultimi quattro costituiscono una presunzione relativa per l'esistenza del rischio di fuga⁶²⁹. Inoltre, tra le fattispecie elencate dall'art. 6 ve ne sono alcune comuni praticamente ad ogni immigrato irregolare, come ad esempio l'ingresso irregolare nel territorio degli Stati membri o la mancanza di domicilio, di fissa dimora o di un indirizzo affidabile. Una declinazione così ampia del rischio di fuga mal si concilia con il principio per cui il trattenimento deve essere l'ultima misura possibile⁶³⁰. Al contrario, l'effetto potrebbe essere quello di far diventare il trattenimento una misura diffusa ed usata in modo sistematico nei confronti di tutti i rimpatriandi⁶³¹.

Inoltre, la proposta non risolve altri problemi sollevati con riguardo alla direttiva del 2008: non è stato ridotto il termine massimo di trattenimento, ma anzi,

⁶²⁶ La relazione della Commissione LIBE del 2020 propone di sopprimere l'elenco sul rischio di fuga dell'art. 6 della proposta, v. progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM(2018) 634, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, 21 febbraio 2020.

⁶²⁷ PALLADINO R., *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, cit., p. 67.

⁶²⁸ PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 45; PEERS S., *Lock 'em up: the proposal to amend the EU's Returns Directive*, cit.

⁶²⁹ Si tratta dei seguenti motivi: *m*) uso di documenti d'identità falsi o contraffatti, distruzione o eliminazione di documenti esistenti, ovvero rifiuto di fornire le impronte digitali come richiesto dal diritto dell'Unione o nazionale; *n*) opposizione violenta o fraudolenta all'operazione di rimpatrio; *o*) inadempimento di una misura diretta a evitare il rischio di fuga di cui all'articolo 9, paragrafo 3; *p*) inosservanza di un divieto d'ingresso in vigore.

⁶³⁰ È da sottolineare però che i criteri che indicano il rischio di fuga sono indicativi, non determinati, e la presenza di uno di esso criteri non genera un automatismo per la determinazione del rischio di fuga, né tantomeno per il trattenimento, v. PALLADINO R., *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, cit., p. 68; cfr. Corte di giustizia, *Md Sagor*, causa C-430/11, punto 41.

⁶³¹ Ivi, pp. 67 e 68; PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 46; PEERS S., *Lock 'em up: the proposal to amend the EU's Returns Directive*, cit.

si impone agli Stati un minimo di tre mesi; non vi è nessun riferimento al divieto di trattenimento per minori, soprattutto dei minori non accompagnati; a differenza della proposta di rifusione della direttiva accoglienza del 2016, non c'è nessuna novità in riferimento al trattenimento delle persone vulnerabili⁶³²; si prevede l'obbligo di cooperazione e non si esplicita il diritto ad essere sentiti prima della decisione di rimpatrio e di trattenimento⁶³³.

In sostanza, l'uso del trattenimento potrebbe aumentare ed alcune modifiche rischiano di avere un grave impatto sui diritti fondamentali e rendere la posizione degli immigrati irregolari ancora più fragile. L'obiettivo trasversale e prioritario, ripreso anche dal *nuovo patto*, è quello di rafforzare l'efficacia dei rimpatri e scoraggiare al massimo l'immigrazione irregolare. La proposta non sembra incidere su cui motivi che hanno impedito alla direttiva 2008/115/CE di raggiungere il suo scopo e prevedere un sistema trasparente ed efficace di rimpatri⁶³⁴. Tuttavia, per fornire un quadro completo, è necessario prendere in considerazione anche gli altri strumenti proposte nel *nuovo patto* e vedere come saranno poi concretizzati dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

5.3. Il trattenimento nel nuovo patto sulla migrazione e l'asilo

Nel settembre del 2020, la Commissione europea ha adottato *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*⁶³⁵. Il patto stabilisce le linee programmatiche e gli obiettivi per l'azione dei prossimi anni e si prefigge di riscrivere interamente la materia. Comprende infatti nove proposte di atti normativi che toccano tutti i

⁶³² La disciplina dell'art. 20, proposta di direttiva COM(2018) 634 final, che sostituisce l'art. 17, DIR. 2008/115/CE, rimane limitata alla disciplina del trattenimento dei minori.

⁶³³ La relazione della Commissione LIBE 2020 propone di sostituire l'obbligo di cooperazione con un "obbligo di cooperazione reciproca" tra il rimpatriando e le autorità preposte al rimpatrio, che comprende anche l'obbligo di informazione da parte degli Stati membri su tutte le fasi della procedura ed il diritto di essere ascoltati, cfr. Corte di giustizia, *Boudjlida*, cit.; PALLADINO R., *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, cit., p. 76.

⁶³⁴ PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, cit., p. 47.

⁶³⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, COM (2020) 609 final.

settori: migrazione, asilo, integrazione e gestione delle frontiere⁶³⁶. Lo scopo è la creazione di un quadro europeo nuovo e duraturo per gestire le politiche e i fenomeni migratori, capace di adattarsi sia alle sfide dei tempi normali, che alle situazioni di crisi e di pressione. Il *nuovo patto* prevede anche un miglior coordinamento tra le norme sull'asilo e sull'immigrazione irregolare.

Per quanto concerne il trattenimento, la Commissione conferma le summenzionate proposte del 2016 e del 2018 ed invita il Parlamento europeo ed il Consiglio ad adottarli. Pur non essendovi interventi diretti sul trattenimento, numerose novità prospettate andranno ad impattare in modo indiretto sulla misura.

Una prima novità riguarda le procedure di frontiera, sia per l'asilo che per il rimpatrio, che sono disciplinate congiuntamente⁶³⁷. La prima fase consiste in uno *screening* all'ingresso, da effettuare entro cinque giorni, per accelerare il processo di determinazione dello *status* dei richiedenti o migranti irregolari ed il tipo di procedura da applicare⁶³⁸. In caso di domande con scarsa probabilità di successo, si applica una procedura accelerata per l'esame della domanda, della durata di dodici settimane⁶³⁹. Se la domanda è respinta, si procede subito con l'avvio della procedura di rimpatrio alla frontiera⁶⁴⁰.

Tutte le fasi appena descritte sono suscettibili di avere implicazioni sulla libertà personale.

La proposta per il regolamento sugli accertamenti non obbliga a trattenere coloro che sono sottoposti agli accertamenti preliminari all'ingresso, ma richiede agli Stati membri di non far entrare tali persone nel territorio dell'Unione⁶⁴¹. Di

⁶³⁶ In alcuni casi, si tratta di riprendere le proposte del 2016 e del 2018, eventualmente con qualche emendamento, mentre in altri casi, vengono fatte proposte completamente nuove.

⁶³⁷ Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, COM(2020) 611 final; Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM(2020) 612 final.

⁶³⁸ Art. 3, proposta di regolamento COM(2020) 612 final.

⁶³⁹ Art. 41, proposta modificata di regolamento, COM(2020) 611 final.

⁶⁴⁰ La procedura di rimpatrio alla frontiera era già prevista dall'art. 22, proposta di direttiva COM(2018) 634 final.

⁶⁴¹ Considerando n. 12 e art. 4, proposta di regolamento COM(2020) 612 final.

conseguenza, la necessità e le modalità del trattenimento sono rimessi alla discrezionalità degli Stati membri⁶⁴².

Durante le dodici settimane della procedura accelerata per l'esame della domanda di protezione internazionale, il richiedente non ha diritto di entrare nello Stato membro ed è possibile il trattenimento ai sensi dell'attuale art. 8, lett. *d*), della direttiva 2013/33/UE⁶⁴³.

Per quanto riguarda infine il nuovo meccanismo della procedura di rimpatrio alla frontiera, ai sensi dell'art. 41, si distinguono due ipotesi. Quanto alla prima, nel caso in cui il cittadino di un paese terzo è già trattenuto ai sensi dell'art. 8, par. 3, lett. *d*), della direttiva 2013/33/UE, nell'ambito della procedura di frontiera prevista dalle norme sull'asilo, può essere mantenuto in stato di trattenimento, per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento⁶⁴⁴. Quanto alla seconda ipotesi, coloro che non sono già trattenuti in base alle norme sull'asilo, possono essere posti in stato di trattenimento per i motivi previsti dalla direttiva rimpatri⁶⁴⁵. In entrambi i casi, la persona non può essere trattenuta per più di dodici settimane, periodo che è compreso nel termine massimo di diciotto mesi della direttiva rimpatri, nel caso in cui il soggetto continui ad essere trattenuto successivamente se l'allontanamento non viene eseguito entro le dodici settimane⁶⁴⁶.

Per quanto concerne la disciplina della determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda, si prevede la sostituzione dell'attuale regolamento Dublino III con il regolamento sulla gestione dell'asilo e

⁶⁴² Considerando n. 12, proposta di regolamento COM(2020) 612 final; relazione alla Proposta di regolamento COM(2020) 612 final, par. 2; CORNELISSE G., *The Pact and Detention: An Empty Promise of 'certainty, clarity and decent conditions'*, in *EU migration law blog*.

⁶⁴³ Considerando 40 (*septies*), proposta modificata di regolamento COM(2020) 611 final; CORNELISSE G., *The Pact and Detention: An Empty Promise of 'certainty, clarity and decent conditions'*, cit.

⁶⁴⁴ Considerando n. 40 (*decies*) e art. 41-bis, proposta modificata di regolamento, COM(2020) 611 final.

⁶⁴⁵ Ibid.

⁶⁴⁶ Nella proposta di rifusione della direttiva rimpatri del 2018 il termine di trattenimento per le procedure di rimpatrio alla frontiera era di 4 mesi e non era specificato il fatto che esso fosse compreso nel termine massimo di 18 mesi, v. considerando n. 36 e art. 22, proposta di direttiva COM(2018) 634 final.

dell’immigrazione⁶⁴⁷. In generale, la proposta mantiene il principio del paese di primo ingresso, ma vengono introdotti nuovi meccanismi di solidarietà, quali la ricollocazione e la sponsorizzazione del rimpatrio⁶⁴⁸. Per il trattenimento finalizzato al trasferimento⁶⁴⁹, l’unica modifica consiste nell’eliminazione dell’aggettivo «*notevole*» connesso al rischio di fuga, rendendo quindi meno stringente il requisito⁶⁵⁰.

Quando alle intenzioni presentate dal *nuovo patto* per quanto concerne il rimpatrio, si prevede l’istituzione di un sistema europeo comune per i rimpatri⁶⁵¹. Per realizzarlo, ci si basa sulla proposta di rifusione della direttiva rimpatri del 2018, il sostegno operativo di Frontex ed una maggior cooperazione con i paesi terzi in materia di rimpatri e riammissione. Inoltre, la Commissione prevede di nominare al suo interno un coordinatore dei rimpatri, coadiuvato da una rete ad alto livello per i rimpatri, con lo scopo di fornire assistenza tecnica per il rimpatrio.

La Commissione propone anche un regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore⁶⁵². In situazione di crisi⁶⁵³, è possibile apportare deroghe alle normali procedure di asilo e rimpatri alla frontiera. In questi casi, la durata di dodici settimane delle procedure di frontiera, e con essa il trattenimento disposto in tale contesto, può essere prorogata per un periodo ulteriore di massimo otto settimane⁶⁵⁴.

⁶⁴⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell’asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione], COM(2020) 610 final.

⁶⁴⁸ La sponsorizzazione dei rimpatri permetterebbe ad uno Stato membro di fare da “sponsor” per il rimpatrio di un cittadino di paese terzo, assumendosi la responsabilità del rimpatrio qualora lo Stato membro che dovrebbe essere competente ad effettuarlo non vi riesca entro un determinato termine. Si tratta di un meccanismo volontario, tranne in casi di situazioni eccezionali, v. art. 55, proposta di regolamento COM(2020) 610 final.

⁶⁴⁹ Considerando n. 59 e art. 34, proposta di regolamento COM(2020) 610 final.

⁶⁵⁰ Invece di «*rischio notevole di fuga*» dell’attuale art. 28, reg. (UE) n. 604/2013 è previsto solo «*rischio di fuga*» nell’art. 34, proposta di regolamento COM(2020) 610 final.

⁶⁵¹ Comunicazione della Commissione, Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo, COM(2020) 609 final, par. 2.5.

⁶⁵² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell’asilo, COM(2020) 613 final.

⁶⁵³ V. definizione art. 1, proposta di regolamento, COM(2020) 613 final.

⁶⁵⁴ Considerando n. 18 e art. 5, par. 1, lett. *a*) e *b*), proposta di regolamento, COM(2020) 613 final. Inoltre, può avere effetti sul trattenimento anche il fatto che, oltre alle ipotesi di cui all’art. 6 rifusione della direttiva rimpatri, in situazioni di crisi, la presunzione relativa sulla sussistenza del rischio di

Infine, altre misure di contorno potranno avere un effetto sull'uso della misura del trattenimento, come ad esempio la costituzione dell'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo, il rafforzamento dell'Agenzia Frontex⁶⁵⁵ e la prevenzione dell'immigrazione illegale, tramite l'aumento delle vie di accesso legale⁶⁵⁶, l'aiuto ai paesi terzi⁶⁵⁷ ed una maggior incentivare la collaborazione con partner internazionali⁶⁵⁸.

5.4. Il nuovo patto e i suoi possibili effetti sull'uso del trattenimento e sui diritti fondamentali degli stranieri trattenuti

A seguito dell'analisi della disciplina vigente e delle proposte del *nuovo patto*, resta da domandarsi se quest'ultimo possa risolvere le lacune e le problematiche della normativa vigente in tema di trattenimento.

Gli obiettivi che la Commissione si fissa, sembrano lungimiranti e ambiziosi, avendo come scopo quello di limitare l'immigrazione irregolare, favorire l'accoglienza e aumentare i canali legali di ingresso. Nonostante tali volontà dichiarate, il nuovo quadro proposto nel 2020 non rappresenta una “rivoluzione copernicana”⁶⁵⁹. Il patto infatti, più che una vera e propria riforma, consiste in un modo per sbloccare alcune proposte rimaste ferme⁶⁶⁰ e, dal punto di vista sostanziale, è stato definito in dottrina come un «*puzzle le cui tessere sono state scomposte e posizionate altrove, secondo un diverso ordine*»⁶⁶¹ o un «*patchwork di misure poco organiche ed incomplete*»⁶⁶².

fuga è prevista anche in caso di dichiarazione esplicita dell'intenzione di non collaborare con le misure di rimpatrio e per il manifesto e persistente inadempimento dell'obbligo di collaborare, v. art. 5, par. 1, lett. c), proposta di regolamento, COM(2020) 613 final

⁶⁵⁵ Regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea.

⁶⁵⁶ Comunicazione della Commissione, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM(2020) 609 final, par. 6.6.

⁶⁵⁷ Ivi, par. 6.2.

⁶⁵⁸ Ivi, par. 6.

⁶⁵⁹ DE PASQUALE P., *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, 2020, *aisdue.eu.*, p. 11.

⁶⁶⁰ PEERS S., *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020.

⁶⁶¹ FAVILLI C.; *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: “c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico”*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020, par. 2.

⁶⁶² DE PASQUALE P., *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, cit., p. 3.

Il motivo principale dell'incompiuta rivoluzione è la difficoltà di trovare un compromesso tra le diverse esigenze e i diversi punti di vista degli Stati membri. Se infatti vi è un accordo comune sulla necessità di una riforma, non si può dire lo stesso per quanto riguarda il *quid* e il *quomodo* della stessa⁶⁶³. Di conseguenza, per cercare di trovare un accordo condiviso, è stato necessario ridimensionare la lungimiranza delle riforme.

Vi sono problemi che rimangono irrisolti e una serie di misure proposte che potrebbero incrementare l'uso del trattenimento.

In primo luogo, come già osservato, la conferma delle proposte delle rifusioni della direttiva accoglienza del 2016 e rimpatri del 2018, comporterebbero entrambe un aumento dell'uso delle misure di trattenimento⁶⁶⁴.

In secondo luogo, le nuove procedure di frontiera porterebbero all'aumento delle persone trattenute alla frontiera o in prossimità di essa, nonché a numerose "detenzioni di fatto" in tali luoghi. Infatti, anche qualora non sia disposto il trattenimento ai sensi del diritto dell'Unione i cittadini di paesi terzi non possono entrare nello Stato membro e, di conseguenza, rimangono "bloccati" ai confini, sia durante lo *screening*, che durante le procedure di asilo e di rimpatrio alla frontiera⁶⁶⁵. Il meccanismo ricorda l'approccio *hotspot*, che verrebbe così esteso a tutti gli Stati membri⁶⁶⁶.

Anche per quanto riguarda il sistema Dublino, l'eliminazione del regolamento è in realtà solo formale. Nel complesso, vengono rafforzati i controlli e limitati gli ingressi e ai movimenti secondari, ma non viene eliminato il criterio dello Stato di primo arrivo⁶⁶⁷. Di conseguenza, è prevedibile che i trasferimenti da uno Stato membro all'altro non diminuiranno e, con essi, neppure le misure di trattenimento a ciò finalizzate.

⁶⁶³ Ibid.

⁶⁶⁴ Entrambe le proposte aggiungono un motivo di detenzione, la direttiva rimpatri inoltre amplia la nozione di rischio di fuga e prevede una riduzione dei rimpatri volontari e una compressione del principio di proporzionalità e delle garanzie giuridiche comuni; v. *supra*, cap. II, parr. 5.1 e 5.2; PEERS S., *First analysis of the EU's new asylum proposals*, cit.; PALLADINO R., *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, cit., p. 75.

⁶⁶⁵ Cfr. Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit.

⁶⁶⁶ Sull'approccio *hotspots*, v. *infra*, cap. III, par. 4.2.

⁶⁶⁷ DE PASQUALE P., *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, cit., p. 11.

Inoltre, anche per quanto riguarda i nuovi meccanismi di solidarietà, il ricollocamento e la sponsorizzazione del rimpatrio sono su base volontaria e non sono previste sanzioni per gli Stati membri che si rifiutano di partecipare⁶⁶⁸.

Infine, non si prevede un aumento delle vie di ingresso legali. La mancanza di disciplina sulla migrazione economica e l'azzeramento delle possibilità di entrare per lavoro in Unione europea, sono tra le prime cause di immigrazione irregolare⁶⁶⁹. Senza canali di ingresso legali, l'afflusso di immigrati irregolari e richiedenti protezione internazionale non diminuirà e con sé, non diminuiranno le misure di trattenimento⁶⁷⁰.

Il patto presenta tuttavia anche alcune novità che protendono verso una maggior tutela dei diritti fondamentali. Fra questi, la possibilità dei rifugiati e di coloro che hanno richiesto protezione sussidiaria di ottenere prima un permesso di soggiorno di lunga durata, una più ampia definizione della nozione di «famiglia»⁶⁷¹, l'aggiunta del diploma conseguito in uno Stato membro tra i criteri di Dublino⁶⁷², la proposta di soluzioni per prevenire ed anticipare le crisi⁶⁷³.

È significativo l'impegno e la volontà di cambiare prospettiva e riscrivere il diritto dell'asilo e dell'immigrazione dell'Unione europea, in nome di una maggior solidarietà basata su azioni concordate e convergenti⁶⁷⁴. Si auspica però che tali propositi siano seguiti da interventi concreti e da una maggior attenzione alla tutela dei diritti umani in sede di ridiscussione delle proposte da parte del Parlamento e

⁶⁶⁸ In particolare, per quanto riguarda la sponsorizzazione dei rimpatri, è stato osservato che questa non sia un meccanismo adeguato per aumentare l'efficacia dei rimpatri e di conseguenza diminuire il numero di persone trattenute, per De Pasquale, si tratta di un «meccanismo eccessivamente complesso e veicolato da una serie di incognite e condizioni che pongono seri dubbi sulla sua effettiva efficacia e sulla sua reale utilità», v. DE PASQUALE P., *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, cit., p. 9 e 11; mentre Peers evidenzia come la sponsorizzazione dei rimpatri non funzionerebbe, se non in quei paesi che come la Francia hanno capacità di pressione sui paesi terzi che devono accettare le persone rimpatriate, v. PEERS S., *First analysis of the EU's new asylum proposals*, cit.

⁶⁶⁹ FAVILLI C.; *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, cit., par. 2.

⁶⁷⁰ DE PASQUALE P., *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, cit., p. 12.

⁶⁷¹ Art. 2, lett. g), proposta di regolamento COM(2020) 610 final comprende i fratelli del richiedente e legami familiari sorti durante il viaggio. L'estensione della nozione di familiari era già prevista anche all'art. 2, n. 3, proposta di direttiva, COM(2016) 465 final

⁶⁷² Art. 20, proposta di regolamento COM(2020) 610 final.

⁶⁷³ DE PASQUALE P., *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, cit., p. 12.

⁶⁷⁴ Ivi, p. 3.

del Consiglio. Non sarà semplice trovare il giusto bilanciamento tra le esigenze dei diversi Stati membri e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini di paesi terzi. Il lavoro richiederà impegno da parte di tutte le istituzioni e tutti i governi.

Come evidenziato anche dalla stessa Commissione, la risoluzione del problema non può passare solo dalle vie legali, ma per lo sviluppo di determinare normative è necessario anche un lavoro sul piano culturale e sociale⁶⁷⁵. Una profonda riforma del diritto dell'asilo e dell'immigrazione dell'Unione europea sarà possibile solo in un'Unione europea aperta, accogliente e capace di affrontare le sfide di un fenomeno secolare ma in continua evoluzione, come quello della migrazione.

⁶⁷⁵ Comunicazione della Commissione, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM(2020) 609 final, par. 8.

CAPITOLO III

LA COMPATIBILITÀ

DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

AGLI OBBLIGHI POSTI DALL'UNIONE

EUROPEA IN MATERIA DI

TRATTENIMENTO DEGLI STRANIERI

1. Introduzione

Per raggiungere gli obiettivi che si prefiggono, le direttive dell'Unione europea richiedono un intervento da parte degli Stati membri¹. In materia di trattenimento, il legislatore italiano è chiamato a conformarsi agli obblighi posti dalla direttiva rimpatri e dalla direttiva accoglienza.

Il presente capitolo ha lo scopo di esaminare la compatibilità dell'ordinamento giuridico italiano agli obblighi posti dalle norme dell'Unione europea in materia di trattenimento, in precedenza esaminati.

Il trattenimento degli stranieri è una misura molto diffusa in Italia, sia a causa del numero di cittadini di paesi terzi che ogni anno lo Stato si trova a dover accogliere o respingere, sia a causa dell'applicazione che viene fatta dall'istituto.

Nel contesto dell'ordinamento italiano, ci si riferisce alla misura del trattenimento anche come “detenzione amministrativa”². Tale appellativo esprime

¹ Art. 288, TFUE.

² Il termine deriva dal francese “rétention administrative”, PUGIOTTO A., *La galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 573.

allo stesso tempo la sua componente afflittiva, in quanto misura limitativa della libertà personale, e la sua distanza dalle misure tipiche del diritto penale. Si tratta, sostanzialmente, di una “detenzione senza reato”³.

Nell’analizzare la normativa italiana, alla luce del diritto dell’Unione europea, saranno riportati, in primo luogo, i principi costituzionali che, insieme alle norme dell’Unione europea e al diritto internazionale, forniscono la cornice entro cui agisce il legislatore italiano.

In secondo luogo, si tratterà della normativa italiane in materia di trattenimento e del recepimento delle direttive dell’Unione europea. In particolare, le fonti che disciplinano la detenzione amministrativa sono il Testo Unico sull’immigrazione (decreto legislativo n. 286 del 1998) e il decreto legislativo n. 142 del 2015, con le modifiche apportate nel corso degli anni.

In terzo luogo, sarà esaminata la compatibilità della normativa italiana agli obblighi posti dal diritto dell’Unione europea e dalla Costituzione italiana.

Infine, saranno analizzate le condizioni di vita e il rispetto dei diritti umani all’interno dei Centri di permanenza per il rimpatrio e degli altri luoghi di trattenimento in Italia.

2. I principi costituzionali rilevanti in materia di trattenimento degli stranieri, in particolare l’art. 13 della Costituzione

Il legislatore italiano è vincolato al rispetto degli obblighi posti dal diritto dell’Unione europea e dal diritto internazionale, come sancito anche dall’art. 117, comma 1, della Costituzione.

Per quanto riguarda i diritti fondamentali dello straniero, nel disciplinare la materia del trattenimento, il legislatore italiano si muove all’interno di un quadro che comprende sia vincoli posti dal legislatore di Bruxelles e dal diritto internazionale, sia quelli posti dalla sua Legge Fondamentale. La Costituzione italiana prevede infatti alcuni diritti che devono essere garantiti anche ai cittadini di paesi terzi, fra cui vi è l’art. 13 che sancisce l’inviolabilità della libertà personale.

³ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 13.

Per questo, precedentemente all'esame della normativa italiana in materia di trattenimento e alla valutazione della loro conformità agli obblighi posti dal diritto dell'Unione europea, è necessario delineare brevemente il quadro dei principi rilevanti in materia contenuti nella Costituzione italiana.

2.1. I diritti fondamentali dello straniero nella Costituzione italiana

L'art. 10 della Costituzione italiana tratta della condizione giuridica dello straniero e del diritto d'asilo.

Il comma 3 garantisce il diritto di asilo allo straniero al quale è impedito nel Paese d'origine l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione.

Ai sensi dell'art. 10, comma 2, Cost., «*la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali*». Con tali parole, il Costituente ha posto due vincoli per quanto riguarda la condizione dello straniero: uno di natura formale, ossia la riserva di legge, e l'altro di natura sostanziale, consistente nell'obbligo di conformarsi alle norme e ai trattati internazionali.

Quanto al vincolo formale, l'art. 10, comma 2, Cost. impone che la condizione giuridica dello straniero, tutte le situazioni di cui è destinatario o beneficiario, devono essere disciplinate da una legge o da un atto avente forza di legge. Si tratta di una riserva di legge di natura relativa e rinforzata, che obbliga il legislatore a prevedere norme che garantiscono lo straniero da possibili arbitrii dell'amministrazione⁴.

Quanto al vincolo sostanziale, anche le norme internazionali sulla condizione degli stranieri di cui all'art. 10, comma 1, Cost. entrano a comporre il sistema delle fonti in materia di *status* dello straniero.

Nella Costituzione non vi sono altri articoli, al di là dell'art. 10, dedicati agli stranieri. Nonostante ciò, l'art. 2 della Cost. impone allo Stato di riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo a tutti, compresi gli stranieri, i quali godono di diritti in quanto esseri umani, in virtù del principio personalistico. Basandosi

⁴ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 34.

sull'art. 2 Cost., la giurisprudenza ha stabilito che, nonostante l'art. 3 Cost. sul principio di uguaglianza si riferisca solo ai cittadini, esso può applicarsi anche allo straniero quando si tratta di rispettare i diritti fondamentali⁵.

All'interno della Costituzione vi sono poi alcuni diritti e libertà che non si riferiscono nello specifico al cittadino, ma a chiunque, in quanto persona umana e quindi godibile anche da chi non sia cittadino italiano. Il dato testuale permette di estendere agli stranieri, per quanto rilevante per il tema, l'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.)⁶, il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e le tutele giurisdizionali (art. 111 e dall'art. 113 Cost.).

2.2. Trattenimento dello straniero e libertà personale: l'art. 13 della Costituzione e la sentenza n. 105 del 2001 della Corte Costituzionale

Fra i diritti che l'ordinamento riconosce a chiunque, compresi i cittadini non italiani, vi è l'art. 13 della Costituzione, il quale sancisce l'inviolabilità della libertà della persona, sia fisica che psichica.

L'art. 13 Cost., per l'adozione di misura limitative della libertà personale, richiede il rispetto della doppia riserva di legge e di giurisdizione.

Quanto alla prima riserva, essa dispone che la libertà possa essere limitata solo nei casi e nei modi previsti dalla legge⁷. Si tratta di una riserva di legge assoluta, che richiede pertanto una disciplina dettagliata da parte del legislatore.

Quanto al secondo vincolo, esso impone che sia solo l'autorità giudiziaria, con atto motivato, a poter limitare diritti e libertà nell'applicazione delle singole fattispecie concrete. La riserva di giurisdizione si ricollega anche alle altre garanzie giurisdizionali previste in caso di limitazioni della libertà personale, quali l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali e la possibilità di ricorso in Cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale per violazione di legge,

⁵ Corte Cost., sent. 23 novembre 1967, n. 120, in *Giur. Cost.*, p. 1577.

⁶ DI MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, p. 31.

⁷ V. *infra*, cap. III, par. 5.1; cfr. principio di legalità nella CEDU, v. *supra*, cap. I, par. 5.2.2.

di cui all'art. 111, comma 7, Cost., nonché il diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost⁸.

Nelle ipotesi ordinarie, l'autorità giudiziaria deve intervenire prima dell'adozione della misura limitativa della libertà personale. L'art. 13, comma 3, Cost. prevede la possibilità di deroga in caso di necessità e urgenza, ma solo per misure limitative della libertà personale di carattere transitorio, sia quanto alla durata della misura coercitiva, sia alla tempistica della sua successiva convalida. Entro quarantotto ore dall'applicazione delle misure da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, questa deve comunicarlo al giudice e il giudice deve convalidare o meno i provvedimenti assunti in via provvisoria. Se non convalidati, si intendono revocati e privi di ogni effetto. Come sarà analizzato in seguito, si tratta dello schema adottato per la detenzione amministrativa⁹.

Ai sensi dell'art. 13, comma 4, Cost., deve essere punita qualsiasi violenza, fisica o morale, esercitata nei confronti dei soggetti sottoposti a misure limitative della libertà personale¹⁰.

L'importanza del diritto alla libertà personale in tema di trattenimento degli stranieri è già stata sottolineata con riguardo alle fonti dell'Unione europea e di diritto internazionale¹¹. Sulla natura del trattenimento come misura idonea ad incidere sulla libertà personale, il dibattito si è aperto similmente in Italia, anche in ragione dell'uso da parte del legislatore di un *nomen iuris* che mirava ad allontanare il trattenimento dello straniero dalla terminologia del diritto penale.

Con sentenza n. 105 del 2001, la Corte Costituzionale ha sancito che anche il trattenimento dello straniero rientra nell'alveo dell'art. 13 della Costituzione¹².

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal Tribunale di Milano in riferimento ad alcuni commi degli artt. 13 e 14, del Testo unico sull'immigrazione (di seguito «TUI»)¹³, disciplinanti la convalida del trattenimento e dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, per violazione dell'art. 13, comma

⁸ A tale riguardo, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.

⁹ V. *infra*, cap. III, parr. 5.3.1 e 5.3.2.

¹⁰ Cfr. art. 27, par. 3, Cost., che vieta pene contrarie al senso di umanità.

¹¹ V. *supra*, cap. I, par. 5.1.

