

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2019

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO ALLA LUCE DELLA L. N. 132 DEL 2018

di Donatella Loprieno

***Abstract:** L'articolo mira a ricostruire l'istituto del trattenimento amministrativo dello straniero alla luce soprattutto delle novità introdotte dal d.l. n. 13/2018. In particolare, dopo aver definito l'istituto e sottolineato i principali profili problematici in ordine alla sua conformità alla Costituzione, si analizzano le conseguenze dell'allungamento dei tempi del trattenimento a fini pre-espulsivi e la moltiplicazione dei luoghi ove ciò potrà avvenire. Uno degli aspetti maggiormente problematici delle novità legislative riguarda la previsione di una nuova ipotesi di trattenimento a fini identificativi del richiedente asilo che può essere commutata, trascorsi i primi 30 giorni, in un trattenimento all'interno dei CPT.*

***Abstract:** The article aims to reconstruct the institution of the administrative detention of the foreigner in the light, above all, of the innovations introduced by Legislative Decree no. 13/2018. In particular, after having defined the institute and underlined the main problematic profiles with regard to its conformity with the Constitution, the consequences of the lengthening of the detention times for pre-expulsion purposes and the multiplication of the places where this could happen are analyzed. One of the most problematic aspects of the new legislation concerns the provision of a new hypothesis of detention for identification purposes of the asylum seeker, which can be switched, after the first 30 days, into a detention within the CPT.*

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO ALLA LUCE DELLA L. N. 132 DEL 2018

di Donatella Loprieno*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una detenzione senza reato. – 3. La *ratio* della detenzione amministrativa. – 4. L'allungamento dei tempi del trattenimento pre-espulsivo. – 5. Lo sveltimento dei tempi delle procedure in materia di implementazione dei CPT. – 6. La perseveranza nell'inottemperanza dei vincoli costituzionali. – 7. Dietro ogni migrante, un clandestino da trattenere? – 8. La nuova ipotesi di trattenimento a fini identificativi del richiedente asilo. Come le eccezioni diventano la regola. – 9. La costituzionalmente dubbia moltiplicazione dei luoghi del trattenimento.

1. Introduzione

La moltiplicazione di luoghi ove, in forza di dispositivi giuridici, lo straniero viene privato della sua libertà personale, secondo procedure parzialmente o totalmente diverse rispetto a quelle applicabili a chi goda dello *status* della cittadinanza, è andata incontro nell'ultimo ventennio ad una vera e propria normalizzazione.

Il trattenimento amministrativo del migrante, quali che siano le ragioni del suo migrare, e cioè la restrizione della libertà personale per periodi anche molto lunghi viene generalmente presentato come uno strumento irrinunciabile per una efficace ed efficiente gestione dei flussi migratori nella loro declinazione che suscita maggior allarmismo sociale: la clandestinità e/o l'irregolarità del soggiorno. La funzione manifesta¹ che si assegna all'istituto in esame è, infatti, quella di rendere effettiva l'espulsione dello straniero irregolarmente presente sul territorio, quando e ove non sia possibile eseguire con immediatezza l'accompagnamento alla frontiera. Il sacrificio imposto allo straniero e alla sua libertà personale viene, dunque, giustificato dalla necessità di prevenire il rischio che lo stesso, una volta attinto da un provvedimento espulsivo, si disperda sul territorio vanificandone il contenuto.

* Ricercatrice confermata di Ius/09 e aggregata di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto dei migranti presso l'Università della Calabria.

1. Per la distinzione tra funzione manifesta e funzioni implicite della detenzione amministrativa, si veda M. Bietlot, *Le camp, révélateur d'une politique inquiétante de l'étranger*, in *Cultures&Conflicts*, n. 57/2005, p. 7 ss. Sul punto si vedano anche A. Sciarba, *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Verona, Ombre corte, 3009, p. 125 e ss., nonché I. Gjergji, *Espulsione, trattenimento, disciplinamento. Il ruolo dei CPT nella gestione della forza lavoro clandestina*, in *Deportate, esuli, profughe*, n. 5-6/ 2006, p. 108.

La realtà dei fatti e una consistente mole di documenti di diversa natura² ci restituiscono, però, una immagine assai diversa e alcuni risultati tangibili di un ventennio di investimenti (e illusori disinvestimenti) in questo istituto della cui conformità a Costituzione fondatamente da sempre³ si dubita: l'aumento degli stranieri con in mano un decreto di respingimento differito⁴ del questore che intima loro di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni; l'aleatorietà, l'inefficacia e l'antieconomicità della misura; la insopportabile sproporzione tra la compressione delle garanzie che la Costituzione appresta a tutela, anzitutto, della libertà personale di tutti e gli altri beni costituzionali che si intenderebbero tutelare.

Invero, una parte consistente delle novelle legislative intercorse nel ventennio che ci separa dal d.lgs. 286/1998 trovano la loro giustificazione più immediata in un mutato atteggiamento del legislatore nei riguardi del complessivo fenomeno della immigrazione, vieppiù trattato secondo una logica prettamente securitaria e all'insegna di una galoppante ideologizzazione. E, questo, assai spesso senza nessun riguardo alla funzione stabilizzatrice del diritto. Anzi, da quest'ultimo punto di vista, le politiche del diritto dominanti in materia di immigrazione appaiono caratterizzate da una «programmatica e poco ingenua insensibilità ai risultati, da una rivendicata refrattarietà alla ragionevolezza, da una smaccata propensione all'uso simbolico della legislazione – ma non solo – penale»⁵.

La pretesa contrapposizione tra i diritti, complessivamente intesi, dei migranti e la sicurezza pubblica ha ispirato non solo i governi di centro-destra ma ha “contaminato” anche quelli che, quantomeno teoricamente, avrebbero dovuto dare una lettura meno grezza della complessità dei fenomeni migratori e prestare maggiore attenzione ai rischi scaturenti dal depauperamento dei meccanismi di garanzia procedurali e sostanziali. Ci riferiamo alla

2. In particolare si segnala Il *Rapporto sui centri di permanenza per il rimpatrio (aggiornamento gennaio 2017)*, a cura della *Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, istituita presso il Senato della Repubblica, disponibile sul sito del Senato.

3. Sin dalla sua comparsa, la dottrina ha avanzato seri dubbi sulla compatibilità della detenzione amministrativa con il sistema delle garanzie costituzionali. In tal senso, il richiamo va, tra gli altri, a A. Caputo, *Stranieri, identificazione e accompagnamento in Questura* (nota a Tribunale di Torino, 16 aprile 1998, Mabadeje), in *Questione giustizia*, n. 4/1998 e dello stesso *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Questione giustizia*, n. 3/1999; L. Pepino, *Centri di detenzione ed espulsione (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in questa *Rivista*, n. 2.2000, p. 11 e ss.; A. Caputo, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in questa *Rivista*, n. 1.2000, p. 51 e ss.; G. Savio, *Controllo giurisdizionale e diritto alla difesa degli stranieri trattenuti presso i Centri di permanenza temporanei*, in questa *Rivista*, n. 1.2000, p. 63 e ss.; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Sezione Prima - Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Cedam, Bologna, 2004, p. 576-634.

4. Su tale istituto, e sui di profili di incostituzionalità ad esso da sempre contestati, si veda da ultimo P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2107 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2018 e la bibliografia ivi indicata.

5. Così A. Caputo, *I migranti e lo sguardo dei giuristi*, in *Questione giustizia*, 3-4/ 2011, p. 273.

decisa vena securitaria del d.l. n. 13/2017 (noto come decreto Orlando-Minniti)⁶ che, benché volto principalmente a riformare il sistema amministrativo e giudiziario dei procedimenti in materia di protezione internazionale ha introdotto novità incidenti, direttamente e indirettamente, sulla materia del trattenimento amministrativo nonché sui luoghi ove esso si consuma. Questo, *ça va sans dire*, senza “sanare”, ma anzi aggravandole, le troppe perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale di tale istituto.

Da ultimo, con il d.l. n. 113/2018⁷ (conv. con mod. dalle l. n. 132/2018), alle cui discutibili novità in materia di trattenimento soprattutto dei richiedenti asilo sarà dedicato questo contributo, il *topos*⁸ dello straniero quale problema, *ex se*, di sicurezza pubblica e quale “capro espiatorio” su cui riversare l’attenzione mediatica pare aver raggiunto il suo acme, almeno per quanto concerne il complessivo trattamento dei richiedenti asilo.

Si tratta di un provvedimento che, pur inserendosi nel *trend* della criminalizzazione *tout court* del migrante, ha approfondito la distanza tra i precetti costituzionali e la disciplina di aspetti della condizione giuridica dello straniero, nella fattispecie del richiedente asilo, a pieno titoli ascrivibili alla categoria dei diritti soggettivi. A fare da sfondo, vi è una recrudescenza dei toni utilizzati, specie attraverso le esternazioni informali sui social network, dal legislatore della riforma e mirata a veicolare il messaggio secondo cui non esistono richiedenti asilo ma sempre e solo clandestini, non-persone, potenziali usurpatori di risorse pubbliche.

La sfida per gli operatori e le operatrici del diritto (e di quello costituzionale, in particolare) è di non poco conto. Il declassamento dello *status* del migrante, sia esso economico che politico, infatti «non indica una pericolosa eccezione, ma mette a nudo la lama gelida del potere non giustificato e la contraddizione della nostra teoria giuridica per la quale è il potere stesso a giustificare sé stesso, senza nessun riferimento ai fini ad esso esterni»⁹, sì che i migranti sono divenuti i portatori incolpevoli ed inconsapevoli «della legalità di cui abbiamo bisogno per dare senso alle nostre Costituzioni, per superare le contraddizioni dello Stato contemporaneo, per trasformare il nostro sguardo sul potere dell’amministrazione»¹⁰.

Cifra di questo declassamento e dell’innalzamento di barriere tra ciò che è da riconoscere al cittadino e ciò che, invece, allo straniero si crede, pur in spregio alla portata universalistica

6. Recante «Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell’Unione europea», conv. con mod. con l. n. 46/2017.

7. Recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata».

8. A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2008); estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in Costituzionalismo.it, www.costituzionalismo.it, fasc. n. 2/2018, p. 173.

9. In tal senso, L. Perfetti, *La legalità del migrante. Status della persona, compiti dell’amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 403.

10. *Ibidem*.

dei diritti fondamentali, di non dover riconoscere né garantire è proprio l'istituto del trattenimento amministrativo.

Trattasi di una misura che, quantomeno agli esordi della sua apparizione nel nostro ordinamento giuridico, era piuttosto circoscritta nella durata e aveva una natura prettamente pre-espulsiva ma che, poi, ha conosciuto un processo costante di lievitazione quanto ai presupposti, ai tempi e alle tipologie. Pare utile, dunque, prima di affrontare nello specifico le novazioni in *subiecta materia*, ricostruirne brevemente le vicende ed accennare alle principali conclusioni cui è giunta la dottrina.

2. Una detenzione senza reato

Volendo partire da una definizione, per così dire “asettica”, della detenzione amministrativa, quantomeno nella sua primigenia versione, occorre dire che si tratta di un soggiorno forzato dello straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato in apposite strutture per impedire che materialmente egli possa sottrarsi alla esecuzione del provvedimento di allontanamento coattivo alla frontiera, per il tempo necessario a svolgere i relativi adempimenti¹¹.

Pur manifestandosi come forma di costrizione sulle persone fisiche, limitativa della libera disponibilità del corpo, di essa si dice essere “amministrativa”¹², in quanto non costituirebbe «l'esito di una sanzione conseguente alla commissione di un reato»¹³; i motivi che la giustificano, piuttosto, sono collegati alla irregolarità dell'ingresso e del soggiorno nel territorio e all'urgenza di una loro effettiva espulsione. La caratteristica più immediata dell'istituto è, dunque, il suo essere una detenzione «senza reato»¹⁴, che nulla ha a che fare

11. O anche nelle chiare parole di P. Gualtieri, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *La tutela della salute dei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di A. Massaro, Roma-TrePress Roma, 2017, p. 361, come «sanzione processuale di tipo amministrativo predisposta dall'ordinamento a tutela della ragionevole durata della procedura espulsiva».

12. Come scriveva A. Caputo, la detenzione amministrativa rappresenta la «misura paradigmatica del “diritto speciale” del migrante irregolare, una misura che “spezza2 quella linea di demarcazione tra le misure amministrative e quelle penali individuata dalla migliore dottrina proprio nell'incidenza della sanzione sulla libertà personale», così in *Intervista sui CPTA*, in www.comitatodirittiumani.org/LB/Caputo.pdf. Similmente G. Bucci, L. Patruno, *Osservazioni preliminari alla lettura del Rapporto di Amnesty International sui Centri di Permanenza Temporanei e di Assistenza*, in Costituzionalismo.it, www.costituzionalismo.it, 2005, rilevavano «l'abissale distanza tra l'istituto del trattenimento dello straniero, che si colloca in una dimensione esclusivamente amministrativistica, ed il paradigma della coercizione penale che, nel nostro ordinamento, è rappresentato dalle misure cautelari previste dal codice di procedura penale, misure la cui applicazione è circondata da rigorose garanzie relative sia ai presupposti applicativi [...] sia alla funzione [...]».

13. Cfr. *Documento programmatico sui Centri di identificazione ed Espulsione*, curato per incarico del Ministro dell'interno pro tempore Anna Maria Cancellieri, dal Sottosegretario di Stato Prof. Saverio Ruperto, Roma, 2013.

14. Così G. Campesi, G. Fabini, *La detenzione della “pericolosità migrante”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, p. 516. Sempre G. Campesi scriveva della misura del trattenimento come di un «mezzo burocratico di assoluta banalità amministrativa», in *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci editore, 2013, p. 38.

con la naturale conclusione di un processo, che non necessita della sentenza di un giudice rientrando, piuttosto e in prevalenza, nel perimetro di azione delle autorità amministrative. E, soprattutto, è una misura che si applica solo ed esclusivamente agli stranieri, proprio come l'espulsione che è «misura riferibile allo straniero e in nessun caso estensibile al cittadino»¹⁵.

Da quando la detenzione amministrativa è stata formalmente introdotta nell'ordinamento giuridico, e cioè nel 1998, ad essere stati modificati non sono stati solo i nomi dei luoghi ove il trattenimento (per usare il termine scelto dal legislatore italiano) viene consumato¹⁶. Nel ventennio appena trascorso, intanto i tempi massimi del trattenimento pre-espulsivo sono prima aumentati di ben 18 volte (dagli originari trenta giorni del 1998 si è giunti, per via di successivi prolungamenti, a diciotto mesi nel 2011), per ritornare a diminuire ai tre mesi del 2014, per talune ipotesi specifiche a 45 giorni nel 2017 e riesplodere nuovamente in un florilegio di tipologie di durata differenziata, come vedremo, con il d.l. n. 113/2018.

Rispetto alle originarie finalità del trattenimento, strettamente connesse alle procedure di rimpatrio, molte altre ne sono state aggiunte e ne è stato ampliato lo spettro di utilizzo: inizialmente ne erano destinatari i soli migranti economici, quelli alla ricerca di migliori condizioni di vita, scivolati in condizione di soggiorno irregolare o tali *ab origine*; in seguito, a poter (o dover) essere trattenuti sono diventati anche i richiedenti asilo, nelle more delle procedure di esame delle domande di protezione internazionale.

È in particolare dal 2002, anno dell'entrata in vigore della l. n. 189, che la più generale disciplina dell'immigrazione ha cominciato ad incidere sulle procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato, fino a stravolgerne il senso in base al retro pensiero secondo cui «dietro ogni richiedente asilo può nascondersi uno straniero che vuole aggirare la disciplina sull'immigrazione»¹⁷.

15. Corte cost., sent. n. 62 del 1994. In realtà, già nella sent. n. 104 del 1969, la prima chiara pronuncia sul punto, la Corte costituzionale differenziava nettamente la posizione del cittadino (che ha il diritto di risiedere ovunque sul territorio e senza limiti temporali) da quella dello straniero (che vi si può recare solo con determinate autorizzazioni e per periodi di tempo generalmente limitati). È in questa pronuncia che, peraltro, i Giudici individuavano nella impossibilità per il cittadino di essere allontanato dal proprio Stato una delle differenze più importanti rispetto allo straniero che, invece, ne «può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati».

