

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2023

LIMITAZIONI ALLA LIBERTÀ PERSONALE E GARANZIA DELLA RISERVA DI GIURISDIZIONE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE: DUE PRECEDENTI IMPORTANTI ANCHE PER IL DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE?

di Antonello Ciervo

***Abstract:** Il saggio analizza le recenti sentenze nn. 22 e 127/2022 della Corte costituzionale: l'autore ritiene che queste due decisioni siano molto importanti anche per quanto riguarda il diritto dell'immigrazione e, in particolare, le garanzie giurisdizionali in materia di libertà personale degli stranieri sottoposti a detenzione amministrativa. In prospettiva, ad avviso dell'autore, il lungo cammino giurisprudenziale inaugurato con la sentenza n. 105/2001 – volto a ricondurre all'interno del perimetro costituzionale l'istituto della detenzione amministrativa – possa ritornare d'attualità questa volta con specifico riferimento alle garanzie connesse alle modalità detentive nei Cpr.*

***Abstract:** The essay analyzes the recent judgments of the Constitutional Court nn. 22 and 127/2022: the author argues that these two decisions are also very important with regard to immigration law and, in particular, to the jurisdictional guarantees concerning the habeas corpus guarantee for foreigners subjected to administrative detention. In the opinion of the author, the long case-law path inaugurated by the decision n. 105/2001 – aimed at bringing administrative detention within the constitutional boundaries – may return to actuality with specific reference to the guarantees connected to detention methods in the detention and repatriation centers.*

LIMITAZIONI ALLA LIBERTÀ PERSONALE E GARANZIA DELLA RISERVA DI GIURISDIZIONE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE: DUE PRECEDENTI IMPORTANTI ANCHE PER IL DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE?

di Antonello Ciervo*

SOMMARIO: 1. La recente giurisprudenza costituzionale in materia di libertà personale e i suoi riflessi sulla detenzione amministrativa degli stranieri. – 2. La sentenza sulle Rems e la detenzione amministrativa dei migranti nei Cpr: due facce della stessa medaglia. – 3. Sulla legittimità costituzionale della quarantena come misura di prevenzione sanitaria e sulle specifiche modalità con cui è stata applicata agli stranieri durante l'emergenza pandemica. – 4. Ci sarà pure un giudice a Berlino? L'impatto della giurisprudenza costituzionale analizzata.

1. La recente giurisprudenza costituzionale in materia di libertà personale e i suoi riflessi sulla detenzione amministrativa degli stranieri

Le recenti sentenze nn. 22 e 127/2022 della Corte costituzionale presentano profili di grande interesse per il diritto dell'immigrazione, sia per quanto concerne la garanzia della libertà personale degli stranieri sottoposti a detenzione amministrativa all'interno dei Centri di permanenza per i rimpatri (d'ora in avanti Cpr), sia con riferimento alle particolari misure di prevenzione sanitaria in vigore durante l'emergenza pandemica. Nonostante le decisioni qui considerate affrontino la questione della legittimità costituzionale delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (Rems) – già Ospedali psichiatrici giudiziari (Opg) – e della quarantena in isolamento domiciliare, una serie di principi e argomenti impiegati dalla Corte possono, ad avviso di chi scrive, aprire la strada al sollevamento di ulteriori *quaestiones* in materia di libertà personale degli stranieri.

In prospettiva sembra potersi sostenere che il lungo cammino giurisprudenziale inaugurato con la sent. n. 105/2001 – volto a ricondurre all'interno del perimetro costituzionale l'istituto della detenzione amministrativa – possa ritornare d'attualità questa volta con specifico riferimento alle garanzie connesse alle modalità detentive nei Cpr¹.

* Ricercatore in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma «Unitelma Sapienza».

1. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia, si vedano per tutti M. Benvenuti, voce *Libertà personale*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 417 ss., il quale evidenzia come soltanto a partire dalla sent. n. 105/2001, l'istituto della detenzione amministrativa sia stato effettivamente ricondotto nell'alveo dell'art. 13 Cost. In questo senso, valutava positivamente la decisione citata e

Nonostante un'attenta dottrina processual-penalistica – ormai un decennio fa² – avesse denunciato questo profilo di illegittimità nella regolazione della materia, alcun seguito pratico si era avuto nella giurisprudenza costituzionale al riguardo che, invece, si era attestata nel riconoscimento delle garanzie minime concernenti la libertà personale e la difesa tecnica dello straniero all'interno dei Centri di detenzione. Come avremo modo di evidenziare nel corso dell'analisi, la sent. n. 22/2022 affrontando il problema della regolamentazione delle Rems, pur dichiarando inammissibili le questioni sollevate dal giudice *a quo*, ha indirizzato un monito al legislatore al fine di riscrivere completamente la materia nel pieno rispetto della riserva di legge assoluta di cui agli artt. 13, co. 2, 25, co. 3 e 32, co. 2 Cost.³

Questa decisione, nella sua apparente lontananza rispetto alle problematiche concernenti la detenzione amministrativa dello straniero, tuttavia costringe lo studioso a guardare in una luce diversa la scarna normativa ordinaria che ancora oggi regola i Cpr,

quelle successive della Consulta anche G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007, p. 219 ss., a cui si rinvia per un'analisi del dibattito dottrinale. Al riguardo si vedano, per ulteriori approfondimenti, R. Cherchi, *Il trattenimento dello straniero nei Centri di identificazione e di espulsione*, in *Quest. giust.*, n. 3/2014, p. 43 ss.; A. Pugiotto, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 573 ss.; da ultimo cfr. anche D. Loprieno, *"Trattenere e punire". La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, in particolare p. 192 ss.

2. Il riferimento è qui allo scritto di A. di Martino, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale: un pamphlet*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 maggio 2012, p. 4, dove l'autore osservava come «Ci troviamo di fronte ad una sostanziale omissione di prescrizioni specifiche di rango legislativo sulle modalità con le quali è realizzata la restrizione della libertà personale disposta dall'art. 14 TU. Al fine di stabilire se questa omissione sia rilevante per giudicare della conformità ai criteri costituzionali della normativa in esame, ci si deve chiedere cosa si intenda per "modi" della restrizione. Orbene [...] non è ragionevole ritenere che con tale espressione s'intenda semplicemente il fatto che il trattenimento nel Centro sia coattivo, con la conseguenza che la chiusura nel Centro e l'impossibilità di uscire in assenza di provvedimenti autorizzativi, pena l'attivazione delle procedure repressive di ordine pubblico, sarebbero indicazioni sufficienti a soddisfare la prescrizione costituzionale. Il carattere coattivo del trattenimento è infatti il presupposto per l'individuazione di un caso di "restrizione", non un parametro per determinarne la legittimità: problema che resta dunque sul tavolo. Quando la Costituzione richiede la definizione per legge dei "modi" della restrizione intende pertanto fare riferimento alla necessità che la legge indichi requisiti ulteriori rispetto a quello della mera coercizione, i quali ne definiscano, per l'appunto [...] le modalità». Il tema è stato poi ripreso ed approfondito anche successivamente dallo stesso autore: cfr. Id., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in questa *Rivista*, n. 1.2014, p. 36 ss.

3. Sulle misure di sicurezza in generale si veda F. Bricola, *Articolo 25, secondo e terzo comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1981, p. 300 ss., dove l'autorevole studioso osservava come il terzo comma dell'art. 25 Cost. sia stato tradizionalmente letto dalla dottrina nel senso di una «saldatura tra sistema sanzionatorio pre e post costituzionale», una lettura questa che necessitava già all'inizio degli anni ottanta di un ripensamento garantista che doveva partire dal considerare la riserva di legge *de quo* come assoluta. Ha ripreso questa posizione nel dibattito costituzionalistico più recente M. Betzu, *La riserva assoluta di legge come principio politico e la legge come principio gnoseologico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2013, p. 4 ss. Sulle Rems e sul superamento del sistema degli Opg, si era già espressa la Consulta con le sentt. nn. 253/2003 e 367/2004, evidenziando come la destinazione del reo a tale misura di sicurezza dovesse essere considerata una *extrema ratio*: sul punto, si vedano in dottrina almeno A. Famiglietti, *Verso il superamento della "pena manicomiale"*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2118 ss. e F. Nuzzo, *La declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. conferma l'esigenza della revisione del sistema delle misure di sicurezza*, in *Cass. penale*, 2005, p. 750 ss.

soprattutto se si considera che proprio di recente – con una direttiva del 19 maggio 2022 – il Ministro dell’interno ha ulteriormente dettagliato le modalità di trattenimento degli stranieri in questi Centri, ancora una volta in evidente violazione delle garanzie connesse alla riserva di legge assoluta di cui all’art. 13, co. 2 Cost.⁴.

A sua volta la sent. n. 127/2022, affrontando la questione di legittimità delle misure di prevenzione sanitarie introdotte durante l’emergenza pandemica, con specifico riferimento alla quarantena in isolamento domiciliare ha avuto modo di ribadire una serie di principi già consolidati nella giurisprudenza della Corte, con l’obiettivo di evidenziare come tale tipologia di misure incidesse soltanto sulla libertà di circolazione, ma non comprimesse le garanzie connesse all’*habeas corpus* della persona in stato di isolamento⁵. Ebbene, nello svolgere una vera e propria *actio finium regundorum* tra misure che incidono sulla libertà di circolazione e quelle che invece vanno a limitare la libertà personale, la Corte ha ribadito una serie di principi della propria giurisprudenza che ci sembra possano essere valorizzati per censurare, seppure soltanto *ex post*, le modalità con cui gli stranieri giunti sulle coste italiane durante il periodo pandemico sono stati costretti a subire lunghi periodi di quarantena precauzionale, senza alcun rispetto delle garanzie giurisdizionali previste dall’art. 13 Cost. Nello specifico, si tratta di valutare – alla luce dei principi stabiliti dalla sent. n. 127/2022 – se il regime differenziato di quarantena in questione – che, come vedremo, si è realizzato su apposite navi ancorate al largo di alcuni porti del meridione, con la presenza a bordo delle forze di polizia – possa essere considerata una limitazione della libertà di circolazione, ovvero –