¹² Corte Cost., sent. 10 aprile 2001, n. 105, in *Giur. it.*, 2002, p. 1345.

¹³ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

2 e 3, della Costituzione¹⁴. Pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale, la Corte Costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha sancito la natura del trattenimento come misura idonea ad incidere sulla libertà personale.

Il dibattito sulla natura del trattenimento concerne la distinzione tra la libertà personale *ex art. 13 Cost.* e la libertà di circolazione e soggiorno, sancita dall'*art. 16 Cost.* Far rientrare il trattenimento nell'*art. 16 Cost.*, come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, in nome della sicurezza pubblica, permetterebbe di non dover garantire le stesse tutele, considerando che l'*art. 16 Cost.* prevede una riserva di legge rinforzata, ma non di giurisdizione, e che l'articolo attribuisce espressamente il diritto al solo cittadino, non a tutti.

Per la Corte, seppur il *nomen iuris* possa far sorgere dubbi, in quanto il legislatore ha evitato di identificare la misura con istituti di diritto penale e ha assegnato al trattenimento anche una finalità di assistenza e un regime diverso da quello penitenziario, il contenuto della misura fa sì che esso venga ricondotto alle «*altre restrizioni della libertà personale*» menzionate all'*art. 13 Cost.* L'elemento qualificante che distingue l'*art. 13* dall'*art. 16 Cost.* è l'assoggettamento all'altrui potere coercitivo¹⁵.

Nella detenzione amministrativa è evidente il carattere forzoso della misura. L'*art. 14*, comma 7, del TUI prevede che il questore possa avvalersi della forza pubblica per adottare misure di vigilanza al fine di evitare che lo straniero si allontani dal centro e per ripristinare la misura nel caso in cui sia violata¹⁶.

¹⁴ La Corte Costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità dell'*art. 13*, commi 4, 5 e 6 e sull'*art. 14*, comma 4, d.lgs. 286/1998, per violazione della riserva di giurisdizione di cui all'*art. 13*, commi 2 e 3 Cost.

¹⁵ Cfr. Corte Cost. sent. 12 giugno 1996, n. 194, in *Giust. Pen.* 1997, I, p. 50 sulla distinzione tra mera obbligatorietà e coercitività, secondo la quale non rientrano nell'*art. 13 Cost.* i casi in cui il destinatario della misura può rifiutarsi di seguire gli agenti, pur esponendosi in tal caso al rischio di un giudizio e di una sanzione penale, senza però che l'autorità di polizia possa esercitare alcuna forma di coazione fisica.

¹⁶ Il *giudice a quo* aveva motivato il carattere forzoso della misura anche con il divieto per lo straniero di allontanarsi dal centro, ai sensi dell'*art. 21*, comma 1, del d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*, e con la responsabilità del questore delle misure occorrenti per la sicurezza e l'ordine pubblico del centro e di quelle necessarie per impedire l'indebito allontanamento e per ripristinare la misura, ai sensi dell'*art. 21*, comma 9, del d.P.R. 394/1999, v.

Per i giudici costituzionali, «*si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale*»¹⁷.

Di conseguenza, il trattenimento dello straniero è una misura che incide sulla libertà personale e non può essere adottata fuori dalle garanzie dell'art. 13 Costituzione¹⁸. Tale diritto inviolabile e fondamentale ha carattere universale e compete anche allo straniero. Per quanto vi siano interessi pubblici in materia di immigrazione, problemi di sicurezza e di ordine pubblico, le garanzie dell'art. 13 non possono essere attenuate nei confronti dello straniero¹⁹.

Come evidenzia la Corte, «*il carattere universale della libertà personale che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi ad una comunità politica, ma in quanto esseri umani*»²⁰.

3. L'attuazione delle direttive dell'Unione europea nella legislazione italiana

Nel diritto dell'Unione europea il trattenimento è disciplinato interamente da direttive, salvo che per il regolamento Dublino III²¹. Ciò ha implicazioni rilevanti

Corte Cost., sent. 105/2001, parte in fatto, punto 2. La natura del trattenimento come misura restrittiva della libertà personale è evidente ora anche dalla scelta di estendere le competenze del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale alla detenzione amministrativa, con d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10.

¹⁷ Corte Cost., sent. n. 105/2001, parte in diritto, punto 4.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ I “beni pubblici finali” da bilanciare con la libertà dello straniero sono la sicurezza, la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli internazionali e la politica nazionale in materia di immigrazione, v. Corte Cost., sent. 8 luglio 2010, n. 250, in *Giur. Cost. 2010*, 4, p. 3030; Corte Cost., sent. 16 maggio 2008, n. 148, *Giur. Cost. 2008*, 3, p. 1816; Corte Cost., sent. 14 febbraio 1994, n. 62, *Riv. dir. internaz.* 1994, p. 1054.

²⁰ Ibid.

²¹ Di conseguenza, il trattenimento ex art. 28, reg. (UE) n. 604/2013, in quanto contenuto in un regolamento, è direttamente applicabile nell’ordinamento italiano, v. art. 288 TFUE.

nell'applicazione delle norme, in quanto molto del lavoro e dell'efficacia di esse dipende dall'attuazione che ne fanno gli Stati membri.

Se i trattati dell'Unione europea, le pronunce della Corte di giustizia e i regolamenti, sono direttamente efficaci, le direttive necessitano di un intervento supplementare da parte del legislatore nazionale. Ai sensi dell'art. 288 del TFUE, esse vincolano gli Stati membri quanto al raggiungimento di un determinato risultato, ma lasciano salva la competenza degli organi nazionali quanto a forme e mezzi di attuazione.

Proprio in relazione alle direttive in Italia l'attuazione è stata spesso tardiva e carente²². Anche in tema di trattenimento, l'attuazione della normativa dell'Unione europea è stata tortuosa e caratterizzata da numerose modifiche ed interventi nel corso degli anni. I mutamenti della disciplina risentono anche dei diversi governi e orientamenti politici che si sono alternati negli anni, a volte propensi all'accoglienza, altre volte contrari²³.

La disciplina attuale sul trattenimento ai fini dell'espulsione e dell'allontanamento è contenuta nel d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, conosciuto come Testo unico sull'immigrazione²⁴. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, in attuazione della direttiva 2013/33/UE, è invece disciplinato dal d. lgs. 142 del 2015, c.d. decreto accoglienza²⁵. Entrambi i testi attualmente vigenti sono il frutto dell'eredità di leggi precedenti in materia di trattenimento, di normative adottate in attuazione degli obblighi posti dal diritto dell'Unione europea e di numerose modifiche successive.

Al fine di districarsi nella complessa stratificazione normativa dell'ordinamento italiano, è necessario fornire un breve quadro complessivo dell'evoluzione della legislazione in materia di asilo e immigrazione ed in particolare di trattenimento degli stranieri.

²² GAJA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 209.

²³ DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, Torino, 2019, p. 106.

²⁴ D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

²⁵ D. lgs. 18 agosto 2015, n. 142, *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*.

3.1. Cenni sulla normativa della detenzione amministrativa in Italia prima dell'adozione delle direttive dell'Unione europea

La normativa in materia di trattenimento ha origini antecedenti all'adozione della normativa dell'Unione europea.

Le prime norme in materia di asilo e immigrazione contenenti una disciplina sul trattenimento risalgono al periodo del fascismo, durante il quale veniva fatto ampio uso della misura per ragioni di sicurezza nazionale e per il controllo degli spostamenti degli stranieri²⁶. La normativa emanata in questo periodo ed in particolare il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (di seguito «TULPS»), regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, è rimasta la fonte disciplinante la condizione giuridica dello straniero fino agli anni Ottanta. Sempre agli anni del fascismo, si deve l'avvio della prassi delle circolari del Ministero dell'interno per l'espulsione, pratica dura a morire fino agli anni Novanta ed ancora non del tutto scomparsa²⁷.

La prima vera legge in materia di immigrazione è stata la c.d. Legge Martelli, l. n. 39/1990²⁸, che disciplinava anche il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra²⁹ e gli istituti del respingimento e dell'espulsione. La legge Martelli non contemplava il trattenimento ma era comunque caratterizzata da una «*forte ottica poliziesca*»³⁰ e prevedeva la possibilità di applicare una misura di sorveglianza speciale, con o senza obbligo di soggiorno in una determinata località, ai fini espulsivi³¹.

²⁶ LOPRIENO D., “*Trattenere e Punire*”, cit., p. 78.

²⁷ Ibid.

²⁸ D.l. 30 dicembre 1989, n. 416, *Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato*, convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39.

²⁹ La Convenzione di Ginevra era stata ratificata dallo Stato italiano con l. 24 luglio 1954, n. 722, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951*.

³⁰ CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, p. 197.

³¹ Art. 7, comma 11, l. 39/1990.

Le prime norme embrionali sulla detenzione amministrativa si trovano nel Decreto Dini, decreto-legge 18 novembre 1995, n. 489³², che prevedeva l’obbligo di dimora per eseguire l’espulsione.

L’istituzione dei centri di accoglienza e primo soccorso sulle coste italiane si deve invece alla c.d. Legge Puglia, l. 29 dicembre 1995, n. 563³³, che ha dato vita ad una forma di “detenzione umanitaria”³⁴.

Il trattenimento dello straniero è stato normalizzato in Italia con la legge Turco-Napolitano, 6 marzo 1998, n. 40³⁵, che ha riordinato gli strumenti di contrasto all’immigrazione irregolare nati nella prassi e disciplinati fino allora da decreti e ordinanze prefettizie. La legge ha introdotto l’istituto del trattenimento dello straniero in attesa dell’espulsione, presso i centri di permanenza temporanea (di seguito «CPT»)³⁶.

A riformare in modo organico la disciplina è intervenuto il Testo unico sull’immigrazione, il decreto legislativo n. 286 del 1998, che rappresenta ancora oggi la fonte principale in materia. Nel 1998, l’Italia si è così dotata per la prima volta di un testo completo sulla disciplina dell’immigrazione e della condizione giuridica dello straniero, rispondendo alla riserva di legge dell’art. 10 della Costituzione dopo cinquanta anni. Seppur con le dovute modifiche e interventi legislativi stratificatisi negli anni, l’impianto della normativa contenuta nel TUI è rimasto invariato. Il TUI disciplina, nei suoi tre capi, l’ingresso e il soggiorno dello straniero, il controllo delle frontiere, il respingimento e l’espulsione e le disposizioni di carattere umanitario.

Quanto all’espulsione e al trattenimento, queste sono disciplinate dagli artt. 13 e 14.

L’espulsione, disciplinata dall’art. 13 del TUI, è possibile tramite intimazione a lasciare il territorio o accompagnamento coattivo alla frontiera.

³² D.l. 8 novembre 1995, n. 489, *Disposizioni urgenti in materia di politica dell’immigrazione e per la regolamentazione dell’ingresso e soggiorno nel territorio nazionale dei cittadini dei Paesi non appartenenti all’Unione europea*. Reiterato cinque volte senza mai essere convertito in legge.

³³ D.l. 30 ottobre 1995, n. 451, 30 ottobre 1995, n. 451, *Disposizioni urgenti per l’ulteriore impiego del personale delle Forze armate in attività di controllo della frontiera marittima nella regione Puglia*, convertito dalla l. 29 dicembre 1995, n. 563.

³⁴ CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., p. 200.

³⁵ L. 6 marzo 1998, n. 40, *Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

³⁶ Art. 12, comma 1, l. 40/1998.

L'art. 14 del TUI ha introdotto la disciplina del trattenimento nei centri di permanenza temporanea e assistenza (di seguito «CPTA»). Il presupposto per ricorrere al trattenimento è l'impossibilità di eseguire immediatamente il rimpatrio e il concreto pericolo che lo straniero si sottragga al provvedimento. La durata del trattenimento, originariamente, era di venti giorni, prorogabile su richiesta del questore per altri dieci nel caso in cui l'eliminazione dell'impedimento fosse imminente.

Su questa prima versione del TUI era intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n. 105 del 2001, ritenendo la misura costituzionalmente legittima, in quanto le disposizioni non violavano la riserva di giurisdizione³⁷ e il termine di trattenimento previsto non era irragionevole³⁸. Secondo il Giudice delle Leggi, «*il trattenimento costituisce la modalità organizzativa prescelta dal legislatore per rendere possibile, nei casi tassativamente previsti dall'articolo 14, comma 1, che lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, sia accompagnato alla frontiera ed allontanato dal territorio nazionale*»³⁹. In tal modo, la Corte Costituzionale ha fissato la misura nell'ordinamento italiano ancor prima delle direttive dell'Unione, sancendone la legittimità costituzionale.

Sul TUI è intervenuta dopo pochi anni la legge Bossi-Fini, legge n. 189 del 2002⁴⁰, costituendo il primo dei molti interventi di riforma successivi.

La legge ha inasprito la disciplina sull'espulsione. In particolare, il nuovo art. 13 ha invertito il rapporto tra regola ed eccezione nella fase esecutiva dell'espulsione amministrativa, ponendo come regola l'accompagnamento coattivo alla frontiera e, solo in caso residuale, l'intimazione a lasciare il territorio entro cinque giorni⁴¹.

³⁷ Corte Cost. sent. 105/2001, ha stabilito che l'art. 14, comma 4, TUI non viola la riserva di giurisdizione e sono assicurate formalmente le garanzie di cui all'art. 13, commi 2 e 3, Cost. Infatti, «*il trattenimento convalidato è riferibile, sia per la restrizione già subita, sia per il periodo residuo entro il quale può protrarsi, ad un atto motivato dell'autorità giudiziaria*».

³⁸ Ibid., il periodo di trattenimento non è irragionevole in quanto non deve necessariamente essere consumato interamente ma, se concorrono le condizioni, la misura deve cessare prima dello spirare del termine ultimo.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ L. 30 luglio 2002, n. 189, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*.

⁴¹ Sull'art. 13, comma 5-bis, TUI, è intervenuta la Corte Costituzionale che, con sent. n. 222 del 2004, ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida si svolgesse in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di

Quanto al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, la legge Bossi-Fini ha introdotto delle ipotesi di trattenimento facoltativo e delle ipotesi di trattenimento obbligatorio, in centri di identificazione appositi⁴² e ne ha raddoppiato i termini.

Nel 2004, un'altra importante modifica è stata adottata con il decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, convertito con modifiche dalla legge 12 novembre 2004, n. 271⁴³, la quale ha affidato al giudice di pace la competenza relativa alla convalida del provvedimento amministrativo di trattenimento in caso di espulsione⁴⁴.

3.2. L'attuazione della direttiva rimpatri nell'ordinamento italiano

Il recepimento della direttiva rimpatri è stato piuttosto “travagliato” in Italia⁴⁵. Numerose norme si sono susseguite dal 2008 ad oggi al fine di attuare la direttiva 2008/115/CE. Seppur tanto criticata nel contesto del diritto dell’Unione europea, nell’ordinamento italiano la direttiva rimpatri ha finito paradossalmente per assurgere a strumento a garanzia dei diritti e delle libertà degli stranieri⁴⁶.

3.2.1. La selettiva attuazione anticipata con il c.d. pacchetto sicurezza: la legge n. 125 del 2008 e la legge n. 94 del 2009

Negli stessi anni in cui il Parlamento ed il Consiglio europeo approvavano la direttiva rimpatri, nell’ordinamento italiano sono state emanate due leggi che, pur non avendo la pretesa di attuare la direttiva nel suo complesso, ne hanno trasposto immediatamente alcune delle disposizioni più peggiorative per i migranti⁴⁷.

accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa; Corte Cost. 15 luglio 2004, n. 222, *Dir. e Formazione* 2005, p. 28; v. DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, cit., pp. 115-118.

⁴²Art. 32, l. 189/2002, introduce nella legge Martelli, l’art. 1-bis.

⁴³D.l. 14 settembre 2004, n. 241, *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione*, convertito con modificazioni dalla l. 12 novembre 2004, n. 271.

⁴⁴V. *infra*, cap. III, par. 5.3.2.1.

⁴⁵CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri*. cit., p. 203.

⁴⁶LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 115.

⁴⁷CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri*. cit., p. 203.

La prima fra queste, il decreto-legge 23 maggio n. 92, convertito con modificazioni dalla legge n. 125 del 2008⁴⁸, quanto al trattenimento, ha rinominato i centri di permanenza temporanea e assistenza in centri di identificazione ed espulsione (di seguito «CIE»). Il nuovo *nomen iuris* adeguava la forma al contenuto⁴⁹. Venivano meno infatti i riferimenti sia all'assistenza che alla temporaneità, che sottolineavano, in modo irrealistico, la straordinarietà e la durata contenuta dell'istituto. Si normalizzava così, anche nella terminologia, il ricorso alla detenzione nelle procedure di allontanamento dello straniero dal territorio italiano.

L'anno successivo, la legge 94 del 2009⁵⁰, conosciuta con il nome di “pacchetto sicurezza”, è intervenuta recependo l'innalzamento del termine massimo previsto dalla direttiva rimpatri, il quale è passato da due a sei mesi⁵¹.

La scadenza per attuare la direttiva rimpatri era prevista per il 24 dicembre del 2010. La normativa risultante all'esito degli interventi del 2008 e 2009 ha attuato anticipatamente, in modo selettivo ed elusivo, la direttiva⁵². Tuttavia, al termine fissato per il recepimento della direttiva 2008/115/CE, il sistema vigente nell'ordinamento italiano non era in linea con gli obiettivi stabiliti dal legislatore dell'Unione europea⁵³.

Il ritardo nel recepimento della direttiva era stato evidenziato anche dalla sentenza *El Dridi*, che aveva dichiarato l'effetto diretto degli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri sul trattenimento proprio in quanto il legislatore italiano non aveva completato l'attuazione nel proprio ordinamento⁵⁴.

⁴⁸ D.L. 23 maggio 2008, n. 92, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, convertito con modificazioni dalla l. 24 luglio 2008, n. 125.

⁴⁹ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 110.

⁵⁰ L. 15 luglio 2009, n. 94, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*.

⁵¹ Art. 1, comma 22, l. 94/2009, modifica l'art. 14, comma 5, d.lgs. 286/1998.

⁵² LOPRIENO D., *Trattenere e Punire*, cit., p. 115.

⁵³ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N., *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali commento al decreto legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pisa, 2021, p. 19.

⁵⁴ Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punti 45-47; Ivi, p. 20.

3.2.2. Il recepimento in Italia della direttiva 2008/115/CE: la legge n. 129 del 2011

Passando “dall’inerzia all’urgenza”⁵⁵, il legislatore italiano ha adottato il decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, convertito con modificazioni dalla legge 2 agosto 2011, n. 129⁵⁶, al fine di attuare pienamente la direttiva 2008/115/CE.

Per quanto concerne il trattenimento, il nuovo art. 14, del TUI dispone che la misura può essere adottata «*a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento*». A differenza della disciplina precedente, l’elenco delle ipotesi che legittimano il trattenimento nella l. 129/2011 non erano più connotate da tassatività. Fra queste, è stato introdotto il “rischio di fuga”, disciplinato all’art. 13, comma 4-*bis*, TUI, la cui sussistenza comporta anche la non concessione di un periodo per la partenza volontaria e, di conseguenza, l’accompagnamento coattivo alla frontiera⁵⁷.

La durata della detenzione amministrativa è stata estesa ulteriormente, disegnando una dettagliata scansione di diverse proroghe: erano possibili due prime proroghe di trenta giorni e, successivamente, altre otto, di sessanta giorni ciascuna. Dopo il primo semestre, la proroga era possibile solo nel caso in cui fosse stato compiuto «*ogni ragionevole sforzo*» per preparare il rimpatrio e solo se il rimpatrio risultasse impossibile per mancata cooperazione dello straniero o per i ritardi nell’ottenimento della documentazione necessaria dai Paesi terzi⁵⁸.

Anche nel 2011, l’attuazione della direttiva rimpatri nell’ordinamento italiano era connotata da una certa selettività. Mancavano infatti alcune previsioni a tutela del trattenuto, come ad esempio il riesame del trattenimento, previsto dall’art. 15, par. 3, della direttiva rimpatri, né era disciplinata l’udienza di proroga dei trattenimenti. Non vi era poi alcuna disposizione sui rimpatriandi non

⁵⁵ FAVILLI C., *L’attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall’inerzia all’urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 693 ss.

⁵⁶ D.L. 23 giugno 2011, n. 89, *Disposizioni urgenti per il completamento dell’attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*, convertito con modificazioni dalla l. 2 agosto 2011, n. 129.

⁵⁷ Sulle ipotesi di trattenimento del TUI, v. *infra*, cap. III, parr. 4.1 e 5.2.1.

⁵⁸ In merito alla durata, v. *infra*, cap. III, par. 5.4.

allontanabili e sull’assenza di una prospettiva ragionevole di allontanamento, di cui all’art. 15, par. 4, della direttiva rimpatri⁵⁹.

Nello stesso anno, con decreto legislativo. 1° settembre 2011, n. 150⁶⁰, c.d. decreto sulla semplificazione dei riti, sono stati riformati alcuni aspetti del controllo giurisdizionale, tra cui anche la disciplina della convalida del provvedimento di trattenimento⁶¹.

3.2.3. Le modifiche del biennio 2013-2014: la legge europea 2013-bis ed il “decreto svuotacarceri”

La disciplina è stata nuovamente modificata con la legge 30 ottobre 2014, n. 161, c.d. la legge europea 2013-bis⁶², e con decreto-legge 23 dicembre n. 146 del 2013, il c.d. decreto svuotacarceri, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10⁶³. Tali interventi si denotano per una “inversione di tendenza”⁶⁴, che prende le distanze dalla rigidità che circondava, e circonda, la normativa in materia di immigrazione irregolare.

La legge europea 2013-bis, con la volontà di depotenziare la detenzione amministrativa, ha ridotto il termine di trattenimento, il quale è passato da diciotto a tre mesi. Erano possibili una o più proroghe ma il periodo massimo non poteva mai superare i novanta giorni. Constatando che molti dei trattenuti nei CIE proveniva da un precedente periodo di detenzione carceraria, per risolvere questa “spirale detentiva”⁶⁵, il nuovo art. 14, comma 5, TUI, prevede che lo straniero che

⁵⁹ Era però possibile rilasciare un permesso di soggiorno per motivi umanitari, secondo le modalità dell’art. 11, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 394/1999.

⁶⁰ D.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell’articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69.*

⁶¹ Art. 8, comma 1, lett. d), d.lgs. 150/2011, modifica l’art. 14, comma 4, d.lgs. 286/1998; v. *infra*, cap. III, par. 5.3.2.

⁶² L. 30 ottobre 2014, n. 161, *Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea - Legge europea 2013-bis.*

⁶³ D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10.

⁶⁴ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 124.

⁶⁵ Ivi, p. 127.

è già stato trattenuto in strutture carcerarie per novanta giorni, può essere trattenuto nel CIE per massimo trenta giorni. Inoltre, al fine di adeguarsi alla direttiva rimpatri, è stata aggiunta l'ipotesi dell'assenza di una prospettiva ragionevole di allontanamento tra i casi in cui il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato⁶⁶.

Il c.d. decreto svuotacarceri ha introdotto, all'art. 16, comma 5-*bis*, TUI, un sistema identificativo dello straniero negli istituti penitenziari. Quando un cittadino straniero entra in carcere, la direzione dell'istituto penitenziario chiede al questore del luogo le informazioni sull'identità e la nazionalità di questi e avvia le procedure di identificazione delle competenti autorità diplomatiche, per procedere all'espulsione una volta completata l'identificazione.

Alla stessa legge si deve anche l'aver inaugurato la figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, il quale ha il compito di vigilare sull'effettiva tutela dei diritti delle persone private a vario titolo della libertà personale. Il neo art. 7, comma 5, lett. *e*), TUI prevede che il Garante abbia la possibilità e il dovere di accedere ai CIE senza alcuna restrizione.

Seppur introducendo modifiche ispirate ad una maggior tutela dei diritti fondamentali del trattenuto, la disciplina introdotta nel 2013 e 2014 non consisteva in realtà in un grande stravolgimento: l'istituto del trattenimento, così come i presupposti per la sua adozione e la (non) tutela giurisdizionale rimanevano di fatto invariati⁶⁷.

3.3. L'attuazione della direttiva 2013/33/UE e della direttiva 2013/32/UE: il decreto legislativo n. 142 del 2015

A differenza della direttiva rimpatri, la prima fase del sistema europeo comune di asilo, con l'adozione delle direttive emanate tra il 2003 e il 2005, aveva già richiesto al legislatore italiano un adeguamento della disciplina. Il decreto

⁶⁶ Art. 14, comma 5-*bis*, d.lgs. 268/1998; cfr. art. 15, par. 4, dir. 2008/115/CE.

⁶⁷ LOPRIENO D., "Trattenere e Punire", cit., pp. 127 e 128.

legislativo 28 gennaio 2008, n. 25⁶⁸ aveva attuato la direttiva 2005/85/CE, disciplinando il trattenimento agli artt. 20 e 21. Tale norma, ancora oggi in vigore con le successive modifiche, disciplina le procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

L'attuazione delle direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE è avvenuta con il d. legislativo n. 142 del 2015⁶⁹, c.d. decreto accoglienza, vigente ancora oggi con le successive modifiche. Seppur con qualche problematica e complessità⁷⁰, il decreto legislativo ha disposto un quadro generale sul trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, riprendendo in buona parte la normativa dell'Unione europea. La disciplina del trattenimento è contenuta agli artt. 6 e 7 del decreto accoglienza.

3.4. Le modifiche della disciplina dal 2017 ad oggi

A partire dal 2017, si è aperta una nuova stagione di interventi legislativi che ha portato alla normativa attualmente in vigore. Da allora, con cadenza pressoché annuale, il legislatore è intervenuto a riformare la disciplina dell'asilo e dell'immigrazione, compresa la misura del trattenimento.

3.4.1. Il decreto Minniti-Orlando

Il primo degli interventi delle ultime legislature è segnato dal decreto Minniti-Orlando, decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni dalla legge. 13 aprile 2017, n. 46⁷¹. L'intervento si è concentrato

⁶⁸ D.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, *Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*.

⁶⁹ D.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*; per un commento, v. SAVIO G., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo, in Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, p. 142 ss.

⁷⁰ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 145.

⁷¹ D.l. 17 febbraio 2017, n. 13, *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, convertito con modificazioni dalla L. 13 aprile 2017, n. 46.

principalmente sulla riforma del sistema amministrativo e giudiziario dei procedimenti in materia di protezione internazionale, ma prevede anche novità rilevanti in tema trattenimento, sia per richiedenti protezione internazionale, che per i cittadini di paesi terzi irregolarmente presenti sul territorio italiano.

In materia di lotta all'immigrazione irregolare, la riforma si è posta l'obiettivo di potenziare i centri e di intensificare gli strumenti per rendere maggiormente effettivo il rimpatrio degli stranieri.

A tal fine, in primo luogo, è stato riorganizzato il sistema dei centri a livello gestionale. La riforma ha rinominato per la terza volta i luoghi del trattenimento, da CIE a centri di permanenza e rimpatri (di seguito «CPR»), termine usato ancora oggi. Al fine di assicurare una più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero, è stato previsto poi un ampliamento della rete dei CPR, tramite finanziamenti ed una miglior distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale, coinvolgendo anche le regioni⁷².

In secondo luogo, il decreto ha esteso anche ai Garanti locali tutte le prerogative che erano già concesse al Garante nazionale dal 2014, allargando quindi la possibilità di accesso ai CPR.

Una novità fondamentale è poi la definizione di una base legale per gli *hotspot*, con l'introduzione dell'art. 10-ter nel TUI⁷³, il quale prevede anche un'ipotesi di trattenimento, in caso di rifiuto di sottoporsi ai rilievi fotodattiloskopici e segnaletici.

Per quanto riguarda il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, la competenza a convalidare il provvedimento è stata affidata ad una sezione del Tribunale specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea⁷⁴.

⁷² Art. 19, d.l. 13/2017, v. *infra*, cap. III, par. 6.1.1.

⁷³ Art. 17, d.l. 13/2017.

⁷⁴ Art. 1, d.l. 13/2017; la competenza per materie e per territorio sono disciplinate dagli artt. 2, 3, 4 e 5, d.l. 13/2017.

Oltre al decreto Minniti-Orlando, nel 2017 è stata adottata anche un'altra norma degna di nota. Si tratta della legge 1° marzo 2017, n. 47, c.d. legge Zampa, sui minori stranieri non accompagnati⁷⁵.

3.4.2. I decreti sicurezza

Durante il primo Governo Conte sono stati adottati due provvedimenti di urgenza che hanno inciso su diversi profili della disciplina in materia di immigrazione. Si tratta dei c.d. “decreti sicurezza” o “decreti Salvini”: il decreto-legge n. 113 del 2018 convertito con modificazioni dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132⁷⁶ e il decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, c.d. decreto sicurezza *bis*, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77⁷⁷.

Di particolare rilevanza in tema di trattenimento è l'intervento del 2018. Gli artt. 2, 3 e 4, del d. l. 113/2018 hanno significativamente modificato la normativa italiana in tema di espulsione e trattenimento dei cittadini di paesi terzi, compresi i richiedenti protezione internazionale.

Per quanto riguarda la gestione dei CPR, è stato previsto il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara e l'attribuzione all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) della funzione di vigilanza in tale ambito. Sono state previste inoltre forme di pubblicità delle spese di gestione dei centri⁷⁸.

⁷⁵ L. 7 aprile 2017, n. 47, *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*; v. *infra*, cap. III, par. 4.4.

⁷⁶ Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132. La legge ha previsto, tra le altre, una procedura accelerata di frontiera per l'esame domanda di protezione internazionale, legata alla nozione di Paese terzo sicuro (art. 9, d.l. 113/2018); il divieto di iscrizione all'anagrafe dei residenti ai richiedenti asilo (art. 13, dichiarato incostituzionale, Corte Cost., sent. 31 luglio 2020, n. 186, in *Giur. Cost.*, 2020, 4, p. 1995); modifiche nel sistema di accoglienza per i richiedenti e fruitori di protezione (art. 12).

⁷⁷ D.l. 14 giugno 2019, n. 53, *Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*, convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 2019, n. 77.

⁷⁸ Art. 2, commi 2 e 3, d.l. 113/2018.

Per quel che concerne la durata della detenzione amministrativa ai fini del rimpatrio, questa è stata estesa a centottanta giorni, raddoppiando il termine fissato precedentemente nella disposizione⁷⁹. Il termine è stato esteso anche per quanto riguarda il trattenimento di coloro già trattenuti nelle strutture carcerarie, portando da novanta a centottanta giorni il termine della detenzione in carcere precedente al trattenimento nei CPR⁸⁰.

Il d.l. 113/2018 ha aggiunto una nuova ipotesi di trattenimento in attesa della definizione del procedimento di convalida dell'espulsione di cui all'art. 13 del TUI. In tale ipotesi, in caso di indisponibilità di posti nei CPR o in quelli ubicati nel circondario del Tribunale competente, lo straniero espulso può essere trattenuto in luoghi diversi⁸¹.