16. Il *nomen iuris* dei luoghi in cui il migrante viene trattenuto a fini pre-espulsivi è stato più volte modificato: dai Centri di permanenza temporanei e di assistenza (CPTA), quali erano denominati dal d.lgs. n. 286/1998 in Centri di identificazione ed espulsione (CIE), in virtù dell'art. 9, d.l. n. 92/2008 e, infine, in Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) a seguito del d.l. n. 13/2017. Sorte non dissimile hanno conosciuto i luoghi di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. Inizialmente qualificati Centri di identificazione (*ex art.* 32, l. n. 189/2002 ma operativi solo a partire dal 2004 e cioè a seguito dell'emanazione del d.p.r. 303/2004) verranno poi denominati Centri di accoglienza per i richiedenti asilo (CARA) dal d.lgs. n. 25/2008.

17. Così F. Ferrajoli, *Un rifugio senza libertà. Il trattenimento del richiedente asilo nei centri di identificazione*, in *Politica del diritto*, 2/2007, pp. 183-184. Sul punto, si veda anche A. Del Guercio, *La detenzione amministrativa dei*

La decrescita dei posti disponibili nelle strutture detentive¹⁸ e la riduzione (temporanea) dei termini massimi del trattenimento (ma non per i richiedenti asilo) del 2014 avrebbe potuto far pensare ad una sorta di “ravvedimento” del legislatore o anche ad un sostanziale disinvestimento politico¹⁹ quanto alla efficacia della misura. Ad uno sguardo maggiormente attento non sfuggiva, però, come a fare da contraltare all’offuscamento, anche mediatico, del trattenimento amministrativo vi fossero politiche, fortemente volute anche dalle istituzioni europee, volte ad affrontare la “crisi migratoria” con un armamentario massicciamente incentrato sull’idea del contenimento dei flussi migratori e della difesa, ad oltranza, dei confini²⁰. Già infatti, con la l. n. 46/2017, a riprova di quanto già si è avuto occasione di rilevare²¹, il Governo aveva previsto (pur se a livello di previsione è rimasta) l’adozione di iniziative volte a «garantire l’ampliamento della rete dei Centri [...] in modo da assicurare la distribuzione delle strutture sull’intero territorio nazionale [...], tenendo conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitate idonee a garantire condizioni di trattamento che assicurino l’assoluto rispetto della dignità delle persone».

Una conferma, piuttosto evidente, che oramai la sosta forzata in luoghi, variamente denominati e variamente strutturati, ove la libertà personale dei migranti viene ristretta attraverso «l’amministrativizzazione dei diritti fondamentali»²² costituisce in Italia, come altrove in Europa, parte integrante di meccanismi di pre-espulsione, di identificazioni forzate, di scoraggiamento per chi non abbia subito presentato la domanda di protezione o lo abbia fatto una volta attinto da un provvedimento di espulsione, e questo per ragioni direttamente legate con la gestione della politica migratoria.

La misura della detenzione amministrativa, pur nella ondivaga variabilità della sua durata, ha dunque assunto un carattere sistemico che non si esaurisce esclusivamente nei Centri istituzionalmente deputati al confinamento dei migranti irregolarmente presenti: non solo CPR ma anche Centri governativi di primo soccorso, *Hub* regionali, *hotspot* e (da

richiedenti asilo nel diritto dell’UE e in quello italiano, in *Il diritto di asilo in Europa*, a cura di G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori, Napoli, Photocity.it edizioni, 2014, p. 59 e ss.

18. Ad inizio 2017, i CIE attivi erano quattro (Brindisi, Caltanissetta, Roma, Torino) per una capienza totale di 359 posti.

19. Cfr. G. Campesi, G. Fabini, *La detenzione della “pericolosità migrante”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, p. 476.

20. Il rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi «che non hanno motivi giuridici per soggiornare nell’UE né esigenze di protezione è essenziale per la credibilità della politica dell’Unione europea in materia di migrazione legale e di asilo»; così si legge, ad esempio, nella *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla politica dell’Unione europea in materia di rimpatrio*, COM (2014), 1999, *final*

21. Cfr. D. Loprieno, *Campi per gli stranieri. Una promessa mancata?*, in *Lo status libertatis del “cittadino di paese terzo” nell’Unione europea. Ingresso, soggiorno, trattenimento, allontanamento*, a cura di P. Stancati, Aracne, Roma, 2011, p. 64 ove si osservava che «nulla ci autorizza a pensare (o, meglio, a sperare) che il numero dei Centri di detenzione amministrativa è destinato, nel breve-medio periodo, a diminuire».

22. A. Caputo, *I reati collegati all’espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dossier immigrazione*, a cura di P. Pisa, *Diritto penale e processo*, 8/2009, p. 10.

ultimo) non meglio identificati “locali idonei” nella disponibilità delle autorità di pubblica sicurezza o nelle zone di frontiera. Un florilegio di sigle e acronimi dietro cui si cela un dedalo normativo in cui è difficile districarsi, ove le destinazioni d’uso cambiano da un giorno all’altro, e ove si consuma, certo in misura diversa, un assoggettamento dei migranti all’altrui potere mai in linea con quanto costituzionalmente prescritto in materia di limitazione della libertà personale. Forse perché lo straniero, a prescindere dai motivi che sono all’origine del suo migrare, resta fuori dal perimetro di azione del sistema garantistico apprestato “per tutti” dall’art. 13 della Costituzione e dai pertinenti vincoli derivanti dal diritto internazionale?

3. La *ratio* della detenzione amministrativa

Si è già detto che la giustificazione della detenzione amministrativa dello straniero irregolarmente presente è che essa costituisce una misura necessaria per quei casi in cui l’espulsione dal territorio non è immediatamente eseguibile e, dunque, per contenere al massimo il rischio che il soggetto attinto dal provvedimento possa sottrarsene rendendo, di fatto, inefficace la misura. Il Giudice costituzionale, nella prima (e ancor oggi più rilevante) sentenza in materia, ebbe a “sdoganare” il trattenimento amministrativo qualificandolo come “modalità organizzativa” scelta dal legislatore per far sì che lo straniero potesse essere allontanato dal territorio nazionale²³. La misura, benché salvata dalla Corte costituzionale²⁴ che pure ne ha smussato gli aspetti maggiormente in contrasto con il novero delle garanzie costituzionali²⁵, ha continuato ad essere guardata con estremo sospetto dalla maggioritaria dottrina non solo per le modalità in cui avviene ma anche in sé e per sé considerata²⁶. Non l’oggetto di un atto di fede, dunque, ma un *quid* da sottoporre ad uno stretto scrutinio che

23. Corte cost., sent. n. 105 del 2001. Vero è, però, che all’epoca di tale pronuncia l’istituto della detenzione amministrativa presentava caratteristiche diverse rispetto a quelle che avrebbe assunto negli anni successivi, quando da eccezione diventerà la regola, aumenteranno a dismisura i presupposti per ricorrervi, sarà ampliato il novero dei destinatari e i tempi della detenzione saranno assai più lunghi.

24. Posizione, nel fondo, comune alla giurisprudenza di altre Corti nazionali, sovranazionali ed internazionali che, adducendo ragioni diverse e con tutti i distinguo del caso, hanno tutte ritenuto trattarsi di una misura dal carattere non punitivo, meramente volta ad assicurare effettività nella misura maggiore possibile ai provvedimenti di allontanamento dal territorio. Sul punto, se ne veda l’ampia trattazione fattane da F. Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017.

25. Vi è chi, peraltro e non a torto, ha ritenuto che l’introduzione del controllo giurisdizionale sul trattenimento amministrativo, assai carente nella originaria versione dell’art. 14 del d.lgs. n. 286/1998, abbia finito per assolvere «di fatto, a una funzione di legittimazione della misura, quasi a sanare l’originario deficit di decisione politica dovuto alla mancanza di una normativa di riferimento», così E. Rigo, *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, p. 482.

26. Sia consentito rinviare, per maggiori ragguagli, a D. Loprieno, “*Trattenere e punire*”. *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.

ne valuti la legittimità costituzionale e la razionalità rispetto alla finalità per il cui raggiungimento se ne predica (irresponsabilmente) l'indispensabilità²⁷.

Vi è che, in effetti, esiste e non è mai stato sanato uno «scarto tra l'autentica natura del trattenimento nei CIE e la sua artificiale qualificazione giuridica. È una vera e propria truffa delle etichette, perché permette di sottrarre la detenzione degli stranieri dall'ambito della materia penale e delle relative garanzie costituzionali, in forza di un'impostura formale. E questo nonostante si tratti di una galera intensamente afflittiva e intrinsecamente punitiva, che opera come una sanzione anticipata in assenza di reato e di una condanna irrevocabile»²⁸. Il fatto che la Corte costituzionale si sia pronunciata, quasi venti fa, in merito (in un contesto normativo tanto interno che eurounitario completamente diverso) non prova troppo. Occorre ricordare, infatti, la peculiarità delle ordinanze di rinvio incidentale che hanno dato origine alla più volte richiamata sent. n. 105 del 2001 della Corte costituzionale. Queste ultime, in particolare, concentrandosi sulle «note modali della restrizione della libertà»²⁹ e non sull'istituto in sé hanno consentito al Giudice costituzionale di sviare dall'*hard core* della questione. I giudici remittenti, in effetti, hanno sollecitato un intervento sul rispetto dell'art. 13, co. 3, Cost., che concerne «l'esercizio di poteri coercitivi da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, ma coinvolge soltanto gli atti (il coattivo accompagnamento, il trattenimento e la sua convalida) che, per così dire, veicolano verso la restrizione primaria della libertà; ma essa non può essere riferita allo strumento effettivo della restrizione»³⁰ ossia la struttura detentiva stessa. In altri termini, si dava per assodato il presupposto dell'applicazione dell'eccezione (art. 13, co. 3, Cost.) e cioè la circostanza che la restrizione della libertà personale «dovesse rispondere necessariamente ai requisiti fondamentali e, in tal senso, preliminari, di legittimità della restrizione "finale"»³¹ stabiliti dalla regola generale di cui all'art. 13, co. 2, Cost.

Se uno spiraglio è dato intravedere nel ragionamento che la Corte costituzionale ha seguito nella sopracitata sentenza, pur senza portarlo alle conseguenze dai più auspiccate,

27. Una delle ipotesi avanzate a proposito della effettiva funzione dei Centri di detenzione per stranieri, nel contesto della politica migratoria italiana, è che essi siano stati progressivamente utilizzati «come surrogato delle politiche criminali, allo scopo di eliminare dalla scena sociale, anche solo momentaneamente, alcune categorie di stranieri considerati come particolarmente "indesiderabili" a causa della loro marginalità o supposta "pericolosità sociale"». E questo non astrattamente ma sulla base di un'ampia ricerca sulla giurisprudenza dei Giudici di pace in materia di convalida e proroga dei provvedimenti di accompagnamento coattivo e trattenimento svolta dall'Osservatorio nazionale sulla giurisprudenza del Giudice di pace in materia di immigrazione. Sul punto, si leggano le interessanti notazioni di G. Campesi, G. Fabini, *La detenzione della "pericolosità" migrante*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, pp. 515-531.

28. Così A. Pugiotta, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2014, p. 598.

29. Così A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in questa *Rivista*, n. 1.2014, p. 22.

30. *Ibidem*.

31. *Ibidem*.

esso andrebbe individuato nel fatto di aver chiarito, senza margini di smentita, che il trattenimento amministrativo sia da ascrivere, avuto riguardo al suo contenuto e non alla sua qualificazione, alle «altre restrizioni della libertà personale» ex art. 13, co. 2, Cost. In quanto tale, esso deve rimanere nel perimetro costituzionalmente imposto dall'art. 13 Cost.: dalla riserva di giurisdizione³² alla riserva assoluta di legge, da derogarsi solo in casi eccezionali di necessità e di urgenza, tassativamente indicati dalla legge, dalla durata della misura coercitiva alla tempistica (e alle modalità) per la sua successiva convalida.

4. L'allungamento dei tempi del trattenimento pre-espulsivo

Il d.l. n. 113/2018, spettacolarizzato nei suoi discutibili contenuti prima ancora che il testo del decreto legge fosse discusso in Consiglio dei Ministri, dal punto di vista della restrizione della libertà personale dello straniero a fini espulsivi si è “limitato” ad un (ri)allungamento dei tempi del trattenimento³³ e a prevedere misure per ampliare le strutture detentive.

L'art. 2 della normativa in commento, al co. 1, modifica per l'ennesima volta il co. 5, art. 14, d.lgs. n. 286/1998, portando da novanta a centottanta giorni il periodo massimo di trattenimento; per lo straniero che, invece, sia stato già trattenuto presso le strutture carcerarie per un pari periodo, il trattenimento potrà protrarsi anch'esso per un massimo di trenta giorni³⁴.

32. Sul punto, già G. Savio, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa degli stranieri trattenuti presso i centri di permanenza temporanei*, in questa *Rivista*, n. 1.2000 e P. Bonetti, *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 4.2000. Giova ricordare come, nel sistema delineato dall'art. 13 Cost., la riserva di giurisdizione e l'inviolabilità della libertà personale siano concetti legati. La prima, in particolare, vuole che ad incidere sull'*habeas corpus* sia l'autorità giudiziaria, in quanto terza ed indipendente rispetto agli altri poteri dello Stato, il cui controllo deve inerire a tutti i casi e i modi previsti dalla legge. Deve, anche, nelle ipotesi eccezionali di cui al co. 3, art. 13 Cost., investire anche lo scrutinio delle ragioni di “necessità” ed “urgenza” tassativamente previste dalla legge (cfr. A. Marletta, *Detenzione “amministrativa” dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 7/2012, p. 605).

33. Si ricorda che con l. n. 163/2014 per la prima volta il legislatore italiano era intervenuto per ridurre, anche significativamente, i tempi della detenzione che avevano raggiunto il limite massimo consentito dalla Direttiva rimpatri nel 2011 ossia di diciotto mesi.

34. Termine prorogabile di ulteriori quindici giorni, previa convalida del Giudice di pace «nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio», art. 14, co. 5, d.lgs. n. 286/1998. Neanche il più ottimista tra gli ottimisti si sarebbe aspettato dall'attuale legislatore (si fa per dire atteso che sulla legge di conversione è stata posta la questione di fiducia in entrambi i rami del Parlamento) una qualche attenzione quanto alla necessità di specificare quando le procedure di identificazione e di rimpatrio presentano “particolare complessità”. Vaghezza che ha ovviamente ampliato lo spettro (già importante) di discrezionalità dell'autorità amministrativa (la questura), aggravando la «limitazione della libertà personale ad opera esclusiva dell'autorità di pubblica sicurezza», così G. Savio, *La legge 13 aprile 2017 n. 46 recante disposizioni urgenti per l'accelerazione del procedimento in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale. Prime riflessioni interpretative*, in *Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione*, www.asgi.it, 2017, p. 25.

Il mutamento quantitativo ne sottende, va da sé, uno anche teleologico poiché nuovamente prende il sopravvento la finalità prettamente sanzionatoria della detenzione amministrativa rispetto allo scopo chiaramente indicato per tale istituto dalla Direttiva rimpatri: rimuovere gli ostacoli che impediscono il rimpatrio. Inoltre, come ormai quasi stancamente si ripete da almeno un decennio, l'efficacia del sistema di trattenimento è del tutto irrelata all'estensione dei termini dello stesso, dipendendo in buona misura dalla operatività degli accordi bilaterali di riammissione coi i Paesi terzi di provenienza. Il legislatore pare, dunque, essere stato colto dalla sindrome del raddoppiamento della durata del trattenimento in ottica esclusivamente, potremmo dire, “muscolare” ed in controtendenza (almeno su questo specifico punto) con le scelte del biennio 2012-2014.

