Diritto, Immigrazione e Cittadinanza
Fascicolo n. 3/2025

# INCOSTITUZIONALITÀ ACCERTATA E NON DICHIARATA: CHE FARE? NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 96/2025 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Guido Savio

***Abstract:*** *La sentenza n. 96/2025 della Corte costituzionale, pubblicata il 3 luglio scorso, ha accertato l'illegittimità dell'art. 14, co. 2, d.lgs. 286/98, nella parte in cui non disciplina con fonte primaria i «modi» della detenzione nei Centri di permanenza per il rimpatrio, in palese contrasto con la riserva assoluta di legge posta dall'art. 13, co. 2, Cost. Tuttavia, la Consulta ha ritenuto che spetti al legislatore porre rimedio a tale vulnus e, quindi, ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate. L'analisi che segue, lasciando in disparte valutazioni relative alle tecniche decisorie della Corte, si propone di affrontare le conseguenze pratiche della decisione per gli operatori del diritto che, quotidianamente, debbono applicare una norma la cui incostituzionalità è pacificamente accertata, ma non dichiarata: disapplicazione, riproposizione della questione o acquiescenza allo stato delle cose?*

***Abstract:*** *In its Judgment No. 96/2025, delivered on 3 July 2025, the Italian Constitutional Court ascertained the unconstitutionality of Article 14(2) of Legislative Decree No. 286/1998, insofar as it fails to regulate – through primary legislation – the modalities of detention in Repatriation Detention Centres (Centri di permanenza per il rimpatrio, CPRs). This legislative omission was held to contravene the absolute statutory reserve prescribed by Article 13(2) of the Italian Constitution. Nevertheless, the Court maintained that it is for Parliament to address this constitutional deficiency and therefore declared inadmissible the questions brought before it. Leaving aside considerations concerning the Court's adjudicative methodology, this article seeks to analyse the practical implications of the ruling for legal practitioners who are daily confronted with the application of a statutory provision whose unconstitutionality has been clearly recognised, though not formally declared. Should such a provision be disapplied, should the constitutional question be re-submitted, or should practitioners acquiesce in the present state of the law?*

© 2017-2025 Diritto, Immigrazione e Cittadinanza. Tutti i diritti riservati.
ISSN 1972-4799

# INCOSTITUZIONALITÀ ACCERTATA E NON DICHIARATA: CHE FARE? NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 96/2025 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Guido Savio*

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. Le opinioni scritte degli *amici curiae*. – 3. La decisione. – 4. Le conseguenze della decisione. – 5. La posizione dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione.

## 1. La questione

Il Giudice di pace di Roma, con ordinanza del 17.10.2024 ha sollevato questione di legittimità costituzionale:

a) dell'art. 14, co. 2, d.lgs. 286/98 (di seguito TUI), in riferimento agli artt. 13, co. 2 e 117, co. 1, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 5, paragrafo 1, CEDU) nella parte in cui non disciplina puntualmente i «modi» e i procedimenti che governano la restrizione della libertà personale degli stranieri nei Centri di permanenza per i rimpatri (di seguito CPR); non indica l'autorità giudiziaria competente al controllo dei «modi» con cui è esercitata tale restrizione e, conseguentemente, nemmeno determina i poteri di tale autorità giudiziaria, limitandosi a rinviare integralmente a fonti subordinate, non aventi forza di legge (in particolare, all'art. 21, co. 8, d.p.r. 394/99, regolamento di attuazione del TUI);
b) dell'art. 14, co. 2, TUI, sempre nella parte in cui omette di dettare la disciplina dei «modi» del trattenimento nonché l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente al controllo della legalità di tali «modi» – rinviando a fonti subordinate – per preteso contrasto con gli artt. 2, 3, 10, co. 2, 24, 25 co. 1, 32 e 111co. 1, Cost.

Tali questioni sono state sollevate d'ufficio in occasione di alcune convalide del trattenimento di cittadini stranieri nel CPR di Roma, finalizzate all'esecuzione di provvedimenti amministrativi di espulsione (tuttavia le medesime questioni – riguardando la disciplina del trattenimento amministrativo in generale – si pongono negli stessi termini sia per i trattenimenti finalizzati all'esecuzione di provvedimenti di respingimento differito *ex* art. 10, co. 2, TUI, che per i trattenimenti previsti per i richiedenti protezione internazionale *ex* artt. 6, 6-*bis* e 6-*ter*, d.lgs. 142/2015, in forza del richiamo effettuato dall'art. 7 del medesimo decreto legislativo all'art. 14, co. 2, TUI).

Occorre rammentare che trattasi di questione già più volte evidenziata dalla dottrina[1], seppur rimasta colpevolmente ignorata dalla giurisprudenza, ma che ha tratto ulteriore linfa vitale dalla sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale in materia di REMS, relativa alla legittimità della disciplina delle concrete modalità di funzionamento di tali strutture

* Avvocato in Torino.

1. *Ex multis* A. Di Martino, *La disciplina dei CIE è incostituzionale* in Diritto penale contemporaneo, 11.5.2012.

pressoché integralmente affidata alla normativa secondaria[2]. Nell'occasione la Consulta ebbe, tra l'altro, modo di precisare che «*i modi di esecuzione della misura, e dunque della privazione della libertà che ne è connaturata, restano … pressoché affidati a fonti subordinate e accordi tra il Governo e le autonomie territoriali. La necessità che una fonte primaria disciplini organicamente tale misura a livello statale, stabilita dalla Costituzione, risponde d'altronde e ineludibili esigenze di tutela dei diritti fondamentali …*»: evidente appare l'analogia di quella questione con quella odierna (e identica è stata la decisione della Corte, con una sentenza monito in entrambi i casi).