Sono state previste due nuove ipotesi di trattenimento anche per i richiedenti protezione internazionale, entrambe ai fini identificativi: la prima negli *hotspot* e la seconda nei CPR, qualora non sia stato possibile determinare l'identità o la cittadinanza⁸².

Nel complesso, la disciplina dei decreti sicurezza, come suggerisce il nome, ha avuto l'obiettivo di contrastare l'immigrazione irregolare, in una logica securitaria. La stessa visione dell'accoglienza muove dall'idea che le richieste d'asilo rappresentano nella stragrande maggioranza uno strumento per ritardare l'accertamento dell'irregolarità e il rimpatrio⁸³. Si è creato così quello che è stato definito come «*apice della commistione fra i temi dell'immigrazione e dell'asilo e quelli dell'ordine pubblico*»⁸⁴.

⁷⁹ Art. 2, comma 1, d.l. 113/2018; DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, cit., p. 154.

⁸⁰ Rimane invariato il termine dei 30 giorni e la proroga di ulteriori 15.

⁸¹ Art. 4, d.l. 113/2018, modifica art. 13, comma 5-bis, TUI.

⁸² Art. 3, d.l. 113/2018.

⁸³ Questo è dovuto anche al fatto che le vie di accesso legali tramite visti umanitari, programmi di reinsediamento e motivi di lavoro sono limitate, v. CAGGIANO G., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2020, p. 302.

⁸⁴ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 22.

3.4.3. Il decreto-legge n. 130 del 2020, convertito dalla legge n. 173 del 2020

L'ultima modifica, da cui risulta la normativa vigente, è avvenuta con decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130 recante misure urgenti in materia di immigrazione e di protezione internazionale, convertito con modificazioni dalla legge 173 del 2020⁸⁵.

Il d.l. 130/2020 ha tentato di porre rimedio ai decreti del precedente biennio, con la volontà di discostarsi dai decreti Salvini, omettendo la parola “sicurezza” nel titolo della legge e connotandosi per una maggior apertura alle vie legali di ingresso, introducendo nuovi motivi per il permesso di soggiorno, che avranno l'effetto di diminuire l'immigrazione irregolare e di conseguenza il trattenimento. Tuttavia, l'impianto di fondo e la logica del disegno del precedente biennio sono rimasti in realtà invariati, dando vita ad una “*riforma omeopatica*”⁸⁶.

Le norme hanno inciso sulle più svariate materie in tema di asilo e immigrazione, con modifiche rilevanti in vari settori⁸⁷.

L'art. 3 del d.l. 130/2020 è intervenuto in modo differenziato sul trattenimento dello straniero. Sono stati modificati nuovamente i termini del trattenimento pre-espulsivo, riportando a novanta giorni la durata massima, prorogabile di ulteriori trenta giorni se lo straniero è cittadino di un Paese con cui l'Italia ha sottoscritto accordi in materia di rimpatri. È stata riorganizzata la definizione delle priorità delle persone da trattenere, con precedenza per i pregiudicati e i cittadini di Paesi che hanno accordi di cooperazione in materia di rimpatri. Inoltre, è stata prevista l'applicazione dell'istituto dell'arresto in flagranza differita ai reati commessi in

⁸⁵ D.l. 21 ottobre 2020, n. 130, *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173.

⁸⁶ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 141.

⁸⁷ Il d.l. 130/2020 prevede modifiche per quanto riguarda la conversione dei permessi di soggiorno, le misure per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (art. 4), la procedura di esame delle richieste protezione internazionale (art. 2), le sanzioni nel caso di violazione dei divieti o delle limitazioni di transito e sosta delle navi nel mare territoriale.

occasione o a causa del trattenimento in uno dei CPR o delle strutture di primo soccorso e accoglienza⁸⁸.

Quanto ai richiedenti protezione internazionale, è stato lasciato inalterato il termine di dodici mesi ma sono state aggiunte nuove ipotesi che rendono obbligatoria l'adozione della detenzione amministrativa⁸⁹.

Il decreto prevede poi una definizione più puntuale degli obblighi informativi e di adeguatezza delle condizioni di trattenimento e valorizza il ruolo del Garante delle persone private della libertà personale come organo di reclamo per i trattenuti e la possibilità del Garante di formulare specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata.

4. La normativa vigente in materia di trattenimento degli stranieri

Anteriormente all'analisi della compatibilità della legislazione italiana con gli obblighi previsti dalle direttive dell'Unione europea, è necessario fornire un quadro "statico" della disciplina attualmente vigente in materia di trattenimento. La disciplina si distingue infatti in base allo *status* dello straniero o in base al luogo in cui avviene il trattenimento. Le ipotesi previste nell'ordinamento italiano riguardano il trattenimento ai fini espulsivi, il trattenimento negli *hotspot*, il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale e quello delle persone vulnerabili, in particolare dei minori stranieri non accompagnati.

4.1. Il trattenimento finalizzato all'espulsione ai sensi dell'art. 14 del testo unico dell'immigrazione

Il trattenimento degli stranieri irregolari è disciplinato dall'art. 14 del Testo unico immigrazione. Esso consiste in una modalità organizzativa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione, alternativa rispetto all'accompagnamento

⁸⁸ Art. 6, d.l. 130/2020.

⁸⁹ V. *infra*, cap. III, par. 4.3.

immediato e finalizzata ad assicurare l'effettività dell'espulsione tutte le volte in cui non sia possibile procedere subito all'allontanamento⁹⁰.

L'allontanamento dallo Stato può avvenire tramite respingimento, ai sensi dell'art. 10 del TUI, o tramite espulsione amministrativa.

L'art. 13 del TUI disciplina l'espulsione amministrativa, la quale può essere ministeriale⁹¹ o prefettizia⁹². L'espulsione viene disposta con un decreto motivato, il quale è immediatamente esecutivo, anche in caso di impugnazione.

L'espulsione amministrativa è eseguita con accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica nei casi previsti dall'art. 13, comma 4, TUI⁹³. Un periodo per la partenza volontaria può essere concesso solo quando non ricorrono le condizioni per l'accompagnamento coattivo alla frontiera e se lo straniero dimostri la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite⁹⁴.

⁹⁰ DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, cit., p. 148.

⁹¹ Art. 13 comma 1, d.lgs. 286/1998, disciplina l'espulsione disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato.

⁹² Ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lgs. 286/1998, i motivi che legittimano l'espulsione da parte del prefetto, disposta caso per caso, sono i casi in cui lo straniero a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'art. 10; b) si è trattenuto nello Stato senza la comunicazione ex art. 27, comma 1-bis (comunicazione sul lavoro) e senza aver richiesto il permesso di soggiorno, salvo ritardo dovuto a forza maggiore, o se il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato o è scaduto da più di 60 giorni e non è stato richiesto il rinnovo, o lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68, Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio; c) appartiene a taluna delle categorie di autori di reati.

⁹³ Ai sensi dell'art. 13, comma 4, d.lgs. 286/1998, «L'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica:

a) nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 2, lettera c) del presente articolo, ovvero all'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155;

b) quando sussiste il rischio di fuga, di cui al comma 4-bis;

c) quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta;

d) qualora, senza un giustificato motivo, lo straniero non abbia osservato il termine concesso per la partenza volontaria, di cui al comma 5;

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

f) nelle ipotesi di cui agli articoli 15 e 16 e nelle altre ipotesi in cui sia stata disposta l'espulsione dello straniero come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale;

g) nell'ipotesi di cui al comma 5.1».

⁹⁴ Art. 13, comma 5, 5.1 e 5.2, d.lgs. 286/1998.

Al trattenimento dello straniero è ammesso farvi ricorso quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento.

I casi che legittimano il ricorso al trattenimento sono previsti *ex lege*.

Il primo consiste nel rischio di fuga ai sensi dell'art. 13, comma 4-*bis* del TUI. Esso si presenta qualora il prefetto accerti, caso per caso, che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione, a causa di una serie di circostanze definite dalla legge⁹⁵.

Le successive ipotesi di trattenimento sono individuate nella necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari sulla sua identità o nazionalità, ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo.

È poi possibile il trattenimento nel caso disciplinato dall'art. 13, comma 3, TUI. Quando la persona destinataria del decreto di espulsione è sottoposta a procedimento penale e non è in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguire l'espulsione, deve richiedere il nulla-osta all'autorità giudiziaria. In attesa della decisione sulla richiesta del nulla-osta, lo straniero può essere trattenuto in un CPR, ai sensi dell'art. 14.

Un'ultima ipotesi di trattenimento è prevista durante l'attesa della convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, *ex art.* 13, comma 5-*bis* del TUI. Il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, emanato dal questore, deve essere convalidato entro quarantotto ore dal giudice di pace⁹⁶. In attesa della decisione sulla convalida, lo straniero espulso è trattenuto nei CPR dell'art. 14, salvo che il procedimento possa essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento anche prima del trasferimento in uno dei centri disponibili ovvero

⁹⁵ Si tratta delle seguenti circostanze: a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato; c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14; e) aver violato anche una delle altre misure concesse in caso di termine per la partenza volontaria, v. art. 13, comma 4-*bis*, d.lgs. 286/1998.

⁹⁶ V. *infra*, cap. III, par. 5.3.2.

salvo non vi sia disponibilità di posti nei CPR del circondario del tribunale competente. In tale ultima ipotesi il giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza. Se le condizioni permangono anche dopo l'udienza di convalida, il giudice autorizza la permanenza in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza. Anche in tali casi, devono essere garantite condizioni di trattamento dignitose.

Tra i soggetti sottoposti al trattenimento, l'art. 14, comma 1.1, del TUI individua alcune categorie a cui deve essere data priorità. Si tratta di coloro che sono considerati una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica o che siano stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per determinati reati⁹⁷ e coloro che provengono da paesi terzi con i quali sono vigenti accordi di cooperazione o altre intese in materia di rimpatrio. La ratio è quella di dare priorità a soggetti pericolosi per la sicurezza o a coloro che possono essere rimpatriati più velocemente. La disponibilità dei posti infatti è sempre inferiore rispetto al numero dei potenziali destinatari delle misure e la disposizione, introdotta nel 2020, non fa altro che legiferare ciò che già avveniva nella prassi⁹⁸.

Il provvedimento di trattenimento è adottato dal questore, il quale trasmette copia degli atti al giudice di pace competente per la convalida, senza ritardo e massimo entro quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. La convalida avviene in udienza, la quale si svolge in camera di consiglio, previo avviso all'interessato e al difensore, al fine di assicurare il contraddittorio⁹⁹. Il difensore deve necessariamente partecipare e l'interessato, se comparso, deve essere sentito, senza che sia necessaria la formulazione di un'apposita richiesta. L'omesso avviso e/o l'eventuale mancato accompagnamento in udienza dello straniero viola il diritto di difesa e vizia il provvedimento di convalida. Sempre a tutela del diritto di difesa, è garantito l'accesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato, nonché la

⁹⁷ Si tratta dei reati di cui all'art. 4, comma 3, terzo periodo, e all'art. 5, comma 5-bis, d.lgs. 286/1998.

⁹⁸ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 136.

⁹⁹ Cfr. Corte Cost., 222/2004.

designazione di un difensore da parte del giudice qualora l'interessato sia sprovvisto di un avvocato di fiducia. L'autorità che ha adottato il provvedimento può stare in giudizio personalmente, anche avvalendosi di funzionari appositamente delegati.

La convalida deve avvenire entro quarantotto ore, con decreto motivato, una volta che il giudice abbia verificato l'osservanza dei termini e la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 13 e 14 del TUI, salvo la vicinanza del CPR¹⁰⁰.

Se il provvedimento non viene convalidato entro le quarantotto ore, il trattenimento perde ogni efficacia. A tal fine, il verbale dell'udienza deve indicare la data. Se il provvedimento è reso fuori dall'udienza, deve contenere ora e giorno della sua emissione ovvero dell'ora del suo deposito in cancelleria, se emesso con distinto provvedimento. La mancanza di tali indicazioni determina la nullità del decreto, *ex art. 156 comma 2* del codice di procedura civile, per mancanza di uno dei requisiti essenziali al raggiungimento dello scopo¹⁰¹. La convalida del trattenimento può essere disposta anche in occasione del decreto di accompagnamento alla frontiera, o in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione.

Il trattenimento è mantenuto per il tempo strettamente necessario all'identificazione ed espulsione¹⁰². Ai sensi dell'art. 14, comma 5, il periodo massimo attuale è di novanta giorni, con una scansione temporale di proroghe che va di trenta in trenta giorni. Solo qualora lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l'Italia abbia sottoscritto accordi in materia di rimpatri è possibile un'ulteriore proroga di trenta giorni¹⁰³, estendendo quindi di centoventi giorni la durata massima in tali casi.

Per lo straniero già detenuto in carcere per un periodo di novanta giorni, è consentito il trattenimento nel CPR per massimo trenta giorni, prorogabile per altri trenta, qualora lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l'Italia abbia sottoscritto accordi in materia di rimpatri, e per ulteriori quindici giorni, previa convalida da parte del giudice di pace, nei casi di particolare complessità delle procedure di

¹⁰⁰ Sui poteri del giudice della convalida, v. *infra*, cap. III, par. 5.3.3.2.

¹⁰¹ Cass. civ., sez. VI, sent. 27 aprile 2016, n. 8268, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 28 aprile.

¹⁰² In merito alla durata, v. *infra*, cap. III, par. 5.4.

¹⁰³ Art. 14, comma 5, d. lgs. 286/1998.

identificazione e di organizzazione del rimpatrio. La «*particolare complessità*» non è specificata dal legislatore, ma lasciata alla discrezionalità del questore. La durata massima nel CPR per l'*ex* detenuto è quindi di settantacinque giorni¹⁰⁴.

Sempre per quanto concerne tali soggetti, nel caso in cui uno straniero sia detenuto, la direzione penitenziaria deve chiedere al questore del luogo le informazioni sull'identità e la nazionalità dello stesso. Il questore avvia la procedura di identificazione, coinvolgendo le autorità diplomatiche. Ai soli fini dell'identificazione, l'autorità giudiziaria, su richiesta del questore, dispone che il detenuto sia portato nel posto di polizia più vicino per il tempo strettamente necessario a compiere tali operazioni.

Per quanto attiene al procedimento per disporre la proroga, il giudice deve accettare la sussistenza dei motivi indicati dal questore a sostegno della richiesta e la loro congruenza rispetto alla finalità di realizzare il rimpatrio. Inoltre, deve esprimere un giudizio sulla proporzionalità della misura adottata, valutando l'eventuale applicabilità di misure alternative, tenendo conto delle circostanze che caratterizzano la situazione dello straniero¹⁰⁵. Anche per la proroga, l'eventuale violazione da parte del giudice dei limiti di tempo stabiliti dalla legge determina la nullità del provvedimento¹⁰⁶.

Contro i decreti di convalida e di proroga del trattenimento è proponibile ricorso per Cassazione, il quale non ne sospende tuttavia l'esecuzione¹⁰⁷.

Quando non è possibile trattenere lo straniero in un CPR, ad esempio per motivi di salute, ovvero quando i termini massimi di trattenimento sono decorsi senza che l'allontanamento sia stato portato a termine ovvero qualora dalle circostanze concrete non emerga più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento, il questore ordina di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni, con provvedimento scritto¹⁰⁸. In caso di violazione, salvo giustificato motivo, è prevista una multa e si procede ad un nuovo ordine di espulsione¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Oltre la detenzione ordinaria precedente di 90 giorni.

¹⁰⁵ Cass. civ., sez. I, 20 marzo, 2019, n. 7829, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019, 653231-02.

¹⁰⁶ Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2019, n. 6064, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019, 653101-01.

¹⁰⁷ Art. 14, comma 6, d.lgs. 286/1998.

¹⁰⁸ Art. 14, comma 5-*bis*, d.lgs. 286/1998.

¹⁰⁹ Art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. 286/1998; sul punto v. Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., v. *supra*, cap. II, par. 2.4.3.

Per quel che concerne le modalità di trattenimento, i luoghi in cui i cittadini stranieri sono trattenuti in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione sono i CPR o, eccezionalmente, i luoghi in cui lo straniero è ricoverato per urgenti necessità di soccorso sanitario¹¹⁰.

Quanto alle condizioni di trattenimento, le modalità dovevano assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità della persona, adeguati *standard* igienici e abitativi e la libertà di corrispondenza, anche telefonica¹¹¹. Le modalità di trattenimento sono poi completate con la disciplina degli artt. 21 e 22 del regolamento di attuazione del TUI, d.P.R. 394/1999¹¹².

Più un generale, l'art. 2 del TUI prevede che allo straniero, sia alla frontiera che nel territorio italiano, devono essere riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana, previsti dal diritto italiano e dal diritto internazionale¹¹³. Allo straniero è garantita la parità di trattamento con i cittadini italiani per quanto riguarda la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge. I provvedimenti che riguardano l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, per essere comunicati, devono essere tradotti in una lingua comprensibile al destinatario ovvero, se non possibile, in inglese, francese o spagnolo¹¹⁴.

Sul rispetto dei diritti fondamentali dei trattenuti vigilano il Garante nazionale e i garanti regionali o locali dei diritti delle persone private della libertà personale¹¹⁵. A tale organo gli stranieri possono rivolgere istanze e reclami¹¹⁶ e, nel caso queste siano fondate, il Garante può rivolgere raccomandazioni all'amministrazione interessata¹¹⁷.

L'art. 14, comma 7, del TUI, prevede misure di vigilanza, con l'ausilio della forza pubblica, per evitare che lo straniero si allontani dal centro indebitamente e il ripristino del trattenimento tramite un nuovo provvedimento, nel caso in cui la

¹¹⁰ Art. 21, comma 4, d.P.R. 394/1999.

¹¹¹ Art. 14, comma 2, d.lgs. 286/1998, rinvia all'art. 21, comma 8, d.P.R. 394/1999.

¹¹² V. *infra*, cap. III, par. 6.1.2.

¹¹³ In merito ai diritti fondamentali, v. *supra*, cap. I, par. 3, cap. II, par. 3 e *infra*, cap. III, par. 6.1.2.

¹¹⁴ Art. 2, commi 5 e 6, d. lgs. 286/1998.

¹¹⁵ L. 10/2014 e successive modifiche.

¹¹⁶ Art. 14, comma 2-bis, d.lgs. 286/1998.

¹¹⁷ V. *infra*, cap. III, par. 5.3.4.

misura sia violata. Il divieto assoluto di allontanarsi dal centro per lo straniero è sancito anche dall'art. 21, d.P.R. 394/1999, il quale prevede anche che il questore può adottare ogni altro provvedimento e misure occorrenti per la sicurezza e l'ordine pubblico nel centro.

L'art. 14 del TUI, ai commi 7-*bis* e 7-*ter*, introdotti nel 2020, prevede disposizioni specifiche sull'applicabilità della flagranza differita a delitti commessi all'interno dei CPR. Nel caso di delitto con violenza alle cose o alle persone nei CPR, qualora non sia possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera in stato di flagranza chi risulti autore del delitto in base anche a documentazione video-fotografica. È possibile l'arresto entro quarantotto ore dal fatto e il giudizio viene celebrato con rito direttissimo, salvo siano necessarie speciali indagini. La norma si applica sia ai delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, *ex art.* 380 del codice di procedura penale, sia ai delitti per cui l'arresto in flagranza è facoltativo, ai sensi dell'art. 381 c.p.p. Con tali disposizioni è possibile procedere all'arresto con flagranza in caso di rivolte nei CPR, anche se la flagranza in realtà è già trascorsa e la misura precautelare non sarebbe più convalidabile dal giudice¹¹⁸.

In alternativa al trattenimento, è possibile adottare le misure di cui all'art. 14, comma 1-*bis*, ma solo a condizione che lo straniero sia in possesso di un passaporto valido o di un documento equipollente e che l'espulsione non sia stata disposto dal Ministero dell'Interno per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato¹¹⁹ o per il compimento di reati particolarmente gravi¹²⁰.

Le misure alternative previste nell'ordinamento italiano sono la consegna del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato e l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

¹¹⁸ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 139.

¹¹⁹ Art. 13, comma 1, d.lgs 286/1998.

¹²⁰ Art. 13, comma 2, lett. c), d.lgs. 286/1998.

Le misure alternative sono disposte con provvedimento motivato del questore, il quale deve notificare la misura all'interessato, momento a partire dal quale diventa efficace. Deve essere dato avviso all'interessato della possibilità di presentare memorie o deduzioni al giudice della convalida, personalmente o tramite difensore. Il procedimento per convalida ricalca in gran parte quello del trattenimento, con alcune semplificazioni. Infatti, pur essendo indispensabile in ogni caso la convalida del giudice di pace entro quarantotto ore, non è prevista la fissazione dell'udienza in camera di consiglio, né si stabilisce la necessità della difesa. Il decreto di convalida è pronunciato sulla base di un contraddittorio cartolare e ha ad oggetto l'accertamento della sussistenza dei presupposti per adottare le misure alternative. Il giudice, su istanza dell'interessato e sentito il questore, può convalidare la misura, modificarla o revocarla.

In caso di violazione di una misura alternativa, è prevista una multa. In tale ipotesi, ai fini dell'espulsione dello straniero non è richiesto il rilascio del nulla osta *ex art. 13, comma 3*. Qualora non sia possibile l'accompagnamento immediato alla frontiera, il questore dispone il trattenimento o ordina di lasciare il territorio.

4.2. Il trattenimento negli hotspot ai sensi dell'art. 10-ter del Testo unico sull'immigrazione

Una delle peculiarità del trattenimento nell'ordinamento italiano è l'istituzione dei c.d. *hotspot* o “punti di crisi” (letteralmente “punti caldi”).

Il c.d. *hotspot approach* fu introdotto dalla Commissione europea, con l'Agenda europea sulla migrazione del 2015, per aiutare gli Stati membri in prima linea, principalmente Italia e Grecia¹²¹.

Tale termine ha due accezioni¹²². Dal punto di vista strutturale, si tratta di un'area situata sulle frontiere esterne dell'Unione, interessata da una forte pressione migratoria, in cui si svolgono le attività di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei cittadini stranieri appena sbarcati. Dal punto

¹²¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, COM (2015) 240 final.

¹²² *Procedure operative Standard* (SOP), applicabili agli *hotspot* italiani, giugno 2016.

di vista organizzativo, consiste in un metodo di lavoro tra autorità italiane e personale delle agenzie europee (Frontex, EASO e Eurojust) finalizzata ad assicurare una gestione proceduralizzata delle attività, standardizzata e pienamente efficace.

Per alcuni anni, gli *hotspot* in Italia hanno operato privi di una base legale, colmata con il decreto Minniti-Orlando che ha introdotto l'art. 10-ter nel TUI¹²³.

L'art. 10-ter del TUI disciplina l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare. Tali soggetti devono essere condotti nei punti di crisi appositamente allestiti, per esigenze di soccorso e prima assistenza, e per essere identificati e fotosegnalati, anche ai fini del regolamento (UE) n. 603/2013 (Eurodac)¹²⁴. L'ambito di applicazione riguarda solo le zone di frontiera e operazioni in mare. A seguito dei rilievi, gli stranieri devono essere informati della possibilità di richiedere protezione internazionale, sul programma di ricollocazione e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario.

Il terzo comma prevede un'ipotesi di trattenimento ai fini identificativi. In caso di rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloskopici e segnaletici, si configura un'ipotesi di rischio di fuga, che permette il trattenere nei CPR.

La misura è adottata dal questore individualmente con provvedimento e conserva la sua efficacia per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo non cessino prima le esigenze per cui è stato disposto, ossia lo straniero decida di sottoporsi al fotosegnalamento.

Al trattenimento ai sensi dell'art. 10-ter del d.lgs. 286/1998 si estende la disciplina prevista dall'art. 14 dello stesso.

Il provvedimento deve essere convalidato dal giudice di pace, in caso di migranti irregolari, o dal Tribunale sede della sezione specializzata in materia di

¹²³ Un “antenato” dell’approccio *hotspot* si trova nella legge Puglia, d.l. 451/1995, conv. con mod. l. 563/1995, che aveva istituito tre centri lungo le coste pugliesi per esigenze di primo soccorso. Sull’assenza di una base legale per gli *hotspot*, v. *infra*, cap. III, par. 5.1.2.

¹²⁴ In particolare, artt. 9 e 14, reg. (UE) n. 603/2013; v. *supra*, cap. II, par. 2.2.1; cfr. con il trattenimento ai fini identificativi nella proposta di regolamento COM(2020) 612 final, v. *supra*, cap. II, par. 5.3 e 5.4.

immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, in caso di richiedente protezione internazionale.

A garanzia dello straniero, si prevede che egli debba essere informato dei diritti e delle facoltà derivanti dal procedimento di convalida del decreto di trattenimento in una lingua da lui conosciuta, ovvero in lingua francese, inglese o spagnola¹²⁵, nonché delle conseguenze derivanti dal rifiuto di sottoporsi ai rilievi fotodattiloskopici¹²⁶. Per essere efficace, l'informazione deve essere tempestiva ed essere data prima della celebrazione dell'udienza¹²⁷. La previsione dell'informativa non sembra tanto finalizzata alla tutela dello straniero, quanto piuttosto a renderlo consapevole della misura e del suo perché al fine di convincerlo a sottoporsi ai rilievi¹²⁸. Ciò lo dimostra anche il fatto che non è prevista nessuna conseguenza per la mancata informazione¹²⁹.

Oltre all'art. 10-ter del TUI, l'art. 6, comma 3-bis, del d.lgs. 142 del 2015¹³⁰, prevede la possibilità di trattenere un richiedente protezione internazionale negli *hotspot*, al fine di verificarne l'identità o la cittadinanza. Il termine massimo stabilito per tale misura è di trenta giorni. Tuttavia, se questi non dovessero essere sufficienti per il raggiungimento dello scopo, è possibile trattenere il richiedente in un CPR per altri sei mesi, ridotti a novanta giorni e prorogabili per altri trenta, se il cittadino proviene da un Paese che ha sottoscritto accordi in materia di rimpatrio. Si tratta di un istituto poco applicato nella prassi, in quanto il termine di cui all'art. 6, comma 3-bis del d.lgs. 142/2015 è eccessivamente lungo per identificare un richiedente, considerando anche che l'identificazione può avvenire solo con rilievi fotodattiloskopici che non richiedono molto tempo¹³¹.

¹²⁵ Cfr. art. 2, par. 6, d.lgs. 286/1998.

¹²⁶ La previsione è stata aggiunta da art. 3, comma 1, lett. a), d.l. 130/2020.

¹²⁷ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 139.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Introdotto da art. 3, comma 1, d.l. 113/2018.

¹³¹ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N., (a cura di), op. cit., p. 137.

4.3. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 142 del 2015

Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale è disciplinato dall'art. 6 del d.lgs. 142/2015, c.d. decreto accoglienza, e successive modifiche, per quanto riguarda i presupposti e il procedimento per la sua adozione, e all'art. 7, per quanto concerne le condizioni di trattenimento.

Ai sensi dell'art. 6, comma 1, è vietato trattenere il richiedente protezione internazionale al solo fine di esaminare la sua domanda.

I casi in cui può essere disposto il trattenimento sono specificati dalla legge.

Il primo consiste nel caso in cui il richiedente sia sospettato di aver compiuto gravi crimini, tra cui quelli che comportano una causa di esclusione dallo *status* di rifugiato e dalla protezione sussidiaria¹³².

In secondo luogo, la lett. a-bis) legittima il trattenimento nel caso in cui il richiedente abbia presentato domanda reiterata di protezione internazionale in fase di esecuzione del provvedimento di allontanamento¹³³.

In terzo luogo, ragioni per adottare la misura si presentano qualora la persona sia stata oggetto di un provvedimento di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, tra cui anche l'appartenenza ad una delle categorie a cui si applicano le misure di prevenzione previste dal codice antimafia o per motivi di prevenzione di terrorismo¹³⁴.

¹³² Art. 6, comma 2, lett. a), d.lgs. 142/2015, il richiedente è trattenuto quando «*a) si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F della Convenzione relativa allo status di rifugiato, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata con la legge 24 luglio 1954, n. 722, e modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, ratificato con la legge 14 febbraio 1970, n. 95, o nelle condizioni di cui agli articoli 12, comma 1, lettere b) e c), e 16 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251*». Si tratta rispettivamente di coloro che hanno commesso crimini contro la pace, crimine di guerra o contro l'umanità o crimine grave di diritto comune fuori dal paese ospitante e prima di esservi ammesso come rifugiato ovvero si è reso colpevole di atti contrari agli scopi delle Nazioni Unite, dello straniero che costituisce un pericolo per la sicurezza dello Stato o l'ordine e la sicurezza pubblica perché condannato con sentenza definitiva per determinati reati e di coloro esclusi dallo *status* di rifugiato e dalla protezione sussidiaria, sempre a causa di determinati crimini o reati.

¹³³ Ai sensi dell'art. 29-bis, d.lgs. 25/2008.

¹³⁴ Ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2, lett. c), d.lgs. 286/1998 e dell'art. 3, comma 1, del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. con mod. l. 31 luglio 2005, n. 155.

Ancora, è possibile il trattenimento del richiedente che costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. Nel valutare la pericolosità si tiene conto di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva o resa a seguito di patteggiamento, per gli stessi reati che sono ostativi all'ingresso e al soggiorno di stranieri¹³⁵.

Infine, è possibile il trattenimento qualora sussista il rischio di fuga del richiedente in pendenza della decisione sulla sua domanda di protezione internazionale. Il rischio di fuga si presenta qualora il richiedente abbia in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità per evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione ovvero non abbia ottemperato al periodo di partenza volontaria e alle misure alternative o al divieto di reingresso, ai sensi dell'art. 13, rispettivamente commi 5, 5.2 e 13 del TUI, o di trattenimento *ex art.* 14 del TUI¹³⁶.

Oltre a tali ipotesi, il comma 3, prevede che lo straniero già trattenuto in un CPR in attesa del provvedimento di espulsione ai sensi degli art. 13 e 14 TUI, vi rimanga quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire espulsione (c.d. azione dilatoria dell'espulsione)¹³⁷. Lo stesso è previsto anche per i casi di trattenimento in seguito ad un provvedimento di respingimento *ex art.* 10 TUI. In tal caso, se il trattenimento è già in corso al momento della presentazione della domanda, i termini previsti dall'art. 14 comma 5 del TUI si sospendono e il questore trasmette gli atti al tribunale per la convalida del trattenimento per un periodo massimo di ulteriori sessanta giorni, per consentire l'espletamento della procedura di esame della domanda.

