

# Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

## Fascicolo n. 1/2022

### LA DETENZIONE DEGLI STRANIERI TRA “RESTRIZIONE” E “PRIVAZIONE” DI LIBERTÀ: LA CEDU ALLA RICERCA DI *GODOT*

di Lorenzo Bernardini

**Abstract:** *L'applicazione amministrativa di misure detentive nei confronti degli stranieri è una tecnica legale largamente adoperata dagli Stati europei per gestire i fenomeni migratori, esercitando così il proprio potere sovrano di controllo del territorio. Tali misure comprimono pesantemente il diritto alla libertà ex art. 5 CEDU di cui tutti sono beneficiari. Le numerose garanzie CEDU previste a vantaggio del prigioniero (ad es. il diritto di habeas corpus) vengono attivate solamente quando la persona coinvolta è privata – e non semplicemente ristretta – della propria libertà personale. Così, a partire da Engel e altri e Guzzardi, la Corte di Strasburgo ha tentato di elaborare un sistema di criteri per operare questa complessa distinzione, proponendo di considerare una serie di fattori da adattare in casu. Tale approccio è stato tuttavia rivisto dalla medesima Corte in anni più recenti, quando una diversa griglia valutativa è stata proposta, con riferimento specifico ai soli migranti in detenzione amministrativa. Invero, la direzione così intrapresa negli ultimi tempi dalla Corte EDU nei confronti dei soli stranieri detenuti rischia di porsi in aperto contrasto con la natura universale del diritto alla libertà. Così, il recupero dei criteri Guzzardi anche ai casi di detenzione amministrativa dei migranti potrebbe evitare un accertamento differenziato dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU nei loro confronti.*

**Abstract:** *Administrative detention measures vis-à-vis TCNs are legal tools widely applied by EU Member States to manage migration phenomena by exercising their sovereign power to control their territory. Indeed, these measures heavily compress the right to personal liberty enshrined in Article 5 ECHR of which everyone is entitled. The various ECHR guarantees provided for the detainee (e.g., the right to have lawfulness of detention speedily examined by a court) are triggered only when the latter is deprived – and not simply restricted – of his/her personal freedom. Thus, starting with Engel and Others and Guzzardi, the ECtHR has attempted to develop a system of criteria to distinguish those two circumstances, proposing to consider several factors to be adapted in casu. Yet, this approach has been partly overruled by the ECtHR in more recent years, when a different evaluation grid was built up with specific reference to migrants only. Indeed, the direction taken in recent times by the Strasbourg Court vis-à-vis TCNs placed in immigration detention risks being in open contrast with the universal nature of the right to liberty as enshrined in Article 5 ECHR. Conversely, a revival of the criteria established in Guzzardi also to cases of administrative detention of migrants could avoid a nuanced assessment over the applicability of Article 5 ECHR to them.*

## LA DETENZIONE DEGLI STRANIERI TRA “RESTRIZIONE” E “PRIVAZIONE” DI LIBERTÀ: LA CEDU ALLA RICERCA DI *GODOT*

---

di Lorenzo Bernardini\*

SOMMARIO: 1. Le coordinate storico-normative del problema, tra *crimmigration* e “amministrativizzazione” della libertà personale. – 2. L’articolo 5 CEDU e sua applicabilità generale: da *Guzzardi* ad *Austin e altri*. – 3. La giurisprudenza *ad hoc* in materia di stranieri detenuti. – 3.1. Le zone di transito aeroportuali. – 3.2. Le stazioni di polizia. – 4. La svolta inaspettata: una (inconferente?) lista di criteri. – 5. Inadeguatezze dell’approccio CEDU e sguardi al futuro: un ritorno a *Guzzardi*

«L’uomo è nato libero e dappertutto è in catene.»  
J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, 1762

### 1. Le coordinate storico-normative del problema, tra *crimmigration* e “amministrativizzazione” della libertà personale

Si deve ad Alessandro Spina – nel solco già tracciato *illo tempore* da Sigmund Freud ed Hannah Arendt – il recupero e l’attualizzazione della definizione dello «straniero-massa» come *das Unheimliche*, entità inquietante e perturbante che, secondo alcuni, porrebbe inevitabilmente a rischio sia l’equilibrio sociopolitico delle società occidentali che il «benessere delle fasce più deboli della popolazione»<sup>1</sup>. Fastidiosamente considerato come elemento avulso dal quieto vivere del mondo libero e civilizzato, il «migrante» si trasforma, a seconda delle occasioni, in «nemico» da combattere strenuamente<sup>2</sup>, in «estraneo» da respingere senza indugio<sup>3</sup>, in «diverso» da evitare a tutti i costi<sup>4</sup>. La distorsione simbolico-rappresentativa del fenomeno migratorio – alla cui composizione ha contribuito *de facto* la retorica nazional-populista culturalmente egemonica (per dirla *à la Gramsci*) in Europa

---

\* Dottorando di ricerca in *Global Studies* presso l’Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo».

1. A. Spina, *Il «gelo metallico dello stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2.2019, p. 450, e bibliografia citata.

2. V., a questo proposito, A. Caputo, *Irregolari, criminali, nemici: note sul “diritto speciale” dei migranti*, in *St. Quest. Crim.*, n. 1.2007, pp. 45-64.

3. *Inter alia*, adopera l’espressione «estraneo ineliminabile», L. Tarantini, *L’Altro prossimo venturo. La relazione terapeutica con il migrante*, Milano, FrancoAngeli, 2014, p. 47.

4. V., ad esempio, A. Ciniero, *L’altro, lo straniero, il nemico. Politiche e governance delle migrazioni tra razzismo e discriminazione. Il caso dell’Italia nel panorama europeo*, in *Giornate di studio sul razzismo 2019-2020*, a cura di F. Ciraci-S. Cristante-A. Pisano, Lecce, Università del Salento, 2021, p. 59 ss.

soprattutto nell'ultimo decennio<sup>5</sup> – può ben essere compendiata, parafrasando Foucault, nel binomio «*Proteggere e punire!*»<sup>6</sup>, che costituisce kantianamente l'«imperativo categorico» cui gli Stati europei si sono passivamente conformati. Ad una minaccia proveniente dall'esterno, infatti, notoriamente si reagisce rafforzando le proprie difese interne, le quali, in questo caso, non coincidono meramente con la fortificazione materiale dei confini terrestri e marittimi dei Paesi membri dell'UE, ma anche con lo sviluppo di un «altro diritto»<sup>7</sup>, vale a dire un *corpus* giuridico *ad hoc* dedicato ai «non-cittadini» *lato sensu* considerati (i.e. quelli extra-UE).

Seguendo l'ideologica equazione straniero = nemico, le norme di nuovo conio hanno *in primis* sfruttato la leva penale – quale nocciolo duro del potere statale – per gestire e governare il fenomeno migratorio, prevedendo *inter alia* nuove fattispecie di reato precipuamente dedicate ai migranti (c.d. *crimmigration*), seguendo la logica, teorizzata da Jakobs diversi anni fa, del c.d. «diritto penale del nemico» [*Feindstrafrecht*]<sup>8</sup>. Nel senso inteso dal giurista tedesco, lo straniero costituisce *de visu* il nemico ideale: sradicato dalla propria terra d'origine, sprovvisto di precisa identità, culturalmente identificabile come «altro» e facilmente passibile di attribuzione di qualsivoglia etichetta – prima fra tutte quella di criminale –: il diritto penale può quindi subire una mutazione genetica, che ne muta gli scopi tradizionali, e può dunque spingersi sino a sanzionare, con il carcere, la condotta del soggetto alieno in quanto tale (si pensi, *ex multis*, all'introduzione del reato di immigrazione clandestina avvenuto in quasi tutti gli Stati membri dell'UE)<sup>9</sup>. La *ratio* di prevenzione generale sottesa a tale scelta legislativa è evidente: un ben preciso «messaggio [viene] mandato ai membri della società»<sup>10</sup>.

Con le parole di Vico, una «eterogenesi dei fini» era tuttavia dietro l'angolo: è vero che la leva penale viene talvolta – e per motivi spesso ideologici – azionata contro categorie ben precise (come i migranti) per scopi meta-giuridici (in questo caso, scoraggiare l'arrivo di

---

5. V., sul punto, F. Yilmaz, *Right-wing hegemony and immigration: How the populist far-right achieved hegemony through the immigration debate in Europe*, in *Current Sociology*, n. 60(3).2012, pp. 368-381.

6. Il riferimento è a M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it di Alcesti Tarchetti, Collana Paperbacks, n. 77, Milano, Einaudi, 1976.

7. È ripresa l'espressione di A. Travi, *Le nuove leggi sui migranti e l'«altro» diritto*, in *Dir. pubbl.*, n. 3.2019, pp. 675-691.

8. La teoria venne presentata, per la prima volta, nell'articolo di G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97.1985, pp. 751-785. V., più di recente, G. Jakobs-M. Cancio Melià, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 19-56.

9. D'altronde, è lo stesso Jakobs a notare che «la difesa dalla minaccia di pericoli sarebbe di per sé compito della polizia», chiedendosi poi «perché allora è il diritto penale a intraprendere questo compito nonostante il pericolo di una sua trasformazione in istituzione poliziesca?» (G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, relazione dattiloscritta del convegno *Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli* [Trento 10-11 marzo 2006], p. 123).

10. Questa la sempre attuale espressione di J. Andenaes, *The general preventive effects of punishment*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 114(7).1966, p. 949, trad. propria.

nuovi nemici o, alternativamente, incoraggiare quelli già presenti sul territorio ad andarsene)<sup>11</sup>, ma il processo penale che consegue all'incriminazione per tali reati conserva, generalmente intatte, un insieme di irrinunciabili – ed antiche – garanzie di ordine sostanziale e procedurale, che potrebbero inceppare la macchina organizzativa così come immaginata dall'autorità, ritardando ad es. la condanna o l'irrogazione di misure cautelari<sup>12</sup>.