4. In questo senso si veda L. Masera, *L’incostituzionalità dell’art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei “modi” del trattenimento nei CPR*, in *Quest. giust. on-line*, 10 maggio 2022 il quale, riprendendo il saggio di Alberto di Martino citato in precedenza, osserva come la sent. n. 22/2022 giunga a conclusioni molto chiare sulla regolazione delle Rems, con riferimento al mancato rispetto della riserva di legge assoluta, conclusioni queste che «si attagliano perfettamente a nostro avviso anche alla realtà dei CPR. La Corte dice chiaramente che, quando si tratta di misure incidenti sulla libertà personale (come è pacifico che sia il trattenimento nei CPR), la riserva di legge sancita all’art. 13 Cost. in ordine ai “modi” della libertà personale impone che la fonte primaria disciplini in modo chiaro ed organico le modalità della privazione della libertà, non essendo consentito un aggiramento della riserva di legge mediante il pressoché integrale rinvio a fonti subordinate». Ma sul punto di recente si veda anche A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il sistema punitivo*, in *Sist. penale*, n. 4/2022, p. 43 ss. Il testo della Direttiva del Ministro dell’interno, recante criteri per l’organizzazione amministrativa dei Cpr, è reperibile al seguente link: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2022-06/direttiva_ministro_lamorgese_19.5.2022_accessible.pdf. Per una prima analisi del provvedimento si veda F. Borlizzi, *La nuova direttiva Lamorgese sui “modi” del trattenimento nei Cpr*, 8 agosto 2022, reperibile al seguente link: <https://cild.eu/blog/2022/08/08/la-nuova-direttiva-lamorgese-sui-modi-del-trattenimento-nei-cpr/>.

5. Aveva subito evidenziato alcune criticità costituzionali connesse all’impiego delle cc.dd. «navi quarantena» con riferimento all’art. 13 Cost., C. Corsi, *Migranti e immigrati di fronte all’emergenza coronavirus: tra vecchie e nuove fragilità*, in *Dir. pubb.*, 2020, in particolare pp. 929-930: «Se queste misure di sorveglianza sanitaria e quarantena per gli stranieri salvati in mare hanno inteso non far gravare l’accoglienza sui sistemi socio-sanitari delle regioni di approdo, già messi a durissima prova, il timore maggiore connesso a questa “nuova modalità” di trattenimento è che possa essere utilizzata anche una volta cessata la pandemia; gli stessi *hotspot* “inaugurati” durante la crisi migratoria nel 2015 sono ormai entrati a regime pur con tutte le problematiche di rispetto delle garanzie di cui all’art. 13 Cost.». Nello stesso senso, si veda anche P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 20 maggio 2020, p. 9 ss.

come si proverà a dimostrare nel corso delle prossime pagine – sia stata un vero e proprio trattenimento *de facto*, in palese violazione della riserva giurisdizionale di cui all’art. 13 Cost.

Sebbene nelle sentt. nn. 22 e 127/2022 non si parli mai di immigrazione, il tema della regolazione con legge ordinaria delle modalità di trattenimento dello straniero – e l’individuazione di un giudice che dovrebbe sovrintendere al rispetto delle garanzie concernenti tali modalità – si è ormai posto in tutta la sua problematicità nel dibattito dottrinale: insomma, sembra davvero che queste due importanti pronunce della Corte siano destinate ad aprire la strada ad una nuova giurisprudenza non solo costituzionale, ma anche di legittimità, molto più garantista rispetto al passato per quanto concerne la tutela delle modalità di detenzione degli stranieri nei Cpr.

2. La sentenza sulle Rems e la detenzione amministrativa dei migranti nei Cpr: due facce della stessa medaglia

Ma andiamo con ordine e consideriamo la prima delle due sentenze citate, ossia la n. 22/2022 avente ad oggetto la legittimità costituzionale della normativa che regola l’istituzione delle Rems e le modalità di trattenimento a cui devono essere sottoposti i destinatari di questa particolare misura di sicurezza: al riguardo la Corte ha evidenziato con chiarezza come tale istituto, che avrebbe dovuto finalmente superare il sistema degli Opg, non rispettava le garanzie costituzionali connesse alla tutela della libertà personale ai sensi dell’art. 13 Cost. Ciò appare del tutto evidente se solo si considera che i soggetti destinati a scontare la pena nelle Rems risultano comunque condannati in sede giudiziaria e quindi nei loro confronti è stato già formulato un giudizio di pericolosità sociale da parte della magistratura competente: pertanto, osserva la Corte, la misura di sicurezza in questione assume una natura ancipite, afflittiva e sanitaria al contempo, in ragione della specifica condizione psico-fisica del destinatario della stessa⁶.

Così ricostruiti in termini generali il ruolo e la funzione delle Rems nel nostro ordinamento, la Corte evidenzia come la normativa che aveva istituito tali luoghi di reclusione e cura si ponesse al di fuori del perimetro costituzionale definito dagli artt. 13,

6. Sulla sent. n. 22/2022 in dottrina si vedano almeno O. Di Capua, *La Corte alla ricerca di nuove strade per garantire la massima effettività dei diritti fondamentali. Note a margine della sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost. AIC*, n. 3/2022, 7 giugno 2022, p. 294 ss.; G. Monaco, *REMS: riserva di legge e competenze del Ministro della giustizia. Dopo un’ampia istruttoria, ancora una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Osservazioni su Corte cost. n. 22/2022*, ivi, in particolare p. 276 ss., sulla violazione della riserva di legge assoluta sia con riferimento all’art. 13, co. 2, che dell’art. 25, co. 3 Cost. Per una ricostruzione sistematica della normativa e per un bilancio del funzionamento dell’istituto, soprattutto sul versante rieducativo, si vedano i saggi raccolti in M. Pelissero, L. Scomparin, G. Torrente (a cura di), *Dieci anni di REMS. Un’analisi interdisciplinare*, Napoli, ESI, 2022, *passim*, in particolare il lavoro di M. Pelissero, *Misure di sicurezza terapeutiche e mutazioni della pericolosità sociale*, ivi, p. 127 ss.

co. 2, 25, co. 3 e 32, co. 2 Cost., in quanto l'unica disposizione avente rango primario che regolava le modalità di esecuzione del trattenimento era l'art. 3-ter del d.l. 22.12.2011 n. 211. Tale disposizione, oggetto specifico del giudizio di legittimità costituzionale, tra l'altro inserita soltanto nella legge di conversione 12.02.2012 n. 9, al terzo comma stabiliva i principi che avrebbero dovuto accompagnare il passaggio dal modello degli Opg a quello delle Rems, ossia l'esclusiva gestione sanitaria delle strutture a cui avrebbe dovuto essere destinato il reo, un'attività di vigilanza perimetrale esterna delle stesse da parte dell'autorità di pubblica sicurezza e, infine, la destinazione a tali strutture dei soggetti condannati nella loro Regione di residenza.

Tuttavia, osserva la Corte, il secondo comma della disposizione censurata demandava la regolamentazione delle modalità di trattenimento «a un successivo decreto non regolamentare del Ministro della salute, da adottarsi di concerto con il Ministro della giustizia e d'intesa con la Conferenza Stato e autonomie territoriali. Conseguentemente, la gran parte della disciplina vigente delle REMS si fonda oggi su atti distinti dalla legge: sul decreto ministeriale del 1° ottobre 2012, sull'accordo adottato in Conferenza unificata il 26 febbraio 2015 e, a cascata, su tutti gli atti conseguenti adottati a livello delle singole Regioni e Province autonome»⁷. Dunque, è proprio su questo punto specifico che la Consulta si sofferma per evidenziare come l'intera architettura legislativa delle Rems non fosse prevista in alcuna fonte di rango primario, ad eccezione dell'art. 3-ter del d.l. n. 211/2011 che però era una mera norma di principio, mentre le modalità concrete di esecuzione della misura – che evidentemente incidono tanto sulla libertà personale, quanto sullo stato di salute del destinatario della stessa –, restavano sostanzialmente affidate a norme secondarie (ossia a decreti ministeriali) e addirittura ad intese di natura politica tra Governo ed autonomie territoriali, stipulate nell'ambito della Conferenza unificata⁸.

7. Così al punto 5.3.2. del *Cons. in diritto* della sent. n. 22/2022.

8. Secondo una giurisprudenza ormai risalente nel tempo, la Corte costituzionale ha riconosciuto come «Nella perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi, anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 [...], il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale è costituito dal sistema delle Conferenze. Esso [...] realizza una forma di cooperazione di tipo organizzativo e costituisce una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione»; così la sent. n. 401/2007, al punto 5.3. del *Cons. in diritto* che, a sua volta, riprendeva un principio già affermato nella precedente decisione n. 31/2006. Sulla natura delle intese stipulate all'interno della Conferenza unificata, si vedano in dottrina almeno A. D'Atena, *Sulle pretese differenze tra intese "deboli" e pareri nei rapporti tra Stato e regioni*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3908 ss. e, più di recente, alla luce dell'evoluzione delle competenze della Conferenza stessa, R. Bifulco, *Il modello italiano delle conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, 2006, p. 233 ss. Per una ricostruzione esaustiva delle competenze dell'organo, si veda G. Carpani, *La Conferenza Stato-Regioni: competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, il Mulino, 2006, *passim*.

Pertanto, nel rilevare questa sorta di “fuga dalla legge” nella regolazione dell’istituto, la Consulta ha censurato l’intera architettura normativa delle Rems, con un argomento che potrebbe apparire formale, ma che in realtà denota il rigoroso approccio garantista della Corte al tema: «La necessità che una fonte primaria disciplini organicamente tale misura a livello statale, stabilita dalla Costituzione, risponde a ineludibili esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei suoi destinatari, particolarmente vulnerabili proprio in ragione della loro malattia. [...] Gli artt. 13 e 32, secondo comma Cost., unitamente all’art. 2 Cost. [...] esigono che il legislatore si assuma la delicata responsabilità di stabilire [...] se e in che misura sia legittimo l’uso della contenzione all’interno delle REMS, ed eventualmente quali ne siano le ammissibili modalità di esecuzione»⁹. In sintesi, la Corte individua in questo passaggio estremamente chiaro i limiti costituzionali del sistema delle Rems, in quanto la sottoposizione ad una misura di sicurezza avente natura sia afflittiva che sanitaria non poteva in alcun modo essere regolata con norme di natura secondaria ovvero sulla base di intese aventi mera natura politica, ma solo e soltanto con una fonte primaria, nel pieno rispetto della riserva di legge assoluta di cui agli artt. 13 e 32, co. 2 Cost.