Si ricorderà, al proposito, come nel luglio del 2014, la *Commissione straordinaria per la tutela e la protezione dei diritti umani* del Senato approvava un interessante rapporto³⁵ nel quale si esprimevano perplessità circa la decisione contenuta nel d.l. n. 89 del 2011 di prolungare a 18 mesi la durata massima della permanenza nei CIE anche «in ragione delle conseguenze della misura sulla salute fisica e mentale dei trattenuti»³⁶. Pur muovendosi nell'ottica giustificatrice della necessità dell'istituto, si faceva notare come l'allungamento dei tempi di permanenza avesse determinato «un cambio di prospettiva non trattandosi più di misura straordinaria e temporanea di limitazione della libertà per attuare l'allontanamento, ma, vista l'incertezza dei tempi per l'accertamento della generalità e dell'espulsione, di una detenzione amministrativa cui manca un adeguato sistema di garanzie di rispetto dei diritti dei soggetti trattenuti e adeguate condizioni di trattenimento per quanto riguarda strutture e servizi»³⁷.

Avuto riguardo al termine massimo di trattenimento per gli stranieri ex detenuti, si ricorderà come nel 2013, con il d.l. n. 146³⁸ veniva aggiunto il co. 5-*bis* e 5-*ter* all'art. 16, d.lgs. n. 286/1998 a norma del quale, all'atto di ingresso in carcere di un cittadino straniero, la direzione dell'istituto penitenziario richiede al questore del luogo le informazioni circa l'identità e la nazionalità dello stesso. Il questore, nei medesimi casi, avvia le procedure di identificazione attraverso le competenti autorità diplomatiche, procedendo all'eventuale espulsione dei cittadini stranieri identificati. La *ratio* dei termini più stringenti per il trattenimento degli ex detenuti evidentemente va individuata nell'obbligo di identificare gli

35. Senato della Repubblica italiana, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani al Senato, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento dei migranti in Italia*, 2012, reperibile sul sito web del Senato della Repubblica.

36. *Ibidem*, 62.

37. *Ibidem*, 62.

38. Recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali e di riduzione controllata della popolazione carceraria», conv. con mod. dalla l. n. 10 del 2014. Tale provvedimento legislativo era stato “indotto” dalla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Torreggiani e altri contro Italia* (Corte EDU, sez. III, 8 gennaio, *Torreggiani e a.c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46883/09, 55400/09, 61535/10, 35315/10, 37818/10).

stranieri irregolarmente presenti durante la detenzione. Inoltre, con l'approvazione della l. n. 161/2014, senza alcun clamore mediatico, si riscriveva il co. 5, art. 14, d.lgs. n. 268/1998 riducendo da diciotto a tre mesi i tempi del trattenimento a fini espulsivi e portando a 30 giorni il termine nelle ipotesi in cui gli espellendi avessero già trascorso almeno tre mesi in carcere, senza esservi stati identificati. Ciò, evidentemente, a voler significare che è durante il periodo della carcerazione vera e propria che occorre procedere alla identificazione dello straniero e provando a mettere fine, per via legislativa, alla "doppia detenzione" cui andava incontro questa categoria di soggetti. E, difatti, sino a tale riforma per gli stranieri che avessero trascorso dei periodi di detenzione penale nelle strutture carcerarie non vi era alcuna disciplina specifica relativamente alla durata del trattenimento amministrativo, che si poteva cumulare integralmente alla pena detentiva già scontata.

L'aver allungato a 180 giorni il periodo di detenzione in una struttura carceraria trascorso il quale, senza esito positivo quanto alla identificazione o alla organizzazione del rimpatrio, si può essere trattenuti per ulteriori 30 giorni, ulteriormente prorogabili di 15 giorni (previa convalida del Giudice di pace), nei casi di particolare complessità, contraddice una prassi operativa secondo cui trascorsi i primi tre mesi senza acclaramento dell'identità, le possibilità di farlo in seguito e all'interno dei Centri diventano assai esigue³⁹. A risultati migliore si addivene, invece, attraverso la informatizzazione delle procedure e il lavoro sinergico delle autorità preposte⁴⁰.

Infine, ma non certo per importanza, la locuzione «nei casi di particolare complessità» pecca di indeterminatezza non essendosi tipizzate, in ossequio alla riserva di fonte assoluta di cui all'art. 13, co. 2, Cost., le circostanze (astrattamente irrelate ad un atteggiamento

39. Aspetto questo puntualmente colto nel *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione – febbraio 2016*, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Senato della Repubblica – XVII legislatore, ove si legge che «all'interno dei Centri, poi, il meccanismo molto spesso si inceppa a causa della mancata o scarsa collaborazione del Consolato del Paese di provenienza dello straniero. Per l'identificazione ai fini dell'espulsione, infatti, è necessario il riconoscimento dello straniero da parte del console e successivamente il rilascio del documento di viaggio necessario per effettuare il rimpatrio» (p. 30).

40. Sulla questione degli stranieri trattenuti nei Centri dopo essere stati detenuti in carcere si era tentato di intervenire con una direttiva interministeriale del Ministro dell'interno e della giustizia, del 20 ottobre 2007, che mirava (senza successo) a garantire l'identificazione degli stranieri passibili di espulsione già durante la permanenza in carcere. Sul punto si veda pure la circolare 2 dicembre 2015 (circolare 3665/6115 del 2.12.2015) del Ministero della giustizia in materia di «Procedure di identificazione e individuazione della nazionalità di detenuti stranieri-Nuovo certificato per l'identificazione del detenuto immigrato: C.I.D.I.». In tale circolare, ove si elabora uno specifico strumento informatico (il C.I.D.I.), si lamenta, in particolare, che «le altre informazioni di particolare rilievo per una rapida ed efficace identificazione ed individuazione della nazionalità dello straniero detenuto» (elementi circa scambi epistolari, colloqui telefonici e visivi, ecc.), acquisite durante il periodo di detenzione sono state rese accessibili solo episodicamente». Con una successiva circolare del 6 maggio 2016 (lettera circolare n. 0155957-6.6.2016), sempre del Ministero della giustizia, si introduce un nuovo certificato per l'identificazione del detenuto straniero (Ci.De.S.) e si esprime un giudizio moderatamente positivo sui risultati conseguiti grazie alla informatizzazione delle procedure di identificazione e al lavoro sinergico delle diverse articolazioni centrali coinvolte.

“cooperativo” dell’espellendo) verificatesi le quali si può nuovamente incidere sulla libertà personale di un soggetto, che ha già scontato la sua pena in carcere.

5. Lo sveltimento dei tempi delle procedure in materia di implementazione dei CPT

Il ritorno in auge della detenzione amministrativa dello straniero non poteva che accompagnarsi con la volontà (quantomeno proclamata) di procedere tempestivamente alla esecuzione dei lavori per la costruzione, il completamento, l’adeguamento e la ristrutturazione dei CPT. Il co. 2, art. 2, della l. n. 132/2018 a tal fine statuisce che, per un periodo non superiore ai tre anni a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, e per lavori di importo inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria, «è autorizzato il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara». Al fine di garantire i principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, l’invito (contenente l’indicazione dei criteri di aggiudicazione) sarà rivolto ad almeno cinque operatori economici sempre che esistano in tal numero soggetti idonei. Da una lettura, certo solo superficiale, dell’art. 63 («Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara») del d.lgs. n. 50/2016 e delle Linee Guida n. 8 di ANAC, e delle condizioni richieste affinché si possa ricorrere a tale procedura, parrebbe potersi dire che il legislatore avrebbe dovuto aver maggior cura di specificare le ragioni di estrema urgenza per ricorrervi e l’effettiva infungibilità del bene. Stando al co. 6 del su richiamato art. 63, le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare «sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione». L’operatore economico viene prescelto sulla base dell’offerta più vantaggiosa.

Parrebbe, dunque, che con una certa leggerezza il legislatore della l. n. 132/2018 abbia deciso per tale procedura derogatoria. Si potrebbe pensare che dietro essa si celi, più che altro, la volontà di portare a compimento quanto già con l’art. 19, co. 3 del d.l. n. 13/2017 si era tentato di realizzare. Tale ultima disposizione, infatti, disponeva l’adozione di misure miranti a garantire l’ampliamento della rete dei Centri per poi fornire alcune precisazioni logistiche⁴¹: la distribuzione dei Centri sull’intero territoriale nazionale; la loro dislocazione, sentito il presidente della Regione o della Provincia interessata, privilegiando siti e aeree esterne ai centri urbani e facilmente raggiungibili nei quali siano presenti strutture di proprietà pubblica che possano essere rese idonee allo scopo «tenendo conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l’assoluto rispetto della dignità umana» (art. 19, co. 3, d.l. 13/2017).

41. Nella relazione tecnica allegata al disegno di legge di conversione si specificava che l’ampliamento della rete dei CPR avrebbe dovuto essere incrementata dai 387 posti fino a 1600.

Una *ratio* che si era individuata relativamente a tale novità era che essa potesse rispondere alla necessità di ripartire i costi (anche sociali) di tali strutture su tutto il territorio della Repubblica, sgravando così alcune aree su cui tradizionalmente poggia l'onere sia del sistema di accoglienza⁴² che della gestione (affatto semplice) dei Centri di detenzione⁴³. La previsione però che nella dislocazione dei futuri CPR si dovessero privilegiare al contempo luoghi esterni ai Centri urbani, ma facilmente raggiungibili, pareva inscrivere nella logica «estetica ed escludente»⁴⁴ del decoro urbano, categoria centrale delle nuove norme in materia di sicurezza urbana volute fortemente dal governo dell'epoca con il d.l. n. 14/2017. In tale ultima normativa, si proponeva una «strategia securitaria prioritariamente diretta, nel nome del decoro urbano, a una eliminazione visiva e dunque estetica della marginalità sociale»⁴⁵ di cui il migrante è spesso paradigma.

La limitata capienza cui si accennava nel testo del d.l. Orlando-Minniti se, in linea di principio, poteva dirsi rispondente alla logica secondo cui è più difficile garantire adeguati standard di servizi (latamente intesi) di supporto alla persona trattenuta in presenza di Centri sovraffollati, appariva (e appare) comunque generica non essendosi previsto un tetto massimo di trattenuti per Centro, o perlomeno, parametri certi cui commisurare la capienza.

Non è da dimenticare, infine, che l'allungamento dei tempi della detenzione operata dalla l. n. 132/2018 è corredata da una clausola di invarianza finanziaria (art. 2, co. 3) sicché da esso non possono derivarne nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e le «amministrazioni interessate provvedono ai relativi adempimenti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».

Ora è ben noto come una parte consistente delle perplessità che, negli anni, sono state avanzate nei confronti del complessivo sistema della detenzione amministrativa ha fatto (giustamente) perno sui dati empirici e cioè sulle condizioni di vita, spessissimo al di là del

42. Sul punto si veda D. Loprieno, *Immigrazione e Mezzogiorno*, in *Le Regioni*, n. 5/2017, pp. 1017-1054.

43. Si veda, ad esempio, Trib. di Bari, sez. I civile, 31 luglio-10 agosto 2017, giud. Potito, n. 4089. Nella sentenza si legge che la presenza del CPR a Bari reca un danno di immagine alla comunità intera, da sempre dimostratasi aperta all'ospitalità, «in conseguenza dei trattamenti inumani e degradanti praticati in danno dei detenuti» e non risulta di certo idoneo «all'assistenza dello straniero e alla piena tutela della sua dignità in quanto essere umano». L'amministrazione statale, nelle parole del giudice di Bari, è rimasta inerte dinanzi alle «numerose segnalazioni circa le condizioni in cui versavano gli immigrati nel CIE, nonché dinanzi a richieste di verifica delle condizioni igienico-sanitarie del Centro». In un passaggio della sentenza, si rileva peraltro che «il regime di trattamento previsto per i CIE sarebbe stato addirittura meno garantistico per la libertà personale di quello previsto in un normale carcere». La sentenza si può leggere in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. Giliberto, *La violazione dei diritti umani degli stranieri trattenuti in un C.I.E (oggi C.P.R.) danneggia l'immagine della Comunità territoriale dove la violazione è avvenuta*, 21 dicembre 2017.

44. Così P. Gonnella, *Le nuove norme sulla sicurezza urbana, Decoro versus dignità*, in Costuzionalismo.it, www.costituzionalismo.it, I, 2017, p. 61.

45. *Ibidem*.

limite della decenza⁴⁶, riscontrate all'interno dei Centri attraverso indagini, inchieste, rapporti stilati a livelli diversi e da organismi diversi. Il raddoppio dei tempi di trattenimento, senza la destinazione di nuove risorse umane, strumentali e finanziarie, avrà ricadute importanti sulla già scadenti condizioni di vita all'interno dei Centri e, questo, specie con riferimento al diritto alla salute⁴⁷.

Tre mesi non sono la stessa cosa di sei mesi e la detenzione amministrativa, per chi la subisce, è una “pena” la cui espiazione a nulla porta se non l’espulsione dal territorio dallo Stato e la fine di ogni progetto migratorio⁴⁸. Si rimane in attesa di un evento il cui esito “positivo”, ovviamente dall’ottica dell’amministrazione precedente, può non dipendere affatto dall’atteggiamento cooperativo del trattenuto ma da problemi tutti interni a chi deve organizzare il rimpatrio. E a proposito di rimpatrio, l’art. 6 della l. n. 132/2018 al fine di potenziare le misure di rimpatrio ha incrementato il Fondo di cui all’art. 14-*bis*, co. 1, di 500.000 mila euro per il 2018, di 1.500.000 euro per il 2019 e della pari cifra per il 2020.

6. La perseveranza nell’inottemperanza dei vincoli costituzionali

Volendo procedere ad una parziale ricapitolazione delle novità apportate dalla l. n. 132/2018 con specifico riferimento al trattenimento pre-espulsivo, ciò che si deve rilevare è che per i meccanismi che regolano tale istituto resta, e anzi si amplia, il divario rispetto a quanto impone la Costituzione in materia di limitazione della libertà personale. Su interi settori della vicenda restrittiva in esame, infatti, si registra un disallineamento rispetto alla

46. È anche accaduto che un giudice disponesse una verifica in un CIE per trarne, poi, la sconsolata conclusione che tali strutture sono «al limite della decenza, intendendo tale ultimo termine nella sua precisa etimologia, ossia di conveniente alla loro destinazione: che è quella di accogliere esseri umani». Così Trib. Crotona, 12 dicembre 2012, n. 1410, giudice D’Ambrosio, imp. Aarrassi e al., su cui A. Gaboardi, *Difesa legittima e «C.I.E». La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, ottobre 2013; L. Masera, *Rivolte degli stranieri detenuti nei CIE: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati?*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, gennaio 2013. Ricordiamo che in ordine alle condizioni materiali del trattenimento, passibili di lesione della dignità umana, la Corte di Strasburgo si è riservata di svolgere una verifica, caso per caso. I principali fattori presi in considerazione sono lo spazio vitale di cui dispongono gli stranieri trattenuti, gli aspetti legati alla salubrità e all’igiene delle strutture e altri condizioni materiali. Importante sottolineare come il Giudice di Strasburgo consideri anche il potenziale cumulativo di questi fattori (Corte EDU, sent. *Dougoz c. Grecia*, ric. n. 40907/98, par. 46).

47. Sulla prassi seguita dai Giudici di pace di delegare alla questura gli ulteriori accertamenti sanitari, all’atto della convalida del trattenimento, quando lo straniero trattenuto deduca l’esistenza di patologie non accertate o sorte in seguito all’ingresso nei CPT, si veda Cass., sez. IV, ord. n. 15106/17. In particolare la Corte suprema ha cassato il decreto di convalida del trattenimento del Giudice di pace disposto con la motivazione «previo accertamento sanitario sulla compatibilità dello straniero con il trattenimento nel C.I.E.». Questo sulla base del presupposto che ogni accertamento sanitario, condizione di validità del trattenimento, si deve svolgere prima e non dopo la convalida.

48. Nella giurisprudenza della CGUE si ribadisce, invero, che il trattenimento ai fini dell’allontanamento «non ha né natura punitiva, né carattere penale, e non rappresenta una pena detentiva», così CGUE, sent. 1 ottobre 2015, *Celaj*, causa n. C-290/14 concernente il reato dello straniero extra-comunitario che rientri irregolarmente nello Stato membro dopo esservi già stato sottoposto a procedura di rimpatrio.

cornice costituzionale e alla riserva di legge rinforzata ivi prevista in materia di condizione giuridica dello straniero (art. 10, co. 2, Cost.).