Tale circostanza, unitamente alle forti resistenze anche di ordine sovranazionale<sup>13</sup>, ha portato alla nascita di un secondo gruppo di inedite misure – formalmente afferenti al diritto amministrativo – le quali, col tempo, si sono progressivamente imposte nella prassi degli ordinamenti giuridici degli Stati membri<sup>14</sup>: si tratta di istituti scevri di quella solida impalcatura garantista che connota il diritto penale e, probabilmente per questo, sono stati (e sono tuttora) preferiti *de facto* dalla stragrande maggioranza dei Paesi coinvolti nel fenomeno migratorio.

Tra questi, la detenzione amministrativa degli stranieri irregolari ha giocato da sempre un ruolo preponderante: essa è strumento politico «di controllo dei confini»<sup>15</sup> e delle «migrazioni»<sup>16</sup>, ed implica una privazione di libertà – *de facto* analoga a quella disposta nel contesto di un procedimento penale<sup>17</sup> – disposta per implementare le procedure di respingimento o di espulsione dello straniero irregolare. Misura teleologicamente orientata, quindi, utilizzata per mera «opportunità amministrativa»<sup>18</sup>: a fronte del medesimo grado di coercizione, vengono previste blande garanzie che sarebbero impensabili in un contesto

---

11. A. Leerkes-M. Kox, *Pressured into a preference to leave? A study on the “specific” deterrent effects and perceived legitimacy of immigration detention*, in *Law & Society Review*, n. 51(4).2017, p. 895.

12. Si pensi, ad es., al diritto di nominare un difensore (o, in mancanza, all'assegnazione automatica di un difensore d'ufficio), al diritto di essere informato sul procedimento in corso, al diritto al silenzio (ed a non rendere dichiarazioni *contra se*), al diritto alla traduzione degli atti o, infine, al diritto ad impugnare i provvedimenti limitativi della libertà personale innanzi all'Autorità Giudiziaria entro scansioni temporali ben precise.

13. L'applicazione del diritto penale nei confronti del migrante è stata più volte considerata come ostacolo all'effettiva espulsione dello stesso (che verrebbe detenuto *invece di* essere immediatamente respinto/allontanato dal territorio) nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE: v., a questo proposito, N. Vavoula, *The interplay between EU immigration law and national criminal law: the case of the Return Directive*, in *Research Handbook on EU Criminal Law*, a cura di V. Mitsilegas-M. Bergström-T. Konstadinides, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 299 ss.

14. Per un'analisi del panorama italiano v. M. Benvenuti, voce *Libertà personale*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera-A. Rauti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 398-437.

15. M. Pichou, *Reception or Detention Centres? The detention of migrants and the EU 'Hotspot' Approach in the light of the European Convention on Human Rights*, in *KritV*, n. 2.2016, p. 118.

16. S.J. Silverman, *Under the Umbrella of Administrative Law: Immigration Detention and the Challenging of Producing Just Immigration Law*, in *APA Newsletter on Hispanic/Latino Issues in Philosophy*, n. 17(2).2018, p. 9.

17. Concorda, in questo senso, D. Wilsher, *Immigration detention. Law, History, Politics*, Cambridge, CUP, 2012, p. 153, che definisce la detenzione amministrativa come un «*punishment without a definite crime*». V. anche A. Leerkes-M. Kox, *op. cit.*, p. 896.

18. L. Masera, «*Terra bruciata*» attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale del diritto, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 81.

penalistico<sup>19</sup>, ciò che concretizza una vera e propria «amministrativizzazione» della libertà personale<sup>20</sup>. Forse proprio questo è il suo «lato oscuro»: celarne la natura ontologicamente penalistica edulcorandola semanticamente<sup>21</sup> e, per l'effetto, enfatizzare «oltremisura la discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza, relegando ai margini l'autorità giudiziaria»<sup>22</sup>. Il risultato ottenuto è stato particolarmente vantaggioso per gli Stati, che hanno potuto contare sull'assenso esplicito del diritto internazionale<sup>23</sup>, di quello eurounitario e dell'ordinamento CEDU, all'utilizzo di tale forma di «*quasi-punitive system of immcarceration*»<sup>24</sup>, che implica una serie di (scarne) protezioni a vantaggio del migrante trattenuto<sup>25</sup>.

## 2. L'articolo 5 CEDU e sua applicabilità generale: da *Guzzardi* ad *Austin e altri*

Focalizzando la nostra attenzione sull'ordinamento di Strasburgo, è stato giustamente rilevato che è una «statuizione inequivocabile»<sup>26</sup> ad aprire il disposto dell'art. 5 CEDU: il diritto alla libertà e alla sicurezza deve essere garantito a «*everyone*», senza distinzione di cittadinanza. Eppure, la connotazione universalistica che, a prima vista, parrebbe informare la norma *de qua* viene immediatamente messa in secondo piano da una «articolata indicazione»<sup>27</sup> delle eccezioni che – in circostanze ben precise – possono legittimare un pregiudizio per la libertà o la sicurezza della persona interessata. Il paradigma di prevenzione adottato nei confronti degli stranieri raggiunge il suo apice con la «infelice disposizione»<sup>28</sup> scolpita nella lettera *f* dell'art. 5 CEDU, che consente *expressis verbis* la

---

19. Sia permesso il rinvio, in tema di *habeas corpus*, a L. Bernardini, *Il «pronto riesame giudiziario» del trattenimento degli stranieri irregolari: un habeas corpus «debole» all'interno dello spazio giuridico dell'UE?*, in *Cass. pen.*, n. 5.2021, pp. 1861-1871.

20. L'efficacissima osservazione è di M. Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 70.

21. Si noti che nell'ordinamento italiano si parla di «trattenimento», in quello francese di «*rétenion*» e in quello tedesco «*Inhaftnahme*». Diversamente, nel diritto inglese si è preferito adoperare la dicitura «*detention*», identica alla terminologia penalistica già tradizionalmente utilizzata.

22. Così A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, n. 3.2014, p. 587.

23. International Commission of Jurists (ICJ), *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, Ginevra, 2012, p. 157. V. anche G. Colavecchio, *Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Dem. e Sic.*, [www.democraziaesicurezza.it/Rivista](http://www.democraziaesicurezza.it/Rivista), n. 4.2015, *passim*.

24. La condivisibile espressione, mutuata dal contesto americano, è di A. Kalhan, *Rethinking Immigration Detention*, in *Colum. L. Rev. Sidebar*, n. 110(42).2010, p. 43.

25. Per una breve disamina sul punto v. L. Mancano, *The European Union and Deprivation of Liberty: A Legislative and Judicial Analysis from the Perspective of the Individual*, Londra, Bloomsbury, 2019, p. 145 ss.

26. I. Bryan-P. Langford, *The Unlawful Detention of Unauthorised Aliens Under the European System for the Protection of Human Rights*, in *Nordic J. Int'l Law*, n. 80(2).2011, p. 197 ss.

27. A. Celotto, *Art. 6. Diritto alla libertà e sicurezza*, in *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco-M. Cartabia-A. Celotto, Bologna, il Mulino, 2001, p. 73.

28. G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci, 2013, p. 89.

detenzione «senza reato»<sup>29</sup> di una «*person*» (ma *de facto* si tratta solo dei non-cittadini) sia per prevenirne l'entrata non autorizzata, sia per espellerla dal territorio. A mitigare la portata perentoria di tale prescrizione è giunta in soccorso la giurisprudenza della Corte europea, che ha delineato a più riprese una serie di limiti in capo agli Stati membri quando decidono di privare un migrante della sua libertà: sebbene la detenzione non debba – inspiegabilmente<sup>30</sup> – essere necessaria *in concreto*, le autorità procedenti devono agire seguendo il principio di legalità, imponendo misure detentive che non siano arbitrarie e solamente nei due casi previsti dall'art. 5, par. 1, lett. *f* CEDU<sup>31</sup>, pena la loro inevitabile «*unlawfulness*». A tali garanzie si ricollegano *naturaliter* quelle stabilite dai paragrafi seguenti dell'articolo 5 CEDU, autentici presidi di legalità che compongono un cordone sanitario intorno al migrante in detenzione (e.g. il diritto all'*habeas corpus*)<sup>32</sup>, evitando così che lo Stato possa ingerirsi indebitamente nell'esercizio del diritto di libertà e sicurezza garantito all'individuo.

Il «peccato originale» di tal disciplina, tuttavia, non risiede solamente – come parte della dottrina ha correttamente riportato – nella intrinseca debolezza dell'architettura garantista eretta in favore dello straniero<sup>33</sup>, quanto piuttosto sul presupposto logico-fattuale che attiva tale protezione, vale a dire la sussistenza effettiva di una privazione di libertà e non di una mera restrizione<sup>34</sup>. L'intima ambiguità della misura *de qua* – a metà strada tra il diritto penale e quello amministrativo – si riflette *de visu* nel fatto che il confinamento del migrante avviene, di regola, in luoghi ibridi (come «Centri di accoglienza o (...) zone di transito aeroportuali»<sup>35</sup>, stazioni di polizia, ma anche «*hotspots*, tenso-strutture, autobus paraministeriali»<sup>36</sup>) che non sempre consentono, con chiarezza, di identificare se si ricada nella

---

29. G. Campesi-G. Fabini, *La detenzione della "pericolosità migrante"*, in *Mat. St. Cult. Giur.*, n. 2.2017, p. 516.

30. Il diritto internazionale, per es., ritiene fondamentale che la detenzione degli stranieri sia necessaria *in concreto* (v. UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, p. 21, disponibile all'url: <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>).

31. Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito* [GC], 29.1.2008, ric. 13229/03, §§ 67-74.

32. Sia permesso il richiamo a L. Bernardini, *Il «pronto riesame giudiziario»*, cit., p. 1869 ss.

33. V., *inter alia*, le riflessioni di D. Loprieno, «*Trattenere e punire*». *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 67 ss., e G. Cornelisse, *Immigration detention and Human Rights*, Leida, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 282 ss.

34. Le ipotesi di «restrizione» della libertà sono regolate dall'art. 2, Prot. 4 CEDU. Le pertinenti garanzie, tuttavia, vengono garantite espressamente solo a chi sia «*lawfully within the territory of a State*», escludendo così dall'applicazione *ratione personae* i migranti irregolari. Essi, qualora fossero «ristretti» (e non «privati») della loro libertà, sarebbero quindi posti in un preoccupante limbo giuridico.

35. Y. Ktistakis, *Protecting migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasburgo, CoE Publishing, 2013, p. 33.

36. M. Veglio, *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *Quest. giust.*, n. 2.2018, p. 170.



prima o nella seconda ipotesi<sup>37</sup>. Rilevantissime, però, sono le conseguenze che discendono da tale *distinguishing*, perché solamente in caso di privazione di libertà le garanzie dell'art. 5 CEDU possono essere legittimamente invocate dal detenuto.

Così, partendo da una *vexata quaestio* – privazione o non privazione? – di chiaro sapore amletico, la Corte di Strasburgo ha progressivamente codificato una serie di principi generali, da applicarsi *case-by-case*, per tracciare il confine definitivo tra i due concetti. Compito tutt'altro che semplice, come si vedrà, e tuttavia ineludibile, poiché implicante quel vaglio di ammissibilità sulle doglianze del ricorrente, che i giudici europei devono svolgere *motu proprio*. Detenere lo straniero, infatti, è attività caratterizzata da innegabili «elementi di ambiguità»<sup>38</sup> che vanno sciolti, in sede giudiziaria, non solo per proteggere l'individuo interessato ma anche per condannare, se del caso, gli Stati convenuti, i quali hanno tradizionalmente adottato un «approccio minimalista»<sup>39</sup> innanzi la Corte: essi restano il più delle volte convinti che le proprie attività – *de facto* detentive – di gestione dell'immigrazione (e spesso celate sotto denominazioni edulcorate, come accoglienza, permanenza o confinamento) debbano essere considerate mere restrizioni di libertà. Così, esse non consentirebbero *de plano* l'attivazione dell'impalcatura protettiva plasmata dall'art. 5 CEDU in favore dello straniero detenuto.

Sulla «natura giuridica»<sup>40</sup> della detenzione, la Corte di Strasburgo ha tentato, come si è detto, di enucleare – seguendo un approccio pragmatico – gli indici per decretare quando un individuo è stato effettivamente privato della propria libertà. La prima vicenda che ha interessato i giudici europei, seguendo l'approccio già tratteggiato in *Engel e altri*<sup>41</sup>, risale al lontano 1980: il celebre caso *Guzzardi*<sup>42</sup> – il cui nocciolo duro concerneva essenzialmente la qualificazione delle misure (amministrative) di prevenzione applicate ad un condannato in via definitiva per crimini mafiosi<sup>43</sup> – ha permesso alla Corte di pronunciarsi sulla questione con un approccio inedito, a tratti sibillino. Partendo dal presupposto che «la natura e la sostanza di entrambi i diritti è qualitativamente la medesima»<sup>44</sup>, il Collegio europeo – con

---

37. Lo notano, *inter alia*, M. Flynn, *Who must be detained? Proportionality as a tool for critiquing immigration detention policy*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 31(3).2012, p. 44 ss., e G. Cornelisse, *op. cit.*, p. 280 ss.

38. G. Cornelisse, *op. cit.*, p. 280.

39. M. Flynn, *op. cit.*, p. 44.

40. ICJ, *op. cit.*, p. 158.

41. Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8.6.1976, ricc. 5100/71 *et al.*, spec. § 59. I criteri enucleati in quella sede, da tenersi in considerazione per l'espletamento di una *actio finium regundorum* tra i due concetti, erano segnatamente «*nature, duration, effects and manner of execution*».

42. Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, 6.11.1980, ric. 7367/76.

43. In particolare, al ricorrente – terminata la sua pena – venne imposta una residenza coattiva [*compulsory residence*] presso l'isola dell'Asinara, in un'area di 2,5 km<sup>2</sup> (su un totale di 50 km<sup>2</sup>) con l'applicazione di un coprifuoco notturno, l'obbligo di rendere edotta l'autorità competente due volte al giorno dei propri spostamenti e la pesante limitazione dei contatti con il mondo esterno, per almeno 16 mesi (*ivi*, § 12).

44. M. Pichou, *op. cit.*, p. 126.

una decisione adottata con risicata maggioranza – ha precisato che l'unica differenza accertabile tra restrizione e privazione di libertà è di grado o intensità<sup>45</sup>. In altre parole, ciò che fa la differenza è la *concrete situation*, vale a dire l'insieme di tutti i fattori che caratterizzano nei fatti, e complessivamente, la misura controversa: il grado di coercizione raggiunto in quella specifica circostanza determinerà se l'individuo ha patito o meno una privazione della propria libertà, analizzando in particolare «*type, duration, effects and manner of implementation*»<sup>46</sup>. D'altronde, sottolinea la Corte, non è possibile stabilire *a priori* se una determinata situazione di fatto sia o meno equiparabile alla detenzione, in quanto «*deprivation of liberty may (...) take numerous other forms*» rispetto a quelle tradizionali<sup>47</sup>. La linea di demarcazione, per tal motivo, non può essere tracciata con precisione: i giudici europei riconoscono che – in certi *borderline cases* – il vaglio operato potrebbe essere ricondotto a una *matter of pure opinion*. Affermazione che, ad onor del vero, ha sollevato dure critiche da parte dei giudici dissenzienti<sup>48</sup>.

Le dense nebbie aleggianti sulla distinzione normativa tra privazione e restrizione di libertà non sono state diradate neppure in seguito con il caso *Raimondo* (1994), in cui l'irrogazione di una misura di prevenzione (la c.d. «sorveglianza speciale di polizia») – concernente l'applicazione congiunta di un coprifuoco notturno (durante il quale il ricorrente avrebbe dovuto restare presso il proprio domicilio), un obbligo di firma presso l'Autorità di Pubblica Sicurezza in certe giornate e un obbligo di informare la polizia ogniqualvolta il ricorrente avesse lasciato il proprio domicilio – venne ritenuta una mera restrizione della libertà di movimento<sup>49</sup>.

Con *Austin e altri*<sup>50</sup> (2012) – decisione adottata dal Collegio di Strasburgo nella più solenne composizione – l'approccio della Corte in materia subisce inaspettatamente una visibile deviazione, che stravolge il quadro assiologico elaborato nel tempo. Il caso in esame concerneva la qualificazione *ex art. 5 CEDU* di un cordone di polizia, applicato nei confronti dei ricorrenti per circa 7 ore, che aveva impedito agli stessi di allontanarsi dal luogo ove erano stati temporaneamente confinati. Se da un lato, infatti, i quattro criteri *Guzzardi* vengono recuperati *in toto*, dall'altro la *Grande Chambre* ne aggiunge un quinto, vale a dire

---

45. Corte EDU, *Guzzardi*, cit., § 93.

46. *Ivi*, § 92: essi vengono comunemente denominati i criteri *Guzzardi*.

47. *Ivi*, § 95.

48. Nella sua *dissenting opinion* il giudice Fitzmaurice, con particolare asprezza, ha rimarcato che se è vero che ogni privazione di libertà deve intrinsecamente implicare una *restrizione* di essa, non si può affermare però il contrario, rendendo «*otiose*» l'art. 2 Prot. 4 CEDU (v. *Dissenting Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice*, § 6[c]). Peraltro, andava rilevato, ha sottolineato il giudice Zekia, che nei casi-limite come quello di *Guzzardi* lo Stato convenuto – in presenza di un ragionevole dubbio sulla correttezza della propria condotta – non avrebbe dovuto essere ritenuto responsabile per la violazione delle pertinenti norme convenzionali (v. *Dissenting Opinion of Judge Zekia*).

49. Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, 22.2.1994, ric. 12954/87, § 39.

50. Corte EDU, *Austin e altri c. Regno Unito*, 15.3.2012, ric. 39692/09 *et al.*



«*the context in which action is taken*»<sup>51</sup>, e quindi la *ratio* per la quale la misura controversa è stata disposta. Enfatizzando che l'azione della polizia si era resa necessaria per il mantenimento dell'ordine pubblico, in assenza di alternative meno afflittive, il Collegio europeo conclude che i ricorrenti posti all'interno del cordone erano stati meramente ristretti della loro libertà<sup>52</sup>. Appare evidente, *rebus sic stantibus*, che il grado di coercizione subito da un individuo non dovrebbe ragionevolmente essere *de facto* influenzato dalle motivazioni – dichiarate o presunte – poste alla base della misura controversa: basti pensare, banalmente, che una persona posta in detenzione penale, e quindi all'interno di un istituto penitenziario, è privata della libertà per via delle caratteristiche della sua situazione concreta (e la *ratio* della misura non assume alcuna rilevanza in tal senso). Solo «guardando la privazione [di libertà] attraverso gli occhi dello Stato»<sup>53</sup> potremmo addivenire alla conclusione (abnorme) che persino le origini dogmatiche dell'istituto controverso possano avere rilevanza nell'accertamento della sussistenza di una detenzione. Orbene, è possibile dedicare – si chiedono correttamente i giudici dissenzienti – un trattamento differente alle privazioni di libertà adottate per motivi di ordine pubblico (e per ciò stesso passibili di essere ritenute più agevolmente mere *restrictions*) e quelle prive di tale *animus*?<sup>54</sup> La risposta fornita dalla Corte nella giurisprudenza successiva pare escludere la rilevanza della *ratio* della misura controversa per decretare la sussistenza o meno di una privazione di libertà ai danni di un individuo<sup>55</sup>.