Infatti, il giudice remittente espressamente richiama la sentenza 22/2022[3]: «*La privazione della libertà nelle "REMS", è senza dubbio un caso analogo al trattenimento amministrativo nel CPR, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 286/1992, trattandosi sempre della restrizione della libertà personale, identico bene supremo, egualmente tutelato e garantito, in entrambi i casi, dall'art. 13 della Costituzione.*».

L'obiettivo di questo elaborato è analizzare le possibili soluzioni per gli operatori del diritto – giudici e avvocati – deputati alla celebrazione delle udienze di convalida e proroga dei trattenimenti, a seguito di una incostituzionalità accertata ma non dichiarata dell'art. 14, co. 2, TUI, lasciando in disparte l'analisi scientifica incentrata sulle possibili tecniche decisorie della Corte costituzionale.

## 2. Le opinioni scritte degli *amici curiae*

Prima di procedere all'esame della decisione in commento, è utile – al fine di meglio comprendere l'orientamento della dottrina – rammentare sinteticamente alcune delle opinioni scritte degli *amici curiae* presentate ai sensi dell'art. 6 delle norme integrative del giudizio di legittimità costituzionale, ammesse, nel giudizio incidentale in questione, con decreto presidenziale del 5 maggio 2025.

L'Accademia di diritto e migrazioni (ADiM) ha evidenziato che il trattenimento dello straniero nel CPR non si configura come istituto costituzionalmente necessario, rappresentando perciò una misura che deve essere regolata nel rispetto delle riserve costituzionali di legge. Dopo avere correttamente richiamato la costante giurisprudenza costituzionale secondo cui il trattenimento è misura incidente sulla libertà personale – a partire dalla nota sentenza n. 105/2001 della Corte cost. – l'*amicus curiae* precisa che «*Emerge qui una prima particolarità delle questioni di legittimità costituzionale oggetto della presente opinione. L'art. 14, co. 2, TUI, infatti, contrasta con l'art. 13, co. 2, Cost. – oltre che, a monte di esso, con l'art. 10, co. 2, Cost., giusta l'ulteriore riserva di legge che vi compare – non per quello che dice, ma per quello che non dice e viene demandato contra Constitutionem ad una serie incoerente e disordinata di atti normativi di rango non primario. In questo senso, l'accoglimento delle questioni in esame significa non censura del Parlamento, ma riaffermazione della sua dignità e, coessenzialmente, della sua responsabilità costituzionalmente indeclinabile di appropriarsi, tramite la legge, di una potestà normativa piena e compiuta nella materia qui considerata.*». Si ravvisa qui la consapevolezza della piena centralità del legislatore che, come vedremo, sarà fatta propria dalla sentenza n. 96/2025.

2. Cfr. 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 Questione giustizia on line reperibile sul sito www.questione giustizia.it.

3. Ordinanza resa nell'ambito del procedimento n. 61332/2024 del 17.10.2024 p. 8.

Dopo uno «*Sguardo al trattenimento degli altri*» da cui si evince come in altri Paesi dell'Unione – Francia, Germania e Spagna – il trattenimento è disciplinato da norme di rango primario, l'opinione di ADiM pone l'accento sulle differenze tra la questione in esame e quella delle REMS ( sotto il profilo delle conseguenze in caso di accoglimento della questione di legittimità): «*In quell'occasione, pur rilevandosi l'assenza di un'adeguata base legislativa alla misura di sicurezza in questione – una base legislativa che manca anche rispetto ai "modi" del trattenimento nei CPR – la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione delle riserve di legge poste dagli artt. 25, co. 3, e 32 Cost. avrebbe comportato l'integrale caducazione del sistema delle REMS e, per ciò solo, avrebbe parimenti determinato un "intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente". Si tratta, com'è evidente, di valutazioni che non si attagliano al caso di specie, nel quale gli interessi in questione ben possono essere soddisfatti con strumenti alternativi al trattenimento, già previsti nella disciplina di riferimento (art. 14, co. 1-bis e 5-bis, TUI); mentre una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, TUI va senz'altro nella direzione indicata dal giudice rimettente*», evidenziando così come alcun vuoto legislativo si sarebbe determinato in caso di accoglimento della questione di legittimità. Anche in considerazione del fatto che l'auspicata declaratoria di illegittimità costituzionale «*non espone l'ordinamento italiano ad alcun inadempimento sotto il profilo dei vincoli derivanti dall'appartenenza all'UE, poiché – come chiarito dalla Corte di giustizia dell'UE nelle sentenze in C-61/11 PPU, 28.4.2011, El Dridi e C-519/20, 10.3.2022, K. – le previsioni dell'art. 16 dir. 2008/115/CE hanno effetto diretto e, comunque, il trattenimento dei cittadini di Paesi terzi ha luogo "salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive", come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo, non possano essere attivate: tutte misure già contemplate all'art. 14, co. 1-bis, TUI e la cui applicabilità rimarrebbe inalterata*»». In effetti, ai sensi della direttiva rimpatri, il trattenimento costituisce misura residuale di esecuzione dei provvedimenti ablativi.

Utile, ai fini della comprensione dell'incidenza concreta della questione, è l'opinione del Garante nazionale delle persone private della libertà personale – riportata nella sentenza in commento – secondo cui il sistema della detenzione amministrativa in Italia (al netto del CPR in Albania) è strutturato in nove Centri di permanenza in cui risultavano trattenute 552 persone: ad ulteriore conferma empirica che l'accoglimento della questione non avrebbe certo comportato un rilevante *vulnus* all'apparato espulsivo nazionale, essendo gli stranieri trattenuti una minima parte di quelli irregolarmente soggiornanti, e posto che la stragrande maggioranza dei provvedimenti ablativi viene eseguita con l'ingiunzione dell'ordine questorile di allontanamento previsto all'art. 14, co. 5-*bis*, TUI.