¹³⁵ Art. 6, comma 2, lett. c), d.lgs. 142/2015 «Nella valutazione della pericolosità si tiene conto di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite ovvero per i reati previsti dagli articoli 12, comma 1, lettera c), e 16, comma 1, lettera d-bis) del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251».

¹³⁶ Sul rischio di fuga, v. *infra*, cap. III, par. 5.2.2 e cfr. *supra*, cap. II, par. 2.2.3.

¹³⁷ Si tratta dell'attuazione dell'art. 8, par. 3, lett. d), dir. 2013/33/UE.

A seguito del d.l. 113/2018, sono state introdotte nuove ipotesi di trattenimento finalizzate alla verifica dell'identità e della cittadinanza dello straniero richiedente protezione internazionale. Si tratta del summenzionato art. 6, comma 3-*bis*, che autorizza il trattenimento a tal fine negli *hotspot* e, successivamente, nei CPR¹³⁸.

Per quanto riguarda la sua durata, il trattenimento del richiedente asilo è mantenuto soltanto finché sussistono i motivi di cui ai commi 2, 3, 3-*bis* e 7, dell'art. 6. La misura non può protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda, salvo che sussistano ulteriori motivi di trattenimento ai sensi dell'art. 14 del TUI. Nel caso di soggetto trattenuto in un CPR o in un punto di crisi, la domanda ha carattere prioritario e si applica una procedura accelerata prevista dall'art. 28-*bis* del d.lgs. 25/2008¹³⁹. In ogni caso, l'art. 6, comma 8, d.lgs. 142/2015 fissa a dodici mesi il termine massimo di trattenimento.

Eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento.

In caso di respingimento della domanda di protezione internazionale, il richiedente ha facoltà di presentare ricorso giurisdizionale. In tal caso, egli rimane nel centro fino alla decisione sull'istanza di sospensione, nonché per tutto il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto. In questo caso, possono essere disposte ulteriori proroghe per periodi di sessanta giorni, dal tribunale in composizione monocratica, su richiesta del questore.

Nei confronti del richiedente trattenuto che chiede di essere rimpatriato nel Paese di origine o di provenienza è immediatamente adottato o eseguito il provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera e la domanda di protezione internazionale si considera ritirata.

¹³⁸ V. *supra*, cap. II, par. 4.3.

¹³⁹ In particolare, art. 28-*bis*, comma 2, lett. *a*), d.lgs. 25/2008, disciplina la procedura per la domanda di protezione internazionale presentata da un richiedente trattenuto *ex artt. 10-ter e 14*, d.lgs. 286/1998.

Quanto agli aspetti procedurali, l'art. 6, comma 5, d.lgs. 142/2015 prevede la valutazione della situazione del richiedente protezione internazionale caso per caso. Competente per la convalida è il tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea. Il provvedimento di trattenimento deve essere adottato per iscritto, comunicato in una lingua indicata o che ragionevolmente si suppone che il destinatario comprenda, motivato e recare indicazione che il richiedente ha la facoltà di presentare di persona o a mezzo di difensore memorie o deduzioni. Durante il procedimento di convalida, l'audizione del richiedente si svolge tramite videoregistrazione con mezzi audiovisivi e la partecipazione del soggetto trattenuto all'udienza può avvenire a distanza con collegamento tra aula e CPR.

Le condizioni di trattenimento sono disciplinate dall'art. 7 del d.lgs. 142/2015, il quale rinvia all'art. 21 del d.P.R. 394/1999. Il legislatore italiano dispone che anche i richiedenti protezione internazionale siano rattenuti nei CPR, in appositi spazi a loro destinati ove possibile¹⁴⁰.

Le modalità di trattenimento devono assicurare la necessaria assistenza e il rispetto della dignità. Deve essere garantito l'accesso ai centri a determinati soggetti e la libertà dei colloqui¹⁴¹. L'accesso può essere limitato o impedito per ragioni di sicurezza nazionale o ordine pubblico o per ragioni connesse alla corretta gestione amministrativa dei centri. Il richiedente deve essere informato delle regole vigenti nel centro e dei suoi diritti ed obblighi, in una lingua che ragionevolmente si suppone possa comprendere.

Per quanto non disciplinato, si applica, per quanto compatibile, l'art. 14 del TUI anche al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale.

¹⁴⁰ V. *infra*, cap. III, par. 6.1.

¹⁴¹ Si tratta dei rappresentanti dell'UNHCR o delle organizzazioni che operano per conto dell'UNHCR in base ad accordi con la medesima organizzazione, dei familiari, degli avvocati dei richiedenti, dei rappresentanti degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore, dei ministri di culto, nonché degli altri soggetti indicati nelle direttive del Ministro dell'interno adottate ai sensi dell'art. 21, comma 8, d.P.R. 394/1999; cfr. *supra*, cap. II, par. 3.4.3.

4.4. Il trattenimento delle persone vulnerabili, in particolare dei minori stranieri non accompagnati

Come richiesto dal diritto dell’Unione europea, l’ordinamento italiano si è dotato di disposizioni specifiche per i richiedenti e i rimpatriandi che sono persone vulnerabili.

L’art. 7, comma 5, d.lgs. 142/2015 prevede il divieto di trattenimento dei richiedenti vulnerabili di cui all’art. 17, comma 1, e di coloro le cui condizioni di salute sono incompatibili con il trattenimento. All’interno dei CPR, è necessaria una verifica periodica della sussistenza di condizioni di vulnerabilità che richiedono misure di assistenza particolari.

Ai sensi dell’art. 17, nei confronti dei richiedenti vulnerabili è inoltre vietato l’uso delle procedure accelerate per l’esame della domanda negli *hotspot*¹⁴².

Le disposizioni riguardanti i minori stranieri non accompagnati (di seguito «MSNA»)¹⁴³ sono state disciplinate con l. 1° marzo 2017, n. 47, c.d. legge Zampa, che ha modificato il d. lgs. 142/2015.

La legge prevede che i MSNA siano ospitati in strutture di prima accoglienza, che sia garantita loro immediata assistenza umanitaria e la necessaria rappresentanza legale, nonché ogni supporto possibile per il recupero dell’unità familiare, l’assistenza sanitaria¹⁴⁴ ed il diritto all’istruzione¹⁴⁵.

Ai sensi dell’art. 19, comma 4, d.lgs. 142/2015 il minore straniero non accompagnato non può essere trattenuto o accolto nei CPR.

La normativa italiana in materia appare maggiormente protettiva rispetto a quanto previsto dal diritto dell’Unione europea, che non vieta in modo assoluto il trattenimento del MSNA¹⁴⁶.

¹⁴² La disposizione era già prevista per i MSNA, dal 2020 si estende anche per tutti gli altri richiedenti vulnerabili, ai sensi dell’art. 17, d.lgs. 142/2015.

¹⁴³ La definizione di minore straniero non accompagnato è contenuta all’art. 2, l. 47/2017.

¹⁴⁴ Art. 34, comma 1, lett. b-bis), d.lgs. 286/1998, ai MSNA, indipendentemente dalla regolarità del loro soggiorno, deve essere garantita la piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all’obbligo contributivo e all’assistenza erogata in Italia dal servizio sanitario nazionale e alla sua validità temporale ed è obbligatorio iscriversi a tale servizio.

¹⁴⁵ Art. 13, l. 47/2017.

¹⁴⁶ V. *supra*, cap. II, par. 3.4.4.1.

Oltre al divieto di trattenimento, è previsto anche il divieto assoluto di respingimento e di espulsione dei minori stranieri non accompagnati¹⁴⁷, salvo per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello stato, ed il conseguente obbligo di rilasciare un permesso di soggiorno valido sino al compimento della maggiore età.

Il legislatore si è occupato anche di disciplinare i casi in cui l'età del minore sia dubbia. È probabile infatti che i minori arrivino in Italia senza documenti che ne attestino l'età¹⁴⁸, che il maggiorenne si dichiara minore per poter beneficiare dell'accoglienza diversificata, ovvero, viceversa, che il minore si dichiari maggiore di diciotto anni per allontanarsi dai propri genitori, per evitare il rischio di subire sfruttamenti o essere vittime di tratta o per altri motivi. La procedura di identificazione è disciplinata dall'art. 19-*bis* del d.lgs. 142/2015. Ai sensi dell'art. 6, comma 10-*bis*, d.lgs. 142/2015, nel caso in cui vi siano dubbi sull'età dichiarata, si applica comunque la disciplina più favorevole, presumendo la minore età, in applicazione del principio del *favor minoris*.

5. La compatibilità della normativa italiana al diritto dell'Unione europea e ai principi costituzionali

La normativa dell'ordinamento italiano deve conformarsi agli obblighi posti dal diritto dell'Unione europea, al diritto internazionale e al dettato costituzionale.

Nonostante la Corte Costituzionale abbia sempre salvato l'istituto della detenzione amministrativa, non è possibile ignorare dubbi di conformità che si pongono con riguardo al rispetto dell'art. 13 della Costituzione, nonché di alcune disposizioni delle direttive rimpatri e accoglienza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza e dal diritto internazionale¹⁴⁹.

Avendo già svolto un'analisi generale della disciplina vigente, ci si limiterà in tal sede a metterne in luce gli aspetti problematici circa la conformità al diritto dell'Unione europea e alla Costituzione.

¹⁴⁷ Art. 19, comma 1-*bis*, d.lgs. 142/2015.

¹⁴⁸ DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, cit., p. 65.

¹⁴⁹ A tale riguardo, v. *supra*, cap. I, par. 3 e cap. III, par. 2.

Le questioni più critici riguardano il rispetto della riserva di legge, la conformità dei casi previsti dai d.lgs. 286/1998 e d.lgs. 142/2015 rispetto a quelli imposti dalle direttive, la riserva di giurisdizione, in particolare per quanto concerne l'adozione del provvedimento da parte del Prefetto e la convalida da parte del Giudice di pace, la durata del trattenimento e la disciplina delle proroghe.

5.1. Il rispetto della riserva di legge

5.1.1. I “casi” e i “modi” previsti dalla legge

Il primo vincolo posto dall'art. 13 della Costituzione italiana, nonché dall'art. 5, par. 1, CEDU, in caso di privazione della libertà personale è il rispetto della riserva di legge assoluta. La restrizione della libertà personale può avvenire solo «*nei casi e nei modi previsti dalla legge*».

In materia di trattenimento, la riserva di legge stenta a trovare una piena applicazione, sia quanto ai “casi”, che quanto ai “modi”¹⁵⁰.

Per quanto concerne i casi, in primo luogo, in alcune ipotesi l'atto avente forza di legge è del tutto assente. Ciò si verifica, ad esempio, qualora il cittadino di paese terzo sia trattenuto in una zona di transito¹⁵¹. Inoltre, le diverse situazioni che legittimano il trattenimento rischiano di contrastare con il principio di tassatività¹⁵².

In secondo luogo, essendo quella dell'art. 13 Cost. una riserva di legge assoluta, le ipotesi in cui la libertà personale è limitata devono essere disciplinate dalla legge in maniera compiuta ed esaustiva. In virtù di ciò, dubbi sulla conformità della normativa italiana possono riscontrarsi anche per quanto riguarda la genericità e la non chiarezza di alcune disposizioni¹⁵³.

¹⁵⁰ DI MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, p. 31.

¹⁵¹ V. *infra*, cap. III, par. 6.2.4, Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio – febbraio 2019), par. 2.2; ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto. La disciplina giuridica e le strategie di esercizio del diritto alla luce dell'ordinamento italiano*, gennaio 2021, pp. 40-42.

¹⁵² LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 198; v. *infra*, cap. III, par. 5.2.

¹⁵³ Ibid.; v. *infra*, cap. III, par. 5.2.1.

Carenze nel rispetto della riserva di legge sono ancora più evidenti per quanto concerne i “modi” del trattenimento¹⁵⁴. La disciplina sui luoghi e sulle condizioni di vita nei centri viene definita tramite una “tecnica matrioska”¹⁵⁵. Le uniche disposizioni sui diritti fondamentali nei CPR sono l’art. 2 e l’art. 14, comma 2 del TUI e l’art. 7, d.lgs. 142/2015, il quale è più esaustivo rispetto al TUI. Questi rinvia al regolamento di attuazione del TUI, il d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, il quale a sua volta rinvia ad altre fonti secondarie¹⁵⁶. Soprattutto per il trattenimento ai fini dell’allontanamento, la disciplina finisce per essere contenuta in regolamenti, circolari o capitolati. Altre disposizioni sono invece generiche e indefinite, come nel caso del trattenimento nelle strutture e locali “idonei” di cui all’art. 13, comma 5-bis, d.lgs. 286/1998¹⁵⁷.

La mancanza di atti aventi forza di legge ha come conseguenza il venir meno di una serie di garanzie collegate a tale fonte. Non è assicurata la pubblicità, in quanto vi sono difficoltà di accesso alle fonti secondarie che regolano l’operatività e le condizioni di vita nei centri. Inoltre, l’assenza di definizioni chiare da parte della legge si risolve nella violazione del principio di uguaglianza e in una disparità di trattamento¹⁵⁸, lasciando un’ampia discrezionalità alle autorità amministrative, con la conseguenza che le regole e i diritti fondamentali garantiti variano da un centro ad un altro¹⁵⁹.

5.1.2. La riserva di legge per il trattenimento negli hotspot: il caso Khlaifia e l’art. 10-ter del Testo unico sull’immigrazione

Il rispetto della riserva di legge per la restrizione della libertà personale negli *hotspot* è un problema antico ma allo stesso tempo attuale.

¹⁵⁴ Ivi, p. 189; Di MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione*, cit., pp. 33 e 35; PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, cit., pp. 580 e 581.

¹⁵⁵ PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, cit., p. 581.

¹⁵⁶ V. *infra*, cap. III, par. 6.1.2.

¹⁵⁷ V. *infra*, cap. III, par. 6.2.3.

¹⁵⁸ PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, cit., p. 582; Di MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione*, cit., p. 37.

¹⁵⁹ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 190 e 192; PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, p. 582.

Il sistema dei c.d. punti di crisi è stato istituito nel 2015 dall’Unione europea, ma i trattenimenti nei centri di prima accoglienza sulle sponde del Mediterraneo costituivano una prassi diffusa in Italia da tempo, in assenza di una base legale.

Nel 2016, la *Grande Chambre* della Corte EDU, nella sentenza *Khlaifia*¹⁶⁰, ha condannato il governo italiano per la violazione dell’art. 5, par. 1, della CEDU¹⁶¹. Il trattenimento nei Centri di primo soccorso e accoglienza avveniva in Italia senza essere previsto da alcuna norma. Si trattava di una detenzione *de facto*, usata sistematicamente sulle sponde italiane per l’identificazione degli stranieri.

Per adeguarsi alla pronuncia dei giudici di Strasburgo, nel 2017, il legislatore è intervenuto a colmare il vuoto legislativo¹⁶². Tuttavia, l’art. 10-ter, comma 3, d.lgs. 286/1998, non soddisfa a pieno la riserva di legge assoluta. Questo disciplina solo il trattenimento qualora il cittadino del paese terzo si rifiuti di sottoporsi ai rilievi fotodattiloskopici. Non è regolato il trattenimento finalizzato all’identificazione del migrante irregolare in generale, previsto solo per i richiedenti protezione internazionale all’art. 6, comma 3-bis, d.lgs. 142/2015. La disposizione è inoltre generale: non si definiscono le attività svolte nei punti di crisi, né l’organizzazione dei luoghi e le condizioni di trattenimento. Tali indicazioni sono contenute in fonti non di rango primarie, come circolari, *roadmap* e altri documenti.

La libertà dello straniero, nelle prime fasi dopo gli sbarchi, è affidata alla discrezionalità dell’autorità di polizia¹⁶³, in violazione delle disposizioni costituzionali, internazionali ed europee.

Nel 2021, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, nel supervisionare l’attuazione della sentenza *Khlaifia* da parte dell’Italia, ha riscontrato che lo Stato non si è ancora adeguato a quanto richiesto dalla Corte EDU. Le motivazioni del Consiglio d’Europa si fondano sul fatto che, pur essendo stata adottata una base legale, la legge non specifica nel dettaglio i motivi che legittimano le restrizioni della libertà personale negli *hotspot*, né il diritto di

¹⁶⁰ Corte EDU (GC), *Khlaifia e altri c. Italia*, sent. 15 dicembre 2016.

¹⁶¹ Ivi, parr. 97-108, l’Italia era stata condannata anche per la violazione dell’art. 5, parr. 2 e 14, e dell’art.13 in combinato disposto con l’art. 3 CEDU.

¹⁶² V. *supra*, cap. III, par. 4.2.

¹⁶³ CAGGIANO G., *Scritti sul diritto europeo dell’immigrazione*, cit., p. 309.

conoscere tali motivi e una revisione effettiva della misura. La supervisione del Comitato dei Ministri è ancora in corso¹⁶⁴.

5.2. La conformità delle ipotesi previste nell'ordinamento italiano alle ipotesi delle direttive dell'Unione europea

Le ipotesi di trattenimento, oltre alla necessità di essere definite dalla legge, devono rispondere anche ai vincoli imposti dal diritto dell'Unione europea. A tal fine, ci si propone di valutare se le disposizioni del d.lgs. 286/1998 e del d.lgs. 142/2015 sono conformi a quelle della direttiva 2008/115/CE e della direttiva 2013/33/UE.

5.2.1. Un confronto tra l'art. 15 della direttiva rimpatri e l'art. 14 del Testo unico sull'immigrazione

Prima dell'analisi delle ipotesi di trattenimento disciplinate dall'art. 14, d.lgs. 286/1998, è necessaria una premessa per quanto concerne l'attuazione della direttiva rimpatri in Italia.

Seppur tanto criticata nel contesto dell'Unione europea¹⁶⁵, nell'ordinamento italiano la direttiva rimpatri ha finito per assurgere a veicolo di garanzia per i diritti e le libertà degli stranieri¹⁶⁶. Nella tormentata attuazione della direttiva rimpatri infatti, alcune disposizioni sono state recepite in modo non conforme rispetto a quanto previsto dalla normativa dell'Unione europea.

In particolare, non è previsto l'obbligo di valutare in ogni caso la possibilità di adottare misure meno coercitive¹⁶⁷. Ai sensi dell'art. 14, comma 1-bis, TUI, l'adozione di misure alternative è subordinata a determinate condizioni, quali il possesso di un passaporto valido e all'assenza di un decreto di espulsione per motivi

¹⁶⁴ Nel 2021 si sono svolti due incontri a proposito, uno a marzo e uno a settembre, v. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, 1398th meeting, 9-11 March 2021 (DH); 1411th meeting, 14-16 September 2021 (DH); [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["004-45851"\]}](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{).

¹⁶⁵ V. *supra*, cap. I, par. 4.2.1 e cap. II, par. 4.2.

¹⁶⁶ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 115.

¹⁶⁷ V. *supra*, cap. II, par. 2.5.

di ordine pubblico. La stessa inversione del rapporto tra eccezione e regola la si riscontra anche per la concessione del periodo di partenza volontaria, subordinato anch'esso ad una serie di condizioni che rendono sostanzialmente sistematico il ricorso all'accompagnamento coattivo alla frontiera¹⁶⁸. Tali previsioni incidono inevitabilmente sulla misura del trattenimento, incrementando le ipotesi in cui si può ricorrere alla misura.

Quanto al presupposto per la detenzione amministrativa, l'art. 14, d.lgs. 286/1998 lo individua nelle «*situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento*». La locuzione si distanzia dalla direttiva rimpatri, il cui art. 15 subordina il trattenimento a due ipotesi oggettive, entrambe collegate ad una non cooperazione del rimpatriando¹⁶⁹. Nell'ordinamento italiano tale logica sembra venire meno: le ipotesi di trattenimento sono collegate anche a situazioni transitorie e indipendenti dalla volontà del soggetto, derivanti piuttosto dall'incapacità dell'amministrazione procedente di organizzarsi per portare a termine l'accompagnamento coattivo alla frontiera¹⁷⁰.

Avvalendosi della non tassatività dell'elenco dell'art. 15, par. 1, della direttiva rimpatri e della conseguente possibilità di ampliare i motivi di trattenimento nella legislazione interna¹⁷¹, il legislatore italiano ha previsto ipotesi ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto dell'Unione¹⁷².

Un'ultima disposizione che solleva alcuni dubbi è l'art. 13, comma 4-bis del TUI, cui rinvia l'art. 14, comma 1, dello stesso, il quale disciplina i «*criteri obiettivi definiti dalla legge*» del rischio di fuga¹⁷³. La definizione di “rischio di fuga” nell'ordinamento italiano non appare del tutto coerente con la logica della direttiva del 2008. Innanzitutto, le ipotesi comprendono situazioni in cui versa comunemente ogni straniero irregolare, legittimando di conseguenza il trattenimento in modo

¹⁶⁸ La partenza volontaria è concessa solo nel caso in cui lo straniero dimostri la disponibilità di risorse sufficienti e provenienti da attività lecite e non si sia in presenza delle condizioni previste per il ricorso all'accompagnamento coattivo alla frontiera, fra cui vi è il rischio di fuga; v. art. 13, d.lgs. 286/1998.

¹⁶⁹ V. *supra*, cap. II, par. 2.4.2.

¹⁷⁰ LOPRIENO D., “*Trattenere e Punire*”, cit., pp. 120 e 198.

¹⁷¹ L'elenco non è tassativo a causa della locuzione «*in particolare*», art. 15, par. 1, dir. 2008/115/CE; v. *supra*, cap. II, par. 2.4.2.

¹⁷² Art. 14, comma 1 e art. 13, commi 3 e 5-bis, d.lgs. 286/1998.

¹⁷³ Art. 3, n. 7, dir. 2008/115/CE; v. cap. II, par. 2.4.2.

sistematico¹⁷⁴. Inoltre, il legislatore italiano confonde gli strumenti idonei a fronteggiare il rischio di fuga con la sua essenza¹⁷⁵. Infatti, nella direttiva rimpatri, la sussistenza del rischio di fuga permette di derogare alla partenza volontaria e legittima il trattenimento. Nella normativa italiana, invece, il rischio di fuga sussiste qualora lo straniero non rispetti i provvedimenti di partenza volontaria, di divieto di re-ingresso e di trattenimento.

Dalle disposizioni sopraelencate emerge come, nell'attuare della direttiva rimpatri, sia venuta meno l'eccezionalità della misura, in violazione dei principi di necessità e proporzionalità. Di conseguenza, in Italia la detenzione amministrativa si presta ad un'applicazione frequente e sistematica.

5.2.2. Un confronto tra le ipotesi dell'art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza e quelle del decreto legislativo n. 142 del 2015

Le ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo ricalcano maggiormente quanto previsto dalla direttiva accoglienza. Tuttavia, la genericità di alcune previsioni rischia di svuotare di contenuto il divieto di trattenere un richiedente protezione internazionale per il solo fatto di essere tale¹⁷⁶.

Le ipotesi previste dall'art. 6, comma 2, lett. *a*, *a-bis*, *b* e *c*), d.lgs. 142/2015 rientrano nell'art. 8, par. 3, lett. *d*), dir. 2013/33/UE, trattandosi tutte di ipotesi collegate al pericolo per la sicurezza o l'ordine pubblico e a casi di pericolosità del soggetto o di compimento di determinati reati¹⁷⁷.

La previsione dell'art. 6, comma 3, del decreto italiano combacia con quanto previsto dall'art. 8, par. 3, lett. *d*), della direttiva accoglienza. Entrambe infatti prevedono l'ipotesi dello straniero che, già trattenuto in un centro ai fini espulsivi,

¹⁷⁴ In particolare, art. 13, comma 4-bis, lett. *a* e *b*), d.lgs. 286/1998; LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 200.

¹⁷⁵ SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, n. 3, p. 37; LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., pp. 120 e 121.

¹⁷⁶ Art. 8, par. 1, dir. 2013/33/UE; LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 146.

¹⁷⁷ V. *supra*, cap. II, par. 2.3.

presenti una domanda di protezione internazionale al solo fine di ritardare o impedire l'allontanamento¹⁷⁸.

Divergente con la direttiva accoglienza è invece la previsione del rischio di fuga¹⁷⁹. Nell'ordinamento italiano, questo si presenta come un motivo autonomo e svincolato da qualsiasi altra situazione, laddove il diritto dell'Unione europea lo accosta alla necessità di determinare elementi su cui si basa la domanda e al trattenimento ai sensi del regolamento Dublino¹⁸⁰.

Per i richiedenti protezione internazionale è poi previsto il trattenimento negli *hotspot* ai sensi dell'art. 6, comma 3-*bis*, d.lgs. 142/2015¹⁸¹. Essendo finalizzata alla determinazione dell'identità o della cittadinanza, tale ipotesi attua l'art. 8, par. 3, lett. *a*), della direttiva accoglienza e, considerando che si svolge ai confini del Paese, anche la lett. *c*), sul trattenimento finalizzato a decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio¹⁸².

5.3. Il rispetto della riserva di giurisdizione e del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva

La seconda garanzia prevista dall'art. 13 della Costituzione è la riserva di giurisdizione: le restrizioni della libertà personale devono essere disposte con atto motivato dall'autorità giudiziaria. Per il trattenimento, la motivazione del provvedimento ed il controllo della legittimità dello stesso da parte dell'autorità

¹⁷⁸ V. *supra*, cap. II, par. 2.4.1.

¹⁷⁹ Art. 6, comma 2, lett. *d*), d.lgs. 286/1998.

¹⁸⁰ Art. 8, comma 3, lett. *b*) e *f*), dir. 2013/33/UE; art. 28, comma 2, reg. (UE) n. 604/2013; v. *supra*, cap. II, parr. 2.2.2 e 2.2.3.

¹⁸¹ Art. 6, comma 3-*bis*, d.lgs. 142/2015, rinvia all'art. 10-*ter*, d.lgs. 286/1998; v. *supra*, cap. III, par. 4.2.

¹⁸² L'ipotesi è stata criticata e ritenuta in violazione con l'artt. 10, commi 2 e 3, 13, comma 3, e 117, comma 1, Cost. nella parte in cui si viola l'art. 31 della Convenzione di Ginevra, prevedendo il trattenimento ai fini identificativi di ogni richiedente asilo che sia privo di documenti di identità in corso di validità, ovvero la quasi totalità, v. ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018, Prime osservazioni sugli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 113/2018*, 25 ottobre 2018, par. 2; sulle ipotesi dell'art. 8, par. 3, lett. *a*) e *c*), dir. 2013/33/UE, v. *supra*, cap. II, parr. 2.1 e 2.2.1.

giudiziaria sono richiesti anche dall'art. 15 della direttiva accoglienza e dall'art. 9 della direttiva rimpatri¹⁸³.

Il rispetto della riserva di giurisdizione è uno dei principali problemi della detenzione amministrativa, soprattutto per il trattenimento finalizzato all'allontanamento, adottato dal questore e convalidato dal Giudice di pace.

Un altro principio cardine di ogni Stato di diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, garantito dagli artt. 24 e 111, comma 7, della Costituzione, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 13 della CEDU¹⁸⁴. I trattenuti hanno diritto a che un giudice riesamini la misura ed il diritto di ricorrere ad un Tribunale qualora il provvedimento di trattenimento sia illegittimo e qualora le condizioni di trattenimento non rispettino la dignità umana e i diritti fondamentali.

Anche per quanto concerne la tutela giurisdizionale degli stranieri trattenuti la legislazione italiana presenta vuoti normativi.

Oltre a quanto sarà analizzato, è da rilevare che la riserva di giurisdizione, e i diritti ad essa collegati, non è rispettata nelle ipotesi di trattenimento non disciplinate dalla legge, come nel caso delle zone di transito aeroportuali. In tali ipotesi, il trattenimento avviene senza l'adozione di alcun provvedimento e senza una convalida da parte dell'autorità giudiziaria¹⁸⁵.

5.3.1. L'adozione del provvedimento di trattenimento da parte del questore

Le procedure previste dal d.lgs. 286/1998 e dal d.lgs. 142/2015 affidano al questore il compito di adottare il provvedimento che dispone il trattenimento.

L'art. 15, par. 2, della direttiva rimpatri e l'art. 9, par. 2, della direttiva accoglienza consentono di riservare tale competenza all'autorità amministrativa¹⁸⁶. Al contrario, l'art. 13, comma 2, Cost. affida invece all'autorità giudiziaria, e solo a questa, il potere di limitare la libertà personale.

¹⁸³ A tale riguardo, v. *supra*, cap. II, par. 3.3.

¹⁸⁴ V. *supra*, cap. II, par. 3.3.2 e cap. III, par. 2.2.

¹⁸⁵ ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, cit., p. 41.

¹⁸⁶ V. *supra*, cap. II, par. 3.3.1.

Lo schema previsto dal legislatore italiano si inquadra in quello dell’art. 13, comma 3, Cost. Per le restrizioni della libertà personale da parte dell’autorità di pubblica sicurezza, tale articolo richiede però che si sia in presenza di «*casi eccezionali di necessità ed urgenza*» e che questi siano tassativamente indicati dalla legge. L’ordinarietà con cui viene usata la misura del trattenimento mal si concilia con l’eccezionalità richiesta dalla Costituzione, che non consente deroghe così ampie. Le varie formulazioni dell’art. 14 del TUI non hanno mai previsto la valutazione delle situazioni di necessità ed urgenza da parte del questore, né tale articolo ha mai indicato tassativamente quando si è in presenza di tali situazioni¹⁸⁷. A meno che non lo si giustifichi ricorrendo all’immagine dell’immigrazione come una “emergenza continua”¹⁸⁸, la misura costituisce una generalizzazione della procedura derogatoria¹⁸⁹.

Oltre ai dubbi sull’idoneità del soggetto, l’art. 14 del TUI, a differenza dell’art. 6, comma 5, d.lgs. 142/2015, non richiede al questore di motivare le ragioni per cui ha adottato il provvedimento di trattenimento¹⁹⁰. L’assenza di un obbligo di motivazione contrasta, oltre che con l’art. 13, comma 2, Cost. anche con la direttiva rimpatri, che invece lo richiede all’art. 15, par. 2. Inoltre, solo un’adeguata motivazione può consentire al giudice della convalida di esaminare nel merito il provvedimento e valutare la fondatezza dei motivi alla base della sua adozione¹⁹¹.

Di conseguenza, la scelta sulla limitazione della libertà personale è rimessa in buona parte alla pubblica amministrazione. È il questore a decidere sul trattenimento, sulla sua cessazione anticipata, sul centro in cui trattenere la persona,

¹⁸⁷ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 207.

¹⁸⁸ Cfr. con la prassi dell’uso del decreto-legge in materia di immigrazione, che costituisce ormai la regola, legittimato dalla creazione politico-mediatica di una situazione “fuori controllo” e di emergenza continua, ipotesi legittimata anche da Corte Cost., 31 luglio 2020, n. 186, in *Giur. Cost.*, 2020, 4, p. 1995; v. GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 22.

¹⁸⁹ CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., pp. 195 e 196.