### 3. La giurisprudenza *ad hoc* in materia di stranieri detenuti

La «ardua riconduzione»<sup>56</sup> all'una o all'altra categoria di pregiudizio per il diritto alla libertà è stata oggetto di una serie di cruciali sentenze che hanno tentato – con alcuni innesti discutibili – di calare i criteri di distinzione testé riportati all'interno del peculiare contesto migratorio. Disagevole, come si vedrà, adottare la metodologia generale per applicarla nel *particolare*: privazione di libertà e detenzione amministrativa stanno tra loro in un rapporto di genere a specie e i luoghi ove quest'ultima viene tradizionalmente implementata – recuperando un concetto elaborato dall'antropologo Marc Augé – possono essere considerati a tutti gli effetti dei «non luoghi» [*non-lieux*], zone del territorio nazionale ove i migranti,

---

51. *Ivi*, § 59.

52. *Ivi*, § 68, ove la Corte – a mo' di *excusatio non petita* – specifica però che la decisione era stata adottata basandosi sulle «*specific and exceptional facts of this case*».

53. D. Mead, *The Right To Protest Contained By Strasbourg: An Analysis of Austin v. UK & The Constitutional Pluralist Issues it Throws Up*, in *Strasbourg Observers*, [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com), 17.4.2012.

54. Questa è la sintesi dell'aspra *Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Spielmann e Garlicki*, *passim*.

55. V., *inter alia*, Corte EDU, *Rozhkov v. Russia* (no. 2), 31.1.2017, ric. 38898/04, § 74.

56. D. Loprieno, *op. cit.*, p. 68.

coatti abitatori che vi dimorano, sono meramente destinati a transitarvi, senza appartenervi mai compiutamente<sup>57</sup>.

Tralasciando i tradizionali luoghi di confinamento degli stranieri (i c.d. Centri di accoglienza), si analizzeranno nel dettaglio gli approdi giurisprudenziali raggiunti dal Collegio di Strasburgo in merito alla detenzione implementata nelle c.d. zone di transito aeroportuali (§ 3.1.) e all'interno delle stazioni di polizia (§ 3.2.), luoghi non propriamente deputati al trattenimento di persone e, per tal motivo, forieri di specifiche criticità.

### 3.1. *Le zone di transito aeroportuali*

Le *transit zones* aeroportuali nascono, per definizione, allo scopo di «facilitare il passaggio di merci e persone sul territorio di uno Stato senza che queste siano considerate, in una certa misura, formalmente entrate sul territorio»<sup>58</sup>. Sono dunque aree di un determinato Paese dove vige una *fiction* di extraterritorialità<sup>59</sup>. Si comprende meglio, da questa angolatura, in che senso tali aree siano caratterizzate da un'ambiguità di fondo, quasi fossero zone franche, ove alle autorità nazionali viene permesso – come spesso accade – di adottare (arbitrariamente) misure *de facto* privative della libertà personale delle persone *ivi* presenti<sup>60</sup>.

Esse rappresentano il terreno elettivo ideale per comprendere le difficoltà argomentative sostenute dalla Corte per rispondere al dubbio amletico sull'applicabilità dell'art. 5 CEDU. Non è un caso, quindi, che la prima decisione sul punto – la celebre *Amuur c. Francia* (1996)<sup>61</sup> – riguardi proprio la permanenza di quattro fratelli somali presso i locali adiacenti ad un aeroporto. Destreggiandosi tra il diritto inalienabile degli Stati nel governare i flussi migratori e riconoscendo le difficoltà insite nell'accoglienza dei richiedenti asilo, i giudici di Strasburgo elaborano un principio fondamentale, recuperato a più riprese dalla giurisprudenza successiva: il trattenimento [*holding*] dei migranti nelle zone internazionali degli aeroporti implica, di regola, una inevitabile restrizione – e non

---

57. Il concetto di «*non-lieux*» è stato enunciato, per la prima volta, in M. Augé, *Non-lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, 1992, tr. it. a cura di D. Rolland-C. Milani, *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Milano, Elèuthera, 2009.

58. Così A. Ammirati-V. Capezio-G. Crescini-A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali: definizione, funzionamento e criticità alla luce della prassi*, in questa *Rivista*, n. 3.2021, p. 53.

59. V., a questo proposito, S. Aidoudi-A. Ammirati-A. Massimi, *Ombre in frontiera. Politiche informali di detenzione e selezione dei cittadini stranieri*, in *ASGI-Progetto InLimine*, marzo 2020, p. 24, disponibile al seguente url: <https://bit.ly/3rFO8aQ>, ove viene sottolineata la *ratio* di tale prassi, vale a dire la semplificazione delle «procedure di allontanamento dei cittadini stranieri».

60. V., per tutti, le considerazioni di A. Ammirati-V. Capezio-G. Crescini-A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, in *ASGI-Progetto InLimine*, gennaio 2021, p. 33 ss., disponibile al seguente url: <https://bit.ly/3DsBeiW>.

61. Corte EDU, *Amuur c. Francia* [GC], 25.6.1996, ric. 19776/92.

privazione – di libertà<sup>62</sup>, a patto però che il confinamento *de quo* non si prolunghi eccessivamente [*excessively*] e sia accompagnato da adeguate garanzie [*suitable safeguards*], tra cui viene menzionata espressamente la possibilità di un celere riesame giudiziario dei presupposti per la permanenza nella zona di transito<sup>63</sup>. Il fattore temporale acquisisce, quindi, un ruolo preponderante nell’approccio adottato dalla Corte, sebbene rimanga fumosa la sua conformazione *in concreto*<sup>64</sup>. Ciò che sinceramente sconcerta, però, è l’assunto per cui l’iniziale trattenimento disposto nei confronti dello straniero può essere *de plano* qualificato come restrizione di libertà – sulla base di motivazioni di *realpolitik* – rinunciando la Corte ad operare un vaglio materiale sulle caratteristiche della misura (ad es. il grado di coercizione applicato, o le caratteristiche del luogo designato), come se la zona di transito possa costituire, almeno per un breve periodo di tempo, un luogo (*rectius*: un non-luogo) posto al di fuori delle garanzie convenzionali previste dall’art. 5 CEDU. Una siffatta «interpretazione minimale»<sup>65</sup> del concetto di privazione di libertà finisce tuttavia per svilire i diritti dell’individuo a scapito delle prerogative nazionali: chi può dire che la permanenza nelle zone internazionali degli aeroporti sia inevitabile *a priori* (senza vagliare eventuali alternative disponibili) e che, per tal motivo, essa implichi *ex se* – per un breve periodo e con adeguate garanzie (peraltro difficili da immaginare in contesti temporali particolarmente corti) – una mera restrizione di libertà?

Sebbene risoltosi infine a favore dei migranti<sup>66</sup>, il caso *Amuur* ha costituito il pilastro giurisprudenziale che ha reso inattaccabile la prassi degli Stati di continuare a trattenere gli stranieri nelle zone di transito, anche in «assenza di un limite temporale ben preciso»<sup>67</sup>, allo scopo di «far fronte alle necessità pratiche di identificare lo straniero che fa ingresso nel Paese, o per l’instaurazione della domanda d’ammissione sul territorio a titolo di asilo»<sup>68</sup>. Misure *de facto* detentive, suggerisce la Corte, possono essere tollerate se applicate agli

---

62. *Ivi*, §§ 42-43.

63. *Ivi*, § 43. A tal proposito, la Corte enfatizza che si tratta di persone che non hanno commesso illeciti penali, ma hanno lasciato i loro Paesi d’origine, spesso in pericolo di vita. V. le considerazioni di J. Kokott, *Amuur v. France*, in *Am. J. Int’l. L.*, n. 91(1).1997, p. 151 s.

64. D. Loprieno, *op. cit.*, p. 221. V. Corte EDU, *Amuur*, cit., § 42 dove la Corte enfatizza la rilevanza del contesto temporale: «*Such holding should not be prolonged excessively, otherwise there would be a risk of it turning a mere restriction on liberty (...) into a deprivation of liberty*» (enfasi aggiunta).

65. M. Flynn, *op. cit.*, p. 44.

66. Argomentando *a contrario*, la Corte aveva rilevato che i ricorrenti erano stati trattenuti per 20 giorni all’interno della zona di transito, non avevano ricevuto assistenza legale o sociale da parte delle autorità pubbliche, erano stati sottoposti a costante sorveglianza delle autorità di polizia e non avevano avuto la possibilità di ottenere un riesame giudiziario sulle restrizioni imposte. Essi, dunque, erano stati evidentemente privati della loro libertà *ex art. 5 CEDU*.

67. G. Campesi, *La detenzione amministrativa*, cit., p. 92. D’altronde, «dalla giurisprudenza della Corte EDU non è (...) dato evincere una linea di demarcazione temporale tassativa», come ha notato correttamente R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 53, richiamando altresì il *dictum* successivo di Corte EDU, *Khlaifia*, cit., §§ 64-73.