Di peculiare interesse è l'opinione espressa dalla Società italiana di medicina delle migrazioni (SIMM) che si sofferma sull'indebita discriminazione tra la detenzione in carcere e quella amministrativa quanto alla erogazione di servizi sanitari: pubblica nel primo caso ed appaltata ad enti terzi nel secondo, che, in quanto operatori economici privati «*minimizzano i servizi per massimizzare il profitto*».

La privatizzazione della salute è strettamente consequenziale alla privatizzazione dei modi della detenzione amministrativa, posto che la gestione della detenzione è assegnata a privati a seguito di gare d'appalto indette dalle prefetture, in assenza di un quadro normativo primario e uguale per tutti.

Infine, merita di esser segnalata l'opinione scritta di ASGI APS che, tra l'altro, si sofferma sulla possibilità che la Corte faccia ricorso alle "rime obbligate" che possono essere desunte dall'ordinamento penitenziario. Infatti, «*la condizione del detenuto è rigidamente disciplinata dalle norme sull'ordinamento penitenziario di cui alla l. n. 354/1975 che – al Titolo I, Capo II – disciplina in modo strutturato la cornice della vita intramuraria, con disposizioni legislative in tema di caratteristiche degli edifici (art. 5), di locali di soggiorno e di pernottamento (art. 6), di vestiario e corredo (art. 7), di igiene personale (art. 8), di alimentazione (art. 9), di permanenza all'aperto (art. 10), di servizio sanitario (art. 11), di colloqui, corrispondenza e informazione (art. 18), di religione e pratiche di culto (art. 26), di rapporti con la famiglia (art. 28), di comunicazioni dello stato di detenzione, dei trasferimenti, delle malattie e dei decessi (art. 29), di norme di condotta e sull'obbligo di risarcimento del danno (art. 32), di isolamento (art. 33), di perquisizione personale (art. 34), di impiego della forza fisica e sull'uso dei mezzi di coercizione (art. 41), di trasferimenti (art. 42), delegando ai regolamenti dei singoli istituti (art. 16) le norme di dettaglio … Un corpus normativo di tale portata, che da cinquanta anni disciplina dettagliatamente i "modi" della restrizione della libertà personale negli istituti penitenziari, risulta applicabile a tutti i luoghi di privazione della libertà personale, tra cui rientra il CPR (sent. n. 105/2001). Lo stesso appare idoneo a garantire il principio di legalità e l'osservanza dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone ristrette all'interno dei Centri, potendosi ivi ricavare quei "criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento" (sentt., nn. 242 e 40 del 2019, nn. 233 e 222 del 2018, n. 236 del 2016)*». Tuttavia, vedremo come tale suggerimento sia stato ignorato dalla Consulta.

## 3. La decisione

Quanto alla prima questione, la Corte, a seguito di attenta ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale interno, unionale e convenzionale, riconosce senza ombra di dubbio che sussista il *vulnus* lamentato dal ricorrente con riferimento alla riserva di legge assoluta di cui all'art. 13, co. 2, Cost.

Applicando i principi enucleati nella sentenza n. 22/2022 sulle REMS al caso di specie, la Corte ribadisce «*che la misura del trattenimento degli stranieri presso i CPR … comporta un assoggettamento fisico all'altrui potere che pertiene alla libertà personale. Alla luce dell'art. 13, co. 2, Cost. la fonte primaria deve perciò prevedere non solo i "casi", ma, almeno nel loro nucleo essenziale, i "modi" con cui il trattenimento può restringere la libertà personale del soggetto che vi sia sottoposto*».

Consegue che il richiamo nell'art. 14, co. 2 TUI all'art. 21, co. 8, d.p.r. 394/99 non soddisfa in alcun modo la riserva di legge posto che «*La disposizione richiamata, infatti, non solo non è un atto con forza e valore di legge, ma a sua volta prevede che «[l]e disposizioni occorrenti per la regolare convivenza all'interno del Centro, comprese le misure strettamente indispensabili per garantire l'incolumità delle persone, nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite, sono adottate dal prefetto, sentito il questore, in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del Centro e delle direttive impartite dal Ministro dell'interno per assicurare la rispondenza delle modalità di trattenimento alle finalità di cui all'articolo 14, comma 2, del testo unico» … i modi del trattenimento non solo sono, in definitiva, rimessi ad atti del prefetto, sentito il questore della provincia ove è ubicato il singolo CPR, ma, ancorché questi siano*

*adottati sulla base delle direttive impartite dal Ministro dell'interno, potrebbero essere disciplinati difformemente nel territorio nazionale*».

Tuttavia, a fronte di tale esplicito accertamento, la questione è dichiarata inammissibile perché – analogamente a quanto stabilito dalla sentenza n.22/2022 in tema di REMS – «*gli strumenti del giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi non permettono a questa Corte di rimediare al difetto di una legge che descriva e disciplini con un sufficiente grado di specificità i "modi" del trattenimento dello straniero presso il CPR, non rinvenendosi nell'ordinamento una soluzione adeguata a colmare la riscontrata lacuna mediante l'espansione di differenti regimi legislativi*».

Di qui l'invito al legislatore a procedere senza indugi.

Nemmeno l'ordinamento penitenziario offre precisi punti di riferimento «*dovendo la detenzione amministrativa presso il CPR restare estranea a ogni connotazione di carattere sanzionatorio*».

A nostro avviso, tale lapidaria conclusione non appare convincente.