¹⁹⁰ DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell’immigrazione*, cit., p. 152. La motivazione dei provvedimenti del questore è richiesta dall’art. 14, comma 1-bis, per l’adozione delle misure alternative, dall’art. 13, comma 3, d.lgs. 286/1998, per l’espulsione, non si comprende perciò il motivo per cui per tali provvedimenti, ugualmente limitativi della libertà personale, il legislatore abbia espressamente previsto la motivazione e non lo abbia fatto invece per il trattenimento.

¹⁹¹ DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell’immigrazione*, cit. p. 152.

se chiedere la proroga: tutti aspetti che ai sensi dell'art. 13 Cost. spetterebbero ad un giudice¹⁹².

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi più volte sul punto, ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale¹⁹³.

5.3.2. *La convalida del provvedimento di trattenimento*

Il provvedimento di trattenimento deve essere convalidato dall'autorità giudiziaria. L'autorità competente alla convalida si distingue per gli stranieri da allontanare e per i richiedenti protezione internazionale: per i primi è affidata al Giudice di pace, mentre per i secondi alla sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea del Tribunale ordinario. Poiché quest'ultima non pone problemi, sarà sulla prima che verterà sostanzialmente l'analisi della compatibilità della disciplina con il quadro costituzionale e dell'Unione europea.

La procedura per la convalida è la stessa per entrambi, ossia il procedimento camerale di natura sommaria ai sensi degli art. 737 ss. c.p.c., così come è lo stesso il bene giuridico oggetto del giudizio, cioè la libertà personale¹⁹⁴.

Tutte le garanzie previste per la convalida del provvedimento iniziale si estendono anche alla convalida della proroga del trattenimento¹⁹⁵ e al trattenimento negli *hotspot*, in virtù del rinvio effettuato dall'art. 10-ter, comma 3, del TUI.

¹⁹² PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, cit., p. 587.

¹⁹³ V. *ex multis*, Corte Cost., 06 dicembre 2001, n. 386, *Giur. Cost.* 2001, 6, p. 3835; Corte Cost., 10 maggio 2002, n. 181, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 1454; Corte cost., 25 luglio 2002, n. 402, in *Giur. Cost.* 2002, p. 2919.

¹⁹⁴ ASTA F., CAPRIOLIO C., *Per giusta decisione. Riflessioni sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 564.

¹⁹⁵ Art. 14, comma 5, d.lgs. 286/1998; art. 6, comma 8, d.lgs. 142/2015; sul punto, v. Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 2010, n. 4544, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2074, le garanzie della difesa e del contraddittorio si applicano anche alla proroga del trattenimento; Cass. civ., sez. VI, 12 aprile 2016, n. 7158, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016, p. 262, non è necessario che la proroga sia convalidata entro 48 ore dalla richiesta da parte del questore, ma è sufficiente che la convalida avvenga entro il termine originario di scadenza del trattenimento; in senso contrario v. Cass. civ., sez. VI, 08 febbraio 2017, n. 3298, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017, p. 119, anche il provvedimento di proroga deve essere convalidato entro 48 ore, a pena di nullità; v. DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, cit., pp. 204 e 205.

5.3.2.1. Il giudice della convalida: l'attribuzione della competenza al Giudice di pace

La legge n. 271 del 2004 ha trasferito la competenza per la convalida del trattenimento degli stranieri sottoposti a procedimento di espulsione dal Tribunale ordinario al Giudice di pace. La scelta è stata motivata da esigenze di speditezza e di semplificazione ma sull'idoneità di tale figura a pronunciarsi sulla restrizione della libertà personale sono stati sollevati dubbi.

Il Giudice di pace, istituito con la l. 374 del 1991¹⁹⁶, è un giudice onorario, non togato, con funzione principalmente conciliativa, a cui sono affidate le controversie minori. La funzione affidata in materia di trattenimento non pare coerente con il ruolo e con il “volto mite” di un «giudice onorario retribuito a cottimo»¹⁹⁷.

La Corte Costituzionale, nella sent. n. 109 del 2006¹⁹⁸, si è pronunciata sulla competenza del Giudice di pace a convalidare il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera. Il Giudice delle Leggi ha sostenuto che la scelta del legislatore fosse espressione di un esercizio «*non arbitrario, o non manifestamente irragionevole, della discrezionalità legislativa*», in virtù del fatto che l'accompagnamento coattivo alla frontiera non appartiene alla materia penale¹⁹⁹. Considerando l'uguale natura, amministrativa ed idonea ad incidere sulla libertà personale, del provvedimento di espulsione e di quello di trattenimento²⁰⁰, le stesse considerazioni potrebbero estendersi anche al trattenimento.

Ai sensi dell'art. 14, comma 3, del TUI, l'individuazione del giudice territorialmente competente dipende dal luogo in cui si trova il CPR in cui il

¹⁹⁶ L. 21 novembre 1991, n. 374, *Istituzione del giudice di pace*.

¹⁹⁷ Relazione governativa al D. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, *Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468*; ASTA F., CAPRIOLIO C., *Per giusta decisione*, cit., p. 560; PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, p. 588; CAPUTO A., PEPINO L., *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, vol. 3, pp. 13, 14, 18 e 19.

¹⁹⁸ Corte Cost., 17 marzo 2006, n. 109, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 1071.

¹⁹⁹ Corte Cost. 109/2006; il giudice a quo motivava con il fatto che l'art. 2, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. 274/2000 sottrae al Giudice di pace la competenza a pronunciarsi sulle materie di restrizione della libertà personale, di conseguenza l'art. 13 del TUI contrastava gli artt. 2, 13, 27, Cost. Tali disposizioni tuttavia si riferiscono alla competenza del Giudice di pace in materia penale.

²⁰⁰ Corte Cost. 105/2001.

soggetto è trattenuto. La scelta del CPR è rimessa alla discrezionalità del Questore, che, così facendo, indirettamente sceglie anche il giudice territorialmente competente per la convalida²⁰¹. Potrebbe così porsi anche una violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, sancito dall'art. 25 Cost.²⁰².

5.3.2.2. I poteri del giudice della convalida e l'oggetto del giudizio

Una volta ricevuti gli atti da parte del questore, si svolge il giudizio di convalida, all'esito del quale il giudice si pronuncia con decreto motivato.

L'estensione dei poteri di cognizione e dei poteri decisori del giudice e l'oggetto del giudizio sono un elemento fondamentale per garantire il rispetto della riserva di giurisdizione.

Per la Corte Costituzionale, l'art. 13 Cost impone una «*accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida*» e lo stesso art. 14 del TUI permette un «*controllo giurisdizionale pieno*»²⁰³. Una cognizione ampia del giudice che controlla la legittimità del trattenimento è richiesta anche dalla Corte di giustizia²⁰⁴.

Il giudice della convalida deve controllare i motivi che hanno indotto l'amministrazione ad adottare il provvedimento, la sussistenza dei presupposti del trattenimento e dei requisiti per la sua adozione e se siano stati rispettati i termini massimi del trattenimento e delle proroghe. La convalida del trattenimento deve essere correttamente motivata dal giudice, sia per quanto concerne il trattenimento iniziale, che le successive proroghe²⁰⁵.

Nello svolgimento di una tale valutazione, la cognizione del giudice si estende, in via incidentale, anche alla legittimità agli atti presupposti. Ad esempio, in caso di trattenimento ai fini dell'allontanamento, il giudizio ha ad oggetto il rispetto dei termini e dei requisiti dell'art. 13 e 14 TUI. Per decidere su tali questioni, il giudice può rilevare incidentalmente, ma ai soli fini della decisione di

²⁰¹ Combinato disposto art. 14, comma 1 e comma 3, d.lgs. 286/1998.

²⁰² LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 107.

²⁰³ Corte Cost., 105/2001.

²⁰⁴ Corte di giustizia, *F.M.S.*, cit., punti 291-293; Corte di giustizia, *Mahdi*, cit., punto 62; v. *supra*, cap. II, par. 3.3.2.

²⁰⁵ Cass. civ., sez. I, 6064/2019, cit.

sua competenza, la manifesta illegittimità del provvedimento espulsivo, verificando ad esempio che si è in presenza di un divieto di espulsione *ex art. 19* del TUI²⁰⁶.

Nel controllare la legittimità del trattenimento, il giudice valuta anche la possibilità di adottare misure alternative o di procedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Quanto ai poteri decisori del giudice, una delle questioni più dibattute è l'impossibilità di intervenire sui termini fissati dalla legge. In particolare, ai sensi dell'art. 14 comma 5 TUI, la convalida determina il mantenimento dello stato di trattenimento per trenta giorni, senza possibilità per il giudice di graduare la durata in base alle specifiche circostanze del caso concreto. Seppur una tale interpretazione appare contrastante con la previsione delle direttive dell'Unione europea che richiede che la durata della misura sia il più breve possibile, la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione²⁰⁷.

All'esito del giudizio, il giudice si pronuncia tramite un decreto motivato. Le motivazioni nella prassi sono frequentemente carenti, brevi o effettuate *per relationem*²⁰⁸. Il giudice della convalida si limita spesso ad una “mera validazione” di quanto disposto dal questore o a riconoscere che sussistono i presupposti del trattenimento”²⁰⁹.

Il problema in questione si riscontra anche per la convalida del trattenimento dei richiedenti, in particolare per quanto concerne la strumentalità della domanda di protezione internazionale, *ex art. 6, comma 3, d.lgs. 142/2015*. La strumentalità della domanda viene spesso giustificata tramite fattori temporali, nel caso in cui l'istanza sia stata presentata non tempestivamente rispetto all'ingresso sul territorio, basandosi su un giudizio prognostico. Si rischia così di confondere il giudizio sulla

²⁰⁶ Cass. civ., sez. VI, 07 marzo 2017, n. 5750, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017, p. 211; Cass. civ., VI, 30 novembre 2015, n. 24415, in *Mass.*, 2015, p. 808; DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, cit., p. 201.

²⁰⁷ Corte Cost., 105/2001, cit.; Corte Cost. 6 dicembre 2001, n. 385, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 3831; Corte cost., 26 febbraio 2002, n. 35, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1290.

²⁰⁸ ASTA F., CAPRIOLIO C., *Per giusta decisione*, cit., p. 557; MASTROMARTINO F., RIGO E., VEGLIO M., *Lexilium. Osservatorio sulla giurisprudenza in materia di immigrazione del Giudice di pace: sintesi rapporti 2015*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, fasc. 2, p. 2 e 8.

²⁰⁹ ASTA F., CAPRIOLIO C., *Per giusta decisione*, cit., p. 557.

strumentalità della domanda di protezione internazionale con quello sul merito e sulla fondatezza della stessa o, addirittura, in un giudizio sulla persona stessa²¹⁰.

5.3.2.3. L'udienza della convalida del trattenimento

L'udienza di convalida si svolge nella forma della procedura camerale *ex art. 737 ss c.p.c.* Si tratta di un procedimento sommario e semplificato, ma pienamente legittimo, secondo la giurisprudenza costituzionale, se accompagnato dalle garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa²¹¹. Anche in merito all'udienza di convalida vi sono alcune questioni di cui si discute la conformità al dettato costituzionale e alle norme dell'Unione europea.

Un primo problema si riscontra per quanto concerne alcuni dei luoghi in cui è ammesso lo svolgimento dell'udienza di convalida. Ai sensi dell'*art. 13 comma 5-ter* del TUI, la questura fornisce il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo al giudice di pace, per rendere più celere la convalida. Tale disposizione legittima lo svolgimento delle udienze nei CPR, negli altri locali idonei e negli *hotspot*²¹². La norma potrebbe sollevare dubbi di legittimità costituzionalità in merito all'*art. 110 Cost.*, che prevede che le udienze non possono essere celebrate in locali che non sono quelli del Ministero della giustizia²¹³, nonché con la pubblicità della giustizia, considerato i limiti di accesso ai CPR²¹⁴.

Vi poi alcuni casi nella prassi in cui l'udienza di convalida viene del tutto omessa²¹⁵.

²¹⁰ Ivi, pp. 561 e 562; sulle difficoltà di valutare la strumentalità della domanda prima dell'esame nel merito di essa, v. SAVIO G., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, cit., pp. 151 e 152.

²¹¹ Corte Cost., 35/2002, cit.

²¹² V. ad es. nei centri, MASTROMARTINO F., RIGO E., VEGLIO M., *Lexilium*., cit., pp. 2 e 4.

²¹³ ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo*, cit., 25 ottobre 2018, par. 3.

²¹⁴ V. *infra*, cap. III, par. 6.1.

²¹⁵ V. ad es. Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Rapporto tematico sulle visite alle strutture diverse e idonee utilizzate dall'autorità di pubblica sicurezza per il trattenimento della persona straniera ai sensi dell'articolo 13, comma 5 bis T.U. Imm. (dicembre 2020 – gennaio 2021), p. 11.

È garantito il contraddittorio e il diritto di difesa e all’assistenza legale, come richiesto dalle direttive²¹⁶.

Quando al contraddittorio, le modalità di audizione del trattenuto si distinguono in base allo *status* dello straniero, in quanto per il richiedente protezione internazionale, ai sensi dell’art. 6, comma 5, d.lgs. 142/2015, è prevista la partecipazione tramite collegamento audiovisivo.

Nella prassi, lo spazio lasciato al contraddittorio varia da un’udienza all’altra. In molti casi, davanti al Giudice di pace, le udienze sono sommarie e di breve durata, vengono poste poche domande riguardo l’arrivo in Italia, la situazione lavorativa e il possesso dei documenti di identità, le cui risposte sono riportate sinteticamente nel verbale, spesso prodotto con formulari²¹⁷.

Lo straniero trattenuto ai fini dell’allontanamento può influire sull’esito del giudizio qualora manifesti la volontà di richiedere la protezione internazionale. In tal caso, il medesimo cittadino straniero, il cui trattenimento è stato precedentemente convalidato da parte del Giudice di Pace, è tradotto dinanzi al Tribunale per una nuova udienza di convalida, che deve nuovamente verificare i presupposti del trattenimento, alla luce dei diversi presupposti previsti per il richiedente²¹⁸.

5.3.3. *L’assenza di un riesame nell’ordinamento giuridico italiano*

Una previsione che è rimasta disattesa nell’ordinamento italiano è quella concernente il riesame del trattenimento a intervalli ragionevoli, ai sensi dell’art.

²¹⁶ Art. 6, comma 5, d.lgs.142/2015 e art. 14, comma 4, d.lgs. 286/1998; sul punto, v. Corte Cost., 222/2004, cit., secondo la quale la mancata previsione del contraddittorio viola «il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incomprimibile»; Cass. civ. 4544/2010 cit., la partecipazione del difensore e l’audizione dell’interessato devono essere assicurate anche in sede di proroga; Cass. civ., sez. VI, 3 maggio 2017, n. 10743, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019, 651965-01, qualora un cittadino straniero non sia stato condotto all’udienza dinanzi al Giudice di pace per la convalida del trattenimento presso un CIE, ed il difensore eccepisca la violazione del diritto di difesa, può essere annullato il provvedimento di convalida assunto senza motivare le ragioni del rigetto di tale eccezione; sul diritto all’assistenza legale nella disciplina dell’Unione europea, v. *infra*, cap. II, par. 3.3.3.

²¹⁷ ASTA F., CAPRIOGlio C., *Per giusta decisione*, cit., p. 568; sulla breve durata, v. MASTROMARTINO F., RIGO E., VEGLIO M., *Lexilium*, cit., p. 2 e 4.

²¹⁸ Art. 6, comma 5, d.lgs. 142/2015; ASTA F., CAPRIOGlio C., *Per giusta decisione*, cit., p. 567.

15, parr. 3 e 4, della direttiva rimpatri e dell'art. 9, par. 5, della direttiva accoglienza²¹⁹.

In virtù dell'effetto diretto, l'istituto è comunque applicabile nell'ordinamento italiano²²⁰. Di conseguenza, come affermato anche dalla Cassazione, non può essere negato il diritto dello straniero a ottenere che, su sua iniziativa o d'ufficio, il trattenimento sia riesaminato a intervalli ragionevoli dall'autorità amministrativa o, in caso di contestazioni, da quella giudiziaria²²¹.

Anche per il riesame richiede che l'istanza sia formulata con ricorso *ex art.* 737 c.p.c. e la competenza a decidere è attribuita allo stesso giudice della convalida²²². Il procedimento ha ad oggetto la valutazione dell'attualità dei presupposti e delle esigenze che hanno determinato la convalida del trattenimento, alla luce di nuove circostanze di fatto²²³.

5.3.4. La tutela giurisdizionale effettiva contro il provvedimento di convalida e per le condizioni di trattenimento

In virtù del principio della tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'art. 24 della Costituzione, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 13 della CEDU, al trattenuto deve essere riconosciuto il diritto di ricorrere in giudizio contro un provvedimento di trattenimento illegittimo o contro condizioni di trattenimento non compatibili con la dignità umana e con i diritti fondamentali.

Le direttive dell'Unione europea impongono agli Stati membri l'obbligo di prevedere un controllo giudiziario sulla legittimità del trattenimento²²⁴, soddisfatto

²¹⁹ Al riguardo, v. *infra*, cap. II, par. 3.3.2.

²²⁰ Sull'effetto diretto, Corte di giustizia, *El Dridi*, cit., punto 47, sull'art. 15, dir. 2008/115/CE.; v. *supra*, cap. II, par. 2.4.3.

²²¹ Cass. Civ., sez. I, 23 ottobre 2019 n. 27076, in *Giust. Civ. Mass.*, 2021, 655768-01; Cass. civ., sez. I, 03 febbraio 2021, n. 2457, in *Giust. Civ. Mass.*, 2021; Cass. civ., sez. I, 03 febbraio 2021, n. 2459, in *Dir. & Giust.*, 2021, 4 febbraio; DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, cit., p. 205.

²²² Cass. Civ., sez. I, 27076/2019, cit.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Art. 15, par. 2, dir. 2008/115/CE; art. 9, par. 3, dir. 2013/33/UE; v. *supra*, cap. II, par. 3.3.2.

dalla convalida, ma lasciano discrezionalità quanto ai mezzi di impugnazione contro tali provvedimenti.

Ai sensi dell'art. 14, comma 6, d.lgs. 286/1998 contro i decreti di convalida e di proroga è ammesso ricorso in Cassazione, il quale non sospende l'esecutività del provvedimento di trattenimento²²⁵. Il ricorso in Cassazione è diretto ad ottenere una verifica della legittimità del decreto che ha convalidato il trattenimento o che ne ha disposto la proroga.

La disposizione è conforme all'art. 111, comma 7, Cost., che sancisce il diritto di ricorso in Cassazione contro ogni provvedimento dell'autorità giudiziaria. Tuttavia, il ricorso in Cassazione non costituisce uno strumento pienamente efficace, data la natura di giurisdizione di legittimità di tale Corte e la lunghezza dei procedimenti davanti ad essa²²⁶. In virtù di ciò, potrebbero porsi dubbi sul rispetto del principio della tutela giurisdizionale effettiva, così come garantito nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte EDU, che richiedono accessibilità dei mezzi di ricorso e rapidità del controllo²²⁷.

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva comporta anche che al cittadino del paese terzo sia assicurata la possibilità di presentare reclami o di ricorrere ad un Tribunale nel caso in cui i suoi diritti fondamentali durante il trattenimento non siano rispettati e le condizioni di vita non siano compatibili con la dignità umana.

A tal fine, è prevista la possibilità di rivolgersi al Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale. Ai sensi dell'art. 14, comma 2-bis, TUI, lo straniero può rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al Garante nazionale e ai Garanti regionali o locali. Se accerta la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti dai trattenuti, il Garante formula specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata. Questa, in caso di diniego, comunica il dissenso motivato entro trenta giorni²²⁸. La disposizione colma una lacuna evidenziata anche dalla Corte EDU nella sentenza *Khlaifia*, che aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 13 della CEDU, con riferimento all'art.

²²⁵ V. anche art. 13, comma 5-bis, d.lgs. 286/1998.

²²⁶ ASTA F., CAPRIOLIO C., *Per giusta decisione*, cit., p. 571.

²²⁷ Al riguardo, v. *supra*, cap. II, par. 3.3.2.

²²⁸ Art. 7, lett. f-bis), d.l. 146/2013.

3 della CEDU, in quanto non vi era un organo a cui i migranti trattenuti *de facto* potevano rivolgersi per denunciare le proprie condizioni di trattenimento.

Con la procedura di revisione rafforzata per l'adeguamento dell'ordinamento italiano alla sentenza *Khlaifia*, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha rilevato come la possibilità di ricorrere al Garante non sia assicurata negli *hotspot* e che tali soggetti non siano pienamente tutelati contro condizioni di vita inumane e degradanti²²⁹.

5.4. La durata del trattenimento e la possibilità di proroga

Nel corso degli anni, la durata del trattenimento nell'ordinamento italiano è stata modificata, aumentata e diminuita, innumerevoli volte²³⁰.

Per quanto concerne il trattenimento ai fini dell'allontanamento, il termine massimo è attualmente di novanta giorni, ai sensi dell'art. 14, comma 5, TUI²³¹. La previsione è conforme a quanto previsto dall'art. 15, parr. 5 e 6, della direttiva rimpatri e lo era anche negli anni in cui la durata ha raggiunto il suo massimo²³².

Come già evidenziato, uno dei problemi della durata del trattenimento riguarda la rigidità dei termini fissati dalla legge²³³. Ulteriori proroghe sono giustificabili ai fini identificativi o per la preparazione del rimpatrio, i quali devono essere specificati dall'amministrazione²³⁴. Come per i presupposti che legittimano l'adozione della misura²³⁵, anche i motivi alla base delle proroghe sono legati per lo più ad un'inefficienza dell'amministrazione e non ad una mancata cooperazione

²²⁹ Sul caso *Khlaifia*, v. *supra*, cap. III, par. 5.1.2.

²³⁰ Esemplificativa è la tabella in PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, p. 592, nonostante si fermi solo al 2011.

²³¹ Salvo possibilità di arrivare ad un massimo di 120 giorni per i cittadini di Paesi che hanno sottoscritto accordi di rimpatrio con l'Italia.

²³² Ad esempio, a seguito della l. 129/2011 il termine massimo, comprensivo di proroghe, era di 18 mesi; nel d.l. 113/2018, il termine era di 180 giorni; sulla durata nelle direttive, v. *supra*, cap. II, par. 3.1.

²³³ V. *supra*, cap. III, par. 5.3.2.2.

²³⁴ Art. 14, comma 5, d.lgs. 286/1998; anche il rischio pandemico può essere un elemento alla base della concessione di una proroga del trattenimento, «*in quanto evento che nella sua obiettività si frapponga alle operazioni di identificazione dello straniero o di organizzazione del viaggio di rimpatrio*», v. Cass. civ., sez. I, 25 giugno 2021, n. 18319, in *Giust. Civ. Mass.*, 2021; Cass. civ., sez. I, 25 giugno 2021, n. 18320, in *Dir. & Giust.*, 2021, 28 giugno.

²³⁵ V. *supra*, cap. III, par. 5.2.1

del rimpatriando. In tal caso, la previsione appare maggiormente in linea con la logica della direttiva rimpatri, che all’art. 15, par. 6, lett. *b*), permette la proroga per ritardi nella documentazione da parte dei paesi terzi.

Non è prevista la proroga per il trattenimento alla frontiera ai sensi dell’art. 13, comma 5-*bis*, del TUI. Se non ad eseguire l’allontanamento entro quarantotto ore, o lo straniero viene trasferito nel CPR, se si sono liberati dei posti, o il questore deve emettere l’ordine di allontanamento²³⁶.

Una novità introdotta nel 2020 e di dubbia definizione riguarda i trattenuti provenienti da paesi con cui l’Italia ha accordi di rimpatrio. Per tali soggetti, è possibile prorogare il trattenimento fino a centoventi giorni. La legge rimane generica sulla natura di tali accordi e sulla loro accessibilità e pubblicità. Vi possono rientrare accordi di riammissione firmati dall’Unione europea, intese tecniche e di polizia firmate dall’Italia con i Paesi terzi, procedure operative *standard* (SOP), accordi di riammissione bilaterali, protocolli e processi verbali²³⁷. Poiché dalla definizione di tali accordi dipende un’ulteriore limitazione della libertà personale del soggetto, si ritiene opportuno che i giudici pretendano dalla pubblica amministrazione l’onere di documentazione sull’esistenza e l’efficacia di tali accordi²³⁸.

Le previsioni sulla durata massima del trattenimento finalizzato all’allontanamento rischiano di essere svuotate dalla possibilità di ricorrere a più trattenimenti consecutivi. La problematica è stata in parte risolta per quanto riguarda la “spirale detentiva penale-amministrativa”²³⁹. Tuttavia, il migrante potrebbe ritrovarsi in una “spirale” costituita da espulsioni e trattenimenti consecutivi. Scaduto il termine massimo di trattenimento senza aver eseguito l’allontanamento, al soggetto viene ordinato di lasciare il territorio, *ex art. 14, comma 5-bis* del TUI. Se questi non ottempera all’ordine, oltre ad una multa, si emana un nuovo provvedimento di espulsione²⁴⁰. Trattandosi di un nuovo

²³⁶ ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo*, cit., par. 3.

²³⁷ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 141.

²³⁸ Ivi, p. 136.

²³⁹ Grazie all’identificazione dello straniero all’ingresso del carcere ai sensi dell’art. 14, comma 5, d.lgs. 286/1998.

²⁴⁰ V. *supra*, cap. III, par. 4.1.

provvedimento di espulsione, la procedura ricomincia ed è perciò possibile un nuovo trattenimento, vanificando la durata massima prevista dalla legge.

Inoltre, nella prassi non sempre i termini vengono rispettati e non è raro che gli stranieri rimangano nei CPR per una durata superiore a quella consentita e anche qualora non vi sia una concreta prospettiva di realizzare il rimpatrio²⁴¹.

Per quanto riguarda i richiedenti protezione internazionale, il termine massimo è di dodici mesi, giustificato dalla durata della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale²⁴². Da una parte, l'ordinamento interno colma la lacuna della direttiva accoglienza, che non prevede specifiche indicazioni sulla durata del trattenimento²⁴³. Dall'altra parte, il termine eccessivamente lungo, sia in confronto a quello previsto per i rimpatriandi, sia in considerazione del fatto che tali soggetti stanno esercitando un diritto (il diritto d'asilo) riconosciuto anche dalla Costituzione italiana.

Negli *hotspot* il termine è previsto è di trenta giorni, indipendentemente dallo *status* dello straniero, ma per i richiedenti è possibile proseguire il trattenimento nei CPR per altri novanta giorni, *ex art. 6, comma 3-bis, d.lgs. 142/2015*²⁴⁴. Non è chiaro se, successivamente, può sommarsi un ulteriore trattenimento ai sensi dell'*art. 6, commi 5 e 7*, dello stesso decreto.

6. Tra diritto e prassi: la dignità e le condizioni di vita nei luoghi di trattenimento in Italia

A seguito dell'analisi della disciplina legislativa, dei presupposti e delle garanzie giurisdizionali previste per il trattenimento, un'ultima attenzione va rivolta ai luoghi di detenzione e alle condizioni di vita degli stranieri trattenuti. Questi rientrano nei "modi" cui si riferisce l'*art. 13 Cost.*

²⁴¹ V. ad es., Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, rapporto sulla visita effettuata nel centro di permanenza per i rimpatri (CPR) di Torino il 14 giugno 2021 p. 3; VEGLIO M., *La malapena*, cit., pp. 46-48; sulla prospettiva realistica di allontanamento, v. *supra*, cap. II, par. 3.2.

²⁴² Art. 6, comma 8, d.lgs. 142/2015.

²⁴³ V. *supra*, cap. II, par. 3.1.

²⁴⁴ Con possibilità di proroga di 30 giorni per i richiedenti di Paesi che hanno stipulato accordi con l'Italia.

Seguendo la regola prevista dall'art. 16, par. 1, della direttiva rimpatri e dall'art. 10, par. 1, della direttiva accoglienza, i centri appositi, identificati in Italia con i Centri di permanenza per i rimpatri, sono il luogo privilegiato per il trattenimento²⁴⁵. Tuttavia, il trattenimento avviene frequentemente anche fuori dai centri, in modo più o meno regolamentato ed in luoghi diversi²⁴⁶.

Le condizioni di vita all'interno di tali luoghi sono disciplinate principalmente da fonti di rango non primario. La tutela dei diritti fondamentali dei trattenuti è assicurata in ogni caso dalle disposizioni del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale²⁴⁷ e dalla stessa Carta Costituzionale, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili e la dignità di ogni essere umano²⁴⁸. Ciò nonostante, come dimostrano esempi concreti, le reali condizioni di vita dei trattenuti, sia dentro che fuori dai centri, di frequente non sono compatibili con la dignità della persona e con il rispetto dei diritti umani.

6.1. I Centri di permanenza per i rimpatri

I Centri di permanenza per i rimpatri (di seguito «CPR») sono i luoghi individuati dal legislatore per il trattenimento degli stranieri. Come suggerisce il nome si tratta di luoghi pensati per accogliere i trattenuti in attesa di espulsione. Tuttavia, ai sensi dell'art. 6, comma 2, d.lgs. 142/2015, anche il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale avviene nei CPR, seppur in appositi spazi ove possibile.

6.1.1. L'organizzazione, la gestione e le caratteristiche strutturali dei CPR

Oltre che al loro nome, i vecchi CIE, oggi CPR, hanno subito modifiche nel corso degli anni anche quanto alla loro dislocazione, organizzazione e struttura.

²⁴⁵ Art. 14, comma 1, d.lgs. 286/1998; art. 6, comma 2, d.lgs. 142/2015; art. 21, comma 4, d.P.R. 394/1999; per quanto previsto dalle direttive, v. *supra*, cap. II, par. 3.4.1.

²⁴⁶ V. *supra*, cap. II, par. 3.4.1.3.

²⁴⁷ V. *supra*, cap. II, par. 3.4.2.

²⁴⁸ Art. 2, Cost.

Con il d.l. 13/2017 si è avviato un ampliamento della rete dei centri e sono state fornite precisazioni logistiche, per rimediare alla fronte all’insufficienza di posti disponibili²⁴⁹.

Nel 2020 in Italia si contavano dieci CPR, situati a Bari, Brindisi, Caltanissetta, Gradiasca d’Isonzo (GO), Macomer (NU), Milano²⁵⁰, Palazzo San Gervasio (PZ), Roma, Torino²⁵¹, Trapani²⁵².