68. ICJ, *op. cit.*, p. 159.

stranieri con durata breve e puntuale e con la garanzia di ottenere una *judicial review* sulle restrizioni imposte. All'interno del percorso argomentativo seguito dai giudici in *Amuur*, tuttavia, va rilevata un'inattesa (e positiva) considerazione: i giudici europei, infatti, dimostrano di respingere in radice la teoria della c.d. prigione a tre pareti [*prison with three walls*] – dottrina propugnata tradizionalmente dalle autorità nazionali<sup>69</sup> – secondo cui la circostanza che gli stranieri abbiano sempre la possibilità di uscire dalla zona di transito (per tornare da dove sono venuti) possa escludere che il loro soggiorno non possa mai essere qualificato come detenzione<sup>70</sup>. L'apertura in uscita, in altre parole, non può avere alcuna incidenza fattuale sulla qualificazione del pregiudizio al diritto alla libertà subito dall'individuo, in particolare «se non vi è un altro Paese che accetta di accogliere la persona trattenuta»<sup>71</sup> e se egli sé sottoposto ad una sorveglianza capillare da parte delle forze di polizia.

Non è un mistero che *Amuur* – decisione «non (...) priva di ambiguità»<sup>72</sup> – sia una delle sentenze più richiamate dai Governi convenuti innanzi la Corte di Strasburgo per giustificare la propria condotta, nei casi concernenti i trattenimenti di migranti nelle zone aeroportuali. La giurisprudenza successiva, applicando i principi suddetti, ha tenuto in debito conto sia il fattore temporale che il grado di coercizione subito dai migranti per qualificare la permanenza dei ricorrenti in una *transit zone* come privazione di libertà. Tale *modus operandi* è stato adottato in *Shamsa*<sup>73</sup> (2003) e *Riad e Idiab*<sup>74</sup> (2008), ove i giudici europei hanno rigettato il (vano) tentativo degli Stati chiamati di recuperare la teoria della c.d. prigione a tre pareti. In quelle due occasioni, la Corte ha nondimeno rilevato che, rispettivamente, il trattenimento per 14 e 15 giorni dei ricorrenti nella relativa zona aeroportuale costituiva una detenzione *ex art. 5 CEDU*, avendo riguardo della impossibilità pratica di lasciare tale luogo e della sorveglianza permanente cui gli stranieri erano assoggettati da parte delle autorità di frontiera.

Stupisce, peraltro, che in una decisione analoga, il Collegio di Strasburgo abbia ritenuto inammissibili *ratione materiae* le doglianze dei ricorrenti *ex art. 5 CEDU*, rilevando che – in assenza di un apprezzabile grado di coercizione – la loro permanenza nella *transit zone* in stato di totale abbandono non potesse per ciò stesso implicare una privazione di libertà, enfatizzando *inter alia* che i documenti di viaggio erano stati da loro precedentemente

---

69. V. D. Wilsher, *op. cit.*, p. 112 e, più recentemente, D. Loprieno, *op. cit.*, p. 69 (spec. nt. 229, cfr. giurisprudenza *ivi* citata).

70. V. spec. Corte EDU, *Amuur*, cit., § 48.

71. Sottolinea questo aspetto F. Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 45.

72. Così G. Colavecchio, *op. cit.*, p. 188.

73. Corte EDU, *Shamsa c. Polonia*, 2711.2003, ric. 45355/99 *et al.*, §§ 44-47.

74. Corte EDU, *Riad e Idiab c. Belgio*, 24.1.2008, ric. 29787/03 *et al.*, § 100.

distrutti per impedire il rimpatrio<sup>75</sup>. Si può davvero affermare, verrebbe da chiedersi, che persone lasciate a loro stesse, in stato di estremo bisogno, impossibilitate *de facto* ad uscire dalla zona di transito aeroportuale ove sono state collocate (per ostacoli logistici, economici e linguistici) non siano effettivamente private della loro libertà? Possono, gli stranieri, essere coartati ad agire *contra se*, a collaborare con le autorità che vogliono espellerli, ed essere sanzionati con l'inammissibilità della loro doglianza se distruggono i documenti di viaggio (che, comunque, è onere delle autorità nazionali procurarsi)?<sup>76</sup>

Che il grado di coercizione applicato allo straniero possa giocare un ruolo fondamentale – talvolta anche più del fattore temporale – nel sindacato in ordine all'applicabilità dell'art. 5 CEDU è dimostrato ulteriormente dal caso *Nolan e K.* (2009), ove il confinamento di un migrante per nove ore, in una stanza chiusa a chiave, presso la *transit zone* di un aeroporto moscovita, in assenza di un provvedimento formale adottato dalle autorità, e nell'impossibilità di lasciare tale stanza autonomamente, è stato ritenuto equivalente ad una detenzione<sup>77</sup>. La dottrina *Amuur* sembrerebbe, dunque, essere stata parzialmente corretta: anche brevi collocamenti in zone aeroportuali – in precedenza ritenuti *de plano* irrilevanti *ex art. 5 CEDU* – devono essere comunque caratterizzati da gradi di coercizione non eccessivi, pena la trasformazione di mere restrizioni di libertà in vere e proprie privazioni. Dissonante rispetto ad *Amuur*, ma in linea con la giurisprudenza pregressa<sup>78</sup>, il caso *Nolan e K.* ha avuto il pregio di confermare che l'applicabilità dell'art. 5 CEDU può essere riconosciuta anche in casi di brevissimo confinamento nelle zone aeroportuali. Altra qualità di quest'ultima decisione è anche la statuizione dell'irrelevanza *in parte qua* dell'emissione o meno di un provvedimento formale di detenzione, sia essa amministrativa o penale<sup>79</sup>: in altre parole, il vaglio della Corte in merito alla sussistenza di una privazione di libertà va inderogabilmente riferito alla situazione concreta, non alla qualificazione formale della misura applicata.

---

75. Corte EDU, *Mahdid e Haddar c. Austria* (dec.), 8.12.2005, ric. 74762/01. In particolare, non vi era stata sorveglianza da parte della polizia ed era stata contestualmente garantita ai ricorrenti la possibilità di contatti con terzi. V., sul punto, R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 243 ss.

76. *A latere*, va detto che è opinabile l'approccio per cui il comportamento degli stranieri sia passibile di inquinare il giudizio sulla sussistenza o meno di una privazione di libertà attuata nei loro confronti. V. a questo proposito Corte EDU, *Stanev c. Bulgaria* [GC], 17.1.2012, ric. 36760/06, § 117, con cui il giudice di Strasburgo ha statuito limpidamente che la detenzione implica la sussistenza di due elementi: uno oggettivo (vale a dire «*a person's confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time*») ed uno soggettivo (ossia che «*he has not validly consented to the confinement in question*»). A ben vedere, la condotta del detenuto non viene per nulla presa in considerazione.

77. Corte EDU, *Nolan e K. c. Russia*, 12.2.2009, ric. 2512/04.

78. V., tra gli altri, Corte EDU, *Järvinen c. Finlandia* (dec.), 15.1.1998, ric. 30408/96, § 2.

79. Lo nota R. Palladino, *op. cit.*, p. 222.

L'approccio ondivago del Collegio di Strasburgo – che oscilla tra la tutela degli interessi nazionali a controllare il proprio territorio (con l'indispensabile ricorso alla detenzione) e la protezione degli individui da detenzioni arbitrarie – impone *rebus sic stantibus* di concordare con chi ha definito le *transit zones* come «zone grigie del diritto»<sup>80</sup>. Luoghi di transito, certo, ma anche di dimora coattiva, di confinamento e, quasi sempre, di detenzione<sup>81</sup>. Porzioni di territorio nazionale ove, spesso tramite procedure de-formalizzate<sup>82</sup>, i migranti vengono sovente privati *de facto* della loro libertà mentre le autorità competenti, richiamando le infelici statuizioni di *Amuur*, hanno da sempre avuto buon gioco nell'affermare che è loro diritto inalienabile trattenere gli stranieri (almeno per poco tempo...) nelle *transit zones* e che tale loro attività è conforme al dettato convenzionale. D'altronde, i criteri presi in considerazioni della giurisprudenza di Strasburgo non sono stati compiutamente messi a fuoco ed essi stentano tuttora ad essere ancillari al raggiungimento di una definizione tassativa del concetto di privazione di libertà<sup>83</sup>. È tuttavia in questi luoghi che viene celata simbolicamente la  *vexata quaestio* a cui ancora la Corte non è riuscita a dare risposta certa: per un migrante confinato in una zona di transito, che cos'è la libertà?

### 3.2. Le stazioni di polizia

Tradizionalmente intese come luoghi-simbolo del potere statale, le stazioni di polizia – ove i migranti vengono parimenti trattenuti con *ratio* simile (e quindi a scopo di rimpatrio o durante lo svolgimento delle pratiche di asilo) – pongono, per analogia, le stesse problematiche in tema di applicabilità dell'art. 5 CEDU. Vi sono, tuttavia, alcune specifiche considerazioni da sviluppare preliminarmente *in parte qua*.

A prima vista, l'implementazione di misure detentive nei confronti dei migranti (persone, lo si ricorda, non accusate formalmente di aver compiuto un illecito penale) all'interno dei commissariati<sup>84</sup> – molto spesso nella stessa zona ove sono presenti persone in custodia cautelare o condannate in via definitiva – rivela limpidamente la quintessenza

---

80. L'espressione è di A. Ammirati-A. Massimi, *Zone di transito internazionali degli aeroporti: zone grigie del diritto*, in *Quest. giust.*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 9.12.2019.