Quanto ai modi, occorre ricordare anzitutto come l'art. 14, co. 2, del d.lgs. 268/1998 è stato fino all'adozione del d.l. n. 13/2017 la sola norma primaria di riferimento per la materia e che, però, per la sua stringatezza, ben poco poteva dirsi soddisfacente dei requisiti costituzionalmente richiesti. Tale disposizione si limita, infatti, a specificare che lo straniero è trattenuto nel Centro «con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità», che gli deve essere assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno e a richiamare quanto previsto dall'art. 2, co. 6, d.lgs. 268/1998⁴⁹. La riserva di fonte non pare certamente essere garantita dalla (pur rilevante) previsione della libertà di corrispondenza e, dunque, ci troviamo di fronte ad una plateale e reiterata omissione di prescrizioni di rango primario sulle modalità della detenzione amministrativa disposta dall'art. 14, d.lgs. n. 268/1998. Nulla poteva trarsi, da questa disposizione, in ordine ai requisiti delle strutture, alla loro dislocazione territoriale, ai loro rapporti con il territorio circostante e men che meno al complessivo sistema dei diritti da garantire al migrante trattenuto. Una sorta di delega in bianco che ha consegnato al potere esecutivo un'amplissima sfera di discrezionalità, finendo per giustificare di «tutto e di più»⁵⁰. O anche come è stato detto, ci si è trovati 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»⁵¹ del d.lgs. n. 268/1998.

È una fonte secondaria, e specificamente gli articoli dal 20 al 23 del d.p.r. n. 394/1999, a normare alcuni aspetti delle modalità del trattenimento nonché della organizzazione e del funzionamento interno dei Centri. Al di là della circostanza, affatto irrilevante, che tali

49. A norma del quale «Ai fini della comunicazione allo straniero dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, gli atti sono tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato». Per quanto rilevante, la traduzione e la relativa comprensibilità degli atti poco ha a che fare con le modalità di restrizione della libertà personale.

50. Così A. Pugiotto, *Di qua della manica: la "galera amministrativa" degli stranieri in Italia*, Appendice a M. Bosworth, *La "galera amministrativa" degli stranieri in Gran Bretagna*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 370. Di notevole importanza, al proposito, è stata la sentenza della Corte EDU, 1 settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, (ric. n. 16483/12) in merito alle strutture palesemente inadeguate a funzionare come Centri di prima accoglienza e soccorso. Inidoneità che origina dalla prassi per cui «al di fuori di qualsiasi previsione legale, spesso gli stranieri privi di documenti, dopo l'arrivo in Italia, vengono trattenuti per diversi giorni da parte dell'autorità di polizia, senza alcun provvedimento giurisdizionale che ne giustifichi la privazione di libertà, e senza neppure che venga fornita loro alcuna informazione circa le ragioni ed i presupposti legali del trattenimento» (così L. Maserà, *Il "caso Lampedusa": una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2014, p. 90). Per la Corte di Strasburgo si tratta di una forma *extra-ordinem* di trattenimento, assolutamente illegale, in quanto disposta di fatto senza che alcuna previa normativa ne attribuisca la facoltà all'autorità di pubblica sicurezza.

51. Così A. Di Martino, *La disciplina dei "C.I.E" è incostituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2012, p. 4.

previsioni hanno fornito comunque indicazioni insufficienti e talora pleonastiche e problematiche, resta inequivoco che trattandosi di una fonte secondaria è, di per sé stessa, inidonea a soddisfare la riserva assoluta di cui all'art. 13 Cost.⁵².

Alla mole di fonti secondarie cui è stato lasciato campo libero in ordine alle modalità di restrizione della libertà personale per i migranti trattenuti nei Centri, corrisponde un affastellamento di situazioni che legittimano il trattenimento pre-espulsivo la cui disciplina, però, è ben lontana dal rispondere al principio di tassatività. La disposizione normativa che disciplina la materia del trattenimento (letteralmente trasfigurata dall'impressionante mole di rivisitazioni, aggiunte, soppressioni, modifiche cui è stato sottoposta), è l'art. 14, cui deve aggiungersi il rinvio operato dall'art. 13, co. 4-*bis*, del d.lgs. n. 268/1998.

L'attuale versione di tale articolo, «di difficile interpretazione, complesso e farraginoso, ancor più delle versioni precedenti»⁵³, è bene ricordarlo si deve al d.l. n. 89/2011 (conv. con l. n. 129/2011) cui si deve il tardivo e non proprio fedele recepimento della c.d. Direttiva rimpatri. La nuova formulazione dell'art. 14, co. 1, d.lgs. 268/1998 ha ampliato le condizioni che consentono il trattenimento disposto dal questore «a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento»⁵⁴ e in ipotesi non più tassativamente elencate.⁵⁵

Tra le situazioni che, a norma dell'art. 14, co. 1, TUI, impedendo l'esecuzione immediata del rimpatrio coattivo, legittimano il trattenimento a fini espulsivi rientrano, oltre a quelle indicate all'art. 13, co. 4-*bis*, quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o

52. Il rinvio ad una fonte secondaria ai fini della identificazione dei modi di detenzione viene, dai più, tacciata di incostituzionalità dal momento che ne rende impossibile la predeterminazione legale. Si nota, infatti, come «proprio in relazione alla destinazione funzionale dei Centri ad una o più delle ragioni sopra indicate [*id est*, quelle previste dall'art. 14, co. 1, TUI], la legge non si incarica minimamente di stabilire parametri di carattere generale ed orientativo della discrezionalità del Ministero nell'individuare Centri già esistenti come "strutture immobiliari" (evidentemente per altri fini) o costituirne di nuovi», così A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in questa *Rivista*, n. 1.2014, pp. 32-33.

53. Così G. Savio, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatrio*, in questa *Rivista*, n. 3.2011, p. 31.

54. La formula è stata parzialmente mutuata dalla Direttiva rimpatri con la differenza, non di poco conto, che nello strumento europeo il trattenimento è legittimo solo in presenza di situazioni di ostacolo al rimpatrio, mentre nella ricezione interna consente l'adozione della misura a causa di situazioni transitorie che possono anche essere indipendenti dalla volontà del singolo.

55. Aspetto questo, insieme a molti altri, fortemente criticato da G. Savio, *op. ult. cit.*, p. 41, per il quale il legislatore italiano avrebbe colto l'occasione di ampliare le ipotesi legittimanti il trattenimento ben al di là dei casi previsti dalla normativa europea, senza alcuna tassatività di previsione. Evidente, dunque, come la nuova disciplina si ponga in netto contrasto con il «parametro costituzionale della riserva assoluta di legge in tema di restrizione della libertà personale ad opera dell'autorità di p.s., che può essere disposta a condizioni che si versi in casi eccezionali di necessità e urgenza indicati tassativamente dalla legge: il rispetto del principio di tassatività integra la riserva di legge, il difetto di tassatività la viola». Il dubbio fa aggio sul tenore letterale dell'ultimo periodo del co. 1, art. 14, d.lgs. 268/1998 che esordisce con l'inciso «tra le situazioni» che potrebbe lasciar intendere l'esistenza di ulteriori ed atipiche ragioni legittimanti la misura restrittiva.

nazionalità ovvero di acquisire i documenti di viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo⁵⁶. Le ipotesi indicate nell'art. 13, co. 4-*bis*, introdotte dal d.l. n. 89/2011, concernono il rischio di fuga⁵⁷ che si configura qualora il prefetto, caso per caso, accerti l'esistenza di una delle circostanze indicative del pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione. Tali circostanze vengono configurate come segue: a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato; c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalle competenti autorità, secondo quanto previsto dai co. 5⁵⁸ e 13 dello stesso art. 13, nonché dell'art. 14; e) aver violato anche una delle misure cautelari coercitive disposte obbligatoriamente dal questore ai sensi dell'art. 13, co. 5.2 in materia di partenza volontaria.

Si tratta, per quest'ultimo caso, dell'ipotesi della partenza volontaria che, ove "concessa", si accompagna all'obbligo di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti (e derivanti da attività lecite). Il questore, poi, dispone in tal caso una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni e orari prestabiliti, presso un ufficio della forza pubblica⁵⁹.

Uno degli aspetti su cui si è, sin da subito, concentrata l'attenzione della dottrina concerne la possibile "autonomia" del rischio di fuga come condizione idonea a legittimare il trattenimento rispetto alle altre situazioni già precedentemente previste. Detto in altri termini, il rischio di fuga, nella sua funzione legittimante la detenzione amministrativa

56. Cui è da aggiungere il nuovo indicatore del rischio di fuga introdotto dalla riforma Orlando-Minniti e concernente il rifiuto reiterato dello straniero di farsi identificare.

57. L'art. 3, par. 7 della Direttiva rimpatri impone agli Stati di definire per legge la nozione del rischio di fuga sulla base di criteri obiettivi, lasciando liberi gli Stati quanto alla individuazione dei criteri per la sua determinazione.

58. Il co. 5, art. 13, TU disciplina il caso dello straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, a cui il prefetto, ove non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera, può riconoscere, ai fini della esecuzione della espulsione e tramite l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato, un periodo di tempo (compreso tra 7 e 30) giorni per la partenza volontaria.

59. Rileva A. Gaboardi, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione "fuori legge"*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2013, p. 14, che se corrisponde a vero che il d.l. n. 89 del 2011 ha provveduto a indicare alcune possibili misure meno restrittive alternative alla detenzione amministrativa riproducendo nel nuovo comma 1-*bis* dell'art. 14, TUI, tre dei quattro provvedimenti coercitivi contemplati dall'art. 7, par. 3, della Direttiva rimpatri, per i casi di pericolo di fuga dello straniero attinto da un provvedimento di espulsione, resta tuttavia che la disciplina interna contrasterebbe con lo strumento normativo europeo dal momento che subordina l'applicabilità di tali misure al possesso del passaporto (o altro documento equipollente in corso di validità) e all'assenza di un decreto di espulsione per motivi di ordine pubblico.

disposta in esecuzione della espulsione⁶⁰, parrebbe configurarsi come una condizione autonoma la qual cosa ha destato più di una perplessità⁶¹. È, infatti, il pericolo di fuga la ragione per cui il trattenimento può essere disposto: esso mira, infatti, ad evitare che lo straniero possa sottrarsi al provvedimento di espulsione quando vi siano motivi che ne ostacolano l'immediato accompagnamento coattivo alla frontiera. Funzione, questa, che era già implicita nell'originaria versione dell'art. 14 TUI: «non si comprende, infatti, in che termini l'espletamento delle attività di identificazione, acquisizione del lasciapassare, reperimento del vettore e, volendo, anche di soccorso, dovrebbero, di per sé, richiedere l'*ahprensio* fisica dello straniero da parte della pubblica amministrazione mediante l'imposizione di un vincolo detentivo»⁶². L'unica interpretazione compatibile con la sancita inviolabilità del diritto alla libertà personale del migrante resta, dunque, quella che vede nel rischio di fuga un rafforzamento delle tipicità delle situazioni enumerate che impediscono l'immediata esecuzione della espulsione.

Vi è che proprio la definizione che del «rischio di fuga» ha dato il legislatore del 2011 si pone in insanabile contrasto con la logica di fondo della direttiva rimpatri, finendo in pratica per coprire tutte o quasi le situazioni in cui versa lo straniero irregolarmente presente⁶³. Gli indici di rischio tipizzati dal legislatore al co. 4-*bis* dell'art. 13 TUI, e più sopra richiamati, cui è da aggiungere il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici presso gli *hotspot*, costituiscono il portato di una «lettura in negativo degli obblighi che la Direttiva rimpatri consente di imporre per fronteggiare il rischio di fuga. Infatti, mentre nello strumento normativo europeo la priorità è riconosciuta alla partenza volontaria e, solo ove sussista un rischio di fuga è consentita l'imposizione di obblighi, secondo un criterio di intensità graduale crescente, il legislatore italiano, ribaltando questa previsione di fondo, presume il rischio di fuga ogniqualvolta gli obblighi suggeriti

60. L'altra funzione del «rischio di fuga» essendo quella ostativa alla concessione del termine per la partenza volontaria.

61. Sul punto, cfr. A. Marletta, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 7/2013, p. 608.

62. *Ibidem*.

63. Cfr., tra gli altri, F.B. Morelli, contraddittore a L. Maserà, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di Aa.Vv., Torino, Giappichelli, 2013, p. 99, che parla di una serie di circostanze invero congenite nella situazione del comune migrante irregolarmente presente. Per P. Gualtieri, *Il trattenimento dello straniero*, cit., p. 367, nota 12, l'incompatibilità tra la normativa interna e quella europea è conseguenza della diversità ontologica tra i presupposti interni e quelli sovranazionali: «accolta la tesi della omogeneità strutturale delle lettere a) e b) dell'art. 15, §1, Direttiva rimpatri, in combinato con il considerando 16 della medesima (secondo cui la misura detentiva è giustificata soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento) e con l'art. 5, lett. f) CEDU, il trattenimento può essere disposto solo in presenza di un comportamento volontariamente e gravemente compromissorio dell'interessato, inteso, cioè, nel senso di una condotta attuale e concreta, di natura ostruzionistica rispetto all'esecuzione del provvedimento espulsivo, posta in essere dal migrante con l'unico intento di sottrarsi alla potestà amministrativa».

dalla Direttiva rimpatri non sarebbero di facile e immediata applicazione, giungendo così a confondere gli strumenti idonei a fronteggiare il rischio con la sua essenza»⁶⁴.

Nel recepimento della Direttiva rimpatri fatta propria dal legislatore del 2011, e in presenza di un consolidato apparato normativo che faceva già della coercizione fisica della persona la regola per l'allontanamento, è come se fosse sparita dall'orizzonte delle possibilità la ricerca di strumenti meno pregiudizievole per il diritto alla libertà personale del migrante. Il legislatore non ha così tenuto conto dell'esigenza di approntare mezzi coercitivi sì efficaci in vista della realizzazione degli scopi prefissati, ma che, al contempo, fossero i meno pregiudizievole, tra quelli a disposizione, per il diritto compresso⁶⁵.

Un'ultima, ancorché necessariamente sommaria, considerazione deve essere svolta sulla "ingombrante" esistenza dell'art. 5, par. 1 della CEDU, ove, non operandosi distinzione alcuna tra cittadini e stranieri, si sancisce che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza» e che nessuno può esserne privato, se non nei modi previsti dalla legge e in una serie di casi che rendono legittime le misure coercitive. Tra i casi elencati, alla lett. f) rientra proprio l'ipotesi della detenzione degli stranieri; è, infatti, consentito l'arresto o la «detenzione regolare di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o d'estradizione». ⁶⁶ I Giudici di Strasburgo, sul punto sono stati abbastanza chiari: «mentre la regola generale sancita all'art. 5 § 1 è che ogni individuo ha il diritto alla libertà, l'art. 5 § 1(f) prevede un'eccezione a suddetta regola generale, permettendo agli Stati di limitare la libertà degli stranieri nel contesto del controllo dell'immigrazione. Come la Corte ha già osservato, fermi restando i loro obblighi sulla base della Convenzione, gli Stati godono di un diritto sovrano innegabile di controllare l'ingresso degli stranieri e la loro residenza sul territorio»⁶⁷. Come altrove e con maggiori argomentazioni si è sostenuto⁶⁸, in materia di privazione della libertà personale dello straniero attraverso la detenzione amministrativa, la compatibilità della normativa interna con quella convenzionale non è di per sé dirimente per

64. Così G. Savio, *ult. op. cit.*, p. 37. In letteratura è ricorrente la critica sull'assenza nel TUI di strumenti di esecuzione dell'espulsione meno pregiudizievole per il diritto di libertà personale dello straniero.

65. Cfr. G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 8 (pur se riferito alle risultanze inferibili dalla giurisprudenza costituzionale tedesca).

66. Rilevava P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento...*, cit., pp. 604-605, come questa norma internazionale «che aggiunge il caso della detenzione o dell'arresto dello straniero che debba essere espulso o respinto al catalogo dei casi in cui la legge nazionale può prevedere l'adozione di provvedimenti limitativi della libertà personale ed è evidente che nella parte in cui la norma convenzionale prevede espressamente che tale caso di restrizione sia fondato allo scopo di impedire ad una persona di entrare clandestinamente nel territorio o sulla pendenza di un procedimento di espulsione, si deve concludere che si tratta di ipotesi che ovviamente possono riguardare soltanto gli stranieri, i quali, a differenza dei cittadini, non hanno un diritto acquisito di ingresso e soggiorno nello Stato e ne possono essere allontanati». Una diversa lettura si trova, invece, in A. Caputo, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., p. 2347.