Il Giudice delle leggi, pertanto, ha ritenuto di dover dichiarare inammissibili le questioni sollevate dal giudice *a quo* con una sentenza monitoria¹⁰; come sempre avviene in questi casi, la Corte giustifica il proprio monito al legislatore rilevando che un’eventuale dichiarazione di illegittimità determinerebbe un vuoto regolativo anche più grave del mantenimento in vigore di norme palesemente incostituzionali, proprio perché «l’integrale caducazione del sistema delle REMS [...] produrrebbe non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, mediante il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea»¹¹. Sulla base, quindi, di una tecnica decisoria ormai collaudata, la Corte indica il perimetro costituzionale all’interno del quale il legislatore dovrà muoversi per riscrivere l’istituto, invitando le Camere innanzitutto a

9. Così ancora al punto 5.3.2. del *Cons. in diritto* della sent. n. 22/2022.

10. In generale, sulle sentenze monitorie della Corte, si vedano per tutti V. Crisafulli, *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, IV, Padova, Cedam, 1958, p. 283 ss. e M.C. Grisolia, *Alcune osservazioni sulle “sentenze comandamento”, ovvero sul “potere monitorio” della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 826 ss. Sull’evoluzione di questa particolare tipologia di sentenze nel corso degli ultimi anni, si vedano almeno M. Ruotolo, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 26 giugno 2019, p. 648 ss. e D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, p. 101 ss. Per una ricostruzione d’insieme dell’impiego di questa tecnica decisoria da parte della Consulta, alla luce anche del contesto politico-istituzionale di riferimento, si veda G. Azzariti, *Lo spazio teorico e l’opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2013, p. 19 ss.

11. Così al punto 6 del *Cons. in diritto*.

definire con fonte primaria le modalità con cui deve essere realizzato l'affidamento alle Rems dei soggetti che ne risulteranno destinatari, riconoscendo «un'adeguata base legislativa alla nuova misura di sicurezza» nel pieno rispetto della riserva di legge assoluta di cui all'art. 25, co. 3 Cost. e delle garanzie connesse alle modalità di limitazione della libertà personale dei detenuti, come vuole l'art. 13 Cost.

Siamo insomma al cospetto di una sentenza davvero storica, visto che la Corte stabilisce una serie di principi connessi alle modalità di limitazione della libertà personale che hanno una portata sistemica e che dunque non sono applicabili soltanto alle Rems, ma riguardano ogni istituto limitativo dell'*habeas corpus*, anche i Cpr. Come è noto, infatti, la detenzione amministrativa degli stranieri è stata da sempre oggetto di una serie di critiche significative, talvolta anche di natura strutturale, concernente l'effettiva compatibilità dell'istituto con gli artt. 13 e 27 Cost., trattandosi per l'appunto di una misura limitativa della libertà personale che non presuppone una condanna penale del cittadino extra-UE, sebbene poi la stessa Corte sia intervenuta sin dal 2001 con una serie di importanti decisioni per ricondurre la regolamentazione di questa particolare forma di detenzione all'interno della legalità costituzionale¹².

Inevasa, tuttavia, è rimasta nella giurisprudenza della Consulta la questione della garanzia delle modalità detentive degli stranieri trattenuti in questi Centri, come invece pure richiede la riserva di legge assoluta prevista al secondo comma dell'art. 13 Cost.; come accennato in precedenza, si tratta di un tema che non è mai stato del tutto preso in considerazione dalla dottrina e che soltanto sporadicamente è emerso in tutta la sua problematicità nella letteratura penalistica e processual-penalistica, dove alcune voci isolate ma autorevoli si sono sollevate per evidenziare i limiti costituzionali della regolazione dei Cpr nel Testo Unico sull'immigrazione (d'ora in avanti TU)¹³. Si trattava di un silenzio, in verità non soltanto dottrinario, ancor più eloquente se solo si considera che anche a livello europeo la detenzione amministrativa degli stranieri irregolari è sempre stata considerata

12. Sul punto si vedano per tutti, M. Benvenuti, voce *Libertà personale*, *op. cit.*, p. 398 ss.; C. Corsi, voce *Straniero (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 862 ss.; M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 2017, in particolare p. 55 ss.

13. Il riferimento è qui ancora una volta ad A. di Martino, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, *op. cit.* Ma, alla luce della sent. n. 22/2022, aggiunge al riguardo L. Masera, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98*, *op. cit.*, come nel caso delle modalità di detenzione nei Cpr, al contrario di quanto verificatosi con le Rems, la questione di legittimità costituzionale dovrebbe essere impostata diversamente, ossia «a tutela del diritto fondamentale dello straniero a vedere disciplinate dalla legge le modalità della propria detenzione. L'art. 13 Cost. deve essere letto nella sua portata di garanzia della persona di fronte al potere coercitivo dello Stato, come norma-gemella dell'art. 5 CEDU, ove il principio della riserva di legge anche sui modi della privazione di libertà è univocamente scolpito nei termini di un diritto fondamentale del singolo [...]. E la previsione di una fonte di rango primario è anche il primo presupposto perché possa venire soddisfatta l'altra fondamentale garanzia comune all'art. 13 Cost. e all'art. 5 CEDU, la riserva di giurisdizione in ordine alle misure privative della libertà che, come ricorda la Corte nella sentenza delle REMS, impone che siano ben chiare le competenze delle autorità deputate ad esercitare il controllo di legalità sulle strutture ove si esplica la privazione di libertà». Su quest'ultimo importante profilo si tornerà specificamente *infra*, nell'ultimo paragrafo di questo scritto.

legittima, a condizione che il legislatore nazionale ne regolamentasse con un'adeguata base giuridica le modalità del trattenimento, in ragione del fatto che tale limitazione della libertà personale non poteva in alcun modo assumere una portata afflittiva.

L'art. 16, primo paragrafo della dir. 2008/115/CE del 16.12.2008, del resto, stabilisce in maniera univoca che questi Centri «sono destinati a consentire agli Stati membri di far eseguire una decisione che dispone [...] il trattenimento di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno è irregolare, vale a dire una misura coercitiva che priva l'interessato della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in permanenza in un perimetro circoscritto e ristretto», in questo modo distinguendo la Corte di Lussemburgo tra Centri di trattenimento ed istituti penitenziari, in ragione del fatto che «le condizioni di trattenimento devono presentare talune specificità rispetto alle condizioni normali di esecuzione delle pene privative della libertà»¹⁴. Come è noto, invece, le modalità di detenzione nei Cpr sono scarnamente regolate dal solo art. 14, co. 2 TU che nella sua versione originaria – rimasta sostanzialmente inalterata fino al 2020 – si limitava a stabilire che «Lo straniero è trattenuto nel Centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità. [...] È] assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno».

Quindi, a parte un rinvio generico e tutto sommato enfatico alla garanzia della dignità dello straniero trattenuto¹⁵, soltanto con il d.l. 21.10.2020 n. 130, poi convertito nella l. 18.12.2020 n. 173, si è assistito ad una riformulazione dell'art. 14, co. 2 TU che facesse

14. Così, da ultimo, la sentenza *K* (C-519/2020) del 10 marzo 2022, V sezione CGUE, §§. 34-36. Ma il principio è pacifico nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo: sul punto in dottrina si veda A. Pugiotto, *La "galera amministrativa" degli stranieri*, op. cit., p. 584 il quale osserva come proprio la mancanza di un presupposto afflittivo nella detenzione amministrativa determina una vera e propria decostituzionalizzazione delle garanzie connesse all'esecuzione della misura espulsiva: «Non trattandosi di una sanzione correlata alla commissione di un reato, nei confronti della detenzione amministrativa non operano neppure quei principi di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza che, invece, la Costituzione pretende dall'ordinamento penale nel rapporto tra la pena (la sua tassonomia, la sua dosimetria) e la fattispecie incriminata. Una sanzione penale, se inadeguata nella sua tipologia o sproporzionata nella sua misura edittale, è certamente illegittima. Viceversa, non fa problema alcuno che, per dare esecuzione a un provvedimento espulsivo, si ricorra ad una detenzione in un CIE, la quale – per invasività, lunghezza temporale, reiterabilità – è certamente smisurata rispetto al fine cui è strumentale. La sua eccedenza quantitativa e qualitativa – sarà bene ricordarlo – viene scaricata con tranquilla coscienza su persone penalmente innocenti, perché non responsabili di alcun delitto».

15. Sul punto si veda per tutti M.C. Lipari, *La dignità dello straniero*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 283 ss., in particolare pp. 300-301 dove, con specifico riferimento alla formulazione originaria dell'art. 14 TU, si osservava come «È questo il grave inconveniente logico che affligge la dignità come modello giuridico: esattamente il fatto di dare per scontata ed implicita la perfetta sovrapposizione ed equivalenza con l'idea di umanità. Perché se da un lato si guadagna un'ampiezza estrema del principio, dall'altro lo si rende inattivo ed inerme o comunque lo si costringe all'aporia. Tale ampliamento estremo giunge, anzi, facilmente all'inconveniente logico di quella smaccata ricorsività rilevata nell'art. 14 TU sull'immigrazione: la dignità è cioè riconosciuta – e se ne ingiunge il pieno rispetto – anche laddove volontariamente ristretta; perché essendo l'umanità la pre-condizione di ogni possibile *status*, come tale mai totalmente comprimibile, e anzi resistente anche alla morte (per cui il cadavere di un uomo non è uguale alla carcassa di un animale), il legislatore potrà giocare su una flessibilità infinita e modulare l'esigenza di un rispetto assoluto su porzioni residuali e variamente compresse di umanità-dignità, anziché sulla nozione intera».

riferimento in maniera più specifica alle modalità di trattenimento all'interno dei Cpr: oggi, infatti, la disposizione in vigore stabilisce – in maniera comunque insufficiente – che lo straniero debba essere trattenuto in condizioni che assicurino «adeguati standard igienico-sanitari e abitativi, con modalità tali da assicurare la necessaria informazione relativa al suo *status*, l'assistenza e il pieno rispetto della sua dignità». Per il resto, la normativa *de quo* continua a rinviare all'art. 21, co. 8 del regolamento attuativo al TU (d.p.r. 31.08.1999 n. 394) per quanto concerne la previsione di più puntuali modalità di trattenimento, mentre sempre il d.l. n. 130/2020 ha ribadito che resta assicurata al trattenuto «la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno», aggiungendo un nuovo co. 2-*bis* all'art. 14 TU, dove adesso è possibile leggere che «Lo straniero trattenuto può rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al Garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti delle persone private della libertà personale»¹⁶.