Premesso che, ovviamente, differenti sono le ragioni sottese alle due diverse detenzioni e i motivi, anche di carattere ordinamentale, ad esse connessi, tuttavia è indubbio che, in entrambi i casi, si verifica «*l'assoggettamento fisico all'altrui potere che pertiene alla libertà personale*» e davvero non si comprende perché mai la detenzione carceraria – finalizzata ad evidenti fini sanzionatori – debba offrire garanzie molto più ampie di quella amministrativa che, al contrario, appare del tutto scevra da tali finalità. E, quindi, perché mai, nell'attesa dell'intervento del legislatore, *incertus an et quando*, non sarebbe stato possibile applicare – *medio tempore* – almeno alcune delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario come quelle in tema di tutela della salute, dell'impiego dell'uso della forza fisica e dei mezzi di contenzione ovvero dei trasferimenti da un'istituto all'altro (considerato che oggi vengono trasferiti nel CPR albanese, stranieri trattenuti nei Centri italiani, senza alcun avviso né provvedimento ulteriore all'originaria convalida).

Tornano alla mente le parole utilizzate dalla stessa Corte nella fondamentale sentenza n. 105/2001: «*Si può forse dubitare se esso* [il trattenimento] *sia o meno da includere nelle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'art. 13; e tale dubbio può essere in parte alimentato dalla considerazione che il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario. Tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle "altre restrizioni della libertà personale", di cui pure si fa menzione nell'art. 13 della Costituzione*».

Insomma, quale che sia la finalità sottesa alla limitazione della libertà personale, non muta il contenuto: che si tratti di detenzione in carcere, nelle REMS o nei CPR i «modi» della detenzione sono soggetti alla riserva assoluta di legge, e non si ravvisa alcun ragionevole motivo (che nemmeno si evince dalla motivazione della sentenza ) per ritenere che l'estraneità ad «*ogni connotazione di carattere sanzionatorio*» impedisca di sopperire, temporaneamente, all'accertato *vulnus* applicando almeno alcune delle disposizioni di legge previste dall'ordinamento penitenziario, al fine di evitare – da subito – che le restrizioni della libertà scevre da connotazioni sanzionatorie siano trattate in modo deteriore rispetto a quelle caratterizzate da tale connotazione.

Il che pare ancor più rilevante in considerazione dei limiti massimi della detenzione amministrativa finalizzata all'esecuzione di provvedimenti ablativi, oggi fissati in diciotto mesi (dodici per i richiedenti protezione internazionale).

Si noti, infine, che a differenza della sentenza n. 22/2022 – relativa alle REMS – in questo caso la dichiarazione d'incostituzionalità non avrebbe cagionato alcun vuoto normativo. Come correttamente espresso nelle opinioni scritte di alcuni *amici curiae,* il sistema espulsivo italiano non sarebbe stato significativamente paralizzato da una sentenza di accoglimento delle questioni sollevate, atteso che non solo il trattenimento dovrebbe rappresentare l'*extrema ratio* (art. 15, § 1, direttiva 2008/115/CE), ma che altri istituti quali la concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, co. 5, TUI), l'accompagnamento immediato (art. 13, co. 4 e 5-*bis*, TUI), le misure alternative al trattenimento (art. 14, co. 1-*bis*, TUI) e l'ordine questorile di allontanamento (art. 14, co. 5-*bis*, TUI) consentono l'esecuzione dei provvedimenti ablativi. Tant'è vero che la Corte correttamente non paventa questo rischio nella sentenza n. 96/2025: il che costituisce ulteriore elemento di perplessità in ordine alla decisione di accertare ma non dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, TUI.

Anche la seconda questione di legittimità, sollevata dal Giudice di pace di Roma, è stata dichiarata inammissibile, per incompleta ricostruzione del quadro giuridico di riferimento.

«*Se è vero, infatti, che la mancata definizione dei "modi" del trattenimento determina la mancata definizione di una disciplina volta ad approntare una tutela specifica delle posizioni soggettive dei soggetti trattenuti nei CPR, deve tuttavia rilevarsi che, allo stato, in presenza di condotte dell'amministrazione lesive del diritto alla libertà personale, può operare, oltre che la tutela prevalentemente riparatoria e compensativa offerta dal generale principio del neminem laedere ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., il rimedio dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ., come peraltro affermato dall'Avvocatura generale dello Stato*».

La mancata individuazione di un giudice del trattenimento nella disciplina di questo istituto è questione che affligge da sempre la detenzione amministrativa.

Originariamente, nel 1998, quando per la prima volta il trattenimento amministrativo venne istituito nell'ordinamento italiano, il tempo della privazione della libertà personale era circoscritto nel tempo breve: venti giorni, prorogabili a trenta (art. 12, co. 5, l. n. 40/1998). Ma, soprattutto, le espulsioni erano eseguite coattivamente – con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, presupposto del trattenimento – solo nelle ipotesi di espulsione ministeriale per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in caso di trattenimento indebito sul territorio nazionale oltre il termine fissato con l'intimazione, ovvero nei casi di pericolosità sociale, qualora l'amministrazione ravvisasse il concreto pericolo che lo straniero si potesse sottrarre all'esecuzione del provvedimento (art. 11, co. 4, l. cit.). Ordinariamente, le espulsioni erano eseguite con intimazione del questore a lasciare il territorio dello Stato entro quindici giorni (art. 11, co. 6, l. cit.), soltanto in caso di inosservanza di tale termine si procedeva coattivamente e, quindi, era possibile disporre il trattenimento. In un siffatto contesto – tempi di detenzione brevi e casi circoscritti – l'omessa previsione di un giudice del trattenimento non era avvertita come grave, anche perché, in caso di ricorso giurisdizionale, i termini erano strettissimi: cinque giorni per la presentazione dell'impugnazione e dieci per la decisione, da parte dell'allora pretore.