67. Corte EDU, sent. *Saadi c. Regno Unito*, 29 gennaio 2008, n. 13229/03, par. 64.

68. Si rimanda a D. Loprieno, *Trattenere e punire*, cit., p. 159 e ss.

risolvere i rapporti tra tale istituto e il sistema garantistico che fa aggio sull'art. 13 Cost. e non può fungere da supporto ai fini della sua legittimità costituzionale. Ci troviamo di fronte, infatti, a uno di quei casi in cui evidente⁶⁹ è l'asimmetria tra le protezioni offerte dal sistema convenzionale e da quello interno. Convincimento quest'ultimo ancor più saldo quando a venire in considerazione sono i meccanismi escogitati per limitare, restringere e privare della libertà personale anche il richiedente protezione internazionale.

7. Dietro ogni migrante, un clandestino da trattenere?

La comparsa della possibilità che anche il richiedente protezione internazionale possa essere passibile di detenzione amministrativa, nelle more della procedura dichiarativa di tale condizione, è successiva rispetto a quella avente una finalità pre-espulsiva. Tale comparsa si colloca all'interno di quel processo che, avviatosi già con la l. n. 39/1990, subordina totalmente la «disciplina sul riconoscimento dello *status* di rifugiato alle scelte politiche in materia di immigrazione extracomunitaria»⁷⁰ condizionando, così, il contenuto delle norme in materia di rifugio anche al di là delle pur necessarie esigenze di coordinamento con la disciplina in materia di ingresso e soggiorno dello straniero extracomunitario⁷¹.

In specie, è stata la l. n. 189/2002 che, per seguire la logica della “tolleranza zero” (oggi declinata più volgarmente declinata nei termini “è finita la pacchia”), ha instillato – anche attraverso la riscrittura delle procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato – la malsana idea per cui dietro un richiedente asilo si nasconde un migrante “economico” alla ricerca di un titolo legale che lo autorizzi a rimanere sul territorio nazionale, eludendo le norme che disciplinano l'immigrazione per motivi diversi dal rifugio. Ciò, come si è notato, ha comportato la declinazione di una normativa assai articolata che per la migrazione involontaria «apre a non sempre chiari bilanciamenti tra obiettivi in certa misura opposti, quali l'accoglienza e il trattenimento»⁷². Il richiedente asilo viene, infatti, “accolto” mettendo in campo una variegata gamma di misure amministrative e interventi che vanno dalla c.d. prima accoglienza e soccorso fino al vero e proprio trattenimento negli attuali CPR e, ora dopo la l. n. 132/2018, anche in luoghi non meglio identificati, né identificabili *a priori*.

69. Sul punto si veda l'accurata ricostruzione fattane da P. Stancati, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, p. 108 e ss.

70. Così L. Ferrajoli, *Un rifugio senza libertà*, cit., p. 175.

71. Si veda sul tema, tra gli altri, M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 2007, p. 155 e ss., e Id. (a cura di), *La protezione internazionale degli stranieri in Italia*, Napoli, Jovene Editore, 2011, p. 500 e ss.

72. Così M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, Jovene Editore, 2016, p. 133.

Volendo sinteticamente ripercorrere la vicenda normativa in materia di misure di limitazione o privazione della libertà personale del migrante involontario, è l'art. 32 della l. n. 189/2002 che occorre richiamare. Quest'ultimo, infatti, introduceva nel corpo della l. n. 39/1990 l'art. 1-*bis* (Casi di trattenimento) ove si distingueva, fermo restando il principio di derivazione internazionale secondo cui non si può disporre il trattenimento del richiedente asilo al solo fine di esaminare la domanda, tra ipotesi di trattenimento facoltativo⁷³ e ipotesi di trattenimento obbligatorio⁷⁴. Se nelle ipotesi di trattenimento facoltativo e in quello obbligatorio del richiedente fermato in condizioni di irregolarità, la misura si consumava all'interno di appositi Centri di identificazione⁷⁵, per i richiedenti protezione già destinatari di un provvedimento di espulsione o di respingimento, la restrizione veniva eseguita all'interno dei CPTA e con le modalità di cui all'art. 14, d.lgs. n. 268/1998. Differenza di trattamento, quest'ultima, parzialmente "sanata" dal d.p.r. n. 303/2004 che, all'art. 9, contemplava la possibilità di allontanamento diurno dal Centro⁷⁶, compatibilmente con l'«ordinario svolgimento della procedura semplificata e previa comunicazione al direttore del Centro».

Nonostante per tutte le ipotesi il legislatore parlasse di trattenimento, il non aver agganciato ad esso le garanzie (pur deficitarie) dell'art. 14, d.lgs. n. 268/1998, era evidentemente sintomatico del voler considerare tale ultima misura come incidente sulla sola libertà di circolazione e di soggiorno e non anche sulla libertà personale⁷⁷.

73. Il trattenimento facoltativo era previsto per le seguenti ipotesi (e per il tempo strettamente necessario alla definizione delle procedure): per verificare o determinare la nazionalità o l'identità, qualora il richiedente fosse privo dei documenti di viaggio o di identità oppure avesse presentato, al suo arrivo, documenti risultati falsi; per verificare gli elementi su cui si basava la domanda di esame, qualora non fossero immediatamente disponibili; in dipendenza del diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato.

74. A norma dell'art. 32, co. 2, l. n. 189/2002, il trattenimento doveva sempre essere disposto: a seguito della presentazione della domanda da parte dello straniero fermato per aver eluso e tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo, o comunque, in condizioni di soggiorno irregolare; a seguito della presentazione di una domanda di asilo presentata da parte dello straniero già attinto da un provvedimento di espulsione o di respingimento. Sulle diverse procedure semplificate ivi previste, si vedano D. Consoli, A. Schiavone, *Analisi della procedura semplificata, della procedura ordinaria e delle collegate misure di trattenimento dei richiedenti asilo*, in questa *Rivista*, n. 2.2005, p. 15.

75. Istituiti, in realtà, a distanza di due anni e cioè a seguito dell'emanazione del d.p.r. n. 303/2004. Con il d.lgs. n. 25/2008, i Centri di identificazione saranno ridenominati Centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA).

76. Una sorta, dunque, di domicilio coatto ma del tutto svincolato dalle garanzie di cui all'art. 13 Cost. e accompagnato, nella prassi, da divieti di allontanamento anche nelle ore diurne.

77. Da non dimenticare che, peraltro, dall'allontanamento non autorizzato dal Centro di identificazione, a norma del co. 4, art. 1-*ter* della novellata l. n. 39/1990, se ne faceva discendere la rinuncia automatica della domanda di asilo. Il d.lgs. n. 25/2008 avrebbe poi abrogato tale previsione per essere nuovamente introdotta, in forma parzialmente diversa, dal d.lgs. n. 142/2015. Sul punto si veda G. Campesi, *Chiedere asilo in tempo di crisi. Accoglienza, confinamento e detenzione ai margini d'Europa*, in *Confini d'Europa. Modelli di confronto e inclusioni informali*, a cura di C. Marchetti, B. Pinelli, Milano, Cortina Libreria, 2017.

Quanto partorito dalla fervida fantasia del legislatore del biennio 2002-2004, che aveva finito per fare della detenzione amministrativa dei richiedenti asilo praticamente la norma⁷⁸ e che aveva sollevato, specie per il vuoto di garanzie, consistenti dubbi di legittimità costituzionale⁷⁹, è andato ben presto incontro all'obsolescenza in ragione dell'adozione, a livello di diritto eurounitario, di tre strumenti normativi, direttamente e indirettamente, incidenti nella materia del trattenimento: la Direttiva "accoglienza"⁸⁰, prima, e poi le Direttive "qualifica"⁸¹ e "procedura"⁸².

Alla generale previsione della libertà di circolazione nel territorio dello Stato membro ospitante⁸³, nelle Direttive or ora richiamate si affiancano variegata misure di limitazione (assegnazione di un luogo di residenza o a un Centro di accoglienza)⁸⁴ e privazione della libertà personale⁸⁵, a vario titolo disposte nei confronti del richiedente protezione internazionale. Da rilevare, anzitutto, come nella prima Direttiva accoglienza, all'art. 2, lett. k), assai laconicamente il trattenimento venisse qualificato come il «confinamento del richiedente asilo, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione». Quanto ai motivi del trattenimento, l'art. 7, par. 3, si limitava a statuire che ove «risultasse necessario, ad esempio, per motivi legali o di ordine pubblico, gli Stati membri possono confinare il richiedente asilo in un determinato luogo nel rispetto della legislazione nazionale» e, in ordine alle condizioni del trattenimento che la «qualità della vita sia adeguata alla situazione delle persone» che si trovino in siffatta situazione.

Se la rifondazione della disciplina eurounitaria in materia sarebbe intervenuta solo nel biennio 2013-2014, a livello di legislazione interna, per il tramite del d.lgs. n. 25/2008 (di

78. Così F. Vassallo Paleologo, *Diritti sotto sequestro. Dall'emergenza umanitaria allo stato di eccezione*, Roma, Aracne, 2012, p. 112. Rilevava già quanto fossero indeterminate e quanto spazio lasciassero alla discrezionalità del questore (in palese contrasto con la riserva assoluta di legge di cui all'art. 13 Cost.) le ipotesi legittimanti il trattenimento facoltativo, di fatto estensibili a tutti i richiedenti asilo, C.F. Ferrajoli, *Un rifugio senza libertà*, cit., p. 180 e similmente N. Morandi, *La normativa comunitaria sul diritto di asilo*, in questa *Rivista*, n. 1.2005, p. 66.

79. Su cui L. Trucco, *Le modifiche alla legge n. 189/2002 in tema d'asilo*, in questa *Rivista*, n. 3/2002, p. 105.

80. Direttiva 2003/9/CE, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (poi modificata dalla Direttiva 2013/32/UE).

81. Direttiva 2004/83/CE, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi e apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione (poi modificata dalla Direttiva 2011/95/UE).

82. Direttiva 2005/85/CE, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato (poi modificata dalla Direttiva 2013/33/UE).

83. Direttiva 2013/33/UE, art. 7, par. 1: «I richiedenti possono circolare liberamente nel territorio dello Stato membro ospitante o nell'area loro assegnata da tale Stato membro».

84. Direttiva 2013/33/UE, art. 7, par. 1, secondo periodo: «L'area assegnata non pregiudica la sfera inalienabile della vita privata e permette un campo di azione sufficiente a garantire l'accesso a tutti i benefici della presente Direttiva»; par. 2: «Gli Stati membri possono stabilire un luogo di residenza per il richiedente, per motivi di pubblico interesse, ordine pubblico o, ove necessario, per il trattamento rapido e il controllo efficace della domanda di protezione internazionale».

85. Direttiva 2013/33/UE, art. 8, par. 2: «Se necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo che non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive».

attuazione della Direttiva 2005(85/CE), si tentava una rivisitazione⁸⁶ della normativa vigente per razionalizzarla e raddrizzarne alcune storture. Di lì a poco, però, con il d.lgs. n. 159/2008 si è determinato un deciso ritorno al passato in virtù del quale il trattenimento è ritornato ad essere la regola principale per tutte le ipotesi di un richiedente asilo già destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento⁸⁷.

In questo continuo andirivieni di modifiche è, poi, intervenuta una nuova disciplina europea per il tramite dell'approvazione della Direttiva 2013/33/UE del 26 giugno 2013. Quest'ultima, pur sposando la stessa definizione *minimal* di trattenimento di cui alla precedente Direttiva del 2003, dedica maggiore attenzione all'istituto⁸⁸, contornandolo quanto meno da alcune garanzie che, oggi, assumono un certo rilievo a fronte del trattamento che il legislatore del 2018 ha voluto riservare ai richiedenti protezione internazionale.

Volendo, però, procedere con ordine occorre richiamare intanto l'art. 8 della nuova Direttiva del 2013 in quanto in esso si dettagliano più puntualmente i presupposti che legittimano la misura della detenzione amministrativa per i richiedenti protezione, non senza aver prima premesso che gli Stati membri non possono trattenere una persona per il semplice fatto che abbia presentato domanda di protezione⁸⁹. Si specifica che la detenzione deve essere necessaria, che può essere disposta sulla base di una valutazione caso per caso e che vi si può ricorrere solo dopo aver verificato che le altre misure (meno afflittive) non risultino in concreto applicabili. Al par. 4, art. 8, la Direttiva impone agli Stati di provvedere «affinché il diritto nazionale contempra le disposizioni alternative al trattenimento come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato».

86. L'art. 21, d.lgs. n. 25 /2008 prevedeva, infatti, una sola modalità di trattenimento all'interno degli allora CIE, mentre l'art. 20 disciplinava le ipotesi in cui il richiedente non era più trattenuto ma "ospitato" nei CARA, riducendosi sostanzialmente a tre le ipotesi legittimanti il trattenimento (art. 2, co. 1, lett. *a*, *b* e *c*). Sul punto, cfr. D. Consoli, G. Schiavone, *Verso una migliore tutela dello straniero che chiede asilo? Analisi delle principali novità in materia di asilo introdotte a seguito del recepimento della direttiva 2005/85/CE e il d.lgs 159/2008*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2008, p. 88 e ss.

87. E, quindi, anche per le espulsioni prefettizie conseguenti all'acclaramento di una posizione di irregolarità quanto ad ingresso e soggiorno sul territorio nazionale.

88. Rilevava F. Zorzi Giustiniani, *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea. Rilievi critici a margine della rifusione della direttiva accoglienza*, in Aa.Vv., *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, a cura di C. Caggiano, Torino, Giappichelli, 2014, p. 408, come tale attenzione conseguiva alla «presa d'atto della tendenza, ormai imperante tra i Paesi dell'Unione, di ricorrere alla detenzione amministrativa dei migranti nelle more del procedimento di riconoscimento della protezione internazionale».

89. Direttiva 2013/33/UE, art. 8, par. 1: «Gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente ai sensi della Direttiva 2913/32/UE», la quale a sua volta all'art. 26, par. 1 ribadisce che «Gli Stati membri non trattengono una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente. I motivi e le condizioni del trattenimento e le garanzie per i richiedenti trattenuti sono conformi alla Direttiva 2013/33/UE».

Le situazioni idonee a legittimare il trattenimento diventano, dunque, “soltanto”⁹⁰ il dover determinare o verificare l’identità o la cittadinanza del richiedente; determinare gli elementi su cui si basa la domanda e che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento (in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente); per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; quando la persona è trattenuta nell’ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della Direttiva rimpatri, e vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda miri a ritardare o impedire l’esecuzione di una decisione di un rimpatrio; quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico⁹¹. A chiudere il par. 3 dell’art. 8 di tale strumento normativo vi è l’importante precisazione per cui spetta al diritto nazionale specificare i motivi del trattenimento.

In ordine alle garanzie del richiedente trattenuto e in specie alla durata del trattenimento, ispirandosi ad una logica di stretta necessità, l’art. 9 della Direttiva statuisce che il richiedente è trattenuto «solo per un periodo il più breve possibile ed è mantenuto in stato di trattenimento soltanto fintantoché sussistono i motivi» sulla cui base è stato disposto, che gli adempimenti amministrativi inerenti ai motivi devono essere espletati con la “debita diligenza” e che «i ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento».

Alle condizioni del trattenimento, invero non particolarmente incisive ma che in momenti di imbarbarimento civile e giuridico conservano comunque un certo spessore, è dedicato l’art. 10 della Direttiva. In particolare, al par. 1, si specifica che «di regola» il trattenimento dei richiedenti ha luogo in «appositi Centri di trattenimento». Se ciò risulti impossibile allo Stato membro e questi sia obbligato a sistemare il richiedente trattenuto in un istituto penitenziario, occorre provvedere affinché questi «sia tenuto separato dai detenuti ordinari e siano applicate le condizioni di trattenimento» previste dalla Direttiva.