Si tratta di un'innovazione tanto importante quanto tardiva ma che comunque, se soltanto si considera quanto affermato dalla Consulta nella sent. n. 22/2022, non appare sufficiente a dare piena attuazione alla riserva di legge assoluta in materia di limitazione della libertà personale, posto che le modalità del trattenimento risultano ancora regolate da due soli commi dell'art. 14 TU, da tre articoli del d.p.r. n. 394/1999 e da una direttiva del Ministro dell'interno, ossia un provvedimento amministrativo che certamente non ha rango primario e che tutt'al più può essere considerato un atto di alta amministrazione¹⁷. Lo scorso 19 maggio 2022, infatti, e comunque successivamente alla sentenza della Corte cost. in analisi, il Ministro dell'interno si è premurato di inserire in questa direttiva una sorta di «Carta dei diritti e dei doveri» dello straniero detenuto nei Cpr, definendo anche i requisiti minimi degli ambulatori medici presenti nei Centri, mentre i modelli di protocollo di intesa da stipulare tra i prefetti territorialmente competenti e le Asl – oltre alle convenzioni con le

16. Sul punto si vedano, per approfondimenti, G. Savio, *La nuova disciplina del trattenimento per l'esecuzione dell'espulsione e dei richiedenti protezione internazionale*, in *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173*, a cura di M. Giovannetti e N. Zorzella, Pisa, Pacini giuridica, 2021, p. 135 ss. e G. Mentasti, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *Sistema penale*, 23 ottobre 2020, reperibile al seguente link: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/decreto-immigrazione-130-2020-profilo-penalistici>.

17. Sulla natura amministrativa delle Direttive del Governo e di quelle dei singoli Ministri, si veda E. Catelani, *Nuove tendenze nell'uso delle direttive interorganiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, p. 247 ss. In generale, sulla distinzione tra atti amministrativi generali e atti a contenuto normativo della PA, si rinvia agli ormai classici studi in materia di A.M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Napoli, Jovene, 1990, p. 41 ss. e M.S. Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, III, 1953, p. 9 ss., il quale considerava gli atti amministrativi generali come provvedimenti dell'esecutivo finalizzati a dare attuazione all'indirizzo politico espresso dallo stesso. Sul tema da ultimo, con specifico riferimento al potere di Direttiva del Ministro dell'interno in materia di controllo dei flussi migratori in entrata, si veda M. Magri, *Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimenti "delegati": sui poteri del Ministro dell'interno*, in *Istit. fed.*, n. 1/2019, p. 163 ss.

società private e le cooperative che materialmente gestiscono i servizi essenziali nei centri – ad oggi risultano essere semplicemente allegati in calce all’articolato della direttiva.

Per quanto si possa parlare di un importante passo in avanti sul piano dell’organizzazione amministrativa di questi luoghi, le modalità di trattenimento degli stranieri nei Cpr risultano, proprio come nel caso delle Rems, regolate al di fuori del perimetro costituzionale stabilito dall’art. 13 Cost.¹⁸, mentre continua a non essere individuato dal legislatore un giudice competente a verificare il rispetto di tali modalità di trattenimento: che debba esserci un giudice a presidio delle garanzie connesse alla libertà personale dello straniero trattenuto, soprattutto se la misura in questione non svolge alcuna finalità afflittiva, appare indiscutibile. In sintesi, nel caso della detenzione amministrativa non solo manca una norma di rango primario che definisca analiticamente le modalità di trattenimento degli stranieri che vi sono rinchiusi – come detto, le due sole disposizioni dell’art. 14 TU citate in precedenza non possono essere considerate sufficienti –, ma anche un giudice che possa essere adito al fine di verificare la corretta applicazione della legge (che non c’è): il rinvio al d.p.r. n. 394/1999 ovvero ad atti aventi natura amministrativa generale – come la recente direttiva del Ministro dell’interno – risultano infatti del tutto inadeguati a

18. Si consideri al riguardo l’importante precedente della Corte costituzionale in materia, ossia la sent. n. 526/2000 sulle perquisizioni personali in carcere, le cui modalità non erano ad avviso del giudice *a quo* esplicitamente previste nella l. 26.07.1975 n. 354, ma soltanto nel relativo regolamento di attuazione. Al riguardo, tuttavia, la Consulta ha evidenziato come la legge ordinaria fosse abbastanza analitica nel definire modi e presupposti di tali particolari forme di limitazione della libertà personale dei detenuti, evidenziando al punto 6 del *Cons. in diritto* della sentenza che in questo ambito «Vale anzitutto il principio per cui i provvedimenti dell’amministrazione in ordine alle modalità di esecuzione della pena detentiva, non eccedenti il sacrificio della libertà personale già imposto al detenuto dallo stato di detenzione, rimangono soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma), ed al diritto di difesa (art. 24) [...]». Per ciò che concerne i limiti sostanziali, la legge sull’ordinamento penitenziario li ribadisce espressamente, là dove stabilisce che “la perquisizione personale deve essere effettuata nel pieno rispetto della personalità” del detenuto (art. 34, secondo comma, della legge n. 354 del 1975), con una prescrizione da ritenersi di portata sostanzialmente equivalente a quella contenuta nell’art. 249, comma 2, del codice di procedura penale, concernente le perquisizioni per ragioni di ricerca di corpi di reato o di cose pertinenti al reato [...]. Nella stessa linea, il regolamento penitenziario specifica che “il personale che effettua la perquisizione e quello che vi presenza deve essere dello stesso sesso del soggetto da perquisire” (art. 74, primo comma, del d.P.R. n. 230 del 2000). A ciò si aggiunge, comunque, lo stretto dovere dell’amministrazione di curare e sorvegliare che le circostanze ambientali in cui le perquisizioni si svolgono, e i comportamenti del personale che vi procede, siano in concreto rispettosi della persona e della sua inviolabile dignità». Con specifico riferimento a questo passaggio motivazionale della sent. n. 526/2000, osserva A. di Martino, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale, op. cit.*, come la Corte «nel confermare la legittimità delle perquisizioni operate in carcere in base al regolamento, afferma che tali operazioni non inciderebbero sulla libertà personale oltre la misura in cui questa risulta già compromessa dalla sottoposizione al regime carcerario. Si deducono due ovvie conclusioni: è riconosciuto il carattere “graduabile” della restrizione della libertà; il grado di incidenza della restrizione sul bene inviolabile della libertà personale è definito dalla legge (O.P.) cui il regolamento dà semplice attuazione. Se non fosse intervenuta la legge a definire la concreta portata delle restrizioni poste alla libertà personale, ben difficile sarebbe stato verificare che le misure regolamentari ne rappresentassero specificazione, piuttosto che ulteriore dilatazione». È ritornato da ultimo su questa importante decisione della Corte, sottolineandone appunto la rilevanza sistemica, M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 6 agosto 2016, p. 16 ss.

garantire la riserva di legge assoluta che regge le modalità di limitazione della libertà personale.

3. Sulla legittimità costituzionale della quarantena come misura di prevenzione sanitaria e sulle specifiche modalità con cui è stata applicata agli stranieri durante l'emergenza pandemica

La seconda sentenza della Corte cost. che prenderemo in considerazione riguarda l'emergenza sanitaria che ha interessato il nostro Paese a partire dall'inizio del 2020: nonostante si sia trattato di un evento dall'indubbia portata storica e che necessiterebbe, quindi, di un certo distacco temporale per poter essere analizzato con maggiore obiettività anche sul versante giuridico, in questa sede appare utile soffermarsi non tanto sulle modalità con cui i Governi succedutisi in questi anni abbiano impiegato gli strumenti normativi a loro disposizione per far fronte all'emergenza sanitaria¹⁹, quanto piuttosto verificare l'impiego costituzionalmente corretto dell'istituto della quarantena. Se, come subito si avrà modo di evidenziare, tale misura ha svolto una preziosa ed efficace funzione ai fini di contenimento del contagio, non si deve tuttavia dimenticare che è stata applicata con modalità quanto mai anomale – se non del tutto atipiche – agli stranieri extra-UE giunti sul territorio nazionale privi di un'abitazione privata, o comunque di un domicilio o di una dimora stabili.

Questa categoria di persone, infatti, è stata sottoposta ad una speciale tipologia di quarantena precauzionale che si è svolta su apposite navi situate alla rada di alcuni porti dell'Italia meridionale, con la presenza dell'autorità di pubblica sicurezza a bordo al fine di controllare che i destinatari della misura non si allontanassero da tali imbarcazioni, determinando così un pericolo per la salute pubblica. Una simile procedura si è realizzata a seguito dell'entrata in vigore del d.interm. 07.04.2020, a firma del Ministro dei trasporti, dell'interno, della salute e degli affari esteri, con cui si disponeva che per tutta la durata dell'emergenza sanitaria i porti del nostro Paese non avrebbero potuto considerarsi «sicuri» per lo sbarco di persone soccorse da navi battenti bandiera straniera fuori dalla zona SAR italiana.

Successivamente, il 12 aprile, è stato pubblicato in G.U. il decreto 12.04.2020 n. 1287 del Capo Dipartimento della Protezione civile con cui sono stati definiti i principi in base ai quali approntare questa particolare procedura sanitaria degli stranieri soccorsi in mare, procedura che è stata dichiarata di competenza del Dipartimento delle libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno, con il supporto della Croce Rossa. La misura in

19. Tema questo che è stato abbondantemente indagato durante la prima fase dell'emergenza pandemica dalla dottrina costituzionalistica: sul punto, in questa sede, ci limitiamo a segnalare i contributi raccolti nel fascicolo speciale 2020 della Rivista *Osservatoriosullefonti.it*, intitolato *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, reperibile al seguente link: <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file>.

qualche modo anticipava ciò che a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 25.03.2020 n. 19 – e del relativo d.p.c.m. attuativo del 17.05.2020 – si sarebbe realizzato in tutta Italia, ossia l'applicazione generalizzata della quarantena in isolamento domiciliare fiduciario per quattordici giorni per coloro che avessero fatto ingresso sul territorio nazionale via terra, via mare o in aereo, con la differenza tuttavia che in questo caso si trattava di persone che avevano la piena disponibilità di un'abitazione o comunque di un immobile in cui poter trascorrere il periodo di isolamento previsto dalla legge.