81. Si tenga a mente che le stesse considerazioni potrebbero essere estese anche ai c.d. punti di crisi (o *hotspot*), luoghi ibridi dove l'utilizzo della forza – e connesso trattenimento – nei confronti dello straniero non è normato adeguatamente, al punto che la detenzione loro applicata, da considerarsi arbitraria, renderebbe tali zone delle vere e proprie galere amministrative, ove i migranti sarebbero detenuti *de facto*. V. *amplius*, con riferimento all'Italia, M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2018, p. 20 ss.

82. M. Veglio, *op. cit.*, p. 170.

83. V., a questo proposito, S. Wilson Stark, *Deprivations of liberty: beyond the paradigm*, in *Public Law*, aprile 2019, p. 380 ss.

84. V. M Akkerman, *Outsourcing oppression. How Europe externalises migrant detention beyond its shores*, Amsterdam, TNI and Stop Wapenhandel, 2021, p. 9, ove viene rilevato che questa prassi è comune a numerosi Stati UE.



della detenzione amministrativa quale misura ibrida, adottata con pratiche amministrative ma con una *ratio* (malcelata) di matrice penalistica<sup>85</sup>, caratterizzata da evidenti accezioni retributive, secondo l'adagio «*Neutralizing the enemy!*»<sup>86</sup>. In tal modo, la differenza tra le “due detenzioni” è talmente sfumata da risultare complessa da discernere nel caso concreto.

Eppure, anche da questa prospettiva, l'approccio della Corte sembra essere meno impreciso rispetto al *modus operandi* adoperato per qualificare il confinamento dei migranti nelle zone aeroportuali ai sensi dell'art. 5 CEDU. *Nulla quaestio*, quando la detenzione si protrae per un periodo di tempo molto lungo (come ad es. 3 mesi, nel caso *Tabesh*)<sup>87</sup>, ma *quid iuris* nel caso di una permanenza ben più breve?

Riecheggiando *Amuur*, il Collegio di Strasburgo – nel caso *Foka*<sup>88</sup> (2008) – ha ricordato che il trattenimento in una stazione di polizia per poche ore e per il tempo necessario allo svolgimento delle pertinenti pratiche amministrative non costituisce *ex se* una privazione di libertà<sup>89</sup>. Nondimeno, in una decisione analoga, la Corte aveva espressamente stabilito che «*the interference complained of in the present case amounted to a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention as the applicant was brought to a police station against his will and was held there in a cell. The relatively short duration of the interference does not affect the position*», ritenendo che anche una sola ora di confinamento in cella, avvenuta contro la volontà di un individuo, potesse integrare una detenzione<sup>90</sup>. Questo confronto dialettico è stato ricondotto sui giusti binari con il caso *Rantsev* (2010), ove il trattenimento di una migrante per una sola ora – in assenza di verbali che attestassero che fosse stata interrogata o che fosse stata altrimenti informata delle ragioni della propria presenza al commissariato – è stato ritenuto concretizzare una ipotesi di detenzione ai sensi dell'art. 5 CEDU, a dispetto della sua brevissima durata<sup>91</sup>. L'approccio maggioritario, pertanto, sembrerebbe quello che assicura una certa preminenza al fattore coercitivo rispetto al fattore temporale all'interno di tali strutture.

---

85. Nota M. Flynn, *op. cit.*, p. 55 ss., che le «*police stations*» fanno parte della più ampia categoria – unitamente ad istituti penitenziari e carceri minorili – dei luoghi «*that confines criminal suspects or convicts*». Peraltro, continua l'A., per molti Paesi la scelta di trattenere gli stranieri all'interno delle stazioni di polizia è una scelta conveniente da un punto di vista economico, non dovendo in questo modo predisporre un sistema *ad hoc* di strutture detentive per migranti.

86. L'espressione è di G. Campesi, *Genealogies of Immigration Detention: Migration Control and the Shifting Boundaries Between the 'Penal' and the 'Preventive' State*, in *Social & Legal Studies*, n. 29(4).2020, p. 533.

87. Corte EDU, *Tabesh c. Grecia*, 26.11.2009, ric. 8256/07, §§ 54-56.

88. Corte EDU, *Foka c. Turchia*, 24.6.2008, ric. 28940/95.

89. L'approccio è invero risalente nella giurisprudenza di Strasburgo, come dimostra il richiamo a Comm. EDU, *Guenat c. Svizzera* (dec.), 10.4.1995, ric. 24722/94.

90. Corte EDU, *Novotka c. Slovacchia* (dec.), 4.11.2003, ric. 47244/99, § 2.

91. Corte EDU, *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7.1.2010, ric. 25965/04, §§ 314-315. Peraltro, il Collegio rilevava che la ricorrente non era stata immediatamente rilasciata, a seguito dell'accertamento della regolarità del suo soggiorno a Cipro.

Va rilevato, inoltre, che – a differenza di quanto detto per le *transit zones* ove tale problema non è stato ancora sollevato innanzi la Corte – la *ratio* asseritamente protettiva della detenzione all'interno delle stazioni di polizia (come quella che avviene in Grecia nei confronti dei minori, in francese: *garde protectrice*) non potrà in alcun modo escludere l'applicabilità delle garanzie dell'art. 5 CEDU<sup>92</sup>. Protetto o meno, il grado di coercizione applicato nei confronti della persona resta il medesimo, e l'accertamento sulla sussistenza di una privazione di libertà andrà svolto, come di consueto, sulla situazione concreta: è sufficiente che l'individuo non sia libero di andarsene a causa della stretta sorveglianza delle forze di polizia per essere qualificato come detenuto all'interno del commissariato<sup>93</sup>. Sul punto, si è registrato progressivamente un ampliamento del *focus* della Corte, che ha tenuto in considerazione – per l'applicabilità dell'art. 5 CEDU – anche la sussistenza di una possibilità concreta di relazionarsi con i c.d. *qualified actors*<sup>94</sup>, quali un avvocato o il personale di organizzazioni internazionali (come l'UNCHR)<sup>95</sup>.

Seguendo una prospettiva squisitamente pragmatica, la sopramenzionata sentenza *Foka* torna in rilievo, in maniera dirompente, per un ulteriore e peculiare profilo. In essa si riconosce *expressis verbis* che il grado di coercizione rilevante per decretate l'esistenza di una detenzione applicata nei confronti del migrante interessato non debba essere solo quello subito da quest'ultimo *durante* l'esecuzione della misura controversa, ma anche quello patito *prima*: la costrizione a salire su un'autovettura per dirigersi alla stazione di polizia

---

92. Corte EDU, *Sh.D. e altri c. Grecia e altri 6 Stati Contraenti*, 13.6.2019, ric. 14165/16, § 69.

93. Corte EDU, *H.A. e altri c. Grecia*, 28.2.2019, ric. 19951/16, § 198. In merito alla detenzione amministrativa dei minori nelle stazioni di polizia, la Corte aveva rilevato, condivisibilmente, che «*seul leur placement dans les postes de gardes-frontières et de police, et non dans le centre de Diavata, qui était une structure ouverte, s'analyse en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention*» (ibid.). Pertanto, il grado di (talvolta estrema) vulnerabilità dei soggetti coinvolti – siano essi minori accompagnati dalle loro famiglie o non accompagnati – non rileverebbe *prima facie* in merito alla stretta *applicabilità* agli stessi delle garanzie scolpite nell'art. 5 CEDU, accordate alle persone private della loro libertà personale. In alcuni casi, la qualifica di detenuti rivestita dai ricorrenti minorenni è stata ritenuta sussistente *de plano* tra le parti, senza ulteriori richiami alla vulnerabilità degli stessi (v. *inter alia* Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, 12.10.2006, ric. 13178/03, §§ 92-105, e Corte EDU, *Rahimi c. Grecia*, 5.4.2011, ric. 8687/08, §§ 100-101), mentre, in altre circostanze, il governo convenuto ha tentato – invano – di convincere la Corte ad escludere la natura detentiva delle misure applicate ai minori (Corte EDU, *Mohamad c. Grecia*, 11.12.2014, ric. 70586/11, § 78, ove il governo greco argomentava che i bambini erano stati meramente posti in *rétenition*). Nel caso *Sh.D e altri* (nota 92), la Corte ha concluso che il trattenimento dei ricorrenti – minorenni non accompagnati – presso alcune stazioni di polizia costituiva una privazione di libertà ai sensi dell'art. 5 CEDU, sulla base di criteri sostanziali e temporali (ma senza valutare, a questo proposito, la vulnerabilità degli stessi). Per analogia, si può argomentare che – ai fini della applicabilità dell'art. 5 CEDU alla detenzione amministrativa implementata nei confronti di minorenni – il grado di vulnerabilità dei soggetti coinvolti risulta irrilevante *in parte qua*, anche in relazione al confinamento all'interno delle zone di transito aeroportuali o al confine di un Paese membro. Esso, al contrario, diverrà centrale nel ragionamento *successivo* che la Corte europea dovrà operare in merito alla eventuale violazione della disposizione in esame da parte delle autorità del Governo convenuto (v., ad es., Corte EDU, *Popov c. Francia*, 19.1.2012, ricc. 39472/07 e 39474/07, §§ 91 e spec. 102).

94. Corte EDU, *Engel e altri*, cit., § 59.

95. Corte EDU, *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, 22.9.2009, ric. 30471/08, § 127.

costituisce un *element of coercion* che attiva istantaneamente le guarentigie dell'art. 5 CEDU in favore di quella persona, che si trova, da quel momento, in stato di detenzione<sup>96</sup>. Tale approccio risulta *ictu oculi* ben più garantista di quello riferito alle zone di transito aeroportuali, in quanto protegge lo straniero a partire da un momento anteriore a quello dell'irrogazione effettiva della misura detentiva.