Questo rinnovato quadro comunitario ha “costretto”, ancora una volta, il legislatore italiano a rimodulare la disciplina interna attraverso il d.lgs. n. 142/2015 (con il quale si è provato a dare attuazione alle nuove Direttive accoglienza e procedure) che, però, quanto

90. Nella sent. 15 febbraio 2016, *J.N. c Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Causa C-601-15 PPU, la CGUE ha precisato che «l’articolo 8, par. 3, primo comma della direttiva 2013/33, enumera tassativamente i vari motivi [...] tali da giustificare il trattenimento» ed ognuno dei suddetti motivi «risponde ad una necessità specifica ed ha carattere autonomo» (punto 59).

91. Sul punto si veda CGUE, causa C. 601/15, 15 febbraio 2016, ove la Corte si è pronunciata sulla legittimità del trattenimento dei richiedenti asilo alla luce degli artt. 6 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE e dell’art. 8 della Direttiva “accoglienza” che, appunto, prevede il trattenimento per motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico. La Corte ha affermato che la misura «non può costituire la base di misure di trattenimento senza che le autorità nazionali competenti abbiano preventivamente verificato, caso per caso, se il pericolo che le persone interessate fanno correre alla sicurezza nazionale o all’ordine pubblico corrisponde almeno alla gravità dell’ingerenza nel diritto alla libertà delle suddette persone che tali misure costituirebbero».

alle scelte effettuate già aveva delineato una architettura complessa, complicata e problematica⁹² su cui oggi si innestano, o meglio incistano, le novità della l. n. 132/2018.

In particolare, la novella del 2015, quanto ai casi verificatisi i quali si può ricorrere al trattenimento del richiedente, si profonde in enunciazioni alquanto generiche che svuotano di contenuto, rendendo quasi di stile la clausola secondo cui non si può disporre il trattenimento per il solo fatto di aver avanzato domanda di protezione internazionale. In particolare all'art. 6 del d.lgs. n. 142/2015 si enucleano cinque diverse categorie di ipotesi. A parte il consueto rimando alle condizioni previste dall'art. 1, par. *f*, della Convenzione di Ginevra, si menziona il caso del richiedente che costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica dello Stato, della cui pericolosità sociale si dubiti o di cui si sospetti operare con organizzazioni terroristiche. Alla lett. *d*) si disciplina una nuova ipotesi di trattenimento subordinata alla sussistenza del pericolo di fuga con la relativa individuazione e tipizzazione delle situazioni idonee a dimostrare la consistenza del rischio, da valutare caso per caso⁹³. L'ultima fattispecie di trattenimento del richiedente concerneva, *ex art.* 6, co. 3, d.lgs. n. 142/2015, il caso dello straniero già trattenuto in un CPR e in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione ai sensi degli artt. 13 e 14, d.lgs. n. 268/1998, che vi rimane quando «vi siano fondati motivi di ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione»⁹⁴. Peraltro, la c.d. continuazione del trattenimento aveva subito, per il tramite della legge Orlando-Minniti del 2017 una rivisitazione nel senso di estenderla anche al caso di trattenimento in seguito ad un provvedimento di respingimento *ex art.* 10, d.lgs. n. 268/1998. Ritocco, quest'ultimo,

92. Si veda G. Savio, *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 142 e ss.

93. Rispetto alle ipotesi che, a norma dell'art. 13, co. 4-*bis*, TUI, evidenzerebbero la sussistenza di un analogo *periculum libertatis* in relazione al trattenimento pre-espulsivo, quelle tipizzate per il richiedente trattenuto paiono meglio definite, anche in forza della necessaria valutazione caso per caso. I sintomi rilevatori dell'esistenza del rischio di fuga sono, dunque, i seguenti: l'aver il richiedente, in precedenza, fatto sistematicamente ricorso a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità, al solo fine di evitare un provvedimento di espulsione; non aver ottemperato ad una delle misure meno coercitive imposte dal prefetto nel caso di concessione del termine per il rimpatrio volontario o in alternativa al trattenimento; la trasgressione, anche reiterata, senza giustificato motivo all'ordine di allontanamento del questore. Sulla opportunità di estendere questa più rigorosa nozione di pericolo di rischio di fuga a quella prevista per il trattenimento a fini pre-espulsivi di cui all'art. 14, d.lgs. n. 268/1998, cfr. E. Valentini, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 204.

94. Si realizza qui la "continuazione" del trattenimento ad altro titolo comunque subordinata (almeno teoricamente) alla sussistenza di elementi che inducano a ritenere pretestuosa la domanda. La questione, va da sé, è alquanto delicata in quanto l'acquisizione dello *status* di richiedente protezione precede la formalizzazione dell'istanza e non competerebbe all'autorità amministrativa (il questore) sindacare in merito. Sul punto è opportuno richiamare la sentenza *Arslan* della Corte di Giustizia del 30 maggio 2013 (causa C-534/11) in cui si è precisato che la preesistenza di un provvedimento di espulsione «non consente di presumere, senza una valutazione caso per caso di tutte le circostanze pertinenti, che il richiedente abbia presentato la domanda al solo scopo di ritardare o compromettere l'esecuzione della decisione di allontanamento e che sia oggettivamente necessario e proporzionato mantenere il provvedimento di trattenimento».

affatto irrilevante avendo esteso sensibilmente l'area di trattenimento del richiedente asilo atteso l'ampio e da sempre controverso ricorso all'istituto del respingimento differito⁹⁵.

Quanto agli aspetti procedurali, e diversamente da quanto previsto per il trattenimento pre-espulsivo, pur essendo il decreto di prima applicazione di spettanza questorile, la necessaria convalida non è affidata al Giudice di pace, ma a seguito della legge Orlando-Minniti al «Tribunale sede della sezione specializzata in materia di protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea». In particolare, si prescrive che, in vista della convalida, il provvedimento applicativo del trattenimento deve essere adottato per iscritto, motivato e deve recare l'indicazione che il richiedente ha la facoltà di presentare di persona (o a mezzo di difensore) memorie o deduzioni al Tribunale competente per la convalida.

In ordine alla durata, il trattenimento del richiedente non può eccedere il tempo necessario ad esaurire la c.d. «procedura accelerata» di cui all'art. 38-*bis*, co. 1 e 3 del d.lgs. n. 25/2008. Si tratta, in particolare e fra le altre ipotesi, della procedura che scatta qualora la domanda di protezione sia presentata dallo straniero per il quale sia stato già disposto il trattenimento nei CPR. Si prevede, in tal caso, che la questura invii immediatamente la documentazione alla Commissione territoriale che, di norma, procede alla audizione del richiedente nei sette giorni successivi e adotta la decisione entro i due giorni successivi. Termini questi che, però, possono essere raddoppiati in presenza di alcune ipotesi e ulteriormente oltrepassati qualora, come recita l'art. 28-*bis*, risulti necessario assicurare un esame adeguato e completo della domanda e per un massimo di sei mesi.

Schematizzando, dunque, la tempistica (meramente ordinatoria) a disposizione della competente autorità varia, assai elasticamente, da un minimo di sei giorni a sei mesi, laddove però il co. 8, art. 28 fissa la durata massima del richiedente trattenuto in dodici mesi (comprensivi anche del tempo eventualmente speso in fase di impugnazione, dinanzi alla sezione specializzata, del provvedimento di rigetto dell'istanza), raggiungibile mediante la concessione di successive proroghe, ognuna della durata massima di sessanta giorni.

Già da questa sommaria ricostruzione del previgente regime coercitivo riservato al richiedente asilo emergono una serie di perplessità anzitutto quanto alla durata che può

95. Sul punto Corte cost., sent. n. 275 del 2017 ove pur dichiarando la inammissibilità per difetto di rilevanza della questione sollevata dal giudice *a quo*, si indirizza al legislatore un monito importante: «l'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, co. 3, Cost.». L'art. 5-*bis* della l. n. 132/2018 se non ha azzerato ha comunque assai ridotto le differenze intercorrenti tra il trattamento riservato allo straniero in forza di un provvedimento di espulsione (prefettizia, in particolare) e quello riferito alla persona attinta da un provvedimento di respingimento differito. L'impressione generale che si può trarre a tale proposito è che la parificazione in ordine alle garanzie (rinvio alle procedure di convalida e alle disposizioni di cui all'art. 13, co. 5-*bis*, 5-*ter*, 7 e 8) tra i due istituti miri in realtà a parificare le conseguenze, ovviamente assai pregiudizievoli per lo straniero, scaturenti dall'adozione della espulsione (divieto di reingresso, sanzione penale, c.d. segnalazione Schengen).

arrivare fino ad un anno. Per il trattenimento “ordinario”, prima della riforma operata dalla l. n. 132/2018, la durata massima era di novanta giorni. Una prima giustificazione in ordine a tale scarto temporale potrebbe essere individuata nella diversità delle situazioni che ne sono alla base. Per il trattenimento pre-espulsivo, l’irregolarità del soggiorno dello straniero viene tendenzialmente accertata (o quantomeno presupposta) già con l’adozione del provvedimento di espulsione (o di respingimento), mentre per il richiedente asilo la durata massima del trattenimento viene legata ai tempi della procedura del riconoscimento della protezione. La divaricazione temporale, tuttavia, resta eccessivamente marcata a tutto scapito di soggetti che, almeno presuntivamente, stanno esercitando un diritto costituzionalmente e internazionalmente riconosciuto.

Con riguardo al rischio di fuga, d’altro canto, la normativa si mostra più indulgente nei riguardi del richiedente asilo così come ben più consistenti sono le garanzie derivanti dall’autorità giudiziaria competente per la convalida: un giudice onorario e a cottimo (il giudice di pace)⁹⁶ per il trattenuti “ordinari; un giudice ordinario, ora anche specializzato, per i richiedenti protezione internazionale. A ben guardare però, la procedura di convalida per il trattenimento del richiedente pare essere stata «sagomata secondo una logica che mortifica il contraddittorio e il diritto di difesa dell’interessato, inseguendo pure convenienze di economia processuale»⁹⁷.

L’impressione che si trae dalla complessiva disciplina normativa, e non solo interna, del trattenimento del richiedente asilo è che ci si sia progressivamente dimenticati che essi «possono dirsi gli unici migranti, che, a cagione di contingenze fattuali legate a eventi bellici o naturali o comunque di carattere umanitario, affermano un diritto individuale alla migrazione [...] connesso al dovere di protezione degli Stati»⁹⁸, fondativo di un regime giuridico suo proprio e differenziato⁹⁹. E di rimando, non può che rilevarsi come invece il ricorso allo strumento della detenzione amministrativa, nel suo essere sostanzialmente una privazione della libertà personale senza le garanzie tipiche dell’*habeas corpus*, altro non

96. Da quando la competenza del giudizio di convalida del trattenimento pre-espulsivo è stata spostata dal Tribunale ordinario al Giudice di pace (l. n. 271 del 2004), unanimemente la dottrina ha espresso critiche serratissime, tanti e tali essendo i dubbi circa l’effettività di una tutela giurisdizionale dalla natura troppo spesso “cartolare”.

97. Così E. Valentini, *ult. op. cit.*, p. 219. Si segnala, al proposito, una importante sentenza della Corte EDU (sent. 6 ottobre 2016, *Richmond Yaw e altri c. Italia*, ricc. nn. 3342/11, 3391/11, 3409/11 e 3447/11) ove, all’unanimità, si condanna l’Italia per la violazione dell’art. 5 CEDU in tema di diritto alla libertà e alla sicurezza. In particolare, si sottolinea la necessità di fissazione di una udienza camerale per la convalida della proroga del trattenimento dello straniero irregolarmente presente e si stigmatizza l’insufficienza dei rimedi forniti dall’ordinamento italiano in materia di riparazione del danno da ingiusta detenzione.

98. Così M. Consito, *ult. op. cit.*, p. 144.

99. CGUE, C.357/09 PPU, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)* ove si legge che «il trattenimento ai fini dell’allontanamento disciplinato dalla Direttiva 2008/115 ed il trattenimento [in arresto] disposto nei confronti di un richiedente asilo, in particolare in forza delle Direttive 2003/9 e 2005/85 e delle disposizioni nazionali applicabili, rientrano in regimi giuridici distinti».

disveli che la sua natura più oscena: fungere da deterrente e disincentivare i migranti ad intraprendere il viaggio verso luoghi in cui si spera di vivere in condizioni di maggiore sicurezza¹⁰⁰.

8. La nuova ipotesi di trattenimento a fini identificativi del richiedente asilo. Come le eccezioni diventano la regola

L'art. 3 della l. n. 132/2018 al primo comma introduce nel corpo dell'art. 6 del d.lgs. n. 142/2015 un nuovo comma, il 3-*bis* che istituisce una nuova forma di trattenimento finalizzato alla determinazione o alla verifica dell'identità del richiedente asilo, figura che compare nell'elenco tassativo dei motivi di detenzione dei richiedenti asilo di cui all'art. 8, par. 3, lett. a) della Direttiva accoglienza¹⁰¹.

Questi può essere trattenuto «per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture» di cui all'art. 10-*ter*, co. 1, d.lgs. 268/1998. Ove, trascorsi questi primi trenta giorni non sia stato possibile determinare o verificare identità o cittadinanza del richiedente, allo stesso si può imporre una “continuazione” del trattenimento all'interno di un CPR «con le modalità previste dal comma 5 del medesimo art. 14, per un periodo massimo di centottanta giorni».

Le strutture, al cui interno dovranno essere individuati “appositi” locali idonei, cui la novella legislativa rimanda, sono i famigerati e rocamboleschi “punti di crisi” o “*hotspot*”¹⁰²,

100. Atteggiamento apertamente stigmatizzato, ad esempio, dallo *Special Rapporteur on the Human RIGHTS OF Migrants Jorge Bustamant*, Human Rights of Migrants, UN General Assembly, A/65/222, 3 August 2010, parr. 8-9, ove si sottolinea come lo sproporzionato uso della detenzione amministrativa appaia ingiustificato rispetto alla lesione dei diritti perpetrate a danno dei migranti e come venga usata a fini deterrenti per prevenire gli arrivi sia dei migranti economici che dei richiedenti asilo. Motivi, questi ultimi, che non possono giustificare il ricorso massiccio alla detenzione. Nel Report del 2012, si aggiunge che «*The special Rapporteur would like to emphasize that there is no empirical evidence that detention deters irregular migration or discourages persons from seeking asylum. Despite increasingly tough detention policies being introduced over the past 20 years in countries around the world, the number of irregular arrivals has not decreased. This may be due, inter alia, to the fact that migrants possibly see detention as an inevitable part of their journey*» (par. 8).

101. La motivazione all'origine di tale previsione nella Direttiva accoglienza è che essa è legata al buon funzionamento del Sistema europeo comune di asilo. Nella sentenza 14 settembre 2017, causa C-18/16, *K.*, la CGUE si è pronunciata sulla validità dell'art. 8, par. 3, co. 1, lettere a) e b) della direttiva accoglienza ritenendola non in contrasto con l'art. 6 della Carta dei diritti UE, interpretato alla luce dell'art. 5, par. a, lett. f) della CEDU. Per il giudice dell'UE la misura del trattenimento fondata sui motivi di cui alle lettere a) e b) «consente di identificare le persone che chiedono protezione internazionale e verificare se soddisfano le condizioni per pretendere una tale protezione, al fine di evitare, qualora così non fosse, che esse entrino e soggiornino illegalmente nel territorio dell'Unione» (punto 36). Per la Corte, però, tale disposizione non deve andare oltre quanto necessario per raggiungere il suddetto obiettivo e vincola l'esercizio del potere di trattenimento al rispetto di una serie di condizioni tra cui il divieto di trattenere una persona per il solo fatto della presentazione di una domanda di protezione internazionale e l'obbligo per gli Stati di prevedere misure alternative al trattenimento.

102. Se ne veda l'esaustiva ricostruzione fattane da M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2018.

istituiti nei CPSA o nei Centri governativi di prima accoglienza menzionati dall'art. 9, d.lgs. n. 142/2015¹⁰³.