I centri sono individuati o costituiti tramite decreto del Ministro dell’Interno, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentito il Presidente della Regione o della Provincia autonoma interessata. Una miglior distribuzione sul territorio consente di ripartire i costi, sia finanziari che sociali²⁵³. I luoghi devono essere preferibilmente situati in aree esterne ai centri urbani, per il decoro urbano, ma facilmente raggiungibili²⁵⁴. Le strutture devono avere una capienza limitata, per poter garantire al meglio condizioni di trattenimento dignitose e servizi di supporto alla persona. Su questo fronte, tuttavia, la disposizione è generica e non prevede un tetto massimo o parametri certi per misurare la capienza²⁵⁵, né sono definiti in modo chiaro i luoghi da adibire a CPR e l’idoneità degli stessi²⁵⁶.

La miglior definizione dell’organizzazione dei centri sul territorio permette di proceduralizzarne la distribuzione dei posti e centralizzarla in capo al Ministero, per limitare la discrezionalità dei questori²⁵⁷.

La gestione dei centri e la fornitura di beni e servizi al loro interno è affidata a soggetti privati. Il d.l. 113/2018 ha previsto il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ed è stato previsto una procedura

²⁴⁹ Art. 19, comma 3, d.l. 13/2017. Prima del 2017, l’unica fonte di rango primario era l’art. 14, comma 2, d.lgs. 286/1998, che non soddisfaceva la riserva assoluta di legge, in quanto non vi erano indicazioni sui requisiti delle strutture, sulla dislocazione di queste nel territorio, sui loro rapporti con il territorio, v. PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, p. 580; LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 189.

²⁵⁰ Il CPR di Milano è stato riaperto nell’ottobre del 2020.

²⁵¹ Sul CPR di Torino, v. *infra*, cap. III, par. 6.1.3.

²⁵² Fonte Ministero dell’Interno,

https://temi.camera.it/leg18/post/cpr.html?tema=temi/tl18_il_fenomeno_migratorio.

²⁵³ LOPRIENO D., “Trattenere e Punire”, cit., p. 194.

²⁵⁴ Ibid., norme in materia di sicurezza urbana d.l. 14/2017, conv. 1.48/2017.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ CAGGIANO G., *Scritti sul diritto europeo dell’immigrazione*, cit., p. 310.

²⁵⁷ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 136.

apposita a tal fine²⁵⁸. La privatizzazione dei centri ha portato ad una riduzione delle risorse e dei servizi offerti all'interno dei centri²⁵⁹.

I luoghi adibiti a CPR sono vari: edifici costruiti *ad hoc*, strutture nate per altre finalità e riadattate, come caserme, capannoni industriali dismessi, ma anche containers, tendopoli o imbarcazioni²⁶⁰.

Per quanto concerne le caratteristiche strutturali, fin dalla loro formazione, la volontà del legislatore è stata orientata verso l'esclusione dei CPR dal circuito penitenziario²⁶¹, testimoniata anche dalla mancata previsione del trattenimento in istituti penitenziari²⁶². Nonostante ciò, i CPR hanno finito per diventare essi stessi un carcere, una “galera amministrativa”²⁶³. La loro somiglianza con le carceri non è data solo dalla coercitività della misura che incide sulla libertà personale²⁶⁴, ma anche dalle caratteristiche del luogo, dall'organizzazione interna e dalle condizioni di vita degli stranieri trattenuti²⁶⁵. La struttura è quella tipica di qualsiasi istituto destinato allo sconto di una pena: blocchi abitativi isolati, mura di cinta elevate, recinzioni interne, forze dell'ordine che presiedono, sistemi di sorveglianza²⁶⁶.

La somiglianza dei CPR ad istituti penitenziari sembra dimenticare che il trattenimento non ha carattere penale e non rappresenta una pena detentiva²⁶⁷.

²⁵⁸ Sul funzionamento dei centri, v. art. 22, d.P.R. 394/1999.

²⁵⁹ VEGLIO M., *La malapena*, cit., p. 25; ARBOGAST L., *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea*, Migreurop, 2016, pp. 29-31; PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, p. 582.

²⁶⁰ PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, p. 581.

²⁶¹ «I centri di permanenza temporanea sono estranei al circuito penitenziario» ed «il trattenimento nel centro non potrà in nessun caso assimilarsi alla applicazione di una sanzione detentiva», relazione di accompagnamento al TUI, circolare 20 marzo 1998, n. 11, del Ministro degli Interni, Dipartimento di pubblica sicurezza; PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, p. 576.

²⁶² Consentito in via eccezionale dall'art. 16, par. 1, dir. 2008/115/CE e art. 10, par. 1, dir. 2013/33/UE; v. *supra*, cap. II, par. 3.4.1.2.

²⁶³ «La prima cosa da fare è mettere a confronto il CIE e il carcere, per scoprire così che un CIE è un carcere», v. PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, cit., pp. 576 e 583.

²⁶⁴ Corte Cost., 105/2001; v. *supra*, cap. III, par. 2.2.

²⁶⁵ PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, cit., p. 576.

²⁶⁶ Ivi, p. 580; Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Rapporto sulla visita effettuata nel centro di permanenza per i rimpatri (CPR) di Torino il 14 giugno 2021, p. 17.

²⁶⁷ V. *ex multis*, Conclusioni AG Mazák, presentate il 1° aprile 2011, nella causa *El Dridi*, cit., par. 53; Conclusioni AG Szputnar, presentate il 14 maggio 2014, *Mahdi*, cit., par. 47; v. *supra*, cap. II, par. 2.4.3.

6.1.2. I diritti fondamentali dello straniero e le condizioni di vita all'interno dei CPR secondo il diritto

La disciplina sulle condizioni di vita e sulla tutela dei diritti fondamentali all'interno dei centri è contenuta nell'art. 14, comma 2, d.lgs. 286/1998²⁶⁸, il quale rinvia all'art. 21 del d.P.R. n. 394 del 1999 e, tramite una delega di secondo livello, dalle misure in attuazione delle disposizioni adottate dalle autorità amministrative e dalle direttive del Ministero dell'interno. Tra queste, le più rilevanti sono il d.m. 21 novembre 2008 ed il regolamento recante “Criteri per l’organizzazione e la gestione dei CIE, a cui è allegata la Carta dei diritti e dei doveri dello straniero nel CIE²⁶⁹. Le condizioni di trattenimento devono inoltre rispettare i vincoli derivanti dal diritto dell’Unione europea e dal diritto internazionale²⁷⁰.

Le condizioni detentive dei richiedenti asilo sono disciplinate in modo più dettagliato e con maggiori garanzie dall'art. 7 del d.lgs. 142/2015, il quale attua l'art. 10 della direttiva accoglienza. Per quanto non previsto da tale articolo, si rinvia all'art. 14 del TUI e al d.P.R. 394/1999.

Una volta entrati nel CPR, agli stranieri è vietato allontanarsi²⁷¹, salvo nei casi di imminente pericolo per la vita di un familiare o convivente residente in Italia, per motivi di carattere eccezionale e di cura²⁷². Ai trattenuti devono essere fornite le informazioni necessarie sul loro *status*²⁷³ e le informazioni sulla possibilità di presentare domanda di protezione internazionale²⁷⁴. All'interno dei CPR devono essere assicurati adeguati *standard* igienico-sanitari e abitativi²⁷⁵.

Gli stranieri hanno diritto all'assistenza alla persona, alle cure e alla tutela sanitaria²⁷⁶, al mantenimento, alla socializzazione, alla libertà di culto²⁷⁷. È però

²⁶⁸ V. anche art. 2, d.lgs. 286/1998

²⁶⁹ Regolamento recante criteri per l’organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione previsti dall’articolo 14 del Decreto legislativo 25 luglio 1998, n.286 e successive modificazioni, Ministero dell’Interno, 20 ottobre 2014.

²⁷⁰ Art. 2, comma 1, d.lgs. 286/1998; v. *supra*, cap. II, par. 3.4.

²⁷¹ Art. 14, comma 7, d.lgs. 286/1998, art. 20, comma 3 e art. 21, commi 1 e 9, d.P.R. 394/1999.

²⁷² Art. 21, comma 6, d.P.R. 394/1999

²⁷³ Art. 14, comma 2, d.lgs. 286/1998.

²⁷⁴ Art. 6, comma 4, d.lgs. 142/2015.

²⁷⁵ Art. 14, comma 2, d.lgs. 286/1998.

²⁷⁶ Sull’assistenza sanitaria per gli stranieri, v. art. 35, d.lgs. 286/1998.

²⁷⁷ Art. 21, comma 2, d.P.R. 394/1999.

assente qualsiasi specificazione quanto alle misure di inserimento sociale, come corsi di lingua italiana e all'assistenza psicologica, e sono limitati i servizi di assistenza sociale²⁷⁸. Tale mancanza si giustifica con il fatto che il trattenimento dovrebbe essere una misura temporanea, nonostante nella prassi la durata sia in realtà di mesi o addirittura di anni²⁷⁹.

Per i richiedenti, oltre alla necessaria assistenza e al rispetto della dignità, è specificato anche la garanzia di una sistemazione separata, il rispetto delle differenze di genere, la tutela dell'unità familiare e l'accesso all'aria aperta²⁸⁰.

Durante la pandemia, sono state previste attività di *screening*, di quarantena in caso di nuovi ingressi e sono state adottate le misure del distanziamento sociale, al fine di tutelare la salute all'interno dei CPR²⁸¹.

Lo straniero ha diritto alla corrispondenza, anche telefonica²⁸². Deve essere garantita la libertà dei colloqui con i soggetti ammessi, come i difensori e i ministri di culto²⁸³. L'accesso ai centri è stato esteso nel corso degli anni a vari soggetti, tra cui oggi vi sono familiari, difensori, ministri di culto, personale delle rappresentanze diplomatiche o consolari, enti, associazioni di volontariato e cooperative di solidarietà sociale²⁸⁴. Per i richiedenti, tali soggetti sono previsti dall'art. 7, comma 2, d.lgs. 142/2015, il quale al comma successivo prevede la possibilità di limitare gli accessi in determinate condizioni²⁸⁵. Non sono inclusi tra i visitatori i giornalisti e la stampa²⁸⁶.

Agli stranieri è garantito il diritto all'incolumità personale e alla sicurezza, prendendo provvedimenti appositi per salvaguardia della sicurezza e ordine pubblico all'interno dei centri²⁸⁷.

²⁷⁸ CAGGIANO G., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, cit., p. 308.

²⁷⁹ Sulla durata, v. *supra*, cap. II, par. 3.1 e cap. III, par. 5.4.

²⁸⁰ Art. 7, comma 1, d.lgs. 142/2015.

²⁸¹ Sul trattenimento durante la pandemia di Covid-19, v. *supra*, cap. II, par. 3.4.5.

²⁸² Art. 14, comma 2, d.lgs. 286/1998; art. 21, commi 1 e 3, d.P.R. 394/1999.

²⁸³ Art. 14, comma 2, d.lgs. 286/1998; art. 21, comma 1, d.P.R. 394/1999.

²⁸⁴ Art. 21, comma 7, d.P.R. 394/1999.

²⁸⁵ Cfr. art. 10, dir. 2013/33/UE.

²⁸⁶ Cfr., tuttavia, T.A.R. Lazio, sez. I, 18 maggio 2012, n. 4518, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, p. 184, che ha censurato una circolare che vietava in modo assoluto l'accesso dei giornalisti ai centri di accoglienza.

²⁸⁷ Art. 21, comma 9, d.P.R. 394/1999, v. anche art. 14, commi 7-bis e 7-ter, d.lgs. 286/1998.

Un ruolo fondamentale per il rispetto dei diritti sopraelencati è quello del Garante nazionale²⁸⁸. I rapporti del Garante in occasione delle viste nei CPR e negli altri luoghi di trattenimento sono una fonte essenziale per il controllo delle effettive condizioni di vita degli stranieri trattenuti. I suoi accertamenti possono costituire notizia di reato utilizzabili davanti all'autorità giudiziaria e fonte di informazione per l'opinione pubblica²⁸⁹.

Il quadro delineato in Italia per la tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei trattenuti non appare in contrasto con quanto stabilito dal legislatore dell'Unione, almeno per quanto riguarda il contenuto delle disposizioni. Ci sono tuttavia due problemi non irrilevanti: la maggior parte della disciplina è contenuta in atti non aventi forza di legge²⁹⁰ e, come emerso dai rapporti del Garante, le reali condizioni di vita nei luoghi di trattenimento non rispecchiano in molti casi quanto stabilito dalle disposizioni.

6.1.3. I diritti fondamentali dello straniero e le condizioni di vita all'interno dei CPR nella prassi: l'esempio del CPR di Torino

Per valutare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali e le condizioni di vita all'interno dei CPR è necessario avvalersi di esempi concreti. A tal fine, sarà esaminata la situazione del CPR di Torino.

La scelta non è casuale: il 23 maggio 2021, Moussa Balde, un ragazzo di ventitré anni, cittadino guineano, si è suicidato nel CPR di Torino. L'evento ha provocato scalpore e sollevato critiche tra la società civile²⁹¹. Il Garante ha visitato il centro e stilato un nuovo rapporto su di esso²⁹².

La morte di Moussa Balde non costituisce tuttavia un caso isolato²⁹³, né un evento inaspettato. Le condizioni di vita «al limite della decenza»²⁹⁴ nei CPR

²⁸⁸ V. *supra*, cap. III, par. 5.3.4.

²⁸⁹ GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), op. cit., p. 141.

²⁹⁰ V. *supra*, cap. III, par. 5.1.1.

²⁹¹ V. ad es., ASGI, *Il libro nero del CPR di Torino*, 4 giugno 2021.

²⁹² Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Rapporto sulla visita effettuata nel centro di permanenza per i rimpatri (CPR) di Torino il 14 giugno 2021.

²⁹³ V. altri es., ASGI, *Il libro nero del CPR di Torino*, 4 giugno 2021.

²⁹⁴ Trib. Pen. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, sulle condizioni di vita nel CIE di Isola Capo Rizzuto.

italiani erano già state denunciate da organizzazioni e associazioni di volontariato, nonché dai rapporti del Garante²⁹⁵ ed evidenti anche dalle pronunce dei Tribunali. Molti centri non sono conformi al rispetto della dignità della persona e le condizioni in cui vivono gli stranieri rischiano di costituire un trattamento inumano e degradante²⁹⁶. A causa del mancato rispetto della riserva di legge, i servizi e i diritti fondamentali variano da centro a centro e dipendono in buona parte dal regolamento del CPR²⁹⁷.

Il CPR di Torino non ha un proprio regolamento. Ha una capienza di centottanta posti ed è gestito dal 2018 da una società privata francese²⁹⁸.

Dalle visite del Garante emerge che al suo interno sono ospitati circa un centinaio di persone, fra cui anche alcuni presunti minori²⁹⁹, in violazione del divieto stabilito dall'art. 19, comma 4, del d.lgs. 142/2015³⁰⁰. Le cure mediche non sono sufficienti e i soggetti non vengono visitati all'ingresso.

La peculiarità torinese è il c.d. Ospedaletto³⁰¹. Si tratta di un'area destinata all'isolamento sanitario ma usata anche per altri scopi, come in caso di problemi di convivenza tra le persone trattenute o per ragioni di sicurezza. L'isolamento nei CPR non è tuttavia previsto da nessuna disposizione normativa, di conseguenza non ci sono disposizioni che tutelino lo straniero isolato. Si tratta di un edificio con locali separati da inferriate e reti metalliche, non rispettosi della dignità umana. Non vi sono mobili, né accesso all'aria aperta e le persone sono isolate, senza possibilità di socializzare. Il Garante ritiene che le condizioni nell'Ospedaletto configurino un trattamento inumano e degradante e rischiano di esporre il paese ad una condanna da parte della Corte di Strasburgo, nel caso questa sia adita.

²⁹⁵ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Rapporto sulle visite effettuate nei centri di permanenza per i rimpatri (CPR), 2019-2020.

²⁹⁶ Trib. di Bari, sez. civ. I, sent. 31 luglio – 10 agosto 2017, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 153.

²⁹⁷ Di MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione*, cit., p. 36; PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, pp. 581 e 582.

²⁹⁸ <http://www.comune.torino.it/garantedetenuti/dentro/il-cpr-centro-di-permanenza-per-il-impatrio-di-torino-gia-c-i-e/>.

²⁹⁹ Garante nazionale, Rapporto sulla visita effettuata nel CPR di Torino, p. 5.

³⁰⁰ V. *supra*, cap. III, par. 4.4.

³⁰¹ Ivi, pp. 11-15.

Le condizioni nel resto del centro non sono migliori. I dormitori e i bagni non sono separati neanche da una porta, non ci sono tavoli e sedie per mangiare, l’impianto di illuminazione è regolato dal personale a livello centrale. La divisione tra le aree avviene in base alla nazionalità, per limitare le rivolte, senza che sia garantita una sistemazione separata ai richiedenti asilo, come richiesto dagli artt. 6, comma 2 e 7, comma 1, d.lgs. 142/2015, né ai vulnerabili³⁰². Il personale civile, sanitario e specialistico nel CPR è insufficiente. Gli episodi di autolesionismo sono frequenti e vengono dati psicofarmaci e i calmanti “a litri”³⁰³.

Nel CPR di Torino vige la prassi di requisire i cellulari all’ingresso e consentire l’uso esclusivo dei telefoni all’interno del centro, con costo a carico del trattenuto. Non viene perciò garantito il diritto alla comunicazione telefonica di cui all’art. 14, comma 2, TUI.

Le forze dell’ordine effettuano una vigilanza continua del centro. Il personale di sicurezza assiste anche alle visite mediche, violando la *privacy* dei trattenuti. Ci sono delle celle di sicurezza, scoperte per caso dal Garante e non dichiarate, delle quali non è tenuto un registro di presenza.

Le richieste di associazioni e organizzazioni di volontariato, disponibili ad intervenire per migliorare le condizioni di vita del centro, sono rimaste senza risposta da parte della Prefettura, non garantendo il diritto di accesso al centro³⁰⁴.

Al contrario, le visite del Garante nazionale hanno portato ad alcuni risultati concreti. La raccomandazione di chiudere immediatamente l’Ospedaletto è stata accolta e l’uso di tale area è stato interdetto³⁰⁵.

³⁰² PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, p. 583.

³⁰³ VEGLIO M., *La malapena*, cit., p. 71; Ristretti orizzonti, *Torino. “Psicofarmaci a litri ai migranti del Cpr”*. La testimonianza di un medico

, 15 ottobre 2019, http://www.ristretti.org/index.php?option=com_content&view=article&id=83700:torino-psicofarmaci-a-litri-ai-migranti-del-cpr-la-testimonianza-di-un-medico&catid=220:le-notizie-di-ristretti&Itemid=1

³⁰⁴ ASGI, *Il libro nero del CPR di Torino*, 4 giugno 2021.

³⁰⁵ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Comunicato stampa, Chiuso l’Ospedaletto del Cpr di Torino: accolta la Raccomandazione del Garante nazionale, 8 settembre 2021; v. anche Ministero dell’Interno, centri permanenza rimpatri: la circolare del Viminale ai prefetti, 12 ottobre 2021, <https://www.interno.gov.it/it/notizie/centri-permanenza-rimpatri-circolare-viminale-prefetti>.

6.2. Gli altri luoghi di trattenimento

Sfruttando la possibilità concessa dalle direttive di derogare alla regola del trattenimento in centri appositi³⁰⁶, il trattenimento in Italia avviene di frequenza anche al di fuori dei centri, in luoghi dalla natura e dalla conformazione diversa.

Tra di essi vi sono, in primo luogo, gli *hotspot*, le imbarcazioni e la novità delle c.d. navi quarantena, le “strutture diverse ed idonee” e i locali di frontiera di cui all’art. 13, comma 5-ter, d.lgs. 286/1998 e le zone di transito aeroportuali.

Per la maggior parte di questi siti, la legge non disciplina nel dettaglio i “modi” di trattenimento, con la conseguenza che le effettive condizioni di vita dei trattenuti non sono migliori di quelle nei CPR.

6.2.1. Gli hotspot: l’esempio di Lampedusa

La via di accesso principale per i migranti che arrivano in Italia è quella marittima. Da anni il paese deve affrontare l’arrivo sulle proprie coste di numerose imbarcazioni, navi e gommoni di fortuna. L’afflusso massiccio alle sponde del Mediterraneo ha posto dubbi sulla legittimità o meno della possibilità di ricorrere a misure privative della libertà di coloro che sbarcano. Per anni ciò è avvenuto al di fuori di una cornice giuridica.

Il trattenimento negli *hotspot* è disciplinato attualmente dall’art. 10-ter d.lgs. 286/1998 e dall’art. 6, comma 3-bis, d.lgs. 142/2015³⁰⁷.

I “punti di crisi” sono istituiti nei centri di primo soccorso e accoglienza, allestiti nell’ambito delle strutture della legge Puglia³⁰⁸, o nei centri governativi di prima accoglienza di cui all’art. 9, d.lgs. 142/2015. Si tratta di punti situati in luoghi di sbarco, in particolare presso Lampedusa, Trapani, Pozzallo e Taranto.

³⁰⁶ Il trattenimento avviene nei centri «*di norma*», ai sensi dell’art. 16, dir. 2008/115/CE e «*di regola*» ai sensi dell’art. 10, dir. 2013/33/UE, formulazione che lasciano aperta la possibilità di prevedere altri luoghi di trattenimento; per i luoghi di trattenimento diversi dai centri v. anche, *supra*, cap. II, par. 3.4.1.3.

³⁰⁷ V. *supra*, cap. III, par. 4.2.

³⁰⁸ V. *supra*, cap. III, par. 3.1.

Fin dall’istituzione di tali siti, le condizioni negli *hotspot* sono state denunciate da numerose associazioni e organizzazioni internazionale, tra cui *Amnesty International*³⁰⁹ e il CPT³¹⁰.

Prendendo come esempio il punto di crisi di Lampedusa, emerge che le condizioni materiali di trattenimento non sono dissimili a quelle del CPR di Torino.

Il centro di Contrada Imbriacola a Lampedusa, aperto il 28 settembre del 2016, è principale *hotspot* in Italia. Si tratta formalmente di un Centro di accoglienza, che si trova nei locali dell’*ex CIE*, isolato e lontano dal paese. La sua configurazione infatti, come molti CPR, ricorda un carcere, essendo circondato da sbarre, cancelli e reti metalliche³¹¹.

Dal rapporto del Garante emerge una situazione tutt’altro che adeguata al rispetto della dignità della persona. Nel centro uomini, donne e bambini in situazione di promiscuità e i posti disponibili non sono sufficienti. Gli spazi a disposizione degli stranieri non sono adeguati, non ci sono luoghi comuni o spazi per mangiare, né luoghi in cui pregare. La struttura è trasandata e i servizi igienici non sono adeguati. In tale contesto, le tensioni e le rivolte sono ricorrenti.

Inoltre, viene spesso negata la comunicazione con il mondo esterno e l’accesso al punto di crisi delle organizzazioni e organismi, come l’UNHCR, l’OIM EASO e il Garante nazionale³¹².

6.2.2. *Le navi quarantena*

Oltre che nei punti di crisi, il trattenimento sulle sponde del Mediterraneo avviene anche sulle imbarcazioni, le quali prendono la forma di “*hotspot galleggianti*”³¹³. La permanenza forzata dei migranti a bordo delle navi prima dello

³⁰⁹ Amnesty International, *Hotspot Italia: come le politiche dell’Unione europea portano a violazioni dei diritti dei rifugiati e migranti*, 2016.

³¹⁰ Consiglio d’Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, 26th General report of the CPT, 1° gennaio – 31 dicembre 2016, aprile 2017.

³¹¹ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli *hotspot* in Italia, (2016/2017: primo anno di attività), p. 30.

³¹² T.A.R. di Palermo, III sez., 24 agosto 2021, n. 2473.

³¹³ DENARO C., *Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia: l’utilizzo di «navi quarantena» in Italia e l’accesso al diritto di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, p. 39.

sbarco è in uso da tempo in Italia. Già la Corte EDU nel caso *Khlaifia* aveva dichiarato violato l'art. 5, comma 1, CEDU anche per la permanenza dei migranti qualificati come irregolari a bordo delle navi attraccate al porto di Palermo per alcuni giorni. Celebri sono poi le vicende della nave *Diciotti* nel 2018 e *Open Arms* nel 2019.

Durante il periodo della pandemia di Covid-19³¹⁴, tramite decreto del Capo della Protezione civile n. 1287 del 12 aprile 2020³¹⁵, è stato prevista la possibilità usare le imbarcazioni per il periodo di quarantena, sia per le persone soccorse in mare, sia per coloro che sono sbarcati autonomamente. In alcuni casi, sono stati trasferiti sulle navi a causa della positività al virus anche migranti già presenti sul territorio, richiedenti protezione internazionale o addirittura chi aveva già ottenuto la protezione o il permesso di soggiorno³¹⁶. Le navi quarantena hanno accolto un numero elevato di cittadini di Paesi terzi: si stima che tra aprile e novembre 2020 siano transitate sulle navi circa 10.000 persone, a cui queste si aggiungono circa 5.100 persone trasferite a bordo delle navi tra gennaio e marzo 2021³¹⁷.

Non essendo questa la sede per condurre un esame sul bilanciamento tra il diritto alla libertà personale e la tutela della salute pubblica, anch'esso bene costituzionalmente garantito³¹⁸, è da rilevare che vi sono differenze tra la quarantena dei cittadini di paesi terzi sulle navi e quella di qualsiasi altro soggetto sottoposto alla stessa misura in altri luoghi. Infatti, le navi spesso non sono attraccate, con la conseguenza che le persone sono impossibilitate ad allontanarsi, ed è presente una sorveglianza ed un controllo da parte delle forze dell'ordine. Per questo, è stato ritenuto che la misura costituisca a tutti gli effetti una privazione della libertà personale.

³¹⁴ Sulle condizioni di trattenimento durante la pandemia, v. *supra*, cap. II, par. 3.4.5.

³¹⁵ Decreto del Capo dipartimento, n. 1287 del 12 aprile 2020, *nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

³¹⁶ DENARO C., *Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia*, cit., pp. 55-57.

³¹⁷ Ivi, p. 39; ASGI, *Diritti in rotta. L'esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità*, marzo 2021; SAVIO G., *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle «navi quarantena»*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, pp. 65 e 66.

³¹⁸ Art. 32 Cost.

Quanto alla tutela dei diritti fondamentali, un accordo tra il Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno e la Croce Rossa Italiana ha previsto le disposizioni sull'assistenza sanitaria e psicologica e le garanzie informative da fornire agli stranieri. Tuttavia, tali diritti non sono stati pienamente rispettati. Le navi non sempre garantiscono il distanziamento e le cure necessarie, il che causa il rischio di aumento di contagio. Non è inoltre assicurato il diritto di asilo, in quanto le procedure di esame si svolgono in modo sommario. Le informazioni fornite agli stranieri quanto al loro *status* e ai loro diritti sono carenti o del tutto assenti³¹⁹. Non si pone attenzione alle diverse esigenze delle persone: non vi è distinzione tra richiedenti asilo e migranti irregolari e non viene fornita assistenza necessaria persone vulnerabili e minori stranieri non accompagnati³²⁰. A pochi mesi dall'avvio della prassi delle navi quarantena, su di esse erano già morte tre persone, di cui due minori³²¹.

L'eccezionalità della situazione pandemica non legittima il mancato rispetto della dignità della persona e della tutela dei diritti fondamentali.

6.2.3. Le strutture ed i locali “idonei” ai sensi dell’art. 13, comma 5-bis, del Testo Unico sull’Immigrazione

Ai sensi dell’art. 13, comma 5-bis, d.lgs. 286/1998, nell’attesa della convalida da parte del Giudice di pace dell’accompagnamento coattivo alla frontiera, lo straniero può essere trattenuto in un CPR. Qualora l’allontanamento possa essere eseguito prima del trasferimento nel centro o se in essi non vi siano posti disponibili, il trattenimento avviene in «*strutture diverse ed idonee nella disponibilità dell’Autorità di pubblica sicurezza*» e, se le condizioni persistono dopo l’udienza di convalida, in «*locali idonei presso l’ufficio di frontiera interessato*».

³¹⁹ DENARO C., *Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia*, cit., pp. 50 e 51.

³²⁰ Ivi, p. 51-55.

³²¹ ASGI, *Diritti in rotta*, par. 1; SAVIO G., *L’incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle «navi quarantena»*, cit., pp. 65 e 66.

Tale disposizione solleva perplessità quanto all’identificazione dei luoghi cui si riferisce, non essendo specificato il concetto di “idoneità”³²². Il sistema, introdotto nel 2018, è ancora in fase di attuazione ed è ad oggi poco diffuso. Fra i luoghi già in funzione e visitati dal Garante, vi sono le Questure di Trieste, Parma e Bologna³²³.

La disposizione che alle strutture e ai locali idonee si applichi, per quanto compatibili, le tutele previste per i CPR ai sensi dell’art. 14, comma 2, del TUI e, in particolare, il pieno rispetto della dignità umana.

Le visite del Garante hanno riscontrato che vari aspetti delle camere di sicurezza e dei locali delle questure usate per il trattenimento non rispettavano tali *standard*. In particolare, gli ambienti erano sporchi, l’arredo e il materiale forniti per il pernottamento non sufficienti, non erano rispettate alcune norme igieniche, era violata la *privacy* dei trattenuti e il numero di persone presenti nelle stanze era superiore rispetto alla reale capienza³²⁴. È inoltre frequente la prassi di ritirare i telefoni all’ingresso, in violazione del diritto all’esercizio della libertà di corrispondenza telefonica. Le informazioni fornite agli stranieri sui loro diritti ed obblighi non sono esaustive e spesso non vengono tradotte³²⁵.

Nel riscontrare tali violazioni, il Garante invita le questure a porre rimedio a tali carenze.

³²² ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, cit., p. 43; CAGGIANO G., *Scritti sul diritto europeo dell’immigrazione*, cit., p. 310.

³²³ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Rapporto tematico sulle visite alle strutture diverse e idonee utilizzate dall’autorità di pubblica sicurezza per il trattenimento della persona straniera ai sensi dell’articolo 13, comma 5 bis T.U. Imm. (dicembre 2020 – gennaio 2021).

³²⁴ Ivi, pp. 7-10.

³²⁵ Ibid.

6.2.4. Le zone di transito aeroportuali: l'esempio di Roma Fiumicino e di Milano Malpensa

Come in altri Stati membri, anche in Italia esistono delle zone di transito in cui sono frequenti misure di respingimento e trattenimento dei cittadini di paesi terzi³²⁶.

Il respingimento è disciplinato dall'art. 10, d.lgs. 286/1998, il quale non si riferisce alle zone di transito, ma solo ai respingimenti ai valichi di frontiera. Le zone di transito sono state istituite con il decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019³²⁷, che tuttavia non le definisce.

Tra l'adozione del provvedimento di respingimento nelle zone di transito e la sua esecuzione possono passare ore o giorni, durante i quali i cittadini stranieri sono trattenuti³²⁸. Si tratta di una privazione della libertà personale *de facto*, in quanto non vi è alcuna base giuridica e la legittimità della detenzione non è convalidata dall'autorità giudiziaria³²⁹.