Fu con la l. n. 189/2002 (c.d. legge "Bossi-Fini") che le espulsioni divennero sempre immediatamente esecutive (art, 12, co. 1) e i termini del trattenimento vennero raddoppiati (trenta giorni prorogabili fino a sessanta). Dal 2002 i termini massimi del trattenimento subirono costanti e altalenanti modifiche, fino a giungere agli attuali diciotto mesi per i trattenimenti pre-espulsivi (anche fuori del territorio dell'Unione) e dodici per i richiedenti protezione. Ovvio che in un quadro normativo così mutato, il *vulnus* conseguente alla

mancata individuazione per legge di un «giudice del trattenimento amministrativo» sia avvertito in tutta la sua rilevante gravità, che nella prassi, s'è cercata di superare tramite l'istituto del riesame, di creazione giurisprudenziale.

L'istituto del riesame del trattenimento o della sua proroga trova immediata applicazione, pur in assenza di apposita disciplina nazionale, per effetto dell'art. 15 della direttiva 2008/115/CE (secondo cui il trattenimento è riesaminato, a intervalli ragionevoli, su richiesta dell'interessato o d'ufficio) ed è pacifica l'opinione per la quale la norma europea che prevede il riesame è di diretta applicazione. Del che ne è consapevole la stessa Corte costituzionale che, con la recente sentenza n. 39/2025[4] ha ricordato che «*la giurisprudenza di legittimità ha, inoltre, evidenziato che – in conformità all'art. 15, paragrafo 4, della 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, nonché ai principi espressi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, prima sezione, sentenza 28 aprile 2011, causa C-61/11, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim – è sempre consentita "una domanda giudiziale di riesame del trattenimento dello straniero" (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 29 settembre 2017, n. 22932).*».

La richiesta di riesame può essere introdotta, in ogni tempo, nelle forme del rito camerale *ex* art. 737 c.p.c., e il Giudice di pace deve fissare udienza di comparizione delle parti, a meno che, con provvedimento adeguatamente motivato, dia atto della superfluità dell'incombente, alla luce dell'istruttoria già compiuta, e conceda alle parti un termine per il deposito di memorie scritte, onde consentire alle stesse la piena esplicazione del contraddittorio (così Cass. sez. I n. 2459/2021). Ed è quindi proprio tramite questo istituto che è possibile rivolgersi al giudice della convalida per proporre il riesame della misura restrittiva sulla base di elementi nuovi, sopravvenuti, ovvero che non erano manifesti al momento della convalida del trattenimento, come l'insorgere di condizioni di inespellibilità ai sensi dell'art. 19, TUI, o di incompatibilità sanitaria.

Curiosamente, però, la sentenza n. 96/2025 non accenna minimamente all'istituto del riesame, nemmeno al fine di richiamare l'attenzione del legislatore a codificarlo. Vero è che trattasi di questione estranea al *focus* principale della questione di legittimità sollevata, tuttavia rappresenta pur sempre uno strumento più facilmente e utilmente azionabile rispetto all'azione risarcitoria e compensativa, esperibile solo *ex post*.

La sentenza in commento conclude constatando che la tutela cautelare *ex* art. 700 c.p.c. costituisce «*pur sempre di una forma di tutela giurisdizionale che sconta necessariamente la mancanza di una puntuale disciplina, da parte del legislatore, dei diritti di cui è titolare la persona trattenuta all'interno delle strutture deputate all'esecuzione dei trattenimenti, oltre che l'assenza di una specifica disciplina processuale per la tutela di tali diritti, paragonabile a quella assicurata alle persone detenute dalla legge sull'ordinamento penitenziario*». La conseguenza è logica: «*All'adozione con fonte primaria delle modalità del trattenimento dovrà quindi conseguire la definizione di una più immediata ed efficace tutela processuale, anche attraverso l'individuazione del giudice competente e la predisposizione di un modulo procedimentale nel quale il trattenuto possa agire direttamente.*».

4. Con tale sentenza la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, co. 6, TUI nella parte in cui, attribuendo alle sezioni penali della Corte di cassazione la cognizione a decidere sui ricorsi avverso i decreti di convalida e proroga dei trattenimenti nei CPR, prevedeva l'applicazione della disciplina del MAE consensuale, invece di quello non consensuale.

## 4. Le conseguenze della decisione

Se pure le probabilità di una sentenza "monito" erano assai elevate – visto il precedente della sentenza sulla analoga questione relativa alle REMS – non sono mancate reazioni critiche alla sentenza in commento da parte degli operatori del diritto[5] e della dottrina[6]: che fare a fronte di una decisione della Consulta che accerta l'incostituzionalità di un aspetto fondamentale della detenzione amministrativa, ma non la dichiara? Un così rilevante *vulnus* all'*habeas corpus* può continuare ad esistere fino a che il legislatore decida di porvi rimedio?

Il giudice è soggetto soltanto alla legge e, fino a che una disposizione non è dichiarata incostituzionale, ha l'obbligo di applicarla nonostante che la fonte più autorevole ne abbia accertato l'incostituzionalità. Pure l'avvocato, consapevole di questo assetto ordinamentale, non può seriamente invocarne la disapplicazione. Apparentemente, quindi, l'unica via percorribile consiste nell'applicare gli strumenti cautelari atipici, come suggerito dalla stessa Corte costituzionale, oltre che il collaudato strumento del riesame. Però trattasi di strumenti insufficienti rispetto al nucleo della questione, perché presuppongono fatti nuovi, sopravvenuti o scoperti dopo la convalida o la proroga del trattenimento, e comunque situazioni di fatto concretamente pregiudizievoli rispetto al singolo trattenuto (come, ad esempio, il repentino trasferimento in Albania di una persona con problemi di salute) che prescindono dall'essenza dei motivi dell'accertata incostituzionalità: l'assenza di una regolamentazione per legge dei modi della detenzione.