Si ricorderà come la legge Orlando-Minniti del 2017 abbia esperito il tentativo, «maldestro e insufficiente»¹⁰⁴, di fornire una base legale agli *hotspot*, metodo prefigurato e voluto dalla Commissione europea già a far data dall'apparizione della «Agenda europea sulla migrazione del 13 maggio 2015»¹⁰⁵. Per “recepire” la nuova metodologia imposta dalla Commissione, al fine di condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali, nel giugno 2016 sono state pubblicate le *Standard operating procedures* (SOP) e nel settembre del medesimo anno la *Roadmap*, ossia una sorta di attuazione dell'Agenda europea.

La prassi dei respingimenti¹⁰⁶, invalsa già all'indomani dell'apertura dei primi *hotspot*, da parte di soggetti (le autorità di pubblica sicurezza) cui non compete affatto la valutazione di chi sia meritevole di protezione internazionale e chi no, ha portato all'adozione (nel gennaio del 2016) di una circolare urgente del Ministero dell'interno-Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione rivolta ai prefetti e al Capo della polizia con oggetto «Garanzie e modalità nell'accesso alla procedura di asilo» dove, tra le altre cose, si ricordava che a norma di legge, solo le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e non la polizia di frontiera ha il compito di valutare le domande e, eventualmente, decidere sui casi di inammissibilità.

A questi profili di più che dubbia legittimità che hanno accompagnato l'avvio della operatività di tali amorfe (e anomiche) strutture, si aggiungeva la questione del come ricondurli a qualcuno dei Centri ove, a diverso titolo, venivano trattenuti i migranti. La sola

103. O forse anche, come immediatamente si è rilevato «nelle questure dove avvengono le procedure di identificazione delle persone di cui si dispone l'espulsione per soggiorno irregolare menzionata implicitamente dallo stesso art. 10-ter, co. 3», TUI, così ASGI, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113/2018. Prime osservazioni sugli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 113/2019*, aggiornato al 25 ottobre 2018, in *Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione*, www.asgi.it, p. 4.

104. E. Valentini, *ult. op. cit.*, p. 83.

105. *Bruxelles, 13.5.2016 (COM/2015) final*, (Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni).

106. Nella *Relazione sul sistema di identificazione e di prima accoglienza nell'ambito dei centri "hotspot"*, Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, cit., p. 11, si dava conto dei numeri forniti dalla questura di Agrigento, dalla data di apertura del Centro *hotspot* di Lampedusa (28 settembre 2016) al 29 gennaio: «i provvedimenti di respingimento adottati sono stati 1426, di cui solo 311 con conseguente trattenimento presso il CIE e ben 1115 con invito a lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni dalla frontiera di Roma Fiumicino. Tali numeri dimostrano inequivocabilmente che il primo effetto del nuovo approccio *hotspot* è stato quello di determinare una crescita sproporzionata dei soggetti cui è stato negato il diritto di avanzare richiesta di protezione internazionale oltre a una enorme mole di soggetti che avviati alla condizione di irregolarità e non avendo le risorse per lasciare autonomamente il nostro Paese, rischia di essere risucchiata da circuiti criminali o essere relegati a condizioni di marginalità sociale e sfruttamento lavorativo».

normativa di riferimento restava quella del 1995, nota come Legge Puglia¹⁰⁷, che, difatti, il d.lgs. 142 del 2015 richiama nel suo art. 8, co. 2 per svolgere funzioni di soccorso e di prima assistenza, nonché di identificazione.

Se a quanto finora ricostruito si aggiunge l'esigenza di fornire un minimo di copertura legale alla detenzione *extra ordinem*¹⁰⁸ più volte praticata nei CPSA, si può ben capire quanto urgente fosse correre ai ripari e dare veste formale al sistema *hotspot*. L'art. 17, co. 1, del d.l. n. 13/2017, per tutta risposta, ha inserito nel d.lgs. n. 268/1998 il nuovo art. 10-ter, il cui primo comma statuisce che «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi», allestiti sulla base di quanto previsto dalla legge Puglia del 1995 e dall'art. 9 del d.lgs. 142 del 2015¹⁰⁹. È in questi «punti di crisi» che vengono effettuate «le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico» (anche ai fini del Regolamento Eurodac) ed è «assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito».

Come si è subito unanimemente sottolineato, il rimando alle strutture istituite dalle normative del 1995 e del 2015 tramite l'incastro di arditi rinvii normativi era, in sostanza, un rinvio vuoto in quanto non era possibile riscontrare «alcunché di giuridicamente rilevante quanto al trattenimento degli stranieri presenti nei punti di crisi»¹¹⁰, ma solo l'inserimento di un altro elemento di incoerenza nell'architettura, già assai barocca, del sistema di accoglienza italiano. Dunque, una «terra di nessuno»¹¹¹, un «limbo giuridico»¹¹², un irrocervo normativo in cui consumare una forma di trattenimento atipico o «anche una forma di

107. Si tratta del d.l. 30 ottobre 1995, n. 451 (conv. con mod. nella l. n. 563/1995) pensato per dare una risposta immediata agli sbarchi sulle coste pugliesi dei primi anni Novanta e che istituiva tre Centri lungo le stesse per le esigenze di primo soccorso.

108. Utilizza questa espressione L. Maserà, *Stranieri irregolari e misure detentive; una libertà diversa?*, in Aa.Vv., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 90. Peraltro, sul legislatore italiano pendeva l'onere di dar seguito alla sentenza della Corte EDU che, nel caso *Khlaifia c. Italia* (Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*) per la prima volta aveva rilevato l'illegittimità della detenzione dei migranti all'interno dei Centri di prima accoglienza italiani.

109. Ove, ricordiamolo, in materia di prima accoglienza ed espletamento delle operazioni necessarie alla definizione della posizione giuridica, si prevede che lo straniero venga «accolto» nei Centri governativi di prima accoglienza.

110. Cfr. M. Benvenuti, *ult. op. cit.*, p. 19.

111. M. D'Andrea, *Migranti e "hotspot"*, in *Economia e Politica*, 2017, p. 3.

112. A. Mangiaracina, *Una "nuova" forma di detenzione per l'identificazione dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 601.

detenzione “amministrativa” *de facto, sine die* che non soggiace alla procedura di convalida da parte dell’ autorità giurisdizionale»¹¹³.

Il quadro, già di per sé caratterizzato da indefinitezza giuridica, si è complicato ulteriormente in virtù della previsione, sempre nel d.l. Orlando-Minniti, di una vera e propria ipotesi di detenzione amministrativa conseguente al rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici, fatto assurgere ad elemento sintomatico di rischio di fuga ai sensi dell’ art. 14, d.lgs. n. 268/1998¹¹⁴.

Fatta questa necessaria premessa, e ritornando alla nuova fattispecie di detenzione amministrativa a fini identificativi del richiedente asilo di cui all’ art. 3 della l. n. 132/2018, *prima facie* si potrebbe inquadrarlo come un tentativo di fornire copertura legale alla privazione della libertà personale in strutture, o meglio apposti locali idonei all’ interno di queste, diverse da quelle a ciò istituzionalmente (e pur assai problematicamente come dianzi visto) deputate e cioè i CPR. Questo però non appare per nulla sufficiente a “salvare” questi nuovi luoghi di trattenimento dalla indeterminatezza¹¹⁵ anche quanto alle modalità del trattenimento stesso di cui nulla, o quasi nulla, si dice e pertanto manifesta appare la violazione della riserva assoluta di legge circa i modi della restrizione della libertà personale di cui all’ art. 13 Cost.

La dicitura “apposti locali” all’ interno delle strutture potrebbe far supporre l’ intento di tener separati i richiedenti protezione di cui si debba accertare l’ identità o la cittadinanza rispetto a chi non abbia avanzato domanda, a chi necessiti di soccorso o prima assistenza perché appena “salvato” dalle acque del Mediterraneo, o nei cui confronti si stia procedendo ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici o anche da chi vi si oppone con rifiuto reiterato. Se così fosse, se cioè i punti di crisi smettessero di essere un coacervo indistinto in cui si contiene l’ eccedenza migrante, il legislatore di riforma avrebbe dovuto avere una maggiore attenzione nel disciplinarli. In particolare, avendo il rischio di incorrere in una violazione dell’ art. 117, co. 1, Cost., porre maggiore attenzione a quanto prescrive l’ art. 10 della Direttiva “accoglienza”.

113. A. Mangiaracina, *Hotspots e diritti: un binomio impossibile?*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, dicembre 2016, p. 8.

114. Art. 10-ter, co. 3, d.lgs. n. 268/1998, ove si specifica che il trattenimento, deciso caso per caso, è disposto dal questore e conserva la sua efficacia per una durata massima di 30 giorni, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto. Se ad essere trattenuto è un richiedente protezione internazionale, competente per la convalida resta il Tribunale sede della sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell’ Unione europea.

115. Uno spiraglio, quantomeno in ordine alla possibile previa conoscenza di quali saranno i locali idonei di cui al nuovo art. 6, co. 3-bis, d.lgs. n. 142/2015, potrebbe derivare dall’ inserimento (in sede di conversione) dell’ art. 2-bis ove si inseriscono le strutture degli apposti punti di crisi di cui all’ art. 10-ter, co. 1, TUI quali luoghi in cui il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale possa condurre la verifica in ordine al rispetto dei diritti dello straniero detenuto.

Tale ultima disposizione, infatti, prevede che il trattenimento dei richiedenti debba aver luogo, “di regola”, in appositi Centri di trattenimento e non certo in appositi locali all’interno di strutture funzionalmente preposte ad altro. Si aggiunge che ove lo Stato membro «non possa ospitare il richiedente in un apposito Centro di trattenimento e sia obbligato a sistemarlo in un istituto penitenziario, provvede affinché il richiedente trattenuto sia tenuto separato dai detenuti ordinari e siano applicate le condizioni di trattenimento» previste dalla Direttiva.

La regola, dunque, è il trattenimento nei Centri e l’eccezione è la sistemazione in un istituto penitenziario¹¹⁶. Affatto convincente, pertanto, è quanto si afferma nella relazione illustrativa al d.l. 113/2018 e cioè che il citato articolo della Direttiva accoglienza consentirebbe deroghe al trattenimento nei Centri di permanenza avendo usato l’espressione “di regola”. La strategia seguita sembrerebbe piuttosto essere un traluzio capovolgimento del rapporto tra la regola e l’eccezione: nella lettura datane dal legislatore di riforma il trattenimento al di fuori del CPR assurge, infatti, a regola avvenendo «anzitutto e soltanto»¹¹⁷ nei luoghi indicati all’art. 10-ter, d.lgs. n. 268/1998.

Tacendo sulle modalità del trattenimento negli appositi locali dei Centri di soccorso e prima assistenza, nei Centri governativi di prima accoglienza, negli *hotspot* e nei locali delle questure comunque si palesa una violazione dell’art. 10 della Direttiva accoglienza che, anche laddove ammette il trattenimento negli istituti penitenziari, impone che siano applicate le condizioni da essa previste. Peraltro, al cons. 19 della Direttiva accoglienza si “suggerisce” che ove sia impossibile (a causa della situazione geografica o della struttura specifica del Centro di trattenimento) assicurare, sin da subito, determinate garanzie di accoglienza, «è opportuno che qualsiasi deroga a tali garanzie sia temporanea e sia applicata solo nelle circostanze eccezionali» previste dalla Direttiva stessa. Solo circostanze eccezionali, debitamente giustificate, previa valutazione della situazione caso per caso (tra

116. Rileva F. Spitaleri, *ult. op. cit.*, p. 151, ancorchè in riferimento alla detenzione amministrativa a fini espulsivi, come tra le implicazioni dello stretto nesso funzionale tra la detenzione amministrativa e l’espulsione vi sia la necessità di non fare confusione, né dal punto di vista teorico né sotto il profilo delle condizioni del trattenimento, tra le persone detenute a fini espulsivi e i soggetti detenuti per aver commesso reato. Le persone da espellere «non hanno commesso nessun reato (salvo quello di ingresso e soggiorno illegale, eventualmente previsto dalla legislazione interna). Tali persone non possono quindi essere sottoposte a un regime di detenzione analogo a quello riservato ai colpevoli di una violazione della legge penale [...]. Quest’ultimi devono infatti scontare una pena, che ha come obiettivo la punizione e la rieducazione del reo. Nel caso dei migranti trattenuti, invece, in assenza di reato non c’è, né ci deve essere alcun intento punitivo né alcun proposito di rieducazione».

117. Così ASGI, *Le modifiche alla disciplina*, cit., p. 5. Al cons. 20 della Direttiva accoglienza, vale la pena ricordarlo, si rileva come il trattenimento del richiedente, incidendo di sicuro sulla sua integrità fisica e psicologica, dovrebbe costituire misura di *extrema ratio* da applicare «dopo che tutte le misure non detentive alternative al trattenimento sono state debitamente prese in considerazione». Parimenti il comma 4, art. 8, della Direttiva accoglienza espressamente prevede che gli Stati membri contemplino disposizioni alternative al trattenimento.

cui la gravità della deroga, la sua durata e gli effetti sul richiedente interessato) potrebbero rendere ammissibili le deroghe al regime ordinario del trattenimento del richiedente.

Certamente, però, i profili di dubbia legittimità costituzionale della nuova ipotesi di trattenimento a fini identificativi del richiedente asilo non si fermano qui.

Anzitutto, occorre ricordare che la regola aurea in materia, ovunque richiamata (a partire dall'art. 31 della Convenzione di Ginevra¹¹⁸), ma troppo spesso erosa nella sua portata garantistica, è che il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda. Principio, quest'ultimo, richiamato (come non poteva che essere) nel primo comma dell'art. 6, d.lgs. 142/2015 laddove, invece, nei successivi commi si prefigurano le eccezioni per come dianzi visto. Il trattenimento ai fini della determinazione della identità o della nazionalità di cui al nuovo art. 3-*bis* appare, invero, non come “una” delle diverse modalità con cui legittimamente si può trattenere il richiedente ma “la” modalità attraverso cui si vorrebbe dare veste formale al trattenimento di ogni richiedente asilo che sia privo di documenti di identità¹¹⁹. Circostanza quest'ultima affatto eccezionale atteso che la stragrande maggioranza dei richiedenti, e specialmente quelli il cui viaggio è già una odissea, ne risulta privo.

La nuova disposizione normativa non si premura di definire minimamente i motivi sui quali potrà poggiare il trattenimento ponendosi in siderale distanza rispetto, anzitutto, a quanto previsto dall'art. 13, co. 3 Cost. ove in maniera cristallina si specifica che sì l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori ma solo in «casi eccezionali di necessità e di urgenza, indicati tassativamente dalla legge». Il presupposto del trattenimento, e cioè la determinazione della identità o della cittadinanza ove manchino i relativi documenti, è general-generico e affatto eccezionale. La chiosa finale dell'art. 8 della Direttiva accoglienza, il cui par. 3, lett. a) prevede la possibilità che il richiedente possa essere trattenuto per determinarne identità o cittadinanza, deve essere sfuggita all'occhio selettivo del legislatore di riforma atteso che essa così recita: «I motivi del trattenimento sono specificati nel diritto nazionale». Una scelta questa che, al pari di molte altre di simile tenore, non tiene in considerazione gli obblighi che discendono dagli artt. 10 (co. 2 e 3) e

118. A norma del quale «Gli Stati contraenti non applicheranno sanzioni penali, per ingresso o soggiorno irregolare, a quei rifugiati che, provenienti direttamente dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata nel senso previsto dall'art. 1, entrano o si trovano sul loro territorio senza autorizzazione, purché si presentino senza indugio alle autorità ed esponano ragioni ritenute valide per il loro ingresso o la loro presenza irregolare».

119. Il che non pare andare nella direzione indicata dalla CGUE che nella sent. K., cit., ha ricordato che l'art. 8, par. 3, co. 1, lettere a) e b) si basa su raccomandazioni e linee guida del Consiglio d'Europa e dell'UNHCR, dalle quali risulta che «da, un lato, il trattenimento è una misura eccezionale e che, dall'altro, è possibile far ricorso al trattenimento esclusivamente in ultima istanza, qualora sia ritenuto necessario, ragionevole e proporzionato ad uno scopo legittimo» (punto 46).

117, co. 1, Cost. e che non è messa al riparo da censure di incostituzionalità per il solo fatto di aver “diligentemente” ricopiato l’ipotesi menzionata dall’art. 8, par. 3, lett. a).