Le zone di transito in cui avvengono maggiori trattenimenti sono gli aeroporti di Roma Fiumicino e di Milano Malpensa, anche a causa delle loro dimensioni³³⁰.

³²⁶ Sulle zone di transito in Unione europea e nella giurisprudenza della Corte EDU, v. *supra*, cap. II, par. 2.1, in particolare par. 2.1.2 per quelle aeroportuali.

³²⁷ Decreto del Ministero dell'Interno, 5 agosto 2019, *Individuazione delle zone di frontiera o di transito ai fini dell'attuazione della procedura accelerata di esame della richiesta di protezione internazionale*.

³²⁸ ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, cit., p. 9; Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio – febbraio 2019), pp. 2 e 4.

³²⁹ L'art. 14, comma 1, d.lgs. 286/1998, consente il trattenimento anche ai fini del respingimento, ma solo a seguito di un provvedimento di respingimento differito e solo nei CPR. Il trattenimento nelle zone di transito non rientra in tale disciplina. I provvedimenti adottati sono infatti di respingimento immediato; ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, cit., p. 30, 34.

³³⁰ Garante nazionale, Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio – febbraio 2019); v. dati di Fiumicino e Malpensa in confronto con gli altri aeroporti

<https://www.garantenazionalepriviliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/a2cbf49924f0fa2c28f292a91db38039.pdf>.

Durante le visite alle aree degli aeroporti in cui avvengono i trattenimenti, il Garante nazionale ha riscontrato che si tratta di spazi aperti, collegati a locali più piccoli adibiti a dormitorio o stanze chiuse dedicate ad ospitare soggetti pericolosi. A Milano, le persone sono trattenute in una sala interna dell'aeroporto, da cui è vietata l'uscita, e nei locali ci sono più persone rispetto allo spazio disponibile³³¹. In entrambi gli aeroporti, le sale non sono dotate di finestre, non vi è ventilazione, né luce naturale³³². La comunicazione con i familiari e con i legali è fortemente limitata³³³.

Sia il Garante, che il CPT, sono concordi nel ritenere che i locali degli aeroporti di Roma e Milano sono inadeguati per una permanenza superiore alle ventiquattro ore³³⁴. Le condizioni di trattenimento al loro interno non rispettano la dignità umana e sono state riscontrate violazione dell'art. 3 della CEDU³³⁵.

7. Considerazioni conclusive

In conclusione, il trattenimento degli stranieri nell'ordinamento italiano presenta carenze, sia nella disciplina, che nella sua applicazione.

Dal punto di vista dello Stato, si tratta di una misura necessaria, considerando il massiccio afflusso di cittadini stranieri che arrivano ogni anno in Italia e che devono essere accolti o rimpatriati.

Seppur giustificata dalla sua utilità e convenienza amministrativa, la misura necessità di risolvere quei profili in contrasto con le disposizioni del diritto dell'Unione europea, della CEDU e della Costituzione italiana che sono stati

³³¹ Corte di Appello di Milano, sent. 2018 n. 1292.

³³² Garante nazionale, Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio – febbraio 2019), pp. 8 e 9.

³³³ Ivi, pp. 9 e 10; ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, p. 34.

³³⁴ Garante nazionale, Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio – febbraio 2019), p. 9; CPT, Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017, CPT/Inf (2018) 13, p. 33.

³³⁵ Trib. di Brescia, ordinanza del 03 marzo 2020, R.G. n. 2370/2019, ha rilevato come le condizioni in cui è stato operato il trattenimento della ricorrente presso la zona di transito dell'aeroporto di Malpensa, durato 5 giorni in condizioni similari a quelle precedentemente descritte, risultino contrarie al disposto dell'art. 3 della CEDU.

evidenziati nel corso della trattazione. In particolare, è necessario che sia posto rimedio alle carenze nel rispetto della riserva di legge e di giurisdizione e dei diritti fondamentali degli stranieri.

L'art. 13 della Costituzione italiana non distingue quanto alle garanzie previste per le modalità tipiche di restrizione alla libertà personale e le altre forme di restrizione. Di conseguenza, appare del tutto ingiustificato il diverso trattamento previsto per coloro sottoposti ad esecuzione penale e gli stranieri trattenuti e paradossale che si finisca per trattare in modo deteriore la forma meno grave di restrizione della libertà personale³³⁶.

³³⁶ DI MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione.*, cit., p. 37.

Conclusioni

L'analisi svolta ha esaminato sotto molteplici aspetti l'istituto del trattenimento e la tutela degli stranieri sottoposti a tale misura. A conclusione, ci si propone di effettuare un bilancio al fine di rispondere alle questioni poste in sede iniziale e a quelle emerse nel corso della trattazione, per prospettare quali soluzioni alternative e quali riforme siano necessarie e praticabili.

Nel corso della trattazione, la misura del trattenimento è stata esaminata prendendo in considerazione due piani: quello del diritto e quello della prassi. Quanto al primo, questo mira a valutare se le norme che disciplinano l'istituto siano adeguate ed efficaci al raggiungimento dello scopo e se rispettino i vincoli imposti dai Trattati e dalle fonti di tutela dei diritti umani. Quanto al secondo, si tratta di valutare se tali norme siano applicate o disattese nella prassi.

Per quanto concerne il piano del diritto, dall'analisi delle norme esaminate sono emerse lacune e problemi interpretativi.

Sul punto, in via prioritaria, sono necessarie alcune considerazioni sulla natura dell'istituto e sul rapporto tra trattenimento e libertà personale dello straniero. Come evidenziato nel corso del lavoro, si tratta di una questione largamente discussa in dottrina e oggetto di giurisprudenza, sia a livello internazionale e dell'Unione europea, che in Italia¹. Il fatto che il trattenimento sia una misura idonea ad incidere sulla libertà personale dello straniero, limitandola, è pacificamente accettato. Tuttavia, appare più difficile il pieno affermarsi della logica conseguenza che, in quanto misura restrittiva della libertà personale, agli stranieri trattenuti devono essere garantite le stesse tutele previste per qualsiasi altra restrizione di tale diritto inviolabile.

Il divieto di arbitrarietà sancito dall'art. 5 della CEDU è concretizzato negli ordinamenti interni con l'obbligo di adottare la misura nel rispetto di determinate garanzie - quali i principi di legalità, necessità e proporzionalità, il rispetto dei diritti umani e della dignità della persona trattenuta e la previsione di mezzi effettivi di ricorso ad un'autorità giudiziaria in caso di violazione di tali diritti e principi. Il

¹ Si v. cap. I, par. 5.1 e cap. III, par. 2.2.

carattere rigoroso che dovrebbe circondare il rispetto di tali tutele sembra affievolirsi nei confronti degli stranieri.

Il problema si pone in particolar modo nell'ordinamento italiano, all'interno del quale la misura del trattenimento fuoriesce dallo schema predisposto dall'art. 13 della Costituzione, venendo meno il pieno rispetto della riserva di legge e della riserva di giurisdizione e prevedendo, invece, l'adozione da parte dell'autorità amministrativa e la successiva convalida giudiziaria come regola, senza specificazione delle ipotesi di necessità e urgenza di cui all'art. 13, comma 3, della Cost. Classificando la detenzione degli stranieri come "amministrativa", la si esclude dal circuito penitenziario e da tutte quelle tutele che mai sarebbero negate a chi è privato della libertà personale a seguito del compimento di un reato. L'allontanamento dai detenuti ordinari viene completato anche da uno "sviamento semantico". Il legislatore italiano², infatti, ha creato un sistema di terminologie parallelo a quello del diritto penale, quanto al nome della misura e a quello dei luoghi in cui vengono collocati gli stranieri³.

Sul piano della forma e della classificazione giuridica si tratta effettivamente di una misura molto diversa dall'esecuzione di una pena, soprattutto quanto alla sua finalità⁴. Tuttavia, nella sostanza, come dimostra l'analisi della prassi e delle condizioni di vita all'interno dei luoghi di trattenimento⁵, agli occhi di chi alle misure di trattenimento è soggetto, esso appare a tutti gli effetti, come è stato osservato, una "galera" e poco importa che tale galera sia solo "amministrativa"⁶ e che il legislatore non la definisca come tale.

La frattura tra sostanza e forma può essere "ricucita" seguendo due strade: o differenziando definitivamente le misure di trattenimento dal carcere anche nella sostanza e nelle sembianze, creando luoghi e condizioni di vita che non ricordino

² Lo stesso è avvenuto in altri Stati membri, cfr. con il termine francese "*rétention administrative*", da cui deriva "trattenimento".

³ Sul punto, si v. Corte cost. 105/2001; CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., pp. 14-17; LOPRIENO D., "Trattenere e Punire", cit., pp. 26-31; PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, cit., pp. 576-578.

⁴ A tale proposito, si v. cap. II, par. 2.4.3; v. *ex multis*, Conclusioni AG Mazák, presentate il 1° aprile 2011, nella causa *El Dridi*, cit., par. 53; Conclusioni AG Szputnar, presentate il 14 maggio 2014, *Mahdi*, cit., par. 47.

⁵ A questo profilo sono dedicati il cap. II, par. 3.4 e il cap. III, par. 6.

⁶ PUGIOTTO A., *La galera amministrativa*, cit.

quelli dove si sconta una pena e vietando il trattenimento in istituti penitenziari⁷, ovvero estendendo anche al trattenimento tutte le garanzie previste per i detenuti ordinari. In caso contrario, il rischio attuale è quello di creare due “binari” di tutele e trattare in modo deteriore la forma di restrizione della libertà personale meno grave⁸.

Il secondo punto che richiede una riflessione è quello delle fonti che disciplinano il trattenimento.

La disciplina della misura nel diritto dell’Unione europea è contenuta in direttive, le quali presentano una certa flessibilità e possono dar luogo ad interpretazioni differenziate e quindi a misure di attuazione disomogenee. L’efficacia delle misure predisposte dal legislatore dell’Unione dipende dal recepimento più o meno adeguato delle direttive negli ordinamenti nazionali e dall’uso che gli Stati membri fanno della discrezionalità lasciata loro. La soluzione per porre fine ad una tutela differenziata del trattenuto nei diversi Stati membri sarebbe quella di adottare un regolamento in sostituzione delle direttive. Una tale ipotesi è stata prospettata dalla Commissione nel *nuovo patto sulla migrazione e l’asilo* per quanto concerne il trattenimento ai fini identificativi⁹. Per quanto riguarda però la direttiva rimpatri e la direttiva accoglienza, si tratta di un tema estremamente sensibile politicamente e di un ambito in cui i governi nazionali non sono propensi a cedere la propria sovranità. C’è inoltre da considerare che la competenza in materia di asilo e immigrazione è di tipo concorrente, ai sensi dell’art. 4, par. 2, lett. j), TFUE¹⁰. Di conseguenza, gli Stati membri non possono essere totalmente “espropriati” della materia del trattenimento, a meno che non si intervenga modificando la natura di tale competenza all’interno dei Trattati, strada che appare ardua da immaginare data la delicatezza e la politicità della materia. Per tali motivi, per uniformare l’applicazione delle misure di trattenimento nei diversi Stati membri, sono essenziali gli interventi di *soft law* delle istituzioni dell’Unione, come ad esempio dalla Commissione con il *Manuale sul rimpatrio*¹¹. È inoltre

⁷ A tale proposito, si v. cap. II, par. 3.4.1.2.

⁸ DI MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione.*, cit., p. 37.

⁹ V. cap. II, par. 5.4.

¹⁰ V. cap. I, par. 2.3.

¹¹ Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione, *Manuale comune sul rimpatrio*, cit.

centrale il ruolo dei legislatori nazionali nella trasposizione delle direttive e dei giudici nazionali, che potranno indirizzare l'applicazione della normativa tramite l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

Sempre sul piano delle fonti del diritto, ma con riferimento all'ordinamento italiano, nel capitolo III è emerso come si riscontrino problemi quanto al rispetto della riserva di legge, sia a causa di alcuni vuoti legislativi¹², sia in quanto la disciplina italiana in materia di trattenimento è eccessivamente complessa e stratificata¹³. Una simile situazione mina la chiarezza e la certezza del diritto, caratteristiche che dovrebbero invece essere osservate per una materia coperta da riserva di legge e che sono richieste anche dal principio di legalità, così come sviluppato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁴. Sarebbe opportuno provvedere ad una riorganizzazione della disciplina italiana, raccogliendo le disposizioni sparse nelle diverse fonti e dando forza di legge alle previsioni attualmente contenute solo in fonti secondarie¹⁵.

Passando all'effettività della misura rispetto allo scopo, la valutazione richiede una distinzione tra il trattenimento finalizzato al rimpatrio e il trattenimento dei richiedenti asilo.

Per quanto riguarda la direttiva rimpatri, i dati hanno dimostrato che il trattenimento non aumenta i tassi di rimpatrio¹⁶. Gli scarsi successi delle misure di rimpatrio non sono attribuibili solo all'inefficacia del trattenimento. Per aumentare l'esecuzione dei rimpatri, è necessario che il trattenimento sia accompagnato da altri strumenti, quali una maggior speditezza nelle procedure di rimpatrio ed una intensificazione della cooperazione con i paesi terzi in cui devono essere rimpatriati i soggetti, come previsto anche dal *nuovo patto*¹⁷.

Per quanto concerne il trattenimento dei richiedenti asilo, i molteplici obiettivi dell'adozione della misura sono riassumibili in motivi di tipo amministrativo e motivi di sicurezza e ordine pubblico¹⁸. Sul trattenimento

¹² Ad es. per gli *hotspot*, si v. cap. III, par. 5.1.2.

¹³ Sulla riserva di legge nell'ordinamento italiano, si v. cap. III, par. 5.1.

¹⁴ A tale riguardo, si v. cap. I, par. 5.2.2.

¹⁵ Ad es., le previsioni contenute nel d.P.R. 394/1999; si v. cap. III, par. 5.1.

¹⁶ Sul punto, si v. cap. II, par. 4.1.

¹⁷ A tale proposito, si v. cap. II, par. 5.2.

¹⁸ A questo profilo è dedicato il cap. II, parr. 2.1, 2.2 e 2.3.

“burocratico-amministrativo” più che sull’efficacia rispetto allo scopo, la riflessione dovrebbe vertere sulla proporzionalità della misura. In tali casi infatti il rischio è quello di generalizzare eccessivamente la misura allargando le maglie delle nozioni alla base dei presupposti, ad esempio della nozione di rischio di fuga, e di vanificare il divieto di trattenimento per il solo fatto di essere richiedenti protezione internazionale¹⁹.

Un’ulteriore considerazione, sia sul piano del diritto che della prassi, riguarda la frequenza con cui viene usata la misura del trattenimento. Il trattenimento dovrebbe essere una soluzione di *extrema ratio* ma all’interno degli Stati membri si riscontra un ricorso sistematico, in violazione del principio di necessità e proporzionalità²⁰. Questo è dovuto, in primo luogo, ai margini eccessivamente vasti o generici di alcuni presupposti e ai numerosi motivi che legittimano l’adozione della misura e, in secondo luogo, allo scarso uso delle misure alternative²¹. In Italia, ad esempio, non è previsto l’obbligo di valutare l’adozione di misure meno coercitive prima di decidere il trattenimento, ma queste sono subordinate ad alcune condizioni²². Su tale fronte, non si riscontrano novità nel *patto* del 2020, il quale al contrario prevede l’aggiunta di nuovi motivi di trattenimento²³.

Gli Stati membri dovrebbero predisporre un ventaglio di misure alternative che sia il più vario possibile. Poiché il trattenimento è subordinato all’inefficacia e all’insufficienza di misure meno coercitive²⁴, poter scegliere tra misure alternative varie e diverse permetterebbe di coprire un maggior numero di situazioni e trovare più agevolmente una misura meno coercitiva adeguata al caso concreto.

Per il trattenimento ai fini del rimpatrio, oltre alle misure alternative, una riduzione del trattenimento deriva anche da un’implementazione della partenza

¹⁹ Art. 8, par. 1, dir. 2013/33/UE; art. 6, comma 1, d.lgs. 142/2015.

²⁰ Su tali principi, si v. cap. I, par. 5.2.3.

²¹ Sulle misure alternative al trattenimento, si v. cap. II, par. 2.5.

²² Sul punto, si v. cap. III, par. 5.2.1.

²³ Sul *nuovo patto*, si v. cap. II, par. 5.

²⁴ Art. 15, par. 1, dir. 2008/115/CE; art. 8, par. 2, dir. 2013/33/UE.

volontaria²⁵, elevandola, nel rispetto della direttiva rimpatri, a soluzione prioritaria e non condizionata anche nell’ordinamento italiano²⁶.

Passando alle considerazioni sul piano della prassi, dall’analisi svolta è emerso che le criticità maggiori della misura riguardano le condizioni di vita e la tutela dei diritti fondamentali all’interno dei luoghi di trattenimento. Il solido complesso di principi previsti per la limitazione della libertà personale e dei diritti umani, garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dalla CEDU e dalle Costituzioni nazionali, trova, nel concreto, difficoltà attuative.

Di grande utilità per il rispetto dei diritti umani è l’attività degli organi di monitoraggio, come il CPT o i garanti nazionali. In Italia, la figura del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale è essenziale per rilevare violazioni dei diritti umani, fornire indicazioni alle amministrazioni per porvi fine e accogliere ricorsi e istanze dei trattenuti. A seguito delle visite e dei reclami, è necessaria una cooperazione da parte delle autorità responsabili dei luoghi di trattenimento, come ricordato anche dal Garante stesso²⁷. La recente chiusura dell’Ospedaletto nel CPR di Torino dimostra l’importanza di tali interventi di monitoraggio²⁸.

Oltre agli organi di monitoraggio, dallo studio svolto emerge anche l’imprescindibile ruolo della giurisprudenza. Le pronunce della Corte di giustizia e della Corte EDU hanno richiamato in più occasioni gli Stati membri ad una corretta attuazione della normativa e al rispetto dei diritti umani. L’azione delle Corti ha avuto effetti concreti, ad esempio in Italia, imponendo al legislatore di trovare una base legale per gli *hotspot* a seguito della sentenza *Khlaifia* della Corte di Strasburgo²⁹, ed in Ungheria, con la chiusura delle zone di transito di Rözske e Tampa a seguito della pronuncia nel caso *F.M.S.* della Corte di giustizia³⁰.

²⁵ Art. 7, dir. 2008/115/CE; art.

²⁶ Art. 13, comma 5, d.lgs. 286/1998; v. cap. III, par. 5.2.1.

²⁷ Si v. ad es. Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, rapporto sulla visita effettuata nel centro di permanenza per i rimpatri (CPR) di Torino il 14 giugno 2021 pp. 6 e 18.

²⁸ Sul punto, si v. cap. III, par. 6.1.3.

²⁹ Si v. cap. III, par. 5.1.2.

³⁰ Si v. cap. II, par. 2.1.3.

Per quanto concerne le condizioni di vita nei CPR e negli altri luoghi, almeno in Italia, sarebbe opportuno riadattare le strutture, per renderle effettivamente adeguate all'accoglienza dei trattenuti. Dal punto di vista concreto, si tratterebbe di eliminare tutte quelle caratteristiche che incrementano l'afflittività di centri, come fili spinati e recinzioni, e di prevedere maggiori e più adeguati servizi, dai servizi igienici ai luoghi per i pasti³¹. Questo richiederebbe necessariamente un maggior finanziamento per la costruzione e la gestione dei centri. È inoltre essenziale una maggior trasparenza su ciò che accade all'interno dei centri, estendendo la possibilità di accesso a tali luoghi. Al personale che lavora a contatto con i trattenuti dovrebbe essere fornita una formazione apposita³², sia per prevenire violazioni dei diritti umani e trattamenti inumani e degradanti, che per fornire un sostegno adeguato a persone le cui condizioni di salute, fisica e mentale, sono spesso precarie³³. Si tratterebbe, in definitiva, di riportare al centro la persona in quanto essere umano e di ridare dignità a chi è sottoposto a misure di trattenimento.

Dal complesso delle riflessioni svolte e da quanto dimostrato dalle proposte avanzate della Commissione europea³⁴, risulta come la materia del trattenimento richieda un intervento di riforma. Il fenomeno migratorio è in continua evoluzione e una disciplina adottata più di dieci anni fa non può rispecchiare le esigenze di un mondo mutato. I flussi migratori sono adesso flussi misti e più complessi, si sono aggiunte nuove cause, nuove guerre e nuove sfide, come la pandemia o la recente crisi afghana. È necessaria una riforma che rispecchi la realtà attuale e cerchi di trovare un rimedio alle lacune e alle criticità esistenti. Fra questi, in particolare, si dovrebbe disciplinare la situazione dei non rimovibili, vietare il trattenimento dei minori, come già previsto nell'ordinamento italiano, e disciplinare il trattenimento nelle zone di transito. Nell'ordinamento italiano, è opportuno adottare soluzioni che

³¹ Cfr. con il nuovo campo per richiedenti sull'isola di Samos (Grecia), inaugurato dal governo greco e dall'Unione europea il 18 settembre 2021, che pur presentato come innovativo, è stato definito «*simile a una prigione*» da Medici senza frontiere, non eliminando i sistemi di sicurezza, v. <https://www.medicisenzafrontiere.it/news-e-storie/news/grecia-nuovo-centro-samos/>

³² Richiesta anche dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, n. 10, par. 3; si v. cap. II, par. 3.4.2.1.

³³ A tale proposito, si v. cap. II, par. 3.4.2.2.

³⁴ Sulle proposte di riforma in corso, si v. cap. II, par. 5.

rispettino i principi costituzionali e il diritto dell’Unione europea e internazionale, per quanto concerne la riserva di legge, la riserva di giurisdizione e la tutala giurisdizionale effettiva, in particolare con riguardo alla convalida del provvedimento da parte del giudice di pace per i trattenuti ai fini espulsivi³⁵ ed il trattenimento negli *hotspot*³⁶.

Anche il *nuovo patto* mostra difficoltà a trovare un equilibrio su un tema così delicato³⁷. Le proposte della Commissione, lungi da porre un freno all’uso della misura, potrebbero avere l’effetto contrario di legittimare un uso sistematico del trattenimento, aumentando i motivi per adottare la misura. Inoltre, la generalizzazione dell’approccio *hotspot*, potrebbe creare problemi laddove non sia accompagnato da un sistema efficiente di identificazione e di esame delle domande alle frontiere e dall’istituzione di luoghi appositi in cui far attendere le persone, come dimostrano l’esperienza italiana e greca.

Nonostante l’esigenza di una riforma, trovare un’equilibrata composizione degli interessi in gioco non è agevole. Da una parte, ai cittadini di paesi terzi sono riconosciuti il diritto alla libertà personale, alla dignità, all’asilo ed essi devono essere protetti contro forme di trattamento inumani e degradanti ed altre violazioni di diritti fondamentali. Dall’altra parte, gli Stati membri hanno, assicurando il rispetto degli obblighi posti dall’Unione europea, il diritto di controllare le proprie frontiere, gestire il flusso delle persone che da esse entrano ed escono e tutelare la sicurezza e l’ordine pubblico.

I numerosi interventi normativi dimostrano quanto sia complesso trovare un equilibrio tra gli interessi dei diversi soggetti. Questo non è dovuto solo alla difficoltà di adottare una prospettiva che tenga conto sia del punto di vista degli stranieri, sia di quello degli Stati membri, ma anche dal fatto che gli stessi Stati membri faticano a trovare un punto di incontro tra loro, non essendoci una visione univoca dell’argomento.

Risolvere le criticità evidenziate nel corso del lavoro è un proposito che richiederà tempo e competenze. La misura del trattenimento, oltre ad essere un tema

³⁵ Sul giudice di pace, si v. cap. III, par. 5.3.2.1.

³⁶ A tale proposito si, v. cap. III, par. 5.1.2.

³⁷ Si v. cap. II, par. 5.

complesso e discusso di per sé, ha anche profonde intersezioni con altri ambiti del diritto e con questioni politiche e sociali, che coinvolgono la totalità del fenomeno migratorio. Una maggior tutela dei trattenuti dovrebbe coordinarsi con politiche più efficaci di rimpatrio e di accoglienza, come propone il *nuovo patto*, ma anche con una maggior apertura alle vie legali di accesso in Europa e a una qualche possibilità di movimento tra gli Stati membri, svincolata dai criteri Dublino, anche in nome del principio di solidarietà tra gli Stati membri³⁸.

Per tali riforme è necessario adottare una nuova prospettiva, che sappia volgere lo sguardo a soluzioni innovative ed osservare il tema dalle sue molteplici sfaccettature e da diversi punti di vista. Per agevolare tale processo, sarebbe di aiuto un clima culturale e sociale favorevole ed un maggior coinvolgimento della società civile e dei cittadini dell’Unione.

Bisogna, innanzitutto, favorire la collaborazione, mediando e facendo convergere gli interessi dei diversi protagonisti. Si deve lavorare nella ricerca di un punto di incontro sia tra i governi degli Stati membri, in quanto “Stati” sovrani e in quanto “membri” di una stessa “Unione”, sia tra questi, l’Unione europea e gli stranieri. Per cogliere la questione anche dal punto di vista opposto, è necessario spezzare la dicotomia tra “straniero e cittadino”, perché «*siamo sempre lo straniero di qualcun altro*»³⁹, come dimostra la paradossale situazione degli italiani trattenuti ed espulsi dal Regno Unito all’indomani della *Brexit*⁴⁰.

Occorre, poi, riportare al centro la persona umana e la tutela dei suoi diritti fondamentali. Le violazioni dei diritti umani perpetrare nei luoghi di trattenimento comportano costi e svantaggi per tutte le parti in gioco⁴¹ e non sono ammissibili in nessuno Stato di diritto, né tantomeno in nessuno Stato membro dell’Unione.

Libertà e dignità umana sono i due valori principali su cui si fondano l’Unione europea e la Costituzione italiana⁴² e non possono essere disconosciuti in nessuna circostanza. Per continuare a costruire quella «*solidarietà di fatto*»⁴³ su cui

³⁸ Art. 80, TFUE.

³⁹ Tahar Ben Jelloun.

⁴⁰ <https://www.agi.it/estero/news/2021-05-08/italiani-fermati-detenuti-espulsi-gran-bretagna-migranti-illegali-12470113/>

⁴¹ Sul punto, si v. cap. II, par. 4.1.

⁴² Art. 2, TUE; art. 2, Cost.

⁴³ Dichiarazione Schuman, 9 maggio 1950.

è stata fondata l'Unione europea, è necessario riportare al centro tali valori, affinché ogni essere umano sia «*un autonomo centro di vita*» e non «*un mero strumento altrui*»⁴⁴.

⁴⁴ SPINELLI A., ROSSI E., *Per un'Europa libera e unita. Il manifesto di Ventotene*, 1941.

Bibliografia

ACOSTA D., *The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive)*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, pp. 19-39.

ADINOLFI A., *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, Torino, 2017.

AMADEO S., SPITALERI F., *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea. Controllo alle frontiere – Protezione internazionale – Immigrazione regolare – Rimpatri – Relazioni esterno*, Torino, 2019.

AMADEO S., SPITALERI F. (a cura di), *La politica comune dell'immigrazione e dell'asilo*, in DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2019.

ASTA F., CAPRIOGlio C., *Per giusta decisione. Riflessioni sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, pp. 553-572.

BARIATTI S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile: dal Terzo Pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 261 ss.

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

BARTOLINI A. e a., *Dictionary of Statuses within EU Law*, Cham, 2019.

BARTOLONI M. E., *La direttiva rimpatri, il reingresso irregolare e la pena detentiva: una triangolazione dagli esiti ... molto incerti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 264-270.

BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007.

BASCHERINI G., *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, n. 1.

BASILIEN-GAINCHE M.-L., *Immigration Detention under the Return Directive: The Cjeu Shadowed Lights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, pp. 104-126.

BIFULCO R., CARTABIA M., & CELOTTO A., *L'Europa dei diritti commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.

BONETTI P., *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, pp. 176-181.

BUFALINI A., *La natura del divieto di detenzione arbitraria secondo il Working Group on Arbitrary Detention del Consiglio dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 525-531.

CAGGIANO G. (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, collana di diritto dell'immigrazione, Torino, 2014.

CAGGIANO G., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2020.

CAMPESI G., *Le libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2012, pp. 333-391.

CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013.

CALAMIA A. M., DI FILIPPO M., GESTRI M., *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Assago, 2012.

CALIER J. Y., CREPEAU F., *De la "crise" migratoire Européenne au Pacte mondial sur les migrations: exemple d'un mouvement sans droit?*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2017, pp. 462-463.

CAPUTO A., PEPINO L., *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, vol. 3, pp. 13-27.

CHIAVARIO M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo: nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

CORNELISSE G., *The Pact and Detention: An Empty Promise of ‘certainty, clarity and decent conditions’*, in *EU migration law blog*,
<https://eumigrationlawblog.eu/the-pact-and-detention-an-empty-promise-of-certainty-clarity-and-decent-conditions/?print=print>.

COSTELLO C., *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2012, p. 257 ss.

COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2015, pp. 280-314.

COSTELLO C., *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, in *Current Legal Problems*, 2015, pp. 143-177.

CRAIG P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford, 2013.

CRAIG P., DE BURCA G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2020.

DALFINO D., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *Diritto processuale dell'immigrazione*, Torino, 2019.

DE PASQUALE P., *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, 2020, pp. 1-15.

DENARO C., *Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia: l'utilizzo di «navi quarantena» in Italia e l'accesso al diritto di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, pp. 39-59.

DI MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, pp. 17-40.

DOUGLAS-SCOTT S., *The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, in *Human Rights Law Review*, 2011, pp. 645-682.

FAVILLI C., *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 693-730.

FAVILLI C.; *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: “c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico”*, in *Questione giustizia*, 2020, fasc. 2.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P. A., *Immigrazione irregolare e diritti umani: la prospettiva della Corte EDU e della Corte UE*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, pp. 52-74.

GAJA G., *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, pp. 676-689.

GAJA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020.

GAMBINO S., D'IGNAZIO G., *Immigrazione e diritti fondamentali: fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010.

GATTA F. L., *Diritti umani e Stato di diritto alle frontiere: lo “scontro” tra le Corti europee sul trattamento dei migranti nelle zone di transito*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, pp. 99-120.

GIANNELLI A., *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 449-456.

GIOVANNETTI M., ZORZELLA N., *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali commento al decreto-legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, Pisa, 2021.

GUIA M. J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Cham, 2016.

GUARNIER T., *Il caso J.N.: la pregiudiziale di validità può comporre i diversi livelli di tutela dei diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 380-383.

HAILBRONNER K., *Detention of Asylum Seekers*, in *European Journal of Migration and Law*, 2007, pp. 159-172.

HATHAWAY J. C., *The Rights of Refugees Under International Law*, New York, 2005.

LOPRIENO D., *“Trattenere e punire”: la detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, 2018.