Tra i primi provvedimenti emessi successivamente alla pubblicazione della sentenza n. 96/2025, merita attenzione l'ordinanza del 4 luglio scorso della Corte d'appello di Cagliari, sez. distaccata di Sassari, che non ha prorogato il trattenimento di un richiedente asilo in ragione del mancato rispetto dei termini (tardività della richiesta di proroga) e, con l'occasione, si è diffusa nell'analisi della sentenza n. 96/2025 per giungere alla conclusione che «*in assenza di quella determinazione dei "modi" della detenzione, non "ancora" disciplinati dal legislatore con fonte primaria, non può che riespandersi il diritto alla libertà personale, il cui vulnus è chiaramente espresso dalla Consulta, perché qualunque "modo" non disciplinato da norma primaria non riveste il crisma della legalità costituzionale ed è legalmente inidoneo a comprimerla*», ma, a ben vedere trattasi di un *obiter*, e non di una disapplicazione, perché il motivo principale della mancata proroga del trattenimento consisteva nelle violazione dei termini procedurali.

Un'alternativa concretamente prospettabile è stata avanzata, sia pure in primissima analisi, da Andrea Natale: la riproposizione della stessa questione di legittimità: «*gli argomenti spesi dalla Corte costituzionale … consentono ai giudici comuni di percorrere un sentiero istituzionalmente corretto, capace di evitare avventurose disapplicazioni della legge e, però al tempo stesso promuovere – qui ed ora – le ragioni della legalità costituzionale. Un simile scenario, ove condiviso, determinerà evidentemente la sospensione dei giudizi a quibus (con le inevitabili conseguenze che si determineranno sulla condizione della persona del cui trattenimento si discute), ma al tempo stesso avrà un importante effetto istituzionale.*». Indipendentemente dal prevedibile esito di inammissibilità della questione.

---

5. A. Natale, *I CPR e la Costituzione. Il rischio di una impasse. Il rischio di zone franche*, in Questione Giustizia on line, liberamente scaricabile dal sito www.questionegiustizia.it.

6. F. Pallante, *L'incerta tutela della legalità costituzionale nel caso degli stranieri irregolari*, in Questione Giustizia on line, liberamente scaricabile dal sito www.questionegiustizia.it; A. Ruggeri, *Ragionando attorno al "seguito" da dare a Corte cost. n. 96 del 2025 per le persone trattenute nei CPR* in Giustizia insieme, www.giustiziainsieme.it.

## 5. La posizione dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione

A distanza di pochi giorni dal deposito della sentenza n. 96/2025, avvenuto il 3 luglio scorso, si registra la pronta reazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione che, in data 15 luglio, ha pubblicato la relazione tematica n. 65, avente ad oggetto l'esposizione di un autorevole parere sulle conseguenze derivanti dalla pubblicazione della sentenza stessa. Segno palese della urgente necessità di indicare criteri operativi ai magistrati chiamati a decidere convalide e proroghe dei trattenimenti. Tale accurato lavoro si compone di tre paragrafi: l'illustrazione della sentenza, l'esame delle prime pronunce di alcune Corti d'appello (chiamate a convalidare o prorogare trattenimenti dei richiedenti asilo), e, infine, l'esame delle possibili ricadute della sentenza sulle convalide.

Ai fini di questo scritto pare utile concentrare la nostra attenzione sul secondo e soprattutto sul terzo paragrafo.

Il lavoro prende in considerazione – al secondo paragrafo – tre decisioni di non convalida emesse dalla Corte d'appello di Cagliari - sezione distaccata di Sassari (cui s'è fatto cenno nel precedente paragrafo di questo elaborato), e dalle Corti territoriali di Roma e Genova. Alcun provvedimento emesso dagli uffici dei Giudici di pace è noto, il che costituisce obiettivamente un grave limite, posto che su tali giudici ricade la maggior parte dei procedimenti di convalida e proroga dei trattenimenti (anche di quelli in Albania), senza scordare che la questione che ha determinato la pronuncia in esame fu sollevata proprio dal Giudice di pace di Roma. Una maggiore attenzione all'attività della magistratura onoraria sarebbe stata quanto mai opportuna, quantomeno nella raccolta e monitoraggio dei provvedimenti emessi.

Nei tre casi esaminati ci si trova di fronte a *obiter dicta*.

Come già accennato, la decisione della Corte cagliaritana rigetta la richiesta di proroga essenzialmente per violazione di termini; la Corte capitolina non convalida il trattenimento principalmente in ragione delle condizioni di salute del trattenuto, limitandosi ad un accenno aggiuntivo alla sentenza n. 96/2025; mentre la Corte di Genova argomenta nel merito escludendo la pericolosità sociale e, inoltre, osserva che «*nel bilanciamento degli interessi in gioco, deve tenersi conto anche della recentissima sentenza n. 96/2025 della Corte costituzionale che – pur concludendo con pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata – ha ritenuto che la disciplina della detenzione amministrativa dello straniero contenga un vulnus di natura costituzionale, rilevante anche in sede di convalida, con riferimento alla riserva assoluta di legge di cui all'art. 13, secondo comma, Cost. per mancata definizione per legge dei modi del trattenimento*». Quasi a sottolineare la necessità di una peculiare cautela nella valutazione dei presupposti legittimanti il trattenimento, in ragione del fatto che trattasi di norma la cui incostituzionalità è comunque accertata, al di là di ogni ragionevole dubbio.