Come emerge dalla lettura dell'art. 1 del decreto n. 1287/2020 del Capo della Protezione civile, invece, la finalità di queste «navi-quarantena» – destinate ai soli stranieri extra-UE salvati dalle Ong in mare – era quella di «assicurare il rispetto delle misure di isolamento fiduciario e di quarantena adottate per contrastare la diffusione epidemiologica da COVID-19, anche nei riguardi delle persone soccorse in mare, ovvero giunte sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi». A sua volta il Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione si sarebbe avvalso dell'aiuto della Croce Rossa «quale struttura operativa del Servizio nazionale» che avrebbe provveduto «all'assistenza alloggiativa e alla sorveglianza sanitaria delle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il *Place of Safety*», come stabilito dal presupposto d.interm. del 07.04.2020, «sentite le Regioni competenti e le autorità sanitarie locali, per il tramite delle prefetture competenti».

Si tratta, in breve, come evidenziato in dottrina, di un impiego atipico e su larga scala del c.d. metodo *hotspot*, giustificato dalla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, ma non previsto da alcuna fonte primaria, se soltanto si considera per l'appunto che l'intera procedura è stata affidata direttamente ad un Dipartimento del Ministero dell'interno, senza che alcuna legge o atto avente forza di legge prevedesse l'istituzione di queste «navi-quarantena», né tanto meno la presenza a bordo del personale di polizia a supporto di quello sanitario²⁰. Al fine di verificare la legittimità di questa procedura, è allora utile considerare la sent. n. 127/2022 della Corte cost., proprio per verificare se l'istituto della quarantena fiduciaria domiciliare possa essere considerato una misura di prevenzione limitativa della sola libertà di circolazione, ovvero anche della libertà personale del destinatario della stessa,

20. Sul c.d. metodo *hotspot* si veda per tutti M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2018, p. 1 ss.; per l'applicazione *de facto* di tale metodo anche alle «navi quarantena», cfr. G. Savio, *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia sulla condizione giuridica dei migranti sbarcati sulle coste italiane: il caso delle "navi quarantena"*, in questa *Rivista*, n. 2.2021, p. 61 ss., anche per un'analitica ricognizione della normativa rilevante.

così da comprendere se le modalità con cui si è realizzata la quarantena precauzionale dei migranti su queste navi possa essere considerata un trattenimento *de facto* o meno²¹.

Nonostante non vi fossero molti dubbi sulla natura giuridica dell'istituto, tuttavia, come detto a superare ogni incertezza è stata la chiara presa di posizione della Consulta che sembra aver ormai definitivamente risolto questa *vexata quaestio*²²; la Corte, infatti, ha precisato che le garanzie connesse all'*habeas corpus*²³ astrattamente possono valere anche nel caso delle misure sanitarie, purché per l'appunto «sia previsto il ricorso alla forza fisica al fine di instaurare o mantenere in essere, con apprezzabile durata, una misura restrittiva della facoltà di libera locomozione [...] e sfugga così alla riserva di giurisdizione, posto che detto elemento coercitivo implica necessariamente che sia l'autorità giudiziaria ad applicare la restrizione, o a convalidarne l'esecuzione provvisoria»²⁴. Fermo restando questo principio, quindi, l'obbligo di sottoposizione alla quarantena della persona positiva al Covid si

21. Questo istituto, infatti, originariamente non era previsto nella normativa di settore, bensì all'art. 1 della l. 09.02.1982 n. 106 che ha recepito il regolamento sanitario internazionale adottato a Boston il 25 luglio 1969, poi modificato da un regolamento addizionale firmato a Ginevra il successivo 23 maggio 1973, che appunto definiva tale misura come quella «condizione o situazione di una nave, aeromobile, treno, veicolo stradale, altro mezzo di trasporto o container nel periodo in cui un'autorità sanitaria applica nei suoi confronti le misure atte a prevenire la diffusione di malattie, di focolai di malattie o di vettori di malattie». In questa prospettiva, pertanto, la quarantena come misura di prevenzione comminata per ragioni sanitarie non può in alcun modo considerarsi limitativa della libertà personale, rientrando piuttosto nell'ambito delle misure limitative della libertà di circolazione ai sensi dell'art. 16 Cost. Per questo motivo, sin da subito la dottrina ha ritenuto che ai casi di comminazione della quarantena non si dovessero applicare le rigorose garanzie previste dall'art. 13 Cost. a tutela dell'*habeas corpus*: si veda al riguardo, per tutti, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 10 aprile 2020, p. 126, nota 86. Tradizionalmente sui limiti alla libertà di circolazione per motivi di salute pubblica, cfr. M. Mazziotti di Celso, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 19 ss., dove l'autorevole studioso teorizzava l'esistenza di una riserva di legge allo stesso tempo relativa e rinforzata in materia. Ad avviso invece di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, Cedam, 1992, pp. 283-285, non sembra necessario «sostenere l'esistenza, nell'art. 16 comma 1 Cost., di una riserva relativa di legge [...] per ritenere costituzionalmente legittima la previsione legislativa di un potere provvedimento d'ordinanza idoneo a fronteggiare situazioni generali di pericolo», anche nel caso di un'emergenza sanitaria.

22. Le norme oggetto di giudizio erano gli artt. 1, co. 6 e 2, co. 3 terzo comma del d.l. 16.05.2020 n. 33, convertito poi con modificazioni nella successiva l. 14.07.2020 n. 74. Con riferimento alla prima formulazione normativa della misura, come desumibile dall'art. 2, co. 1, lett. d) ed e) del d.l. 25.03.2020 n. 19, si veda criticamente G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, n. 1/2020, 2 aprile 2020, ad avviso del quale si trattava di una forma di privazione della libertà personale equiparabile ad una detenzione domiciliare, anche alla luce di quanto sul punto stabilito nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo con riferimento all'art. 5 CEDU. *Contra* invece M. Bignami, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Quest. giust. on-line*, 7 aprile 2020.

23. Così al punto 4 del *Cons. in diritto*; con riferimento sia ai criteri di distinzione tra libertà personale e di circolazione, sia alla degradazione giuridica del soggetto destinatario della misura, la Corte sembra aver ripreso l'impostazione teorica della migliore dottrina (che tra l'altro coincideva con la persona del Presidente e del giudice redattore della sentenza): si vedano, infatti, al riguardo G. Amato, *Articolo 13*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1977, p. 47 ss., sulla degradazione giuridica del soggetto con riferimento alle tutele e alle garanzie proprie dell'*habeas corpus*, e A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 110 ss. Per quanto concerne, invece, i limiti all'art. 16 Cost., si veda sempre G. Amato, *Articolo 16*, in *Commentario alla Costituzione*, *op. cit.*, p. 119-120.

24. Così sempre al punto 4 del *Cons. in diritto*.

concretizza sicuramente in un'imposizione coercitiva a non uscire dalla propria abitazione fino al termine della malattia, ma si tratta comunque di un obbligo che non limita la libertà personale del destinatario della misura, anche perché non è stata prevista nella legge alcuna forma di coercizione fisica da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, né al momento della sua comminazione, né tanto meno durante il decorso della malattia (anche al fine di impedire la sottrazione volontaria alla misura stessa da parte del contagiato).

Pertanto, ad avviso del Giudice delle leggi, non è possibile sostenere che la quarantena incida neppure indirettamente sulla dignità sociale della persona malata, perché tale lesione semmai potrebbe verificarsi nell'ipotesi in cui si realizzasse una “degradazione giuridica” del soggetto che però implicherebbe comunque l'esecuzione della misura tramite coercizione fisica da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Tuttavia, siccome un simile intervento delle forze dell'ordine non è stato previsto dal legislatore – anche perché sarebbe stato difficile da realizzare, numeri alla mano –, la quarantena deve essere ricondotta tra quelle misure che incidono sulla sola libertà di circolazione: del resto, i suoi presupposti applicativi sono oggettivamente rilevabili, trattandosi di un accertamento delle condizioni medico-sanitarie di un individuo a cui comunque «non si congiunge alcuno stigma morale, e che non può cagionare mortificazione della pari dignità sociale, anche alla luce del fatto che si tratta di una condizione condivisa con milioni di individui, accomunati da null'altro che dall'esposizione ad un agente patogeno trasmissibile per via aerea»²⁵.

L'errore di impostazione del giudice *a quo* nel sollevare la *quaestio legitimitatis*, dunque, consisteva nell'aver sovrapposto concettualmente la conseguenza della violazione della quarantena, concepita dal legislatore come un mero reato di inosservanza ad un provvedimento amministrativo, con la natura giuridica dell'istituto: si trattava, insomma, di una scelta afferente alla discrezionalità politico-legislativa che non implicava alcuna lesione dell'*habeas corpus* del malato, in quanto il Parlamento avrebbe potuto anche «configurare come reato la condotta di chi, sapendosi malato, lasci la propria abitazione o dimora, esponendo gli altri al rischio del contagio, senza la necessità della sopravvenienza di un provvedimento dell'autorità sanitaria»²⁶. In sintesi, alla luce della chiara presa di posizione della Corte sul punto, la quarantena sanitaria deve essere pacificamente qualificata come una misura di prevenzione personale, obbligatoria ma non coercitiva, i cui presupposti fattuali sono oggettivamente accertabili mediante esami diagnostici e test medico-sanitari; la diffusione del virus poi è stata talmente generalizzata da non poter far discendere una qualsivoglia forma di stigma sociale nei confronti del malato sottoposto a tale misura, né evidentemente alcuna lesione dell'*habeas corpus* ovvero una sua “degradazione giuridica”

25. Così al punto 6 del *Cons. in diritto*.

26. Così al punto 6.1. del *Cons. in diritto*.

potevano essere lamentate, non essendo stato previsto *ex lege* alcun intervento coercitivo da parte dell'autorità di pubblica sicurezza²⁷.