Trattandosi, senza ombra di dubbio, di una vera e propria ipotesi di «altra restrizione della libertà personale» del richiedente asilo ed anche in ragione della sua collocazione nel corpo dell’art. 6, d.lgs. n. 142 del 2015, dedicato appunto al trattenimento del richiedente, ad esso vanno applicate (in una ottica costituzionalmente orientata) le garanzie giurisdizionali previste dai commi 5 e ss. dell’art. 6 citato¹²⁰.

Trascorsi i primi trenta giorni all’interno degli appositi locali delle strutture “altre” rispetto ai CPR e ove non sia stato possibile determinare o verificare identità e cittadinanza del richiedente, la pena senza colpa del trattenimento (a discrezione dell’autorità di pubblica sicurezza) può continuare all’interno dei CPR, con le modalità previste dal co. 5, art. 14, d.lgs. n. 268/1998, per un periodo massimo di centottanta giorni e seguendo il sistema delle convalide¹²¹. Anche in questo caso, il legislatore non ha ritenuto di dover specificare cosa possa determinare l’impossibilità della identificazione e cioè quali siano gli impedimenti verificatisi i quali si possono allungare, e non di poco, i tempi del trattenimento¹²².

Tale ultima questione genera più di una perplessità anche in riferimento al rapporto con le altre forme di detenzione amministrativa, del cui preciso raccordo la l. n. 132/2018 sostanzialmente si disinteressa¹²³, non chiarendosi assolutamente come una decisione di trattenimento decisa ai sensi della Direttiva rimpatri possa essere commutata nella diversa forma di trattenimento per i richiedenti protezione e viceversa.

120. Il provvedimento formale di trattenimento o la proroga dello stesso adottato dal questore dovrà essere convalidato dai giudici della sezione specializzata del Tribunale competente.

121. Non è chiaro, peraltro, se i tempi del trattenimento nell’*hotspot* (trenta giorni o eventualmente meno) debbano essere computati o meno ai fini della determinazione massima del tempo di trattenimento. Nella sent. *Kadzoev*, Causa C-357/09 PPU, del 30 novembre 2009, la CGUE ha fornito indicazioni importanti quanto al calcolo dei termini della detenzione. Si precisa, in particolare, che «il periodo durante il quale una persona è collocata in un Centro di permanenza temporanea in forza di una decisione adottata a norma delle disposizioni nazionali e comunitarie relative ai richiedenti asilo non deve essere considerato un trattenimento ai fini dell’allontanamento ai sensi dell’art. 15 della Direttiva 2008/115». La Corte fonda questo rilievo sulla constatazione che le due forme di trattenimento (quella a fini di allontanamento e quella disposta nei riguardi del richiedente asilo) rientrano in «distinti regimi giuridici», diversi essendo finalità e presupposti delle due forme di privazione della libertà personale.

122. Qualche suggerimento in merito alle procedure amministrative correlate ai motivi del trattenimento è contenuto nel cons. 16 della Direttiva accoglienza. Si fornisce una nozione, per così dire minima, di “debita diligenza” secondo cui gli Stati membri «per lo meno» devono adottare «misure concrete e significative per assicurare che il tempo necessario per verificare i motivi del trattenimento sia il più breve possibile e che vi sia una prospettiva reale che tale verifica possa essere effettuata con successo il più rapidamente possibile».

123. Ci si è chiesti, in particolare, se al trattenimento a fini identificativi del richiedente asilo fino a centottanta giorni (una volta “scontati” i primi trenta in un *hotspot*) si possa o meno aggiungere un ulteriore trattenimento ove si verifichino le ipotesi indicate nei commi 5 e 7, art. 6 del d.lgs. n. 142/2015 e che complessivamente prevedono una durata ulteriore di 1 anno. Vero è che a norma dell’ultimo inciso del comma 6, art. 6 del citato decreto la proroga del trattenimento non può essere giustificata da eventuali ritardi nell’espletamento delle procedure amministrative finalizzate all’esame della domanda e che non siano imputabili al richiedente.

L'ossessione, in qualche modo indotta dal diritto euro-unitario per poter consentire un efficace funzionamento del Sistema comune europeo di asilo e scongiurare il pericolo dei c.d. movimenti secondari, verso l'accertamento della identità di ogni essere umano straniero che varchi la frontiera e tocchi il suolo patrio, unitamente al retro pensiero per cui il migrante mira a strumentalizzare la domanda di protezione internazionale solo per intralciare l'esecuzione della decisione di rimpatrio, con la novella del 2018 tocca, dunque, il suo apice ingenerando troppe incertezze interpretative.

Bisogna al proposito ricordare, anzitutto, che il d.l. Orlando-Minniti ha introdotto l'art. 10-ter nel corpo già martoriato dei combinati disposti in materia di espulsioni, respingimenti e trattenimenti del d.lgs. n. 268/1998. L'art. 10-ter prevede che lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna, ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare (e di cui ancora devono accertarsi le motivazioni, politiche o "economiche", della migrazione) è condotto «per le esigenze di soccorso e di prima assistenza» e per le operazioni di rilievo fotodattiloscopico anche ai fini del Regolamento EURODAC, presso i punti di crisi o presso i Centri governativi di prima accoglienza.

Nella realtà, si è trattato di una carcerazione *de facto* e *sine titulo* di cui non vengono definiti tempi, modalità e sulla quale non opera un controllo giurisdizionale. L'introduzione del trattenimento a fini identificativi, ma solo per i richiedenti asilo, parrebbe (con tutti i dubbi del caso) essere stata dall'intento di dare un minimo di copertura legale a una forma di carcerazione "in entrata" che ne era completamente carente.

Come si è visto, è stata prevista la possibilità di convertire la privazione della libertà presso gli *hotspot* dei richiedenti asilo, dopo i primi trenta giorni, in un trattenimento presso i CPR suscettibile di durare fino a sei mesi e con le modalità previste dal co. 5, art. 14, d.lgs. n. 268/1998. Ciò comporta che dovrà essere chiesta una nuova convalida alla medesima sezione specializzata del Tribunale competente per territorio, adducendo i motivi che non hanno reso possibile l'identificazione del richiedente. Se questi non è munito di passaporto o di valido documento di identità, e atteso che nessun contatto può esserci con le autorità del dichiarato (o presunto) Paese di origine¹²⁴, all'autorità di pubblica sicurezza resta da

124. L'art. 25 della Convenzione di Ginevra stabilisce che «allorquando l'esercizio di un diritto da parte di un rifugiato richiederebbe normalmente il concorso di autorità straniere, alle quali non può ricorrere, gli Stati contraenti sul territorio dei quali risiede, faranno in modo che questo concorso gli sia fornito sia dalle loro stesse autorità, sia da un'autorità internazionale». Il carattere declaratorio dello *status* di rifugiato (affermato anche dalla Direttiva qualifiche al par. 14) fa sì che la norma in oggetto sia stata estensivamente intesa come riferibile anche al richiedente protezione internazionale. Una differente interpretazione che imponesse al richiedente contatti con il suo Paese di origine o contatti *de facto* tra Stato ospitante e Stato di origine contrasterebbe, in maniera palese, con la *ratio* della norma ossia la finalità di protezione. Anche l'art. 25, d.lgs. n. 25/2008 prevede un principio di riservatezza del procedimento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, stabilendo all'art. 25 che «ai fini dello svolgimento della procedura in nessun caso possono essere acquisite informazioni dai presunti responsabili della persecuzione ai danni del richiedente».

percorrere la strada della verifica della presenza di rilievi fotodattiloscopici in Eurodac o nelle banche dati a sua disposizione. Se a seguito di tali verifiche l'identità o la cittadinanza venissero acclarate, verrebbe meno l'unico presupposto legittimante il trattenimento e la competente autorità giudiziaria avrebbe gioco facile a non convalidare un eventuale provvedimento questorile.

Il problema, come si è rilevato, «dell'identificazione e dell'individuazione della nazionalità si porrà solo nei confronti di quanti giungono per la prima volta nell'UE o comunque non siano mai stati precedentemente inseriti all'interno della banche dati europee»¹²⁵ e che non è necessariamente legato alla volontà del richiedente ma ad una circostanza oggettiva.

Il presupposto della conversione del trattenimento di cui all'art. 10-ter, d.lgs. 268/1998, laddove discetta di «rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi» appare sintomatica di una condotta mirante ad ostacolare il procedimento di identificazione; l'art. 3 della l. n. 132/2018 prevede la conversione del trattenimento «ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza», esito (come sopra rilevato) che può essere totalmente indipendente dalla condotta dello straniero e pienamente imputabile alla scarsa efficacia dell'azione dell'amministrazione precedente.

La scelta, dunque, di stabilire sotto quale titolo, se l'art. 6, co. 3-bis di nuovo conio o l'art. 10-ter, co. 3, effettuare il trattenimento pare essere stata interamente demandata alla discrezionalità, difficilmente sindacabile e insondabile, della questura. La sottile e insidiosa distinzione tra la oggettiva difficoltà di appurare l'identità dell'interessato e una sua condotta "oppositiva" resterebbe così nel raggio di azione del questore, la cui decisione però porta a due situazioni ben diverse: nel primo caso, un trattenimento del richiedente in un *hotspot* (eventualmente da proseguire in un CPR per complessivi sette mesi¹²⁶); un trattenimento in un CPT per un massimo di trenta giorni.

La diversificazione temporale appare di assai dubbia ragionevolezza specie nella misura in cui l'impossibilità della identificazione prescinda da qualsiasi volontà dell'interessato ma solo dalla incapacità dell'amministrazione precedente a svolgere con la dovuta diligenza i propri compiti.

125. Così ASGI, *ult. op. cit.*

126. Il nuovo art. 3-bis, d.lgs. n. 142/90 richiama espressamente l'art. 14, co. 5, d.lgs. n. 268/1998 di talché il questore può attivare la sequenza delle proroghe del trattenimento presso il CPR per il richiedente che abbia già trascorso i primi trenta giorni in un *hotspot* anche «qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità» presenti gravi difficoltà e continuare solo quando emergano elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione». È difficile immaginare quali elementi concreti possano insorgere tra una convalida e l'altra e tali da rendere probabile l'identificazione del richiedente a meno di non immaginare il ricorso a prassi assolutamente illegali di colloqui informali con il personale delle Rappresentanze diplomatico-consolari del presunto Paese di origine dello straniero.

È del tutto evidente come il legislatore di riforma, non troppo difformemente dai predecessori, non abbia tenuto in nessun conto i gravi effetti collaterali derivanti dalle disinvolute conversioni delle forme di trattenimento amministrativo ora ai sensi della Direttiva rimpatrio e ora ai sensi della Direttiva accoglienza che, solo formalmente, rientrano «in distinti regimi giuridici¹²⁷».

Volendo, dunque, procedere ad un tentativo di schematizzazione, con la novella legislativa in commento, ai già esistenti tipi di trattenimento dello straniero si aggiungono tre nuove ipotesi e tutte in luoghi diversi dal CPR: il trattenimento del richiedente asilo a fini identificativi negli *hotspot* o nei Centri governativi o nei *regional hub*; il trattenimento dello straniero da rimpatriare in strutture idonee nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza; il trattenimento dello straniero da rimpatriare in locali idonei in frontiera. Per ogni tipo di trattenimento cambiano i presupposti iniziali, cambia il sistema e la durata delle proroghe, cambiano i giudici competenti e variano i possibili luoghi del trattenimento. Ciò che, invece, accomuna queste tipologie di privazione della libertà personale dello straniero è il loro reiterato lambire il sistema garantistico disegnato dall'art. 13 Cost. e aggirare in maniera pilatesca le normative euro-unitarie e financo internazionali.

9. La costituzionalmente dubbia moltiplicazione dei luoghi del trattenimento

L'art. 4 (recante «Disposizioni in materia di modalità di esecuzione dell'espulsione») della l. n. 132/2018 modifica il testo dell'art. 13, co. 5-*bis*, d.lgs. 268/1998 prevedendo che ove non vi sia disponibilità di posti all'interno dei CPR, ubicati nel circondario del Tribunale competente «il Giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione del procedimento di convalida in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza»¹²⁸. Se, anche dopo l'udienza di convalida, permane l'indisponibilità di posti, il giudice può autorizzare la permanenza, «in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida»¹²⁹. In sede di conversione, si è poi aggiunta la solita clausola di stile secondo la quale nelle non meglio identificate strutture e/o locali di cui sopra si «garantiscono condizioni di trattenimento che assicurino il rispetto della dignità della persona».

127. CGUE, sent. *Kadzoev*, cit., punto 45.

128. Integrando, si legge nella Relazione illustrativa «la vigente previsione che già prevede che il procedimento di convalida possa definirsi nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento anche prima del trasferimento in uno dei Centri disponibili».

129. Per tale disposizione, il co. 2, art. 3, l. n. 132/2018 prevede uno stanziamento, relativamente all'anno 2019, pari a 1,5 milioni di euro da far valere sui FAMI.

Nella relazione illustrativa al decreto-legge si afferma che la norma è in linea con la Direttiva rimpatri «che non esclude che il trattenimento dei cittadini di Paesi terzi possa essere disposto in luoghi diversi da quelli all'uopo destinati, atteso che il considerando n. 17 e l'articolo 16 della citata Direttiva prevedono che il trattenimento debba avvenire “di norma” presso gli appositi Centri di permanenza temporanea, non escludendo pertanto possibili luoghi idonei alternativi». Si aggiunge che l'«ulteriore misura di legittima temporanea permanenza in luoghi diversi dai Centri di permanenza per il rimpatrio» è finalizzata a «migliorare il sistema di rimpatrio nazionale, garantendo in ultima istanza una più efficiente gestione ed esecuzione delle operazioni di rimpatrio». Si è già rilevato dianzi come la lettura del rapporto tra regola ed eccezione (la prima essendo il trattenimento nei Centri di permanenza per il rimpatrio e le seconde essendo ammissibili solo in strutture separate negli istituti penitenziari) pare essere viziata dal difetto di fondo di voler giustificare a tutti i costi ciò che non è giustificabile; e, questo, anzitutto alla luce delle garanzie che l'art. 13 Cost. impone ogni qual volta si proceda alla restrizione della libertà personale di un essere umano. L'idoneità dei locali è demandata all'autorità di pubblica sicurezza e nessun parametro, o standard, o indicazione viene fornita mettendosi in un assoluto cono d'ombra che si tratta di aspetti da disciplinare con una fonte primaria.

In una sorta di delirio di onnipotenza, poi, si traslano competenze che l'art. 110 Cost. affida al Ministro della giustizia cui appunto compete l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Come i primi commenti non hanno mancato di notare, non vi è ragione di dubitare che l'organizzazione anche logistica delle udienze di convalida pertenga al funzionamento della giustizia e può avvenire solo in locali di pertinenza del Ministero della giustizia¹³⁰.

I conti, poi, non tornano per quanto riguarda il computo delle 48 successive all'udienza di convalida il cui termine, trattandosi di libertà personale, inizia a scorrere dal momento dell'apertura della stessa e non della sua chiusura. Se nel caso del trattenimento dello straniero nel CPR o nel luogo ove è stato adottato il provvedimento di allontanamento, in attesa della convalida dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, esso non può superare le 96 ore, il trattenimento nelle altre strutture “idonee” può in astratto protrarsi per 6 giorni (48 ore per la richiesta di convalida dell'accompagnamento alla frontiera, 48 ore per l'adozione del provvedimento di convalida, 48 ore presso l'ufficio di frontiera interessato).

Conclusivamente, dunque, la vicenda, fattuale e giuridica, del trattenimento amministrativo dello straniero, nella proliferazione delle forme in cui si è manifestata e dei luoghi in cui si consuma, fa di questo istituto la figura paradigmatica del diritto speciale

130. Così ASGI, *ult. op. cit.*, ove si aggiunge che «non è un caso che le udienze di convalida degli arresti in flagranza e dei fermi di p.g. avvengano nelle carceri o nei Tribunali e mai nei Commissariati di pubblica sicurezza o nelle Caserme dei Carabinieri».

degli stranieri perché nasconde dietro la (im)pudica foglia di vite della connotazione non penalistica, lo scopo di neutralizzare le garanzie sostanziali e procedurali dell'ordinamento penale e, ancor prima, di quello costituzionale.