Il che conduce all'esame del "seguito" della sentenza 96, accuratamente esposto nel terzo paragrafo dell'elaborato, che dedica ampio spazio al significato ed alla portata delle sentenze di accertamento non dichiarato dell'illegittimità costituzionale, nell'ambito della giurisprudenza del Giudice delle leggi, che esulano dal *focus* della presente analisi.

Si pone pertanto l'accento sul fatto che «*il giudice si trova di fronte a una disposizione che vive nell'ordinamento fino a che essa non sia rimossa dal legislatore in risposta al monito della Consulta o non sia da quest'ultima dichiarata incostituzionale, a seguito di una eventuale ulteriore questione avente ad oggetto la medesima disciplina rimasta immutata*», ipotesi, quest'ultima, certamente percorribile in caso di mancato intervento legislativo in conseguenza del monito della Corte.

A tal proposito è lecito domandarsi quanto sia logicamente ampio il lasso di tempo concedibile al legislatore per ottemperare a tale monito, in considerazione della rilevanza del bene compromesso dalla disposizione incostituzionale. Incidentalmente osserviamo che, in materia di immigrazione, l'attuale compagine governativa ha fatto riscorso alla decretazione d'urgenza circa in una ventina di occasioni dacché è in carica: nonostante siano trascorsi ormai tre mesi dal deposito della sentenza n. 96/2025, non si hanno notizie di alcuna bozza di decreto legge. Fino a quando occorre attendere che il legislatore, in ottemperanza alla sentenza monito, si decida a porre rimedio all'accertato *vulnus* all'*habeas corpus*? Si corre davvero il rischio della perpetuazione all'infinito di zone franche rispetto alla legalità costituzionale. Il che pone problemi sia etici che giuridici agli operatori del diritto, vincolati a dare attuazione a disposizioni incostituzionali, determinando così un cortocircuito apparentemente senza uscita.

Proprio al fine di fornire indicazioni operative ai giudici (e, conseguentemente, anche agli avvocati) la relazione tematica n. 65 è tesa a prevenire "fughe in avanti" di dubbia legittimità, *in primis* la disapplicazione della normativa secondaria, unica fonte normativa della materia, come parrebbe trasparire dalle prime ordinanze delle Corti d'appello prese in esame, che tuttavia, si ribadisce, hanno negato convalide e proroghe per differenti motivi di merito.

Così, secondo la Corte sassarese «*dall'affermazione del giudice delle leggi circa la mancanza della determinazione dei "modi" del trattenimento – mancanza determinata dalla assenza di disciplina da parte del legislatore con fonte primaria – conseguirebbe la riespansione del diritto alla libertà personale. Qualunque modo non disciplinato da norma primaria, infatti, non rivestirebbe il crisma della legalità costituzionale e sarebbe dunque legalmente inidoneo a comprimerlo*». Tesi, questa, sulla quale si registra un approccio favorevole di parte della dottrina[7] secondo cui «*il difetto di una normazione concernente profili della disciplina legislativa dalla Carta stessa considerati essenziali, allo stesso tempo in cui rende vieppiù evidente l'obbligo del legislatore di attivarsi con la massima sollecitudine per colmare la lacuna legislativa acclarata dalla Corte, non consente, per l'intanto, soluzione alcuna diversa da quella della impossibilità di mettere in atto qualsivoglia misura limitativa della libertà personale*». Impostazione, questa, che – secondo l'Ufficio del massimario – finirebbe per svilire la scelta della Corte costituzionale «*negando valore al tipo di pronuncia adottata di illegittimità accertata ma non dichiarata*».

Peraltro, ad avviso di chi scrive, detta prospettazione sarebbe difficilmente applicabile in concreto: invero, non si comprende come potrebbe non convalidarsi il decreto amministrativo che dispone il trattenimento, disapplicando una norma regolamentare – l'art. 21, d.p.r. 394/99 – che non è affatto richiamata dal provvedimento che lo dispone. Si tratterebbe, in definitiva, di riproporre la stessa questione di legittimità costituzionale (come peraltro suggerito da Andrea Natale [8] in una prospettiva totalmente differente dalla disapplicazione), ovvero di disapplicare *tout court* l'art. 14 TUI, la cui illegittimità, però, è stata accertata solo parzialmente.

La relazione, inoltre, pone l'accento sul fatto che la decisione della Consulta è stata adottata su precise valutazioni di opportunità, consistenti nel rispetto della volontà del legislatore «*stante l'impossibilità per il giudice delle leggi, in difetto di rime adeguate, di disciplinare, con un sufficiente grado di specificità, i modi del trattenimento …*». A nostro avviso l'affermazione dell'impossibilità di applicare almeno qualche disposizione dell'ordinamento

7. A. Ruggeri, cfr. nota 4.
8. Cfr. *supra* nota 4.

penitenziario, come suggerito dall'opinione scritta quale *amicus curiae* di ASGI, non è affatto condivisibile per le ragioni precedentemente esposte al paragrafo 2 di questo lavoro, cui si fa espresso richiamo.