La stessa Corte tra l'altro ha opportunamente ricordato la propria giurisprudenza con riferimento al potere di coazione esercitabile dalle forze dell'ordine e sulla sua compatibilità con le garanzie di cui all'art. 13 Cost., svolgendo una serie di rimandi ad alcuni precedenti in cui aveva chiaramente distinto tra misure che incidono sull'*habeas corpus* e quelle che invece limitano la sola libertà di circolazione del destinatario della misura stessa. Si pensi, per l'appunto, al rimpatrio con foglio di via obbligatorio il quale, se eseguito spontaneamente dal destinatario del provvedimento, implica soltanto una limitazione dell'art. 16 Cost., ma se eseguito dall'autorità di pubblica sicurezza con modalità coercitive si trasforma in una limitazione della libertà personale dello straniero nei Centri di detenzione amministrativa²⁸; ancora, si pensi al respingimento con accompagnamento coattivo alla frontiera che, a differenza dell'ordine di allontanamento *tout court* notificato dalla questura, limita sempre la libertà personale del destinatario del provvedimento²⁹.

27. Come ben sottolineato dalla Corte, quindi, nel caso della sottoposizione a quarantena non si verifica alcun tipo di degradazione giuridica della persona sottoposta alla misura perché, «Specie a fronte di un vasto apparato di misure di prevenzione, che la legislazione dei tempi affidava alla gestione della sola autorità di pubblica sicurezza, si è infatti ritenuto che la medesima esigenza costituzionale di preservare la libertà dell'individuo, comprimibile solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria nei soli casi e modi previsti dalla legge, dovesse essere avvertita non soltanto innanzi allo spiegamento di forme coercitive»; così al punto 5 del *Cons. in diritto* della sent. n. 127/2022. Per una nota a prima lettura di questa decisione, si veda almeno G.P. Dolso, *Come un agrimensore: la Consulta traccia i confini tra gli artt. 13 e 16 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2022, p. 597 ss.; ma più diffusamente si veda quanto era stato sostenuto dallo stesso autore in precedenza, anticipando sotto molti profili la presa di posizione della Consulta in materia: Id., *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del covid-19*, a cura di G.P. Dolso, M.D. Ferrara, D. Rossi, Trieste, Università degli Studi di Trieste, e-book, 2020, p. 263 ss. Da ultimo sul punto, si vedano A. Molfetta, *Dalle elaborazioni dottrinali alla giurisprudenza: elementi di continuità nella sentenza n. 127 del 2022 sulla quarantena da Covid-19*, in *Corti supreme e Salute*, 2022, p. 364 ss. e M. Ferrara, *La quarantena obbligatoria come «istituto che limita la libertà di circolazione, anziché restringere la libertà personale» (Corte Cost., sent. n. 127/2022) e il ruolo della Corte Costituzionale nella fase di metabolizzazione dell'emergenza*, in *Oss. cost. AIC*, n. 6/2022, 1° novembre 2022, p. 1 ss.

28. Il riferimento è qui alle sentt. nn. 2/1956 e 45/1960: nello specifico, con la sent. n. 2/1956 la Corte ha dichiarato l'illegittimità parziale dell'art. 157 T.U.L.P.S., osservando come il rimpatrio coatto nei confronti delle «persone pericolose» non poteva «consistere in semplici manifestazioni di natura sociale o politica [...] bensì in manifestazioni esteriori di insofferenza o di ribellione ai precetti legislativi ed ai legittimi ordini della pubblica Autorità, manifestazioni che possono facilmente dar luogo a stati di allarme e a violenze, indubbiamente minacciose per la “sicurezza” della generalità dei cittadini, i quali finirebbero col vedere, essi, limitata la propria libertà di circolazione»; così al punto 5 del *Cons. in diritto*. Invece, con la sent. n. 45/1960, la Corte dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 27.12.1956, n. 1423, con riferimento all'ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio delle «persone pericolose» a cui si sarebbero potute applicare le misure preventive, in quanto l'istituto non era equiparabile all'ammonizione vigente prima della legge, per lo meno sul versante delle garanzie concernenti la libertà di circolazione.

29. In questo caso, invece, il riferimento è alla più recente giurisprudenza della Corte, in particolare la sent. n. 275/2017, sul respingimento differito degli stranieri irregolari, e la n. 222/2004 sull'esecuzione dell'accompagnamento alla frontiera da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, su cui si vedano in dottrina almeno P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal Questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 1 ss. e R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 37 ss.

Ed è proprio nel fare questi esempi, per meglio far emergere la differenza sostanziale che intercorre tra misure che incidono sulla libertà personale e quelle che invece limitano la sola libertà di circolazione, che la Corte implicitamente ci dimostra come le «navi-quarantena» debbano essere considerate un'applicazione dell'istituto in oggetto completamente lesiva della libertà personale degli stranieri ivi trattenuti, sia con riferimento alle garanzie connesse alla riserva giurisdizionale, sia per quanto concerne le modalità con cui la quarantena si è svolta. Nella sent. n. 127/2022, infatti, la Consulta stabilisce che affinché si dia una limitazione della libertà personale è necessario che si verifichino due circostanze fattuali presuntive di una compressione dell'*habeas corpus*, ossia che vi sia stato un «assoggettamento fisico all'altrui potere» e che sussistano in concreto «forme di sorveglianza in grado di prevenire la violazione» della misura da parte del suo destinatario.

Con riferimento alla prima delle due circostanze presuntive in questione, il principio è stato chiaramente espresso al punto 4 del *Cons. in diritto* della sent. n. 127, quando la Corte per fare un esempio di tale «assoggettamento fisico» cita proprio la detenzione amministrativa dello straniero nei Cpr³⁰; il secondo indice presuntivo, invece, è individuabile nelle «forme di sorveglianza in grado di prevenire la violazione»: nella quarantena con isolamento domiciliare, osserva la Corte, nessun destinatario della misura si è ritrovato un rappresentante delle forze dell'ordine sul pianerottolo di casa a sorvegliare se questi si fosse sottratto volontariamente o meno alla misura a cui era stato destinato. Ciò, per l'appunto, dimostra come la quarantena sia stata concepita dal legislatore come una misura di prevenzione sanitaria limitativa della sola libertà di circolazione del malato, in quanto «chiunque sia sottoposto alla “quarantena” e si allontani dalla propria dimora incorrerà nella sanzione prevista dalla disposizione censurata, ma non gli si potrà impedire fisicamente di lasciare la dimora stessa, né potrà essere arrestato in conseguenza di tale violazione»³¹.

Ebbene, se tutto questo è vero e se dunque l'insussistenza di questi due indici presuntivi comporta soltanto una limitazione della libertà di circolazione del destinatario della misura, allora per quanto concerne le modalità con cui in concreto si è realizzata la quarantena precauzionale dei migranti sulle «navi-quarantena» siamo evidentemente al cospetto di una violazione della loro libertà personale e, quindi, ad un trattenimento illegale in palese violazione delle garanzie giurisdizionali di cui all'art. 13 Cost. In questo caso, infatti, come

30. «L'“assoggettamento fisico all'altrui potere che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale” contraddistingue anche il trattenimento dello straniero presso Centri di permanenza e assistenza, in quanto l'autorità competente, “avvalendosi della forza pubblica” adotta misure che impediscono di abbandonare il luogo (sentenza n. 105 del 2001). Ed è bene precisare che qualora sia previsto il ricorso alla forza fisica al fine di instaurare o mantenere in essere, con apprezzabile durata, una misura restrittiva della facoltà di libera locomozione, allora la circostanza che la legge abbia introdotto tale misura in via generale per motivi di sanità non comporta che essa vada assegnata alla garanzia costituzionale offerta dall'art. 16 Cost., e sfugga così alla riserva di giurisdizione»; così al punto 4 del *Cons. in diritto*.

31. Così al punto 4.1. del *Cons. in diritto*.

è stato puntualmente accertato e denunciato da uno studio compiuto dall'ASGI, le modalità con cui gli stranieri sono stati sottoposti a questa particolare misura di prevenzione sanitaria erano tali da impedire materialmente alle persone di allontanarsi dalle navi, in quanto sulle imbarcazioni vi erano agenti di pubblica sicurezza che avevano il compito specifico di supportare il personale sanitario, garantire l'ordine pubblico e controllare che i migranti comunque non si sottraessero alla misura preventiva³².

A ciò si aggiunga poi che, al contrario di quanto accertato dalla Corte cost. con riferimento alle Rems e come avviene tuttora per quanto riguarda le modalità di trattenimento nei Cpr, anche in questo caso le modalità concrete con cui si sarebbe svolto l'isolamento erano comunque state stabilite da norme secondarie, ossia da un d.interm. e da uno del Capo Dipartimento della Protezione civile, decreti questi che comunque nulla prevedevano con riferimento alle modalità concrete di attuazione della procedura sanitaria in questione che, pertanto, erano affidate alla prassi e alle buone pratiche delle autorità di polizia³³. A fronte di questo quadro legislativo che definire lacunoso potrebbe apparire un eufemismo, la Corte di cassazione non è stata in grado di assumere piena consapevolezza dei numerosi profili di illegittimità connessi a questa particolare procedura sanitaria, visto che i primi casi giunti alla sua attenzione sono stati dichiarati infondati, tra l'altro con un'applicazione ben poco meditata dei principi sanciti dalla sent. n. 127/2022 della Corte cost.