#### 4. La svolta inaspettata: una (inconferente?) lista di criteri

Si deduce, dalla breve panoramica giurisprudenziale, che sia l'associazione tra la durata della misura controversa e il grado di coartazione subito a rappresentare il nocciolo duro della valutazione della Corte in merito all'applicabilità o meno dell'art. 5 CEDU nel contesto della detenzione amministrativa degli stranieri<sup>97</sup>. A fronte di un giudicato a tratti contraddittorio – e comunque basato in larga parte sulle circostanze del caso concreto – il Collegio di Strasburgo, con la sentenza *Z.A. e altri*<sup>98</sup> (2019) emessa dalla *Grande Chambre*, si è deciso ad elaborare una esaustiva lista di fattori da considerare, al fine di inquadrare normativamente la permanenza dei migranti nelle zone di transito aeroportuali e nei Centri di accoglienza<sup>99</sup>. Si tratta di un punto di non ritorno nella giurisprudenza in materia di detenzione amministrativa: per la prima volta, la valutazione del trattenimento imposto agli stranieri viene incardinato entro confini ben precisi che la Corte ha dimostrato di seguire alla lettera anche in sentenze successive, come *Ilias e Ahmed*<sup>100</sup> (2019) e *R.R. e altri*<sup>101</sup> (2021).

L'improvvisa ed inaspettata transizione dal precedente vaglio distintivo tra restrizione e privazione di libertà – forse esageratamente concreto e dunque difficilmente generalizzabile – all'implementazione della nuova griglia di valutazione non è stato tuttavia indolore, a partire dalla scelta estremamente discutibile dei criteri enunciati «che si distaccano in parte da quelli ormai consolidati, applicandoli peraltro in modo poco convincente»<sup>102</sup>. Tra di essi, infatti, vengono ricomprese *inter alia* l'analisi della situazione individuale degli stranieri e delle loro scelte, la valutazione della *ratio* delle norme applicate,

96. Corte EDU, *Foka*, cit., § 78.

97. V. le analoghe considerazioni di N. Mole-C. Harby, *Immigration, Asylum and Detention*, in *Refworld*, [www.refworld.org](http://www.refworld.org), 2013, p. 5, in merito ad un ordine di residenza coattiva.

98. Corte EDU, *Z.A. e altri c. Russia* [GC], 21.11.2019, ricc. 61411/15 *et al.*

99. Invero, in assenza di elementi che facciano ritenere il contrario, tali criteri sembrerebbero pienamente estensibili anche al vaglio da operare sul trattenimento all'interno delle caserme di polizia.

100. Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria* [GC], 21.11.2019, ric. 47287/15. Si tratta di uno dei giudizi «più rilevanti tra quelli esaminati negli ultimi anni in materia di migrazione e asilo», secondo C. Pitea, *La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi "sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione dei migranti al confine*, in questa *Rivista*, n. 3.2020, p. 193.

101. Corte EDU, *R.R. e altri c. Ungheria*, 2.3.2021, ric. 36037/17.

102. C. Pitea, *op. cit.*, p. 201.

nel caso concreto, al migrante trattenuto nonché la durata della misura controversa (ma sempre alla luce delle motivazioni che hanno portato le autorità a confinare l'individuo)<sup>103</sup>. Nondimeno, la cornice logico-argomentativa entro la quale tale elencazione si inserisce presenta un'ulteriore sorpresa: l'opera di discernimento tra restrizione e privazione di libertà, secondo la Corte, deve avvenire seguendo un approccio «*practical and realistic, having regard to the present-day conditions and challenges*»<sup>104</sup>, e tenendo conto – questa la nuova addizione<sup>105</sup> giurisprudenziale – che le autorità nazionali hanno il sacrosanto diritto di controllare i loro confini e adottare le relative misure per contrastare i migranti che violano le restrizioni all'immigrazioni poste dagli Stati membri. Nessuno di questi elementi, come presto si dirà, appartiene effettivamente – per dirla con le parole di Bourdieu – al *champ juridique* dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU.

A ben vedere, ed *in primis*, la motivazione per cui una misura è disposta (ad es. ordine pubblico, sanità pubblica, ma anche finalità protettive) non può logicamente avere incidenza in tale analisi: un trattenimento particolarmente rigido e prolungato, e tale da costituire una detenzione, deve risultare ascritto alla previsione dell'art. 5 CEDU in ragione delle sue caratteristiche concrete, non certo per la *ratio* ad esso sottesa<sup>106</sup>. Si tratta di una *contaminatio* già in sé preoccupante (sulla scia di quanto già rilevato per *Austin e altri*<sup>107</sup>), che diventa *a fortiori* pericolosa quando essa inquina il giudizio sulla durata del confinamento subito dall'individuo, valutazione nel quale tale dato risulta *prima facie* inconferente.

Altro profilo problematico risiede nella rilevanza *in parte qua* della valutazione delle scelte individuali dei ricorrenti, che porrebbe le basi per un malcelato ritorno della teoria della c.d. prigione a tre pareti<sup>108</sup>. Sulla stessa lunghezza d'onda, d'altronde, si era posta la sentenza *Amuur* che aveva sì rigettato tale dottrina, ma aveva lasciato spiragli notevoli ad un suo eventuale recupero sotto mentite spoglie<sup>109</sup>, come poi puntualmente avvenuto.

---

103. Corte EDU, *Z.A. e altri*, cit., § 138.

104. *Ivi*, § 135.

105. V. Stoyanova, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com), 23.12.2019.

106. V., ad es., Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia* [GC], 15.12.2016, ric. 16483/12, § 71, dove si trattava di una misura presa per scopi asseritamente protettivi nei confronti dei migranti coinvolti, che venne comunque ritenuta passibile di costituire una privazione di libertà nel senso inteso dalla CEDU. Sul punto v., *inter alia*, M. Savino, *op. cit.*, pp. 52 e 70 e, in particolare, E. Valentini, *Detenzione amministrativa degli stranieri e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 106, laddove l'Autrice sottolinea che «la circostanza che (...) ci si trovi dinanzi ad un caso di detenzione è indubbia».

107. V. *retro* § 2.

108. V. *retro* § 3.1.

109. Aveva già notato D. Wilsher, *The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives*, in *Int'l & Comp. L. Q.*, n. 53(4).2004, pp. 904-905, che la Corte, in *Amuur*, non aveva accettato la teoria della prigione a tre pareti solamente considerando che i tre ricorrenti non

L'*esprit de finesse* della Corte di Strasburgo, sul punto, ha segnato uno dei punti più controversi della storia del consesso europeo: adottando un approccio scandalosamente formale, infatti, la Corte ha sostenuto l'idea – suggerita dal Governo convenuto – che i migranti che si trovino una zona di transito e che materialmente possano, a piedi, ritornare al Paese dal quale provengono non possano dirsi detenuti nel senso inteso dall'art. 5 CEDU<sup>110</sup>. La letale riesumazione della dottrina della c.d. prigione a tre pareti si manifesta qui nella sua massima espressione, inquinando pesantemente il vaglio che la Corte dovrebbe operare e provocando la reazione inflessibile dei giudici dissenzienti<sup>111</sup>. Un «ragionamento artificioso»<sup>112</sup>, così è stato generosamente descritto, con cui Strasburgo ha *de facto* statuito che a quei migranti – sottoposti ad un regime che lo stesso Collegio aveva ritenuto simile a «*certain types of light-regime detention facilities*»<sup>113</sup> – erano applicate misure detentive, nella zona di transito, perché effettivamente erano loro a volerlo!

Così, appare evidente che la «lettura restrittiva»<sup>114</sup> operata in *Ilias e Ahmed* con riferimento specifico alle frontiere terrestri tradisca, per altro verso, la volontà – da parte della Corte di Strasburgo – di «applicare un *approccio speciale* all'interpretazione della nozione di restrizione della libertà personale dei migranti nelle procedure di frontiera»<sup>115</sup>. In questo scenario «sinistro»<sup>116</sup> (e sinceramente sconcertante), quantomeno con riferimento all'universale diritto alla libertà, va enfatizzato tuttavia che l'adozione di un modello diverso – e diversificante – per valutare la sussistenza di una privazione di libertà a carico di non cittadini non è l'*unico* approccio proposto in sede sovranazionale. Non può, invero, sottacersi che la Corte di Giustizia dell'UE, pronunciandosi su una vicenda analoga, ha riconosciuto *a contrario* che le condizioni entro cui gli stranieri si trovarono nelle zone di confine tra Ungheria e Serbia costituivano certamente una privazione di libertà, rilevante ai sensi dell'art. 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE<sup>117</sup>. Così, in maniera diametralmente

---

avessero altro Paese ove andare per chiedere asilo (e che quindi non erano effettivamente liberi di andarsene). Sembrerebbe, sosteneva l'A. argomentando *a contrario*, che lo straniero che possa invece ritornare facilmente al proprio Paese o in un altro Stato non sia effettivamente detenuto ai sensi dell'art. 5 CEDU, ma subirebbe, al più, una mera restrizione della libertà.

110. Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., §§ 246-249. A nulla rileva che tale scelta possa costringere gli stranieri a vedere rigettata *ex officio* la domanda di asilo presentata presso lo Stato di arrivo, né che il ritorno presso lo Stato di provenienza potesse esporre i migranti all'arresto ed a pesanti sanzioni penali. Di recente, tali considerazioni sono state malauguratamente confermate da Corte EDU, *R.R. e altri*, cit., §§ 75 e 81.

111. Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., *Partly Dissenting Opinion of Judge Bianku, joined by Judge Vučinić*.

112. Così G.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte EDU si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog*, gennaio 2020, p. 6.

113. Corte EDU, *Ilias e Ahmed*, cit., §§ 231-232.

114. A. Ammirati-V. Capezio-G. Crescini-A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali: definizione*, op. cit., p. 87.

115. C. Pitea, op. cit., p. 203.

116. *Ivi*, p. 204.

117. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 14.5.2020, cause riunite C-924/19 e C-925/19 PPU, *F.M.S. et al. c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti*

opposta, il *focus* operato dal giudice comunitario per dirimere la questione ha svelato *de visu* l'inconsistenza logica delle considerazioni *particolari* della Corte di Strasburgo. È stata, per questa via, neutralizzata in partenza – quantomeno nell'ordinamento UE – qualsiasi torsione argomentativa che possa differenziare i criteri per valutare il grado effettivo di restrizione o privazione di libertà che subisce un *individuo*, senza distinzione di cittadinanza. Seguendo questa prospettiva universalistica, la Corte dell'UE – nell'affermare che i ricorrenti erano *de facto* detenuti nella zona di transito al confine terrestre – ha individuato due fattori essenziali (che sembrano invero echeggiare i criteri *Guzzardi* sopra enunciati) per addivenire alla sua conclusione. In primo luogo, essa ha ricordato che gli stranieri non avrebbero avuto possibilità concreta di uscire dal luogo di trattenimento in quanto un loro eventuale re-ingresso «in Serbia sarebbe considerato illegale da tale Paese terzo e che, di conseguenza, essi si esporrebbero ivi a sanzioni»<sup>118</sup>. In secondo luogo, la decisione del migrante di andarsene comunque dalla zona di transito terrestre avrebbe comportato la chiusura della procedura – da lui già eventualmente avviata – di richiesta di protezione internazionale<sup>119</sup>.

Nonostante le indicazioni giunte dalla Corte UE – che ha rifiutato di netto qualsiasi *adaequatio* al *dictum* di *Ilias e Ahmed* ed ha, contestualmente, «supera[to] la Corte EDU nel proprio terreno di gioco, la protezione dei diritti fondamentali»<sup>120</sup> – il giudice di Strasburgo si è tuttavia dimostrato indolente a rivedere le proprie posizioni, tant'è che, proprio di recente, la griglia di valutazione *ad hoc* – delineata per regolare i rapporti tra gli stranieri e la loro libertà – è stata confermata *in toto* in *R.R. e altri* (2021)<sup>121</sup>, ciò che dimostra chiaramente come l'approccio non sufficientemente garantista, nonché *practical and realistic*<sup>122</sup>, inaugurato con *Ilias e Ahmed* e *Z.A. e altri* si stia lentamente consolidando in seno al consesso del Consiglio d'Europa.

---

*Főigazgatóság*, ECLI:EU:C:2020:367, sul quale, per un'analisi più approfondita del *dictum* della Corte di Lussemburgo, mi permetto di rinviare a L. Bernardini, «Libertà va cercando...». Una detenzione «atipica», uno «scontro» tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?, in *Leg. Pen.*, 2020.

118. *Ivi*, par. 229. Questa affermazione sembra poter essere ricondotta all'analisi degli *effects* della misura contestata (i.e. il terzo dei criteri *Guzzardi*).

119. *Ivi*, par. 230.

120. L. Marin, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, maggio 2020, p. 7.

121. V. *retro* nota 101. Per un breve commento sia permesso il rinvio a L. Bernardini, *Che cos'è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, in *ADiM Blog*, aprile 2021, *passim*.

122. Corte EDU, *Z.A. e altri*, cit., § 135. Sull'utilizzo di questa endiadi, che si sostituisce a quella di *practical and effective* già adoperata *illo tempore* dalla Corte, v. nello specifico C. Pitea, *op. cit.*, p. 204.



## 5. Inadeguatezze dell'approccio CEDU e sguardi al futuro: un ritorno a *Guzzardi*?

Sembrerebbe che, al termine di questo ampio – ed *in fieri* – percorso giurisprudenziale, sul tema dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU in capo agli stranieri si sia sviluppata, hegelianamente, una relativistica «filastrocca di opinioni»<sup>123</sup>, che, partendo dagli scarni criteri *Guzzardi* si è via via contaminata sino a giungere ad epiloghi contraddittori ed incompatibili con la natura di *first rank*<sup>124</sup> del diritto alla libertà universalmente garantito dalla Convenzione. Quasi come, a capovolgere la trama della celebre *pièce* di Samuel Beckett<sup>125</sup>, se la Corte stesse andando alla spasmodica *recherche* – sentenza dopo sentenza – del metodo ultimo per discernere le circostanze dalle quali desumere lo *status* di detenuto di uno straniero: il paradigma della ricerca di *Godot*, nel senso di traguardo inarrivabile, si concretizza nell'azione propulsiva del Collegio di Strasburgo che, animato evidentemente da una (condivisibile) volontà definitoria, ha circoscritto *motu proprio* i fattori rilevanti per l'analisi dell'applicabilità dell'art. 5 CEDU.

Eppure, come si è detto, nessuna positiva rivoluzione copernicana è scaturita dalla giurisprudenza dei giudici europei. Troppo discutibili, e contrastanti con risalenti sentenze, risultano i criteri scelti per operare l'*actio finium regundorum* che qui ci occupa. Forse, sarebbe bastato alla Corte di Strasburgo ricordarsi di quanto scriveva Fichte: «non troveremo mai nella storia del mondo se non ciò che vi abbiamo messo»<sup>126</sup>. Scrutando più attentamente i paletti già fissati *illo tempore* in sede pretoria, infatti, la validità dei criteri *Guzzardi in parte qua* avrebbe dovuto emergere limpidamente. Tutte le circostanze esterne al *distinguishing* da operare tra restrizione e privazione di libertà verrebbero correttamente escluse dal vaglio dei giudici di Strasburgo, che della misura controversa dovrebbero verificare solo «*type, duration, effects and manner of implementation*».

Certo, questi parametri potrebbero non costituire, a livello normativo, un punto fermo, aprioristico ed indiscutibile, per analizzare l'ammissibilità delle doglianze presentate dagli stranieri che contestino le misure asseritamente detentive loro imposte – data la loro ontologica imprecisione e la loro necessaria applicabilità mediante un approccio *case-by-case* – ma tali fattori offrono se non altro un'angolazione neutrale al problema, e, cosa più importante, priva di qualsiasi (inconferente) considerazione in merito al contesto dei fatti di causa: la *ratio* che sorregge l'emissione del provvedimento di detenzione, le scelte individuali dei ricorrenti e la pressione migratoria sui confini verrebbero conseguentemente espunti

123. L'efficace espressione è ripresa da G.W. Hegel, *Lezioni sulla storia della filosofia*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 562.

124. Corte EDU, *McKay c. Regno Unito* [GC], 3.10.2006, ric. 543/03, § 30.

125. Il riferimento è a S. Beckett, *Aspettando Godot*, Torino, Einaudi, 1970.

126. J.G. Fichte, *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, a cura di R. Lauth e H. Jacob, parte I, vol. 1, Stoccarda, Frommann-Holzboog, 1964, p. 203, trad. propria.

dalla lista di elementi rilevanti per comprendere, con cognizione di causa, se un migrante abbia *de facto* subito un pregiudizio rilevante ai sensi dell'art. 5 CEDU. Un ritorno a *Guzzardi*, dunque, per rigettare fermamente l'idea che, per gli stranieri, «le esigenze di sicurezza e di protezione dei confini dalle intrusioni indesiderate tendono a prevalere sulle libertà dei singoli»<sup>127</sup>.

Riprendendo una celebre massima di Valéry, ci si può candidamente auspicare che «il futuro non [sia] più quello di una volta»<sup>128</sup> e che la Corte, interpretando la Convenzione come un *living instrument* per fronteggiare le sfide della contemporaneità<sup>129</sup>, voglia adoperarsi per codificare nuovamente le coordinate normative della privazione di libertà dei migranti, rilevanti all'interno dell'ordinamento giuridico convenzionale, seguendo auspicabilmente il *modus operandi* – neutro e migliorabile – iniziato in *Guzzardi*. Durante quella che, per i migranti in detenzione, può certamente delinarsi come un'«epoca delle passioni tristi»<sup>130</sup> – prima fra tutte la comprensibile angoscia di essere confinati entro luoghi di limbo giuridico ove anche i diritti fondamentali spesso possono essere sospesi – l'azione protettrice del Collegio di Strasburgo dovrà spingersi per tutelare *quam maxime* il diritto alla libertà degli stranieri sottoposti alla propria giurisdizione. Abdicare a tale ruolo, invero, farebbe sì che, all'interno dello spazio giuridico europeo, vi possano essere ancora individui di serie B sottoposti a quella che, a tutti gli effetti, non può che costituire una esecrabile ed «ambigua reclusione»<sup>131</sup>.

---

127. G. Campesi, *La detenzione amministrativa*, cit., p. 107.

128. P. Valéry, *Sguardi sul mondo attuale*, Milano, Adelphi, 1994, p. 187.

129. Questo l'auspicio di M. Pichou, *op. cit.*, p. 131.

130. Riprendo l'espressione da M. Benasayag-G. Schmit, *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, 2003, tr. it. a cura di E. Missana, *L'epoca delle passioni tristi*, Milano, Feltrinelli, 2004.

131. Così C. Gubbini, *Nuove forme dell'istituzione totale. Per «alieni»*, in *Il Manifesto*, 30.11.2002.