MAJCHER I., FLYNN M., GRANGE M., *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the “Crisis”*, Cham, 2020.

MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.

MASTROMARTINO F., RIGO E., VEGLIO M., *Lexilium. Osservatorio sulla giurisprudenza in materia di immigrazione del Giudice di pace: sintesi rapporti 2015*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, fasc. 2.

MILITELLO V., SPENA A. (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015.

MORARU M., CORNELISSE G., DE BRUYCKER P., *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, 2020.

NOWAK M., *UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl, 1993.

O’NIONS H., *No Right to Liberty: The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, pp. 149-185.

PALLADINO R., *La detenzione dei migranti: regime europeo, competenze statali e diritti umani*, Napoli, 2018.

PALLADINO R., *Patto sulla migrazione e l’asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in *I Post di AISDUE*, 2020, pp. 63-77.

PEEK M., TSOURDI L., *Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Monaco, 2016, pp. 1382-1478.

PEERS S., *Building Fortress Europe: The Development of EU Migration Law*, in *Common Market Law Review*, 1998, pp. 1235-1272.

PEERS S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011.

PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford, 2014.

PEERS S., *Lock ‘em up: the proposal to amend the EU’s Returns Directive*, in *EU Law Analysis*, 12 settembre 2018, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/09/lock-em-up-proposal-to-amend-eus.html>.

PEERS S., *First analysis of the EU’s new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/first-analysis-of-eus-new-asylum.html>.

POCAR, F., BARUFFI, M., ADINOLFI, A. e altri, *Commentario breve ai trattati dell’Unione europea*, Padova, 2014.

PROGIN-THEUERKAUF S., *The EU Return Directive – Retour à la «case départ»?*, in *sui-generis*, 2019, pp. 32-48.

PUGIOTTO A., *La galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 573-604.

SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, n. 3, p. 30 ss.

SAVIO G., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, pp. 142-161.

SAVIO G., *L’incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle «navi quarantena»*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, pp. 61-76.

SPINELLI A., ROSSI E., *Per un’Europa libera e unita. Il manifesto di Ventotene*, 1941.

STOYANOVA V., *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, 23 dicembre 2019.

TIZZANO A. (a cura di), *Commentario ai Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014.

TSOURDI E., *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, pp. 7-28.

VAVOULA N., *The detention of asylum seekers pending transfer under the Dublin III Regulation*: Al Chodor, in *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1041-1068.

VEDSTED-HANSEN J., *Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)*, in HAILBRONNER K., THYM D., (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Monaco, 2016, pp. 1285-1381.

VEGLIO M., *La malapena sulla crisi della giustizia al tempo dei centri di trattenimento degli stranieri*, Torino, 2020.

WEIS P., *The Refugee Convention, 1951. The Travaux Preparatoires Analysed with a Commentary*, Cambridge, 1995.

Elenco della Giurisprudenza

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

Corte di giustizia, sentenza del 12 novembre 1969, *Erich Stauder contro Stadt Ulm – Sozialamt*, causa C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

Corte di giustizia, sentenza del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee (AETS/ERTA)*, causa C-22/70, ECLI:EU:C:1971:32.

Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite C-21/72 e C-24/72, ECLI:EU:C:1972:115.

Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51.

Corte di giustizia, sentenza del 4 dicembre 1974, *Yvonne van Duyn contro Home Office*, causa C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133.

Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore contro Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, causa C-67/74, ECLI:EU:C:1975:34.

Corte di giustizia, sentenza del 27 ottobre 1977, *Regina contro Pierre Bouchereau*, causa C-30/77, ECLI:EU:C:1977:172.

Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*, causa C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 1986, *M. H. Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, causa C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84.

Corte di giustizia, sentenza del 9 luglio 1987, *Repubblica federale di Germania e altri contro Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-281/85, C-283/85, C-284/85, C-285/85 e C-287/85, ECLI:EU:C:1987:351.

Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.

Parere della Corte di giustizia 2/91 del 19 marzo 1993 sulla Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro, ECLI:EU:C:1993:106.

Corte di giustizia, sentenza del 15 dicembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri contro Jean-Marc Bosman e altri*, causa C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463.

Corte di giustizia, sentenza del 17 febbraio 1998, *Lisa Jacqueline Grant contro South-West Trains Ltd*, causa C-249/96, ECLI:EU:C:1998:63.

Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 1998, *A. Racke GmbH & Co. contro Hauptzollamt Mainz*, causa C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293.

Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 1998, *Procedimento penale a carico di Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren e Solweig Arrborn*, causa C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554.

Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 1999, *Procedimento penale a carico di Florus Ariël Wijsenbeek*, causa C-378/97, ECLI:EU:C:1999:439.

Corte di giustizia, sentenza del 23 novembre 1999, *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-149-96, ECLI:EU:C:1999:574.

Corte di giustizia, sentenza del 6 maggio 2008, *Parlamento Europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257.

Corte di giustizia, sentenza del 10 luglio 2008, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București contro Gheorghe Jipa*, causa C-33/07, ECLI:EU:C:2008:396

Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2008, *Friederike Wallentin-Hermann contro Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA*, causa C-549/07, ECLI:EU:C:2008:771.

Corte di giustizia, sentenza del 22 ottobre 2009, *María Julia Zurita García e Aurelio Choque Cabrera contro Delegado del Gobierno en la Región de Murcia*, cause riunite C-261/08 e C-348/09, ECLI:EU:C:2009:648.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, causa C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 2 marzo 2010, *Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi e Dler Jamal contro Bundesrepublik Deutschland*, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, ECLI:EU:C:2010:105.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 giugno 2010, *Nawras Bolbol contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, causa C-31/09, ECLI:EU:C:2010:351.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 22 giugno 2010, *Aziz Melki e Sélim Abdeseli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland contro B e D*, cause riunite C-57/09 e C-101/09, ECLI:EU:C:2010:661.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 23 novembre 2010, *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*, causa C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708

Corte di Giustizia, sentenza del 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, causa C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268.

Corte di giustizia, sentenza del 28 luglio 2011, *Brahim Samba Diouf contro Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, causa C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524.

Corte di giustizia, sentenza del 17 novembre 2011, *Hristo Gaydarov contro Director na Glavna direktsia "Ohranitelna politsia" pri Ministerstvo na vatreshnite raboti*, causa C-430/10, ECLI:EU:C:2011:749.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 6 dicembre 2011, *Alexandre Achughbabian contro Préfet du Val-de-Marne*, causa C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 21 dicembre 2011, *N. S. contro Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri contro Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform*, cause riunite C-411/10 e 493/11, ECLI:EU:C:2011:865.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj contro Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri*, causa C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233.

Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 2012, *Cimade e Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) contro Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, causa C-179/11, ECLI:EU:C:2012:594.

Corte di giustizia, sentenza del 6 dicembre 2012, *Md Sagor*, causa C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 19 dicembre 2012, *Mostafa Abed El Karem El Kott e altri contro Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, causa C-364/11, ECLI:EU:C:2012:826.

Corte di giustizia, sentenza del 17 gennaio 2013, *Mohamad Zakaria*, causa C-23/12, ECLI:EU:C:2013:24.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2013, *Mehmet Arslan contro Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, causa C-534/11, ECLI:EU:C:2013:343.

Corte di giustizia, sentenza del 10 settembre 2013, *M. G. e N. R. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:533.

Corte di giustizia, sentenza del 19 settembre 2013, *procedimenti penali a carico di Gjoko Filev e Adnan Osmani*, causa C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569.

Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers contro Selver Saciri e a.*, causa C-79/13, ECLI:EU:C:2014:103.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2014, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, causa C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1320.

Corte di giustizia (GS), sentenza del 17 luglio 2014, *Adala Bero contro Regierungspräsidium Kassel e Ettayebi Bouzalmate contro Kreisverwaltung Kleve*, cause riunite C-473/13 e C-514/13, ECLI:EU:C:2014:2095.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 luglio 2014, *Thi Ly Pham contro Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, causa C-474/13, ECLI:EU:C:2014:2096.

Corte di giustizia, sentenza del 17 luglio 2014, *Mohammad Ferooz Qurbani*, causa C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101.

Corte di giustizia, sentenza del 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega contro Préfet de police e Préfet de la Seine-Saint-Denis*, causa C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336.

Corte di giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2014, *Khaled Boudjlida contro Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, causa C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431.

Parere 2/13 di adesione dell'UE alla CEDU, parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 18 dicembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve contro Moussa Abdida*, causa C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

Corte di giustizia, sentenza dell'11 giugno 2015, *Z. Zh. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie e Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie contro I. O.*, causa C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377.

Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2015, *H. T. contro Land Baden-Württemberg*, causa C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413.

Corte di giustizia, sentenza del 1° ottobre 2015, *procedimento penale a carico di Skerdjan Celaj*, causa C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 15 febbraio 2016, *J.N. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 1° marzo 2016, *Kreis Warendorf e Amira Osso contro Ibrahim Alo e Region Hannover*, cause riunite C-443/14 e C-444/14, ECLI:EU:C:2016:127.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 7 giugno 2016, *Sélina Affum contro Préfet du Pas-de-Calais e Procureur général de la Cour d'appel de Douai*, causa C-47/15, ECLI:EU:C:2016:408.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 31 gennaio 2017, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides contro Mostafa Lounani*, causa C-573/14, ECLI:EU:C:2017:71.

Corte di giustizia, sentenza del 26 luglio 2017, *Procedimento penale a carico di Mossa Ouhami*, causa C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590.

Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, *C. K. e a. contro Republika Slovenija*, causa C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127.

Corte di giustizia, sentenza del 15 marzo 2017, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie contro Salah Al Chodor e a.*, causa C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 4 aprile 2017, *Sahar Fahimian contro Bundesrepublik Deutschland*, causa C-544/15, ECLI:EU:C:2017:255.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 26 luglio 2017, *Tsegezab Mengesteab contro Bundesrepublik Deutschland*, causa C-670/16, ECLI:EU:C:2017:587.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 26 luglio 2017, *Tsegezab Mengesteab contro Bundesrepublik Deutschland*, causa C-670/16, ECLI:EU:C:2017:587.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 6 settembre 2017, *Repubblica slovacca e Ungheria contro Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

Corte di giustizia, sentenza del 13 settembre 2017, *Mohammad Khir Amayry contro Migrationsverket*, causa C-60/16, ECLI:EU:C:2017:675

Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 2017, *K. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680.

Corte di giustizia, sentenza del 31 maggio 2018, *Adil Hassan contro Préfet du Pas-de-Calais*, causa C-647/16, ECLI:EU:C:2018:368.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 19 giugno 2018, *Sadikou Gnandi contro État belge*, causa C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465.

Corte di giustizia (GS), sentenza del 19 marzo 2019, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*, causa C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2019, *M. contro Ministerstvo vnitra e X. e X. contro Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403.

Corte di giustizia, sentenza del 23 maggio 2019, *Mohammed Bilali contro Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*, causa C-720/17, ECLI:EU:C:2019:448.

Corte di giustizia (GS), sentenza del 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contro Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, causa C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956.

Corte di giustizia, sentenza del 2 aprile 2020, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia e altri*, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *F.M.S. e.a. contro Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, cause riunite C-294/19 PPU e C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367.

Corte di giustizia, sentenza del 25 giugno 2020, *V.L. (Ministerio Fiscal)*, causa C-36/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:495.

Corte di giustizia, sentenza del 2 luglio 2020, *WM contro Stadt Frankfurt am Main*, causa C-18/19, ECLI:EU:C:2020:511.

Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione europea contro Ungheria*, causa C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.

Corte di giustizia, sentenza del 24 febbraio 2021, *M e a. contro Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid e T*, causa C-673/19, ECLI:EU:C:2021:127.

Corte di giustizia, sentenza dell'11 marzo 2021, *M. A. contro État belge*, causa C-112/20, ECLI:EU:C:2021:197.

Corte di giustizia, sentenza del 3 giugno 2021, *BZ contro Westerwaldkreis*, causa C-546/19, ECLI:EU:C:2021:432.

Corte di giustizia, sentenza del 9 settembre 2021, *Bundesrepublik Deutschland contro SE (Membre de la famille)*, causa C-768/19, ECLI:EU:C:2021:709.

Conclusioni degli Avvocati Generali

Presa di posizione dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 10 novembre 2009, *Kadzoev*, causa C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:691

Presa di posizione dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentata il 1° aprile 2011, *El Dridi*, causa 61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:205.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston, presentate il 18 ottobre 2012, *Ciprian Vasile Radu*, causa C-396/11, ECLI:EU:C:2012:648.

Conclusioni dell’Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 30 aprile 2014, *Bero e Bouzalmate*, cause riunite C-473/13 e C-514/13, ECLI:EU:C:2014:295.

Presa di posizione dell’Avvocato Generale Maciej Szpunar, presentate il 14 maggio 2014, *Mahdi*, causa C-146/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:1936.

Conclusioni dell’Avvocato Generale Maciej Szpunar, presentate il 28 aprile 2015, *Celaj*, causa C-290/14, ECLI:EU:C:2015:285.

Conclusioni dell’Avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard Øe, presentate il 10 novembre 2016, *Al Chodor.*, causa C-528/15, ECLI:EU:C:2016:865.

Conclusioni dell’Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 3 marzo 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:140.

Conclusioni dell’Avvocato Generale Priit Pikamäe, presentate il 23 aprile 2020, *F.M.S.*, cause riunite C-294/19 PPU e C-925/19 PP, ECLI:EU:C:2020:294.

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 1° luglio 1961, caso *Lawless c. Irlanda (n. 3)*, ricorso n. 332/57.

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 8 giugno 1976, caso *Engel e a. c. Paesi Bassi*, ricorso nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72.

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 24 ottobre 1979, caso *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ricorso n. 6301/73.

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 6 novembre 1980, caso *Guzzardi c. Italia*, ricorso n. 7367/76.

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 5 novembre 1981, caso *X c. Regno Unito*, ricorso n. 7215/75.

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 18 dicembre 1986, caso *Bozano c. Francia*, ricorso n. 9990/82.

Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 7 luglio 1989, caso *Soering c. Regno Uniti*, ricorso n. 14038/88.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 ottobre 1991, caso *Vilvarajah ed altri c. Regno Unito*, ricorsi nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 maggio 1993, caso *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, ricorso n. 14553/89 e 14554/89.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 marzo 1995, caso *Quinn c. Francia*, ricorso n. 18580/91.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 10 giugno 1996, caso *Benham c. Regno Unito*, ricorso n. 19380/92.

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

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

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 dicembre 1996, caso *Ahmed c. Austria*, ricorso n. 25964/94.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 agosto 1998, caso *Soumare c. Francia* ricorso n. 23824/94.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 25 marzo 1999, caso *Nikolova c. Bulgaria*, ricorso n. 31195/96.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 aprile 2001, caso *Keenan c. Regno Unito*, ricorso n. 27229/95.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 aprile 2000, caso *Labita c. Italia*, ricorso n. 26772/95.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 marzo 2001, caso *Dougoz c. Grecia*, ricorso n. 40907/98.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 febbraio 2002, caso *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 novembre 2003, caso *Shamsa c. Polonia*, ricorso nn. 45355/99 e 45357/99.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 giugno 2005, caso *Storck c. Germania*, ricorso n. 61603/00.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 agosto 2005, caso *Zeciri c. Italia*, ricorso n. 55764/00.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 8 dicembre 2005, caso *Mahdid e Haddar c. Austria*, ricorso n. 74762/01.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 ottobre 2006, caso *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, ricorso n. 13178/03.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 ottobre 2006, caso *Kaya c. Romania*, ricorso n. 33970/05.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 maggio 2007, caso *John c. Grecia*, ricorso n. 199/05.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 29 gennaio 2008, caso *Saadi c. Regno Unito*, ricorso n. 13229/03.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 gennaio 2008, caso *Riad e Idiab c. Belgio*, ricorso nn. 29787/03 e 29810/03.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 ottobre 2008, caso *Rusu c. Austria*, ricorso n. 34082/02.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 novembre 2008, caso *Rashed c. Repubblica ceca*, ricorso n. 298/07.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 gennaio 2009, caso *Giorgi Nikolaishvili c. Georgia*, ricorso n. 37048/04.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 gennaio 2009, caso *Slawomir Musiał c. Polonia*, ricorso n. 28300/06.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 febbraio 2009, caso *Nolan e K. c. Russia*, ricorso n. 2512/04.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 19 febbraio 2009, caso *A. e a. c. Regno Unito*, ricorso n. 3455/05.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 aprile 2009, caso *Stephens c. Malta (n. 1)*, ricorso n. 11956/07.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 8 ottobre 2009, caso *Mikolenko c. Estonia*, ricorso n. 10664/05.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 dicembre 2009, caso *Palush i c. Austria*, ricorso n. 27900/04.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 gennaio 2010, caso *Rantsev c. Cipro e Russia*, ricorso n. 25965/04.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2010, caso *Muskhadzhiyeva e a. c. Belgio*, ricorso n. 41442/07.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 febbraio 2010, caso *Raza c. Bulgaria*, ricorso n. 31465/08.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 29 marzo 2010, caso *Medvedyev e altri c. Francia*, ricorso n. 3394/03.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 1° giugno 2010, caso *Gäfgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 luglio 2010, caso *Louled Massoud c. Malta*, ricorso n. 24340/08.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 21 gennaio 2011, caso *M.S.S. contro Grecia e Belgio*, ricorso n. 30696/09.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 aprile 2011, caso *Villa c. Italia*, ricorso n. 19675/06.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 aprile 2011, caso *Nechiporuk e Yonkalo c. Ucraina*, ricorso n. 42310/04.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 ottobre 2011, caso *Auad c. Bulgaria*, ricorso n. 46390/10.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2011, caso *Al-Adsani c. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 dicembre 2011, caso *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgio*, ricorso n. 10486/10.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 gennaio 2012, caso *Ananyev e a. c. Russia*, ricorsi nn. 42525/07 e 60800/08.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2012, caso *Popov c. Francia*, ricorsi nn. 39472/07 39474/07.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 aprile 2012, caso *Mathloom c. Grecia*, ricorso n. 48883/07.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2012, caso *Hamidovich c. Italia*, ricorso n. 31956/05.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 luglio 2013, caso *Suso Musa c. Malta*, ricorso n. 42337/12.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 luglio 2013, caso *Aden Ahmed c. Malta*, ricorso n. 55352/12.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 11 febbraio 2014, caso *Contrada (n.2) c. Italia*, ricorso n. 7509/08.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 ottobre 2014, caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ricorso n. 16643/09.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 maggio 2016, caso *J.N. c. Regno Unito*, ricorso n. 37289/12.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 luglio 2016, caso *O.M. c. Ungheria*, ricorso n. 9912/15.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 luglio 2016, *A.B. e a. c. Francia*, ricorso n. 11593/12.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 ottobre 2016 caso *Richmond Yaw e altri c. Italia*, ricorsi nn. 3342/11, 3391/11, 3408/11 e 3447/11.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 22 novembre 2016, caso *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, ricorsi nn. 25794/13 e 28151/13.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, caso *Khlaifia e a. c. Italia*, ricorso n. 16483/12.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2017, caso *De Tommaso c. Italia*, ricorso n. 43395/09.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ricorso n. 47287/15.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 28 marzo 2017, caso *Z.A. e a. c. Russia*, ricorsi nn. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 aprile 2017, caso *Thimothawes c. Belgio*, ricorso n. 39061/11.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 gennaio 2018, caso *J.R. e a. c. Grecia*, ricorso n. 22696/16.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 giugno 2019, caso *Al Husin c. Bosnia ed Erzegovina (n. 2)*, ricorso n. 10112/16.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ricorso n. 47287/15.

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenze del 13 febbraio 2020, caso *N.D. e N.T. contro Spagna*, ricorsi nn. 8675/15 e 8697/15.

Giurisprudenza italiana

Corte Costituzionale, 23 novembre 1967, n. 120, in *Giur. Cost.*, 1967, p. 1577.

Corte Costituzionale, 14 febbraio 1994, n. 62, *Riv. Dir. Internaz.*, 1994, p. 1054.

Corte Costituzionale, 12 giugno 1996, n. 194, in *Giust. Pen.*, 1997, I, p. 50.

- Corte Costituzionale, 10 aprile 2001, n. 105, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 2.
- Corte Costituzionale, 6 dicembre 2001, n. 385, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 3831.
- Corte Costituzionale, 06 dicembre 2001, n. 386, *Giur. Cost.* 2001, 6, p. 3835.
- Corte Costituzionale, 26 febbraio 2002, n. 35, in *Foro it.* 2002, I, p. 1290.
- Corte Costituzionale, 10 maggio 2002, n. 181, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 1454.
- Corte Costituzionale, 25 luglio 2002, n. 402, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 2919.
- Corte Costituzionale, 15 luglio 2004, n. 222, *Dir. e Formazione*, 2005, p. 28.
- Corte Costituzionale, 17 marzo 2006, n. 109, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 1071.
- Corte Costituzionale, 16 maggio 2008, n. 148, *Giur. Cost.*, 2008, 3, p. 1816.
- Cassazione civile, sez. I., 24 febbraio 2010, n. 4544, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, p. 2074.
- Corte Costituzionale, 08 luglio 2010, n. 249, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 3741.
- Corte Costituzionale, 8 luglio 2010, n. 250, in *Giur. Cost.*, 2010, 4, p. 3030.
- T.A.R. Lazio, sez. I., 18 maggio 2012, n. 4518, in *Giurisdiz. Amm.*, 2012, p. 184.
- Tribunale Crotone, sez. pen., 12 dicembre 2012, n. 1410, in *Dir. Imm. Citt.*, 2012, vol. 4, p. 200.
- Cassazione civile, sez. VI, 30 novembre 2015, n. 24415, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015, p. 808.
- Cassazione civile, sez. VI, 27 aprile 2016, n. 8268, in *Dir. & Giust.*, 2016, 28 aprile.
- Cassazione civile, sez. VI, 12 aprile 2016, n. 7158, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016, p. 262.
- Cassazione civile, sez. VI, 08 febbraio 2017, n. 3298, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017, p. 119.

Cassazione civile, sez. VI, 7 marzo 2017, n. 5750, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017, p. 211.

Cassazione civile, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 10743, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019.

Tribunale di Bari, sez. civ. I, 31 luglio – 10 agosto 2017, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 153.

Corte di Appello di Milano, sent. 15 marzo 2018, n. 1292.

Cassazione civile, sez. I, 28 febbraio 2019, n. 6064, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019.

Cassazione civile, sez. I, 20 marzo, 2019, n. 7829, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019.

Cassazione civile, sez. I, 23 ottobre 2019 n. 27076, in *Giust. Civ. Mass.*, 2021, 655768-01.

Tribunale di Brescia, ord. del 03 marzo 2020, R.G. n. 2370/2019.

Corte Costituzionale, 31 luglio 2020, n. 186, in *Giur. Cost.*, 2020, 4, p. 1995

Cassazione civile, sez. I, 03 febbraio 2021, n. 2457, in *Giust. Civ. Mass.*, 2021.

Cassazione civile, sez. I, 03 febbraio 2021, n. 2459, in *Dir. & Giust.*, 4 febbraio 2021-

Cassazione civile, sez. I, 25 giugno 2021, n. 18319, in *Giust. Civ. Mass.*, 2021.

Cassazione civile, sez. I, 25 giugno 2021, n. 18320, in *Dir. & Giust.*, 28 giugno 2021.

T.A.R. di Palermo, sez. III, 24 agosto 2021, n. 2473.

Elenco dei documenti

Documenti delle istituzioni ed agenzie dell'Unione europea

Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Testo adottato dal Consiglio Giustizia e Affari interni del 3 dicembre 1998, GU C 19 del 23.1.1999.

Decisione del Consiglio, del 20 maggio 1999, che definisce l'acquis di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'acquis, (1999/435/CE), GU L 176 del 10.7.1999.

Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004, Conclusioni della Presidenza, Allegato I “Programma dell'Aia, Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia dell'Unione europea”, 14292/1/04 REV 1.

Programma di Stoccolma: un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, GU C 115 del 4.5.2010.

Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Detention of third-country nationals in return procedures*, report, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2011.

Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, Comparative report, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2011.

Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Fundamental rights at airports: border checks at five international airports in the European Union*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2014.

Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea, Bruxelles, 28.3.2014, COM (2014) 199 final.

Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2015.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Agenda europea sulla migrazione, COM(2015) 240 final.

European Parliamentary Research Service (EPRS), *The Cost of non-Europe in Asylum Policy*, 2018.

Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, analisi giuridica, 2019.

Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2020.

European Parliamentary Research Service (EPRS), *The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment*, Bruxelles, 2020.

Comunicazione della Commissione Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, (2020/C 126/02), C/2020/2516, GU C 126 del 17.4.2020.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM/2020/609 final, Bruxelles, 23.9.2020.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europea e al comitato delle regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM (2020) 609 final.

Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), Asylum Report 2020, Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union.

Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), EASO Asylum Report 2021, Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union.

Documenti di organi e di altre organizzazioni internazionali

Working Group on Arbitrary Detention, *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural rights, Including the Right to Development: Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, UN Office of the High Commissioner for Human Rights, A/HRC/10/21, 16 February 2009.

Committee on Migration, Refugees and Population, *The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe. Report to the Parliamentary Assembly*, 11 January 2010, Doc.12105.

Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati, Linee Guida sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo e sulle misure alternative alla detenzione, 2012.

Nazioni Unite, Consiglio dei diritti umani, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, UN Doc. A/HRC/22/44, del 24 dicembre 2012.

Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, Venti orientamenti sul rimpatrio forzato, 4 maggio 2015.

Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), Trattenimento dei migranti, scheda tematica, marzo 2017, CPT/Inf(2017)3.

Consiglio d'Europa, 26th General report of the CPT, 1° gennaio – 31 dicembre 2016, aprile 2017.

Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), Report to the Italian Government on the visit to Italy, from 7 to 13 June 2017, CPT/Inf (2018) 13.

Consiglio d'Europa, Raccomandazione Rec(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, 11 gennaio 2006, riviste e modificate il 1 luglio 2020.

Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), Principi relativi al trattamento delle persone private della libertà personale nell'ambito della pandemia del coronavirus (COVID-19), 20 marzo 2020, CPT/Inf(2020)13.

Consiglio d'Europa, 2020, UN Special Rapporteur on the human rights of migrants, Call for submission on “Ending immigration detention of children and seeking adequate reception and care for them”: Contribution of the Council of Europe.

Consiglio d'Europa, AEBI, M. F., TIAGO, M. M., *SPACE I - 2020 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, Strasburgo, 2021.

Documenti del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale

Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli *hotspot* in Italia, (2016/2017: primo anno di attività).

Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio – febbraio 2019).

Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Rapporto sulle visite effettuate nei centri di permanenza per i rimpatri (CPR), 2019-2020.

Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Rapporto tematico sulle visite alle strutture diverse e idonee utilizzate dall'autorità di pubblica sicurezza per il trattamento della persona straniera ai sensi dell'articolo 13, comma 5 bis T.U. Imm.(dicembre 2020 – gennaio 2021).

Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, rapporto sulla visita effettuata nel centro di permanenza per i rimpatri (CPR) di Torino il 14 giugno 2021.

Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Comunicato stampa, Chiuso l'Ospedaletto del Cpr di Torino: accolta la Raccomandazione del Garante nazionale, 8 settembre 2021.

Documenti di organizzazioni e soggetti privati

EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006.

Amnesty International, *EU Returns Directive affects dignity and security of irregular migrants*, 4 luglio 2008.

International Commission of Jurists, *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, guida per operatori del diritto n. 6, 2011, Ginevra.

Amnesty International, *Hotspot Italia: come le politiche dell'Unione europea portano a violazioni dei diritti dei rifugiati e migranti*, 2016.

ARBOGAST L., *Il fiorente business della detenzione dei migranti nell'Unione europea*, rapporto di Migureup, Rosa Luxemburg-Stiftung, luglio 2016.

European Law Institute (ELI), *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law: Checklists and European Standards*, Vienna, 2017.

Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018, Prime osservazioni sugli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 113/2018*, 25 ottobre 2018.

Amnesty International, *La strage silenziosa dei rifugiati nel Mar Mediterraneo: le nostre colpe*, 5 novembre 2019, <https://www.amnesty.it/giornata-mondiale-rifugiato-strage-mediterraneo/>.

International Commission of Jurists, *The impact of COVID-19 related measures on human rights of migrants and refugees in the EU*, briefing paper, 26 giugno 2020.

Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, Rapporto a cura del Progetto In Limine, gennaio 2021.

Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), *Diritti in rotta. L'esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità*, Rapporto a cura del Progetto In Limine, marzo 2021.

Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), *Il libro nero del CPR di Torino*, 4 giugno 2021.

Amnesty International, *Nessuno verrà a cercarti: i ritorni forzati dal mare ai centri di detenzione della Libia*, rapporto, 15 luglio 2021.

Sitografia

No to the Outrageous Directive, 2007, <http://www.statewatch.org/news/2007/dec/eu-returns-ngo-compilation.pdf>.

Ristretti orizzonti, Torino. “Psicofarmaci a litri ai migranti del Cpr”. La testimonianza di un medico, 15 ottobre 2019,

http://www.ristretti.org/index.php?option=com_content&view=article&id=83700:torino-qpsicofarmaci-a-litri-ai-migranti-del-cprq-la-testimonianza-di-un-medico&catid=220:le-notizie-di-ristretti&Itemid=1

ECRE, *Hungary: Abolishment of Transit Zone Following CJEU Ruling*, 22 maggio 2020, <https://www.ecre.org/hungary-abolishment-of-transit-zone-following-cjeu-ruling/>

Ministero dell’Interno, i Centri di permanenza per i rimpatri, 18 marzo 2021, https://temi.camera.it/leg18/post/cpr.html?tema=temi/tl18_il_fenomeno_migratori_o.

Il caso degli italiani fermati, detenuti ed espulsi dalla Gran Bretagna come migranti illegali, 8 maggio 2021, <https://www.agi.it/estero/news/2021-05-08/italiani-fermati-detenuti-espulsi-gran-bretagna-migranti-illegali-12470113/>

Grecia: “Nuovo centro a Samos simile a una prigione”, 27 settembre 2021, <https://www.medicisenzafrontiere.it/news-e-storie/news/grecia-nuovo-centro-samos/>

Ministero dell’Interno, centri permanenza rimpatri: la circolare del Viminale ai prefetti, 12 ottobre 2021, <https://www.interno.gov.it/it/notizie/centri-permanenza-impatri-circolare-viminale-prefetti>.

Consiglio d’Europa, Comitato dei Ministri, 1398th meeting, 9-11 March 2021 (DH); 1411th meeting, 14-16 September 2021 (DH), [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["004-45851"\]}.](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{)

Comune di Torino, CPR, Centro di Permanenza per il Rimpatrio di Torino (già C.I.E)

<http://www.comune.torino.it/garantedetenuti/dentro/il-cpr-centro-di-permanenza-per-il-impatrio-di-torino-gia-c-i-e/>.