Il riferimento è qui alle ordinanze gemelle della I sezione civile nn. 21612 e 21715/2022 che, nel valutare la legittimità della quarantena precauzionale sulle imbarcazioni in questione, pur richiamando come detto la sentenza della Consulta non sono state in grado di fornire una esaustiva motivazione in punto di diritto sulla legittimità della misura: infatti, mentre la difesa dello straniero lamentava una violazione della riserva di

32. Come è possibile leggere nel report *Diritti in rotta. L'esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità*, reperibile al seguente link: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/04/Report-navi-quarantena-ASGI.pdf>: «Durante lo svolgimento della misura della sorveglianza sanitaria a bordo delle navi, ai cittadini stranieri è fisicamente impedito di allontanarsi: le navi infatti si trovano per la maggior parte del tempo in rada e non attraccate all'interno dei porti. Inoltre a bordo sono presenti anche agenti di sicurezza che svolgono attività di controllo e sorveglianza: si configura quindi una situazione di assoggettamento di chi si trova sulla nave rispetto alle autorità preposte al controllo. Si ritiene che questa condizione sia pertanto strutturalmente differente da quella di chi è sottoposto a isolamento fiduciario in altri luoghi o nella propria abitazione. [...] È evidente in tal senso il trattamento discriminatorio a cui sono sottoposti i cittadini stranieri sulle navi quarantena». Specificamente, sull'impiego in combinato disposto del metodo *hotspot* e delle «navi quarantena» al fine di selezionare l'ingresso degli stranieri sul territorio, anche per quanto concerneva l'accesso alla procedura di protezione internazionale, si veda C. Denaro, *Politiche di (ri)confinamento in tempo di pandemia: l'utilizzo di "navi quarantena" in Italia e l'accesso al diritto di asilo*, in questa *Rivista*, n. 2.2021, p. 35 ss.

33. Come nel caso del protocollo d'intesa stipulato tra la Croce Rossa ed il Ministero dell'interno, dove vengono elencate tutte le misure di assistenza e di sorveglianza sanitaria garantite (ma anche imposte) ai migranti presenti sulle «navi-quarantena», il cui testo è reperibile al seguente link: <https://inlimine.asgi.it/wp-content/uploads/2020/08/Convenzione-CRI-Misure-assistenza-sorveglianza-sanitaria-a-bordo-di-navi.pdf>.

legge assoluta che regge la materia della libertà personale – non essendo stata la quarantena precauzionale soggetta ad alcuna forma di convalida giudiziaria, in questo modo determinando anche la manifesta illegittimità dei successivi provvedimenti di respingimento e trattenimento oggetto del giudizio –, la Cassazione si è limitata ad osservare come «la normativa emergenziale adottata per far fronte alla situazione epidemiologica da Covid '19 – con la quale è stata imposta la quarantena precauzionale ai cittadini entrati nel territorio nazionale da aree ubicate al di fuori del territorio italiano – non abbia introdotto una misura limitativa della libertà personale, bensì della circolazione sul territorio dello Stato, libertà che, a norma dell'art. 16 della Costituzione, può essere limitata per motivi di sanità (come nel caso di specie) o di sicurezza»³⁴. La Suprema Corte, insomma, pur attenendosi formalmente al principio di diritto stabilito nella sent. n. 127/2022 dalla Consulta e rilevando come quest'ultima avesse osservato che «la quarantena obbligatoria e le relative sanzioni penali, così come regolate dalle disposizioni impugnate, incidono sulla sola libertà di circolazione e non comportano alcuna coercizione fisica, sono disposte in via generale per motivi di sanità e si rivolgono a una indistinta pluralità di persone, accomunate dall'essere positive al virus trasmissibile ad altri per via aerea», tuttavia ha applicato tralattivamente questo principio al caso *de quo*, in ragione della presunta medesima *ratio legis* che accomunerebbe la quarantena *tout court* e la «legislazione che ha introdotto la quarantena precauzionale per i cittadini entrati nel territorio nazionale da aree ubicate al di fuori del territorio italiano»³⁵.

Come si sarà compreso, al di là della genericità con cui la Suprema Corte ha ricostruito il quadro legislativo di riferimento, ciò che emerge da questo passaggio motivazionale è che il Collegio giudicante non abbia minimamente tenuto in considerazione le due circostanze fattuali presuntive che distinguono l'incidenza di una misura sanitaria sulla libertà di circolazione piuttosto che sulla libertà personale del destinatario della stessa: in questo senso, il rinvio alla sent. n. 127/2022 appare meramente formale, una sorta di motivazione *per relationem* – se non addirittura apparente –, dietro la quale si cela la mancata consapevolezza da parte dei magistrati della grande questione costituzionale sottesa al

34. Così al punto 2 della parte *In diritto* dell'ord. n. 21612/2022, reperibile al seguente link: <https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/rassegne/rassegna-di-giurisprudenza-italiana/allontanamento-e-trattenimento>, dove è possibile leggere anche la successiva ord. n. 21715/2022, sempre della I sezione civile, e da cui è tratta la seguente massima: «La sottoposizione del cittadino straniero alla quarantena precauzionale, a norma dell'art. 1, lett d), d.l. n. 19/20, dal momento dell'ingresso nel territorio italiano e per la durata di quattordici giorni, non costituisce una limitazione della libertà personale, bensì una limitazione della libertà di circolazione; essa non ricade pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., e non è quindi rilevante ai fini della valutazione di legittimità dell'ordine di trattenimento e della sua convalida (anche in relazione alla tempestività)».

35. *Ibidem*. Nella coeva ord. n. 21715/2022 della I sezione civile si legge la stessa identica e stringata motivazione.

giudizio, ossia la lesione sistematica delle garanzie minime connesse all'art. 13 Cost. subita dai migranti giunti sulle coste italiane durante l'emergenza pandemica.

4. Ci sarà pure un giudice a Berlino? L'impatto della giurisprudenza costituzionale analizzata

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, possiamo sostenere che le sentt. nn. 22 e 127/2022 della Corte cost. assumono certamente un'eccedenza di contenuto assiologico rispetto alle singole questioni affrontate dal Giudice delle leggi³⁶: anche se la vicenda delle «navi-quarantena» non sembra possa essere ormai oggetto di censure da parte del nostro sistema giudiziario, se non *ex post* alla luce degli evidenti profili di ingiusta detenzione di massa connessi alla prassi con cui le misure sanitarie sono state eseguite dall'autorità di pubblica sicurezza, può comunque ipotizzarsi un ricorso per violazione dell'art. 5, paragrafo 1, lett. e) CEDU davanti alla Corte di Strasburgo. Si consideri al riguardo ciò che i giudici sovranazionali hanno già avuto modo di affermare nel caso *Enhorn contro Svezia*, quando hanno dichiarato illegittima una misura detentiva finalizzata ad internare una persona «susceptibile di propagare una malattia contagiosa», non avendo lo Stato convenuto dimostrato che tale misura avrebbe dovuto considerarsi come l'unica possibile a cui ricorrere al fine di impedire la propagazione di un virus, tra l'altro in un contesto non pandemico³⁷. Si tratta insomma di un'inversione dell'onere della prova assai rigorosa, se solo si considera che lo Stato chiamato in causa ha dovuto comunque dimostrare di aver preso in considerazione la possibilità di adottare misure meno invasive e che, secondo il principio di proporzionalità, non incidessero necessariamente sulla libertà personale del destinatario del provvedimento³⁸.

36. Il riferimento è qui alla celebre espressione di E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta ed ampliata a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990, p. 849.

37. Ma sul punto si consideri anche quanto ha di recente affermato la VII sezione della Corte di Lussemburgo nel caso *IA contro Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl* (C-231/21, sentenza del 22 marzo 2022), con riferimento al concetto di «detenzione» previsto all'art. 29, paragrafo 2 del regolamento Dublino III, da interpretare nel senso che «non è applicabile al ricovero coatto di un richiedente asilo in un reparto psichiatrico ospedaliero, autorizzato con una decisione giudiziaria per il motivo che tale persona, a causa di una patologia psichica, costituisce un serio pericolo per sé stessa o per la società»; così nel dispositivo della sentenza.

38. Cfr. *Enhorn contro Svezia*, sentenza del 25 gennaio 2005, ricorso n. 56529/2000, § 43 ss. In realtà, al di là del riferimento a questo principio specifico afferente all'eventualità di malattie contagiose, è possibile sostenere che in questo caso il nostro Paese abbia fatto ricorso ad una prassi detentiva illegale che era già stata impiegata in passato, in circostanze certamente meno emergenziali e in un contesto diverso da quello pandemico, prassi che aveva portato alla sua condanna nell'ormai celebre caso *Khlaifia (Grande Chambre)*, sentenza del 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12). Al riguardo, sulla possibilità di impiegare questo precedente specifico della Corte EDU per condannare l'Italia anche nel caso delle «navi-quarantena», in ragione della strutturale violazione dell'art. 5 CEDU che si sarebbe verificata, si vedano M. Tuozzo, *I percorsi migratori e la pandemia. Come cambiano le emergenze*, in questa *Rivista*, n. 3.2020, p. 80 ss. e G. Savio, *L'incidenza delle misure di contrasto della pandemia*, *op. cit.*, p. 68 ss. Sulla rilevanza della sentenza *Khlaifia* con riferimento alle garanzie connesse all'art. 5 CEDU, si vedano in dottrina almeno P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 176 ss.,

La questione che resta centrale e di grande attualità, tuttavia, concerne la previsione legislativa delle modalità di trattenimento nei Cpr che, al pari di quello che pacificamente avviene con la detenzione carceraria, preveda anche l'individuazione di un giudice *ad hoc* che possa essere adito per dare concreta effettività a queste garanzie. Al riguardo, ci sembra opportuno sottolineare che la l. 26.07.1975 n. 354 non possa essere considerata *sic et simpliciter* una sorta di *tertium comparationis* al fine di sollevare una questione di legittimità costituzionale in materia perché, come si è osservato più volte nel corso dell'analisi, la natura non afflittiva del trattenimento nei Cpr resta un principio a cui è chiaramente improntata sia la normativa interna che quella europea; pertanto, ogni parallelismo con lo *status* detentivo ordinario risulta giuridicamente improprio, anche perché la natura afflittiva di un trattamento detentivo presuppone sempre la finalità rieducativa della sanzione, a fronte tra l'altro dell'accertamento della responsabilità penale del destinatario della misura³⁹.

Semmai, in una prospettiva *de iure condendo*, la normativa penitenziaria dovrebbe essere considerata un punto di partenza, una sorta di *condicio sine qua non* che il legislatore non potrebbe non prendere in considerazione come base regolativa delle modalità del trattenimento e dei relativi diritti dello straniero sottoposto a detenzione amministrativa. In breve, il riferimento alla l. n. 354/1975 sarebbe qui condizione necessaria di regolamentazione dello *status* detentivo dello straniero nei Cpr, ma non sufficiente, in quanto il c.d. "residuo" di libertà di cui comunque gode un detenuto ordinario non è minimamente comparabile all'ampia garanzia dei diritti fondamentali di cui dovrebbe invece godere lo straniero sottoposto a trattenimento.