Ancora, la relazione in esame espressamente afferma che «*d'altronde, in maniera parzialmente simile a quanto considerato nella sentenza n. 22 del 2022 per la disciplina delle REMS, una pronuncia di accoglimento secco delle questioni di legittimità, avrebbe prodotto un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. Si sarebbe, infatti, posto nel nulla l'intero sistema dei CPR, sistema che è funzionale alla tutela di altri interessi e valori costituzionali, quale il controllo del flusso dei migranti. Tale valutazione si può agevolmente dedurre dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che ha più volte evidenziato la sussistenza dell'"interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo"; interesse che merita di essere tutelato in quanto strumentale alla salvaguardia di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata*». A tal proposito, come s'è precedentemente osservato[9], la sentenza n. 96/2025 non paventa affatto tale rischio per la semplice ragione che non sussiste. Infatti, come specificato chiaramente nelle opinioni scritte quali *amici curiae* di AdIM e ASGI alcun rilevante vuoto normativo si sarebbe determinato nell'eventualità di un accoglimento secco della questione di illegittimità costituzionale prospettata, atteso che altri istituti – previsti dal TUI – sono utilizzabili nell'esecuzione di provvedimenti ablativi (termine per la partenza volontaria, accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della forza pubblica, misure alternative al trattenimento e ordine di allontanamento del questore). Tant'è vero che la relazione del massimario non richiama a questo proposito la motivazione della sentenza n. 96/2025, bensì altra giurisprudenza costituzionale, inerente questioni non attinenti ai CPR, quali la sentenza n. 22/2022 relativa alle REMS e la n. 250/2010 relativa al reato di ingresso e soggiorno illegale previsto e punito dall'art. 10-*bis*, TUI.

Che il sistema dei CPR sia funzionale alla tutela di altri valori costituzionali quali il controllo delle frontiere e la salvaguardia dell'interesse pubblico al contrasto dell'immigrazione incontrollata è opinione assai discutibile, specie se si osserva il (non) funzionamento dell'istituto nel corso degli anni. È noto, invero, che il numero degli stranieri trattenuti è assai limitato, in ragione della cronica carenza di posti disponibili; meno del 50% delle persone trattenute è effettivamente rimpatriata; i costi di gestione dei CPR sono elevatissimi; altissimi sono i "costi umani": dall'autolesionismo al suicidio; numerose inchieste giudiziarie sono in corso circa le modalità di gestione privatizzata della detenzione amministrativa; benché fin dai tempi della riforma cd. "Minniti-Orlando" del 2017 si sia prevista la costruzione di un CPR in ogni Regione, ciò non è mai avvenuto[10], anche in ragione della ferma opposizione degli enti locali; e, infine, non pare che – fino ad ora – il "Protocollo Albania" abbia funzionato secondo i desideri di chi l'ha fortemente voluto ad ogni costo. Pertanto, sostenere che l'affossamento del sistema CPR possa cagionare un rilevante *vulnus* ad altri beni di rilevanza costituzionale da ritenersi prevalenti rispetto alla tutela della legalità della detenzione amministrativa è quantomeno frutto di una valutazione astratta, del tutto avulsa dalla realtà. Peraltro, se il legislatore, aduso al ricorso alla decretazione d'urgenza in materia migratoria, avesse voluto porre rimedio all'incostituzionalità – tardivamente accertata, ma da anni eccepita dalla miglior dottrina – ben avrebbe potuto

9. *Supra*, § 3.

10. Attualmente i CPR attivi in Italia sono dieci: Milano, Gradisca d'Isonzo, Roma, Palazzo San Gervasio, Macomer, Brindisi, Bari, Trapani, Caltanissetta e Torino, per una capienza totale di circa 1.300 posti.

porre tempestivo rimedio. Il che, non essendo mai avvenuto, non autorizza certo all'ottimismo.

La preoccupazione per la possibile "paralisi del sistema", con tutte le conseguenze nefaste sopra accennate, si rileva anche a p. 10 della relazione tematica laddove, a proposito della possibilità, per il giudice investito dell'istanza di convalida, di sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale[11]si evidenzia che «*tale scelta determina la sospensione del giudizio a quo, con le inevitabili conseguenze sulla condizione della persona del cui trattenimento si discute. Inoltre, si profila il rischio, in caso di diffusione di tale opzione su larga scala, di una paralisi del sistema*». Preoccupazione a nostro avviso infondata, per le ragioni dianzi esposte.

Il tema di fondo che emerge dall'esame della relazione dell'Ufficio del massimario è la preoccupazione che i giudici di merito pervengano ad approdi "creativi", o meglio poco ortodossi rispetto alle loro funzioni ordinamentali, in conseguenza della sentenza d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata su un tema – la detenzione amministrativa dei migranti – politicamente assai sensibile nell'attuale fase politica italiana, specie con riguardo ai rapporti politica-magistratura. Ragion per cui è ben comprensibile un invito alla cautela, che si condensa nel reiterato invito ad evitare il rischio di un «*controllo diffuso di costituzionalità*» che condurrebbe ad un «*corto circuito del sistema*». Controllo che, invece, è accentrato in capo al Giudice delle leggi.

Orbene, se questa preoccupazione è legittima riguardo a paventate disapplicazioni della normativa secondaria che, ad onor del vero, non risultano essere state applicate in concreto in alcune delle decisioni prese in esame, altrettanto non può dirsi per l'opzione di sollevare in ogni occasione la stessa questione di legittimità costituzionale. In tale prospettiva, infatti, il giudice del merito non si sostituirebbe affatto a quello delle leggi, al contrario ne solleciterebbe l'intervento fino all'accoglimento del monito da parte del legislatore che la stessa sentenza n. 96/2025 ha definito «*ineludibile*»[12]. Con la conseguenza che «*Laddove, nei tempi necessari alla celebrazione del giudizio di legittimità costituzionale, il legislatore si sottragga al suo "dovere ineludibile" di intervento, la Consulta avrà modo di riaffermare la legalità costituzionale, prendendo (eventualmente) atto della rinuncia del legislatore ad esercitare le proprie responsabilità.*»[13].

Solo in tal modo pare possibile promuovere concretamente, nel rispetto della legge, le ragioni della legalità costituzionale.

11. *Supra* nota 4.
12. Sent. cit. paragrafo 11.
13. *Supra* nota 4.