A questo rilievo si aggiunga poi l'altra grande questione mai affrontata dal legislatore ossia, come detto, l'individuazione di un giudice *ad hoc* che garantisca i diritti dello straniero nei Cpr; appare evidente, per lo meno a chi scrive, che la piena attuazione della riserva di legge assoluta in questo ambito trascini con sé anche l'effettività della garanzia

M. Savino, *L'“amministrativizzazione” della libertà personale e del “due process” dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3.2015, p. 50 ss. e, più in generale, L. Bernardini, *La detenzione degli stranieri tra “restrizione” e “privazione” di libertà: la CEDU alla ricerca di Godot*, in questa *Rivista*, n. 1.2022, p. 78 ss.

39. Sul punto si vedano per tutti M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, II ed. con prefazione di V. Onida, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, *passim* e G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2012, p. 190 ss.; nello specifico, sugli stranieri detenuti nei Cpr, si veda A. Pugiotto, *La “galera amministrativa” degli stranieri*, *op. cit.*, p. 589: «Esclusa la possibilità di annoverarlo tra le sanzioni penali, il trattenimento dello straniero è sciolto anche dal vincolo di scopo cui le pene “devono tendere” ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost.: la risocializzazione del detenuto, attraverso un trattamento individualizzato e flessibile che attinge regole e strumenti dall'ordinamento penitenziario. E così gli stranieri trattenuti sono privati sia della libertà personale, sia della possibilità di svolgere le più banali attività ricreative e culturali, se non in forme occasionali e improvvisate, comunque fuori da un qualunque orizzonte legislativamente strutturato: addirittura inconcepibile, per una detenzione amministrativa anticipatrice di un provvedimento espulsivo dall'Italia, con il corollario di un vietato reingresso [sul territorio nazionale]».

giurisdizionale, nel senso cioè che nel momento in cui il legislatore vorrà provvedere a regolare – analiticamente e con una fonte primaria – le modalità della detenzione amministrativa, dovrà contestualmente individuare anche il giudice competente a sovrintendere al rispetto di tali garanzie. In breve, nel momento in cui il legislatore colmerà finalmente questa lacuna – che l’art. 13 Cost., in quanto norma direttamente precettiva, gli impone di colmare –, verrebbe forse messa in crisi anche quella dicotomia che ancora oggi regge la convalida del trattenimento amministrativo, assegnata al giudice di pace o al giudice ordinario a seconda che ad essere convalidato sia il trattenimento del migrante economico irregolare ovvero del richiedente protezione internazionale⁴⁰.

Se, infatti, la *fictio iuris* che regge questo – per così dire – “dualismo delle competenze” presuppone che il migrante economico privo di un regolare permesso di soggiorno sarebbe titolare di un mero interesse legittimo a restare sul territorio, mentre il richiedente asilo – pur trattenuto – avrebbe comunque esercitato un proprio diritto soggettivo a permanere in Italia nel momento in cui ha formalizzato la domanda di protezione internazionale, ebbene tale dicotomia che fino ad oggi ha indirizzato le diverse tipologie di stranieri verso un giudice diverso, con la regolazione delle modalità di trattenimento nei Cpr necessariamente dovrebbe essere superata, giungendo così ad una sorta di confluenza delle competenze giudiziarie di tutte le fasi del trattenimento – dalla convalida, alla proroga, alla lesione dei diritti fondamentali in sede di esecuzione – in capo ad un unico giudice, ordinario e togato, in quanto ad essere concretamente garantito in questi casi è lo *status libertatis* dello straniero, a prescindere dal fatto che sia un migrante economico irregolare ovvero un richiedente asilo politico.

Del resto sarebbe del tutto irragionevole prevedere, una volta regolate tali modalità di trattenimento, che l’ingresso in un Cpr sia convalidato da un giudice che magistrato non è, mentre le garanzie connesse alla libertà personale in corso di esecuzione della misura vengano garantite da un giudice togato. Certo, ad oggi le strade giudiziarie per lamentare la lesione delle modalità detentive del trattenimento nei Cpr sembrano limitate ai soli ricorsi d’urgenza *ex art. 700 c.p.c.*: si tratta di uno strumento processuale molto importante, anche perché sostanzialmente l’unico al momento utilizzabile, ma che rischia di rivelarsi una sorta di “sentiero interrotto”, se solo si considerano i tempi con cui nella prassi i giudici decidono questioni del genere. Il rischio che queste cause vengano dichiarate improcedibili, infatti, è elevatissimo, perché quasi sempre *medio tempore* sopravvengono circostanze fattuali che,

40. Per una valorizzazione del ruolo dei Giudici di pace in questo ambito, si veda invece da ultimo M. Benvenuti, *Il trattenimento degli stranieri nei Centri di permanenza per i rimpatri e la c.d. direttiva Lamorgese. Problemi vecchi e prospettive nuove per i provvedimenti di convalida dei giudici di pace*, in corso di pubblicazione su *Quest. giust.*, p. 9 ss. del dattiloscritto.

per l'appunto, fanno venire meno i presupposti processuali dell'azione, come l'esaurimento dei tempi massimi di trattenimento, ovvero l'esecuzione dell'espulsione da parte dell'autorità di pubblica sicurezza⁴¹.

Tuttavia, quanto meno in termini generali, la mancanza di un giudice *ad hoc* che garantisca le modalità di esecuzione del trattenimento potrebbe trovare una sorta di surrogato processuale, in attesa di un intervento legislativo, nello stesso giudice che ha convalidato o prorogato la misura detentiva. Infatti, nel caso di una lesione delle modalità di trattenimento comunque espressamente previste dall'art. 14, co. 2 TU ovvero dal d.p.r. n. 394/1999, il difensore potrebbe chiedere di aprire un sub-procedimento della causa "principale", prendendo a riferimento il numero di ruolo assegnato al processo di convalida (ma anche a quello dell'ultima proroga in ordine di tempo), al fine di chiedere a quello stesso giudice di esprimersi anche sulla lesione delle modalità del trattenimento. In un'ipotesi del genere, si potrebbe prospettare in via pregiudiziale la questione di legittimità costituzionale concernente la competenza del giudice della convalida (o dell'ultima proroga) a valutare anche sulla lesione di un diritto dello straniero nel corso del trattenimento: quello che si vuole sostenere, infatti, è che se la garanzia giurisdizionale della violazione delle modalità di trattenimento discende da una diretta applicazione dell'art. 13 Cost., anche se manca una norma che regoli tali modalità e un giudice competente che ne valuti le violazioni *ex lege*, è anche vero tuttavia che le scarse disposizioni previste nel TU e nel regolamento attuativo possono essere comunque considerate un'idonea base legale da far valere nei confronti dell'unico giudice individuato dal legislatore in questo ambito, appunto quello della convalida (ovvero dell'ultima proroga della misura).

Al riguardo poi, ad avviso di chi scrive, non rileverebbe il fatto che sarebbe sempre possibile attivare la procedura atipica e residuale d'urgenza prevista all'art. 700 c.p.c., in quanto appunto ciò che dovrebbe essere fatto valere in questo caso è la tipicità della garanzia connessa alla limitazione della libertà personale, talmente tipica che è prevista espressamente dall'art. 13 Cost. In un'ipotesi del genere, quindi, anche al fine di evitare una violazione del principio di *non liquet*, il giudice della convalida (o dell'ultima proroga) potrebbe pregiudizialmente, proprio sulla questione della competenza giurisdizionale, sollevare una questione di legittimità costituzionale finalizzata ad accertare se la mancata previsione di un giudice *ad hoc* che valuti la lesione dei diritti fondamentali dello straniero

41. Sull'impiego dei ricorsi *ex art.* 700 c.p.c., soprattutto per garantire la libertà di corrispondenza e comunicazione degli stranieri nei Cpr, in ragione anche delle esplicite previsioni di legge di cui all'art. 14, co. 2 TU, si veda da ultimo l'ord. del 15 marzo 2021 del Tribunale di Milano, reperibile al seguente link: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/03/21_03_15_Trib-Milano-accoglimento-telefono-criptato.pdf. Per un'analisi di questa importante decisione, si veda ora G. Mentasti, *La libertà di corrispondenza nel CPR e la (mancata) regolamentazione delle condizioni di trattenimento degli stranieri in attesa di espulsione*, in *Sistema penale*, 15 settembre 2021, reperibile al seguente link: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cpr-via-corelli-tribunale-milano-liberta-corrispondenza?out=print>.

trattenuto nei Cpr non sia a sua volta in violazione dell'art. 13 Cost.. Eventualmente, anche al fine di non incorrere in profili di inammissibilità connessi alla rilevanza della questione, la difesa dello straniero potrebbe comunque chiedere il risarcimento del danno per violazione delle modalità del trattenimento in subordine al ripristino della condizione *ex ante* la violazione, nell'ipotesi non peregrina che successivamente all'iscrizione a ruolo della causa lo stato detentivo dello straniero cessasse per decorrenza dei termini massimi di trattenimento ovvero per sopravvenuta esecuzione dell'espulsione.

Si tratta, evidentemente, di una suggestione teorica che, a fronte del vuoto di tutele sostanziali e processuali qui considerate, potrebbe essere comunque tentata in sede giudiziaria, anche per sollecitare la magistratura – in particolare quella ordinaria, competente a convalidare i trattenimenti dei richiedenti protezione internazionale – quanto meno a confrontarsi finalmente con questa lacuna sistemica dell'ordinamento che non può non essere presa sul serio, proprio perché afferisce alla concreta applicazione delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. Si tratta, in conclusione, di una modesta proposta che, nonostante i non pochi *caveat* connessi al lacunoso quadro normativo che caratterizza il TU, non sembra del tutto improponibile in sede giudiziaria: quand'anche fosse dichiarata infondata o inammissibile una simile *quaestio*, infatti, avrebbe quanto meno il pregio di sollecitare la Consulta ad esprimersi su una materia che rischia oramai di trasformarsi in una vera e propria zona franca costituzionale.